UNIVERSITÉ DE GENÈVE

Archive ouverte UNIGE
https://archive-ouverte.unige.ch

Livre 1994 Published version Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Les régimes complémentaires de retraite en Europe : libre circulation et participation : étude de droit suisse et comparé

Schneider, Jacques André

How to cite

SCHNEIDER, Jacques André. Les régimes complémentaires de retraite en Europe : libre circulation et participation : étude de droit suisse et comparé. Bâle : Helbing & Lichtenhahn, 1994. (Collection genevoise)

This publication URL: https://archive-ouverte.unige.ch/unige:138290

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

LES RÉGIMES COMPLÉMENTAIRES DE RETRAITE EN EUROPE: LIBRE CIRCULATION ET PARTICIPATION

Etude de droit suisse et comparé

Jacques-André Schneider

Helbing & Lichtenhahn
Faculté de Droit de Genève



COLLECTION GENEVOISE

Les régimes complémentaires de retraite en Europe: Libre circulation et participation

Etude de droit suisse et comparé



COLLECTION GENEVOISE



COLLECTION GENEVOISE

Jacques-André Schneider

Les régimes complémentaires de retraite en Europe: Libre circulation et participation

Etude de droit suisse et comparé

Helbing & Lichtenhahn
Bâle et Francfort-sur-le-Main 1994

Faculté de Droit de Genève

Catalogage en publication de la Deutsche Bibliothek

Schneider, Jacques-André:
Les régimes complémentaires de retraite en Europe: libre circulation et participation : étude de droit suisse et comparé / Jacques-André Schneider. Faculté de Droit de Genève. – Bâle ; Francfort-sur-le-Main : Helbing et Lichtenhahn, 1994.
(Collection genevoise)
Zugl.: Genf, Univ., Diss.
ISBN 3-7190-1358-8

Thèse N° 695 de la Faculté de Droit de l'Université de Genève.

La publication de cette thèse a été facilitée par l'octroi d'une subvention de l'Université de Genève, ainsi que par un prêt de sa Faculté de Droit.

Tous droits réservés. L'œuvre et ses parties sont protégées par la loi. Toute utilisation en dehors des limites de la loi demande l'accord préalable de l'éditeur.

ISBN 3-7190-1358-8
Numéro de commande 210 1358
© 1994 by Helbing & Lichtenhahn, Bâle
Conception graphique: Vischer & Vettiger, Bâle

A Brigitte, Robin et Philippe

SOMMAIRE

ABREVIATIONS XXV

AVANT-PROPOS XXVII

PREFACE XXIX

PARTIE I
LA LIBRE CIRCULATION ET LA PARTICIPATION
ELEMENTS DE THEORIE GENERALE

CHAPITRE 1 **INTRODUCTION GENERALE** 3

CHAPITRE 2 **LA DEFINITION DES REGIMES COMPLEMENTAIRES DE RETRAITE** 13

CHAPITRE 3 **LA LIBRE CIRCULATION ET LA TENDANCE A LA COORDINATION** 53

CHAPITRE 4 **LA PARTICIPATION ET LES REGIMES COMPLEMENTAIRES** 87

PARTIE II
LE DROIT COMMUNAUTAIRE ET LES REGIMES COMPLEMENTAIRES DE RETRAITE

CHAPITRE 5 **INTRODUCTION** 109

CHAPITRE 6 **LES ELEMENTS FONDAMENTAUX DU DROIT COMMUNAUTAIRE ET LES REGIMES COMPLEMENTAIRES DE RETRAITE** 117

CHAPITRE 7 **L'HARMONISATION PARTIELLE: L'EGALITE ENTRE HOMMES ET FEMMES** 127

CHAPITRE 8 **UNE VOLONTE D'HARMONISATION FACE AU TRAVAIL ATYPIQUE** 147

CHAPITRE 9 **LE CHOIX DE LA CONVERGENCE** 155

CHAPITRE 10 **LES MESURES PARTIELLES DE COORDINATION** 161

CHAPITRE 11 LA LIBERALISATION FINANCIERE ET L'ASSURANCE-VIE DE GROUPE 171

CHAPITRE 12 LA LIBERALISATION ET LES CAPITAUX DES INSTITUTIONS DE PREVOYANCE 181

PARTIE III
LES REGIMES COMPLEMENTAIRES SUISSES
ELEMENTS DE THEORIE GENERALE

CHAPITRE 13 INTRODUCTION 199

CHAPITRE 14 HARMONISATION ET DIVERSITE DES REGIMES COMPLEMENTAIRES SUISSES 207

CHAPITRE 15 LE DROIT COMMUNAUTAIRE ET L'EVOLUTION DES REGIMES COMPLEMENTAIRES SUISSES 251

PARTIE IV
LA TENDANCE A LA COORDINATION ET LA LIBRE CIRCULATION DANS LES REGIMES COMPLEMENTAIRES SUISSES

CHAPITRE 16 LES ASPECTS GENERAUX DE LA TENDANCE A LA COORDINATION 281

CHAPITRE 17 LA TRANSFERABILITE OU LIBRE-PASSAGE 317

PARTIE V
LA PARTICIPATION DANS LES REGIMES COMPLEMENTAIRES SUISSES

CHAPITRE 18 INTRODUCTION 369

CHAPITRE 19 LE DROIT A L'INFORMATION 377

CHAPITRE 20 LA CODECISION DANS LES REGIMES COMPLEMENTAIRES FACULTATIFS 389

CHAPITRE 21 LE PASSAGE A LA GESTION PARITAIRE DANS LE REGIME LEGAL 399

CHAPITRE 22 LES AUTRES DROITS DE PARTICIPATION DU REGIME LEGAL 407

CHAPITRE 23 LES ORGANES DE LA GESTION PARITAIRE 413

CHAPITRE 24 LE BON FONCTIONNEMENT DE LA COGESTION PARITAIRE 431

CHAPITRE 25 REMARQUES SUR LA RESPONSABILITE 447

CHAPITRE 26 LES VOIES DE DROIT 455

CHAPITRE 27 CONCLUSIONS GENERALES 459

BIBLIOGRAPHIE 461

TABLE DES MATIERES

ABBREVIATIONS XXV

AVANT-PROPOS XXVII

PREFACE XXIX

PARTIE I
LA LIBRE CIRCULATION ET LA PARTICIPATION
ELEMENTS DE THEORIE GENERALE

CHAPITRE 1 INTRODUCTION GENERALE 3

a) Les retraites en débat 3

b) Le coût de la retraite 4

c) Le rôle des efforts collectifs et individuels 5

d) La mutation des valeurs 6
- i) Le travail atypique 6
- ii) La libre circulation des travailleurs 7
- iii) L'égalité entre hommes et femmes 7
- iv) L'individualisation des droits 8

e) L'épargne longue et l'efficacité macro-économique des régimes de retraite 8
- i) Une réponse partielle aux difficultés des régimes 8
- ii) Une efficacité accrue pour couvrir de nouveaux besoins 10

f) Conclusions 11
- i) Libre circulation et participation: un carrefour pour les régimes complémentaires 11
- ii) L'approche choisie 11

CHAPITRE 2 LA DEFINITION DES REGIMES COMPLEMENTAIRES DE RETRAITE 13

a) Une vocation mimétique ? 13

b) La diversité face aux principes d'universalité et d'unité 15
- i) La conception classique de la sécurité sociale 15
- ii) L'uniformité des avantages 16
- iii) L'unicité structurelle 17
- iv) La diversité face au type idéal de sécurité sociale: l'architecture à trois niveaux (système des trois piliers) 18
- v) Les frontières des trois piliers en mouvement 20
- vi) Le taux de remplacement du revenu antérieur offert globalement par les systèmes de retraite 22

c) Diversité et homogénéité des régimes de retraite 24
i) Les facteurs de diversité 24
ii) Les tendances à la généralisation, la coordination, l'harmonisation et l'intégration 28
iii) La tendance à la diversité 30
iv) La tendance à la démocratisation 32
v) Tendances et définition des régimes complémentaires 32

d) Les régimes complémentaires légaux 33
i) Remarques introductives 33
ii) Les régimes légaux nordiques 33
iii) Le SERPS du Royaume-Uni 35

e) Les régimes conventionnels 36
i) Une alternative aux régimes légaux 36
ii) La généralisation alliée à la diversité: les régimes complémentaires français ARRCO et AGIRC 37
iii) La généralisation uniforme: les régimes conventionnels suédois ITP et STP 39
iv) La généralisation partielle: les Pays-Bas 40
v) L'apparition de premiers régimes conventionnels en Italie 41
vi) Les nouvelles finalités juridiques de l'institution de la convention collective 41
vii) Efficacité et limites de l'instrument conventionnel 43

f) Les régimes contractuels 45
i) Remarques introductives 45
ii) L'harmonisation légale des régimes contractuels 46

g) Les trois éléments de la définition juridique des régimes complémentaires 49

h) La libre circulation et la participation au regard des tendances d'évolution des régimes complémentaires 51

CHAPITRE 3 LA LIBRE CIRCULATION ET LA TENDANCE A LA COORDINATION 53

a) Introduction: la libre circulation nationale et internationale 53

b) Notions générales de la coordination 54
i) La correction des vicissitudes de carrière 54
ii) La transférabilité et la préservation 55
iii) Les délais de stage 56
iv) Le maintien de la valeur des droits acquis 57
v) Les pensions personnelles: une solution nouvelle ? 58
vi) Conclusions 60

c) La coordination fondée sur la fidélité au travail: l'absence de délais de stage 61

d) La coordination fondée sur la fidélité à l'entreprise: le maintien des délais de stage 62
i) Introduction: l'exemple allemand 62
ii) La conception générale du régime contractuel allemand 63

iii) Renchérissement et risque de faillite ou d'insolvabilité 64

e) La variante intermédiaire: la fidélité à la profession 66
i) Introduction 66
ii) Les régimes complémentaires néerlandais 66
iii) Des mécanismes de coordination sophistiqués 67

f) L'harmonisation légale croissante des délais de stage 69
i) La convergence des objectifs 69
ii) Le Royaume-Uni 69
iii) L'Irlande et l'Espagne 70
iv) Les Etats-Unis 70
v) Conclusions 71

g) Le droit civil et la protection des droits acquis dans les régimes contractuels 72
i) Introduction 72
ii) Les conceptions classiques de la promesse de pension 72
iii) Les effets de l'exonération fiscale 73
iv) L'approche contractuelle de la promesse de pension 73
v) La naissance de la promesse de pension 74
vi) La modification et la résiliation de la promesse 75
vii) Première conclusion: la difficulté de réduire les droits acquis 78
viii) Deuxième conclusion: l'affectation irrévocable des surplus financiers 78

h) Le détachement et l'expatriation 81
i) La sécurité sociale internationale 81
ii) Les régimes complémentaires: la détermination du régime ou de la loi applicable 82

i) Les sociétés transnationales et la coordination 84
i) L'ébauche d'un droit social autonome 84
ii) Le rattachement juridique des régimes complémentaires des sociétés transnationales 85

j) Conclusions générales 86

CHAPITRE 4 LA PARTICIPATION ET LES REGIMES COMPLEMENTAIRES 87

a) Aux origines de la participation 87
i) L'autogestion 87
ii) Le corporatisme 88
iii) La démocratie sociale 89
iv) La démocratie directe 89

b) Mutualité et gestion paritaire dans les régimes complémentaires 90
i) La mutualité 90
ii) La participation des employeurs seuls 91
iii) La gestion paritaire 91
iv) Les régimes complémentaires de retraite 92

c) Les traits spécifiques de la gestion paritaire des régimes complémentaires 92
i) Création et administration paritaire 93

ii) Le champ d'application personnel 94
iii) Les trois fonctions de la gestion paritaire 94

d) Le droit à l'information 95
i) Principes 95
ii) L'exemple irlandais 95

e) Quelques questions sur le pouvoir lié à la gestion paritaire 96
i) Le néo-corporatisme 96
ii) L'Etat-providence effrangé par des contrats sociaux libéraux 98
iii) Un apport contre l'excès de régulation de l'Etat-providence 100
iv) Le socialisme des fonds de pension 101
v) Le pouvoir de l'investisseur institutionnel et l'éthique des placements 102
vi) Ethique et rendements 104

f) La participation et le déplacement des frontières des trois piliers 105

PARTIE II
LE DROIT COMMUNAUTAIRE ET LES REGIMES COMPLEMENTAIRES DE RETRAITE

CHAPITRE 5 **INTRODUCTION** 109

a) Des institutions sociales et financières 109

b) Les mutations institutionnelles et leur impact 110
i) L'Acte Unique Européen 110
ii) La Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux 111
iii) Le Traité sur l'Union Européenne 112
iv) L'Accord sur la politique sociale 114
v) L'Accord sur l'Espace Economique Européen et l'acquis social communautaire 115
vi) Conclusions 115

CHAPITRE 6 **LES ELEMENTS FONDAMENTAUX DU DROIT COMMUNAUTAIRE ET LES REGIMES COMPLEMENTAIRES DE RETRAITE** 117

a) La libre circulation des travailleurs 117

b) La politique sociale 118

c) Le rapprochement des législations: la participation 120

d) L'égalité entre hommes et femmes 121

e) La politique de la retraite 122

f) Les libertés d'établissement, de prestation de services et de circulation des capitaux au service des régimes complémentaires 124

g) Les quatre concepts d'harmonisation, de convergence, de coordination et de libéralisation 126

CHAPITRE 7 L'HARMONISATION PARTIELLE: L'EGALITE ENTRE HOMMES ET FEMMES 127

a) Introduction 127

b) L'égalité des rémunérations entre hommes et femmes et les régimes complémentaires de retraite 128
- i) Introduction 128
- ii) Les arrêts DEFRENNE 128
- iii) L'arrêt WORRINGHAM et HUMPHREY'S 129
- iv) L'arrêt BILKA-KAUFHAUS 130
- v) L'arrêt NEWSTEAD 131
- vi) L'arrêt BARBER 132
- vii) Conclusions 134
- viii) Le Protocole sur l'article 119 du Traité 136

c) La Directive 79/7 sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale 137
- i) Le contenu de la Directive 137
- ii) La discrimination directe et indirecte 139

d) La Directive 86/378 du Conseil sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale 141

e) Conclusion: les délais de stage et la discrimination indirecte 145

CHAPITRE 8 UNE VOLONTE D'HARMONISATION FACE AU TRAVAIL ATYPIQUE 147

a) Un modèle de relations salariales en mutation 147

b) La flexibilité: éléments d'une définition 148
- i) La flexibilité interne et externe 148
- ii) Les différentes formes de flexibilité applicables au travail salarié 149

c) Les emplois atypiques 150

d) Des nouveaux besoins de protection en général 150

e) La proposition de directive du Conseil relative à certaines relations de travail en ce qui concerne les distorsions de concurrence 151
- i) Son contenu 151
- ii) Egalité de traitement et précarité 152

f) La Directive 91/533 du Conseil relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail 153

CHAPITRE 9 LE CHOIX DE LA CONVERGENCE 155

a) Une réflexion nouvelle: éviter les pertes indues de droits 155

b) L'importance des efforts collectifs de retraite 156

c) La démographie et la capitalisation 156

d) L'entreprise et la sécurité sociale: identité d'objectifs ? 157

e) Les obstacles à la libre circulation des travailleurs 158

f) Quelques solutions 159

g) Un regret: le silence sur la participation 160

CHAPITRE 10 LES MESURES PARTIELLES DE COORDINATION 161

a) La promesse de la libre circulation des personnes 161

b) Une coordination achevée: les régimes complémentaires légaux 162

c) Régimes complémentaires et détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services 164

d) Le maintien des droits acquis en cas de transfert d'entreprises et de faillite de l'employeur 166

e) Conclusion: La libre circulation et les délais de stage dans les régimes complémentaires privés 168
   i) L'article 48 du Traité et ses principes 168
   ii) Les délais de stage dans les régimes complémentaires privés 169

CHAPITRE 11 LA LIBERALISATION FINANCIERE ET L'ASSURANCE-VIE DE GROUPE 171

a) Le cadre général de la libéralisation 171

b) L'étape initiale: la première Directive vie 172

c) L'impulsion de la libre prestation de services 174

d) La libéralisation à mi-chemin: la deuxième Directive vie 174

e) L'achèvement: la troisième Directive vie 178

f) La libéralisation: une responsabilité accrue 180

CHAPITRE 12 LA LIBERALISATION ET LES CAPITAUX DES INSTITUTIONS DE PREVOYANCE 181

a) Aux origines de la libéralisation 181

b) Les difficultés d'une liberté d'adhésion à travers les frontières 182
   i) Les débats initiaux 182
   ii) L'affiliation transfrontalière des travailleurs expatriés à un régime de retraite lié à l'activité professionnelle 184

c) La liberté de gestion et d'investissement des fonds collectés par les régimes complémentaires 188
   i) Les débats préliminaires 188
   ii) La proposition modifiée de Directive concernant la liberté de gestion et de placement des fonds collectés par les institutions de retraite 190
   iii) Conclusion 196

PARTIE III
LES REGIMES COMPLEMENTAIRES SUISSES
ELEMENTS DE THEORIE GENERALE

CHAPITRE 13 INTRODUCTION 199

a) Les trois étages de la protection 199

b) Le débat sur les retraites 200
- i) Le risque démographique 200
- ii) L'avenir des retraites 202
- iii) La mutation des valeurs 203

c) La fortune de la prévoyance professionnelle 204

d) La libre circulation et la participation 206

CHAPITRE 14 HARMONISATION ET DIVERSITE DES REGIMES COMPLEMENTAIRES SUISSES 207

a) Introduction 207

b) Harmonisation et diversité devant le maintien du niveau de vie antérieur 208
- i) Le choix entre l'extension de l'AVS ou la généralisation de l'étage complémentaire 208
- ii) Le régime AVS et la couverture des besoins vitaux 209
- iii) Le régime complémentaire légal et le maintien approprié du niveau de vie antérieur 211

c) Le régime complémentaire légal entre l'harmonisation et la diversité 212
- i) L'abandon de l'harmonisation fondée sur la primauté des prestations 212
- ii) Le choix de l'harmonisation limitée à la primauté des contributions 215
- iii) Le régime légal et sa robustesse organisationnelle 220

d) La diversité des régimes complémentaires légal et facultatifs 223
- i) La diversité des structures 223
- ii) La diversité juridique du droit aux prestations 225
- iii) La diversité de l'organisation financière 228
- iv) La diversité due à la primauté des prestations ou des contributions 230
- v) La diversité due au degré de solidarité 231
- vi) La diversité des rapports juridiques 232
- vii) Conclusions 233

e) La diversité due au développement limité des régimes conventionnels 233
- i) L'instrument de la convention collective. 233
- ii) Les conventions collectives et les régimes complémentaires 235
- iii) La LPP et les régimes conventionnels 238

f) Typologie et définition des régimes complémentaires 240

g) Les tendances actuelles de développement 242
- i) La rationalisation centralisatrice des régimes légaux et contractuels 242
- ii) La progression de l'harmonisation légale 245
- iii) La tension naissante entre la prévoyance collective et individuelle 246

h) Conclusion 250

CHAPITRE 15 LE DROIT COMMUNAUTAIRE ET L'EVOLUTION DES REGIMES COMPLEMENTAIRES SUISSES 251

a) Introduction 251

b) L'harmonisation de la notion de sécurité sociale 252

c) L'harmonisation due à l'égalité entre hommes et femmes 257

d) La nature salariale des régimes complémentaires: une harmonisation souhaitable ? 260

i) L'égalité de traitement entre hommes et femmes et la jurisprudence sur la nature salariale des régimes complémentaires 260

ii) Salaire ou rente dans le régime complémentaire légal 263

iii) Salaire ou rente dans les régimes complémentaires facultatifs. 266

e) La notion spécifique de l'égalité de traitement en droit suisse 269

f) L'harmonisation et le travail atypique 271

g) La convergence 272

h) L'impact du droit communautaire sur le libre-passage: la coordination 272

i) La libéralisation de l'assurance-vie 274

j) La libéralisation des capitaux des fonds de pensions 276

k) Conclusions 278

PARTIE IV

LA TENDANCE A LA COORDINATION ET LA LIBRE CIRCULATION DANS LES REGIMES COMPLEMENTAIRES SUISSES

CHAPITRE 16 LES ASPECTS GENERAUX DE LA TENDANCE A LA COORDINATION 281

a) Introduction 281

i) La mobilité professionnelle et l'insolvabilité face à la notion classique de la coordination 281

ii) Le droit suisse et la tendance à la coordination 282

b) La protection contre l'insolvabilité du régime complémentaire 283

i) L'insolvabilité de l'institution de prévoyance 283

ii) La non-affiliation de l'employeur au régime complémentaire légal et son insolvabilité 286

iii) Le non-paiement des contributions par l'employeur et son insolvabilité 286

iv) Conclusions 287

c) La sécurité des placements 287

i) Les normes de placement 287

ii) Le risque des placements chez l'employeur 288

iii) Responsabilité et contrôle 291

d) La surveillance de l'Etat 292

e) L'interdiction de la cession, de la compensation ou de la mise en gage des prestations futures 294

f) L'indexation des prestations de rente 295

g) La notion des droits acquis 297
i) Introduction 297
ii) La naissance de la notion des droits acquis 297
iii) La définition des droits acquis 300

h) Les droits acquis et la modification du droit aux prestations 301
i) Introduction 301
ii) La modification du droit aux prestations du régime complémentaire légal 301
iii) La modification du droit aux prestations des régimes facultatifs 302
iv) La protection des expectatives de prévoyance, notamment en cas de fluctuations du personnel et de fusions d'institutions de prévoyance 304
v) L'affectation irrévocable de la fortune de prévoyance 306

i) Les droits acquis et la résiliation des contrats d'affiliation dans les institutions collectives et communes 308
i) Introduction 308
ii) La procédure en cas de changement d'institution de prévoyance 310
iii) La procédure en cas de cessation d'activité de l'employeur 312
iv) Détermination de la part aux mesures spéciales, aux réserves et aux fonds non liés dans les institutions communes et mixtes 312
v) Dispositions communes 314

j) La prescription du droit aux prestations 314

k) Conclusions 314

CHAPITRE 17 LA TRANSFERABILITE OU LIBRE-PASSAGE 317

a) Introduction 317
i) Transférabilité et préservation 317
ii) Coordination et délais de stage 318
iii) Fidélité à l'entreprise et au travail 318

b) Les facteurs atténuant la fidélité à l'entreprise 318
i) L'impact de la mobilité professionnelle 318
ii) L'individualisation du droit à l'avoir de prévoyance 320
iii) L'individualisation des droits favorisée par l'accession à la propriété et le divorce 321

c) La transférabilité primitive et son évolution 322
i) La transférabilité primitive et ses défauts 322
ii) Les premières tentatives d'amélioration 323
iii) Les efforts des partenaires sociaux 323

d) L'amélioration de la transférabilité dans les régimes complémentaires facultatifs 324
i) Introduction 324

ii) L'atténuation de la fidélité à l'entreprise avec le maintien de délais de stage 325
iii) La prestation de sortie dans les fonds d'épargne 326
iv) La prestation de sortie dans les institutions d'assurance 327
v) Le maintien du but de prévoyance 328
vi) La limitation du remboursement en espèces 330
vii) Les efforts des partenaires sociaux 331
viii) Le projet de LPP en 1975 et la pression de la fidélité au travail 332

e) Le régime complémentaire légal entre la fidélité à l'entreprise et au travail 333
i) La fidélité au travail et la prestation de sortie du régime légal 333
ii) La coordination avec la prestation de sortie des régimes facultatifs 334
iii) La prestation de sortie en cas de licenciements économiques collectifs 335
iv) Le maintien de la prévoyance en cas de décès et d'invalidité 336
v) L'obligation de transfert, le maintien du but de prévoyance et le remboursement en espèces 337
vi) Les efforts des partenaires sociaux 338
vii) L'initiative constitutionnelle des employés de commerce pour le libre-passage intégral 338

f) La mutation vers une transférabilité achevée (libre-passage intégral) 339
i) Les principes de la loi sur le libre-passage (LFLP) 339
ii) Le champ d'application matériel de la loi 342
iii) Le champ d'application temporel et les déficits techniques 342
iv) L'exigibilité de la prestation de sortie 344
v) Les principes de calcul de la prestation de sortie 345
vi) La prestation de sortie minimale, sans déductions 348
vii) Les déductions autorisées sur la prestation de sortie 349
viii) La prestation de sortie minimale, avec déductions 351
ix) La coordination avec la prestation de sortie du régime légal LPP 352
x) La prestation de sortie en cas de liquidation partielle ou totale 353
xi) L'obligation de transfert 356
xii) Le maintien de la prévoyance en cas de décès et d'invalidité 356
xiii) Le maintien de la prévoyance dans la nouvelle institution 357
xiv) Le maintien de la prévoyance sous une autre forme 359
xv) Le maintien de la prévoyance en cas de modification du temps de travail (temps partiel) ou de changement au sein de l'institution 360
xvi) Le remboursement en espèces 361
xvii) Le maintien de la prévoyance en cas de divorce 361
xviii) Le remboursement en vue de l'accession à la propriété 363
xix) Linformation et le contentieux 363

g) Le détachement et l'expatriation 363

h) Conclusions 364

PARTIE V
LA PARTICIPATION DANS LES REGIMES COMPLEMENTAIRES SUISSES

CHAPITRE 18 INTRODUCTION 369

a) La participation en Suisse 369

b) Sécurité sociale suisse et participation 371

c) Diversité des régimes complémentaires et participation 373

CHAPITRE 19 LE DROIT A L'INFORMATION 377

a) La nature juridique du droit à l'information 377

b) Les fonctions du droit à l'information. 377
- i) La fonction démocratique 377
- ii) La fonction de protection 378

c) Les titulaires du droit à l'information et du devoir d'informer 378

d) Les prescriptions légales sur l'information dans la prévoyance professionnelle 381
- i) Remarques générales 381
- ii) Les renseignements obligatoires 382
- iii) L'information obligatoire en matière de libre-passage 383
- iv) L'information lors de la résiliation de contrats d'affiliation avec des institutions collectives et communes 384
- v) L'information sur les expectatives de prévoyance (liquidations et fusions) 384

e) Le droit à l'information selon le contrat de travail 386

CHAPITRE 20 LA CODECISION DANS LES REGIMES COMPLEMENTAIRES FACULTATIFS 389

a) La codécision proportionnelle aux contributions 389

b) Les fonctions de la codécision 390
- i) La fonction démocratique 390
- ii) La fonction de prévention 391
- iii) La fonction de protection 393

c) Le champ d'application de la codécision 393
- i) Le champ d'application matériel 393
- ii) Le champ d'application personnel 395

d) La composition et l'élection de l'organe de codécision 397

e) La codécision dans les institutions collectives et communes 397

CHAPITRE 21 LE PASSAGE A LA GESTION PARITAIRE DANS LE REGIME LEGAL 399

a) Genèse et nature d'une participation indépendante des contributions 399

b) Les fonctions de la gestion paritaire 400

c) La parité et ses limites 401

CHAPITRE 22 LES AUTRES DROITS DE PARTICIPATION DU REGIME LEGAL 407

a) Le droit à l'information 407

b) Le droit de consultation préalable dans les institutions de prévoyance de droit public 407

c) L'affiliation et la désaffiliation à une institution de prévoyance 408

d) La participation au Fonds de garantie et à l'Institution supplétive 411

e) La Commission fédérale de la prévoyance professionnelle 412

CHAPITRE 23 LES ORGANES DE LA GESTION PARITAIRE 413

a) Remarques introductives 413

b) L'organe supérieur et ses compétences 414

c) L'organe supérieur et le pouvoir réglementaire 414

d) L'organe supérieur et les décisions sur le financement 416
i) Remarques générales 416
ii) Les rapports avec l'expert en prévoyance professionnelle 417

e) L'organe supérieur et l'administration de la fortune 419
i) Remarques générales 419
ii) Les rapports avec l'organe de contrôle 420

f) L'organe supérieur dans les institutions collectives et communes 422
i) Introduction 422
ii) L'organe supérieur dans l'institution commune 422
iii) Les structures des institutions collectives 423
iv) L'organe supérieur dans les institutions collectives 425
v) Les critiques de la situation actuelle 426
vi) Quelles tendances de développement ? 429

CHAPITRE 24 LE BON FONCTIONNEMENT DE LA COGESTION PARITAIRE 431

a) La notion de *"bon fonctionnement"* 431

b) La formation 432

c) La désignation des représentants de l'employeur et des salariés 434
i) Les représentants de l'employeur 434
ii) La représentation des salariés par des tiers 434
iii) L'éligibilité des salariés 436
iv) Le remplacement et la révocation d'un membre de l'organe paritaire. 437

d) La représentation équitable des différentes catégories de salariés 439
i) Introduction 439
ii) Le respect de la diversité. 439

e) La gestion de la fortune 441

f) Les règles de procédure 441
i) L'importance des règles de procédure 441
ii) La procédure d'élection des représentants à l'organe paritaire 441
iii) La convocation normale des séances de l'organe paritaire 443
iv) La procédure en cas d'égalité des voix dans l'organe paritaire 443
v) Le devoir de secret 445

CHAPITRE 25 REMARQUES SUR LA RESPONSABILITE 447

a) Introduction 447

b) La diligence 448
i) La mesure de la diligence 448
ii) La délégation des compétences 450

c) La fidélité 452
i) La notion 452
ii) Le conflit d'intérêts 452

d) Conclusions 454

CHAPITRE 26 LES VOIES DE DROIT 455

a) Les voies de droit en général 455
i) L'action judiciaire (art. 73 LPP) 455
ii) La plainte et la dénonciation à l'autorité de surveillance (art. 74 LPP) 455
iii) L'unification des voies de droit 457
iv) Le for 457

b) Les voies de droit en matière de participation 458
i) Le droit à l'information 458
ii) La gestion paritaire 458

CHAPITRE 27 CONCLUSIONS GENERALES 459

BIBLIOGRAPHIE 461

a) Bibliographie générale 461

b) Droit comparé et communautaire 466

c) Droit suisse 474

ABREVIATIONS

Cette liste ne comprend que les abréviations qui ne figurent pas dans la liste officielle des abréviations du Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral.

AELE	Association européenne de libre échange
AGIRC	Association générale des institutions de retraite des cadres (France)
AISS	Association internationale de la sécurité sociale
ARRCO	Association des organismes de retraite complémentaire (France)
ATP	Régime de retraite complémentaire des travailleurs (Danemark)
AUE	Acte Unique Européen
CALPERS	California public employment retirement system
CE	Communauté européenne
CECA	Communauté européenne du charbon et de l'acier
CNPF	Conseil national du patronat français
EEE	Espace économique européen
ERISA	Employee retirement security act (Etats-Unis)
EISS/IESS	European Institute in Social Security/Institut européen de sécurité sociale
INPDAI	Régime de sécurité sociale des cadres de l'industrie (Italie)
ITP	Régime complémentaire conventionnel des travailleurs salariés à l'heure de l'industrie et du commerce (Suède)
OCDE	Organisation pour la coopération et le développement économique
OFAS	Office fédéral des assurances sociales
OIT	Organisation internationale du travail
PPO	Prévoyance professionnelle obligatoire (Suisse)
RJCE	Recueil de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes
SERPS	State Earnings Related Pension Scheme (Royaume-Uni)
STP	Régime complémentaire conventionnel des travailleurs mensualisés (Suède)
TFA	Tribunal fédéral des assurances
UE	Union européenne

AVANT-PROPOS

1. Remerciements

Commencées dans l'ignorance du chemin à parcourir, ces lignes n'auraient jamais vu le jour sans mes professeurs de la Faculté de droit de l'Université de Genève. Les encouragements multiples et féconds du premier d'entre eux, le regretté Guy PERRIN, furent à l'origine d'innombrables idées et impulsions sans lesquelles le passage à l'étude de droit comparé et communautaire aurait été incomparablement plus ardu, voire impossible. Le professeur Philippe BOIS, également disparu prématurément, fournit une aide précieuse par sa pensée originale et ses encouragements. L'infinie patience, l'énergie et les conseils avisés du professeur Pierre-Yves GREBER permirent le franchissement de la ligne d'arrivée. M. Giovanni TAMBURI, chargé de la coordination de l'Observatoire des régimes complémentaires de la Commission européenne et ancien directeur du département de la sécurité sociale du BIT, a beaucoup contribué à la compréhension du droit communautaire et comparé. Mes remerciements vont également à M. Robertus CORNELLISSEN, responsable à la Direction générale V pour les affaires sociales de la Commission européenne. Les bibliothécaires de l'Association internationale de la sécurité sociale (AISS), les fonctionnaires compétents et efficaces de la Commission européenne et mes collègues de travail m'ont accordé d'innombrables facilités. MM. David et Laurent PITTET ont aidé à la correction et à la mise en page du manuscrit. Enfin, l'appui sans failles de mon épouse Brigitte et de mon entourage familial aura été la condition primordiale pour rédiger cet ouvrage. Qu'ils en soient tous chaleureusement remerciés.

2. Bref survol de l'ouvrage

1. L'ouvrage est né d'une double d'interrogation: que représentent les régimes complémentaires de retraite, et quel rôle sont-ils amenés à jouer dans un contexte de mutation des systèmes de retraite européens ? Car l'apparition de difficultés dans le financement des régimes de base de retraite de la sécurité sociale a incité de nombreux praticiens, chercheurs et décideurs politiques, à se demander si l'effort complémentaire d'origine professionnelle ne pourrait constituer un apport plus substantiel au revenu de substitution devant être fourni lors de la retraite. A cette question, relative aux besoins, s'en est ajoutée une autre, relative au financement: faut-il encourager le développement de régimes complémentaires fondés sur une épargne à long terme pour pallier les difficultés perçues des systèmes de retraite fondés sur la répartition face au défi démographique ? Ces trois questions étant très générales, il a bien fallu choisir un prisme, une grille de lecture des mutations en cours qui nous a été fournie par les

thèmes de la libre circulation et de la participation dans les régimes complémentaires de retraite.

L'ouvrage est donc structuré selon trois thèmes: les éléments de théorie générale, la libre circulation et la participation. Ces trois thèmes sont abordés en regard du droit comparé (Partie I), du droit communautaire (Partie II) et du droit suisse (Parties III à V).

2. La Partie I cherche tout d'abord à identifier les lignes de force juridiques, voire sociologiques, du développement des régimes complémentaires de retraite eu égard aux régimes de base de la sécurité sociale. Ceci afin d'établir une typologie et une définition juridiques des régimes complémentaires de retraite dans une perspective de droit comparé. L'étude poursuit ensuite son chemin en appliquant ces premiers repères aux thèmes de la libre circulation, soit le maintien des droits acquis ou en cours d'acquisition en cas de mobilité professionnelle, et de la participation, conçue comme un mode de gestion souhaitable des régimes complémentaires.

3. La Partie II tente, avant tout, d'établir une première synthèse du droit communautaire en vigueur ou en préparation en tant qu'il s'applique aux régimes complémentaires. On retrouve les thèmes identifiés dans la réflexion de théorie générale, avec l'apparition d'un thème nouveau lié à la libéralisation financière communautaire en matière d'assurances vie et de capitaux des régimes complémentaires de retraite.

4. La Partie III présente des éléments plus concrets, en tout cas pour le lecteur(-trice) helvétique. Elle applique aux régimes complémentaires suisses les conclusions de théorie générale tirées des deux premières parties. Les Parties IV et V cherchent à cerner les thèmes de la libre circulation et de la participation en droit positif suisse, qui peuvent servir de points de repère pour l'évolution du droit comparé et communautaire.

5. Un ouvrage de droit comparé suscite toujours la difficulté de fixer une date pour l'arrêt de la recherche. Le droit communautaire, jurisprudence comprise, a été saisi dans son état au 31 octobre 1993; pour le droit suisse, cette date a été repoussée au 31 décembre 1993, ceci essentiellement en raison de l'adoption de la loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle le 17 décembre 1993. Dans la mesure du possible, les droits nationaux ont été saisis dans leur état au début 1992.

PREFACE

Cet ouvrage traite des régimes complémentaires de retraite en Europe. La recherche a été brillamment ouverte notamment par l'Institut européen de sécurité sociale, en 1972 et 1973 (Séminaire de Bonn et Colloque de Cambridge sur les prestations sociales complémentaires) et par Lucien FERAUD[1], en 1975. Et la question retrouve une grande actualité depuis quelques années, bénéficiant des travaux à nouveau de l'Institut européen[2], de Jean-Jacques GOLLIER[3], de Pierre-Guillaume d'HERBAIS[4], de Lucy apROBERTS et Emmanuel REYNAUD[5], de Winfried SCHMÄL[6], liste bien entendu non exhaustive. Elle retient l'attention de la doctrine suisse, notamment de Hans Michael RIEMER[7], de Carl HELBLING[8], de Jürg BRÜHWILER[9], de Graziano LUSENTI[10], de Jean-Pierre BEAUSOLEIL[11], pour ne citer que les auteurs classiques.

C'est dire qu'il fallait un courage certain pour s'engager dans une voie ainsi balisée par de grands noms de la doctrine de la sécurité sociale! Jacques-André SCHNEIDER a parfaitement réussi l'exercice. Son mérite est double. C'est d'abord d'allier des éléments de théorie générale, de droit communautaire et de droit suisse. C'est ensuite et justement d'avoir choisi les régimes complémentaires comme objet d'étude. L'approche et l'analyse comparée des régimes publics de sécurité sociale sont déjà difficiles. Il y a pourtant la législation comme référence. Les régimes complémentaires sont beaucoup

---

1 FERAUD Lucien: *Les pensions complémentaires. Essai d'analyse comparée.* Etudes et recherches, 7. AISS. Genève. 1975.

2 «Les protections complémentaires en matière de sécurité sociale/Complementary protection in Social Security». *Annuaire EISS/IESS 1990.* Institut européen de sécurité sociale. Acco. Leuven/Amersfoot 1991 (Colloque de Genève).

3 GOLLIER Jean-Jacques: *Analyse comparative des régimes complémentaires dans les systèmes de protection sociale des Etats membres du Conseil de l'Europe et perspectives d'avenir,* In: Colloque sur le rôle des régimes complémentaires de retraite dans les systèmes de protection sociale, Conseil de l'Europe, Lisbonne, 26 octobre 1990.

4 D'HERBAIS Pierre-Guillaume: *Mémento des retraites dans la CEE. Analyse comparée des régimes de base et complémentaires des salariés et des fonctionnaires,* Comité européen de réflexion sur les retraites. Medium Communication, Paris 1990.

5 apROBERTS Lucy/REYNAUD Emmanuel: *Les systèmes de retraite à l'étranger: Etats-Unis, Allemagne, Royaume-Uni,* IRES, Paris 1992.

6 SCHMÄL Winfried (ed.): *The Future of Basic and Supplementary Pension Schemes in the European Community - 1992 and beyond,* Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1991.

7 RIEMER Hans Michael: *Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz,* Stämpfli, Bern 1985.

8 HELBLING Carl: *Les institutions de prévoyance et la LPP,* Haupt, Bern 1991 (traduction de l'allemand par F. Magdelaine).

9 BRÜHWILER Jürg: *Die betriebliche Personalvorsorge in der Schweiz,* Stämpfli, Bern 1989.

10 LUSENTI Graziano: *Les institutions de prévoyance en Suisse, au Royaume-Uni et en Allemagne fédérale,* Georg, Genève 1989.

11 BEAUSOLEIL Jean-Pierre: *La prévoyance professionnelle,* Polycopié de la Faculté des Sciences économiques et sociales de l'Université de Genève, Genève 1993.

plus difficilement saisissables du fait de leurs bases, généralement conventionnelles ou contractuelles, de leur souplesse et de leur grande diversité.

La thèse présentée - reçue avec la mention très bien, pleinement méritée - contient d'autres qualités constituant des apports appréciés à la doctrine, qui portent notamment sur l'environnement des régimes, relativement à l'évolution des valeurs (singulièrement la réalisation de l'égalité de traitement entre femmes et hommes, la demande d'individualisation des droits à la protection), l'importance sociale et économique des institutions de retraite (aspects étudiés sinon le plus souvent séparément), la typologie des régimes complémentaires et son lien avec l'évolution générale de la sécurité sociale, les défis concrets posés par la libre circulation, l'approche tant normative que jurisprudentielle (la seconde prenant le relais de la première dans la Communauté européenne), l'évaluation des régimes complémentaires de retraite suisses (la prévoyance professionnelle) au regard de la théorie générale et du droit communautaire.

Dans son ouvrage, l'auteur réunit avec compétence et clarté la théorie et les aspects pratiques, s'adressant ainsi autant aux chercheurs qu'à ceux qui oeuvrent dans le domaine complexe et exigeant de la prévoyance professionnelle. Et ceux-ci peuvent de plus compter sur une bibliographie riche qui leur permettra, en tant que de besoin, de prolonger leurs recherches.

L'étude apporte quantité d'éléments pertinents à trois grandes questions qui nous interpellent:

- Quel est l'avenir des régimes complémentaires, en tant que deuxième niveau de protection sociale situé entre les régimes publics et les assurances privées, dans un contexte de revendication de l'individualisation des droits et de mondialisation de l'économie (alors que la sécurité sociale demeure essentiellement nationale) ?
- La participation des travailleurs à la gestion des régimes complémentaires est-elle réellement praticable, si l'on considère la complexité (probablement croissante) de la matière, les changements beaucoup plus fréquents d'emplois et donc de régimes professionnels, les demandes de flexibilité accrue dans l'emploi ?
- Comment réaliser un libre passage interne et international (pour reprendre une terminologie helvétique), qui tienne compte des intérêts tant des travailleurs que des institutions ?

Pierre-Yves GREBER

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Genève

XXX

PARTIE I

LA LIBRE CIRCULATION ET LA PARTICIPATION

ELEMENTS DE THEORIE GENERALE

CHAPITRE 1

INTRODUCTION GENERALE

a) Les retraites en débat

1. Les années de l'après-guerre ont été marquées dans les pays industrialisés occidentaux par le développement des régimes publics de sécurité sociale[1] et notamment de leurs régimes de retraite. La vigueur de leur croissance, expression d'un nouveau contrat social, a quelque peu occulté le développement parallèle d'une prévoyance professionnelle complémentaire à la sécurité sociale, elle-même issue des assurances sociales constituées sur une base professionnelle. Dans nombre de pays industrialisés, la généralisation des régimes de retraite de la sécurité sociale a progressivement été suivie ou accompagnée par la croissance de régimes complémentaires. Guy PERRIN a pu parler à ce propos du *"spectacle exceptionnel d'une répétition de l'histoire"* qui voit les assurances sociales donner naissance à la sécurité sociale qui suscite à son tour le développement des régimes complémentaires. Aussi foisonnants que divers aux plans national et international, ces régimes ont commencé à susciter l'intérêt intellectuel et politique à la fin des années soixante. Témoin de cet intérêt, l'Institut européen de sécurité sociale (EISS) organisera en 1972 et 1973 deux congrès consacrés aux régimes complémentaires de sécurité sociale[2].

2. La vigueur de ce développement s'est heurtée dès le milieu des années septante à des obstacles nouveaux dus à la taille majeure acquise par les systèmes de retraite. Sous l'impact de récessions économiques successives, le thème des difficultés de l'Etat-providence a fait surface accompagné d'une critique de ses rigidités dues notamment à sa relative bureaucratisation. S'y ajoutaient des thèmes plus spécifiques liés à l'évolution des valeurs, au vieillissement des populations, au dénuement du quatrième âge, aux déséquilibres démographiques, à l'égalité entre hommes et femmes et à

---

1 Ce développement s'est effectué en parallèle à sa définition synthétique par la Convention 102 de 1952 de l'Organisation internationale du travail sur la norme minimum de Sécurité sociale qui, avec cette convention, énumère les neuf branches classiques: les soins médicaux, les indemnités de maladie, les prestations de chômage, les prestations de vieillesse, les prestations en cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle, les prestations aux familles, les prestations de maternité, les prestations d'invalidité et les prestations de survivants. Voir à ce sujet GREBER Pierre-Yves: *Les principes fondamentaux du droit international et du droit suisse de la sécurité sociale,* 1984, p. 55-93.

2 *Annuaires EISS/IESS* de 1972 (1 volume, 1973) et de 1973 (2 volumes, 1975). A la même époque, l'actuaire Lucien FERAUD publiait sous l'égide de l'Association internationale de la sécurité sociale un ouvrage de synthèse: *Les pensions complémentaires. Essai d'analyse comparée,* 1975.

l'apparition de relations de travail atypiques. Tous ces facteurs ont contribué à renouveler l'attention sur les systèmes de retraite, et en particulier sur les régimes complémentaires. La perspective de l'ouverture en 1993 du Marché unique européen a fourni l'impulsion pour une réflexion internationale consacrée à leur rôle par rapport à la construction d'une Europe sociale et à la libre circulation des personnes et des capitaux. Ce ne sont pas moins de cinq colloques européens qui ont été consacrés à ce thème en 1990 et en 1991[3].

La toile de fond de la discussion est indiscutablement marquée par une volonté de réactualisation du contrat social sur les retraites pour tenir compte des mutations des sociétés industrielles occidentales. Plusieurs éléments - parmi d'autres - marquent cette discussion et interpellent les régimes complémentaires de retraite.

b) Le coût de la retraite

1. Le coût croissant des retraites trouve son origine dans le vieillissement de la population et l'arrivée à maturité des régimes de retraite. Depuis la dernière guerre mondiale les régimes de retraites publics des pays industrialisés ont fourni des revenus croissants aux personnes âgées pour atteindre des niveaux généralement satisfaisants, malgré des inégalités encore actuelles. La réduction de la pauvreté liée à l'âge est sans aucun doute l'un des plus grands succès de l'Etat-providence moderne. Cependant, des interrogations sont formulées quant au maintien de l'ampleur des redistributions qu'ils consacrent. L'évolution démographique défavorable est l'un des facteurs qui suscite le plus de questions.

2. Si la proportion des plus de 65 ans dans la population totale était de 12,2% en 1990 pour l'ensemble des pays de l'OCDE, elle atteindrait 15,4% en 2010 et 22,1% en 2040[4]. La dimension financière colossale atteinte par les régimes de retraites qui assurent à la fois un minimum vital à tous et une garantie des revenus professionnels alimente cette crise d'orientation[5]. Certains estiment que la poursuite de la redistribution actuelle opérée par les régimes publics, voire complémentaires, place un

---

3 Colloque de Brême des 29 et 30 janvier 1990 organisé à la demande de la Communauté européenne: *L'avenir des systèmes de retraite de base et des systèmes complémentaires dans la Communauté européenne,* Colloque de Genève du 4 au 6 octobre 1990 de l'Institut européen de sécurité sociale: «Les protections complémentaires en matière de sécurité sociale», *Annuaire EISS/IESS 1990*, Louvain, 1991; Colloque de Lisbonne du 26 octobre 1990 du Conseil de l'Europe: *Le rôle des protections complémentaires dans les systèmes de sécurité sociale*; Troisième Conférence internationale de Cascais du 11 au 14 juin 1991 d'IPEBLA (International pension and employee benefits lawyers association): *Cross-Boarder pension provision*; Colloque de Bruxelles du 24 septembre 1991 du Comité européen de réflexion sur les retraites: *Régimes complémentaires de retraite et marché unique.*

4 LIVRE BLANC SUR LES RETRAITES, 1991, p. 116.

5 DUPEYROUX Jean-Jacques: *Droit de la sécurité sociale*, onzième édition, 1988, p. 101.

fardeau croissant et potentiellement insupportable sur des générations actives de moins en moins nombreuses[6].

c) Le rôle des efforts collectifs et individuels

1. Ce constat a alimenté à son tour une réflexion sur la répartition des rôles entre l'effort collectif des régimes publics et complémentaires et l'effort individuel dans la protection sociale pour la retraite.

Edgar PISANI, ancien ministre français, dressait lors d'un colloque récent un diagnostic provocateur de la crise des systèmes de retraites. Selon lui, l'attitude de l'individu européen par rapport à l'épargne en serait l'une des causes. Pour de multiples raisons, dont la plus perverse serait le développement même de la protection sociale, il est découragé d'épargner, habitué à ce qu'on lui offre un avenir garanti. Il s'agit d'un comportement culturel entraîné par le fait que *"l'on nous a appris à détester ces deux vieilles compagnes de route dont l'homme ne s'était jamais séparé, je veux dire la Maladie et la Mort."* Selon PISANI, *"l'absurdité de vouloir repousser la mort"* pèserait très fort sur la sensibilité des individus à l'égard de leurs systèmes de retraite. Elle exacerberait leurs attentes et nourrirait leur méfiance à l'égard de toute réforme susceptible de diminuer leurs perspectives[7].

Or, tout particulièrement en Europe, les systèmes de retraite ont réussi *"à combiner le libéralisme économique avec un souci développé - même si des lacunes évidentes subsistent - de la protection sociale. Il y a là un élément fondamental, dont il faut toujours être conscient, et qu'il convient de cultiver avec soin"*[8]. C'est donc un acquis de civilisation majeur qu'il faut conserver tout en l'adaptant.

2. A cet égard, la dynamique des besoins de sécurité non satisfaits en matière de couverture des risques reste une donnée intrinsèque du développement de l'Etat-providence mais aussi des assurances privées[9]. Cette dynamique touche aujourd'hui, si l'on peut dire, les deux bouts de l'échelle des prestations de retraite:

- Au haut de l'échelle, se manifeste le besoin de maintenir intégralement le niveau de vie antérieur au risque de susciter un conflit potentiel entre actifs et

---

6 CONRAD Christoph/JOHNSON Paul/THOMPSON David: *Workers versus Pensioners. Inter-generational justice in an ageing world*, 1989, p. 1.

7 PISANI Edgar: «A la recherche d'une nouvelle culture», in: "L'Avenir des retraites en Europe", *Cahiers de la Fondation Europe et Société*, octobre-décembre 1991, No 3, p. 58-59.

8 GREBER Pierre-Yves: «Analyse de la conception suisse relative aux régimes de pensions (Concept dit des trois piliers, art. 34^{quater} Cst.)», in: *Fünf Expertenberichte zur Dreisäulenkonzeption der schweizerischen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge*, 1991, p. 5.

9 Voir les nombreuses réflexions consacrées à ce thème par EWALD François: *L'Etat-Providence*, 1986.

retraités; d'où la revendication d'un effort d'épargne pour la retraite plus grand de la part des actifs.

- Par contre, au bas de l'échelle, le risque de basculer dans l'exclusion sociale est réel. Comme le souligne Jean-Jacques DUPEYROUX, *"on assiste à une résurgence de la grande pauvreté [...] et à une extension de toutes les autres formes d'exclusion, même si le phénomène n'est pas toujours perçu par ceux qui relèvent de la société des intégrés"*[10].

Ainsi, le risque d'une réforme des systèmes de retraite est d'amener les groupes les mieux organisés à maintenir ou renforcer leurs protections au détriment des plus faibles et moins organisés, et de déboucher sur une société duale. D'où l'importance d'une redéfinition prudente des garanties collectives qui sont à la base du contrat social sur les retraites des sociétés industrielles occidentales. A cet égard, on peut admettre que le problème essentiel est de définir qui doit assumer les charges inhérentes aux systèmes des retraites, notamment en raison du vieillissement démographique et des charges particulières liées à la dépendance des retraités d'âge avancé. Est-ce la collectivité internationale - l'Union européenne - qui ne connaît pas encore son propre système de retraite ? Est-ce la collectivité nationale, qui organise la sécurité sociale, la collectivité professionnelle, qui s'est adjoint les régimes complémentaires ou sont-ce les efforts d'épargne de l'individu ?

Si une réponse d'ensemble - à supposer qu'elle soit possible - dépasse le cadre de la présente étude, les questions posées affectent l'évolution actuelle des régimes complémentaires.

d) La mutation des valeurs

i) Le travail atypique

Le travail masculin de durée indéterminée et à temps complet de la majorité à la retraite a été un élément fondamental du modèle du rapport salarial consacré par l'Etat-providence de l'après-guerre, que ce soit en droit du travail ou dans la sécurité sociale. Si ce modèle est loin de disparaître, il perd de sa prédominance au profit de carrières plus atypiques, notamment en raison de la percée du travail féminin et de la croissance du chômage, du travail à temps partiel, du travail intérimaire et du travail clandestin[11]. Les exigences de mobilité et de flexibilité font sentir ici leurs effets. L'évolution de la société pousse ainsi aux changements professionnels et à une alternance entre activités

---

[10] DUPEYROUX, *op. cit.*, p. 176.

[11] RODGERS Gerry & Janine: *Precarious jobs in labour market regulation: the growth of atypical employment in Western Europe*, 1989.

rémunérées et non rémunérées durant la vie d'un adulte auxquels les régimes de retraite doivent s'adapter.

ii) La libre circulation des travailleurs

La libéralisation économique mondiale entraîne des exigences nouvelles de mobilité professionnelle. L'impact de l'Union européenne est à cet égard significatif. Ses quatre libertés fondamentales de circulation des personnes, des services, des biens et des capitaux exercent un effet puissant visant à dissoudre les liens qui contraignent le maintien de ces facteurs de production dans les limites des frontières nationales. Une telle libéralisation est renforcée par la tendance à la flexibilité, notamment externe, qui implique une plus grande fragilité de la garantie de l'emploi, une partie du risque lié à la concurrence économique étant assumée par les salariés[12]. Pour les régimes complémentaires, cela signifie la fin - ou l'atténuation - des attaches qui lient le salarié à l'entreprise, à la branche d'activité ou au marché national de l'emploi. Traditionnellement ces attaches constituaient des *"chaînes dorées"*, la mobilité étant découragée par la perspective de prestations de retraite substantielles pour les salariés restés longtemps fidèles à l'entreprise, à la branche économique, à la profession ou enfin au marché national de l'emploi. Le salarié mobile contemporain, qu'il soit volontaire ou contraint, se voit donc pénalisé, le risque de pertes dans le droit aux prestations des régimes complémentaires de retraite n'étant à l'évidence pas une récompense adéquate pour ses efforts d'adaptation à un marché du travail flexibilisé.

iii) L'égalité entre hommes et femmes

L'exigence de l'égalité entre hommes et femmes est le résultat d'une grande revendication qui est devenue un impératif de la modernité. Les inégalités entre les sexes dans les régimes de retraite entraînent des correctifs touchant notamment à l'âge de la retraite. La dissolution plus fréquente des liens du mariage amène le remplacement des droits dérivés de la femme divorcée par l'octroi de droits directs, constitués indépendamment du mariage et bénéficiant, le cas échéant, d'une bonification pour l'accomplissement des tâches d'éducation des enfants. Par ailleurs, les droits de pensions de la femme mariée ne doivent plus dépendre de la carrière de cotisations de l'époux.

Les femmes sont également concernées par les discriminations, envers les formes de travail atypique consacrées par les régimes de retraite. Ainsi les inégalités dues au travail à temps partiel sont fortement combattues, précisément parce qu'elles touchent plus particulièrement les femmes qui assument encore aujourd'hui la majeure partie des tâches dans le foyer familial.

---

12 Voir le Chapitre 8 pour une présentation détaillée du thème de la flexibilité.

iv) L'individualisation des droits

Ces trois mutations marquent - à notre sens - une évolution vers une individualisation flexible et égalitaire des droits dont l'octroi ne doit plus être lié à un statut discriminatoire:

- du travailleur typique à l'égard du travailleur atypique,
- du travailleur mobile à l'égard du travailleur stable,
- et des hommes envers les femmes.

De telles discriminations augmentent les inégalités matérielles lors de la retraite. Leur suppression entraîne, à son tour, des coûts accrus pour les régimes de retraite.

e) L'épargne longue et l'efficacité macro-économique des régimes de retraite

i) Une réponse partielle aux difficultés des régimes

1. Les difficultés des régimes de retraite ont donc suscité l'attention sur leur capacité de dégager une épargne longue investie dans les valeurs réelles de l'économie selon des critères plus exigeants d'efficacité financière. L'épargne longue, par la croissance économique et les gains de productivité qu'elle peut susciter, constitue en effet un élément de la réponse aux difficultés des régimes de retraite. Pour paraphraser les propos de l'ancien chancelier allemand Helmut Schmid[13], les investissements d'aujourd'hui sont les retraites de demain. Les régimes complémentaires occupent manifestement une place de choix dans cette approche marqués qu'ils sont par la capitalisation[14].

2. Les faits montrent la place croissante de cette épargne de retraite. Dans les pays qui ont recouru très largement à la répartition, on constate un regain de faveur de la capitalisation entendue non comme une alternative d'ensemble à la répartition ou à l'effort budgétaire, mais comme un effort permettant la création de fonds d'épargne collective et la constitution de réserves dans les régimes en répartition.

Ainsi, tant le régime public que les régimes complémentaires français sont fondés sur la répartition; il est proposé aujourd'hui d'y introduire des éléments de capitalisation[15],

---

13 Au plus fort de la crise économique du début des années quatre-vingt, Helmut Schmid justifiait sa politique d'austérité favorable aux bénéfices des entreprises par la formule que les profits d'aujourd'hui sont les investissements de demain et les emplois d'après-demain.

14 A l'exception notable des régimes complémentaires français AGIRC et ARRCO des salariés du privé fondés sur la répartition.

15 LIVRE BLANC SUR LES RETRAITES, *op. cit.*, p. 165.

à titre de complément et sans que cela remette en cause l'organisation actuelle basée sur la répartition. Un rapport récent du Commissariat du Plan français souligne qu'une épargne de longue durée est une nécessité vitale pour assurer des ressources financières stables aux entreprises. Ce rapport insiste parallèlement sur la nécessité de la mise en place d'un système complémentaire de retraite par capitalisation qui pourrait contribuer à résoudre les problèmes de fonds propres des entreprises[16]. Ce regain est stimulé par la convergence économique européenne qui met l'accent sur la réduction des déficits budgétaires et la lutte contre l'inflation, autant de facteurs qui favorisent à nouveau la capitalisation dont l'ennemi historique a été l'inflation.

Au Royaume-Uni, les institutions de prévoyance disposent depuis longtemps d'une place de choix en tant qu'investisseurs institutionnels. En 1975 déjà, elles étaient propriétaires de près de 17 pour-cent des actions des entreprises cotées en bourse[17]. Actuellement cette proportion s'élèverait à près d'un tiers[18]. Phénomène moins connu, les institutions ont joué un rôle capital dans les privatisations des entreprises publiques réalisées sous les gouvernements conservateurs depuis 1979. Alors que le discours politique officiel vantait les mérites du capitalisme populaire créé par les privatisations, en pratique celles-ci n'auraient pu avoir lieu si les caisses de pension n'avaient pas été disposées à acquérir des paquets importants de titres ou à garantir le rachat de ceux qui n'auraient pas été placés dans le public. Il s'ensuivit un phénomène d'institutionnalisation et de déprivatisation de la propriété[19].

Les institutions de prévoyance suisses occupent une place économique importante. A la fin de 1987, elles disposaient d'avoirs s'élevant à 167 milliards de francs, montant auquel il faut ajouter les capitaux de couverture des assurances-vie qui assurent les institutions[20]. A la fin des années quatre-vingt, la fortune totale des institutions de prévoyance devait représenter le 70 à 80% du produit intérieur brut[21]. Si elles exercent un rôle considérable sur le marché immobilier et des obligations, pendant longtemps leurs actifs investis en actions ont été limités. Divers facteurs expliquent ces limites, en particulier la préférence des entreprises pour l'autofinancement et les crédits bancaires, de même que les règles actuarielles usuellement appliquées. La situation commence à changer devant l'ampleur croissante des besoins de placement des institutions de prévoyance en valeurs mobilières dont la valeur réelle augmente avec le temps et en

---

16 BLANDIN Claire: «Capitalisme à la française. Banquiers et assureurs investissent les entreprises dessinant un nouveau genre d'actionnariat», *Le Monde*, 19 juillet 1991, p. 1. Voir aussi PASTRE Olivier: *Les nouveaux piliers de la finance*, 1992, p. 144-147.

17 MINNS Richard: *Pension funds and British capitalism*, 1980, p. 8.

18 LUSENTI Graziano: *Les institutions de prévoyance en Suisse, au Royaume-Uni et en Allemagne fédérale*, 1989, p. 303.

19 *Ibid.*, p. 232, 244.

20 Office fédéral de la statistique: *Statistique suisse des caisses de pensions 1987*, 1990, p. 36.

21 AMMAN Dominique S.: *Anlagestrategien für Pensionskassen*, 1990, p. 2.

parallèle à la productivité[22]. La part des actions dans les portefeuilles institutionnels est donc appelée à augmenter.

En Allemagne, la loi autorise les régimes complémentaires privés à prendre la forme de réserves au bilan de l'entreprise, de caisses de soutien, de caisses de pension ou de contrats d'assurance-vie conclus par l'entreprise. A la fin de 1985, le montant total des capitaux couvrant les engagements de ces institutions s'élevaient à environ 295 milliards de marks, soit le 14% du total de l'épargne des ménages privés et l'équivalent des capitaux de couverture de l'assurance-vie individuelle. Les réserves au bilan des entreprises, avec 200 milliards de marks, se taillent la part du lion[23] et contribuent directement à l'autofinancement des entreprises.

Les régimes complémentaires légaux suédois disposent de réserves importantes qui atteignaient 293 milliards de couronnes en 1986, auxquelles s'ajoutaient celles des régimes professionnels du secteur privé qui s'élevaient en 1985 à 111 milliards de couronnes. A titre de comparaison, les richesses totales possédées en 1986 par les ménages suédois s'élevaient à 320 milliards de couronnes[24].

3. Ces quelques exemples démontrent que les régimes complémentaires commencent à jouer au plan national et européen un rôle économique majeur. La Commission de la Communauté européenne ne s'y est d'ailleurs pas trompée en notant récemment: *"L'importance économique des fonds de retraite est déjà considérable même si elle varie selon les Etats membres. D'après certaines estimations, leurs avoirs (à l'exclusion de ceux correspondant à la branche retraite des compagnies d'assurance) s'élevaient au 31 décembre 1989, pour la Communauté, à plus de 700 milliards d'écus."*[25]

ii) Une efficacité accrue pour couvrir de nouveaux besoins

L'exigence d'une efficacité macro-économique accrue découle également des coûts supplémentaires auxquels les régimes de retraite devront faire face, d'une part, et d'une meilleure coordination des régimes, facilitant la mobilité professionnelle, d'autre part. Une gestion plus attentive au rendement des investissements s'impose[26].

---

22 Plusieurs ouvrages récents attirent l'attention sur ces aspects. Outre l'ouvrage de LUSENTI, on peut citer HEPP Stefan W.: *The Swiss pension funds*, 1990, p. 266; AMMAN, *op. cit.*, p. 49-50.

23 AHREND Peter/ROESSLER Norbert: «Finanzierungs- und Leistungssysteme der betrieblichen Altersversorgung», *Die Angestellten-Versicherung*, octobre 1986, p. 374.

24 OVERBYE Einar: *Rapport spécifique aux Etats nordiques membres du Conseil de l'Europe et non-membres de la Communauté européenne.* Colloque de Lisbonne du 26 octobre 1990 du Conseil de l'Europe sur les régimes complémentaires de retraite, p. 9 et 19.

25 Commission des Communautés européennes: *L'achèvement du marché intérieur dans le domaine des retraites privées*, Document de travail, octobre 1990, p. 3.

26 Voir à cet égard les conclusions du rapport d'expertise de KOHLI Ulrich: «L'impact économique de la sécurité sociale», in: *Fünf Expertenberichte, op. cit.*, p. 59-61.

f) Conclusions

i) Libre circulation et participation: un carrefour pour les régimes complémentaires

Les nouvelles valeurs soumettent les régimes complémentaires à de fortes exigences, notamment le droit de pouvoir circuler librement entre différentes formes d'emploi, entre différents pays et employeurs, entre le travail ménager et le travail salarié. La libre circulation est donc au coeur de leurs mutations actuelles.

Or, en majorité d'origine privée, les régimes complémentaires sont largement dépendants de l'effort de financement des entreprises. D'institutions ayant pour fonction de servir un revenu social de substitution à la retraite, les régimes complémentaires tendent, lorsqu'ils constituent des réserves, à devenir des instruments financiers autonomes dont l'impact économique n'est plus négligeable. Institutions sociales et financières, gestion de l'âge par les prestations de retraite et gestion du capital pour servir les prestations, de tels fonds de retraite suscitent l'interrogation sur leur pouvoir et l'influence de leurs principaux acteurs, les salariés et les employeurs.

Il n'est donc pas étonnant que surgisse la réflexion sur les modalités de la négociation permettant l'arbitrage entre ces besoins nouveaux et les possibilités réelles des entreprises. De surcroît, et à l'instar des grandes structures de la sécurité sociale, ils soulèvent la question de la participation des salariés et des employeurs à leur gestion, entendue comme remède aux rigidités inhérentes aux régimes légaux de sécurité sociale, tenus à l'égalité devant la loi. La libre circulation et la participation sont ainsi l'un des carrefours importants de la réflexion en cours, raison pour laquelle nous avons jugé intéressant de l'explorer.

ii) L'approche choisie

Cette approche présente une difficulté évidente. Elle ne s'arrête pas aux frontières nationales et elle est tributaire de la diversité extrême des régimes complémentaires quant à leur nature, leur objet et leur organisation.

Des axes ont dû être définis pour atteindre une certaine clarté. D'où une réflexion en trois étapes:

- des éléments de théorie générale des régimes complémentaires,
- le droit communautaire et les régimes complémentaires,
- et, enfin, le droit suisse de la prévoyance professionnelle face à la libre circulation et à la participation.

Nous avons ensuite tenté de cerner juridiquement les régimes complémentaires par une double démarche, évolutive et statique, que l'on retrouve à chacune des trois étapes choisies:

- la référence à certaines constantes d'évolution de la sécurité sociale permet un premier ancrage pour une comparaison dynamique des régimes complémentaires dans une perspective globale de protection sociale. L'évolution des régimes complémentaires peut donc être analysée à la lumière des tendances à la généralisation, à l'harmonisation, à la coordination et à la démocratisation.
- La recherche des fondements juridiques - approche plutôt statique - permet d'établir une typologie des régimes dans une perspective de droit comparé. Trois grandes catégories sont distinguées: les régimes légaux découlant d'une décision législative, les régimes conventionnels basés sur des accords collectifs conclus entre partenaires sociaux et les régimes contractuels basés sur l'initiative de l'employeur.

La complexité du sujet, surtout lorsqu'il est abordé dans une perspective internationale, nous a également conduit à limiter le champ d'étude aux régimes complémentaires de retraite des salariés de l'économie privée. Sont par conséquent exclus de l'étude sur la théorie générale et le droit communautaire:

- les régimes complémentaires couvrant les prestations d'invalidité et de survivants, alors qu'ils sont souvent intégrés aux régimes de retraite;
- les régimes complémentaires des travailleurs indépendants, alors qu'ils se sont souvent développés par mimétisme envers les régimes des salariés et qu'ils sont concernés par la libre circulation des travailleurs au plan communautaire;
- les régimes complémentaires des fonctionnaires, alors qu'ils ont souvent servi de stimulant à l'amélioration des prestations des régimes complémentaires du secteur privé.

CHAPITRE 2

LA DEFINITION DES REGIMES COMPLEMENTAIRES DE RETRAITE

a) Une vocation mimétique ?

"Non seulement il n'existe pas de véritable droit de la prévoyance professionnelle, mais aucun signe tangible ne paraît en annoncer l'émergence. Car quelques solutions dispersées ne constituent pas un véritable droit, même si on les met bout à bout. Il faudrait que de leur rapprochement surgissent des catégories originales, des principes de référence, une syntaxe propre permettant aux interprètes de construire entre les textes. Or ces principes généraux font défaut."[1]

1. Ces propos de Jean-Jacques DUPEYROUX marquent la perplexité relative d'un grand juriste devant un phénomène nouveau qui déroge à l'idée classique de la sécurité sociale. Potentiellement unique et généralisée, assurant, outre la garantie des soins, un revenu social de substitution en cas de perte de gains ou d'impossibilité d'en réaliser, ou un revenu social de compensation pour compléter l'insuffisance des ressources des individus ou des familles, la sécurité sociale a pu assumer une dimension de véritable projet historique et global[2]. Dans cette perspective, l'hétérogénéité des systèmes de protection est synonyme de leur caractère inachevé quant aux prestations et de coûts supplémentaires d'organisation. L'homogénéisation des systèmes et des prestations en est la conséquence dans une perspective téléologique, c'est-à-dire des buts nécessaires assignés à la sécurité sociale[3].

2. Or, la définition des régimes complémentaires de retraite implique la recherche de traits juridiques communs, c'est-à-dire des convergences dans une réalité qui - contrairement aux régimes de base de la sécurité sociale - frappe d'abord par sa grande hétérogénéité. Mettre l'accent sur ces convergences peut, à son tour, masquer la diversité profonde des régimes complémentaires aux plans national et international. Si le droit codifie les rapports sociaux en leur donnant une nature en apparence achevée, la réalité mouvante des régimes complémentaires appelle un droit mobile et donc souvent incertain dans ses concepts. Le recours aux concepts du droit de la sécurité

---

1 DUPEYROUX Jean-Jacques: «La protection sociale complémentaire», *Droit Social,* Numéro spécial, avril 1986, p. 279.

2 Voir à ce sujet les thèses défendues par PERRIN Guy: «L'avenir du droit de la sécurité sociale», *Mélanges Alexandre Berenstein,* 1989, p. 457 ss.

3 Voir à cet égard l'ouvrage de VOIRIN Michel: *L'organisation administrative de la sécurité sociale: un enjeu social et politique,* 1991, qui expose la conception classique de la sécurité sociale unique et généralisée.

sociale s'avère donc utile pour fournir une définition juridique des régimes complémentaires qui permette également l'analyse de leurs tendances évolutives. De par leur nature accessoire aux régimes de base de la sécurité sociale, et précisément en raison de leur hétérogénéité, l'évolution de tels régimes peut s'analyser en fonction d'une hypothèse qui est leur vocation mimétique de répéter, en quelque sorte, l'évolution qu'a connue la sécurité sociale, d'offrir le spectacle d'une répétition de l'histoire[4]. Car la sécurité sociale est née du besoin d'universalisation et d'unification de la protection, issue de l'insuffisance des régimes antérieurs relevant de l'assurance sociale. A leur tour, les régimes complémentaires ont été soumis à une pression vers leur généralisation et leur harmonisation, issue de leurs insuffisances actuelles.

3. Le recours à ce concept du mimétisme a l'avantage de permettre des comparaisons au moyen de catégories juridiques connues. Il comporte toutefois le risque évident d'une interprétation téléologique de la réalité, le droit des régimes complémentaires étant examiné dans la perspective des buts nécessaires qu'il doit accomplir dans une conception générale de l'avenir de la sécurité sociale. Or celui-ci dépend du renouvellement périodique de contrats sociaux et politiques multiples entre les jeunes et les vieux, les hommes et les femmes, les inactifs et les actifs, entre les riches, les couches moyennes et les pauvres. La complexité propre à la négociation de ces contrats est encore accrue par le fossé qui sépare les pays industrialisés de l'Ouest et du Nord des pays moins riches ou pauvres de l'Est et du Sud. Des incertitudes en résultent qui peuvent provoquer l'inversion ou le déplacement des tendances classiques d'évolution observées dans le passé, ceci à la faveur de crises économiques et démographiques ou de mutations des valeurs.

Ainsi, certains courants rattachés au libéralisme le plus catégorique aspirent à une révision complète des objectifs assignés à la sécurité sociale, notamment l'abaissement des prélèvements sociaux obligatoires compensé par un transfert des fonctions de la sécurité sociale à la prévoyance privée. Une objection fondamentale est adressée à la notion même de régimes complémentaires, ceux-ci devant dorénavant être considérés comme la norme, les régimes publics de sécurité sociale étant l'accessoire[5]. On assisterait alors non pas à une répétition, mais bien à une inversion de l'histoire des régimes de retraite. A la faveur de contextes de crise économique et sociale, certaines de ces aspirations ont pu trouver un début de concrétisation[6].

---

4 PERRIN Guy: «Conclusions», in: Colloque de l'Institut européen de sécurité sociale de 1973 sur les régimes complémentaires de sécurité sociale, *Annuaire EISS/IESS 1973*, Tome 3, p. 614.

5 ROBINSON Ann: «Pensions in the European Community», in: *Régimes complémentaires de retraite et marché unique*, Colloque du 24 septembre 1991 du Comité Européen de réflexion sur les retraites, p. 2.

6 VOIRIN, *op. cit.*, p. 90-92, cite à cet égard la réforme chilienne du régime de couverture de la vieillesse, de l'invalidité et du décès du soutien de famille, qui a abouti au remplacement d'un système de sécurité sociale fondé sur une organisation complexe, pluraliste mais à but non lucratif, par un système pluraliste fondé sur la loi du marché et la capitalisation individuelle.

L'examen des tendances d'évolution mimétiques des régimes complémentaires implique donc que l'on se garde d'une approche trop linéaire qui occulte les changements de direction possibles.

b) La diversité face aux principes d'universalité et d'unité

i) La conception classique de la sécurité sociale

1. La sécurité sociale classique a postulé les principes d'universalité et d'unité[7]. Le principe d'universalité commandait d'étendre la protection du système soit à l'ensemble de la collectivité nationale, soit à l'ensemble de la communauté nationale des travailleurs salariés. Il impliquait en outre la réalisation d'une protection complète au regard de l'ensemble des éventualités reconnues comme socialement dommageables, à savoir toutes celles qui risquent d'affecter l'intégrité physique ou mentale des individus et de porter atteinte à leur capacité de subvenir par le travail à leurs besoins et à ceux de leur famille. La Convention OIT No 102 concernant la norme minimale de sécurité sociale (1952) a constitué la synthèse des éventualités devant au moins être couvertes: soins médicaux, indemnités de maladie, maternité, vieillesse, survivants, invalidité, accidents du travail et maladies professionnelles, chômage et prestations familiales. Le principe d'unité postulait quant à lui soit l'uniformité des avantages accordés, soit l'unicité structurelle des systèmes de sécurité sociale[8].

2. Encore tributaire de la notion de risque reprise des assurances sociales qui l'ont précédée, la sécurité sociale classique était fondée sur une approche causale ou analytique. Son intervention était déclenchée par une cause prédéfinie, les vicissitudes de la vie. La sécurité sociale a évolué vers une conception contemporaine fondée sur une approche moins causale que fonctionnelle. Les quatre grandes fonctions de la sécurité sociale contemporaine sont la garantie des soins médicaux et la protection de la santé, la garantie d'un revenu social de compensation (charges familiales et revenu social minimum), la garantie d'un revenu social de substitution (garantie du niveau de vie antérieur), la protection contre le chômage et l'aide à la formation[9]. L'approche fonctionnelle vise à rationaliser les systèmes de sécurité sociale, de manière à satisfaire les besoins de façon optimale tout en ayant une gestion économique[10]. La notion de l'éventualité a été ainsi remplacée par une notion fonctionnelle, qui cherche à répondre au coût et au manque de transparence de la sécurité sociale par une unification et une simplification supplémentaires. La mutation n'a cependant pas modifié sensiblement l'approche des concepts d'universalité et d'unité. On peut noter toutefois une inflexion,

---

7 PERRIN Guy: «Pour une théorie sociologique de la sécurité sociale dans les sociétés industrielles», *Revue française de sociologie*, juillet-septembre 1967, p. 311.

8 *Ibid.*, p. 312.

9 Voir pour cette approche, GREBER: *Les principes fondamentaux*, *op. cit.*

10 GREBER: *Les principes fondamentaux*, *op. cit.*, p. 93.

l'universalisation étant dorénavant distinguée de la généralisation, celle-ci définissant l'extension de la protection à la communauté nationale des travailleurs salariés, étendue le cas échéant aux travailleurs non salariés[11]. La distinction marque plus nettement le trait de séparation entre la sécurité sociale universelle et les assurances sociales limitées aux salariés.

ii) L'uniformité des avantages

1. Elle peut être conçue selon deux axes:

- L'intervention de la société peut se borner à fournir un niveau minimal et rigoureusement égalitaire de protection sociale, sous la forme de prestations forfaitaires et uniformes.
- La seconde, plus exigeante, mesure et diversifie la protection sociale pour assurer une sécurité effective, liée aux revenus professionnels et à l'appréciation sociologique des besoins par la société. Les prestations sont plus individualisées et peuvent varier selon les secteurs professionnels.

Le choix entre ces conceptions de l'uniformité trouve son origine dans deux traditions philosophiques qui ont influencé historiquement l'architecture des régimes de base de la sécurité sociale: la justice commutative et la justice distributive.

2. La première tradition d'inspiration dite bismarckienne[12] fonda les régimes de nature commutative. Ceux-ci tendent à lier le droit aux prestations à la contrepartie du travail et sont donc des régimes professionnels: la pension est la contrepartie des cotisations passées sur le revenu de l'activité lucrative[13]. Le montant de la pension est donc largement fonction du revenu passé. La stricte équivalence actuarielle entre les contributions et le montant de la pension est toutefois souvent atténuée par les mécanismes de plancher et de plafond des prestations. L'Allemagne, la France, l'Italie et la Belgique sont parmi les pays dont les régimes de retraite s'inspirent de cette tradition. Le désavantage majeur de cette conception est d'exclure de la protection ceux qui n'appartiennent pas à la communauté du travail en les renvoyant à l'assistance publique[14].

3. Les régimes de nature distributive sont nés de la volonté de pallier l'exclusion et de mettre un terme au recours humiliant à l'assistance publique. Expression de la tradition beveridgienne, qui consacra les régimes universels en matière de retraite[15], ces régimes choisissent l'uniformité des cotisations et des prestations. Un tel égalitarisme

---

11 *Ibid.*, p. 95.

12 De Bismarck, chancelier allemand qui a instauré l'assurance-vieillesse des ouvriers en 1889.

13 ALBOUY François-Xavier/KESSLER Denis: «Un système de retraite européen: une utopie réalisable?», *Problèmes économiques*, 1990, No 2 , p. 17.

14 DUPEYROUX: *Droit de la sécurité sociale, op. cit.*, p. 98.

15 PERRIN Guy: «Le plan Beveridge: les grands principes», *Revue internationale de sécurité sociale*, 1992, Nos 1-2, p. 45 ss; DUPEYROUX: *Droit de la sécurité sociale, op. cit.*, p. 98-99.

exprime le refus d'introduire dans le domaine de la protection sociale les disparités constatées dans la distribution primaire des revenus. C'est pourquoi ces régimes attribuent des droits en vertu d'une qualité, par exemple la citoyenneté ou l'âge. Le montant des droits est donc souvent forfaitaire ou largement indépendant des revenus antérieurs. La Grande-Bretagne, la Suède, la Norvège, le Danemark, les Pays-Bas et la Suisse participent de cette tradition, avec de nombreuses variantes il est vrai.

4. Ces différences n'ont pas empêché une similitude profonde: la généralisation des systèmes de financement fondés sur la répartition. Le souvenir des effets néfastes de l'inflation d'avant-guerre pour les pensions fondées sur la capitalisation[16] et la volonté d'accorder immédiatement des prestations de retraite aux générations d'entrée ont conduit au choix de l'efficacité sociale. La répartition, qui redistribue immédiatement les contributions des actifs aux retraités, est l'expression de cette efficacité qui organise une double solidarité, entre actifs et retraités et entre générations successives. La solidarité est analogue dans les régimes publics financés par l'impôt car ceux-ci opèrent un transfert immédiat entre contribuables et retraités.

Avec le temps, les aspérités dues aux chocs des différences philosophiques se sont atténuées[17] sous le coup d'un double mouvement. La solidarité nationale mise en oeuvre envers le risque économique de la vieillesse a exercé ses effets sur les régimes commutatifs qui ont eu tendance à admettre certains droits aux prestations indépendamment de l'activité économique[18], voire un minimum de ressources. La volonté d'assurer le maintien du niveau de vie antérieur a exercé à son tour son influence sur les régimes distributifs, et les a même parfois conduit à introduire des régimes complémentaires obligatoires.

iii) L'unicité structurelle

Ce principe se manifeste dans la recherche d'une unification ou, tout au moins, d'une coordination des diverses formes de protection sociale[19]. Il correspond essentiellement à une nécessité d'organisation, qui répond à des besoins de rationalisation, de simplification et d'économie. La gestion privée de la sécurité sociale par une pluralité d'organismes peut entraîner des coûts élevés, le risque de litiges prolongés avec les organismes d'assurances ou d'inégalités dans la protection, de même que des entraves à la mobilité professionnelle[20].

---

16 Dans le système de la capitalisation, les prestations sont versées grâce au capital constitué durant la vie active par des contributions et les intérêts cumulés. Il est sensible à l'inflation.

17 PERRIN: «Pour une théorie sociologique», *op. cit.*, p. 321; DUPEYROUX, *op. cit.*, p. 99.

18 D'HERBAIS Pierre-Guillaume: *Mémento des retraites. Analyse comparée des régimes de base et complémentaires des salariés et fonctionnaires dans la CEE*, Comité européen de réflexion sur les retraites, 1990, p. 60 et 124. D'HERBAIS relève que le régime français de base admet ainsi le maintien de l'affiliation en cas de cessation d'activité due à la maternité et le régime allemand le maintien d'affiliation de la femme au foyer qui a exercé une activité auparavant.

19 PERRIN: «Pour une théorie sociologique», *op. cit.*, p. 312.

20 VOIRIN, *op. cit.*, p. 93-99.

iv) La diversité face au type idéal de sécurité sociale: l'architecture à trois niveaux (système des trois piliers)

1. Selon la définition de Guy PERRIN, le type idéal sur lequel la sécurité sociale s'est constituée tendait *"à garantir une protection sociale globale à tous les membres de la collectivité considérée, indépendamment des différences de classe ou de statut, dans toutes les éventualités risquant d'affecter le droit à la santé et le maintien ou le niveau des moyens d'existence, compte tenu des besoins et des normes propres aux sociétés industrielles, grâce à un système de solidarité à vocation égalitaire et à structure unitaire"*[21].

L'unification propre à ce type idéal s'est trouvée exposée à de nouveaux défis dus à l'extension de la protection dans deux directions nouvelles. L'une s'adresse aux plus défavorisés grâce à l'institution de prestations soumises à une condition de ressources en vue de garantir aux bénéficiaires un minimum de revenus. L'autre concerne les titulaires de gains plus élevés que ceux correspondant à la protection de base, de manière à améliorer le taux de remplacement de ces gains. Les tendances à l'universalisation et à l'unicité se sont ainsi heurtées à des contraintes inhérentes à la taille acquise par les régimes de base de la sécurité sociale. Leur extension indéfinie, stimulée par la pression immanente des besoins de sécurité, s'est heurtée à des limites financières, organisationnelles, démographiques et politiques.

2. L'élévation constante du niveau de vie et la pression des besoins à le maintenir après la retraite ont ainsi été les catalyseurs des régimes complémentaires. Devant les limites des possibilités de la solidarité nationale, nombreux ont été les pays à favoriser au plan fiscal et juridique le développement d'une solidarité professionnelle[22] - souvent déjà présente d'ailleurs - envers le risque de détresse matérielle lors de la vieillesse, par le versement de prestations complémentaires constituant un second étage de protection[23].

Conséquence de cette évolution, l'idée d'un système unique et universel de la retraite a été largement abandonnée au profit du concept plus hétérogène d'une architecture à trois niveaux - ou des trois piliers - de la prévoyance pour la retraite, comprenant un étage de base public et universel, un étage professionnel et un étage individuel, chacun de ces étages pouvant comporter des subdivisions[24]. D'ailleurs, une telle architecture

---

21 PERRIN: «Pour une théorie sociologique», *op. cit.*, p. 313.

22 FERAUD, *op. cit.*, p. 9.

23 VOIRIN, *op. cit.*, p. 118.

24 ROCARD Michel: «Préface» in: *Demain les retraites. Un contrat entre les générations*, 1991, p. 12. Voir également SCHMÄL Winfried: «Le développement futur des régimes complémentaires de retraite en Europe: un aperçu introductif des problèmes», Rapport introductif au séminaire international de Brême de mars 1990: *L'avenir des systèmes de retraite de base et des régimes complémentaires dans la Communauté européenne*, document multicopié, p. 10; MOUTON Pierre/TAMBURI Giovanni: «Problèmes de frontières entre régimes privés et régimes publics de pensions», *Revue Internationale du Travail*, 1986, No 2, p. 146-147; HECQUET Paul: «Le développement et le rôle des régimes complémentaires en Europe», in: *Les salariés et leurs régimes complémentaires*, Association internationale de la

ne s'applique pas uniquement aux systèmes de retraite; elle se rencontre également face à d'autres éventualités, notamment celles de la maladie et des accidents professionnels et non professionnels. Illustratrice de cette évolution politique, la Suisse adoptera en votation populaire, le 3 décembre 1972, l'article constitutionnel 34^{quater} consacrant ce système pour les éventualités de la vieillesse, de l'invalidité et du décès. Ce concept met en lumière la tendance à l'intégration des régimes de base et complémentaires tout en ouvrant la réflexion sur le niveau souhaitable de la protection globale et du degré de solidarité admissible dans la collectivité concernée offerts par les systèmes de retraite dans les pays industrialisés.

3. A ce titre, il faut remarquer que la solidarité exprimée par les régimes complémentaires peut varier. Lorsque les régimes sont financés par la répartition, ils expriment une solidarité professionnelle entre générations de travailleurs salariés[25]. Lorsqu'ils sont fondés sur la capitalisation, ils sont financés selon le principe d'une équivalence entre les contributions et les prestations. On y retrouve néanmoins des éléments de solidarité. Le recours à la capitalisation collective ou à des systèmes mixtes alliant la capitalisation et la répartition permet des solidarités partielles entre travailleurs jeunes et plus âgés, voire retraités, notamment pour assurer certaines prestations telles que la compensation du renchérissement. Par ailleurs, leur but non lucratif affirme une vocation de solidarité mutuelle entre les bénéficiaires, notamment pour la couverture des risques de décès et d'invalidité. Les régimes complémentaires sont donc devenus une composante des systèmes de retraite, ce qui a suscité la question de l'organisation de leurs rapports avec les régimes de base.

Expression à la fois d'une solidarité professionnelle et d'une équivalence plus stricte entre contributions et prestations, il était logique que les régimes complémentaires fussent appelés à épauler fortement les régimes publics fondés sur la justice distributive. Mais leur vitalité s'est aussi confirmée face aux régimes fondés sur la justice commutative. Les plafonds mis aux prestations appelaient logiquement des compléments professionnels. Comme le souligne Guy PERRIN, *"une relation logique peut être établie entre le niveau de protection du régime légal de base et le développement des régimes complémentaires"*[26]. Leur croissance est nettement plus

---

sécurité sociale, 1984, p. 8-22; GREBER Pierre-Yves: «Analyse de la conception suisse relative aux régimes de pensions (concept dit des trois piliers, art. 34^{quater} Cst.)», in: *Fünf Expertenberichte zur Dreisäulenkonzeption der schweizerischen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge*, 1991, p. 46-48a.

25 Pour le principe de solidarité entre générations, voir GREBER: *Les principes fondamentaux*, *op. cit.*, p. 410-413 et 426-429.

26 PERRIN Guy: «Réflexions préalables à la coordination européenne des régimes complémentaires privés de sécurité sociale dans la Communauté économique européenne», in: "Les protections complémentaires en matière de sécurité sociale", *Annuaire EISS/IESS 1990*, p. 222.

marquée dans les pays où l'insuffisance de la protection offerte par le régime légal de base à rendu nécessaire l'intervention des régimes complémentaires[27].

4. La pression au développement de régimes complémentaires facultatifs est plus marquée dans les pays dont les régimes de base, seuls ou liés à un régime complémentaire obligatoire pour les employeurs, offrent des taux de remplacement du revenu d'activité moins élevés. Selon Giovanni TAMBURI et Pierre MOUTON on peut ainsi distinguer entre[28]:

i) les régimes de base et complémentaires légaux qui offrent des pensions correspondant à des taux de remplacement élevés, soit nettement supérieurs à 50% de la rémunération d'activité telle qu'elle est définie par la législation nationale[29];

ii) les régimes avec des taux de remplacement modérés qui offrent aux assurés ayant accompli une carrière complète d'assurance ou de résidence une pension dont le taux se rapproche des 50% de la rémunération d'activité telle qu'elle est définie par la législation[30];

iii) et les régimes avec des taux de remplacement modestes, qui offrent aux assurés ayant une carrière complète d'assurance ou de résidence une pension dont le taux est inférieur à 50% de la rémunération d'activité telle qu'elle est définie par la législation nationale[31].

v) Les frontières des trois piliers en mouvement

1. Devant les difficultés et les mutations auxquelles des systèmes de retraite sont confrontés, une réflexion s'est ouverte sur le rôle que chacun des piliers doit assumer et sur le déplacement des frontières entre chacun d'entre eux. En d'autres termes, des questions ont surgi sur la répartition des charges nouvelles entre les trois piliers, d'une part, et sur le déplacement des charges existantes d'un pilier vers les autres, d'autre part.

En résumant quelque peu, les interrogations actuelles sur les rôles respectifs des trois piliers sont les suivantes:

---

27 VOIRIN, *op. cit.*, p. 121; PERRIN: «Réflexions préalables à la coordination des régimes complémentaires», *op. cit.*, p. 222.

28 MOUTON/TAMBURI, *op. cit.*, p. 148-150.

29 *Ibid.*, p. 148-149, citent les régimes de base de l'Allemagne, de l'Autriche, de la Belgique, de l'Espagne, de l'Italie, du Luxembourg et du Portugal; ils citent également les régimes de base légaux et complémentaires combinés de la Finlande, de la France (les régimes conventionnels AGIRC et ARRCO étant assimilés à un régime légal), de la Suède et de la Suisse.

30 Cela concerne, selon MOUTON/TAMBURI, *op. cit.*, p. 149, les Etats-Unis, la Nouvelle-Zélande, les Pays-Bas et, dans les pays qui combinent un régime de base avec un régime complémentaire légal, le Danemark, le Japon, la Norvège et le Royaume-Uni.

31 MOUTON/TAMBURI, *op. cit.*, p. 150, affectent à cette catégorie l'Australie et l'Irlande, de même que le Canada qui a deux régimes combinés.

i) les prestations du premier pilier devront-elles être étendues afin d'assurer un revenu minimum décent à toute personne âgée pour pallier les coûts sociaux dus à l'allongement de la vie, à la dissolution des liens familiaux et au dénuement du 4e âge ? Faut-il, pour assumer ces coûts supplémentaires, prélever des ressources supplémentaires ou faut-il diminuer certains acquis actuels, notamment en retardant l'âge de la retraite et en limitant le remplacement du revenu antérieur ?

ii) Les prestations du deuxième pilier devront-elles, plus que par le passé, assurer le maintien adéquat du niveau de rémunération atteint durant la période d'activité, ceci pour toutes les catégories d'activités, indépendantes ou dépendantes, typiques ou atypiques ? Ou faudra-t-il que ces régimes assurent uniquement une partie de la population active ou une fraction plafonnée des revenus antérieurs, ou qu'ils atténuent les composantes de solidarité en leur sein ?

iii) Faudra-t-il, enfin, que l'épargne individuelle prenne le relais de certaines prestations assurées auparavant sur une base collective ?

2. Ces interrogations ont commencé à céder la place aux premières mesures législatives. De nombreuses réformes des régimes publics ont été entreprises dans le but général de réactualiser le contrat entre générations propre aux systèmes de répartition[32]. Diverses solutions ont été adoptées pour en réduire quelque peu le coût tout en maintenant les acquis essentiels: allongement des durées de cotisation, augmentation de l'âge de la retraite[33] et remise en cause partielle des modalités de compensation du renchérissement[34]. Fait intéressant, ces réformes ont parfois été accompagnées de mesures de rationalisation sociale et administrative relevant de la tendance classique à l'unité, notamment la remise en vigueur de la retraite minimum en Allemagne et la création, au Japon, d'une pension universelle, forfaitaire mais faible pour l'ensemble de la population. Certains sont allés plus loin. Durant la décennie des années quatre-vingt, le Royaume-Uni a stimulé un transfert de charges important du régime public fondé sur la répartition vers les régimes complémentaires ou les pensions personnelles fondées sur la capitalisation. Cette réorientation fondamentale substitue la protection égale contre les risques offerte par la répartition grâce au contrat entre générations par la protection inégale résultant des différentes capacités d'épargne des citoyens[35]. Il s'agit d'une remise en cause touchant à l'universalité de la protection égalitaire offerte par la sécurité sociale.

3. L'intérêt manifesté pour les régimes complémentaires tient précisément aux avantages qu'on leur prête pour atténuer les difficultés du premier pilier. L'Espagne est

---

32 ROCARD, *op. cit.*, p. 24.

33 Aux Etats-Unis, l'âge de la retraite va être progressivement augmenté pour atteindre 67 ans en 2027 pour les personnes nées en 1960.

34 LIVRE BLANC SUR LES RETRAITES, *op. cit.*, p. 154-155.

35 ROCARD, *op. cit.*, p. 22.

une bonne illustration de cette évolution. Devant les difficultés de plus en plus grandes de son régime de base, elle adopta en 1987 une loi sur les plans et caisses de pension afin de donner une forte impulsion aux régimes complémentaires[36]. Réalité foisonnante, mouvante et méconnue, ils représentent pour certains l'Eldorado des espoirs déçus des régimes publics et pour d'autres le sésame ouvrant les portes du rétrécissement de ceux-ci.

Pourtant, les régimes complémentaires n'échappent pas nécessairement aux difficultés démographiques, même lorsqu'ils sont financés en capitalisation[37]. Contrairement à une idée reçue, la capitalisation n'est pas une garantie absolue contre les risques démographiques surtout lorsque les régimes complémentaires sont généralisés à une part importante de la population active. Une dégradation importante du rapport démographique entre actifs et retraités peut entraîner l'obligation de réaliser simultanément une partie de la fortune capitalisée des fonds de pension sur le marché des biens. La valeur des biens vendus risque par conséquent de baisser en raison de la surabondance de l'offre. Les prestations couvertes par ces actifs subiraient alors logiquement une baisse[38]. Les incertitudes pèsent également quant à la capacité de l'économie de fournir à long terme des taux d'intérêts supérieurs à la croissance réelle, condition d'un financement équilibré des régimes en capitalisation[39].

vi) Le taux de remplacement du revenu antérieur offert globalement par les systèmes de retraite

1. Ces premières réorientations font apparaître l'intérêt d'un nouveau champ d'investigation qui interpelle directement les régimes complémentaires. Celui-ci porte

---

36 FERRERAS ALONSO Fidel: *Die Renten im spanischen Sozialversicherungssystem - Ein Überblick,* Deutsche Rentenversicherung, 1990, p. 42 ss. OVERBYE indique que si devant les difficultés démographiques l'on réduit les pensions publiques suédoises minimales, ce sont vraisemblablement les régimes de pensions professionnels qui serviront de solution de rechange (OVERBYE, *op. cit.*, p. 35).

37 Comme le souligne LUSENTI, *op. cit.*, p. 447, en cas de vieillissement démographique, la redistribution des ressources engendrées par les mutations démographiques est relativement plus *politisée* avec le principe de la répartition (qui est adopté par l'assurance étatique) qu'avec celui de la capitalisation, où ce sont les forces du marché qui règlent *automatiquement* les transferts par le biais des prix relatifs des biens.

38 SCHWARTZ Jean-Jacques: «Aspects macro-économiques du capital de réserve dans le cadre de la prévoyance professionnelle», in: *Zur Verwirklichung der 2. Säule*, 1981, p. 249-269. Ceci est vrai à l'intérieur des frontières nationales, et vraisemblablement également à l'intérieur du Marché unique européen ou de l'OCDE, le déplacement de la pyramide des âges suivant une courbe analogue dans la plupart des pays industrialisés. A l'échelle mondiale, l'évolution démographique est évidemment inverse. Cela relativise un peu les craintes démographiques quand bien même les investissements des pays industrialisés se font pour l'essentiel entre eux et non dans les pays à démographie forte.

39 PIERIK J.M.B.: «The Dutch perspective», in: "L'avenir des systèmes de retraite de base et des régimes complémentaires dans la Communauté europenne", *Rapport présenté au séminaire international de Brême de mars 1990*, p. 10-12.

sur le taux de remplacement du revenu antérieur offert globalement par les systèmes de retraite, l'objectif généralement admis étant le maintien de façon appropriée du niveau de vie antérieur. L'actuaire Jean-Jacques GOLLIER, poursuivant l'approche inaugurée par Lucien FERAUD[40], souligne que fournir des réponses implique une approche globale des systèmes de retraite que l'étude détaillée des seuls régimes de la Sécurité sociale ne permet pas[41].

D'une part, les besoins de protection ne sont couverts que jusqu'à un certain degré de rémunération par la Sécurité sociale, le solde étant assuré par des régimes complémentaires. Il est donc impératif d'ajouter ces différentes protections pour obtenir une vue globale de la protection assurée.

D'autre part, l'efficacité réelle de la protection ne peut se mesurer uniquement à l'aune de cette protection globale. Il faut encore mesurer le rapport entre le revenu net antérieur et le revenu net du retraité, soit les revenus obtenus après déduction de toutes les charges fiscales et parafiscales. Cette méthode est indispensable pour déterminer le taux effectif de remplacement des revenus lors de la retraite. Une fois ce taux déterminé, la comparaison entre les systèmes nationaux devient plus aisée. A l'intérieur de ces systèmes, la comparaison entre régimes de base et complémentaires devient plus transparente.

2. Pour faciliter l'analyse, GOLLIER synthétise tout d'abord les critères de choix des techniques de financement qui varient entre les deux pôles de la répartition et de la capitalisation[42] :

- le critère d'efficacité sociale qui vise le paiement le plus rapide possible des retraites les plus élevées qui seront ensuite revalorisées;
- le critère d'équité entre les générations, aucune génération ne devant exiger des générations qui la suivent un effort plus lourd pour payer ses retraites qu'elle-même n'a assumé envers les retraites des générations qui la précédaient;
- le critère d'efficacité macro-économique qui vise à ne pas bouleverser l'équilibre entre l'épargne et la consommation: trop de réserves accumulées peuvent asphyxier la consommation, trop de transferts immédiats entre générations peuvent assécher l'épargne;
- le critère d'efficacité financière, les réserves constituées devant être convenablement investies afin d'assurer le maintien de leur valeur réelle pour permettre la compensation de l'inflation.

3. GOLLIER définit ensuite les critères d'efficacité auxquels le financement des différents piliers de la retraite doivent tenter de répondre[43] :

---

40 Voir à ce sujet l'ouvrage de FERAUD: *Les pensions complémentaires, op. cit.*

41 GOLLIER, *op. cit.*, p. 4.

42 *Ibid.*, p. 8.

43 *Ibid.*, p. 9.

- les régimes de sécurité sociale, parce qu'ils offrent un minimum social à la plus grande partie de la population, privilégient l'efficacité sociale. La solidarité nationale justifie le recours au financement par répartition, sans constitution de réserves. En effet, le transfert immédiat aux retraités de ressources provenant des actifs permet d'accorder des prestations sans la constitution préalable de réserves qui présupposeraient l'écoulement d'une période suffisamment longue.
- Les régimes complémentaires, organisés pour les salariés au niveau des entreprises, connaissent une solidarité moindre, ce qui justifie la constitution de réserves. Chaque génération accumule en tout cas en partie les capitaux nécessaires au paiement de ses prestations de retraite. Les critères privilégiés sont ceux de l'équité entre générations et de l'efficacité macro-économique, les investissements d'aujourd'hui pouvant financer les retraites de demain grâce aux réserves capitalisées par les régimes.
- Enfin, la prévoyance individuelle est assurée par l'effort individuel de chacun. S'il est fait recours à l'assurance et donc à la mutualisation des risques, il n'y a par contre plus de solidarité. La capitalisation est pure et complète, le critère privilégié étant celui de l'efficacité financière.

4. Une telle approche intégrée[44] facilite l'étude de la réforme d'un système de retraite. Elle permet de mieux saisir les frontières actuelles des piliers, soit la part respective qu'ils assument dans le revenu social de substitution et la logique de financement qui la fonde. Elle prépare ainsi le terrain pour redessiner ces frontières, lorsque le besoin s'en fait ressentir.

c) Diversité et homogénéité des régimes de retraite

i) Les facteurs de diversité

1. Ils sont nombreux. Comme l'indique Guy PERRIN, l'extrême diversité des régimes a trait, tout d'abord, à leur caractère légal ou privé[45]. Si le régime complémentaire est intégré au régime de base de la sécurité sociale, il deviendra généralement obligatoire en raison de la loi qui peut, toutefois, rendre un régime obligatoire tout en maintenant un pluralisme d'organisation. Les régimes privés, par contre, relèvent de l'initiative des partenaires sociaux ou de l'employeur. Les régimes complémentaires de retraite ont donc une diversité d'origine selon qu'ils se fondent sur la loi, une convention collective ou une décision unilatérale de l'employeur.

---

44 SCHMÄL Winfried: «Labour force participation and social pension systems», in: CONRAD/JOHNSON/ THOMSON, *op. cit.*, p. 158.

45 PERRIN: «Réflexions préalables à la coordination européenne des régimes complémentaires», *op. cit.*, p. 216-218; MOUTON/TAMBURI: «Problèmes de frontières entre régimes privés et régimes publics de pensions», *op. cit.*, p. 147.

2. Leur variété dépend également de leur champ d'application. Au plan territorial et professionnel, celui-ci peut varier du cercle restreint d'une entreprise à l'ensemble des salariés sur une base interprofessionnelle nationale, en passant par divers degrés professionnels ou interprofessionnels, locaux ou régionaux. Le champ d'application matériel peut se limiter à l'octroi de prestations complémentaires pour les éventualités définies par la sécurité sociale, soit pour l'essentiel des prestations de rente à long terme. Il peut s'étendre à des indemnités de fin de service, d'épargne retraite, d'assurance, voire même de congés sabbatiques de fin de carrière[46]. Sur le plan personnel, le champ d'application peut s'étendre à tous les salariés présents dans le champ d'application territorial ou professionnel, ou se limiter à certaines catégories d'entre eux, notamment en fonction de la nature typique ou atypique du contrat de travail ou du statut hiérarchique dans l'entreprise.

3. Les modalités juridiques et techniques de fonctionnement des régimes sont diverses. Les formes juridiques peuvent varier entre:

- des provisions comptables au bilan comme en Allemagne;
- des institutions séparées de l'entreprise telles les fondations en Suisse, les *trusts* au Royaume-Uni et les institutions de retraite en France;
- ou des contrats d'assurance-vie de groupe confiés à l'assurance privée.

Par ailleurs, la promesse de prestations peut émaner de l'employeur ou d'une institution séparée et indépendante.

4. Les systèmes de financement des régimes complémentaires sont fondés soit sur la répartition, soit sur la capitalisation. En fait, cette distinction mérite des nuances:

i) Les systèmes mixtes sont assez répandus, la répartition pouvant s'adosser à des réserves de sécurité capitalisées, et la capitalisation pouvant verser certaines prestations, notamment la compensation du renchérissement, grâce à une marge de répartition.

ii) Ensuite, la capitalisation peut être collective, par opposition à la capitalisation individuelle. Dans ce cas, un groupe ouvert ou fermé d'actifs accumule le capital qui permettra le versement à tous des prestations de retraite; un tel système permet des solidarités partielles qui évitent l'équivalence individuelle stricte à tout âge entre les contributions et les prestations. Il est propre généralement aux systèmes à primauté des prestations.

iii) La capitalisation individuelle, par contre, se fondera sur une accumulation d'un capital d'épargne individuel destiné à servir des prestations de retraite. Elle ne contient, en général, aucun transfert de solidarité. Le recours à une institution de prévoyance permet toutefois d'assurer une mutualisation des risques liés au placement optimal et collectif des capitaux à long terme.

---

[46] PERRIN: «Réflexions préalables à la coordination européenne des régimes complémentaires», *op. cit.*, p. 220.

Les plans financés purement en répartition sont peu nombreux - si l'on fait exception des régimes AGIRC et ARRCO français. En effet, le système de la répartition organisé à l'échelle de l'entreprise fait peser des risques importants à l'employeur et aux salariés, vu l'absence de réserves capitalisées permettant d'assurer le paiement des prestations en cas de difficultés ou de disparition de l'entreprise.

5. Les plans de prestations des régimes de retraite complémentaire varient autour des deux grands axes de la primauté des prestations et de la primauté des contributions. Le plan en primauté des prestations offre aux bénéficiaires des pensions calculées en proportion des derniers, des meilleurs ou d'une tranche déterminée des revenus du salarié. Le maintien approprié du niveau de vie antérieur est le but juridiquement garanti de ce genre de plan. Il présente donc une grande sécurité du point de vue social[47], chaque variation du salaire entraînant une modification des prestations dans la même proportion. Les assurés ont donc la garantie que le niveau de leurs prestations évoluera comme celui de leur salaire. Par contre, il est difficile pour l'entreprise de connaître à l'avance le coût exact que lui occasionnera un régime en primauté des prestations, en raison notamment des incertitudes dues à la taille de la population concernée, de l'inflation, de l'espérance de vie de la population couverte, du degré de stabilité des salariés dans l'entreprise, de l'évolution des salaires notamment en fin de carrière[48] et de la rentabilité du capital, lorsque des réserves sont constituées. Ces incertitudes sont assumées, sur le plan juridique, par l'employeur ou l'institution de prévoyance promettants. Certes, les techniques actuarielles permettent de limiter l'insécurité, tout comme la constitution de réserves financières. Or l'horizon temporel d'un régime de retraite s'étale sur plusieurs décennies, tandis que l'horizon des décisions de l'entreprise est plus limité[49]. Le choix de la technique de financement et des hypothèses actuarielles pertinentes appelle ainsi un arbitrage entre les intérêts plus immédiats de l'entreprise et ceux plus à long terme du régime de retraite.

Le plan en primauté des contributions offre des prestations calculées sur le total des contributions versées pour le compte du salarié. Le maintien du niveau de vie antérieur n'est pas garanti juridiquement, mais découle indirectement d'un capital dont l'existence est garantie ou, en cas de répartition, par l'existence d'un nombre suffisant de cotisants actifs pour payer les prestations en cours. Un tel plan connaît une plus grande sécurité financière quant à son coût qui ne dépassera pas le montant des contributions prévues. Par contre, il laisse à désirer quant à la sécurité sociale des bénéficiaires qui ne peuvent être assurés à l'avance du maintien adéquat du niveau de vie antérieur[50], même si les hypothèses actuarielles et financières qui le fondent tentent de limiter ce risque. Par ailleurs, chaque augmentation de salaire en cours de carrière

---

47 BEAUSOLEIL Jean-Pierre: «Les fonds libres des institutions de prévoyance», in: *Journée 1991 de droit du travail et de la sécurité sociale,* 1991, p. 28.

48 apROBERTS Lucy/REYNAUD Emmanuel: *Les systèmes de retraite à l'étranger. Etats-Unis, Allemagne, Royaume-Uni,* 1992, p. 34.

49 *Ibid.*, p. 35.

50 BEAUSOLEIL, *op. cit.*, p. 28.

entraîne une diminution de la valeur des droits acquis par rapport au salaire de fin de carrière, car les contributions plus élevées n'auront été versées que sur le salaire majoré. Quelle que soit la manière dont est déterminée la part de la contribution à la charge de l'employeur, celui-ci ou l'institution de prévoyance ne prend aucun engagement quant à la valeur finale des prestations promises, qui dépendent du rendement des placements. Le risque sur la rentabilité de la fortune est ainsi transféré aux bénéficiaires[51].

6. Cette dernière différence s'atténue. Une nette tendance au déplacement de la primauté des prestations vers la primauté des contributions peut être constatée dans les régimes complémentaires fondés sur la capitalisation[52]. Le poids des risques démographiques se fait ainsi sentir dans ces régimes qui commencent à arriver à maturation. Cette évolution s'accompagne de la stabilisation, non seulement de la proportion d'affiliés dans la population active, mais aussi du niveau et de la qualité des prestations. Aux Etats-Unis, en Grande Bretagne et en Allemagne, la tendance à une amélioration de celles-ci, qui avait pu se manifester antérieurement, a été dans l'ensemble arrêtée, un tassement étant même parfois constaté. Ce déplacement fait d'ailleurs surgir la question de la nature même des régimes fondés sur la primauté des contributions, car ceux-ci ne sont pas fondés sur la même logique de sécurité par le salaire offerte par les régimes à primauté des prestations[53]. Ils évoquent, selon Lucy apROBERTS et Emmanuel REYNAUD, les caisses d'épargne du début du XIXe siècle dont l'incapacité à assurer la sécurité des travailleurs a induit le mouvement vers l'instauration des régimes assurantiels[54]. Les régimes à primauté des contributions réintroduisent - mais dans le salaire lui-même - la logique de la sécurité par la propriété. Selon les mêmes auteurs, il s'agit d'une rupture dans l'histoire des systèmes de protection sociale qui a consisté à dégager du salaire une tranche consacrée à la sécurité. Ce mouvement a signifié le passage d'une société dans laquelle la sécurité découle de la propriété à une société où elle est assurée par le salaire. Avec la primauté des contributions, la propriété, comme garantie de la sécurité du salarié, refait son apparition, mais cette fois-ci à l'intérieur du salaire[55].

Il est sans doute vrai, et on le voit clairement dans le droit suisse des régimes complémentaires, que la primauté des contributions fondée sur l'équivalence individuelle suscite un rêve d'appropriation de l'avoir de prévoyance destiné à être transformé en rente viagère le moment venu, ce qui facilite le déplacement de sa finalité vers d'autres objectifs, aujourd'hui l'accession individuelle à la propriété immobilière et - pourquoi pas demain - à la propriété mobilière, par exemple des actions de l'entreprise. La logique de propriété individuelle liée au salaire fait donc surface. Mais la taille même atteinte par les régimes en capitalisation, qu'ils soient en

---

51 apROBERTS/REYNAUD, *op. cit.*, p. 28.
52 apROBERTS/REYNAUD, *op. cit.*, p. 342-343.
53 *Ibid.*, p. 352-353.
54 *Ibid.*, p. 352.
55 *Ibid.*, p. 352-353.

primauté des prestations ou des contributions, et leur fonction d'assurer un revenu lors de la retraite en font des propriétaires institutionnels, de nature collective, qui jouent un rôle économique majeur. L'institutionnalisation de la propriété à une telle échelle diffère radicalement des caisses d'épargne du siècle dernier. Imprégnant le fonctionnement de toute la société, les régimes de retraite deviennent dépendants de la marche globale de l'économie. Car leur sécurité dépend en dernière analyse de ce qu'ils peuvent prélever, en tant que propriétaires, sur les résultats de l'activité économique. Si leur sécurité particulière dépend donc de la sécurité de l'ensemble des propriétaires, leur nature collective contraint l'ensemble de la population à s'intéresser directement au sort qui leur est réservé. La sécurité de la retraite implique ainsi que la société apprenne à dialoguer avec elle-même et les risques économiques globaux, mais à une échelle qui n'a pas de précédent dans l'histoire des sociétés modernes.

7. La compensation du renchérissement sur les prestations de pensions n'est pas immanente aux régimes complémentaires, contrairement aux régimes de sécurité sociale. Plus facilement accordée dans un système fondé sur un financement en répartition, elle nécessite des aménagements particuliers dans les systèmes fondés sur la capitalisation.

Comment, devant cette hétérogénéité, dessiner la trame de l'évolution des régimes complémentaires ? C'est ici que s'affirme leur vocation mimétique.

ii) Les tendances à la généralisation, la coordination, l'harmonisation et l'intégration

1. De par leur nature professionnelle, il est rare que les régimes complémentaires atteignent le degré de généralisation et d'unicité propres à un régime de base de sécurité sociale. On peut dès lors s'interroger sur le sens de leur évolution historique et sociologique car ils ne relèvent pas d'une réalité statique.

La généralisation exprime l'évolution de régimes privés et parcellaires, n'intéressant qu'une entreprise ou une profession et ne couvrant qu'un nombre limité de salariés, vers des régimes qui en couvrent un nombre de plus en plus important. La généralisation peut être réalisée par la voie légale en rendant le régime obligatoire pour l'ensemble des salariés ou de la population active. Elle peut également découler d'accords collectifs professionnels ou interprofessionnels, dont l'étape ultime est l'extension aux parties non signataires par une décision entraînant leur force obligatoire. La généralisation peut enfin s'exprimer dans la croissance spontanée de la prévoyance complémentaire en dehors de tout plan d'ensemble.

Il est très rare que la généralisation aboutisse à l'affiliation obligatoire de l'ensemble des salariés, et encore ne s'agirait-il pas - dans le droit de la sécurité sociale - d'une généralisation complète, les indépendants étant exclus[56]. Il est plus fréquent que la

[56] GREBER: *Les principes fondamentaux, op. cit.*, p. 140-143.

généralisation n'aboutisse que partiellement pour les salariés même lorsqu'il s'agit de régimes légaux[57] et toujours lorsqu'il s'agit de régimes fondés sur des accords collectifs. Même étendus, ceux-ci ne peuvent s'appliquer qu'aux salariés du privé, les fonctionnaires en étant exclus de par leur statut réglementaire qui relève du droit public et non d'une convention privée. La généralisation spontanée est la propagation des efforts privés, grâce aux incitations étatiques. Elle se distingue donc du concept de généralisation propre à la sécurité sociale qui se fonde sur l'extension du champ d'application obligatoire de la protection.

2. La coordination s'affirme face à l'hétérogénéité des régimes. Elle précède l'harmonisation et vise à assurer le maintien des droits acquis ou en cours d'acquisition devant les vicissitudes des carrières professionnelles. Elle est une condition essentielle de la libre circulation, ce qui justifie son étude plus détaillée au prochain chapitre.

3. L'harmonisation est quant à elle le corollaire de la généralisation. Elle exprime *"une aspiration profonde à l'égalité sociale"*[58]. Les acquis d'une catégorie de salariés, souvent les cadres, appellent les revendications des autres: tel est souvent le ressort de l'harmonisation. Le degré d'harmonisation peut varier. L'harmonisation est évidemment complète dans un régime légal et unitaire. En cas de maintien du pluralisme institutionnel, l'harmonisation sera partielle et imposera la satisfaction de normes minimales quant au montant des cotisations, au niveau des prestations ou à la bonne organisation des régimes. L'unification des règles minimales relatives au maintien des droits acquis ou en cours d'acquisition exerce également un effet d'harmonisation. S'agissant toutefois d'un domaine qui affecte étroitement la mobilité des travailleurs, il convient de ranger de telles règles dans la tendance distincte à la coordination, que nous examinons plus loin[59].

4. La tendance à l'harmonisation débouche sur l'intégration qui se rapporte aux liens entre les régimes complémentaires et les régimes de sécurité sociale. Elle prend trois formes:

i) L'intégration théorique est largement chose faite dans les pays industrialisés grâce à l'architecture à trois niveaux des systèmes de retraite. Les régimes complémentaires sont intégrés à une structure par étages de la sécurité sociale, chaque étage se voyant assigner une fonction précise en matière de prestations. Elle peut s'accompagner du pluralisme institutionnel.

ii) L'intégration peut également être complète. Dans ce cas le régime complémentaire fusionne avec le régime de base. Il n'existe que peu d'exemples d'une telle intégration débouchant sur l'unification institutionnelle.

---

57 La prévoyance professionnelle obligatoire suisse n'affilie que les salariés dont le revenu annuel dépasse un certain plancher.

58 PERRIN, «Conclusions», *op. cit.*, p. 618.

59 Voir Chapitre 3.

iii) L'intégration partielle voit le régime complémentaire largement intégré aux structures administratives du régime de base tout en maintenant une certaine spécificité.

5. Cela dit, le mimétisme ne doit pas être examiné uniquement au regard des tendances de développement de la sécurité sociale dans le passé; il ressort également de l'évolution actuelle des régimes complémentaires face aux mutations dans les régimes de base de la sécurité sociale. Comme le soulignent Lucy apROBERTS et Emmanuel REYNAUD, d'une manière générale, *"un parallèle peut être fait entre les tentatives de stabilisation des dépenses des régimes d'employeurs et celles pratiquées par les régimes publics ou nationaux. Les développements des uns et des autres a été conjoint et ils sont en définitive confrontés aujourd'hui aux mêmes types de problèmes: que ce soit l'évolution des conditions socio-économiques ou le développement de la logique d'arrivée à maturité des régimes qui, après avoir bénéficié d'un flux de recettes associé à des dépenses limitées, sont amenés à verser un montant croissant de prestations. On peut ainsi s'interroger sur la capacité des régimes d'employeurs à prendre le relais face à un désengagement, même relatif des régimes nationaux"*[60]. Ils concluent en soulignant le développement des dispositifs d'épargne individuelle, comme mode de préparation de la retraite.

iii) La tendance à la diversité

1. Dans l'optique classique de la sécurité sociale, la généralisation des prestations aux couches les plus larges de la société et l'unification institutionnelle allaient de pair pour constituer le stade ultime du développement souhaitable. Guy PERRIN en a exprimé de manière prémonitoire les effets pervers: *"la sécurité sociale doit être considérée dans les sociétés industrielles avancées comme un laboratoire privilégié où élaborer cette synthèse de la sécurité et de la liberté, à défaut de laquelle ces sociétés nouvelles seraient menacées de désagrégation sous l'effet de l'ennui né de l'excès d'uniformité, de l'inquiétude née de l'excès de sécurité ou de l'anarchie née de l'excès de rigidité"*[61]. Il n'y a donc rien d'étonnant à ce que la sécurité fournie par la généralisation des régimes de retraite de la sécurité sociale puisse stimuler en permanence la réaffirmation du choix de l'hétérogénéité.

2. Les régimes complémentaires sont par nature soumis à une double pression à la diversité:

- les différences de productivité et de ressources par secteurs économiques entraînent une diversité dans l'existence et le niveau de la protection sociale complémentaire;
- les différences salariales et de statut dans les entreprises s'expriment également dans les régimes complémentaires.

---

60 apROBERTS/REYNAUD, *op. cit.*, p. 344.

61 PERRIN: «Pour une théorie sociologique», *op. cit.*, p. 324.

Il n'y a donc pas de processus linéaire et uniforme à la généralisation et à l'harmonisation des régimes complémentaires. Le passage du facultatif à l'obligatoire reste à cet égard un saut majeur que de nombreux pays refusent ou hésitent à franchir. Par conséquent, lorsque les régimes restent facultatifs la couverture qu'ils accordent reste partielle. Les plans de retraite sont généralement offerts par les entreprises plus grandes et sont souvent limités aux catégories de salariés plus élevées. Les femmes, les travailleurs à temps partiel et d'autres groupes à bas salaires sont sous-représentés. Même en se limitant à la catégorie des hommes travaillant à temps complet, le taux de couverture peut varier fortement. Les facteurs tels que la pression du marché de l'emploi sur les employeurs, la politique fiscale et de sécurité sociale, de même que la situation financière des entreprises affectent tous le degré de couverture et les prestations[62].

3. La diversité surgit également du besoin d'individualisation et de flexibilité du droit aux prestations sociales. La conjugaison de la protection égalitaire propre à l'assurance sociale et de la rationalisation économique propre au calcul actuariel dans les risques humains ont contribué à former l'architecture des grands systèmes uniformes de la sécurité sociale[63] et des régimes complémentaires. Si la science actuarielle est le calcul du risque fondé sur les lois des grandes séries, elle a toujours autorisé les calculs personnalisés du risque mais avec le désavantage rédhibitoire d'une très grande complexité technique et d'un coût administratif plus élevé. L'ampleur et la rapidité du savoir décentralisé procuré par la puissance informatique peuvent aujourd'hui s'unir à la pression invariable des besoins pour offrir une plus grande diversité de prestations fondée sur un socle commun de protection. Rationalisation des coûts et diversité sont moins antinomiques que par le passé[64], et le stade ultime de la généralisation des régimes complémentaires n'est plus nécessairement synonyme d'unification institutionnelle associée à une harmonisation égalitaire, complète et obligatoire.

4. Enfin, la diversité naît de la concurrence entre les organismes autorisés par le législateur national à constituer des régimes complémentaires. Il existe souvent une possibilité de choix du type d'institution apte à offrir ses services dans ce domaine, par exemple:

- Les institutions spécifiques à but non lucratif recevant le capital ou les contributions destinés aux régimes complémentaires: *trusts* anglo-saxons, fondations, institutions de prévoyance françaises, etc.

---

62 NUSBERG Charlotte: «The siren song of private pensions: an international overview», *Ageing International,* No 1, 1988, p. 25-26.

63 PERRIN Guy: «Cent ans d'assurance sociale», *Revue belge de sécurité sociale,* 1983, Nos 8-9, p. 837-873, document multicopié de la Faculté de droit de l'Université de Genève, p. 7.

64 TOFFLER Alvin: *Les nouveaux pouvoirs,* 1991, p. 288. TOFFLER souligne, avec de nombreux auteurs, que le nouveau système passe de la production de masse à une production flexible, personnalisée ou *démassifiée*. Grâce aux nouvelles technologies de l'information, il est en mesure de fabriquer en petites séries, voire même à l'unité, des produits extrêmement variés, et cela, à des coûts proches de ceux de la production de masse.

- Les provisions comptables au bilan des entreprises ayant promis des prestations complémentaires.
- Les personnes morales: coopératives, mutuelles, caisses de secours, etc.
- Les organismes à but lucratif, soit essentiellement les assurances privées mais également parfois les banques.

Diversité et harmonisation sont souvent mises en opposition. De la première on dira - opinion favorable - qu'elle favorise l'autonomie de la société et de ses acteurs face à l'Etat ou - opinion contraire - qu'elle est source de lacunes dans la protection. A la seconde on objectera qu'elle impose un égalitarisme réducteur, né paradoxalement de l'aspiration de la société à une protection égale pour tous. Il y a donc une tension inévitable entre ces deux impératifs qui appellent des arbitrages complexes.

iv) La tendance à la démocratisation

Elle s'exprime dans les régimes publics de sécurité sociale qui doivent fonctionner *"de manière plus transparente et devenir moins bureaucratiques, mieux accessibles au public avec une plus grande compréhension de ses besoins, grâce à des efforts de décentralisation, d'humanisation et de participation accrue"*[65]. La démocratisation doit porter la société à se réapproprier la gestion de ses fonctions de sécurité et de protection sociale[66]. Elle s'exprime également dans les régimes complémentaires par la participation; nous renvoyons à ce sujet aux chapitres spécifiques qui lui sont consacrés plus loin[67].

v) Tendances et définition des régimes complémentaires

Guy PERRIN souligne qu'outre les régimes complémentaires légaux *"il existe deux grandes catégories de régimes complémentaires privés qui peuvent être distingués selon leur origine, soit d'une part ceux qui sont fondés sur la négociation collective et les conventions ou accords collectifs conclus entre partenaires sociaux, soit d'autre part ceux qui résultent de l'initiative et de la responsabilité des employeurs. Ces deux types de régimes, qu'il est proposé d'appeler conventionnels et contractuels, se retrouvent dans la plupart des Etats membres [de la Communauté], mais ils sont susceptibles de revêtir des formes très diverses, surtout dans le cas des régimes contractuels"*[68]. S'il existe dans la plupart des pays un modèle préférentiel, les

---

65 MOUTON/TAMBURI, *op. cit.*, p. 157. Voir également VOIRIN, *op. cit.*, p. 79-80.

66 PERRIN Guy: «La fin de l'Etat-providence ?», in: RICQ Charles: *Droits sociaux et politique sociale en Suisse et en Europe,* 1986, p. 128.

67 Voir l'étude de théorie générale au Chapitre 4 et de la participation dans les régimes complémentaires suisses à la Partie V.

68 PERRIN: «Réflexions préalables à la coordination des régimes complémentaires», *op. cit.*, p. 217.

différents types de régimes complémentaires non légaux se rencontrent dans tous les pays, car ils répondent à des besoins différents et non exclusifs.

Le point d'ancrage de la définition des régimes complémentaires de retraite est donc l'acte juridique qui lui donne naissance. Trois catégories de régimes peuvent être ainsi distinguées:

- les régimes légaux, fondés par la loi;
- les régimes conventionnels, qui découlent de conventions et d'accords collectifs;
- et les régimes contractuels, issus d'une décision unilatérale de l'employeur mais liés au contrat individuel de travail.

Chaque catégorie exprime un stade d'évolution des régimes au regard des tendances à la généralisation et à l'harmonisation.

d) Les régimes complémentaires légaux

i) Remarques introductives

La forme légale est le stade ultime du développement d'un régime complémentaire. Il n'est que rarement atteint et, à vrai dire, il ne constitue pas le seul point d'aboutissement possible, les régimes conventionnels étendus constituant une alternative viable[69]. Seule une minorité de pays européens ont institué des régimes complémentaires légaux, généralement en raison de la nature forfaitaire, distributive et du niveau relativement faible de leurs régimes de base. Par la généralisation et l'harmonisation des prestations qu'il entraîne le régime légal offrira une protection à tous les salariés, ou à la grande majorité d'entre eux. Il peut être organisé dans une structure unique ou de façon pluraliste, avec une participation variable des salariés et des employeurs.

ii) Les régimes légaux nordiques[70]

1. Les pays nordiques ont introduit des régimes complémentaires légaux qui s'ajoutent aux pensions de retraite minimales et uniformes octroyées à tous les habitants selon une logique de justice distributive.

---

69 *Ibid.*, p. 216.

70 Les informations contenues dans ce passage sont tirées de OVERBYE Einar: *Rapport spécifique aux Etats nordiques membres du Conseil de l'Europe et non membres de la Communauté européenne,* Colloque du Conseil de l'Europe sur le rôle des régimes complémentaires dans les systèmes de protection sociale, 1990.

2. La Suède a été le premier pays à adopter un tel régime en 1959. Complètement généralisé, car étendu à l'ensemble de la population active de plus de 16 ans, il se fonde sur la primauté des prestations, soit environ 60% du revenu moyen ouvrant droit à pension pour une durée complète d'affiliation, qui sont financées par des cotisations des employeurs ou des indépendants dans un système de répartition. Le cumul des prestations du régime de base forfaitaire et du régime complémentaire légal permettait d'atteindre, en 1985, un taux de remplacement du revenu antérieur de 81%, au maximum[71]. Unique, le régime légal est géré par le même organisme public qui assure le régime de base, et le calcul des prestations est largement intégré avec les pensions de retraite de premier niveau. Le régime complémentaire légal norvégien, introduit en 1966, lui est largement identique.

3. Le système finlandais, introduit en 1961, est également généralisé complètement mais se distingue par son pluralisme. Il se compose de deux régimes publics, l'un pour les salariés communaux, l'autre pour les salariés d'Etat. Fondés sur la primauté des prestations, car assurant le 66% du salaire de fin de carrière pour une durée complète d'affiliation, ils sont financés par l'impôt dans un système de répartition. Le régime communal est géré par plusieurs organismes, et le régime d'Etat par un seul. Il connaît en outre quatre régimes du secteur privé, pour les salariés à plein temps, pour les travailleurs saisonniers, pour les travailleurs indépendants et pour les agriculteurs. Fondés sur la primauté des prestations, le 60% du salaire de fin de carrière est garanti pour une durée complète d'affiliation. Ils sont financés par les employeurs et dans certains cas par l'Etat selon un système mixte de capitalisation et de répartition. Ce sont les compagnies d'assurances, les caisses de pensions sectorielles et d'entreprise qui gèrent les régimes. Un organisme unique assure la coordination des droits à pension des individus: l'Institut national de l'assurance retraite est géré avec la participation des partenaires sociaux, des indépendants et des institutions de prévoyance. Les prestations des régimes complémentaires sont partiellement intégrées avec celles du régime de base, car la retraite complémentaire et la retraite de base ne doivent pas dépasser ensemble le 60% du revenu final avant la retraite.

4. Le Danemark a instauré en 1964 un régime complémentaire pluraliste et généralisé aux salariés (ATP). Obligatoire de par la loi pour l'ensemble des salariés, il se fonde sur la primauté des contributions. Il fonctionne de manière pluraliste au moyen de contrats d'assurances de groupe ou de comptes d'épargnes contractés auprès d'assurances, de banques ou par une affiliation à une caisse d'associations professionnelles, voire par la création d'une institution de prévoyance indépendante liée à l'entreprise. Le régime est géré paritairement[72].

---

71 DUMONT Jean-Pierre: *Les systèmes étrangers de sécurité sociale,* 1988, p. 215.

72 D'HERBAIS, *op. cit.*, p. 45-47.

iii) Le SERPS du Royaume-Uni[73]

1. Le Royaume-Uni constitue un cas un peu particulier. Une pension minimale et forfaitaire est accordée par le régime de base universel à toutes les personnes ayant une durée complète de contributions durant la vie active, ou ayant bénéficié de crédits pour ces contributions. Un régime complémentaire légal généralisé aux salariés existe en sus depuis 1978 - le *"State earnings related pension scheme (SERPS)"*. Basé sur la primauté des prestations, il garantit en règle générale environ le 30% de la moyenne des revenus professionnels pour une durée complète de contributions sur la base d'un système en répartition. Il est géré par un organisme unique, qui gère également le régime de base. Son unité est toutefois largement relativisée car il accorde la possibilité à l'employeur de renoncer à l'affiliation de ses salariés en substituant au régime légal un régime complémentaire privé établi au niveau de l'entreprise selon le mécanisme de l'exclusion conventionnelle *(contracting out)*, y compris avec la possibilité de substituer au régime légal de primauté des prestations un plan de prestations fondé sur la primauté des contributions. De plus, depuis 1988, les salariés qui ne sont pas affiliés à un régime complémentaire d'entreprise peuvent également substituer au SERPS une pension personnelle contractée auprès de l'organisme agréé de leur choix pour un plan garanti de prestations réglementaires en primauté des contributions, voire même substituer à la prévoyance facultative offerte par un régime d'entreprise une telle pension. Ce choix a été facilité par un subventionnement initial pour les contributions mais qui arrivera à échéance en 1993[74]. On constate ainsi un net recul de la tendance à l'unité dû à l'influence du libéralisme social, qui cherche à promouvoir la possibilité pour les salariés de déterminer, au-dessus d'un niveau minimal fixé légalement, le niveau des prestations qu'ils jugent adapté pour leur propre retraite, en fonction de leurs préférences individuelles.

2. Vu la dynamique invariable du besoin de sécurité, on peut s'attendre à une extension de la protection complémentaire individuelle[75] avec un transfert de charges essentiellement à l'assurance privée qui seule est en mesure d'assurer la mutualisation de tels risques[76]. L'extension de la protection sociale ne suivra plus toutefois la voie de la généralisation et de l'unité propres à la sécurité sociale, garantie financièrement par la pérennité de l'Etat. Elle se fondera bien plus sur la capitalisation individuelle, la protection offerte à l'avènement de la retraite étant le résultat conjugué de l'épargne et

---

73 Les informations contenues dans ce passage sont notamment tirées de SERES Jonathan: *Pensions: a practical guide,* 2nd ed., 1987, p. 194-216.

74 PERRIN: «Réflexions préalables à la coordination des régimes complémentaires», *op. cit.*, p. 223.

75 ATKINSON A.B.: «The development of State Pensions in the United Kingdom», Document présenté au Séminaire de Brême organisé par la Commission des Communautés européennes sur l'avenir des systèmes de retraite de base et des systèmes complémentaires dans la Communauté européenne à partir de 1992, 1990, ATKINSON estime que depuis 1988 plus de 3,5 millions de personnes - salariées et indépendantes - ont souscrit à des pensions personnelles.

76 SCHULLER Tom: *Age, capital and democracy. Member participation in pension scheme management,* 1986, p. 89.

de son rendement, garantis par les incertitudes du marché et par l'absence d'inflation. Une telle approche ne garantira vraisemblablement pas un revenu adéquat lors de la retraite à l'ensemble des salariés[77]. La croissance des efforts individuels se conjuguera en effet avec une solidarité nationale et professionnelle atténuée face à l'éventualité de l'âge, l'assurance-vie privée étant tenue à un but lucratif, à une stricte équivalence entre contributions et prestations et à la sélection des risques[78].

e) Les régimes conventionnels

i) Une alternative aux régimes légaux

Le terme de l'évolution de la protection complémentaire n'est pas nécessairement l'instauration d'un régime légal. Une telle solution peut en effet être durablement remplacée par *"une généralisation des régimes complémentaires indépendamment de leur légalisation."*[79] A cet égard, les conventions collectives peuvent permettre une extension de la protection qui est analogue, dans ses effets, à la loi.

L'expression par les conventions collectives de la tendance à la généralisation dépend toutefois de leur champ d'application professionnel ou territorial, ces régimes pouvant couvrir une entreprise, pour l'ensemble ou pour une partie de ses travailleurs, ou s'étendre à une branche professionnelle et même à la dimension interprofessionnelle, à l'échelon régional ou national. De plus, les procédures étatiques d'extension ou d'agrément peuvent rendre ces régimes obligatoires dans leur champ d'application professionnel ou territorial. La tendance à l'unicité peut également s'exprimer dans ce genre de régime pour des raisons tenant à la fois de l'égalité de traitement dans la protection accordée aux salariés et de la nécessaire rationalisation des coûts et des structures. Le recours à la convention collective pour instituer un régime complémentaire est variable, mais se retrouve dans la plupart des Etats membres de l'Union européenne. Seuls quelques pays européens connaissent toutefois des régimes conventionnels qui soutiennent la comparaison avec les régimes légaux, ceci vraisemblablement pour des raisons historiques qui tiennent à la vigueur de la négociation collective visant à pallier les limites des régimes de base de sécurité sociale.

---

77 ATKINSON, *op. cit.*, p. 21; SERES, *op. cit.*, p. 11-12, estime que les prestations pour la génération d'entrée (plus de 45 ans) seront plus faibles que celles du SERPS, tandis que pour les salariés les plus jeunes, l'existence d'un régime complémentaire d'entreprise sera vraisemblablement plus favorable.

78 VIRET Bernard: «Assurances privées et protections complémentaires», in: "Les protections complémentaires en matière de sécurité sociale", *Annuaire EISS/IESS 1990*, 1991, p. 94.

79 PERRIN: «Réflexions préalables à la coordination des régimes complémentaires», *op. cit.*, p. 216.

ii) La généralisation alliée à la diversité: les régimes complémentaires français ARRCO et AGIRC[80]

1. Les régimes complémentaires de retraite français fournissent un exemple de généralisation alliée à la diversité. Leur développement s'explique par un régime universel de la sécurité sociale à modèle commutatif - fondé sur le maintien du niveau de vie - mais dont les prestations sont limitées à un plafond relativement bas[81].

2. Lors de la mise sur pied du régime général de retraite de la sécurité sociale, après la seconde guerre mondiale, de nombreux cadres du secteur privé bénéficiaient déjà depuis longtemps de prestations fournies par des régimes complémentaires d'entreprise qu'il était prévu d'intégrer à la sécurité sociale. De ce fait, les cadres auraient été privés des prestations pour la fraction de revenus dépassant le plafond fixé par le régime général, inconvénient auquel s'ajoutait la faiblesse initiale de ses prestations. En réaction, les syndicats des cadres salariés et le Conseil national du patronat français (CNPF) signèrent, le 14 mars 1947, une convention collective portant création d'un régime de retraites complémentaires applicable à la fraction du salaire supérieure au plafond soumis à cotisations à la sécurité sociale. Une obligation était ainsi faite à toutes les entreprises dont l'activité était représentée par le CNPF de donner leur adhésion à une caisse de retraite instituée par l'*Association générale des institutions de retraites des cadres* (AGIRC). Assurant des prestations en primauté des contributions, le régime a été fondé sur la répartition, car les régimes antérieurs fondés sur la capitalisation avaient été largement détruits par la guerre et l'inflation. L'AGIRC fut chargée d'assurer une compensation des charges entre les différentes caisses de retraites adhérentes, expression d'une solidarité interprofessionnelle qui transcende un pluralisme organisationnel maintenu.

3. L'exemple des cadres fut suivi par les employés et ouvriers du secteur privé, confirmant l'observation que le désir d'une protection égalitaire est un stimulant majeur de la généralisation et de l'harmonisation. Le développement fulgurant de régimes pour ces catégories de salariés déboucha, le 8 décembre 1961, sur une convention collective qui généralisa l'obligation de cotiser à un régime de retraite membre de *l'Association des régimes de retraites complémentaires* (ARRCO). Des principes d'organisation analogues à ceux de l'AGIRC furent retenus: gestion paritaire et financement en répartition de prestations fondées sur un plan en primauté des contributions. La convention fondant le régime de retraite complémentaire des salariés (ARRCO) est

---

80 Ce passage est largement fondé sur HECQUET Paul: «Les prestations complémentaires à la sécurité sociale», in: *Annuaire EISS / IESS 1990,* "Les protections complémentaires en matière de sécurité sociale", p. 133-150. Voir aussi le Chapitre 3, lettre c.

81 SAINT-JOURS Yves: *Traité de sécurité sociale,* Tome 1, Paris, 1984, p. 481-498; DUPEYROUX, *Droit de la sécurité sociale, op. cit.*, p. 895-937; CHOPART J.N./GIBAUD B.: *Concurrences, solidarité. La protection sociale complémentaire depuis 1945,* 1989, p. 45-55.

signée par le *Conseil national du patronat français* (CNPF), d'une part, et par les cinq organisations syndicales de travailleurs représentatives, de l'autre[82].

4. A la demande des partenaires sociaux, le gouvernement français fit adopter une loi du 29 décembre 1972 qui, tout en maintenant la nature et les caractéristiques des accords paritaires, a rendu obligatoire le bénéfice de la retraite complémentaire pour tout salarié affilié à titre obligatoire à la sécurité sociale et qui ne relève pas d'un régime complémentaire spécial autorisé par l'Etat.

Vu le pluralisme institutionnel qui caractérise les régimes et leur financement en répartition, la loi de généralisation a instauré une solidarité interprofessionnelle et générale. Selon leurs propres indications pour 1988, l'ARRCO organisait 48 sous-régimes collectifs et 114 caisses de base assurant 13'000'000 cotisants et 6'200'000 retraités, tandis que l'AGIRC regroupait 57 caisses de cadres assurant 2'300'000 cotisants et 800'000 retraités. Dans un système en répartition, l'un des risques essentiels est démographique. Si les actifs disparaissent, les retraités ne peuvent plus rien recevoir. Par conséquent, une solidarité organisée au niveau d'une seule branche économique ferait porter le risque de sa disparition ou de son rétrécissement aux retraités. D'où la nécessité de mécanismes de solidarité instaurant une compensation entre secteurs économiques en fonction de leur évolution démographique[83]. Guy PERRIN résume ainsi l'originalité de ces régimes: *"L'originalité de la solution française s'explique par la volonté conjointe des partenaires sociaux, initiateurs et responsables des régimes complémentaires, et du Gouvernement de maintenir l'autonomie liée au caractère privé de ces régimes, tout en les généralisant à l'ensemble des travailleurs salariés, en vue de favoriser une relative égalité de protection"*[84].

5. Ces régimes illustrent également la tendance à la diversité. Ils ont en effet toujours offert deux niveaux de prestations, obligatoires et facultatives supplémentaires. La frontière entre ces deux niveaux s'est toutefois déplacée en faveur de la couverture obligatoire, ceci en raison de la pression inhérente à la généralisation et à l'harmonisation entraînée par le système de la répartition, qui doit chercher en permanence à regrouper le plus grand nombre d'assurés afin d'assurer l'équilibre démographique. Dernier exemple de cette extension, le régime obligatoire des cadres (AGIRC) a absorbé, dès le 1er janvier 1988, les caisses de cadres supérieurs à adhésion facultative[85]. Toutefois, ces régimes aboutissent à des prestations par rapport au dernier salaire très variables selon le profil de carrière de la personne concernée. Les

---

82 La Confédération française démocratique du travail (CFDT), la Confédération française des travailleurs chrétiens (CFTC), la Confédération générale des cadres (CGC), la Confédération générale du travail Force ouvrière (CGT FO) et la Confédération générale du travail (CGT).

83 DUPEYROUX: *Droit de la sécurité sociale, op. cit.*, p. 914.

84 PERRIN: «Réflexions préalables à la coordination des régimes complémentaires», *op. cit.*, p. 216-217.

85 D'HERBAIS, *op. cit.*, p. 64.

salariés, particulièrement les cadres, sont conscients de ces limites et demandent des compléments[86].

6. Cela a entraîné le développement parallèle limité d'un troisième étage supplémentaire et facultatif de la prévoyance complémentaire d'entreprise offrant des *"produits nouveaux, plus sophistiqués, mieux adaptés aux besoins"*[87]. Cette pression de la généralisation spontanée a suscité un début d'harmonisation légale minimale sur le plan national.

Ainsi, le législateur français vient d'introduire, par la loi EVIN entrée en vigueur le 1er janvier 1990, un certain nombre de règles auxquelles la prévoyance complémentaire d'entreprise doit répondre, et qui a instauré notamment l'obligation de la technique des *"capitaux de couverture"* ceci uniquement pour la gestion des risques nuisant à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité, le risque décès ou les risques d'incapacité ou d'invalidité[88]. La couverture de l'éventualité de la retraite par un tel troisième étage peut continuer à être financée soit en répartition, soit en capitalisation, par la primauté des contributions ou des prestations[89], mais des lois visant à la création de régimes en capitalisation, sous la forme des *"fonds de pensions"* en capitalisation, sont en gestation. En sanctionnant un système de protection différencié, on favorise la création d'outils, de prestations, et d'institutions spécialisées dans la couverture de segments particuliers de la protection sociale. Cela stimule à son tour une concurrence entre les différentes institutions intervenantes[90], qu'elles soient des assurances privées, des mutuelles ou des institutions autonomes liées à l'entreprise. La pression à la diversité touche donc également au choix du financement en répartition, ce qui est relativement nouveau pour la France.

iii) La généralisation uniforme: les régimes conventionnels suédois ITP et STP[91]

1. Les régimes complémentaires suédois offrent un premier modèle de généralisation des régimes complémentaires par strates de protection uniformes[92] récemment transformé pour offrir une plus grande diversité.

La Suède connaît un troisième étage de protection collective pour la retraite, en sus des régimes légaux de base et complémentaire. Il s'agit probablement du pays d'Europe occidentale dans lequel la protection offerte par les régimes complémentaires non

---

86 BRIENS Gilles: *L'entreprise et le droit de la protection sociale complémentaire,* 1990, p. 2.

87 BRIENS, *op. cit.*, p. 6. Voir également, pour la situation avant la récente réforme, DROIT SOCIAL, "La protection sociale complémentaire", Numéro spécial, avril 1986.

88 BRIENS, *op. cit.*, p. 125.

89 BRIENS, *op. cit.*, p. 103-121.

90 CHOPART J.N./GIBAUD B., *op. cit.*, p. 300.

91 Ce passage est largement fondé sur OVERBYE, *op. cit.*, p. 17-19.

92 OVERBYE, *op. cit.*, p. 1-35; MOK Leo (ed.): *International handbook on pensions law,* 1989, p. 125-136.

légaux est la plus vaste. Presque tous les salariés sont affiliés à un tel régime; l'universalisation et l'unicité sont largement réalisées.

2. Dans le secteur privé, il existe deux régimes, l'un pour les travailleurs non manuels (ITP) et l'autre pour les travailleurs manuels (ATP). Le régime ITP est entré en vigueur en 1960 et a permis de coordonner les dispositions antérieures relatives aux pensions professionnelles des travailleurs non manuels. Fondé sur la primauté de prestations, il offre 12 à 15% du salaire de fin de carrière pour une durée complète de cotisations. Les travailleurs manuels ont revendiqué par la suite la création d'un régime analogue - le régime professionnel des travailleurs manuels (STP) créé en 1972. Il est également fondé sur la primauté des prestations. Les régimes ITP et STP reposent sur un financement mixte de capitalisation-répartition, assuré par les contributions des employeurs versées à une institution d'assurance unique - la SSP, qui conserve le quasi-monopole du versement des pensions professionnelles. Enfin, l'ITP et le STP sont étroitement coordonnés avec le régime complémentaire légal.

3. Les contraintes de l'uniformité ont suscité l'aspiration à la diversité. La nouvelle convention collective des travailleurs non manuels (ITP), négociée en 1990, introduit la possibilité d'une négociation directe entre l'employeur et le salarié sur la part de pension acquise sur la tranche supérieure du salaire. Cette part de pension peut même être remplacée par du salaire. A défaut d'accord, la convention collective fait foi[93]. Le droit à un choix individuel - réservé uniquement il est vrai aux salariés dont les rémunérations dépassent un certain plafond - devient d'autant plus facile à généraliser qu'il s'adosse à une solide protection de base et complémentaire.

iv) La généralisation partielle: les Pays-Bas[94]

Les régimes complémentaires des Pays-Bas sont facultatifs, aucune obligation légale d'adhésion n'étant en principe imposée aux employeurs. Leur développement multiforme s'explique par le niveau relativement bas des prestations forfaitaires du régime de base de la sécurité sociale[95], pour ce qui a trait au remplacement du revenu antérieur.

Dans ce cadre, les conventions collectives exercent un rôle important. Elles ont donné naissance à des fonds de pensions de branche qui couvrent les secteurs miniers, de l'imprimerie, de la métallurgie, du bâtiment, du textile et de l'industrie électrique. Certains des fonds de pensions de branche ont même un champ d'application interprofessionnel, mais celui-ci peut également rester uniquement régional. Les

---

93 DANNBERG Björn: *National laws on legal structures of pension funds and on employee participation in Sweden,* 3e Conférence IPEBLA, 1991, p. 2.

94 Pour d'autres développements sur ces régimes, voir le Chapitre 3, lettre e.

95 DE VLAM P. R.: *The particular problems with regard to the transferability of rights. Transfer within a country, with express reference to the Netherlands,* Groupe d'experts de la CEE sur les régimes complémentaires, Document de travail, p. 9.

conventions peuvent être étendues par une déclaration de force obligatoire. En 1985, 63 fonds de pensions de branches avaient été déclarés de force obligatoire par le ministre des Affaires sociales[96]. Basés sur un système de financement en capitalisation, ces régimes sont fondés généralement sur la primauté des prestations. Leur organisation est paritaire.

v) L'apparition de premiers régimes conventionnels en Italie

Signalons une particularité italienne, pays qui ne connaît pratiquement aucun régime complémentaire, vu le niveau élevé du taux de remplacement offert par le régime de base. Une convention collective nationale du 23 juillet 1987, entrée en vigueur le 1er janvier 1988, a instauré un nouveau régime de retraite pour les cadres de l'Industrie (INPDAI) qui se substitue complètement au régime de base de la sécurité sociale et qui intègre l'ancien régime complémentaire. Depuis peu, il existe également un régime complémentaire obligatoire pour les cadres du Commerce, institué en 1990 par convention collective[97]. Il est significatif que les cadres recourent à l'instrument de la convention collective. Faut-il y voir le reflet de la crise financière du régime public qui appelle à l'éloignement des institutions étatiques au profit de la solidarité professionnelle, l'excès d'universalité et d'unicité suscitant un besoin de diversité ?

vi) Les nouvelles finalités juridiques de l'institution de la convention collective

1. Paul DURAND remarqua très tôt que les conventions collectives qui fondent les régimes complémentaires de retraite constituaient un remarquable changement de finalité de l'institution des conventions collectives de travail[98]. Celle-ci était, à ses origines, un accord relatif aux conditions de travail, sa matière étant constituée de toutes les clauses organisant les rapports entre employeurs et salariés. Si, dans un premier temps, les régimes complémentaires durent se fondre dans le cadre de l'institution classique de la convention collective, la dynamique de leur développement les amenèrent à en briser quelque peu les termes.

2. Une convention collective, comme tout contrat relevant de la tradition du droit civil, est conclue pour une durée déterminée ou indéterminée mais alors assortie d'une clause de résiliation. En 1988, les régimes complémentaires français AGIRC et ARRCO ont versé des prestations pour un montant d'environ 113 milliards de francs français. Les réserves des régimes complémentaires suédois ou néerlandais sont importantes. Or quelles que soient ses modalités - capitalisation, répartition ou système mixte - le financement intervient sur de très longues durées de l'ordre de quarante-cinq à soixante

---

96 LUTJENS Erik: «Legal benefits: problems arising on sale and disposal of companies and businesses», in: MOK (ed.), *op. cit.*, p. 383-384.

97 D'HERBAIS, *op. cit.*, p. 88-91.

98 DURAND Paul: «Des conventions collectives de travail aux conventions collectives de sécurité sociale», *Droit Social*, janvier 1960, p. 42-50.

ans, si les périodes d'activité et de retraite sont cumulées. Que penser dans ces conditions de la faculté de résilier unilatéralement la convention collective[99], surtout lorsque le contrat social intergénérationnel propre à la répartition est consacré ? Un régime de protection sociale peut-il s'accommoder de l'insécurité que suscite la possibilité d'une résiliation unilatérale ? Comment concilier un régime en répartition avec une telle construction juridique, alors que la répartition exige le caractère obligatoire et surtout irrévocable de l'affiliation dans un cercle démographique donné ? En bonne théorie des conventions collectives, la résiliation n'entraîne pas la fin des dispositions normatives intégrées au contrat individuel de travail. Elles continuent d'obliger les parties en ayant toutefois perdu leur effet normatif. Il suffit donc que le contrat individuel de travail soit résilié pour qu'un terme soit mis à leurs effets juridiques. Il est évident qu'une telle approche ne permet pas de répondre aux interrogations juridiques que suscite la contradiction entre la durée nécessaire du contrat pour assurer le maintien du droit aux prestations de retraite et la faculté des parties contractantes de la résilier à des intervalles plus rapprochés. On peut néanmoins penser que l'institution fondée sur la répartition pourrait se transformer en régime légal - vu le niveau de généralisation atteint - si l'un des partenaires contractuels faisait défaut. Ce serait d'ailleurs le seul moyen de sauver les droits acquis des actifs et des retraités. Par contre, pour un régime fondé sur la capitalisation dans une institution séparée de l'employeur, la résiliation de la convention collective entraînerait la liquidation de l'institution, les droits acquis étant garantis par un capital. Les difficultés juridiques et pratiques seraient tout de même importantes. Malgré ces difficultés conceptuelles, les employeurs et les salariés n'ont pas été découragés de poursuivre dans cette voie, incités par les avantages de coûts et de prestations qu'elle apporte. Le mécanisme du renouvellement périodique suscite une négociation permanente et, par conséquent, un mode de gestion flexible de l'institution[100] qui favorise tant son maintien que l'autonomie des partenaires sociaux.

3. La création d'une organisation administrative et complexe témoigne d'ailleurs d'une autre transformation de l'institution de la convention collective de travail. Dans son acception classique, celle-ci créée des rapports juridiques entre les organisations professionnelles signataires qui peuvent donner naissance à des institutions communes, mais l'essentiel de son contenu est normatif et s'applique aux rapports individuels de travail. Au contraire, les conventions collectives instituant des régimes

---

99 L'art. 3 alinéa 1 de la Convention collective nationale de retraite et de prévoyance des cadres (AGIRC) en France prévoit une durée initiale de cinq ans qui se renouvelle par tacite reconduction et par périodes quinquennales, sauf demande de retrait d'agrément par une des deux parties signataires, deux ans avant l'expiration d'une période quinquennale. L'agrément est la décision étatique qui étend la force obligatoire de la convention à tous les cadres du privé.

100 Les régimes complémentaires français ont jusqu'à présent résolu eux-mêmes toutes leurs difficultés démographiques et économiques par une adaptation permanente de leurs ressources et de leurs prestations, sans qu'il ait été nécessaire de recourir à l'aide de l'Etat. La seule exception temporaire a été l'abaissement de l'âge de la retraite à soixante ans, revendication dont la réalisation a été accélérée par le chômage de longue durée des travailleurs plus âgés. Dans ce cas l'Etat a versé des aides (DUPEYROUX: *Droit de la sécurité sociale, op. cit.*, p. 933-937).

complémentaires n'intéressent que peu les rapports de travail. Si l'obligation de verser des cotisations qui est imposée aux employeurs et salariés concerne les rapports individuels de travail, l'essentiel du contenu de la convention est voué à la création d'une personne morale envers laquelle les bénéficiaires disposeront de droits protégés par les tribunaux[101], qui ne seront pas forcément les juridictions du travail.

4. Un troisième aspect intéressant a trait à l'extension du champ d'application obligatoire de la convention collective. En effet, la convention classique ne lie que les organisations professionnelles signataires et leurs membres. Les employeurs non-membres sont donc libres d'appliquer leurs propres conditions de travail. Aussi a-t-on recouru dans plusieurs pays à l'institution de l'extension, de l'agrément ou de la déclaration de force obligatoire[102] pour pallier les effets néfastes d'une concurrence qui s'exercerait essentiellement au travers des conditions de travail. Cette institution a souvent été reprise avec des adaptations pour les régimes complémentaires[103], car les régimes conventionnels peuvent couvrir une entreprise, pour l'ensemble ou une partie de ses travailleurs, ou s'étendre à une branche professionnelle et même à la dimension interprofessionnelle, à l'échelon national ou international. L'extension de la convention permet de créer une solidarité élargie professionnelle ou interprofessionnelle, régionale ou nationale. Lorsque le champ d'application interprofessionnel devient national grâce à l'extension, la convention collective atteint pratiquement le même niveau de généralisation que les régimes légaux.

vii) Efficacité et limites de l'instrument conventionnel

1. A la réflexion, on peut être tenté de situer l'efficacité de l'instrument conventionnel dans les transformations que l'Etat-providence a fait subir aux catégories classiques du droit. Le droit libéral classique trouvait son fondement dans la réalisation de l'égalité formelle et visait par conséquent l'application uniforme du droit. Par contre, le droit de l'Etat-providence tend vers l'égalité matérielle qui, ne pouvant être absolue, justifie une application différenciée tenant compte des circonstances du cas d'espèce[104]. Charles-Albert MORAND souligne à cet égard: *"A la philosophie du contrat social qui sous-tend la construction libérale et qui repose sur une vaste construction abstraite*

---

101 DURAND, *op. cit.*, p. 49.

102 PERRIN: «Réflexions préalables à la coordination des régimes complémentaires», *op. cit.*, p. 218.

103 L'extension en droit français du travail n'était juridiquement possible que pour les conventions réglant les rapports entre les employeurs et travailleurs d'une branche d'activité déterminée. Or, la première convention collective de retraite complémentaire des cadres (AGIRC) visait une catégorie professionnelle - les cadres - commune à l'ensemble des branches d'activités industrielles et commerciales. Il a fallu donc innover et créer une procédure "d'agrément" spécifique s'appliquant aux "accords collectifs" de retraite (DURAND, *op. cit.*, p. 43-50). L'extension est également fréquente en droit néerlandais (LUTJENS Erik, *op. cit.*, p. 383).

104 MORAND Charles-Albert: «Le droit de l'Etat-providence», *Revue de droit suisse*, 1988, p. 543.

impliquant l'application mécanique de règles abstraites succède un ensemble flou de contrats sociaux souples, multiples et révisables, adaptés aux situations concrètes."[105]

L'intervention de l'Etat se situe dans cette hypothèse à un double niveau:

- le programme nécessairement incomplet assigné aux régimes de base suscite la création d'un droit complémentaire plus souple et hétérogène;
- la permanence de ce droit complémentaire est assurée par les finalités de la sécurité sociale dans lesquelles il s'inscrit grâce aux incitations de l'Etat, en particulier fiscales.

2. La légitimité de ce droit complémentaire ne découle pas du souverain, le parlement. Elle est assurée par les résultats empiriques[106]. Si ceux-ci font défaut, l'intervention étatique sera proche, mais les efforts de prévoyance plus parcellisés au niveau de l'entreprise seront également stimulés. Les résultats empiriques des conventions collectives se confirment lorsqu'on établit le bilan de leur impact sur l'harmonisation mais surtout sur la coordination des prestations[107]. Il est, à cet égard, frappant de constater à quel point le droit de ces régimes est peu codifié par le législateur dans les pays où ils sont dominants, le caractère détaillé de la réglementation collective ayant écarté le besoin d'un recours à la loi.

3. L'évolution des régimes conventionnels, parce qu'ils expriment une généralisation qui ne débouche pas sur un régime légal, est intéressante à cet égard. Elle révèle ce qu'il est possible de réaliser par un contrat de protection sociale durable entre acteurs du rapport salarial, sans se heurter aux rigidités inhérentes aux régimes légaux. En d'autres termes, les régimes conventionnels expriment les potentialités d'une protection égale des salariés par un instrument de régulation juridique souple et flexible.

Ils offrent également la démonstration du potentiel de la participation des salariés et des employeurs à la création et à la gestion des régimes complémentaires. Comme le souligne Jean-Jacques DUPEYROUX à propos des régimes AGIRC et ARRCO, l'essor de ceux-ci *"constitue un phénomène sociologique très remarquable. Autant en effet les intéressés sont généralement amers à l'égard des régimes légaux, autant ils se complaisent à vanter les mérites des régimes conventionnels (pourtant probablement plus onéreux)"*[108]. Il faut y voir - à notre sens - l'attachement que suscite une protection sociale complémentaire fondée sur une égalité de base, accompagnée de la diversité et de la participation.

4. Il faut évidemment nuancer ce propos. Les régimes conventionnels sont nés durant une période historique précise, soit les trente années de croissance économique qui ont suivi la seconde guerre mondiale. Face aux difficultés démographiques et au déclin

---

105 *Ibid.*

106 OFFE Claus: *Contradictions of the Welfare State,* 1984, pp. 249-250.

107 Voir le Chapitre 3.

108 DUPEYROUX: *Droit de la sécurité sociale, op. cit.*, p. 278, note 1.

relatif de la force des organisations de travailleurs dans un certain nombre de pays industrialisés, la négociation collective sur les retraites court le risque de s'essouffler. Le recul des régimes conventionnels aux Etats-Unis en est l'illustration[109]. Basés sur la capitalisation, ils connurent un développement rapide dès la fin de la guerre. Leur but initial était de servir des prestations modestes. Celles-ci s'améliorèrent rapidement durent les années soixante, notamment pour favoriser la retraite anticipée et permettre aux générations de salariés plus jeunes d'accéder à l'emploi. Toutefois, des pratiques actuarielles trop peu conservatrices aboutirent à la sous-estimation de l'ampleur réelle des engagements à long terme. Syndicats et employeurs cautionnaient ces pratiques afin de limiter le coût des engagements courants. Des difficultés financières en découlèrent. Ajoutée au recul des secteurs économiques ayant le plus fort taux de syndicalisation, cette situation a entraîné un affaiblissement durable de la négociation collective et des régimes conventionnels, au profit de régimes contractuels plus parcellaires. A la faveur d'une flexibilité accrue, une telle évolution peut également être stimulée par un regain de la négociation collective à l'échelle de l'entreprise, au détriment des négociations de branche ou interprofessionnelles. Ces facteurs démontrent les limites, voire l'inversion possible des tendances à la généralisation et à l'harmonisation par la voie conventionnelle, lorsque l'environnement social et économique n'y est pas ou moins favorable.

f) Les régimes contractuels

i) Remarques introductives

1. La diversité des régimes complémentaires est encore plus accentuée dans leur variante contractuelle. Ces régimes sont créés à l'instigation de l'employeur et ils sont donc facultatifs au regard de la loi. Leur nature collective les rend toutefois obligatoires pour les salariés qui entrent dans leur champ d'application personnel. Ils existent sous deux formes alternatives:

i) la promesse de pensions peut émaner de l'employeur, l'organisation financière et juridique du régime pouvant conduire au système des provisions comptables au bilan de l'entreprise, à la constitution d'institutions de prévoyance juridiquement indépendantes de l'entreprise ou à la conclusion d'une assurance-vie de groupe, voire encore au financement des prestations par les recettes courantes de l'entreprise qui sont immédiatement réparties aux retraités. L'employeur assume, dans ce cas, la responsabilité juridique du versement des prestations promises, les obligations des institutions tierces étant subsidiaires. C'est le modèle probablement le plus répandu et qui est

[109] SASS Stephen: «Pension Bargains: the Heyday of US Collectively Bargained Pension Arrangements», in: CONRAD/JOHNSON/THOMSON, *op. cit.*, p. 92-112, notamment p. 109.

notamment applicable à la prévoyance facultative en Allemagne, au Royaume-Uni et aux Etats-Unis.

ii) La promesse de pension peut émaner d'une institution de prévoyance juridiquement distincte, à laquelle l'employeur est affilié. Les obligations de l'employeur sont dans ce cas déterminées par le contenu de son contrat d'affiliation, l'obligation de verser les prestations étant assumée par l'institution. Les régimes complémentaires facultatifs helvétiques en sont une bonne illustration.

2. A la différence des régimes conventionnels, qui expriment en premier lieu la responsabilité conjointe des partenaires sociaux en matière d'organisation professionnelle[110], les régimes contractuels sont plutôt le reflet de la politique du personnel de l'entreprise, de l'ampleur des incitations fiscales et du devoir de protection incombant à l'employeur.

Ces régimes concernent les travailleurs ou certaines catégories d'entre eux d'une seule entreprise. En règle générale, ils sont moins répandus dans les petites et moyennes entreprises et s'étendent plus rarement aux travailleurs à temps partiel[111]. Les problèmes juridiques posés par les régimes contractuels en droit de la sécurité sociale, en droit du travail, en droit des assurances et en droit fiscal mériteraient à eux seuls une étude complète de droit comparé[112].

ii) L'harmonisation légale des régimes contractuels

1. Les problèmes soulevés par ces régimes au regard de la coordination des prestations fournissent un premier aperçu de leur complexité juridique liée à leur forte hétérogénéité. Ils seront examinés au prochain chapitre[113].

2. Enfin, et à la différence des pays où les régimes conventionnels sont la forme dominante, les régimes contractuels ont tendance à attirer une intervention législative et jurisprudentielle multiforme visant à harmoniser les conditions pour leur création et leur gestion[114], et à limiter l'autonomie de décision de l'employeur. Cela tient, à notre sens, au fait que les régimes conventionnels sont fondés sur la participation des employeurs et des salariés dans des institutions de prévoyance établies à une grande

---

110 PERRIN: «Réflexions préalables à la coordination des régimes complémentaires», *op. cit.*, p. 226.

111 *Ibid.*, p. 9.

112 Voir, à titre d'illustration des difficultés, le numéro spécial de la revue DROIT SOCIAL, "La protection sociale complémentaire", avril 1986; BRIENS: *L'entreprise et la protection sociale complémentaire, op. cit.*; MOK (ed), *op. cit.*, en particulier les chapitres 1 (Benefits in labour law: contracts and conflicts) et 3 (Surplus reversion: recapture of assets).

113 Voir le Chapitre 3.

114 Le foisonnement législatif et réglementaire qui entoure les régimes complémentaires helvétiques est l'illustration de cette faiblesse intrinsèque des régimes contractuels qui n'ont pas réussi une mutation vers une dimension conventionnelle, souligné au Chapitre 15, litt. d.

échelle. Une telle cogestion assume une triple fonction de prévention des risques liés à l'organisation privée de la prévoyance, de protection des intérêts des bénéficiaires et de démocratisation de la protection sociale rendant moins nécessaire l'appel à l'intervention du législateur[115] qui a le désavantage de se substituer à l'autonomie des partenaires sociaux.

Ainsi, si le passage au caractère obligatoire des régimes n'est souvent pas franchi, leur diversité - surtout marquée lorsque les régimes contractuels sont dominants - appelle une intervention législative et jurisprudentielle croissante touchant à leur encadrement juridique. Giovanni TAMBURI et Pierre MOUTON font la synthèse suivante des différents aspects de cette intervention[116] :

- définition des catégories de salariés devant être couvertes obligatoirement lorsqu'une entreprise instaure un plan de pensions ou adhère à un programme existant, âge à partir duquel cette couverture s'impose, existence ou non d'une période de stage;
- règles de revalorisation des pensions;
- fixation de l'âge d'admission à pension, différent ou non de celui du régime public de base, ce qui peut avoir des implications quant aux possibilités de préretraite;
- l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes;
- le mode d'organisation des régimes;
- la participation des travailleurs à leur gestion;
- les modes de financement autorisés du régime: capitalisation complète ou partielle, police d'assurance, réserve fictive, répartition, etc;
- la garantie de la solvabilité: dans quelle mesure et par quels moyens les engagements sont-ils garantis ?
- le placement de fonds accumulés: peuvent-ils être prêtés à l'employeur ? Une diversification est-elle envisagée ? Certains investissements sont-ils interdits, par exemple en dehors du pays, et d'autres sont-ils imposés ?
- le contrôle actuariel des engagements de pensions et le contrôle comptable annuel;
- le traitement fiscal des contributions et des prestations: dans quelle mesure les contributions des salariés peuvent-elles être déduites de leur revenu imposable ? Les contributions de l'employeur sont-elles considérées comme un revenu du salarié ? Les prestations et les revenus des fonds de pensions sont-ils imposables ?

---

115 Voir, à propos de ces trois fonctions, les développements contenus au Chapitre 4, litt. c, chiffre iii et au Chapitre 21, litt. c.

116 MOUTON/TAMBURI, *op. cit.*, p. 153-154.

Une brève analyse comparée des modalités d'intervention du législateur national dans les Etats membres de l'Union européenne confirme ces traits communs[117]. L'intervention d'harmonisation des Etats membres se remarque tout d'abord dans l'encadrement légal des structures des régimes et la protection des droits des bénéficiaires. La loi peut ainsi organiser l'intervention de l'assurance privée dans les assurances collectives[118]. Comme toutefois les régimes complémentaires sont généralement organisés de manière indépendante de l'assurance privée, il existe également dans presque tous les pays des règles sur la gestion et la solvabilité des institutions qui recueillent les cotisations des régimes. L'intervention indirecte de l'Etat se remarque également dans le domaine de la fiscalité, instrument majeur d'incitation dans le développement historique des régimes complémentaires, puisqu'il s'agit d'une forme de subventionnement. La fiscalité s'adresse aux cotisations, aux prestations et aux avoirs des fonds de pensions. Il existe de nombreuses différences dans l'exonération fiscale des cotisations, mais partout des plafonds et des limitations à leur déductibilité ont été introduits. Les uns favorisent plutôt les cotisations de l'employeur, les autres plutôt celles des salariés[119]. A une exception près - le Danemark -, les prestations sont soumises à l'impôt sur le revenu. Par contre, les revenus des fonds de pensions sont exonérés dans leur quasi-totalité[120].

A ces interventions s'ajoutent de nombreuses initiatives législatives dans le domaine de la coordination visant la protection des droits acquis, et en particulier la limitation des périodes de stage.

3. Lucy apROBERTS et Emmanuel REYNAUD soulignent que, d'une manière générale, les employeurs ont vu, à partir du milieu des années 70, leur marge de manoeuvre vis-à-vis des régimes qu'ils avaient mis en place se restreindre du fait de dispositions destinée à assurer la protection des affiliés. Le rôle protecteur de l'Etat se résume dans le triple souci de garantir l'équité, l'adéquation des prestations et la sécurité des promesses et des engagements[121]. A ce titre, l'Etat se trouve confronté à des exigences multiples et souvent contradictoires. Il doit tenter de protéger les bénéficiaires sans étouffer l'initiative des employeurs, considérer l'impact financier des régimes sur l'économie, inciter financièrement les employeurs et les salariés à s'engager sans trop perdre de substance fiscale[122].

---

117 D'HERBAIS, *op. cit.*, p. 27-29.
118 D'HERBAIS., *op. cit.*, p. 28.
119 *Ibid.*, p. 28.
120 *Ibid.*, p. 29.
121 apROBERTS/REYNAUD, *op. cit.*, p. 345.
122 apROBERTS/REYNAUD, *op. cit.*, p. 347.

g) Les trois éléments de la définition juridique des régimes complémentaires

1. Ce tour d'horizon des fondements juridiques des régimes complémentaires permet de cerner de plus près la notion juridique de régime complémentaire. Guy PERRIN souligne[123] qu'elle se définit par trois éléments:

i) Elle implique, premièrement, une garantie collective de protection, d'où la notion de régime. Expression de la solidarité professionnelle face à l'éventualité de la vieillesse, le régime complémentaire assure un revenu social de substitution à une collectivité de salariés. Cette collectivité peut être organisée à l'échelon d'une partie ou de la totalité de l'entreprise, peut s'étendre à l'échelon régional ou national, professionnel ou interprofessionnel. Par contre, elle ne saurait concerner le statut particulier d'un travailleur. A cet égard, la distinction a son importance dans la délimitation entre les régimes contractuels et la prévoyance individuelle découlant du contrat de travail. Les régimes contractuels se fondent sur un plan collectif de prévoyance appliqué de manière identique par l'employeur aux salariés qui se trouvent dans une situation comparable, tandis que la prévoyance individuelle est un avantage accordé par l'employeur découlant du contrat de travail.

ii) En deuxième lieu, le régime est complémentaire à la sécurité sociale. Il doit accorder des prestations qui correspondent à l'éventualité de la vieillesse et qui complètent les prestations du régime de base de la sécurité sociale.

iii) Enfin, le régime doit être obligatoire, non pas pour les employeurs, mais pour les salariés. L'obligation peut découler de la loi, de la convention collective ou de la convention de prévoyance liée au contrat ou à la relation de travail. Le caractère obligatoire de la prévoyance pour les salariés est la conséquence de la solidarité professionnelle mise en oeuvre par le régime; les salariés ne peuvent choisir de maximiser les avantages et limiter les inconvénients des diverses formules de prévoyance.

2. On retrouve les éléments de cette définition dans la Directive du Conseil de la Communauté européenne, du 24 juillet 1986, relative à la mise en oeuvre du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale[124], qui définit les régimes complémentaires privés, c'est-à-dire non fondés sur la loi, comme *"régimes professionnels de sécurité sociale [...] qui ont pour objet de fournir aux travailleurs, salariés ou indépendants, groupés dans le cadre d'une entreprise ou d'un groupement d'entreprises, d'une branche économique ou d'un secteur professionnel ou interprofessionnel, des prestations destinées à compléter les*

---

123 PERRIN: «Réflexions préalables sur la coordination des régimes complémentaires», *op. cit.*, p. 228-229.

124 Directive (CEE) 378/1986 sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale, *JOCE* du 8 juillet 1988, No L 225/40.

prestations des régimes légaux de sécurité sociale ou à s'y substituer, que l'affiliation à ces régimes soit obligatoire ou facultative".

Les critères de garantie collective et de complémentarité à la sécurité sociale sont exprimés de manière limpide. La référence au caractère facultatif ou obligatoire du régime se rapporte, pour sa part, à l'affiliation de l'employeur et non à celle des salariés. En effet, la Directive exclut de son champ d'application[125] :

- les contrats individuels;
- les régimes n'ayant qu'un seul membre;
- dans le cas des travailleurs salariés, les contrats d'assurance auxquels l'employeur n'est pas partie;
- les dispositions facultatives des régimes professionnels qui sont offertes individuellement aux participants en vue de leur garantir:
  - soit des prestations complémentaires,
  - soit le choix de la date à laquelle les prestations normales prennent cours ou le choix entre plusieurs personnes.

L'exclusion du champ d'application de la Directive de tous les aspects de la prévoyance individuelle des salariés, et notamment de la prévoyance facultative individuelle dans le cadre des régimes complémentaires existants, montre bien la nature nécessairement obligatoire de ces régimes pour les salariés.

3. On peut toutefois se demander si la pension personnelle répond à ce critère[126]. Tout dépend à cet égard de l'acte juridique qui la fonde. Si elle résulte d'une décision de l'employeur applicable à une collectivité de salariés, la pension personnelle constitue la modalité d'exécution d'un régime complémentaire conçu sur la base d'une capitalisation individuelle et d'une équivalence stricte entre les contributions du salarié et/ou de l'employeur, d'une part, et les prestations, de l'autre. La pension personnelle peut d'ailleurs être conçue pour offrir une alternative à un régime fondé sur une institution de prévoyance rattachée à l'entreprise, le salarié pouvant et devant choisir entre les deux formules. Le régime complémentaire garde alors son caractère collectif et obligatoire, tout en offrant le choix entre deux modalités d'exécution. Si, par contre, la pension personnelle n'a pas de caractère obligatoire pour une collectivité de salariés, elle perd son caractère de régime pour devenir une prévoyance purement individuelle, même si elle bénéficie d'un appui de l'employeur.

---

125 Art. 2 al. 2.

126 Voir le chapitre 2, litt. d, chiffre iii) pour les indications sur les pensions personnelles britanniques.

h) La libre circulation et la participation au regard des tendances d'évolution des régimes complémentaires

1. Le recours à la notion des tendances classiques de généralisation, d'harmonisation et de coordination de la sécurité sociale est utile pour aborder la question de la libre circulation: selon le stade d'évolution atteint par le régime, le salarié mobile sera plus ou moins bien protégé contre la perte indue de droits à pension. Trois aspects du développement des régimes sont à cet égard importants[127], soit:

- la généralisation partielle ou complète de l'affiliation des salariés aux régimes complémentaires[128];
- l'harmonisation relative au champ d'application personnel et matériel aux prestations et à l'organisation[129];
- la coordination visant au maintien des droits acquis ou en cours d'acquisition.

En effet, si les régimes sont généralisés à l'ensemble des salariés et harmonisés entre eux, il n'y a logiquement aucun obstacle à la libre circulation, le changement d'emploi n'entraînant aucune perte pour le salarié, car celui-ci reste affilié à un même régime tout au long de sa trajectoire professionnelle. En revanche, devant des régimes hétérogènes la coordination facilite la libre circulation.

2. La tendance à la démocratisation des fonctions et de l'organisation de la sécurité sociale se reflète dans les régimes complémentaires, ce qui justifie son étude détaillée. Dans les régimes non légaux, elle permet de s'interroger sur les liens entre la libre circulation et la participation. Ce sont surtout les différences entre les régimes conventionnels et contractuels qui sont ici intéressantes. Si la participation des salariés et des employeurs est effective, une négociation sur les besoins de protection en rapport avec les possibilités des entreprises peut avoir lieu, notamment en ce qui concerne le niveau des prestations et leur maintien en cas de changement ou de perte d'emploi. En outre, la participation a une dimension particulière dans les systèmes fondés sur la capitalisation: le pouvoir économique attaché à l'acquisition de valeurs mobilières et immobilières dans l'économie marchande.

---

127 PERRIN: «Synthèse», *Annuaire EISS 1972, op. cit.*, p. 160-164.
128 GREBER: *Les Principes fondamentaux, op. cit.*, p. 151.
129 *Ibid.*, p. 170-177.

CHAPITRE 3

LA LIBRE CIRCULATION ET LA TENDANCE A LA COORDINATION

a) Introduction : la libre circulation nationale et internationale

1. Dans un régime national de sécurité sociale qui comporte une part de prestations financée sur une base commutative[1], la pension due en vertu des contributions versées pour le travailleur reste généralement acquise quelle que soit l'évolution de sa carrière. Le changement ou la cessation d'emploi n'entraîne pas en principe de diminution de ses droits acquis. Cela tient au caractère universel et unique de ces régimes. Par contre, l'hétérogénéité des régimes complémentaires a pour conséquence que le changement ou la cessation d'emploi peut occasionner une perte de droits acquis ou en cours d'acquisition, sauf si des règles nationales de coordination sont instaurées pour protéger ces droits.

2. Ce qui est vrai au plan national l'est encore plus à l'échelle internationale. Tous les pays ne connaissent pas des régimes de sécurité sociale. Même lorsqu'ils existent, ces régimes peuvent varier considérablement, y compris dans des pays occidentaux. Le changement ou la cessation d'emploi lié à un déplacement international peut donc entraîner des pertes de droits aux prestations de la sécurité sociale. Cela a suscité un effort de coordination, soit par des conventions internationales bilatérales ou multilatérales de sécurité sociale[2] entre Etats, soit encore - dans l'Union européenne - par une législation multilatérale[3]. Par contre, il n'existe pour ainsi dire pas de règles applicables à la libre circulation internationale dans les régimes complémentaires de retraite non légaux, si ce n'est certaines règles nationales qui autorisent le détachement ou l'expatriation, c'est-à-dire le maintien de l'affiliation malgré le départ du pays. On peut ajouter que le phénomène contemporain des sociétés transnationales fournit une base objective au développement d'un droit social spécifique à ces entités, notamment le développement de régimes complémentaires conçus pour éviter la perte de droits au travailleur migrant international qui reste employé de la même entreprise.

---

1 Voir Chapitre 2, litt. b, ch. ii).

2 Par exemple les Conventions internationales de sécurité sociale de la batellerie rhénane et des transports internationaux, la Convention européenne sur la sécurité sociale des travailleurs migrants, la Convention No 97 révisée par la Convention No 145 de l'OIT sur les travailleurs migrants.

3 Essentiellement les règlements (CEE) 1408/71 et 574/72. Voir le Chapitre 10 consacré à la coordination communautaire.

3. La tendance à la coordination des régimes complémentaires de retraite s'exprime donc en premier lieu sur le plan national, mais tend aujourd'hui à acquérir une dimension transnationale. Elle peut être cernée sous cinq aspects:

- la définition de la notion de coordination et son contenu dans une perspective de droit comparé;
- la distinction entre les fidélités à l'entreprise, à la profession ou au travail face aux délais de stage, de même que l'harmonisation légale de ceux-ci;
- l'évolution des catégories du droit civil relatives à la coordination;
- quelques éléments sur le détachement et l'expatriation internationaux;
- et une première approche de la libre circulation dans le cadre de l'entreprise transnationale.

b) Notions générales de la coordination

i) La correction des vicissitudes de carrière

1. Liés à l'activité professionnelle, les régimes complémentaires peuvent avoir une étendue variable selon l'activité exercée et sa durée. L'exception est bien entendu les régimes généraux et légaux dotés de l'unité institutionnelle. Dans ce cas, le changement de profession et d'employeur, voire l'interruption momentanée de toute activité salariée n'entraînent pas d'atteinte aux droits acquis, l'affiliation se faisant à un régime unique durant toute la carrière professionnelle. Par contre, le pluralisme institutionnel introduit une difficulté majeure, surtout lorsqu'il n'est pas accompagné d'une généralisation et d'une harmonisation minimales. Chaque changement d'emploi ou cessation d'activité peut alors mettre fin à la prévoyance acquise. C'est la différence essentielle avec les régimes de retraite de la sécurité sociale qui, quelle que soit leur philosophie, ont un caractère obligatoire en tout cas pour les salariés. Leur coordination nationale ne pose par définition aucun problème, contrairement à leurs régimes complémentaires.

Une formule générale permet donc de définir l'objectif: si les prestations de retraite allègent les vicissitudes de la vieillesse, leur coordination corrige les vicissitudes de carrière. La coordination ne fixe pas de règles minimales concernant les cotisations et les prestations. Sa tâche est de veiller à ce que le travailleur mobile ne soit pas indûment désavantagé dans l'acquisition et le maintien de la valeur d'un droit aux prestations d'un régime complémentaire. La coordination des régimes complémentaires a donc deux aspects:

- déterminer les droits acquis en cas de mobilité professionnelle;

- assurer le maintien de la substance de ces droits, notamment pour leur accorder une protection minimale contre les risques de l'insolvabilité, de la faillite et de l'inflation.

2. Une récente étude conduite aux Etats-Unis - pays dont la taille est équivalente à celle de l'UE - confirme à cet égard que les trois problèmes majeurs à résoudre pour assurer la coordination des régimes complémentaires privés sont:

- l'absence ou les limites mises à la transférabilité ou à la préservation des droits à pensions[4],
- les délais de stage et
- l'inflation.

S'agissant d'un pays dont l'étendue géographique est similaire à celle de l'Union européenne, ce constat a valeur de précédent.

ii) La transférabilité et la préservation

1. Au fil du temps et de l'expérience, trois formules de coordination ont été élaborées qui peuvent toutefois se résumer à deux: la transférabilité et la préservation des droits acquis.

La formule la plus élémentaire est de prévoir le remboursement des cotisations du salarié, voire également celles de l'employeur. Son désavantage est de laisser le libre choix du salarié sur l'utilisation du montant en espèces qu'il reçoit, au risque que le retraité imprévoyant se retrouve à la charge de l'assistance publique. Une deuxième formule plus avancée naquit, soit le transfert des cotisations, avec ou sans les charges de prestations correspondantes, au dernier régime auquel le salarié est affilié. Ces deux premières solutions relèvent de la transférabilité des droits qui est surtout praticable dans les régimes fondés sur la capitalisation au travers d'institutions indépendantes de l'employeur. Les droits acquis correspondent à un capital qui sera transféré au régime complémentaire suivant ou à une forme de prévoyance équivalente, ce qui permet la totalisation des droits correspondant à la carrière professionnelle.

2. Une troisième formule garantit les droits acquis à une pension différée jusqu'à la survenance de l'âge donnant droit aux prestations, lorsque le salarié aura quitté le régime avant cette date. La solution est ici la préservation des droits: le salarié devient titulaire de droits proportionnels à la durée de l'affiliation envers chacun des régimes complémentaires auquel il a adhéré durant sa vie professionnelle. Il touchera des prestations au prorata de chaque affiliation.

---

4 PIACENTI Joseph S.: «Preservation of pension benefits», *Employee Benefit Research Institute (EBRI)*, Issue Brief, No 98, janvier 1990, p. 3-4.

iii) Les délais de stage

1. Ces différentes solutions laissent ouverte la question des délais de stage devant être accomplis avant de pouvoir commencer à acquérir des droits. La transférabilité ou la préservation[5] est intégrale si le travailleur qui quitte son emploi reste bénéficiaire des droits acquis jusqu'au jour de son départ. Car l'affiliation à un régime complémentaire n'est pas synonyme d'une acquisition immédiate de droits. Au contraire, il existe souvent des délais de stage qui doivent être accomplis par le travailleur dans l'entreprise avant de pouvoir bénéficier de droits acquis en cas de départ. On rencontre deux catégories de délais de stage:

- le stage préalable qui doit être accompli dans l'entreprise avant la naissance d'un droit. Il s'applique à tous les salariés inclus dans le champ d'application personnel du régime. Aucun droit ne leur est reconnu avant l'accomplissement du délai de stage. L'étendue maximale d'un tel délai est l'obligation d'atteindre l'âge de la retraite dans l'entreprise pour pouvoir bénéficier d'une prestation de retraite.
- Le stage atténué qui ne s'applique qu'aux droits acquis des travailleurs mobiles. Le droit à une prestation de retraite s'acquiert immédiatement et en proportion de la durée des relations de travail. Par contre, le droit à la transférabilité ou à la préservation intégrale de ces droits acquis est soumis à des délais de stage dans l'entreprise.

2. L'existence et la durée de ces délais est étroitement fonction de la fidélité exigée du travailleur. La fidélité souhaitée peut s'exprimer envers l'entreprise en premier lieu, l'employeur ayant un intérêt professionnel à garder le travailleur formé dans l'entreprise à son service le plus longtemps possible grâce à un long délai de stage. Cet intérêt est aujourd'hui relativisé par les exigences de mobilité et de flexibilité. L'employeur - et les salariés qui ne quittent pas l'entreprise - peuvent aussi avoir un intérêt financier à de longs délais de stage qui permettent de réaliser des gains - ou en tout cas des économies - en cas de départs anticipés. L'attrait financier peut toutefois être atténué par la nécessité pour l'employeur de compenser la perte qu'entraînent les délais de stage pour le salarié qualifié qu'il veut engager. Si l'exigence de la fidélité s'exprime envers la branche économique ou la profession, ce qui est souvent le cas dans les régimes conventionnels, la mobilité sera facilitée pour autant que le salarié ne quitte pas le champ d'application personnel du régime. Le stade ultime est la fidélité au travail. Tant qu'une activité lucrative est exercée, le salarié continue à acquérir des droits et sa mobilité ne sera donc pas entravée.

3. Le maintien ou non de délais de stage dépend donc de la conception de la fidélité exigée du salarié. De la fidélité à l'entreprise à la fidélité au travail, en passant par la

[5] Il n'y a pas de terminologie unifiée sur ces notions.

fidélité à la profession, diverses collectivités peuvent être définies envers lesquelles le salarié doit s'engager durablement afin d'acquérir son droit aux prestations de retraite[6].

iv) Le maintien de la valeur des droits acquis

1. Une fois que le droit à une pension est acquis, il reste à assurer le maintien de sa valeur. Une pension qui paraît enviable peut être rapidement entamée par l'inflation ou l'insolvabilité de l'employeur. Les régimes de retraite de la sécurité sociale des pays industrialisés sont garantis par l'Etat. Le risque d'insolvabilité ou de faillite leur est donc quasiment épargné. De plus, ces régimes prévoient généralement une réadaptation des prestations aux prix et/ou aux salaires, facilitée par le financement en répartition ou budgétaire. Le maintien de la valeur de leurs prestations est donc assuré dans les grandes lignes, ce qui est aussi souvent vrai pour les régimes complémentaires légaux.

2. Les régimes complémentaires non légaux connaissent, par contre, deux risques évidents:

- l'insolvabilité et la faillite de l'institution de prévoyance ou de l'employeur, auteurs de la promesse de pensions ou détenteurs des moyens financiers servant au versement des prestations;
- la dévaluation des prestations due à l'inflation des prix et des salaires, généralement difficile à couvrir dans des régimes fondés sur la capitalisation, sauf si des éléments de répartition y sont introduits.

Le risque d'insolvabilité et de faillite a souvent suscité une harmonisation légale minimale qui vise notamment les aspects suivants:

- la séparation des patrimoines entre l'entreprise et les régimes complémentaires, que ce soit par des institutions indépendantes ou des réserves internes de l'entreprise permettant une comptabilisation distincte, et l'affectation irrévocable de la fortune de prévoyance;
- l'instauration de règles prudentielles minimales visant à limiter les risques inhérents au placement de la fortune de prévoyance, associées souvent à l'obligation d'estimer prudemment les engagements des régimes par le recours à l'expertise actuarielle et de procéder à une vérification comptable régulière par un organe de contrôle indépendant;
- la définition de la responsabilité civile des principaux acteurs des régimes complémentaires;
- la mise sur pied d'une surveillance étatique régulière sur les régimes complémentaires et, enfin,

---

[6] La formule est reprise de NETTER Francis: «Histoire des retraites complémentaires des salariés», *Droit social,* No 1, 1977, p. 61.

- l'introduction d'une garantie étatique ou de mécanismes d'assurance destinés à assurer le paiement des prestations en cas de défaillance d'un régime.

La compensation du renchérissement suscite, pour sa part, des difficultés non négligeables, mais elle fait l'objet parfois de dispositions légales.

3. Les solutions à ces défis sont donc très diverses et complexes, constat qui est illustré par les règles adoptées dans divers systèmes juridiques nationaux. Avant d'aborder quelques aspects de ce droit comparé, il faut encore évoquer brièvement une proposition présentée comme une solution possible aux problèmes de coordination des régimes complémentaires - les pensions personnelles.

v) Les pensions personnelles: une solution nouvelle ?

1. La pension personnelle est contractée par le salarié auprès de l'institution de prévoyance agréée de son choix et elle est financée par ses propres contributions et celles de l'employeur. Le financement par l'employeur la distingue de l'épargne individuelle. N'étant plus attachée à l'entreprise mais au salarié, la pension personnelle suit ce dernier tout au long de sa carrière. Elle est parfois présentée comme une alternative aux régimes contractuels d'entreprise, apte notamment à résoudre les obstacles à la coordination que ceux-ci peuvent contenir[7]. Ainsi, chaque assuré devrait pouvoir non seulement circuler librement sans pertes de droits entre différents emplois, mais doit également pouvoir choisir librement l'institution de prévoyance à laquelle il entend être affilié individuellement. Selon Ulrich KOHLI, il n'y a pas de raisons de lier l'emploi à l'institution de prévoyance. Si une entreprise est mal dirigée, ce qui met la sécurité de l'emploi en danger, il y a de fortes chances que l'institution de prévoyance qui lui est affiliée ne soit pas mieux gérée. En outre, dans les régimes en primauté des prestations, un lien trop étroit entre l'employeur et l'institution peut conduire à des conflits d'intérêt lorsque des travailleurs proches de l'âge de la retraite sont promus[8]. Graziano LUSENTI y voit en outre l'avantage d'une individualisation possible tant des choix de prévoyance (au-delà d'un minimum prescrit) que des choix de placements dans les systèmes en capitalisation[9], favorisant une concurrence entre les organismes assureurs et évitant une *"socialisation à froid"* de l'économie de marché par l'intermédiaire des institutions de prévoyance.

2. Si l'on applique ce concept à la coordination, la pension personnelle permettrait de dénouer les liens de fidélité avec l'entreprise pour les remplacer par la fidélité au travail; cela entraînerait logiquement l'abrogation des délais de stage et pourrait dans certains cas fournir une plus grande sécurité face au risque d'insolvabilité de

---

7 KOHLI Ulrich: «L'impact économique de la sécurité sociale», in: *Fünf Expertenberichte zur Dreisäulenkonzeption der schweizerischen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge,* 1991, p. 43-44; LUSENTI, *op. cit.*, p. 454-455.

8 KOHLI, *op. cit.*, p. 42.

9 LUSENTI, *op. cit.*, p. 455.

l'employeur ou de l'institution de prévoyance. A ce titre, les régimes légaux et les grands régimes conventionnels offrent déjà - à l'instar du concept des pensions personnelles - une individualisation immédiate du droit aux prestations, sans aller toutefois jusqu'à accorder le libre choix à l'assuré de l'institution de prévoyance. Ils sont également mieux prémunis contre les risques d'insolvabilité ou de faillite. En principe, l'instauration des pensions personnelles ne les concerne donc pas, car ils assurent une bonne coordination des prestations avec la sécurité propre aux grandes institutions détachées de l'entreprise. Evidemment on peut, pour des raisons politiques ou économiques, vouloir opérer un transfert de charges de la collectivité professionnelle au salarié individuel au moyen des pensions personnelles. Ce ne sont pas alors des motifs liés à la coordination qui prévalent, mais bien le déplacement des frontières entre la prévoyance collective et individuelle.

3. Le concept de pension personnelle nous paraît donc être applicable surtout là où les régimes contractuels sont prédominants. Il vise à éviter une généralisation des régimes complémentaires par la voie conventionnelle ou légale et doit entraîner le transfert d'une part plus grande de la charge de la prévoyance vieillesse aux salariés afin d'en atténuer le coût pour l'entreprise. La diminution de l'effort de prévoyance de celle-ci est logique car, comme le souligne Graziano LUSENTI[10], l'employeur est certainement moins disposé à financer une institution si elle s'avère moins utile dans le cadre de la gestion des facteurs de production de l'entreprise. La libre circulation permise par de telles pensions personnelles équivaut dans ce cas à une baisse des prestations à moins que l'effort contributif de l'employeur ne soit compensé par le salarié, grâce à une hausse de son revenu, ou à une baisse de sa consommation. Encore faudra-t-il que le salarié individuel veuille entreprendre un effort de prévoyance à un âge jeune, ce qui est loin d'être garanti, sauf s'il y est contraint par la loi. Cela pose à son tour la question de la place et des objectifs des régimes complémentaires dans les systèmes de retraite. Quelle est leur place face aux régimes de base de la sécurité sociale, en fonction de l'importance du taux de remplacement du revenu qu'ils offrent ? Faut-il encourager des régimes complémentaires moins performants en raison de l'atténuation de la solidarité professionnelle ? Qui, du salarié individuel ou du contribuable, devra en définitive couvrir les coûts croissants engendrés par des populations vieillissantes ?

4. En outre, l'impératif de la concurrence propre au concept de pensions personnelles peut lui-même être source de coûts supplémentaires que les régimes contractuels ne doivent pas nécessairement assumer :

- les institutions de prévoyance accueillant les pensions personnelles doivent entretenir un réseau commercial et assumer des frais de publicité, alors que l'affiliation obligatoire à un régime contractuel dispense celui-ci *ipso facto* de ce genre de frais;

---

10 *Ibid.*

- si de telles institutions sont à but lucratif, elles doivent rémunérer des tiers, alors que les plus-values réalisées dans un régime contractuel peuvent être affectées à la prévoyance;
- l'individu qui cherche la meilleure solution de prévoyance offerte sur un marché doit assumer des coûts et le risque liés à l'information (formation, frais de mandataire ou de courtier, etc.) que les régimes contractuels peuvent gérer de manière plus professionnelle et optimale;
- de par leur caractère professionnel, les régimes contractuels peuvent introduire certains éléments de solidarité afin d'atténuer le coût d'une prévoyance fondée sur une équivalence individuelle stricte, ce qui n'est évidemment guère possible pour les institutions offrant des pensions personnelles.

Ces avantages de coûts et de prestations sont une incitation permanente à la création de régimes contractuels d'entreprise, voire de régimes conventionnels ou légaux. Ces incitations ne débouchent pas toutefois nécessairement sur un résultat, notamment dans les petites et moyennes entreprises. Il n'est donc pas déraisonnable de considérer que le concept des pensions personnelles vise aussi à répondre aux besoins de sécurité des salariés devant l'absence de régimes d'entreprises. Au lieu de généraliser la prévoyance par la loi ou par convention collective, les pensions personnelles favorisent l'alternative qui est d'encourager une capitalisation individuelle pure à laquelle l'employeur contribue car il n'entend pas créer une institution propre à l'entreprise à même d'offrir des prestations meilleures. Les pensions personnelles ne suppriment donc pas l'hétérogénéité des régimes complémentaires de retraite; elles ne peuvent par conséquent remplacer les règles de coordination. Celles-ci restent nécessaires tant que la prévoyance n'est pas synonyme d'une protection complète du droit individuel aux prestations, grâce à la généralisation et à l'harmonisation des régimes complémentaires par la loi ou par convention collective, et tant que la pluralité des régimes existera. Les pensions personnelles ne peuvent donc constituer en soi un substitut à la coordination.

vi) Conclusions

Dès l'instant où un régime est complètement unifié, à l'instar des régimes légaux suédois, le problème de la libre circulation ne se pose pas. C'est le pluralisme institutionnel qui entraîne un besoin de coordination. L'éventail des conceptions de la fidélité requise par les régimes complémentaires privés[11] est délimité - sur le plan européen - par les deux pôles du développement historique: les régimes complémentaires français et allemands. Les premiers sont l'exemple d'une coordination

[11] STEINMEYER Heinz-Dietrich: *Report on vesting,* Groupe d'experts de la CEE sur les régimes complémentaires de retraite, 1990, p. 1-28; JOLLIFFE J. A.: «The portability of occupational pensions within Europe», Séminaire de Brême sur l'avenir des systèmes de retraite de base et des systèmes complémentaires dans la Communauté Européenne à partir de 1990, p. 189-223;In: SCHMÄL, W. (ed.): *The Future of Basic and Supplementary Pension Schemes in the European Community*, 1990, p. 1-28; d'HERBAIS, *op. cit.*, p. 24-27.

achevée, incitée par la faiblesse du niveau de prestations du régime de base[12]. Les seconds illustrent par contre une coordination inachevée, en rapport avec le taux de remplacement plus élevé du régime de base pour la majorité des salariés[13]. Entre ces deux pôles il existe des solutions intermédiaires. A celles-ci s'ajoute l'intervention croissante de la loi et de la jurisprudence pour harmoniser les délais de stage et assurer une meilleure protection des droits acquis.

c) La coordination fondée sur la fidélité au travail: l'absence de délais de stage

1. Les régimes généraux et obligatoires, parce qu'ils expriment la solidarité interprofessionnelle, n'exigent qu'une fidélité au travail. Seul celui qui ne travaille plus cesse d'acquérir des droits, sans perdre ceux déjà acquis. Le maintien intégral des droits du salarié mobile ou intermittent avec élimination des conditions de stage devient alors une tâche aisée à accomplir. A cet égard, les régimes complémentaires français AGIRC et ARRCO, qui ont maintenu un pluralisme institutionnel étendu, illustrent les possibilités de la solidarité interprofessionnelle et nationale pour résoudre les tâches de la coordination[14].

2. Fondés sur la répartition, ces régimes ont adopté une philosophie de la préservation basée sur le système des points. Le total des cotisations annuelles versées par l'employeur et le salarié est divisé par un salaire de référence fixé chaque année. Le résultat est un nombre de points de retraite qui sont acquis sans délais de stage. Lors de la retraite, l'opération inverse est effectuée. Le total des points acquis est multiplié par une valeur exprimée en francs. Si le changement de profession entraîne le paiement de cotisations à différentes institutions, on procédera lors de la retraite à une reconstitution de carrière unique. Les droits de retraite acquis dans chaque institution seront totalisés et versés au prorata de la durée d'affiliation à chacune d'entre elles[15].

Vu la technique du financement en répartition choisie, le montant de la retraite est donc indépendant de la valeur de la monnaie. Il n'y a pas de dévaluation monétaire. Si le niveau des rémunérations augmente, le total des cotisations s'accroît. Puisque les ressources augmentent, les prestations augmentent également. Par contre, si la situation économique et démographique évolue négativement le nombre des cotisants diminue, les ressources s'amenuisent et les prestations suivent la même évolution[16]. Cela pose

---

12 BRIENS, *op. cit.*, p. 1-2.

13 ZOLLNER Detlef: «Un siècle de sécurité sociale 1881-1981. L'évolution en République fédérale d'Allemagne», in: KÖHLER Peter A./ZACHER Hans F., en collaboration avec HESSE Philippe-Jean, *Un siècle de sécurité sociale 1881-1981,* 1982, p. 91-96; d'HERBAIS, *op. cit.*, p. 124.

14 Ces régimes sont présentés au Chapitre 2, litt. d, ii).

15 SAINT-JOURS Yves: *Traité de sécurité sociale,* Tome I, 1984, p. 487.

16 PLANTAGENEST Marie-Renée/SCHMIDT Danielle: «Les retraites complémentaires», in: "Retraites complémentaires non cadres - cadres", *Liaisons sociales,* décembre 1984, p. 21-40.

d'ailleurs un problème juridique: le versement de cotisations ouvre une expectative de droits, mais non à des droits subjectifs d'une valeur déterminable à l'avance. Quelle est donc la valeur juridique du droit ?[17] Ainsi, devant les déséquilibres causés par le chômage et la démographie, les régimes français ont été contraints d'augmenter leurs prélèvements d'un quart afin d'éviter une remise en cause de leurs prestations[18]. En définitive, la seule garantie véritable contre l'insolvabilité dans ce cas est la fidélité de l'économie au travail et des travailleurs à l'activité salariée.

3. Les régimes français offrent une bonne garantie contre le risque d'insolvabilité et de faillite de l'employeur. Aucune perte des droits acquis n'intervient en raison de la faillite de l'entreprise, ou en cas de fusion ou d'absorption dès l'instant où les cotisations ont été versées. Le maintien des droits acquis n'implique toutefois pas que le niveau de couverture antérieur soit automatiquement poursuivi à l'avenir: seuls les points déjà acquis bénéficient en principe de la coordination. Les régimes ont développé pour ces cas une réglementation complexe qui améliore la protection des droits des salariés[19] notamment en ce qui concerne la prévoyance facultative et le seuil d'affiliation des salariés.

d) La coordination fondée sur la fidélité à l'entreprise: le maintien des délais de stage

i) Introduction: l'exemple allemand

Les régimes facultatifs et particuliers constitués sous la forme des provisions comptables au bilan de l'entreprise constituent l'autre pôle du développement historique, sur la base de la technique de la préservation. Au plan des principes, leur différence essentielle avec les régimes conventionnels français porte sur les délais de stage qui doivent être accomplis avant qu'un droit imprescriptible à une pension soit reconnu au salarié. Expression de la fidélité à l'entreprise, leur financement est souvent basé sur la présomption que seuls les travailleurs présents dans l'entreprise à l'échéance d'un délai de stage relativement long pourront prétendre à des prestations. D'ailleurs, ce stage est souvent conçu comme la contrepartie de l'effort important de formation professionnelle accompli par l'entreprise. Le raccourcissement du délai de stage impliquerait donc la constitution de réserves supplémentaires[20], voire une autre approche de la formation en entreprise. Outre l'Allemagne, c'est surtout au Portugal et

---

17 DUPEYROUX: *Droit de la sécurité sociale, op. cit.*, p. 918.

18 D'HERBAIS, *op. cit.*, p. 26.

19 Art. 1 à 5 et 28 à 31 du Règlement d'application relatif aux opérations obligatoires prévues par l'accord du 8 décembre 1961 instituant l'Association des régimes de retraite complémentaires (ARRCO); art. 57 à 61 de la Convention collective nationale de retraite et de prévoyance des cadres (AGIRC).

20 STEINMEYER: *Report on vesting, op. cit.*, p. 30.

au Luxembourg que ces régimes existent[21]. L'exemple des régimes allemands est d'autant plus intéressant qu'il concerne le pays économiquement le plus puissant d'Europe.

ii) La conception générale du régime contractuel allemand

1. Elle repose sur la promesse de prestations de retraite par l'employeur qui est soumise à l'acceptation du travailleur. La promesse a une double nature juridique qui est à la fois d'accorder une prévoyance pour la retraite *(Versorgungscharakter)* et de fournir une rémunération *(Entgeltcharakter)* pour la fidélité passée apportée à l'entreprise[22]. La coordination est fondée sur une philosophie de la préservation.

Le financement de la promesse peut être assuré au choix par quatre instruments. Par ordre d'importance dans la pratique[23] : les provisions comptables au bilan, avantagées au plan fiscal[24], sont suivies de loin par les caisses de soutien, les caisses de pensions et l'assurance-vie directe. En 1990, le 70% des salariés du secteur privé était couvert par un régime complémentaire, alors qu'en 1979 et en 1987 ces pourcentages atteignaient respectivement 66 et 72 %[25]. Si la généralisation spontanée avance à long terme, elle connaît également des reculs.

2. La nature contractuelle des régimes se reflète dans les délais de stage qui doivent être accomplis avant que les droits promis ne deviennent imprescriptibles.

Avant 1974, aucune loi ne réglait les problèmes soulevés par le départ de l'entreprise avant l'âge donnant droit à la retraite. Un arrêt de 1972 du Tribunal fédéral du travail introduisit une première sauvegarde. Il déclara en effet imprescriptible le droit à une pension acquis après 20 ans de travail au service du même employeur[26]. Il s'agissait du cas d'un salarié qui avait déjà travaillé 27 ans avant d'être licencié pour cause de fermeture de l'entreprise. L'employeur refusait de reconnaître un droit acquis à une pension partielle, dans la mesure où il estimait que celle-ci n'était due que si le salarié était encore son employé à la survenance de l'âge de la retraite. Le Tribunal fédéral estima, pour sa part, que le salarié avait passé plus de la moitié de sa vie active auprès d'un seul employeur, confiant qu'il recevrait une pension lors de sa retraite. En outre, la pension promise faisait partie du salaire. Par contre, le Tribunal fédéral admit également que l'employeur avait un intérêt à utiliser la promesse de pension pour

---

21 *Ibid.*

22 BLOMEYER Wolfgang/OTTO Klaus: *Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung - Kommentar,* 1984, p. 8 et 114: STEINMEYER Heinz Dietrich: *Betriebliche Altersversorgung und Arbeitsverhältnis,* 1991, p. 37-39.

23 D'HERBAIS, *op. cit.*, p. 127.

24 DOETSCH Peter A.: «Private pension plans in West Germany», *Benefits and Compensation International,* mars 1988, p. 6-9.

25 URBITSCH Ch.: «Statistik zur betrieblichen Altersversorgung», *Betriebliche Altersversorgung,* 1/1991, p. 15-16.

26 STEINMEYER: *Report on vesting, op. cit.*, p. 3-13.

inciter les salariés à rester dans l'entreprise. Il pouvait donc souhaiter que les droits à une pension ne deviennent imprescriptibles qu'après une longue période de stage dans l'entreprise, intérêt dont il convenait également de tenir compte.

Cet arrêt accéléra l'adoption de la loi allemande du 20 décembre 1974 sur l'amélioration de la prévoyance retraite d'entreprise[27] qui a introduit une garantie minimale des droits acquis et en cours d'acquisition, en ce qui concerne leur imprescriptibilité[28], leur adaptation à l'inflation[29] et leur garantie en cas de faillite ou d'insolvabilité de l'employeur[30]. La loi règle également deux aspects de la coordination avec la sécurité sociale: l'âge flexible de la retraite et l'interdiction de diminuer les prestations en cas d'augmentations des pensions et des rentes des assurances sociales[31].

La loi de 1974 a donc amplifié la réorientation imprimée par le Tribunal fédéral sur l'imprescriptibilité des droits. Dorénavant, l'imprescriptibilité n'était plus liée à la condition du licenciement économique par l'employeur, règle retenue par le Tribunal fédéral, mais devait également intervenir en cas de congé donné par le salarié. Toutefois, pour en bénéficier il faut que le salarié remplisse plusieurs conditions: le congé ne doit pas intervenir avant l'âge de trente-cinq ans et dix ans doivent s'être écoulés depuis le début de la couverture par la promesse de pension. Si la promesse a une durée de moins de dix ans, l'imprescriptibilité n'intervient qu'après douze ans de travail dans l'entreprise, pour autant que la promesse ait été faite depuis trois ans au moins. Une fois l'imprescriptibilité atteinte, le salarié partant bénéficie d'un droit à une pension calculée au prorata de la durée de son affiliation et qui sera versée par l'employeur dès l'âge donnant droit à la retraite. C'est la préservation des droits qui a été retenue. Ces règles sont le résultat d'un compromis[32]. Le législateur ne souhaitait pas, en effet, imposer à l'employeur l'obligation de constituer un régime complémentaire, en préférant les mesures légales incitatives, notamment fiscales. Les durées de stage imposées par la loi allemande sont devenues aujourd'hui un sujet de controverse dans la perspective de la libre circulation des travailleurs dans l'Union européenne, ceci en raison des obstacles qu'elles imposent à la mobilité professionnelle[33].

iii) Renchérissement et risque de faillite ou d'insolvabilité

1. La compensation du renchérissement a été l'un des autres compromis sanctionnés par la loi. Avant son entrée en vigueur une série d'arrêts du Tribunal fédéral du travail affirmèrent progressivement un droit conditionnel à l'adaptation des prestations au

---

27 Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung (GVBA)
28 Art. 1 à 4 GVBA.
29 Art. 16 GVBA.
30 Art. 7 à 15 GVBA.
31 Art. 5 et 6 GVBA.
32 STEINMEYER: *Report on vesting, op. cit.*, p. 4; BLOMEYER/OTTO, *op. cit.*, p. 219-226.
33 SCHMÄL: *Le développement futur, op. cit.*, p. 30-31.

renchérissement du coût de la vie[34]. Le fondement du droit devait être recherché dans le principe de la confiance qui impose à l'employeur l'obligation de négocier avec le rentier une réévaluation de ses prestations lorsque depuis la dernière réadaptation le coût de la vie avait augmenté de plus de 40%. En l'absence d'accord, l'employeur était tenu de prendre une décision en se tenant à une appréciation équitable, laquelle décision était susceptible de recours.

2. Le législateur a renoncé à introduire l'obligation d'une compensation automatique et intégrale du renchérissement[35]. En revanche, la loi impose à l'employeur l'obligation d'étudier tous les trois ans la réadaptation des prestations en cours et de prendre une décision fondée sur une appréciation équitable; il convient à cet égard de tenir compte tant des intérêts des bénéficiaires que de la situation économique de l'employeur. C'est volontairement qu'une formulation ouverte et générale a été choisie, afin de laisser un espace à la jurisprudence et à l'évolution des connaissances[36]. Que cet espace ne soit pas forcément aisé à remplir est une évidence. Les possibilités de controverse sur le critère de la situation économique de l'employeur sont multiples[37]. Toujours est-il que le Tribunal fédéral du travail a retenu que la réadaptation ne pouvait être refusée que si l'entreprise était atteinte de manière durable dans ses intérêts majeurs. A cet égard, l'évolution de ses salaires réels pouvait servir d'indice quant à sa situation économique effective[38]. Cette jurisprudence a reçu des critiques en raison de son caractère trop rigoureux.

3. L'instauration par la loi d'une assurance obligatoire destinée à couvrir le risque d'insolvabilité et de faillite de l'employeur est d'une grande importance[39]. En effet, les caisses de pension et de soutien, de même que l'assurance-vie étaient déjà protégées contre ces risques par des mesures spécifiques de surveillance de l'Etat. Or, dans la mesure où la part largement prépondérante du financement des promesses de pensions est assurée par les provisions comptables au bilan des entreprises, il fallait trouver une solution au risque d'insolvabilité et de faillite qui lui soit spécifique. L'assurance est obligatoire pour tous les employeurs qui promettent une pension; ils sont seuls débiteurs de la prime. L'assurance couvre le dommage effectif des bénéficiaires causé par l'incapacité de l'employeur de respecter sa promesse en raison d'une insolvabilité. Elle ne couvre pas directement l'insolvabilité des institutions de prévoyance séparées de l'employeur (caisse de soutien, caisse de pensions et assurance-vie), sauf si celle-ci est causée par l'employeur, par exemple lorsque l'institution est créancière de l'employeur. Enfin, la responsabilité de l'assurance est accessoire; la couverture n'intervient que si les bénéficiaires ont tenté en vain d'obtenir de l'employeur les prestations dues.

---

34 BLOMEYER/OTTO, *op. cit.*, p. 795-796.
35 *Ibid.*, p. 796.
36 *Ibid.*, p. 797.
37 *Ibid.*, p. 849-858.
38 *Ibid.*, p. 850, 857-858.
39 *Ibid.*, p. 579-583.

e) La variante intermédiaire: la fidélité à la profession

i) Introduction

Entre les régimes complémentaires généralisés et les régimes facultatifs et particuliers, il existe de nombreuses variantes intermédiaires. Les régimes constitués sous la forme d'institutions indépendantes de l'employeur et financés par la capitalisation admettent plus facilement l'acquisition rapide des droits et leur transférabilité, surtout lorsqu'ils connaissent un début de généralisation[40]. La séparation avec le patrimoine de l'employeur facilite la reconnaissance des droits acquis. Les régimes conventionnels des Pays-Bas méritent à ce titre l'attention, car ils fournissent une démonstration récente de la tendance à la coordination sur la base d'une fidélité à la profession qui s'ouvre à la fidélité au travail. Les régimes complémentaires helvétiques tant légaux que facultatifs offrent également un exemple intéressant d'évolution à ce titre[41] qui combine la fidélité au travail avec la fidélité à l'entreprise.

ii) Les régimes complémentaires néerlandais

Ils ont un trait commun qui est la séparation entre le patrimoine du régime, confié à une institution autonome, et celui de l'employeur, mesure destinée à la protection contre le risque d'insolvabilité et de faillite de l'employeur[42]. La loi leur impose le choix entre deux formes juridiques:

- les fonds de pensions de branche, régis par une loi de 1949, l'affiliation à ceux-ci pouvant être rendue obligatoire par décision administrative;
- la promesse de pension facultative de l'employeur, régie par une loi de 1954[43], réalisée soit par l'adhésion volontaire à un fonds de pension de branche, soit par la création d'une caisse de pensions autonome, soit enfin par la conclusion d'un contrat d'assurance-vie de groupe par l'employeur ou d'un contrat d'assurance-vie par le salarié mais avec l'aide de l'employeur.

---

40 JOLLIFFE, *op. cit.*, p. 18-21. STEINMEYR: *Report on vesting, op. cit.*, p. 28-30, souligne que le Danemark, les Pays-Bas, l'Espagne et le Royaume-Uni connaissent l'acquisition immédiate ou rapide des droits.

41 Voir le Chapitre 17 sur la transférabilité et le libre-passage dans les régimes complémentaires suisses.

42 MOK Leo/Van HUIZEN Philip: «The legal framework of Dutch Pension Plans including the guaranty of private pension plans», in: MOK (ed.): *International Handbook on Pensions Law*, 1989, p. 199.

43 LUTJENS Erik: «Legal benefits: problems arising on sale and disposal of companies and businesses», in: MOK (ed.): *op. cit.*, p. 383-384.

Les fonds de pensions de branche regroupaient en 1990 1'700'000 salariés, tandis que les caisses autonomes (1'100 au total) et les polices d'assurance-vie de groupe (20'000 au total) en regroupaient 1'400'000[44].

iii) Des mécanismes de coordination sophistiqués

1. La philosophie relativement uniforme des régimes est fondée sur les principes de la capitalisation, du maintien du niveau de vie antérieur et de la solidarité professionnelle (entre jeunes et vieux, bien-portants et malades, bas et hauts revenus, situation familiale)[45]. Si la philosophie générale est relativement uniforme, des différences importantes subsistent néanmoins dans les modalités techniques et d'exécution, notamment en ce qui concerne les règles actuarielles, la coordination avec le régime de base, l'indexation au coût de la vie, la formule de pension, l'âge de la retraite et le taux des contributions[46]. Ces différences ont amené les régimes des Pays-Bas à développer des mécanismes de coordination sophistiqués.

2. Sur le plan légal, tout d'abord, la loi sur les pensions et l'épargne de 1954 reconnaît le droit acquis à une pension préservée après une période de stage d'un an. Toutefois la transférabilité de ce droit n'est reconnue qu'à concurrence du capital représenté par les contributions du salarié, à l'exclusion de celles de l'employeur[47]. La loi a favorisé la transférabilité du droit en stipulant qu'en cas de départ, le salarié bénéficie du droit à une pension basée sur le total des contributions de l'employeur et du salarié. Il n'y a toutefois aucune indexation obligatoire de ce droit[48]. A défaut de disposition contraire du règlement du fonds, la perte due à la dévaluation ne peut être évitée, défaut majeur lié à la préservation et à l'absence de transférabilité intégrale.

3. Pour corriger ces effets, deux types de systèmes facultatifs se sont développés sur la base d'une philosophie de transférabilité[49] :

- un droit à pension pour le salarié partant est accordé sur la base des années de service dans l'entreprise avec une indexation sur les prix et/ou les salaires dans la branche ou l'entreprise;
- à l'opposé, un droit à pension favorisant le salarié entrant est accordé sur la base d'une égalité de traitement stricte avec les salariés d'égale qualification présents dans l'entreprise depuis l'âge de 25 ans.

---

44 De VLAM P.R.: *The particular problems with regard to the transferability of rights. Transfer within a country, with express reference to the Netherlands,* Groupe d'experts de la CEE sur les régimes complémentaires de retraite, 1990, p. 11.

45 *Ibid.*, p. 12-13.

46 *Ibid.*

47 STEINMEYER: *Report on vesting, op. cit.*, p. 24.

48 *Ibid.*, p. 24; LUTJENS: «Legal benefits», *op. cit.*, p. 386.

49 De VLAM, *op. cit.*, p. 16.

4. L'existence des fonds de pensions par branche apporte également un correctif bienvenu. Largement fondés sur la négociation collective, ils permettent la libre circulation sans perte de droits à l'intérieur de leur champ d'application. Ils appliquent généralement une indexation identique des droits pour les partants, les entrants et ceux qui restent dans la branche[50].

5. Aucune de ces solutions ne permet toutefois une libre circulation véritable entre branches ou entre entreprises, car la coordination maximale qu'elles envisagent s'arrête au stade de la fidélité à la profession. Comme le souligne P. R. de VLAM, elles constituent un obstacle au passage d'une société statique à la société plus mobile exigée par les nouvelles technologies et les besoins du marché[51]. Ces limites de la loi et de la pratique ont entraîné la conclusion d'accords privés sur le libre-passage dans une perspective de transférabilité, fondée sur la fidélité au travail.

De 1986 à 1989, les régimes complémentaires néerlandais ont développé des systèmes élaborés permettant le transfert de droits entre régimes. Le résultat a été d'offrir au 1er juin 1989 un droit de libre-passage à plus de 66% des salariés du pays[52]. Le but de ces accords de libre-passage est d'éviter ou de réduire la perte de droits à une pension en permettant au salarié quittant un employeur de les transférer au régime du nouvel employeur. Cette prestation de libre-passage est intégrée dans le nouveau régime. En même temps, le salarié se voit bonifié d'un rachat d'années de service calculé sur la base de la prestation de libre-passage. Ainsi, un accord de base signé entre des fonds de pensions et des sociétés d'assurances-vie, obligatoire pour les employeurs liés à ces institutions, stipule dans les grandes lignes:

- quand un salarié quitte un employeur partie à l'accord pour un autre employeur également lié à cet accord, il y a transfert d'une prestation de libre-passage à la nouvelle caisse;
- la valeur actuarielle de cette prestation est établie sur la base d'un tarif uniforme;
- sur la base de ce tarif, la prestation de libre-passage est transformée en un droit acquis à une pension d'une valeur nominale identique à celle acquise dans la précédente caisse;
- la prestation de libre-passage permet à certaines conditions le rachat d'années d'assurance;
- il n'y a plus aucune période de stage préalable à l'acquisition de droits dans la nouvelle caisse[53].

---

50 LUTJENS: «Legal benefits», *op. cit.*, p. 387.
51 De VLAM, *op. cit.*, p. 14.
52 *Ibid.*, p. 4.
53 *Ibid.*, p. 19.

Une nuance doit être apportée. Seules les caisses dont les prestations sont proportionnelles aux salaires, qui se fondent donc sur la primauté des prestations et qui accordent sous une forme ou une autre une compensation du renchérissement peuvent adhérer à l'accord[54]. La fidélité au travail n'est reconnue comme critère qu'en cas d'équivalence matérielle des prestations entre régimes, ce qui est logique car la coordination s'accompagne ici d'une harmonisation technique. On voit le même problème apparaître dans la discussion actuelle sur le libre-passage en Suisse[55].

f) L'harmonisation légale croissante des délais de stage

i) La convergence des objectifs

La comparaison entre ces différentes solutions d'Europe continentale fait clairement apparaître une convergence des objectifs en matière de coordination: limiter les délais de stage, améliorer la préservation ou la transférabilité, assurer une meilleure protection contre l'inflation et le risque d'insolvabilité ou de faillite. Si les moyens techniques au service de ces objectifs varient beaucoup, l'une des limites essentielles à la convergence paraît bien être la question de la durée des délais de stage. Différents pays ont néanmoins introduit ces dernières années de nouvelles règles qui font espérer une réduction progressive de cet obstacle à la libre circulation des travailleurs au plan national et européen, et favorisant la conception d'une fidélité au travail.

ii) Le Royaume-Uni

Le droit britannique a ces dernières années considérablement amélioré la situation en matière de délais de stage et d'indexation. Rappelons que ce pays connaît un régime complémentaire légal - le SERPS[56] - auquel un régime complémentaire privé est autorisé à se substituer pour autant notamment qu'il garantit la pension minimale obligatoire en vertu du régime légal[57]. En plus, le régime offrira généralement des prestations facultatives.

De 1984 à 1986, le législateur s'est adressé en priorité aux problèmes soulevés par le salarié qui quitte l'entreprise avant l'âge normal de la retraite[58], notamment pour assurer une meilleure préservation des droits acquis. Il a, en particulier, interdit la réduction de la pension minimale garantie par le SERPS *(State Earnings Related Pensions Scheme)* en cas de versement de prestations facultatives. Cela signifie concrètement que les augmentations des prestations du régime légal ne peuvent être

---

54 *Ibid.*, p. 21

55 Voir le Chapitre 18 sur la transférabilité et le libre-passage en droit suisse.

56 Voir le Chapitre 2, litt. c, ch. iii).

57 MOK (ed.): *International Handbook on Pensions Law, op. cit.*, p. 151.

58 SERES: «Préface», *Pensions: a practical guide, op. cit.*, p. XIX.

compensées par le niveau plus élevé des prestations facultatives; elles doivent s'ajouter. De plus, depuis 1988, le délai de stage a été réduit à deux ans, et ceci sans limites d'âge initiales[59]. A l'échéance de ce délai, le salarié a droit à une pension proportionnelle - solution de la préservation - ou, à certaines conditions, à un capital de transfert destiné à un autre régime ou à une police d'assurance - solution de la transférabilité[60].

De plus, lorsque le salarié choisit la solution d'une pension préservée, celle-ci doit être indexée chaque année à un indice des prix spécial dès le départ du régime jusqu'à l'âge de la retraite. L'indexation est toutefois limitée à un plafond maximum de 5% par an[61].

iii) L'Irlande et l'Espagne

L'Irlande vient d'adopter une législation similaire à celle du Royaume-Uni. Dès le 1er janvier 1993, tout salarié quittant un régime complémentaire[62] après cinq ans d'activité dans l'entreprise aura droit à une pension différée (solution de la préservation). Le droit acquis sera basé sur les prestations promises depuis le 1er janvier 1991 dans un plan à primauté de prestations, ou sur les contributions versées par l'entreprise depuis cette date. Ce droit fera l'objet d'une indexation s'il s'agit d'un plan en primauté de prestations à un taux maximal de 4% par année dès le 1er janvier 1996 et jusqu'à la retraite[63].

L'Espagne vient d'introduire une législation similaire garantissant l'acquisition immédiate des droits et leur libre transférabilité à un autre régime[64]. Cette législation ne s'applique toutefois qu'aux régimes qualifiés, c'est-à-dire qui répondent aux conditions de la loi et qui bénéficient de l'exonération fiscale. Il existe, en effet, de nombreux régimes qui ne sont pas qualifiés[65], et qui ne bénéficient pas des mêmes avantages fiscaux.

iv) Les Etats-Unis

1. Signalons enfin les Etats-Unis qui connaissent, depuis l'adoption de la loi de 1974 sur la sécurité du revenu de retraite du salarié (Employee Retirement Income Security Act - ERISA), une législation assez complète sur les délais de stage[66]. Chaque régime

---

59 *Ibid.*, p. 55.
60 *Ibid.*, p. 58-59.
61 *Ibid.*, p. 55.
62 Selon STEINMEYR: *Report on vesting*, p. 19-20, 75% des salariés sont couverts par des régimes complémentaires, le régime légal étant assez bas. L'essentiel de ces régimes est organisé sous la forme de "trusts" séparés de l'employeur.
63 HEWITT ASSOCIATES: *International report to clients*, mai 1991, p. 2.
64 STEINMEYER: *Report on vesting, op. cit.*, p. 27.
65 CLIFFORD CHANCE: *Pensions in the European Community*, 1991, p. 48-49.
66 HORLICK Max: *Private pension plans in West Germany and France*, 1980, p. 41-42.

complémentaire initié avant ou durant 1988 doit remplir l'une des trois conditions suivantes:

- les droits sont acquis à concurrence de leur 25% après 5 ans, majoré de 5% durant chacune des 5 années qui suivent, et de 10% pour chaque année supplémentaire. Les droits sont acquis à 100% après 15 ans;
- l'acquisition complète des droits uniquement après 10 ans de service;
- ou, enfin, la règle du chiffre *45*, par laquelle le 50% des droits est acquis dès que l'addition de l'âge du salarié et au moins 5 ans de service dépasse 45, avec une majoration de 10% pour chaque année supplémentaire.

2. Les régimes initiés après 1988, doivent toutefois répondre à l'une des deux conditions suivantes: acquisition complète des droits après 5 ans de service, ou acquisition des droits à raison de 20% après trois ans de service et de 20% pour chacune des quatre années suivantes.

v) Conclusions

Les exemples français et néerlandais démontrent le potentiel indiscutable des régimes conventionnels en matière de coordination en raison de la généralisation et de l'harmonisation qu'ils entraînent. Les régimes allemands montrent, au contraire, les difficultés que rencontre la suppression des délais de stage lorsqu'il est fait recours au système des provisions comptables au bilan dans des régimes contractuels. La coordination se heurte dans ce cas à l'objectif de stabilité du personnel et à l'affectation des provisions comptables aux fonds propres de l'entreprise. Par contre, l'harmonisation légale des délais de stage dans les régimes contractuels constitués sous la forme d'institutions indépendantes s'avère plus aisée, car les capitaux accumulés ne sont que faiblement liés à l'activité de l'entreprise.

S'il existe d'autres pays européens qui n'ont pas de législation développée sur ces questions, notamment la Belgique, l'Italie et le Danemark, cela tient au fait qu'ils se caractérisent par des régimes de retraite de base et/ou complémentaires légaux qui offrent un taux élevé de remplacement des revenus antérieurs[67].

[67] STEINMEYER: *Report on vesting, op. cit.*, p. 13-22.

g) Le droit civil et la protection des droits acquis dans les régimes contractuels

i) Introduction

La tendance à la coordination se remarque également dans l'évolution des catégories du droit civil relatives à la protection des droits acquis et à la résiliation de la promesse de pension dans le cadre des régimes contractuels[68]. Ces régimes sont qualifiés de contractuels car ils sont fondés sur une promesse de prévoyance liée à l'existence d'un contrat individuel de travail. La promesse peut émaner de l'employeur, ou d'une institution qui lui est séparée.

Quelle est sa nature juridique ? Différentes institutions juridiques auraient pu être envisagées pour qualifier la promesse, par exemple la donation issue du devoir de protection de l'employeur ou la rente viagère versée en raison de l'usage de la force du travail par l'employeur[69]. Aucune ne pouvait réellement s'adapter à la nature particulière d'une promesse née exclusivement de l'existence d'un contrat de travail et portant sur une prestation pécuniaire qui serait versée uniquement après l'échéance de ce contrat en raison de l'âge.

ii) Les conceptions classiques de la promesse de pension

1. La solution la plus classique[70] fut donc de l'envisager en tant que contrat synallagmatique dans lequel le travail s'échange contre le salaire et une promesse de prestation qui a le caractère d'un salaire différé. La protection des droits acquis apparaît alors au plan théorique chose relativement simple, le salaire différé étant dû dès que les conditions de la promesse sont réunies. L'employeur pouvait néanmoins introduire un élément contractuel de fidélité en liant le versement des prestations à la condition d'une durée prédéterminée des rapports de travail ou du maintien de ceux-ci jusqu'à l'arrivée de l'âge de la retraite. Par contre, une fois que les droits promis avaient été acquis, la révocation de la promesse devenait impossible. On ne pouvait imaginer, à l'instar du contrat de travail, la résiliation avec effet immédiat et pour de justes motifs de la convention de prévoyance en vertu de laquelle le retraité recevait sa pension[71]. La question de l'acquisition des droits et de leur coordination par le travailleur mobile restait toutefois sans réponse, aucune limite à part l'âge ne pouvant théoriquement s'opposer aux conditions de stage fixées par l'employeur.

2. Une autre façon d'envisager la promesse fut de l'insérer dans la conception corporatiste de la communauté d'entreprise retenue notamment par le droit national-

---

68 Voir Chapitre 2, lettre f.

69 STEINMEYER: *Betriebliche Altersversorgung und Arbeitsverhältnis, op. cit.*, p. 14.

70 *Ibid.*, p. 12-13.

71 *Ibid.*, p. 13.

socialiste. La prestation est alors le produit non pas du travail accompli dans le passé, mais du devoir d'assistance de l'employeur envers les membres de la communauté[72] à laquelle ceux-là doivent rester fidèles pour bénéficier de sa protection. La rupture de la fidélité constitue dans ce cas une rupture avec la communauté et la fin du devoir d'assistance de l'employeur. L'infidélité permet la révocation de la promesse qui n'a plus le caractère d'une dette contractuelle.

iii) Les effets de l'exonération fiscale

Dans la mesure où les efforts des employeurs étaient encouragés par des mesures d'exonération fiscale, la question se posa du maintien du but de prévoyance pour les contributions ayant fait l'objet d'un tel subventionnement par l'Etat. Le droit public, et en particulier le droit fiscal, sont intervenus pour imposer la séparation du patrimoine de l'employeur avec celui de la prévoyance. L'obligation de séparation imposée par l'Etat est ainsi la contrepartie de l'exonération fiscale. Elle est intervenue historiquement sous deux formes: les provisions comptables au bilan de l'entreprise, et les institutions qui lui sont distinctes. Le recours à l'assurance privée ou mutuelle fut également encouragé, soit pour garantir directement les prestations promises, soit pour réassurer le patrimoine affecté à la prévoyance et les prestations qu'il doit fournir. L'Etat visait ainsi à protéger les droits acquis.

Cependant, ces règles n'avaient pas nécessairement pour effet de structurer les rapports de droit privé entre l'employeur, les salariés et les bénéficiaires, notamment en vue d'assurer la réalisation du but de prévoyance pour les salariés qui quittaient l'entreprise avant l'âge de la retraite. Une partie du problème fut résolu par les législateurs nationaux lorsqu'ils introduisirent petit à petit des normes de coordination limitant les durées de stage. L'existence d'un patrimoine séparé, affecté aux prestations de retraite de plus en plus important, a suscité une évolution du droit privé destinée à assurer une meilleure protection des droits acquis. C'est à la faveur de cette évolution que l'approche contractuelle de la promesse de prévoyance s'est véritablement dégagée.

iv) L'approche contractuelle de la promesse de pension

Il est maintenant admis assez généralement que la nature juridique de la prestation est définie par l'échange synallagmatique du travail, allié à la fidélité lorsque des délais de stage même raccourcis sont prévus, contre un salaire différé. C'est l'approche qui a été finalement retenue dans la Communauté européenne par la jurisprudence de sa Cour de Justice[73]. Une telle clarification juridique n'épuise toutefois pas la discussion notamment sur les points suivants:

---

72 *Ibid.*, p. 15-18.

73 Voir le Chapitre 7 litt. b et le Chapitre 16 litt. d à propos de cette nature salariale controversée.

- L'employeur reste-t-il, tout d'abord, entièrement libre de prendre l'initiative d'une promesse de prestations, compte tenu de la nature nécessairement collective d'un régime complémentaire ? La réponse n'est pas forcément catégorique.
- Une deuxième question est apparue ayant trait à la modification de la promesse de prestations. Si l'amélioration des prestations ne se heurte guère à un refus d'acceptation de la part du travailleur, il n'en va pas de même pour une péjoration. L'employeur est-il libre de diminuer les prestations ou de résilier le contrat de prévoyance afin de mettre fin au régime ?
- Enfin, pour les régimes fondés sur des institutions séparées de l'employeur, que se passe-t-il si des surplus ou des fonds libres apparaissent ? A qui appartiennent-ils ?

v) La naissance de la promesse de pension

1. Si le régime contractuel naît avec le contrat de travail, divers actes juridiques peuvent donner naissance à la promesse. Que la promesse donne naissance à un rapport juridique bilatéral autonome du contrat de travail[74] ou qu'elle en soit un élément essentiel[75], elle est toujours liée à l'existence d'un tel contrat. La promesse sera précédée d'une décision de l'employeur de créer un régime complémentaire destiné à tout ou partie de ses salariés. Cette décision constituera alors une offre de conclure soumise à acceptation et émanant de l'employeur si celui-ci est le titulaire des obligations de prévoyance, comme c'est le cas en Allemagne et aux Pays-Bas[76]. Si la prévoyance est assurée par une institution indépendante, le contrat de prévoyance avec l'employeur sera accompagné de rapports juridiques subsidiaires liant cette institution, l'employeur et les bénéficiaires.

Si la promesse émane directement de l'institution de prévoyance, le contrat de prévoyance sera conclu avec elle en même temps que le contrat de travail. Il en découle des rapports juridiques subsidiaires entre l'institution, l'employeur et les autres

---

74 La convention de prévoyance en droit suisse lie l'institution de prévoyance, d'une part, et le salarié, de l'autre, l'employeur s'engageant pour sa part à verser des contributions à l'institution de prévoyance tant que dure le contrat de travail.

75 En Allemagne, la promesse de pension est indépendante du contrat de travail: la promesse n'est pas l'échange d'un salaire différé contre le travail, mais la récompense issue de l'échange synallagmatique de la fidélité du travailleur et des contributions de prévoyance de l'employeur (BLOMEYER/OTTO, *op. cit.*, p. 58). Ce contrat distinct peut être inclu dans le contrat de travail. En France, la promesse est en principe dépendante du contrat de travail, mais peut également découler d'une décision unilatérale de l'employeur, lorsque le travailleur n'a pas l'obligation de contribuer (BRIENS, *op. cit.*, p. 24-26). Au Royaume-Uni, il semble que l'on s'achemine vers la thèse contractuelle (JACOBS Howard: «Pensions as contractual entitlements in English law», in: MOK (ed.): *International Handbook, op. cit.*, p. 184-193).

76 BLOMEYER/OTTO, *op. cit.*, p. 32-33; MOK/Van HUIZEN, *op. cit.*, p. 198.

bénéficiaires. L'offre peut être expresse ou tacite, la forme écrite n'étant généralement pas exigée.

2. Fait intéressant, l'offre de l'employeur peut également découler d'un usage de l'entreprise qui lie l'employeur[77] si la pratique de versements qu'il suit envers la collectivité des salariés est constante, fixe et générale. Dans ce cas, l'usage supplée à l'offre. On voit ici les effets qu'exerce la nature collective du régime complémentaire. Mais il arrive aussi que l'employeur soit lié par une convention de prévoyance alors même qu'il n'a pas émis d'offre. Le droit du travail allemand connaît le principe d'égalité de traitement entre travailleurs: l'employeur qui fait une promesse de prévoyance à certains travailleurs est tenu de la faire également aux travailleurs qui se trouvent dans une situation comparable[78]. Ce principe protège par exemple les étrangers contre les discriminations, les travailleurs à temps partiel contre les exclusions sans raison valable du régime complémentaire et le droit des veufs à une rente aux mêmes conditions que les veuves. Des inégalités peuvent toutefois se justifier objectivement, par exemple par la position dans l'entreprise, la durée de l'appartenance à l'entreprise et l'ampleur de la prestation de travail. Le droit espagnol a entériné, pour sa part, le principe de non-discrimination: un régime complémentaire qualifié s'applique nécessairement à tous les salariés de l'entreprise où il a été établi[79].

3. Enfin, l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de rémunérations a trouvé ici une application féconde, la tendance étant de rejeter l'exclusion d'un régime complémentaire, ou les inégalités de prestations qui seraient la conséquence d'une inégalité entre les sexes[80]. Ce principe est consacré par le droit communautaire et il a permis d'ailleurs l'une de ses rares interventions d'harmonisation dans le droit des régimes complémentaires[81].

vi) La modification et la résiliation de la promesse

1. Si la conclusion du contrat intervient à l'instigation de l'employeur ou de l'institution de prévoyance, qu'en est-il de sa modification ou de sa résiliation ? La nature contractuelle d'un régime complémentaire diffère ici sur un point essentiel avec les régimes conventionnels. Ces derniers ne peuvent être modifiés unilatéralement, sauf à recourir à l'instrument de la résiliation de la convention collective qui est une arme juridique lourde. L'origine du régime contractuel étant l'initiative facultative de

---

77 C'est le cas en Allemagne (BLOMEYER/OTTO, *op. cit.*, p. 69) et en France (BRIENS, *op. cit.*, p. 26).

78 BLOMEYER/OTTO, *op. cit.*, p. 74-79.

79 STEINMEYER: *Report on vesting, op. cit.*, p. 27.

80 BLOMEYER/OTTO, *op. cit.*, p. 74-79; BENNET Philip: «Sex discrimination and pension schemes under English law», in: MOK (ed.): *International Handbook, op. cit.*, p. 571-588; PAULY Hans-Joachim: «Decisions by the Federal Labour Court and the Court of Justice of the European Communities on the subject of indirect discrimination», in: MOK (ed.): *International Handbook, op. cit.*, p. 601-609.

81 Voir le Chapitre 7.

l'employeur, celui-ci garde la faculté d'y mettre un terme dans les limites du contrat de prévoyance. Cette liberté a appelé une double évolution du droit civil, en lien avec la tendance à la coordination:

- Si le droit aux prestations acquis au jour de la modification ou de la résiliation bénéficie en règle générale de la garantie de la propriété, qu'en est-il des droits qui auraient été acquis dans le futur si le régime n'avait pas été abrogé[82] ? Ce problème existe surtout dans les régimes à primauté de prestations, qui promettent des pensions en fonction du niveau atteint par le salaire avant la retraite.
- La liberté de modification et de résiliation du contrat de prévoyance par l'employeur est-elle limitée ?

2. En droit britannique, la promesse émane de l'employeur (et non de l'institution indépendante - le *trust*). Les droits acquis à l'échéance de la résiliation sont protégés[83], mais il n'y a pas de règles sur la prise en compte du salaire futur pour le calcul des droits acquis. Quant à la modification, elle nécessite l'accord du travailleur. La jurisprudence s'est montrée de plus en plus réticente à admettre l'acceptation tacite par le travailleur d'une diminution des prestations en raison de l'inégalité des parties au contrat de travail[84]. Au vu de ces difficultés, les employeurs ont eu recours à la technique de la résiliation ordinaire du contrat de travail suivie d'une offre de réengagement, mais avec de nouvelles conditions pour le régime complémentaire. La question s'est posée de savoir s'il s'agit d'une résiliation inéquitable ouvrant le droit à une contestation et à une indemnisation du travailleur lésé. Une réponse positive est plausible, ce qui soulève à son tour la question du montant du dommage pouvant être réclamé par le travailleur[85].

3. En droit québécois, l'employeur est l'auteur de la promesse (et non le *trust*). Le flou semble exister sur la nature exacte des droits acquis, exception faite des contributions du salarié qui lui reviennent. L'employeur est autorisé à modifier les dispositions du régime sans l'accord du salarié, sauf s'il s'agit d'un régime établi par convention collective et pour autant que le règlement en prévoit la possibilité[86]. Des décisions judiciaires ont néanmoins alloué des dommages-intérêts en cas de licenciement abusif pour compenser partiellement la perte subie sur le droit à une pension[87].

4. En droit français, le régime contractuel (à distinguer des régimes conventionnels AGIRC et ARRCO) peut être établi par la voie du contrat de travail, par décision unilatérale subséquente de l'employeur ou par usage: il est dans tous ces cas un

---

82 BLOMEYER/OTTO, *op. cit.*, p. 143-144.
83 JACOBS, *op. cit.*, p. 186-187.
84 JACOBS, *op. cit.*, p. 185.
85 JACOBS, *op. cit.*, p. 188-189.
86 BENOIT: «The pension promise as a contract: a civil law perspective», in: MOK (ed.): *International Handbook, op. cit.*, p. 173.
87 *Ibid.*, p. 175-177.

élément du contrat de travail[88]. Si le régime est en primauté de contributions, le salarié a un droit acquis à l'intégralité des cotisations versées à son nom. Par contre, s'il s'agit d'un régime à primauté de prestations il n'y a aucune imprescriptibilité légale des droits, le salarié ne bénéficiant de prestations que s'il reste dans l'entreprise jusqu'à sa retraite[89]. Le régime peut être péjoré par décision de l'employeur, mais uniquement avec l'accord du salarié. En l'absence d'un avenant signé, l'accord tacite étant difficile à établir, l'employeur est contraint de recourir à la rupture du contrat de travail ce qui entraîne le versement d'une indemnité légale ou conventionnelle de licenciement et, le cas échéant, de dommages-intérêts s'il ne peut justifier d'une cause réelle et sérieuse de rupture[90].

5. Aux Etats-Unis, la garantie des droits acquis par le contrat ou la loi s'applique jusqu'à l'échéance du contrat de prévoyance qui est librement résiliable par l'employeur; les droits acquis incluent néanmoins une part des droits qui auraient été acquis dans le futur[91].

6. En droit allemand, les droits acquis sont garantis une fois le délai de stage légal ou contractuel accompli. L'employeur est lié strictement à sa promesse. Il n'a pas le droit de modifier la promesse ou d'y mettre fin à sa guise, même s'il a pris la précaution de se réserver expressément ce droit[92]. Il doit donc respecter, en vertu de la garantie de la propriété, les droits déjà acquis[93]. S'agissant des droits futurs, les conditions mises à une modification sont sévères, car la jurisprudence admet également qu'ils bénéficient à certaines conditions de la garantie de la propriété. Cela est le cas en particulier pour les régimes à primauté de prestations basés sur le salaire: la dynamique salariale antérieure doit en principe être répercutée sur les droits acquis[94]. Seules des raisons économiques impérieuses impliquant le risque d'insolvabilité ou d'une détresse financière grave peuvent justifier une diminution future des prestations et la modification du régime[95]. L'abrogation complète du plan n'est admise qu'en cas de faillite, auquel cas le travailleur est protégé par l'assurance en cas d'insolvabilité[96]. Une exception est faite lorsqu'il s'agit d'une simple restructuration du régime qui reste

---

88 BRIENS, *op. cit.*, p. 24-26.

89 *Ibid.*, p. 221-222; 261-263.

90 *Ibid.*, p. 250.

91 KLEIN James P.: «Surplus reversion: "Asset recapture"», in: MOK (ed.): *International Handbook, op. cit.*, p. 289: "*Termination of defined benefit plans must be done in accordance with rules administered by the Pension Benefit Guarant Corporation, à goverment body. This generally requires offering insurance company annuities to employees for vested and 'contingent' benefits (i.e., those to be earned based on future services), although lump sums may be offered as well.*"

92 BLOMEYER/OTTO, *op. cit.*, p. 143; DOETSCH, *op. cit.*, p. 7.

93 PAULY Hans-Joachim: «Scope and limits of intervention in Company Pension commitments in the Federal Republic of Germany as determined by the ruling of the Federal Labour Court», in: MOK (éd.): *International Handbook, op. cit.*, p. 211.

94 PAULY, *op. cit.*, p. 211.

95 DOETSCH, *op. cit.*, p. 7; BLOMEYER/OTTO, *op. cit.*, p. 144-147.

96 DOETSCH, *op. cit.*, p. 7.

globalement aussi favorable que le précédent pour les salariés pris dans leur ensemble, même si pour certains salariés une réduction des prestations intervient. L'accord du conseil d'entreprise est la condition d'une telle restructuration[97]. Toujours est-il que la protection des droits acquis découle à la fois de la nature salariale des prestations et de la protection de la confiance mise par le salarié dans la promesse de l'employeur[98]. Mentionnons tout de même un débris de la conception corporatiste qui permet à l'employeur de révoquer la promesse en cas de déloyauté grave du travailleur, en particulier lorsqu'il commet de graves abus de confiance au détriment de l'employeur[99].

vii) Première conclusion: la difficulté de réduire les droits acquis

L'évolution commune aux régimes contractuels illustre deux aspects intéressants:

- les droits acquis tendent à bénéficier de la garantie de la propriété dès lors qu'ils sont issus d'un rapport contractuel, et non d'assistance, et qu'ils sont logiquement qualifiés de salaire différé;
- le droit de l'employeur de modifier sa promesse unilatéralement et sans résiliation tend à être limité, et la résiliation du contrat du travail pour modifier ou supprimer le régime complémentaire tend - en Europe - à être qualifié d'abusive lorsqu'elle n'est pas justifiée par des raisons économiques importantes.

viii) Deuxième conclusion: l'affectation irrévocable des surplus financiers

1. La garantie de la propriété qui s'attache aux droits acquis fait rejaillir la question de leur nature salariale lorsqu'il s'agit de la liquidation de régimes fondés sur la capitalisation dans une institution séparée de l'employeur. En effet, si l'employeur résilie le contrat de travail ou de prévoyance, à qui reviennent les surplus ou fonds libres qui peuvent apparaître dans de telles institutions[100] ? De la fin des années septante au début des années nonante, les rendements sur les marchés financiers - et les licenciements économiques - ont permis l'accumulation de surplus ou de fonds libres non affectés à la garantie des prestations en cours ou à la couverture des droits acquis. Là où la loi ne réglait pas de manière claire l'affectation irrévocable des fonds libres au maintien et à l'amélioration de la prévoyance offerte par le régime complémentaire, la discussion s'est ouverte entre les intérêts des employeurs, d'une part, et des salariés et bénéficiaires, de l'autre, surtout dans les pays de tradition anglo-saxonne.

---

97 PAULY, *op. cit.*, p. 213.

98 PAULY, *op. cit.*, p. 211.

99 STEINMEYER: *Betriebliche Altersversorgung, op. cit.*, p. 45.

100 Le titre de l'ouvrage de FINLAYSON Ann: *Whose money is anyway ? The showdown on Pensions*, 1988, illustre la tonalité du débat.

Les employeurs arguaient que s'ils promettaient des prestations en fonction du salaire, c'est-à-dire en primauté de prestations, le surplus leur revenait en raison du risque qu'ils assument, étant eux-mêmes tenus de faire face à tout déficit éventuel du régime[101], notamment en raison de rendements insuffisants sur les investissements. Les salariés répondaient que l'inflation qui - en tout cas initialement - générait des rendements aussi élevés réduisait également la valeur réelle des prestations du régime complémentaire. Tout surplus devait par conséquent être utilisé pour réévaluer les prestations et accumuler des réserves destinées à couvrir le risque futur de l'inflation. Et, en effet, les solutions peuvent se concevoir autour de deux axes opposés: les surplus reviennent à certaines conditions à l'employeur ou ils restent affectés à la prévoyance pour garantir et améliorer les prestations à long terme. Une solution intermédiaire consiste à maintenir l'affectation des fonds libres à la prévoyance, mais en les attribuant à une réserve de contributions de l'employeur[102], à laquelle celui-ci pourra recourir pour couvrir ses engagements futurs.

2. Les règles en vigueur aux Etats-Unis illustrent le choix de l'une des composantes du libéralisme social. Depuis 1938, tous les montants versés à l'institution de prévoyance (le *trust*) pour des prestations de retraites sont irrévocablement affectés à ce but, ceci en raison de l'exonération fiscale accordée[103]. Aucune utilisation autre n'est possible. Toutefois, la jurisprudence a admis la possibilité du remboursement à l'employeur dès lors que l'existence d'un surplus était établie sur le plan actuariel, c'est-à-dire après que tous les engagements de prévoyance pour la retraite eurent été couverts[104]. La loi de 1974 sur la sécurité du revenu de retraite des salariés (ERISA)[105] a introduit des dispositions spéciales permettant à l'employeur de récupérer les surplus lorsque certaines conditions minimales étaient remplies. Ces dispositions ont été largement confirmées par la jurisprudence:

- tous les engagements envers les salariés et les bénéficiaires doivent être couverts;
- le règlement du régime complémentaire doit autoriser le retour des surplus à l'employeur;
- la distribution des surplus ne doit pas contrevenir par ailleurs à une autre disposition légale.

Deux voies ont été alors choisies par les employeurs pour recouvrir les surplus: la clôture du régime complémentaire ou le *splitting*. La résiliation unilatérale du contrat

---

101 WEIR Sean: «Pension fund surplus in Ontario», Canada, in: MOK (ed.): *International Handbook, op. cit.*, p. 341.

102 Les Anglo-Saxons ont trouvé une jolie expression pour cela: "*...take a contribution holiday*".

103 KLEIN, *op. cit.*, p. 287-296; MARMORSKY Jeffrey D.: «Who owns the surplus? Recovery of Excess Assets upon Plan termination», in: MOK (ed.): *International Handbook, op. cit.*, p. 297-311.

104 KLEIN, *op. cit.*, p. 228; MARMORSKY, *op. cit.*, p. 297.

105 Employee Retirement Income Security Act; MARMORSKY, *op. cit.*, p. 297, 298-300.

de prévoyance par l'employeur étant admissible juridiquement, elle permet la clôture unilatérale du régime qui entraîne la liquidation de tous ses actifs et passifs. Une fois les salariés et les bénéficiaires désintéressés, le surplus revient à l'employeur qui pourra alors proposer l'adoption d'un nouveau régime complémentaire dont le financement reprend à zéro[106]. Les quelques embûches que présente cette voie[107] ont suscité d'autres solutions et notamment le *splitting*: le régime est divisé en deux entre les retraités et les actifs, tout le surplus étant affecté au régime des retraités. Aucune liquidation du régime des actifs n'a lieu et ceux-ci ne doivent donc pas être informés car ils continuent à bénéficier d'un plan de prestations inchangé[108]. Par contre, comme le régime des retraités contient moins d'incertitudes et de contraintes actuarielles concernant les droits pouvant être acquis dans le futur, il est plus facile d'établir l'existence d'un surplus lors de sa liquidation[109]. Les abus n'ayant pas manqué, de nouvelles directives plus limitatives furent émises[110] et des projets de lois déposés affirmant le droit exclusif des salariés aux surplus. Quelques améliorations protectrices des salariés furent introduites, sans remettre toutefois en cause le droit de l'employeur de s'approprier le surplus[111].

Comme le souligne James KLEIN, la reconnaissance de la primauté des droits des bénéficiaires implique que les contributions à un régime complémentaire doivent être qualifiées au plan juridique de salaire différé[112]. Dans ce cas, les produits issus de ce salaire, soit le capital et ses intérêts, sont la propriété collective des bénéficiaires et font l'objet d'une répartition selon divers critères, en particulier l'égalité de traitement.

3. L'évolution en Suisse, pays également marqué par le libéralisme social, a au contraire été marquée par l'attribution progressive des fonds libres au maintien du but de prévoyance[113]. L'Ontario, province canadienne fortement marquée par l'influence des traditions juridiques des Etats-Unis, fait également ce choix actuellement. Sean WEIR soulignait, en 1987 déjà, qu'il était devenu extrêmement difficile pour l'employeur d'obtenir l'autorisation d'encaisser le surplus et, en 1991, il relevait que ces limites étaient devenues loi[114].

4. Le critère décisif est le niveau des exigences destinées à assurer une gestion financière et actuarielle prudente à long terme. Si l'on admet que la durée de

---

106 KLEIN, *op. cit.*, p. 289.

107 Les oppositions des salariés, d'une part, et l'obligation actuarielle de tenir compte et de garantir des droits futurs pouvant être acquis dans le régime, d'autre part. (KLEIN, *op. cit.*, p. 289).

108 KLEIN, *op. cit.*, p. 290.

109 KLEIN, *op. cit.*, p. 290.

110 MAMORSKY: *op. cit.*, p. 303.

111 MENSON Richard L.: *Acquisitions and divestitures in the United States*, 3e conférence IPEBLA, 1991, p. 22-27.

112 KLEIN, *op. cit.*, p. 295.

113 Voir le Chapitre 16, litt. h, ch. iv).

114 WEIR, «Pension fund surplus», *op. cit.*, p. 354; WEIR Sean: *Business sales and reorganizations: Pension considerations in Ontario*, Canada, 3e Conférence IPEBLA, 1991, p. 3-5.

financement d'une prestation est d'environ trente-cinq à quarante ans, les surplus actuels d'une institution de prévoyance sont les réserves qui lui permettront demain de faire face aux déficits éventuels, voire de dynamiser les prestations en rapport avec l'évolution du coût de la vie et de la hausse réelle des salaires. Devant les charges accrues que les régimes complémentaires sont appelés à assumer, une planification financière à long terme paraît devoir l'emporter sur les ajustements à court terme. D'ailleurs, les surplus ou fonds libres sont issus de contributions financières et de rendements de capitaux bénéficiant d'une ample subvention étatique indirecte, sous la forme de l'exonération fiscale. Un tel effort exige logiquement que les moyens supplémentaires représentés par les surplus soient mis à contribution pour alléger les sacrifices futurs de l'Etat et des contribuables dans la protection sociale. L'employeur et l'économie ont également un intérêt à une meilleure stabilisation des coûts de la prévoyance à long terme. L'affectation irrévocable des ressources des régimes au but de prévoyance nous paraît être la voie raisonnable pour faire face au coût croissant des retraites.

5. L'évolution rapide du droit britannique confirme la nécessité de cet éclaircissement. En effet, la loi sur la sécurité sociale de 1990 (1990 *Social Security Act*) a introduit deux innovations majeures en matière de régimes complémentaires[115] :

- dès le 1er janvier 1991, une indexation limitée aux prix a été rendue obligatoire. L'indexation est obligatoire pour les hausses de prix qui ne dépassent pas 5% et pour toutes les pensions servies par les régimes en primauté de prestations, exception faite de la pension servie en remplacement du régime complémentaire légal (SERPS).
- Par conséquent, les surplus générés par les régimes en primauté de prestations ne peuvent être remboursés à l'employeur tant que l'indexation limitée aux prix n'aura pas été entièrement couverte.

h) Le détachement et l'expatriation

i) La sécurité sociale internationale

1. La coordination internationale de la sécurité sociale n'a pas été une tendance influant réellement jusqu'à présent sur le développement des régimes complémentaires. On doit excepter de ce constat la coordination des régimes complémentaires légaux admise dans le cadre de l'Union européenne en raison de ses liens étroits avec la coordination

---

115 TIER Sarah: *National laws on legal structures of pension funds and on employee participation in England and Wales*, 3e Conférence IPEBLA, 1991, p. 14-15.

des régimes de sécurité sociale[116]. Les premières discussions à ce sujet dans l'UE illustrent d'ailleurs les difficultés importantes d'une telle coordination[117].

2. Par contre, on peut relever l'influence de la sécurité sociale internationale qui s'adresse aux effets internationaux du droit national. Elle est à distinguer du droit international de la sécurité sociale qui se fonde sur les instruments juridiques internationaux. Deux modalités propres à la dimension internationale de la sécurité sociale et que l'on retrouve dans la coordination internationale exercent leurs effets dans la protection complémentaire: le détachement et l'expatriation. Ce système parallèle de sécurité sociale a été imaginé au fil des années, en vue de favoriser l'envoi à l'étranger de leurs salariés par les entreprises[118], pour limiter les complications administratives dues au changement de régime ou parce que le pays de travail ne connaît pas un tel régime, ou encore qu'il assure des prestations sur des bases plus limitées. Un tel système est donc largement indépendant du lieu de résidence et de travail. Le versement des cotisations constitue le point de rattachement au régime: celui qui quitte le territoire national ne cessera pas pour autant de bénéficier de la garantie contre les risques; les années passées à l'étranger ne seront pas perdues pour la pension de retraite. Il remplace le principe de territorialité en vertu duquel la loi de sécurité sociale du pays de résidence s'applique par un principe de nature personnaliste[119].

3. Le détachement est une absence de courte durée, qui présuppose la persistance du lien de subordination avec l'employeur d'origine. Le rattachement est alors basé sur une territorialité fictive[120], souvent réglementée par les conventions bi- ou multilatérales de sécurité sociale, ou par la législation communautaire afin d'éviter les conflits de lois. L'expatriation est une absence de longue durée, généralement dans un pays qui ne connaît pas de système de sécurité sociale, ou dont les prestations sont plafonnées à un niveau plus bas que dans le pays d'origine. Elle ne fait généralement pas l'objet de normes de droit international de la sécurité sociale, celui-ci étant largement fondé sur le principe de la territorialité en matière d'affiliation. Ces modalités se retrouvent dans les régimes complémentaires, soit dans les règles qu'ils adoptent eux-mêmes, soit dans la loi fiscale ou de sécurité sociale nationale.

ii) Les régimes complémentaires: la détermination du régime ou de la loi applicable

1. Les régimes complémentaires légaux sont généralement intégrés au droit national et international de la sécurité sociale; ils en suivent donc les règles en cette matière. Dès que l'on aborde, par contre, les régimes complémentaires non légaux, qu'ils soient

---

116 Voir Chapitre 8.
117 Voir Chapitres 7, 9 et 10.
118 LYON-CAEN Gérard/LYON-CAEN Antoine: *Droit social international et européen*, 7e édition, 1991, p. 76.
119 *Ibid.*, p. 76.
120 *Ibid.*, p. 76.

contractuels ou conventionnels, on se heurte à un fouillis juridique dont le débroussaillage est particulièrement difficile en raison de l'accès épineux aux sources du droit applicable. Disons-le d'emblée: la documentation sur cette question dans une perspective de droit comparé est quasi inexistante. De plus, la documentation nationale est difficile d'accès car souvent ce sont les directives des autorités fiscales, voire des documents conventionnels ou contractuels, et non des dispositions légales publiées, qui indiquent la marge de manoeuvre dont disposent les régimes pour recourir au détachement ou à l'expatriation. C'est dire qu'une étude même partielle de la question dépasse le cadre de notre recherche.

2. Cela ne signifie pas que les questions manquent. La première d'entre elles a trait au régime ou à la loi applicable. L'un des principes fondamentaux de la coordination internationale de la sécurité sociale a trait à la détermination de la loi applicable. La règle classique de la loi du lieu d'activité a été consacrée par le Règlement (CE) 1408/71[121]: 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. Or, cette règle ne peut s'appliquer aux régimes complémentaires non légaux, car il n'y a par définition pas de loi instaurant une obligation d'affiliation. Tout au plus pourra-t-il y avoir une obligation de se soumettre à un régime conventionnel obligatoire. Cela signifie qu'une règle éventuelle de conflits devrait déterminer le régime - et non la loi - applicable. Le critère logique qui devrait alors être retenu pour déterminer le régime applicable est celui du lieu d'activité professionnelle, le détachement et l'expatriation pouvant pallier aux effets négatifs de la règle tout en constituant l'exception[122]. Une telle solution pose toutefois quelques problèmes pour le travailleur mobile au plan international.

Premièrement, elle ne règle pas le conflit négatif qui découle de l'absence de régime complémentaire dans le pays d'activité: le travailleur mobile ne peut rester affilié au précédent régime, mais il ne peut s'affilier à un nouveau. Ce problème est inévitable, vu précisément l'hétérogénéité et les lacunes de la couverture dans ce domaine.

Deuxièmement, et il s'agit d'une objection plus immédiate, elle ne correspond pas à la coordination des régimes mis sur pied par les entreprises transnationales. Celles-ci constituent souvent, pour une partie en tout cas de leur encadrement, des régimes auxquels le salarié reste affilié quel que soit son lieu d'activité professionnelle. Il ne s'agit plus vraiment du cadre classique du détachement ou de l'expatriation, car la règle de rattachement est en fait l'existence d'une entité juridique à caractère international mais qui ne dispose pas de la souveraineté étatique nationale. Pour reprendre les

---

121 Art. 13 al. 2 du Règlement (CEE) 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.

122 PERRIN: «Réflexions préalables à la coordination des régimes complémentaires», *op. cit.*, p. 255-260.

propos de Guy PERRIN, une telle solution *"équivaut à une véritable coordination interne à l'entreprise puisque ce régime demeure applicable à l'exclusion de tout autre régime du nouvel établissement dans lequel s'exerce l'activité consécutive au transfert"*[123]. On peut également souligner ici l'importance des régimes complémentaires des organisations publiques internationales, que nous n'examinons pas en raison de leur rattachement à la fonction publique internationale.

i) Les sociétés transnationales et la coordination

i) L'ébauche d'un droit social autonome

1. Ces quelques remarques conduisent à une réflexion sur l'ébauche d'un droit social autonome propre à la société transnationale et qui fait l'objet de réflexions assez poussées de l'Union européenne en ce qui concerne les régimes complémentaires. Quelques constats de base peuvent être dressés[124]. A l'inverse des travailleurs, attachés à leur emploi et intégrés à une communauté, les entreprises transnationales ont une extrême mobilité due à la libre circulation des capitaux. Dans l'ensemble, les entreprises transnationales respectent le droit du travail en vigueur sur le territoire de leurs implantations; ce droit n'est toutefois adapté que dans la mesure où des problèmes différents de ceux auxquels s'affrontent les entreprises locales ne sont pas soulevés. L'action collective est elle-même marquée par l'insuffisante dimension des organisations syndicales. Il en résulte une faiblesse du droit étatique et du droit collectif du travail.

2. D'où l'émergence de normes adaptées aux rapports dans les transnationales, destinées à combler les insuffisances du droit national et conventionnel face aux besoins des entreprises agissant par-delà les frontières avec un personnel mobile. L'entreprise ne peut en effet se contenter de l'application du droit local, ni de contrats individuels appropriés à chaque cas. Elle développe donc des pratiques permanentes codifiées, et constituant un statut collectif de tous les salariés mobiles du groupe (à la seule exception du personnel de recrutement local). Le contenu de ce statut opérera comme incitation à la mobilité[125]. Ces normes ne relèvent toutefois ni d'une convention collective, ni d'une instance munie de la souveraineté étatique. Elles contiennent néanmoins des règles générales qui ne se limitent pas au rapport individuel de travail, notamment en ce qui concerne le droit à des prestations d'un régime complémentaire. Leur intégration au contrat individuel de travail s'accomplit par l'adhésion du travailleur à leur contenu. Il en résulte qu'elles sont soumises tant pour l'appréciation de leur validité, que pour leur interprétation à la loi étatique qui régit le

---

123 *Ibid.*, p. 257.

124 Ces développements sont inspirés très largement de LYON-CAEN: *Droit social international et européen, op. cit.*, p. 43-67.

125 *Ibid.*, p. 63.

contrat de travail. Or souvent le régime complémentaire de la transnationale fera partie de ce statut intégré au contrat individuel de travail. Quelle est donc la loi applicable à celui-ci ?

ii) Le rattachement juridique des régimes complémentaires des sociétés transnationales

1. En effet, la première question qui surgit est celle de la loi applicable. Par définition, un tel régime n'est pas institué par la loi, ou en tout cas il comprendra des prestations qui forment un étage facultatif et spécifique. En raison de sa nature professionnelle et contractuelle, il est donc logique d'essayer de le rattacher au contrat de travail et non à la sécurité sociale. A défaut d'une norme supra-étatique apportant une solution spécifique, son rattachement à un ordre juridique national découlera en premier lieu de la loi nationale du lieu d'exécution du travail, et notamment des dispositions de ce droit applicable aux conflits des lois. Certes, le droit national offre souvent une possibilité de choix de la loi applicable au contrat individuel de travail, mais cette liberté est généralement accompagnée de la réserve du respect des lois de police nationales en matière sociale - c'est la primauté de l'ordre public social[126]. Ainsi, dans la Communauté européenne, la Convention de Rome du 19 juin 1980 a instauré le libre choix de la loi applicable au contrat de travail, sous la réserve du minimum de protection que lui assure la loi du pays où il accomplit habituellement son travail[127]. Or, on peut admettre que les lois nationales en matière de régimes complémentaires constituent une telle loi de police à laquelle le régime ne saurait se soustraire. Cela d'autant plus que les lois fiscales, à la différence du contrat de travail, jouent également un rôle majeur dans ce domaine. Les régimes transnationaux sont donc ramenés en permanence au droit national du lieu d'exécution du travail.

2. Ce n'est donc que dans la mesure où une loi supranationale est adoptée, qu'un rattachement autre pourra être créé. Abordant la question du régime applicable dans le cadre de la Communauté européenne, Guy PERRIN a jugé que les éventuelles règles communautaires devraient être *"très souples, car le problème est plus complexe que celui de la détermination de la législation applicable. Ces règles devraient être conçues surtout de manière à permettre des exceptions à la règle générale dans des situations spécifiques où ces exceptions pourraient être considérées comme favorables à l'intérêt des travailleurs. Aussi ne devraient-elles être appliquées qu'avec leur accord ou l'accord de leurs représentants"*[128]. Cela impliquerait, mais seuls les cas du détachement ou de l'expatriation sont visés, la dispense d'affiliation au régime du nouveau lieu d'emploi. Une telle règle ne résoudra pas toutefois les aspects fiscaux et organisationnels de tels régimes. C'est donc un véritable statut du régime

---

126 LYON-CAEN, *op. cit.*, p. 12-27.

127 *Ibid.*, p. 26.

128 PERRIN: «Réflexions préalables à la coordination des régimes complémentaires», *op. cit*, p. 258.

complémentaire communautaire, lié à l'existence d'une personne morale communautaire, qui est devenu nécessaire. Ce statut pourrait découler d'une norme communautaire, mais également d'une convention collective européenne à laquelle le droit communautaire attacherait certains effets juridiques directs.

j) Conclusions générales

A l'issue de ce bref tour d'horizon de la définition des régimes complémentaires et de la tendance à la coordination, un triple constat s'impose à notre sens:

- les régimes conventionnels savent mieux résoudre les problèmes de coordination - et donc de la libre circulation - que les régimes contractuels;
- une intervention législative croissante est donc nécessaire pour résoudre les problèmes de la coordination dans les pays où les régimes contractuels sont dominants;
- les problèmes de la coordination commencent à prendre une dimension internationale en raison de la mondialisation des entreprises.

Il est donc logique de s'intéresser au droit communautaire. Avant de le faire, toutefois, il vaut la peine de s'arrêter pour examiner de plus près le thème de la participation, qui constitue indiscutablement l'une des tendances exerçant son influence sur l'évolution des régimes complémentaires de retraite.

CHAPITRE 4

LA PARTICIPATION ET LES REGIMES COMPLEMENTAIRES

a) Aux origines de la participation

Autogestion, corporation et démocratie sociale sont trois termes qui expriment diverses tentatives de réponses à une question que la société industrielle s'est posée: comment résoudre l'aliénation ou l'absence d'intégration sociale et politique propre au travail salarié et subordonné auquel elle a donné naissance ? Le vingtième siècle a fait l'expérience - parfois pour son bonheur mais souvent pour son malheur - des trois réponses que furent le communisme, le fascisme et la démocratie sociale. A ces trois réponses ont correspondu des modèles d'organisation sociale qui influencèrent l'organisation de la sécurité sociale et des régimes complémentaires. A ces thèmes classiques s'ajoute aujourd'hui celui de la démocratie directe, favorisée par la distance que ressentent les citoyens envers les grandes structures étatiques et privées.

i) L'autogestion

Au sens le plus étroit, l'autogestion postule d'abolir le travail subordonné par l'appropriation et la gestion collective des moyens de production par les salariés[1]. Telle était la rationalité politique du communisme. Cette notion a aussi un sens plus large qui la rapproche de la démocratie sociale dans une économie marchande. Ainsi, l'extension des droits des salariés dans l'entreprise peut être qualifiée d'autogestionnaire, lorsque son fondement est l'activité et l'expression libres des salariés au sein de l'entreprise, et non en premier lieu leur collaboration avec l'employeur. De même, la création d'entreprises non hiérarchisées, donc égalitaires, et indépendantes des courants économiques dominants relève, selon certains, d'une stratégie de réseaux autogestionnaires[2]. L'autogestion au sens large est donc synonyme d'organisation autonome des salariés pour des tâches de gestion, par opposition à l'organisation subordonnée propre au travail salarié[3].

---

1 BOIS Philippe: *La participation*, 1976, p. 19.

2 HUBER Josef: *Wer soll das alles ändern - Die Alternativen der Alternativbewegung*, 1981, p. 126.

3 Art. 319 du Code des obligations suisse: "*le travailleur s'engage [...] à travailler au service de l'employeur* ".

ii) Le corporatisme

1. L'idée de corporation, au sens étroit, a été propagée par le fascisme qui postulait la soumission des salariés et des employeurs à une organisation commune et autoritaire de l'économie, au prix de la suppression de toute activité et organisation indépendante des salariés. Le corporatisme de l'âge industriel a toutefois acquis un sens beaucoup plus large. Il présuppose une communauté d'intérêts - par opposition au conflit d'intérêts - entre toutes les personnes d'une même branche économique ou d'une entreprise[4]. Est aussi qualifiée de corporatiste la politique d'intégration des confédérations syndicales et des associations patronales à la planification économique nationale et aux programmes de politique salariale[5]. Dans cette optique, la négociation *tripartite* au sommet implique, en contrepartie, un contrôle social sur les membres des associations respectives, notamment pour ce qui a trait à leurs revendications spécifiques. Ainsi, le développement de l'Etat-providence depuis la seconde guerre mondiale serait marqué par l'incorporation progressive de la classe ouvrière, de ses partis politiques et de ses syndicats, à la société marchande[6] et à ses institutions. Le corporatisme serait donc un trait essentiel de l'Etat occidental moderne.

2. Une autre variante de l'idée de corporation se retrouve dans le concept de la communauté professionnelle. Bernardo ZANETTI a souligné, en 1947, que la communauté professionnelle était la collaboration durable entre capital et travail fondée sur la compréhension du sort commun et visant à atteindre le dénominateur commun d'intérêts opposés[7]. Il ajoutait que cette communauté professionnelle devait être basée sur le volontariat, d'où la difficulté de sa réalisation. Cette précision fait toute la différence avec les corporatismes d'essence fasciste[8], caractérisés par la destruction des syndicats ouvriers et l'intégration forcée de leurs membres aux structures corporatives.

3. Ce critère de l'adhésion volontaire et de la libre activité sert d'ailleurs de levier à certaines critiques contemporaines de l'Etat-providence. Elles relèvent soit que la société est empêtrée dans un enchevêtrement de corporatismes qui s'opposent au libre arbitre des individus[9], soit que les négociations faîtières, en raison de leur rigidité, provoquent des conflits avec la base représentée qui voit restreindre sa liberté revendicative et d'action[10]. Il n'est donc pas surprenant qu'on veuille distinguer les

---

4 BOIS, *op. cit.*, p. 18.

5 GOUGH Ian: *The Political Economy of the Welfare State*, 1979, p. 146.

6 GOUGH, *op. cit.*, p. 66-67.

7 ZANETTI Bernardo: «Das Problem der Verwirklichung der Berufs- und Betriebsgemeinschaft in der Schweiz.» in: *Arbeitsrecht und Sozialpolitik*, 1984, p. 323.

8 TSCHUDI Hans Peter: *Geschichte des schweizerischen Arbeitsrecht*, 1987, p. 74. TSCHUDI souligne la réalisation arbitraire par l'Etat fasciste des principes corporatistes de la doctrine sociale de l'Eglise catholique.

9 NOZICK Robert: *Anarchy, State and Utopia*, 1974, p. 297, déclare: "*No state more extensive than the minimal state can be justified*".

10 GOUGH, *op. cit.*, p. 151.

concepts de corporatisme et de participation, le premier entravant la liberté d'action[11], qui serait favorisée par la seconde.

iii) La démocratie sociale

1. Au sens étroit, la démocratie sociale est née du refus de la voie du communisme au profit de l'intégration du salariat à une société marchande régulée par la démocratie politique et transformée socialement. Au sens plus large, la démocratie sociale donne naissance à la participation des salariés. La participation a ainsi été, logiquement, définie par le droit du salarié de prendre part, dans des domaines plus ou moins étendus, de manière plus ou moins déterminante, aux décisions concernant l'entreprise où il travaille, en dehors de celles qui touchent directement à sa qualité de partie à un contrat de travail[12]. Sous cette forme, la participation connaît trois niveaux:

- le droit à l'information du salarié sur les faits qui, de son point de vue, sont déterminants pour l'entreprise[13]. Ce droit a une composante passive, le droit de recevoir l'information sans la rechercher, et une composante active, le droit de l'exiger de l'employeur[14].
- Le droit à la consultation avant que la décision de l'employeur ne soit prise.
- Le droit de codécision, soit la participation institutionnalisée des salariés à la formation de la volonté et, par conséquent, aux décisions prises dans l'exploitation, voir dans l'entreprise[15].

2. Ce droit de participation doit être distingué des règles de protection du salarié, qui n'impliquent pas nécessairement un comportement actif de ce dernier. De même, le droit de participation ne se confond pas avec les droits de consultation et d'information découlant du contrat individuel de travail, par exemple le droit d'être entendu par l'employeur avant qu'il ne détermine la date des jours de congé ou des vacances.

iv) La démocratie directe

Issue du libéralisme, la démocratie directe ne se range pas dans la catégorie propre à la participation. Celle-là relève de l'action politique, celle-ci des relations entre acteurs du monde du travail. En Suisse, pays de tradition libérale forte où la démocratie sociale a exercé une influence plus limitée qu'ailleurs, les instruments de la démocratie directe ont joué un rôle très important dans la formation et le développement de la sécurité

---

11 BOIS, *op. cit.*, p. 18, parle du "*pouvoir quasi injurieux*" du concept de corporatisme.

12 BOIS, *op. cit.*, p. 17.

13 Message du Conseil fédéral relatif à l'initiative populaire sur la participation et relatif à un contre-projet du 22 août 1973, *Feuille fédérale*, II, 1973, p. 233.

14 NEF Urs Ch.: «Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der Schweiz», *SZS* 1982, p. 225; BOIS, *op. cit.*, p. 75-79.

15 NEF, *op. cit.*, p. 225.

sociale[16]. Sur le plan national, il existe deux instruments: l'initiative constitutionnelle qui permet aux citoyens de demander une modification constitutionnelle, et le référendum législatif qui leur permet de s'opposer à une modification législative. Sur le plan cantonal ou local, l'instrument de l'initiative législative existe également qui permet de demander l'adoption d'une loi.

Ces instruments permettent d'exercer une influence sur l'organisation et les objectifs des systèmes de protection sociale avec une efficacité certaine[17]. Fort peu de pays connaissent, toutefois, ces instruments de participation et ce n'est qu'en Suisse qu'ils ont pu - à notre connaissance - exercer une influence importante sur les régimes complémentaires.

b) Mutualité et gestion paritaire dans les régimes complémentaires

i) La mutualité

1. La mutualité est l'expression - fort ancienne - de l'autogestion de la protection sociale. Instrument de lutte et de protection, la mutualité s'est mise au service de la classe ouvrière de l'industrialisation naissante pour améliorer par l'entraide volontaire sa protection sociale[18]. Dans sa version contemporaine, la tradition mutualiste exige la gestion de la sécurité sociale par les assurés eux-mêmes ou, plus précisément, le droit des assurés de désigner, directement ou par l'intermédiaire des organisations syndicales, les administrateurs[19]. Plusieurs arguments justifient selon DUPEYROUX[20] l'autogestion mutualiste:

- le financement par des prélèvements sur les revenus professionnels justifie une maîtrise par les assurés de cette fraction de leur rémunération;
- les assurés sont responsabilisés pour la gestion de l'institution, ce qui facilite la solution de leurs problèmes et leur donne le sentiment d'être *chez eux*.

2. Il faut évidemment mettre dans la balance deux contrepoids à l'influence des assurés: le poids croissant de l'appareil administratif de la mutuelle, d'une part, et de l'intervention étatique, de l'autre, lorsque la mutualité s'intègre à la sécurité sociale. Les mérites de la mutuelle résident dans la formation de nombreux responsables aux

---

16 GREBER: *Les principes fondamentaux*, *op. cit.*, p. 128-133; on notera que l'introduction de l'article 34quater Cst. féd. en 1972 qui consacra le système des trois étages de protection, et notamment le principe d'un régime complémentaire légal, est le résultat de la pression exercée par trois initiatives populaires.

17 Voir le Chapitre 18 consacré à la transférabilité et au libre-passage en Suisse.

18 PERRIN Guy: «Cent ans d'assurance sociale», *Revue belge de sécurité sociale*, 1983, Nos 8-9, p. 837-873.

19 DUPEYROUX: *Droit de la sécurité sociale*, *op. cit.*, p. 137.

20 *Ibid.*, p. 137-138.

problèmes de gestion et d'administration, véritable banc d'essai, selon la formule de Guy PERRIN[21], de nouvelles formes de démocratie sociale. Toutefois, la participation des seuls représentants des salariés est plutôt exceptionnelle. Outre la mutualité, on a pu la retrouver dans les caisses syndicales, notamment en matière de chômage, dans le modèle soviétique de gestion des caisses d'assurances sociales par les syndicats et dans les *communautés autogestionnaires d'intérêt* de l'ex-Yougoslavie constituées par les travailleurs au niveau de chaque république et province autonome en matière de pensions[22].

ii) La participation des employeurs seuls

Historiquement, la responsabilité exclusive de l'employeur dans la gestion de la sécurité sociale a été consacrée en matière d'indemnisation des accidents et des maladies professionnelles. Cette responsabilité découlait de leur responsabilité financière directe. Elle correspond à une phase de l'histoire de la sécurité sociale assez largement révolue[23]. Comme le souligne VOIRIN, elle retrouve une actualité avec le rôle joué par les entreprises dans la gestion des régimes d'incapacité temporaire et avec le développement de régimes privés, notamment de pensions, constitués au niveau de l'entreprise ou de la branche d'activité.

iii) La gestion paritaire

Elle est née de la convergence de la mutualité et de la philanthropie des employeurs qui ont dépassé leurs efforts insuffisants en appelant à l'intervention de l'Etat. De ces impulsions est née l'assurance sociale allemande qui a remis sa gestion à des institutions autonomes, administrées par les représentants des travailleurs ou des employeurs[24]. L'assurance-pensions pour la retraite fut pour sa part confiée à la responsabilité de conseils tripartites composés de représentants des travailleurs, des employeurs et de l'Etat qui tous la finançaient. La représentation des partenaires sociaux à l'administration des institutions d'assurance sociale constituait une innovation affirmant *"la vocation des partenaires sociaux à aménager cette société d'une manière plus rationnelle et plus humaine, sous l'impulsion et avec la garantie de l'Etat"*[25].

---

21 PERRIN Guy: *La sécurité sociale comme mythe ou comme réalité*, cité par DUPEYROUX: *Droit de la sécurité sociale*, *op. cit.*, p. 138, note 5.

22 VOIRIN, *op. cit.*, p. 17-23.

23 *Ibid.*, p. 23-24.

24 PERRIN: «Cent ans d'assurance sociale», *op. cit.*; GREBER: *Les principes fondamentaux*, *op. cit.*, p. 527-532.

25 PERRIN: «Cent ans d'assurance sociale», *op. cit.*

iv) Les régimes complémentaires de retraite

1. La diversité des régimes complémentaires ne permet pas de les ranger immédiatement dans les traditions issues de la mutualité ou de la gestion paritaire de l'assurance sociale, car la participation n'y est pas toujours présente. Le rôle des partenaires sociaux, ou le rôle de l'employeur et des salariés individuels varient selon le degré de développement des régimes, les traditions nationales et - surtout - leur mode de création et de gestion.

2. Toutefois, lorsque la participation existe, la tradition de la gestion paritaire prime celle de la mutualité conformément à la logique de la solidarité professionnelle qui réunit employeurs et salariés dans une négociation sur l'effort de protection sociale des entreprises pour la retraite.

3. Les régimes complémentaires des salariés non manuels suédois (ITP) a fait oeuvre originale en fusionnant les traditions de la mutualité et de la gestion paritaire. Dans le cadre de l'application de la convention collective, l'employeur a le choix de financer sa promesse de prestations par l'assurance directe ou par la constitution de réserves au bilan de l'entreprise qui sont alors assurées contre le risque d'insolvabilité. L'assurance directe est assumée par une compagnie d'assurances-vie mutuelle - donc à but non lucratif - créée et gérée paritairement par les partenaires sociaux - la SSP[26].

c) Les traits spécifiques de la gestion paritaire des régimes complémentaires

1. Le fondement juridique de la gestion paritaire peut être la loi, comme c'est le cas en Suisse[27], l'accord des partenaires sociaux ou la volonté de l'employeur. Dans un sens plus large, le fondement juridique de la participation peut être recherché dans le droit des salariés de gérer l'affectation de leurs contributions[28].

2. La gestion paritaire peut aussi être minoritaire ou majoritaire[29]. Elle peut, dans les régimes contractuels, associer les organisations syndicales ou pas. La désignation des

---

26 DANNBERG, *op. cit.*, p. 4.

27 Voir la Partie V.

28 SCHULLER, *op. cit.*, p. 23-35; Partie V, Chapitres 21 et 22.

29 En Suisse, la participation minoritaire a longtemps été le cas et le reste encore largement pour les fondations autonomes non enregistrées qui fondent un régime complémentaire facultatif (voir le Chapitre 21). Au Royaume Uni - où la gestion paritaire n'est pas imposée par la loi - on trouve toutes les formes de participation paritaire et minoritaire (SCHULLER, *op. cit.*, p. 71-72). La loi espagnole de 1987 sur la création et le fonctionnement des fonds de pensions et plans de pensions impose la participation majoritaire des salariés-bénéficiaires, ce qui a été un frein à leur développement. Au Pays-Bas, le conseil de fondation d'un régime contractuel est composé de manière paritaire ou majoritaire (LUTJENS Erik: *Legal structures of pension funds and of employee participation in the Netherlands*, 3e Conférence IPEBLA, 1991, p. 6).

représentants des salariés peut résulter d'élections dans l'entreprise ou de leur nomination par l'employeur ou une organisation syndicale. Le Royaume-Uni illustre cette réalité bigarrée. Lors d'une enquête récente, basée sur 672 régimes, 69% d'entre eux admettaient la participation des salariés. Sur ce nombre, 37% des représentants des salariés avaient été choisis par la direction, 47% par les salariés et 14% par les syndicats[30]. La gestion paritaire pose, enfin, la question de l'égalité qualitative entre l'employeur et les salariés, c'est-à-dire d'une négociation à armes égales sur les prestations en rapport avec les possibilités des entreprises.

i) Création et administration paritaire

1. La distinction entre création et administration paritaire du régime est importante, car elle signale où se trouve le pouvoir de décision sur l'enveloppe financière globale: dans les mains de l'employeur ou dans celles de l'action conjointe des parties au contrat de travail et de leurs représentants. Lorsque l'employeur décide de la création du régime, il dispose généralement de la maîtrise de son coût.

Le mode de création du régime complémentaire peut être paritaire ou unilatéral. Lorsqu'il est fondé sur un accord collectif, l'autonomie des partenaires sociaux remplace l'autonomie de l'employeur qui, elle, s'exprime dans le régime contractuel. L'administration du régime peut être paritaire ou unilatérale. Logiquement, les partenaires sociaux gèrent paritairement le régime conventionnel qu'ils ont créé. Par contre, le régime contractuel ne sera pas toujours géré seul par l'employeur. La loi ou la libre décision de l'employeur peut entraîner sa gestion paritaire plus ou moins étendue.

2. Le champ d'application matériel de la gestion paritaire peut être étendu à sa création ou restreint à son administration. Les régimes conventionnels entraînent logiquement des décisions paritaires sur le niveau des contributions, des prestations et sur les modalités de gestion administrative et financière. Les régimes contractuels, par contre, entraînent une gestion paritaire plus restreinte, dans la mesure où, généralement, le montant global de l'engagement de l'employeur dépend de lui seul[31]: les salariés ne peuvent le contraindre juridiquement d'améliorer les prestations[32]. La gestion portera alors sur l'aménagement des prestations dans les limites de l'enveloppe financière de l'employeur. Ainsi, en droit allemand les travailleurs ont, dans le cadre du conseil

---

30 FREEMAN Simon: *Laws on legal structures of pension funds and employee participation*, 3e Conférence IPEBLA, 1991, p. 5. Au Royaume-Uni, l'idée de la représentation par des secrétaires syndicaux avait été proposée par un Livre Blanc sur la participation des membres aux régimes complémentaires, mais refusée en pratique (SCHULLER, *op. cit.*, p. 67).

31 Il est bien entendu fait abstraction ici des interventions législatives ou jurisprudentielles qui exercent leur influence sur le niveau des coûts - indexation des rentes, imprescriptibilité des droits, égalité entre les hommes et les femmes, âge de la retraite, etc.

32 C'est le cas en Allemagne et en Suisse (pour les régimes facultatifs - article 66 al. 2 de la loi sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité).

d'entreprise (*Betriebsrat),*le droit de codécision sur la forme, l'aménagement et l'administration d'institutions sociales de l'entreprise ou sur la formation des salaires dans l'entreprise[33]. L'employeur reste néanmoins libre de la décision de créer un régime complémentaire, de déterminer son champ d'application matériel et personnel de même que l'enveloppe de la dotation au régime[34]. Par contre, aux Pays-Bas, si l'employeur reste libre de créer le régime, sa décision de créer le régime doit être ratifiée par le conseil d'entreprise, de même que toute décision relative aux contributions et au changement du plan de prestations par la suite. De plus, lorsque le régime est géré sous la forme d'une fondation, les salariés ont le droit de participer à son conseil à égalité avec l'employeur[35]. La gestion paritaire des réserves financières sera généralement admise lorsque le régime contractuel est constitué sous la forme d'une institution indépendante de l'employeur, et rejetée lorsque le régime est financé sous la forme de réserves au bilan de l'employeur.

ii) Le champ d'application personnel

Il sera généralement limité aux salariés-bénéficiaires. Les cadres qui participent aux décisions essentielles de l'employeur peuvent se voir exclus de la représentation[36] et il faut assurer une représentation équitable de toutes les catégories de salariés. Les Pays-Bas ont introduit en 1990 l'institution facultative d'un Conseil des Membres auquel les anciens salariés - retraités ou actifs - peuvent participer avec voix consultative mais obligatoire sur les sujets suivants[37] :

- mesures ayant un impact général;
- modification du plan de prestations;
- modification du montant des pensions;
- paiement de montants supplémentaires aux retraités;
- transfert des droits acquis à une pension;
- clôture du régime.

iii) Les trois fonctions de la gestion paritaire

Enfin, la gestion paritaire des régimes complémentaires exerce trois fonctions[38] :

- démocratique, soit l'égalité entre employeurs et salariés dans la gestion du revenu social de substitution procuré par le régime complémentaire;

---

33 Art. 87 alinéa 1 chiffres 8 et 10 Betriebsverfassungsgesetz.

34 BIRK Ulrich-Arthur: *Die Mitbestimmung des Betriebsrates bei der betrieblichen Altersversorgung,* 1983, p. 87.

35 LUTJENS: *Legal structures, op. cit,* p. 6.

36 SCHULLER, *op. cit.*, p. 72.

37 LUTJENS: *Legal structures, op. cit.*, p. 7-8.

38 Voir les développements consacrés à ce sujet au Chapitre 21.

- préventive, soit la sauvegarde de régimes privés des risques de gestion hasardeuse que le pouvoir unilatéral de l'une des parties au contrat de travail peut faire surgir;
- protectrice, soit la protection des intérêts des bénéficiaires.

d) Le droit à l'information

i) Principes

Le droit à l'information constitue le premier stade de la participation. Dans un régime conçu en qualité d'oeuvre de bienfaisance de l'employeur, la prestation de retraite tombait dans l'escarcelle du salarié comme cadeau espéré et même attendu mais malgré tout imprévisible d'une bienveillance patronale. Le passage progressif à la nature contractuelle de la promesse de pension a introduit un corollaire, le droit à l'information du salarié et des bénéficiaires. Ce droit s'est développé sous une double influence[39] :

- la protection de la partie la plus faible au contrat de prévoyance qui passe, avec l'écoulement du temps, du statut de salarié-bénéficiaire à celui de consommateur-bénéficiaire. En d'autres termes, le droit à l'information s'inspire à la fois des dispositions protectrices du droit du travail et du droit des consommateurs. Le droit à l'information exerce ici une fonction protectrice du droit individuel à une prestation.
- la participation minimale des salariés et des bénéficiaires, par une meilleure connaissance de l'organisation du régime, contribue à sa protection institutionnelle. Le droit à l'information vise à prévenir les risques inhérents à la gestion privée et décentralisée de la prévoyance. Il exerce donc une fonction préventive.

On distinguera également entre les informations devant être fournies obligatoirement et celles livrées uniquement sur demande, par écrit ou oralement.

ii) L'exemple irlandais

La loi irlandaise sur les pensions de juillet 1990 résume fort bien ces différents aspects du droit à l'information qui se retrouve sous des degrés variables dans de nombreux pays[40].

---

[39] Voir les développements sur les fonctions de prévention et de protection du droit à l'information au Chapitre 20.

[40] Le droit suisse confirme largement les exigences du droit irlandais - voir le Chapitre 20.

Les bénéficiaires et les bénéficiaires prospectifs, de même que les organisations syndicales autorisées doivent dorénavant recevoir beaucoup d'informations sur la nature du plan de prestations, ses finances et sa gestion, ainsi que les prestations offertes aux membres[41]. En particulier, la loi prévoit le droit à l'information sous six chapitres distincts:

- les comptes approuvés par les vérificateurs;
- les expertises actuarielles pour les régimes en primauté de prestations;
- les rapports annuels doivent inclure une copie des comptes approuvés et du certificat actuariel;
- l'acte de fondation et tous les règlements de l'institution, le *trust*;
- les informations de base sur les prestations, les contributions et le champ d'application personnel;
- les détails individuels indiquant les prestations envisagées (primauté de prestations), le montant des droits acquis et les options ouvertes en cas de cessation d'emploi.

Certaines informations doivent être fournies spontanément par l'institution. Le rapport annuel doit être présenté aux syndicats autorisés. Les informations de base doivent être remises aux nouveaux adhérents depuis le 1er janvier 1992. Les détails individuels sont remis aux adhérents démissionnaires. Les autres informations sont transmises sur demande.

e) Quelques questions sur le pouvoir lié à la gestion paritaire

i) Le néo-corporatisme

1. Claus OFFE a souligné que la crise économique des années septante et quatre-vingt a entraîné des changements structurels de l'Etat-providence, qu'il qualifie de néo-corporatiste. Les pouvoirs d'élaborer des normes sociales sont délégués à des consortiums de représentants de groupes constitués qui s'engagent dans une négociation à caractère semi-privé. Les résultats sont ensuite ratifiés par l'Etat. Il mentionne, en particulier, les instances de partenariat social, les conseils économiques et sociaux paritaires, les groupements de planification des investissements. De telles structures, détachées de l'Etat, sont soumises, pour ce qui a trait à leur légitimité, aux résultats empiriques qu'elles apportent. Elles recèlent donc un potentiel de conflit, de négociation et de changement paraétatique directement fonction de la satisfaction des besoins sociaux qu'elles traitent[42]. Le développement des régimes complémentaires

---

41 HEWITT ASSOCIATES: *International report to clients*, May 1991, p. 1-5.

42 OFFE Claus: *Contradictions of the Welfare State*, 1984, p. 249-250.

exprime sans doute cette première tendance par la capillarité de la négociation sociale qu'ils entraînent.

2. Dès lors qu'ils ne sont pas généralisés à tous les salariés, on peut également être tenté de leur reprocher de privilégier les intérêts de leurs membres au détriment de l'ensemble des membres de la société. Les régimes complémentaires facultatifs excluent ainsi de leur protection une partie des salariés, tout en bénéficiant par ailleurs des incitations fiscales financées par tous les contribuables. Faut-il alors qualifier de corporatiste une gestion paritaire qui entraîne de telles exclusions, ceci par opposition à la logique égalitaire et universelle de la sécurité sociale ? La critique peut aller plus loin pour viser l'existence même des régimes complémentaires en tant qu'ils excluent une protection universelle, indépendante de l'exercice d'une activité salariée.

3. Le concept de néo-corporatisme recèle en définitive une double critique à ce mode de régulation juridique. La première vise l'adoption de règles échappant à la légitimité des processus démocratiques propres aux institutions étatiques. La seconde s'achoppe aux exclusions suscitées par l'absence d'accès universel et égalitaire à la protection sociale. Or une telle critique renvoie au problème plus fondamental des limites aux garanties de protection pouvant être accordées par la sécurité sociale, seul étage des systèmes de retraite en mesure d'assumer une protection égalitaire et universelle. Les difficultés financières actuelles des systèmes de retraite se conjuguent ici avec le problème nouveau né des limites aux possibilités de régulation centrale de la protection sociale. Un sociologue français, Jean-Daniel REYNAUD, remarquait récemment *"dans un système social complexe et qui a tendance à le devenir davantage, l'effort pour répondre aux problèmes par une régulation centrale est peu efficace parce qu'il accroît la distance entre le lieu du problème et le lieu de la solution"*[43]. Ce défaut d'efficacité entraîne la recherche de nouveaux mécanismes de contrôle étatiques. Les règles prolifèrent mais leur efficacité va décroissant. Cette crise appelle une redéfinition du rôle de l'Etat, car il y a un reflux des espoirs et de la foi placés dans l'Etat et d'une certaine conception de la réalisation de la société par l'édification d'un Etat - ou d'une sécurité sociale - tout puissant. Il est donc nécessaire de *"prescrire à l'Etat quelque modestie"*[44]. Il n'en va pas autrement pour les systèmes de retraite: leur unification et leur centralisation trop poussées appellent des rigidités qui suscitent l'opposition et l'appel à la diversité.

4. Un tel constat peut faire renaître l'opposition classique entre l'Etat et le marché, le public et le privé, la logique non marchande et le profit. Il peut être compris comme un appel d'air pour l'assurance privée, qui, par son pluralisme institutionnel et la concurrence qui l'entoure, est en mesure d'accorder une protection plus flexible et mieux adaptée aux besoins particuliers. La liberté de choix offerte coûte toutefois cher. A la différence de la sécurité sociale, l'assureur privé tient à la liberté contractuelle,

---

43 REYNAUD Jean-Daniel: *Les règles du jeu. L'action collective et la régulation sociale*, 1989, p. 200-201.

44 *Ibid.*, p. 219.

absolue pour ce qui a trait à la liberté de contracter et relative en ce qui concerne le contenu nécessaire du contrat[45]. Par ailleurs, l'assureur doit, dans l'intérêt de la communauté des risques qu'il gère, procéder à la sélection des risques notamment au plan médical[46]. La sécurité sociale se situe, de ce point de vue, à l'opposé. L'universalité de sa protection implique la couverture obligatoire des personnes, la non-sélection des risques et une rationalité non marchande.

5. Il n'est donc pas raisonnable de remplacer un mode de protection par l'autre; ils se complètent. La sécurité sociale peut d'ailleurs s'adapter et admettre le besoin d'une plus grande liberté de choix, par exemple l'assouplissement de l'âge de la retraite, la possibilité de prendre un congé parental, l'accès au travail à temps partiel, etc.[47]. Il lui est également loisible de réformer ses méthodes d'organisation. Ainsi les remèdes aux inconvénients de la bureaucratisation et du gigantisme doivent être cherchés dans les développements de la participation et de la décentralisation[48]. L'opposition entre ces deux grands systèmes reste cependant trop absolue, comme l'est d'ailleurs celle entre l'Etat et le marché. C'est ici que les régimes complémentaires peuvent constituer une charnière entre la sécurité sociale et l'assurance privée, surtout lorsqu'ils sont gérés de manière paritaire.

ii) L'Etat-providence effrangé par des contrats sociaux libéraux

1. Les régimes complémentaires échappent à la critique du corporatisme s'ils constituent pour leurs assurés[49] l'appoint à des régimes de sécurité sociale qui assurent une égalité universelle à un niveau suffisant. Dans ce cas, leur diversité est plus synonyme de créativité que d'inégalité. Cela implique toutefois qu'ils intègrent les nouveaux besoins issus de l'égalité entre les sexes, de la progression du travail atypique et de la libre circulation. Ils peuvent également se soustraire au reproche de l'opacité si leur organisation est basée sur une participation effective. L'étude de la participation dans les régimes complémentaires permet ainsi d'esquisser quelques aspects institutionnels d'un nouveau champ de négociation dans le rapport salarial et le droit social. Le pouvoir qui s'exerce dans cette négociation suscite l'image d'un Etat-providence effrangé qui est issue de sa crise relative.

2. Un premier aspect de cette image est le raffermissement des structures décentralisées de participation qui a été relevé comme étant l'une des conditions pour lutter contre la crise d'efficacité et la bureaucratisation de la sécurité sociale. Guy PERRIN souligne avec pertinence que, sous l'effet d'une expansion mal contrôlée et de

---

45 VIRET: «Assurances privées et protections complémentaires en matière de sécurité sociale», *op. cit.*, 1991, p. 85.

46 *Ibid.*, p. 88.

47 VOIRIN, *op. cit.*, p. 99.

48 *Ibid.*, p. 99.

49 Pour les cadres à haut revenu, les régimes complémentaires et l'épargne individuelle constituent les principales sources du revenu de la retraite.

l'usure du temps, une organisation peut être tentée de s'abriter derrière les multiples écrans du formalisme administratif, renforcé par les moyens modernes de gestion, surtout si elle est privée de ses responsabilités autonomes au profit de l'Etat, malgré l'existence de mécanismes formels de participation[50]. La décentralisation démocratique de la protection sociale est l'une des fonctions de la gestion paritaire[51]. Elle porte la société à se réapproprier la gestion de ses fonctions de sécurité[52].

3. Une seconde facette de l'image nous est fournie par l'essence de la gestion paritaire. Celle-ci créée une solidarité conflictuelle entre employeurs et salariés pour la réalisation des buts de la prévoyance professionnelle. Elle permet de renoncer à la dichotomie Etat-marché au profit d'une approche fondée sur ce que Serge-Christophe KOLM a appelé le contrat social libéral[53], en soulignant qu'outre *"l'échange et la contrainte, moyens caractéristiques du marché et de l'économie administrée, les personnes peuvent se transférer des biens et services par dons et réciprocités, et les potentialités de ces relations économiques sont vastes. Pour des questions sociales très importantes, la distinction opportune ne consiste pas à opposer le marché et l'Etat, mais elle conduit par exemple à classer ensemble les grandes organisations bureaucratiques, qu'elles soient entreprises privées ou administrations publiques"*[54]. La gestion paritaire donne naissance, dans cette perspective, à un contrat social particulier: l'organisation autonome de la protection sociale complémentaire par les employeurs et les salariés, fournissant des réseaux d'appui souples et financièrement efficaces que les individus peuvent intégrer et quitter en fonction de leur activité salariée. Leur existence n'implique pas la fin de la sécurité sociale, ni celle des assurances privées. Instaurés sur une base non lucrative - trait commun avec la sécurité sociale - dans le cadre d'une solidarité professionnelle - trait qui leur est spécifique - et avec des exigences d'équité entre générations et d'efficacité macro-économique - qui les rapprochent des assurances privées -, les régimes complémentaires sont outillés pour faire face au défi d'assurer le maintien du niveau de vie antérieur lors de la

---

50 PERRIN Guy: «La fin de l'Etat-Providence en Europe?» in: RICQ Charles: *Droits sociaux et politique sociale en Suisse et en Europe*, 1986, p. 128.

51 RECHTSTEINER Rudolf: *Das 200-Milliarden Geschäft. Pensionskassen in der Schweiz*, 2. Auflage, Zürich, 1985, p. 201-210, aborde les contours d'une *"démocratie des caisses de pension"* encore inexistante, en soulignant la nécessité d'une auto-organisation des travailleurs pour conquérir des sièges dans les conseils d'administration des entreprises privées, grâce à la gestion paritaire. DANNBERG souligne pour sa part que, jusqu'à peu, les régimes complémentaires des non-manuels suédois, pourtant basés sur des conventions collectives, étaient caractérisés par un haut niveau de bureaucratisation et de centralisation avec pour conséquence qu'à part quelques spécialistperses onne ne maîtrisait vraiment leur fonctionnement (*op. cit.*, p. 2).

52 PERRIN Guy: «L'avenir de la sécurité sociale», in: *Le Droit social à l'aube du XXIe siècle - Mélanges Alexandre Berenstein*, 1989, p. 467; voir aussi GREBER: *Principes fondamentaux*, *op. cit.*, p. 575-576, qui insiste sur la nécessité de la rationalisation administrative de la sécurité sociale dans le but de l'humaniser par une plus grande transparence de fonctionnement.

53 KOLM Serge-Christophe: «Libéralisme classique et renouvelé», in: ORY Pascal (directeur): *Nouvelle histoire des idées politiques*, 1987, p. 584-585.

54 KOLM Serge-Christophe: *Le libéralisme moderne*, 1984, p. 178.

retraite. Leur légitimité ne dépend toutefois d'aucune puissance autre que la satisfaction des besoins de protection auxquels ils sont appelés à répondre. Leur maintien face aux deux grands systèmes contemporains - la sécurité sociale et l'assurance privée - présuppose qu'ils fassent la démonstration de leur efficacité fondée sur des contrats sociaux libéraux et solides.

iii) Un apport contre l'excès de régulation de l'Etat-providence

1. La participation démontre une efficacité régulatrice certaine lorsqu'elle s'associe à une généralisation dans le cadre des régimes conventionnels. Il est frappant de constater à quel point ce que nous pourrions qualifier de *juridisation externe* des régimes complémentaires est absent des régimes conventionnels français et néerlandais. Il n'y a - contrairement à l'Allemagne - pratiquement pas de lois, de jurisprudence et de littérature juridique spécifiques. Cela s'explique par le fait que le droit autonome créé par les partenaires sociaux est modifié et interprété en permanence pour l'adapter à une réalité mouvante afin de répondre aux besoins essentiels des entreprises et des salariés[55]. La conséquence est un appel réduit à l'Etat, si ce n'est les exonérations fiscales.

2. La participation n'est toutefois pas un remède absolu. L'efficacité de la participation dépend aussi d'autres facteurs, tels que la qualité des relations entre représentés et représentants[56]. Ainsi, si les régimes sont facultatifs, les représentants des salariés auront tendance à répondre en premier lieu aux bénéficiaires, au détriment d'autres catégories, notamment celles des salariés atypiques, par exemple les femmes et les travailleurs à temps partiel. Dans ce cas, ces catégories feront appel à la régulation étatique[57]. A défaut de généralisation conventionnelle, les problèmes de la coordination posés par les travailleurs mobiles tendront également à faire l'objet d'une régulation étatique, car les travailleurs stables sont mieux représentés et leurs employeurs hésiteront à engager des coûts supplémentaires liés à la coordination si la charge n'est pas assumée également par les autres employeurs. Par ailleurs, les retraités sont généralement exclus de la gestion paritaire. La cessation de leur activité professionnelle et donc de leur réunion régulière sur le lieu de travail rend difficile l'organisation de leur représentation.

3. Enfin, la participation peut être synonyme de coûts supplémentaires liés au temps qu'il est nécessaire de consacrer à la négociation avant la prise d'une décision. C'est ici que l'égalité qualitative, stimulée par la formation et la limitation du risque de licenciement du salarié en cas de désaccord avec l'employeur, doit trouver son application. Plus les salariés seront familiarisés avec les principaux problèmes soulevés par les décisions qu'ils doivent prendre, plus la négociation sera rapide. Le temps de

---

55 DUPEYROUX: *Droit de la sécurité sociale*, *op. cit.*, p. 915, relève l'existence d'un contentieux "très réduit" malgré le "droit minutieux" émis par les partenaires sociaux.

56 SCHULLER, *op. cit.*, p. 145.

57 On le voit bien dans le développement de la jurisprudence communautaire (Chapitre 7).

négociation qui restera à accomplir portera alors sur la divergence d'intérêts. Mais la pratique des contrats montre que les divergences peuvent se résoudre rapidement, une fois les inégalités d'information éliminées, si des intérêts communs existent.

4. Par conséquent, l'exploration du contenu et des limites juridiques du pouvoir de décision dans les régimes complémentaires présente un intérêt manifeste. L'un de ces pouvoirs a attiré l'attention. Il s'agit de la possibilité dans les régimes comprenant un élément de capitalisation d'influer sur la marche de l'économie marchande, grâce aux droits découlant de la propriété de capitaux importants.

iv) Le socialisme des fonds de pension

1. D'aucuns ont pu associer la gestion paritaire des réserves capitalisées des régimes complémentaires à un *"socialisme des fonds de pension"*[58]: si le socialisme est caractérisé par la propriété collective des moyens de production, alors la propriété issue des fonds de pension serait une forme de socialisme car les actions des entreprises sont acquises pour servir les rentes des salariés qui, à leur tour, deviennent propriétaires et gestionnaires collectifs des entreprises.

2. Richard MINNS a raison de rétorquer que l'existence de la participation n'exclut pas qu'une part importante du pouvoir effectif réside auprès des administrateurs quotidiens des fonds de pension et surtout des institutions financières qui gèrent leurs capitaux[59]. Le pouvoir des salariés s'en trouve limité d'autant. Cette remarque permet de souligner que les régimes complémentaires fondés sur le système de la capitalisation effectuent leurs investissements dans une perspective de sécurité à long terme; l'administration de la fortune doit donc garantir la sécurité des placements, un rendement raisonnable, une répartition appropriée des risques et la couverture des besoins prévisibles de liquidités[60]. Il s'agit là d'une transformation macro-économique majeure, directement liée au rapport salarial. La garantie des prestations découlant des régimes complémentaires est intimement liée à la pérennité à long terme de l'économie de marché[61]. Le pouvoir de la gestion paritaire est donc limité par la marche globale de l'économie, même si le poids des investisseurs institutionnels dans les décisions économiques quotidiennes tend à devenir important[62]. Le pouvoir de commandement

---

58 DRUCKER Peter: «Pension fund "socialism"», *Public Interest*, 1976, p. 42, cité par SCHULLER, *op. cit.*, p. 1.

59 MINNS Richard: *Pension funds and British capitalism*, 1980, p. 30.

60 Nous reprenons ici les termes de l'art. 71 de la loi suisse sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité.

61 Cela a valu au système de la prévoyance professionnelle helvétique des critiques de principe. STEIGER Jean: *Le deuxième pilier: service social ou affaire lucrative?*, 1978, p. 30, 42, 51-54, 60, estime que la gestion paritaire n'est pas un progrès, car l'idée que l'économie marchande puisse être démocratisée et dirigée dans le cadre d'une gestion paritaire des investissements de la prévoyance professionnelle est illusoire.

62 On en trouve la confirmation régulière à la lecture de la presse économique. Ainsi, par exemple, le *FINANCIAL TIMES* du 7-13.9.1991 relate la campagne électorale des sociaux-démocrates

central sur l'économie propre au socialisme ou à l'Etat en tant qu'acteur économique n'existe pas. Au contraire, les décisions de placement des investisseurs institutionnels sont décentralisées et restent tributaires en dernière analyse de la *main invisible*. La controverse sur le socialisme des fonds de pensions est donc peu fructueuse. Elle garde néanmoins son intérêt pour souligner l'apparition d'un nouveau pouvoir économique qui suscite des questions quant aux règles juridiques spécifiques qui marquent son comportement.

v) Le pouvoir de l'investisseur institutionnel et l'éthique des placements

1. Il existe deux domaines où les fonds de pensions ont suscité la discussion en tant qu'investisseurs[63] :

- en leur qualité d'actionnaires
- et lorsqu'ils poursuivent en tant qu'institution financière des stratégies d'investissement.

2. L'exercice actif du pouvoir d'actionnaire implique que les fonds fassent connaître leur avis sur la gestion de l'entreprise. Cela peut entraîner une amélioration des performances de ses gestionnaires, contribuer à promouvoir des restructurations ou défendre la société contre les raids de prédateurs sur le capital social de sociétés qui ont de bonnes performances. Une telle activité suscite également la revendication d'une amélioration des droits d'information et de proposition des actionnaires minoritaires. Elle poursuit en premier lieu le but d'améliorer le rendement des investissements au profit des bénéficiaires. D'autres buts peuvent également être recherchés et qui entrent potentiellement en conflit avec le rendement, par exemple l'amélioration des relations de travail, la promotion d'une meilleure protection de l'environnement ou la clôture des investissements dans certains pays ou secteurs économiques[64]. Ce conflit entraîne nécessairement une régulation juridique.

L'exercice du pouvoir d'actionnaire peut également être passif. Les fonds de pensions peuvent décider de vendre leurs actions, de se retirer de certains investissements en guise de protestation contre la politique poursuivie par la société. Une telle attitude peut se justifier pour des raisons strictement économiques: obtenir un meilleur rendement ailleurs. Les raisons peuvent aussi être sociales ou éthiques, soit d'exercer une pression en vue d'obtenir un résultat déterminé. Deux exemples sont souvent

---

suédois pour le droit des fonds de pension d'acquérir des actions en plus grand nombre accompagné d'une présence accrue des syndicats dans la gestion des fonds (p. 38). Quelques pages plus loin (p. 82-84), l'hebdomadaire relève la volonté des investisseurs institutionnels britanniques - notamment les fonds de pensions - de faire un usage plus fréquent de leurs prérogatives d'actionnaires à l'égard des choix des entreprises dont ils sont copropriétaires.

63 SCHULLER, *op. cit.*, p. 99-103.

64 SCHULLER, *op. cit.*, p. 100, indique, à titre d'exemple, les campagnes menées aux Etats-Unis par les fonds de pensions pour le désinvestissement en Afrique du Sud du temps de l'Apartheid, ou dans l'industrie du tabac.

cités[65]. Le premier concerne la lutte contre le tabagisme, où les lobbies anti-fumeurs ont tenté de convaincre les fonds de pensions de désinvestir des sociétés de tabac. Le second concerne la firme textile J.-P. Stevens aux Etats-Unis qui a été contrainte par une campagne de désinvestissement à admettre une reconnaissance syndicale dans l'entreprise.

3. Enfin, les fonds de pensions peuvent poursuivre une stratégie d'investissements alternative. Le but est de promouvoir de manière générale des investissements qui sont socialement ou écologiquement responsables. Cela peut signifier un soutien préférentiel à certains investissements en fonction de critères éthiques, le rendement étant limité en raison même de ces critères. Une variante plus sophistiquée est de combiner les critères éthiques et de rendement économique[66]. Les critères de choix sont variables. Ils peuvent s'étendre de l'économie régionale aux entreprises estimées dignes de confiance et aux secteurs économiques créateurs d'emplois. On se référera également à des critères relevant des droits de l'homme, de la protection de l'environnement ou des rapports Nord-Sud[67].

4. Une telle approche appelle des objections. La gestion des fonds de pensions répond à des objectifs qui lui sont assignés[68] :

- par la société envers les retraités;
- par les bénéficiaires des régimes complémentaires envers ceux qui les représentent;
- et par les gestionnaires des fonds envers ceux que leurs capitaux affectent.

Or, la tâche des fonds de pension est de réaliser les placements nécessaires pour assurer le versement d'un revenu social de substitution lors de la retraite. La réalisation d'autres objectifs doit donc toujours être mise en rapport avec cet objectif premier, ce d'autant plus que les régimes complémentaires connaissent les tensions liées au coût des retraites. Qu'il puisse exister un conflit entre plusieurs objectifs n'est donc pas étonnant. Le droit est appelé à intervenir.

5. La jurisprudence britannique est à cet égard intéressante. Le cas COWAN c/ SCARGILL de 1984 est la première illustration d'une réflexion sur la collision des objectifs en matière de placements[69]. Le fonds de pensions des mineurs du charbon anglais est géré paritairement par le Syndicat national des mineurs, dont le dirigeant à l'époque était Arthur Scargill, et l'association patronale. Un plan d'investissement fut refusé, car le syndicat exigeait qu'il comprenne l'interdiction d'investir à l'étranger et

---

65 SCHULLER, *op. cit.*, p. 101.

66 *Ibid.*, p. 102.

67 KAPPELER Beat: «Die Verantwortung der Arbeitnehmer in den Pensionskassen», in: *Zwischen Ethik und Rendite*, 1991, p. 14.

68 *Ibid.*, p. 150.

69 Peter DOCKING: *Pension funds and social investment - the position in England*, 3e Conférence IPEBLA, 1991, p. 9-11.

dans l'industrie pétrolifère, le but avoué étant de favoriser les placements dans l'industrie minière britannique. L'association patronale s'adressa alors aux tribunaux pour faire constater l'illicité de la position adoptée par le Syndicat des mineurs. Le tribunal donna raison à la plaignante pour un double motif. Premièrement, les gérants du fonds ont l'obligation d'agir dans les meilleurs intérêts des bénéficiaires. Comme il s'agit de fournir un avantage financier à ceux-ci, leur meilleur intérêt réside normalement dans le meilleur rendement financier, compte tenu de règles de placement prudentes correspondant aux critères usuels de rendement, de sécurité, de liquidité et de diversification. Or, il n'était pas établi que les règles proposées par le Syndicat des mineurs répondaient à ces critères. Deuxièmement, les gérants doivent faire abstraction de leurs intérêts et opinions personnelles. Si les investissements en Afrique du Sud ou dans l'industrie d'armements sont plus rentables et sûrs, on ne peut s'en abstenir en raison de ses propres opinions. Les règles litigieuses proposées par le syndicat procédaient d'une telle approche. Le juge a toutefois ajouté que si tous les membres du régime complémentaire étaient des antialcooliques convaincus, les gestionnaires pouvaient agir peut être dans leur meilleur intérêt en évitant les investissements dans l'industrie des boissons alcooliques! C'est la position très protectionniste et apparemment peu étayée au plan économique du Syndicat des mineurs qui l'a desservi.

L'arrêt MARTIN c/ City of Edinburgh District Council (1987) apporta des nuances[70]. Le cas portait sur des investissements en Afrique du Sud. En 1984, le parti travailliste gagna les élections locales à Edimbourg. Les autorités ordonnèrent ensuite aux fonds de pensions des employés municipaux de se dessaisir de tous leurs placements dans des sociétés présentes dans le pays litigieux. Saisi d'une plainte, le tribunal annula ces instructions en estimant que les autorités avaient rompu la confiance placée par les bénéficiaires dans les fonds. En effet, aucune étude professionnelle n'avait été faite pour savoir si les membres étaient mieux servis par un désinvestissement en Afrique du Sud. En outre, les instructions n'indiquaient pas en quoi un réinvestissement ailleurs servait mieux les intérêts des membres.

vi) Ethique et rendements

1. Quelles sont les conclusions que l'on peut tirer de ces deux cas[71] ?

- Les gestionnaires ne peuvent agir sur la base de critères prédéterminés par des considérations sociales. Cela reviendrait à ignorer les critères commerciaux usuels de rendement, sécurité, liquidité et diversification qui doivent s'appliquer aux placements.
- Les gestionnaires peuvent, dans certaines circonstances rares et exceptionnelles, s'écarter de cette règle et effectuer des investissements risqués ou offrant un rendement plus bas que la normale, par exemple en souscrivant à

[70] *Ibid.*, p. 11-14.
[71] *Ibid.*, p. 15-18.

des obligations à haut risque pour éviter la faillite d'une collectivité publique qui emploie la majorité des bénéficiaires[72].

- Si, par contre, un investissement à caractère social ou éthique est un placement meilleur, les gestionnaires doivent l'effectuer, tout comme ils peuvent refuser un investissement non social, si celui-ci n'est pas le meilleur.
- Il existe, évidemment, une zone grise dans laquelle un choix est possible entre deux investissements comparables en termes de critères de placement, mais qui sont différents en termes de critères sociaux et éthiques. Dans l'arrêt COWAN c/ SCARGILL, le juge releva que si l'investissement social est un placement comparable, la critique serait difficilement soutenable.

2. A vrai dire, le problème de la zone grise est aussi celui de la masse financière critique des investisseurs institutionnels. Si ceux-ci disposent d'un poids suffisant sur les marchés financiers, les critères éthiques et de rendement qu'ils proposent peuvent rencontrer un intérêt de la part des demandeurs de capitaux qui tenteront de s'y adapter. L'exemple du California Public Employees Retirement Service (CALPERS) est parlant. Il dispose d'une fortune de 62 milliards de dollars et doit placer chaque jour plus de 14 millions de dollars. Pendant longtemps, CALPERS a suivi la règle d'or de Wall Street selon laquelle il faut soutenir la direction de l'entreprise à défaut de quoi les actions doivent être vendues. Lorsqu'on investit toutefois des sommes aussi considérables, le choix des investissements rentables et sûrs est plus réduit. Il n'est plus aussi aisé de vendre en cas de désaccord avec la politique de la direction de l'entreprise. Aussi, CALPERS a-t-il décidé de faire valoir dorénavant ses droits d'actionnaire plutôt que de vendre ses actions[73].

f) La participation et le déplacement des frontières des trois piliers

L'un des déplacements prévisibles entre les régimes de base et complémentaires a trait au maintien du revenu antérieur lors de la retraite. Il s'agirait non pas d'un démantèlement des acquis des périodes passées, mais plutôt d'un désengagement relatif permettant à la sécurité sociale universelle et égalitaire d'assumer par un effort de solidarité nationale accru les nouvelles tâches découlant de la longévité et de l'exclusion sociale. Un tel élargissement du champ d'action de la protection sociale complémentaire entraînerait dans son sillage un espace nouveau de négociation entre parties aux rapports de travail. La participation et en particulier la gestion paritaire correspondent à une méthode d'organisation moderne et éprouvée apte à favoriser l'autonomie des partenaires sociaux tout en fournissant des résultats équilibrés en termes de prestations.

---

72 DOCKING, *op. cit.*, p. 6-7, se réfère ici à un arrêt new-yorkais WITHERS c/ Teachers' Retirement System of New York de 1978.

73 ARNOLD Corinna: «Die Verantwortungsbewusste Ausübung der Aktionärsrechte in den USA: die Rolle der institutionnellen Investoren, in: Zwischen Ethik und Rendite», *op. cit.*, p. 29.

PARTIE II

LE DROIT COMMUNAUTAIRE
ET LES
REGIMES COMPLEMENTAIRES DE RETRAITE

CHAPITRE 5

INTRODUCTION

a) Des institutions sociales et financières

1. *"Si l'on prend la mesure de l'ampleur et de la complexité des tâches de la politique sociale dans une société industrielle avancée, d'une part, de la profondeur et de la rapidité des mutations impliquées par 1992, de l'autre, la part du social traitée aujourd'hui à un niveau européen demeure dérisoire. [...] les bouleversements politiques et économiques qui ont transformé la scène politique européenne, l'irrésistible aspiration des pays de l'Est à la démocratie et à l'économie de marché, la mise en place par la Communauté du marché unique, le projet d'un nouveau traité instituant une Union économique et monétaire, les projets du Parlement européen d'une Union européenne, le remodelage de la coopération avec les pays de l'AELE, se déroulent dans un climat communautaire qui met de plus en plus l'accent sur le développement d'un espace économique européen mais sous-estime et néglige la réalisation d'un espace social européen."*[1] La critique d'Eliane VOGEL-POLSKY, spécialiste de droit social européen, est l'un des points de repères qui permet d'étudier le droit communautaire encore balbutiant des régimes complémentaires. Il permet de souligner la tension entre les principes fondamentaux du droit social européen et leur application aux régimes complémentaires de retraite, notamment en matière de libre circulation des travailleurs et de participation.

2. L'autre point de repère a trait à la nature même des régimes complémentaires, institutions tant sociales que financières. L'ensemble du dispositif juridique communautaire applicable aux régimes complémentaires s'articule en effet autour de deux pôles:

- le pôle social, qui implique une action d'harmonisation, convergente ou coordinatrice dans les domaines de la libre circulation des personnes, de la politique sociale, de l'égalité entre hommes et femmes et de la protection sociale de la vieillesse.
- Le pôle financier, qui implique une libéralisation économique au profit des régimes complémentaires dans les domaines du libre établissement, de la libre prestation de services et de la libre circulation des capitaux.

---

[1] VOGEL-POLSKY Eliane: «Les perspectives d'une Europe Sociale pour 1992. Quelle instrumentalisation juridique?» in: *Europe sociale 1993: illusion, alibi ou réalité ?* 1991, p. 253.

3. Le rapport entre ses deux pôles suscite la question du pouvoir sur l'évolution des régimes complémentaires à l'échelon communautaire, et plus précisément celle du dialogue social et des relations conventionnelles européennes entre partenaires sociaux dans ce domaine. Une autre dimension est la participation des salariés à la création et la gestion de tels régimes.

4. Il faut évidemment intégrer à une telle analyse les trois mutations institutionnelles majeures en cours dans l'Union européenne qui impriment un souffle nouveau dans la construction européenne, nettement ressenti dans le domaine des régimes complémentaires. Il s'agit de l'Acte Unique Européen (AUE), du Traité sur l'Union Européenne (UE) et du Traité sur l'Espace Economique Européen (EEE).

b) Les mutations institutionnelles et leur impact

i) L'Acte Unique Européen

Signé définitivement les 17 et 28 février 1986, l'Acte unique européen a marqué une étape nouvelle de la construction européenne, par une révision des traités instituant les communautés européennes[2]. Destiné essentiellement à abolir les obstacles à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux, le Traité devait fournir une impulsion majeure à la constitution d'un marché intérieur unique au plan communautaire. L'ensemble des mesures préconisées devait être réalisé le 31 décembre 1992 au plus tard[3], calendrier qui a été largement tenu. Outre de nombreuses dispositions institutionnelles ou ayant trait à la libre circulation, le Traité consacrait quelques modifications en matière de droit social. Une procédure de majorité qualifiée, au lieu de l'unanimité précédente, fut introduite pour les décisions du Conseil européen en matière de santé et de sécurité au travail[4]. Par ailleurs, la Commission européenne devait dorénavant s'efforcer de développer le dialogue entre partenaires sociaux au niveau européen, pouvant déboucher, si ces derniers l'estiment souhaitable, sur des relations conventionnelles[5]. Un accent particulier fut mis enfin sur le renforcement de la cohésion économique et sociale, notamment en matière d'inégalités régionales[6]. L'aspect relativement limité des dispositions sociales nouvelles engendrées par la construction du Marché unique suscita des critiques qui, à leur tour, entraînèrent l'adoption de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux.

---

2 Ce sont les traités CECA (Communauté européenne du charbon et de l'acier), CEE (Communauté économique européenne) et EURATOM (Communauté européenne de l'énergie atomique).

3 Art. 8A Traité CEE.

4 Art. 100A et 118A du Traité CEE modifié par l'Acte unique.

5 Art. 118B du Traité CEE modifié par l'Acte Unique.

6 Art. 130A et 130B du Traité CEE modifié par l'Acte Unique.

ii) La Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux

1. La perspective d'une Europe sociale alliée à un marché unique libéralisé a amené l'adoption, le 9 décembre 1989, de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux[7]. Déclaration d'intention sans portée juridique[8], la Charte contient plusieurs dispositions qui concernent les régimes complémentaires, mais c'est surtout la réaffirmation du principe de la libre circulation qui doit être retenue. La Commission des Communautés européennes l'a confirmé dans sa Communication du 29 novembre 1989 sur son programme relatif à la mise en oeuvre de la Charte[9]. Elle y indique que la coordination des régimes complémentaires de sécurité sociale est nécessaire en raison du frein qu'ils représentent à la mobilité professionnelle. Les cadres moyens et supérieurs sont les catégories les plus affectées en raison de la part plus grande que représente la protection complémentaire dans la protection sociale totale. La diversité et la multiplicité des régimes complémentaires rendent très complexe le problème du maintien des droits, y compris au plan national[10].

2. Sur cette base, la Commission a adopté, le 17 juillet 1991, une Communication sur la place des régimes complémentaires de retraite dans la protection sociale des travailleurs et leur incidence sur la libre circulation[11]. Simple avis à caractère général[12], la communication exprime le choix politique d'une stratégie de la convergence dans le domaine des régimes complémentaires, au détriment de l'harmonisation légale ou de la coordination obligatoire[13]. Elle ne manque toutefois pas d'intérêt car en mettant en relief les obstacles à la mobilité professionnelle sur le plan communautaire, elle souligne d'autant plus ses limites à l'intérieur du marché du travail national. L'idée communautaire qu'il faille dénouer les liens entravant la libre circulation des travailleurs peut faire progresser la coordination nationale des régimes complémentaires, raison pour laquelle sa présentation plus détaillée est nécessaire[14].

D'autres aspects de la Charte communautaire intéressent les régimes complémentaires, notamment l'insistance sur la participation des travailleurs et l'égalité entre les sexes[15], sur le rôle du dialogue social et la négociation collective à l'échelle européenne[16] et sur

---

7 *EUROPE SOCIALE*, 1/90, p. 46-50.

8 Pour le débat que suscite les limites de la Charte, voir GREBER Pierre-Yves: «Sécurité sociale», in: *Le droit suisse et le droit communautaire: convergences et divergences*, 1990, p. 636-641; VOGEL-POLSKY, *op. cit.*, p. 153-175.

9 COM (89) 568 final.

10 *Ibid.*, p. 25.

11 Voir le Chapitre 9.

12 ISAAC Guy: *Droit communautaire général,* 2e édition, 1989, p. 131.

13 Voir pour les stratégies d'harmonisation, de coordination et de convergence, l'article de PERRIN Guy: «La sécurité sociale dans la perspective du Marché intérieur unique de la Communauté économique européenne (CEE)», *Cahiers genevois de sécurité sociale,* No 6, 1990, p. 3-48.

14 Voir le Chapitre 9.

15 Art. 16 et 17 de la Charte.

16 Art. 11 à 14 de la Charte.

l'amélioration des conditions de vie et de travail pour les formes de travail atypiques[17]. L'impact de la Charte pourra s'avérer plus grand que cela n'a été prévu initialement, si l'Accord sur la politique sociale[18] conclu à l'occasion du Traité sur l'Union Européenne trouve une concrétisation.

iii) Le Traité sur l'Union Européenne

1. La signature, le 7 février 1992, à Maastricht du Traité sur l'Union Européenne constitue un tournant majeur de la construction européenne. Les objectifs qu'il désigne fournissent une trame pour la mutation qui s'annonce. Quatre métamorphoses méritent de retenir l'attention:

- Premièrement, le Traité institue la Communauté européenne (CE), le terme économique (CEE) issu du Traité de Rome étant abandonné. Le changement terminologique se reflète dans le nouveau catalogue des buts assignés à la CE et qui élargissent considérablement les buts initiaux de la CEE[19], qui étaient largement économiques. L'action de la Communauté s'étendra dorénavant à des domaines très divers notamment l'élimination des droits de douanes, la politique commerciale commune, un marché intérieur libre, une politique commune dans le domaine des transports et en matière de concurrence, le renforcement de la cohésion économique et sociale, une politique sociale et de l'environnement, la recherche et le développement technologique, la santé, l'éducation, la politique industrielle et des consommateurs. D'une manière ou d'une autre, tous les domaines d'activité d'un Etat national sont énumérés. Une citoyenneté européenne est manifestement en voie de naître[20].
- Deuxièmement, l'Union sera dotée dorénavant d'une capacité d'action macro-économique nouvelle. L'élément le plus évident est le projet, le calendrier et les conditions d'une monnaie commune et d'une Banque centrale européenne[21]. Le contrôle économique de la Communauté sur les Etats membres sera fortement accru. On en trouve l'expression dans les conditions imposées aux Etats membres pour réaliser l'Union monétaire européenne. Désormais, interdiction leur sera faite d'entretenir un déficit budgétaire de plus de 3% du produit intérieur brut, une dette publique de plus de 60% du produit intérieur brut[22] et un taux d'inflation qui ne dépasse pas sensiblement celui des trois Etats membres présentant les meilleurs résultats en matière de stabilité

17 Art. 5 à 7 de la Charte.
18 Voir le Chapitre 5, litt. b, chiffre iv).
19 Ainsi l'article 3 du Traité énumère vingt domaines d'action de la Communauté.
20 Les articles 8 à 8A du Traité instituent une citoyenneté de l'Union, entraînant notamment le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales de tout citoyen de l'Union résidant dans un Etat membre.
21 Art. 2, 4 A, 104 à 109 M du Traité.
22 Art. 104 C du Traité et le Protocole sur la procédure concernant les déficits excessifs.

des prix[23]. Les dépenses sociales des Etats membres financées grâce aux déficits budgétaires et l'inflation seront soumises à de fortes pressions réductrices.

- Troisièmement, le Conseil des Ministres - le conclave des ministres des Etats membres - et son secrétariat disposeront d'un pouvoir accru dans l'Union[24]. Le but est de promouvoir un gouvernement des Etats par les Etats ce qui doit permettre une politique étrangère et de sécurité commune pouvant conduire à une politique de défense commune et favoriser une coopération en matière de police et de contrôle aux frontières[25].
- Quatrièmement, l'accroissement des pouvoirs communautaires s'accompagne du correctif de la subsidiarité. Dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les Etats membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire[26]. La portée précise du principe sera sans doute définie à l'occasion par la Cour de Justice. Le président de la Commission de la CE et architecte majeur du Traité, Jacques DELORS, a indiqué que le principe de subsidiarité signifiait le maintien des compétences prédominantes des Etats membres en matière de sécurité sociale. En d'autres termes, la construction de l'Union ne s'accompagnera pas d'une harmonisation communautaire dans ce domaine.

2. L'un des contentieux majeurs de la négociation a précisément porté sur la dimension sociale de l'Union. Il s'est avéré impossible d'introduire dans le Traité des dispositions sociales nouvelles en raison de l'opposition de la Grande-Bretagne. Il a donc fallu se résoudre à conclure un Accord sur la politique sociale entre les Etats membres de la Communauté européenne à l'exception du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord[27]. Les onze autres Etats membres ont convenu, par cet Accord, de mettre en oeuvre, à partir de l'acquis communautaire, la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux[28].

---

23 Art. 109 J du Traité et Protocole sur les critères de convergence visés à l'article 109 J du Traité.

24 Art. D du Préambule et articles 146 à 154 du Traité.

25 Art. B du Préambule du Traité.

26 Art. 3 B alinéa 2 du Traité.

27 Conseil et Commission des communautés européennes: Traité sur l'Union européenne, Bruxelles, 1992, p. 197-201.

28 La Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux du 9 décembre 1989, *Europe Sociale*, 1/90.

iv) L'Accord sur la politique sociale

1. L'Union et les Etats membres ont pour objectifs, selon cet Accord, la promotion de l'emploi, l'amélioration des conditions de vie et de travail, une protection sociale adéquate, le dialogue social, le développement des ressources humaines permettant un niveau d'emploi élevé et durable et la lutte contre les exclusions. A cette fin, l'Union et les Etats membres mettent en oeuvre des mesures qui tiennent compte de la diversité des pratiques nationales, en particulier dans le domaine des relations conventionnelles, ainsi que de la nécessité de maintenir la compétitivité de l'économie de l'Union[29]. L'adoption de certaines catégories de décisions en matière sociale s'en trouvera facilitée puisque la majorité qualifiée des membres du Conseil[30] suffira pour les domaines de la santé et de la sécurité des travailleurs, des conditions de travail, de l'information et de la consultation des travailleurs, de l'égalité entre les hommes et les femmes en ce qui concerne leurs chances sur le marché du travail et le traitement dans le travail, et de l'intégration des personnes exclues du marché du travail[31]. Par contre, la règle de l'unanimité persistera notamment dans les domaines de la sécurité sociale et de la protection sociale des travailleurs[32], ce qui comprend les régimes complémentaires, la protection des travailleurs en cas de résiliation du contrat de travail, la représentation et la défense collective des intérêts des travailleurs et des employeurs, y compris la cogestion[33], les conditions d'emploi des ressortissants de pays tiers se trouvant en séjour régulier sur le territoire de l'UE et les contributions financières visant la promotion de l'emploi et la création d'emplois.

2. Une ouverture est également faite par l'Accord en direction d'une mise en oeuvre conjointe par les partenaires sociaux des directives adoptées conformément à ses dispositions[34]. Par ailleurs, la Commission se voit attribuer la tâche de promouvoir la consultation des partenaires sociaux, afin de leur donner la possibilité le cas échéant d'engager des pourparlers en vue de la mise en oeuvre conjointe[35]. Cette innovation avait été demandée, il faut le souligner, par une proposition du 31 octobre 1991 du groupe ad hoc des partenaires sociaux sur le dialogue social[36], ce qui laisse présager d'une ouverture plus grande que par le passé à un espace conventionnel européen.

---

29 Art. 1 de l'Accord.

30 L'article 189 C du Traité, adopté par le Traité sur l'Union européenne, prévoit une procédure nouvelle de majorité qualifiée, les voix des Etats membres étant pondérées selon l'article 148 al. 2 du Traité CEE.

31 Art. 2 al. 1 et 2 de l'Accord et article 189 C du Traité.

32 Art. 2 al. 3 de l'Accord.

33 Les rémunérations, le droit d'association, le droit de grève et le droit de lock-out sont toutefois exclus des dispositions en vertu de l'article 2 alinéa 6 de l'Accord.

34 Art. 2 al. 4 de l'Accord.

35 Art. 3 de l'Accord.

36 Commission des Communautés européennes: *XXVe Rapport général sur l'activité des Communautés européennes - 1991*, Bruxelles, 1992, p. 155.

v) L'Accord sur l'Espace Economique Européen et l'acquis social communautaire

L'Accord sur l'Espace économique européen (Traité EEE) représente la tentative achevée, sauf pour ce qui concerne la Suisse, d'élargir le Marché intérieur communautaire à sept autres Etats européens. Comme le souligne le Préambule, l'Accord a pour objet d'établir un Espace économique européen dynamique et homogène fondé sur des règles communes et des conditions de concurrence égales, doté des moyens, entre autres judiciaires, nécessaires à sa mise en oeuvre et reposant sur l'égalité, la réciprocité et l'équilibre général des avantages, des droits et des obligations des parties contractantes. A ce titre, l'Accord prévoit la reprise de l'acquis communautaire pertinent, par l'énumération de l'ensemble des actes (règlements et directives) qui s'appliquent dans l'Espace économique, de même que la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes. Sur le plan du droit social, la seule mais importante innovation fut l'incorporation par le droit national des nouveaux Etats signataires des principes communautaires en matière de sécurité sociale des travailleurs migrants, de reconnaissance mutuelle des diplômes ainsi que des règles de politique sociale en matière de conditions de vie et de travail de la main-d'oeuvre, de la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs, de droit du travail, de l'égalité des rémunérations et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes et, enfin, de dialogue entre partenaires sociaux au niveau européen[37]. Seuls les actes juridiques communautaires en vigueur le 2 mai 1992, date de signature de l'Accord, et relevant du domaine d'application de l'Accord firent partie de l'acquis pertinent, les autres actes devant être intégrés au droit de l'EEE au fur et à mesure de leur adoption, selon les modalités institutionnelles prévues par l'Accord.

vi) Conclusions

Les régimes complémentaires de retraite, en tant qu'institutions sociales et financières, sont concernés par ces mutations non seulement pour ce qui a trait à l'impact du droit social communautaire, mais également en raison de la libéralisation économique mise en oeuvre dans le cadre de cette évolution institutionnelle rapide.

[37] Art. 29, 30, 66-71 Accord EEE.

CHAPITRE 6

LES ELEMENTS FONDAMENTAUX DU DROIT COMMUNAUTAIRE ET LES REGIMES COMPLEMENTAIRES DE RETRAITE

a) La libre circulation des travailleurs

1. Conquête majeure de la Communauté européenne[1], le principe de la libre circulation des travailleurs stipulé par l'article 3 lettre c du Traité instituant la Communauté européenne affecte les régimes complémentaires à un double titre:

- L'article 48 du Traité instituant la Communauté économique européenne prescrit l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des Etats membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail. Il a été concrétisé par divers actes normatifs de droit dérivé, notamment le Règlement No. 1612/68. S'agissant des activités salariées, la prohibition s'applique certes à la législation étatique mais s'étend également aux conventions collectives et règlements n'émanant pas des autorités publiques[2]. La notion de rémunération inclut les prestations des régimes complémentaires[3], qui sont également assimilées, le cas échéant, aux autres conditions de travail[4]. Le principe d'égalité de traitement prohibe *"non seulement les discriminations ostentatoires, fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par l'application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat"*[5]. Les régimes complémentaires ne posent généralement pas de problème particulier de discrimination, l'affiliation étant liée à la condition de salarié de l'entreprise ou de membre d'une profession et non à celle de la nationalité.
- L'article 51 du Traité prescrit, pour sa part, l'obligation de la Communauté d'adopter les mesures nécessaires pour l'établissement de la libre circulation des travailleurs dans le domaine de la sécurité sociale, notamment par un système permettant l'égalité de traitement, la totalisation des droits et la libre-

---

1 MERCIER Pierre/JACOT-GUILLARMOD Olivier: *La libre circulation des personnes et des services,* 1990, p. 15.

2 *Ibid.*, p. 55; art. 7 al. 4 règlement 1612/68.

3 Voir le Chapitre 7 avec les références à la jurisprudence de la Cour de Justice CE.

4 MEME Colette: «Protection sociale complémentaire et marché intérieur européen», *La Documentation française,* 1989, p. 65.

5 RIBAS Jacques Jean/JONCZY Marie-José/SECHE Jean-Claude: *Traité de droit social européen,* Paris, 1978, p. 209.

exportation des prestations. Le Règlement 1408/71, complété par un Règlement d'application 547/72, ont institué un tel système de coordination[6]. Ce système ne s'applique pas aux régimes complémentaires, sauf lorsque ceux-ci ont le caractère de régimes légaux. Ne sont pas assimilés aux régimes légaux les dispositions conventionnelles existantes ou futures, qu'elles aient fait ou non l'objet d'une décision des pouvoirs publics les rendant obligatoires ou étendant leur champ d'application[7]. Toutefois, les régimes conventionnels peuvent à tout moment être déclarés applicables aux travailleurs migrants par notification de l'Etat. Il faut que ces dispositions servent à la mise en oeuvre d'une obligation d'assurance résultant des lois et des règlements. Une fois que cette soumission conventionnelle a été notifiée, le régime n'est plus complémentaire, mais devient équivalent au régime légal et, de ce fait, appartient à la coordination communautaire. C'est le cas, en France, des ASSEDIC, fondées initialement sur des conventions collectives[8].

2. Les modalités de vote pour l'adoption de règlements ou de directives diffèrent selon qu'il s'agit de la libre circulation dans le domaine du travail, pour laquelle la majorité qualifiée est suffisante[9], ou de la sécurité sociale qui exige l'unanimité[10]. L'obstacle procédural à l'adoption de règles juridiques applicables aux régimes complémentaires et relevant de la sécurité sociale est donc de taille. Il convient de souligner, enfin, que les règles du Traité relatives à la libre circulation des personnes ont un effet direct et horizontal. Direct car les travailleurs peuvent invoquer les droits qui en découlent envers l'Etat, horizontal car les droits ne peuvent être mis en échec par des réglementations collectives n'émanant pas des autorités publiques[11].

b) La politique sociale

1. L'autre volet de l'intervention communautaire relève de sa politique sociale définie aux articles 117 à 128 du Traité CE. Aux termes de l'article 117, les Etats membres s'engagent à promouvoir l'amélioration des conditions de vie et de travail de la main-d'oeuvre permettant leur égalisation dans le progrès. La nécessité du rapprochement du droit du travail découlant de l'article 118 du Traité CE a entraîné l'adoption de deux directives qui ont des conséquences pour les régimes complémentaires:

- la Directive du Conseil du 14 février 1977 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs

---

6 Voir GREBER: «Sécurité sociale», *op. cit.*, p. 661-664.

7 Art. 1 litt. j, Règlement CEE 1408/71.

8 MERLIN Sophie: «La protection sociale des travailleurs migrants», in: *Liaisons sociales.* Numéro spécial du 30 août 1990, p. 15.

9 Art. 49 alinéa 1 Traité CEE.

10 Art. 51 alinéa 1 Traité CEE.

11 LOUIS Jean-Victor: *L'ordre juridique communautaire,* 5e édition, 1990, p. 112.

en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements[12] ;

- la Directive du Conseil du 20 octobre 1980 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur[13] .

Ces deux directives affectent directement la coordination, dans la mesure où elles imposent aux Etats membres l'obligation de prendre des dispositions destinées à la protection des droits acquis en cas de transfert ou d'insolvabilité. Elles font donc l'objet d'une étude plus détaillée[14] .

2. Rappelons que, contrairement au règlement qui est d'application directe[15], la directive lie l'Etat membre quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens[16]. En principe, elle ne confère donc pas au particulier de droit subjectif pouvant être invoqué dans un cas individuel, soit envers l'Etat (effet direct), soit envers aussi bien l'Etat qu'une personne privée (effet direct et horizontal)[17]. La seule voie de droit ouverte est la dénonciation en vue d'essayer de convaincre la Commission européenne - ou un autre Etat membre - d' ouvrir une procédure en manquement envers l'Etat qui n'aurait pas mis en oeuvre la directive[18]. Il y a toutefois une exception à l'absence d'effet direct qui doit subsister, selon la jurisprudence de la Cour européenne de justice, à moins que, par la précision des termes, la clarté et l'inconditionnalité de l'obligation contenues par les directives ne permettent d'en décider autrement[19]. L'octroi de l'effet direct à une disposition d'une directive intervient généralement en raison de l'omission par un Etat membre de la mettre en oeuvre dans le délai imparti.

3. L'Acte Unique Européen a introduit l'art. 118 A du Traité aux termes duquel les Etats membres s'attachent à promouvoir l'amélioration, notamment du milieu de travail, pour protéger la sécurité et la santé des travailleurs. Le Conseil a reçu la compétence d'édicter, à la majorité qualifiée et par voie de directives, les prescriptions minimales applicables progressivement[20].

Parmi les premiers résultats figure la proposition de Directive du Conseil relative à certaines relations de travail en ce qui concerne les distorsions de concurrence[21]. Destinée à mieux protéger le travail atypique, cette directive contient des dispositions

---

12 *JOCE* du 5 mars 1977, No L 61/26.
13 *JOCE* du 28 octobre 1980, No L 283/23.
14 Voir le Chapitre 10.
15 Art. 189 alinéa 2 Traité; LOUIS, *op. cit.*, p. 80-83; ISAAC, *op. cit.* p. 116-117.
16 Art. 189 alinéa 3 Traité CEE.
17 LOUIS, *op. cit.*, p. 83-85; ISAAC, *op. cit.*, p. 117-118.
18 Art. 169 et 170 Traité CEE.
19 ISAAC, *op. cit.*, p. 162-164.
20 Art. 118 alinéa 2 Traité CEE.
21 *JOCE* du 8 septembre 1990, No C 224/6.

qui devront être rendues applicables aux régimes complémentaires par les Etats membres. Ce faisant, elle ouvre un nouveau champ à l'extension des droits pouvant être acquis et qui devront à l'avenir être maintenus. L'harmonisation communautaire étend ainsi le champ d'application de la coordination nationale des régimes complémentaires ce qui rend utile son étude plus complète[22].

4. L'art 118 B du Traité, également introduit par l'Acte Unique Européen, prescrit à la Commission de développer le dialogue entre partenaires sociaux au niveau européen, pouvant déboucher, si ces derniers l'estiment souhaitable, sur des relations conventionnelles[23]. Il y aurait ici un champ d'activité possible pour les régimes conventionnels, qui pourraient envisager un accord collectif européen destiné à leur coordination[24]. Les réalisations juridiques dans le domaine des régimes complémentaires sont toutefois inexistantes en l'état[25]. Deux incertitudes juridiques entourent d'ailleurs de tels accords[26] :

- l'applicabilité de la convention ou de l'accord collectif européen dépend des droits internes qui varient en ce qui concerne les parties à la négociation, leur capacité à s'engager au nom des salariés et les effets de la convention conclue;
- il n'existe pas de cadre juridique particulier pour de tels accords au plan européen.

c) Le rapprochement des législations: la participation

Au titre du rapprochement des législations[27] - et non de la politique sociale - deux projets de directives sur la participation dans l'entreprise ont été soumis par la Commission au Conseil:

- le projet du 25 janvier 1991 de Directive du Conseil concernant la constitution d'un Comité d'entreprise européen dans les entreprises ou les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs[28] ;
- la proposition du 6 mai 1991 modifiant le projet de Directive du Conseil complétant le statut de la société européenne pour ce qui concerne la place des travailleurs[29].

---

22 Voir chapitre 10.
23 Voir chapitre 8.
24 PERRIN: «Réflexions préalables à la coordination», *op. cit.*, p. 251.
25 La négociation collective européenne a fait l'objet de réflexions doctrinales. Voir à ce sujet MEME, *op. cit.*, p. 49-53, qui fait le lien entre la négociation collective et les régimes complémentaires; LYON-CAEN, *op. cit.*, p. 378-386.
26 MEME, *op. cit.*, p. 50-53.
27 Art. 100 Traité CEE.
28 COM(90) 581 final.
29 COM(911) 174 final - SYN 219.

Ces deux propositions visent à améliorer l'information et la consultation des travailleurs, notamment sur les décisions qui touchent à leurs intérêts et conditions d'emploi. Les régimes complémentaires seraient donc concernés mais indirectement.

d) L'égalité entre hommes et femmes

1. L'égalité entre les hommes et les femmes est l'un des domaines dans lesquels la Communauté européenne a poursuivi avec une certaine constance une politique d'harmonisation des législations nationales, fondée sur différentes dispositions du Traité.

L'art 119 du Traité consacre le principe de l'égalité des rémunérations entre les hommes et les femmes pour le même travail. A teneur de l'art. 119 al. 2 du Traité, par rémunération, il faut entendre le salaire ou le traitement ordinaire de base ou minimum, et tout autre avantage payé directement et indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier. D'application directe et horizontale[30], l'art. 119 a entraîné une jurisprudence d'une importance considérable pour les régimes complémentaires, leurs prestations étant assimilées à un salaire indirect soumis à l'interdiction de la discrimination.

2. L'article 100 du Traité permet au Conseil, statuant à l'unanimité, d'arrêter des directives pour le rapprochement du droit des Etats membres. En vertu de l'art. 235 du Traité, malgré l'absence de pouvoirs d'action expressément prévus, le Conseil peut prendre à l'unanimité les dispositions nécessaires pour assurer l'un des objets de la Communauté, mais dans le fonctionnement du marché commun. Attributives de compétences générales, ces dispositions ont servi à l'adoption de mesures relevant de la politique sociale[31], notamment en vue de promouvoir l'égalité entre les hommes et les femmes. Il a été fait usage de ce pouvoir pour adopter:

- la Directive du Conseil du 19 décembre 1978 relative à la mise en oeuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale[32], qui s'applique aux régimes complémentaires légaux;
- la Directive du Conseil du 24 juillet 1986 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale[33], qui s'applique aux régimes complémentaires privés.

---

30 LOUIS, *op. cit.*, p. 113; LANGENFELD Christine: *Die Gleichbehandlung von Mann und Frau im Europäischen Gemeinschaftsrecht,* 1990, p. 74-96.

31 VOGEL-POLSKY, *op. cit.*, p. 110-112.

32 *JOCE* du 10 janvier 1979, No L 6/24.

33 *JOCE* du 12 août 1988, No L 225/40.

Ce sous-ensemble juridique affecte la coordination des régimes complémentaires. En effet, il créée de nouveaux droits subjectifs à des prestations qui étendent le champ d'application matériel et personnel de la coordination nationale des régimes complémentaires, visant au maintien des droits acquis ou en cours d'acquisition notamment en cas de mobilité professionnelle.

e) La politique de la retraite

1. La Communauté a également proposé ou adopté diverses recommandations touchant d'une manière ou d'une autre à la politique de la retraite et qui peuvent influer sur la conception des régimes complémentaires par les Etats nationaux. Instrument d'action indirecte visant au rapprochement des législations, la recommandation ne lie pas les Etats membres et n'a donc pas d'effet obligatoire[34].

2. La Recommandation du Conseil du 10 décembre 1982 relative aux principes d'une politique communautaire de l'âge de la retraite[35] invite les Etats membres à reconnaître l'objectif de l'âge flexible de la retraite offrant un libre choix du moment auquel les travailleurs salariés peuvent bénéficier de leur pension de retraite. Les modalités d'une telle flexibilité sont diverses: choisir librement la date de la retraite après un âge plancher, anticiper ou repousser l'âge légal de la retraite, reconnaissance du droit à une pension d'ancienneté après l'accomplissement d'un nombre prescrit d'années d'assurance ou d'activité professionnelle. La recommandation précise également que l'âge flexible de la retraite ne doit pas être conçu comme une alternative à la réduction progressive du temps de travail, ni comme une mesure destinée à exclure les travailleurs âgés du marché de l'emploi. Ces ultimes précisions ne peuvent occulter le constat que ce postulat se situe aux confluents des besoins des salariés de cesser leur activité plus tôt et de ceux des employeurs de les remplacer progressivement par des forces de travail plus jeunes. La revendication a aujourd'hui pour toile de fond la progression du chômage de longue durée parmi les travailleurs plus âgés. C'est dire qu'elle n'est pas toujours conciliable avec une politique visant à rétablir les équilibres financiers et démographiques des systèmes de retraites, surtout lorsque la retraite flexible tend de fait à devenir un instrument de régulation du marché du travail.

3. On en trouve l'illustration dans la proposition de Recommandation du Conseil du 26 juin 1991, sur la convergence des objectifs et politiques de protection sociale[36], qui contient de nombreuses propositions pour les systèmes de retraite, en omettant ostensiblement la retraite anticipée. Le but de la recommandation est d'éviter que, dans le cadre de l'achèvement du marché intérieur, les différences de niveau de protection ne viennent entraver la mobilité des personnes et qu'une compétition entre les systèmes

---

34 Art. 189 al. 5 Traité CEE; LOUIS, *op. cit.*, p. 86-87; ISAAC, *op. cit.*, p. 119.

35 *JOCE* du 18 décembre 1982, No L 357/27.

36 Document de la Commission des communautés européennes - COM(91) 228 final.

n'entraîne un risque de dévaluation sociale. La recommandation définit tout d'abord trois catégories de principes. La protection sociale des Etats membres doit s'efforcer en premier de respecter des principes communs, et notamment:

- de garantir un niveau de vie minimum décent à toute personne résidant légalement sur son territoire, notamment aux personnes qui ne disposent pas de ressources adéquates en raison de l'arrivée de l'âge de la retraite;
- de faire en sorte que le niveau de vie des travailleurs soit maintenu de façon adéquate lorsqu'ils prennent leur retraite.

En d'autres termes, la protection universelle doit garantir des ressources adéquates à tous lors de la vieillesse, tandis que la protection spécifique aux travailleurs doit permettre d'éviter une chute trop importante du niveau de vie antérieur lors de la retraite. La recommandation énumère ensuite les principes qui doivent régir les prestations:

- le respect de l'égalité de traitement, afin d'éviter toutes les discriminations fondées sur la nationalité, la race, le sexe, la religion, l'attitude ou l'opinion politique pour autant que les bénéficiaires remplissent les conditions de durée d'affiliation et/ou de résidence pour l'acquisition des droits;
- l'équité, afin que tous les bénéficiaires de prestations sociales reçoivent leur juste part des progrès dans le niveau de vie de la population dans son ensemble;
- l'individualisation des droits et des contributions, afin de substituer graduellement les droits individuels aux droits dérivés, permettant ainsi une meilleure adaptation aux comportements et structures familiales actuelles.

Ces trois critères expriment bien les besoins actuels envers les régimes complémentaires, notamment l'acquisition rapide des droits - dans une perspective d'égalité de traitement et d'individualisation - et leur maintien ultérieur dans une mesure équitable.

Enfin, la recommandation définit des principes d'administration, notamment la vérification que le versement des prestations corresponde à des besoins effectifs et minimiser les coûts administratifs des organismes gestionnaires des prestations. Des recommandations plus précises sont ensuite fournies pour différentes éventualités[37]. S'agissant de la vieillesse, il est relevé la nécessité:

- de garantir un niveau de vie minimum,
- de contribuer à la lutte contre l'exclusion sociale des personnes âgées;

[37] Il s'agit de la maladie ou de l'accident, de la maternité, du chômage, de l'invalidité, de la vieillesse et de la famille.

- de permettre à tous les travailleurs de continuer à travailler au-delà de l'âge minimum ouvrant le droit à des prestations de retraite. La flexibilité n'est envisagée ici que dans le recul de l'âge de la retraite;
- d'assurer que les régimes de pensions garantissent effectivement que, durant toute la durée de la retraite, les anciens travailleurs bénéficient d'un taux élevé de remplacement du revenu, tout en maintenant un équilibre entre les intérêts des actifs et ceux des personnes retraitées;
- d'adapter les méthodes d'acquisition des droits afin de réduire la pénalisation des travailleurs qui ont une carrière professionnelle incomplète en raison de la maladie, de l'invalidité ou du chômage de longue durée, et de ceux qui ont renoncé temporairement à travailler pour élever leurs enfants ou pour s'occuper d'un proche invalide;
- d'adapter les systèmes de pensions afin qu'ils reflètent graduellement l'acquisition individuelle des droits;
- de modifier, lorsque cela est nécessaire, les conditions à l'acquisition des droits de retraite, spécialement dans les régimes complémentaires en vue d'éliminer les obstacles à la mobilité;
- à la longue, d'adapter les systèmes de retraite aux changements démographiques, tout en maintenant le rôle central des régimes de pensions obligatoires.

4. Lutter contre la pauvreté pendant la vieillesse et assurer une meilleure coordination des droits issus des régimes complémentaires: ces deux postulats se trouvent manifestement au centre des préoccupations actuelles de la Communauté. La Communication sur les régimes complémentaires - étudiée plus loin - fournit des indications plus précises sur les propositions communautaires relatives à la coordination[38].

f) Les libertés d'établissement, de prestation de services et de circulation des capitaux au service des régimes complémentaires

Institutions sociales et financières largement privées, les régimes complémentaires sont logiquement interpellés par les trois autres libertés communautaires qui complètent la libre circulation des personnes: les libertés d'établissement[39], de prestation de services[40] et de circulation des capitaux[41]. Ils peuvent donc également être envisagés

---

38 Voir le Chapitre 9.
39 Art. 52-58 Traité CEE.
40 Art. 59-66 Traité CEE.
41 Art. 67-73 Traité CEE.

comme des agents économiques dont l'efficacité peut être améliorée par une libéralisation qui conduirait à[42] :

- la liberté de prestation de services pour les gestionnaires de fonds de retraite,
- la liberté d'investissement des actifs d'un fonds de retraite à travers les frontières,
- la liberté d'adhérer à un fonds de retraite à travers les frontières, ce qui permet la création de fonds de retraite européens.

Si les deux premières propositions portent surtout sur l'efficacité de la gestion des capitaux des régimes, la troisième est beaucoup plus ambiguë et touche directement au rôle social, collectif et non lucratif des régimes complémentaires dans le cadre des systèmes de retraite nationaux. C'est la raison pour laquelle le droit communautaire a renoncé dans un premier temps à l'idée des fonds de pensions européens auxquels les salariés seraient libres d'adhérer à travers les frontières. Il a restreint son intervention à deux axes:

- La libéralisation de l'assurance-vie de groupe, ce qui permet d'envisager des couvertures globales à l'échelle européenne au sein des entreprises multinationales[43]. Elle fait l'objet de la deuxième Directive du Conseil du 8 novembre 1990 portant sur la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe sur la vie, fixant les dispositions destinées à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services et modifiant la Directive 79/267/CE[44]. Elle sera complétée par la proposition de troisième Directive du Conseil portant sur la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe sur la vie, et modifiant les Directives 79/267 et 90/619 CE (première et deuxième directives sur l'assurance-vie)[45].
- La libéralisation de la gestion et du placement des capitaux des fonds de pensions, ce qui touche au pouvoir de la gestion paritaire. Une proposition de Directive du Conseil concernant la liberté de gestion et d'investissement des fonds collectés par les institutions de retraite[46] est actuellement soumise à discussion[47].

---

42 Commission des communautés européennes: *L'achèvement du marché intérieur dans le domaine des retraites privées,* Document de travail du 9 octobre 1990, XV/224/90 -Fr, p. 4.

43 Voir le Chapitre 11.

44 *JOCE* du 29 novembre 1990, No L 330/50.

45 COM(91) 57 final - SYN 329.

46 COM(91) 301 final - SYN 363, *JOCE.*

47 Voir le Chapitre 12.

g) Les quatre concepts d'harmonisation, de convergence, de coordination et de libéralisation

1. L'approche de la sécurité sociale, et plus largement du droit social communautaire, doit se faire à la lumière des trois concepts qui régissent l'élaboration juridique dans ce domaine; l'harmonisation, la convergence et la coordination. Tous peuvent favoriser la libre circulation des travailleurs et la participation. En effet, l'article 117 du Traité de Rome a prévu la nécessité pour les Etats membres de *"promouvoir l'amélioration des conditions de vie et de travail de la main-d'oeuvre permettant leur égalisation dans le progrès"*.

2. L'harmonisation sociale entre les Etats membres est le moyen le plus apte pour réaliser cet objectif, mais se heurte aux innombrables difficultés liées aux différences de structures des systèmes nationaux, aux craintes de charges accrues pour les entreprises, à l'absence de volonté politique communautaire et à la complexité de la définition du seuil devant être atteint[48]. L'Accord sur la politique sociale du Traité sur l'Union Européenne peut entraîner, à cet égard, une relance de l'harmonisation sous réserve du principe de la subsidiarité, dans la mesure où il exprime une volonté de mise en oeuvre de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux.

3. La stratégie de la convergence est issue des difficultés rencontrées dans l'harmonisation des politiques de protection sociale[49]. Elle vise à approfondir l'étude des problèmes communs pouvant conduire, à défaut d'une politique sociale commune, au rapprochement des politiques nationales, conformément aux objectifs et solutions résultant de la concertation dans les instances de l'UE.

4. La coordination, pour sa part, vise à assurer aux travailleurs migrants l'égalité de traitement et le maintien des droits acquis en matière de sécurité sociale pour eux-mêmes et pour les membres de leur famille.

5. Si les trois premiers concepts s'adressent aux régimes complémentaires en tant qu'institutions sociales, celui de libéralisation cherche à définir l'impact du droit communautaire sur leur aspect d'institution financière.

---

48 PERRIN: «La sécurité sociale dans la perspective du Marché intérieur unique», *op. cit.*, p. 19-28.

49 *Ibid.*, p. 28.

CHAPITRE 7

L'HARMONISATION PARTIELLE: L'EGALITE ENTRE HOMMES ET FEMMES

a) Introduction

1. L'Union ne partage pas la conception de l'harmonisation propre défendue par les représentants des salariés dans le domaine de la sécurité sociale, soit l'alignement de toutes les législations nationales sur le niveau atteint par la législation la plus favorable. Cela n'a pas empêché des efforts d'harmonisation partielle et pragmatique touchant aux conditions de vie et de travail des femmes[1]. Le ressort essentiel de l'intervention communautaire est l'élimination des discriminations qui frappent les salariés en raison de leur sexe.

2. Les régimes complémentaires, situés aux confluents de contrat du travail et de la sécurité sociale, sont évidemment impliqués par les progrès d'une telle harmonisation qui suit une double voie:

- Dans l'approche s'inspirant du droit du travail, leurs prestations peuvent être considérées comme un avantage ou un salaire indirect susceptibles d'être l'objet de pratiques discriminatoires.
- L'approche relevant de la sécurité sociale mettra l'accent, par contre, sur la mise en oeuvre de l'égalité de traitement dans les régimes de sécurité sociale et dans les régimes professionnels de sécurité sociale.

3. Autre difficulté de l'approche, une partie importante du droit communautaire applicable aux régimes complémentaires a une origine jurisprudentielle. En effet, la Cour de Justice des Communautés européennes a très tôt appliqué aux régimes complémentaires non légaux le principe de l'interdiction des discriminations salariales entre hommes et femmes, ceci par une application directe du Traité de Rome. La jurisprudence a parfois même fait fi des instruments juridiques de rang inférieur, par exemple en matière d'égalité de l'âge de la retraite. Cela confirme le syncrétisme juridique à l'oeuvre dans le droit communautaire qui allie la tradition du *case law* anglo-saxon à l'approche codificatrice en vigueur sur le continent européen, ce qui confère de grands pouvoirs aux juges communautaires pour édicter des normes jurisprudentielles ayant valeur de précédent et donc de règle générale. C'est la raison pour laquelle nous avons choisi, au risque de surprendre l'esprit juridique continental, de présenter en premier la jurisprudence communautaire sur l'égalité salariale et son

[1] PERRIN: «La sécurité sociale dans la perspective du Marché intérieur unique», *op. cit.*, p. 19-28.

impact sur les régimes complémentaires, pour ensuite aborder les directives communautaires.

b) L'égalité des rémunérations entre hommes et femmes et les régimes complémentaires de retraite[2]

i) Introduction

L'art. 119 du Traité instituant la Communauté économique européenne consacre le principe de l'égalité des rémunérations entre les hommes et les femmes pour le même travail. A teneur de l'article 119 alinéa 2, par rémunération, il faut entendre le salaire ou le traitement ordinaire de base ou minimum, et tout autre avantage payé directement et indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier. D'application directe et horizontale[3], l'art. 119 a entraîné une jurisprudence d'une importance considérable pour les régimes complémentaires de retraite. En y affirmant le principe de non-discrimination salariale, elle a illustré le potentiel d'harmonisation que recèle la jurisprudence européenne.

ii) Les arrêts DEFRENNE

1. Dans ses deux premiers arrêts DEFRENNE, la Cour de Justice a affirmé les principes fondamentaux qu'elle appliquera par la suite lorsqu'elle sera saisie de litiges relatifs à l'égalité des rémunérations dans ce domaine.

2. Mlle DEFRENNE, hôtesse de l'air de la compagnie aérienne belge SABENA, fut contrainte par contrat de cesser son activité à 40 ans. Prenant appui sur l'art. 119 du Traité, elle agit en justice dans son pays en se plaignant notamment de son exclusion d'un régime de retraite auquel le personnel masculin était admis.

3. Dans son premier arrêt du 25 mai 1971[4], la Cour se prononça sur le grief d'exclusion du régime de retraite. Elle saisit l'occasion pour préciser que le droit à l'égalité des rémunérations découlant de l'art. 119 du Traité ne s'étend pas aux régimes de sécurité sociale ou aux prestations fixées directement par la loi à l'exclusion de tout

---

2 Pour une présentation plus détaillée de la jurisprudence de la Cour de Justice, voir SCHNEIDER Jacques-André: «L'égalité des rémunérations entre hommes et femmes et les régimes complémentaires de retraite. Aperçu de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes», *Cahiers genevois et romands de sécurité sociale,* No 8/1992, p. 7-16.

3 LOUIS Jean-Victor: *L'ordre juridique communautaire,* Commission des Communautés européennes, 9e édition, 1989, p. 113; LANGENFELD: *Die Gleichbehandlung von Mann und Frau, op. cit.*, p. 74-96.

4 *Recueil de la Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes (ci-après RJCE),* 1971, p. 445 ss.

élément de concertation au sein de l'entreprise ou de la branche professionnelle intéressée, et obligatoirement applicables à des catégories générales de travailleurs. Il ne protège donc pas les systèmes de retraites qui mettent les salariés au bénéfice d'un régime dont le niveau de financement et les contributions des travailleurs, des employeurs et de l'Etat sont déterminés moins par les relations de travail que par des considérations de politique sociale. Les contributions de l'employeur ne constituent pas dans ce cas un élément de salaire direct ou indirect. Elles ne sont donc pas soumises à l'interdiction de la discrimination.

4. Le second arrêt du 8 avril 1976[5] confirma l'effet direct et horizontal. Les tribunaux nationaux ont le devoir d'assurer le respect des droits conférés par l'art. 119, tout particulièrement lorsque la discrimination est issue directement de dispositions légales, de conventions collectives et individuelles ou quand les hommes et les femmes reçoivent une rémunération inégale pour un travail d'égale valeur accompli dans la même entreprise ou service.

iii) L'arrêt WORRINGHAM et HUMPHREY'S

1. Ce que l'on pouvait pressentir devant ces considérants fut confirmé par l'arrêt WORRINGHAM et HUMPHREY'S: l'article 119 du Traité s'applique aux régimes complémentaires[6]. Ces deux femmes travaillaient pour la Lloyds Bank Limited. La banque appliquait deux régimes complémentaires de retraite distincts pour les hommes et les femmes, issus de négociations collectives avec les syndicats. Ces régimes comportaient la renonciation, par contrat, de l'affilié à la partie liée au salaire du régime national de retraite, auquel est substitué un régime conventionnel. Le système des retraites du Royaume-Uni est basé sur un régime de sécurité sociale offrant une pension forfaitaire de base de faible niveau (1er pilier), sur lequel s'ajoute un régime complémentaire légal et obligatoire assurant une pension minimale calculée sur le revenu professionnel antérieur appelé SERPS (2e pilier)[7]. La particularité du système tient au fait qu'un employeur n'est pas tenu de s'affilier au SERPS s'il prouve qu'il offre des prestations minimales identiques dans le cadre du régime complémentaire qu'il a établi pour ses salariés et qui offrira généralement des prestations facultatives supérieures au SERPS. Dans le cas d'espèce, la discrimination n'avait pas trait aux prestations des régimes qui étaient identiques, mais à la date à partir de laquelle le salarié avait l'obligation de cotiser.

2. La Cour a considéré qu'il s'agissait d'une discrimination car[8]:

> "Des montants tels que ceux de l'espèce, qui sont englobés dans le calcul du salaire brut dû à l'employé, et qui déterminent directement le calcul d'autres avantages liés au salaire, telles que

---

5 *RJCE* 1976-3, p. 454 ss.
6 *RCJE* 1981-1, p. 767 ss.
7 Supplementary Earnings Related Pension Scheme
8 *RJCE* 1981-1, p. 790, considérant 15.

les indemnités de départ, les prestations de chômage, les allocations familiales et les facilités de crédit, constituent une composante de la rémunération du travailleur au sens de l'article 119, paragraphe 2, du Traité, même s'ils sont immédiatement prélevés par l'employeur pour être versés, pour le compte de l'employé, à un fonds de pension. Il en est d'autant plus ainsi lorsque ces montants sont remboursés, dans certaines conditions et sous certaines déductions, à l'employé comme devant lui revenir s'il cesse d'appartenir au régime de pension conventionnel en vertu duquel ils ont été prélevés."

iv) L'arrêt BILKA-KAUFHAUS

1. La Cour s'est ensuite demandé, dans son arrêt BILKA-KAUFHAUS, si l'exclusion des travailleuses à temps partiel d'un régime complémentaire était conforme à l'article 119 du Traité[9]. La société BILKA-KAUFHAUS employait plusieurs milliers de personnes dans ses magasins en Allemagne. Elle institua un régime complémentaire de retraite financé exclusivement par les contributions de l'employeur. Les employés à temps partiel n'y étaient admis que s'ils avaient travaillé à plein temps pendant au moins quinze ans sur une période totale de vingt ans. Une travailleuse, Mme WEBER, contesta cette règle car elle défavorisait les femmes qui, afin de pouvoir prendre soin de leur famille et de leurs enfants, seraient plus facilement amenées à choisir le travail à temps partiel. La société BILKA estima, par contre, que la décision d'exclure les travailleurs à temps partiel du régime était fondée sur des motifs objectivement justifiés. La Cour donna raison à la plaignante.

2. En confirmation du premier arrêt DEFRENNE, elle a tout d'abord rappelé que les régimes de sécurité sociale assurent aux travailleurs le bénéfice d'un système légal au financement duquel les travailleurs, les employeurs et, éventuellement, les pouvoirs publics contribuent dans une mesure qui est moins fonction du rapport d'emploi entre employeur et travailleur que de considérations de politique sociale, de sorte que le financement de tels régimes incombant à l'employeur ne saurait être considéré comme un paiement direct ou indirect du travailleur au sens de l'article 119, alinéa 2 du Traité.

3. Seulement, le régime de retraite instauré par la société BILKA-KAUFHAUS, même s'il a été adopté en conformité avec le droit allemand applicable aux régimes complémentaires, ne relevait pas de la sécurité sociale. Il trouvait sa source dans un accord, intervenu entre l'employeur et le conseil d'entreprise représentant les employés, et intégré au contrat individuel de travail. L'article 119 lui était applicable.

4. La Cour reprit les principes dégagés dans un arrêt JENKINS[10], dans lequel elle avait admis le principe qu'une rémunération moins élevée pour le travail à temps partiel que pour le travail à temps plein puisse constituer une discrimination salariale. Les prestations du régime complémentaire étant un élément de la rémunération au sens de l'article 119 alinéa 2, il en résultait que la rémunération globale payée par BILKA pour

9 *RCJE* 1986-5, p. 1608 ss.
10 *RCJE* 1981-1, p. 911 ss.

les travailleurs à temps plein était plus élevée, à parité d'heures travaillées, que celle pour les travailleurs à temps partiel.

5. S'agissait-il pour autant d'une discrimination entre les sexes ? La Cour indiqua que, s'il devait s'avérer qu'un pourcentage considérablement plus faible de femmes que d'hommes travaillent à temps plein, l'exclusion des travailleurs à temps partiel du régime de pensions d'entreprise serait contraire à l'article 119 du Traité lorsque, compte tenu des difficultés que rencontrent les travailleurs féminins pour pouvoir travailler à temps plein, cette mesure ne peut se justifier que par des facteurs excluant une discrimination fondée sur le sexe. L'entreprise avait donc la faculté d'établir devant la juridiction nationale l'existence de facteurs objectivement justifiés et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe. Dans cette optique, l'entreprise devait donc tenter de démontrer que l'exclusion du régime complémentaire vise à décourager le travail à temps partiel et non à pénaliser les femmes, à condition toutefois que ce moyen réponde à un véritable besoin de l'entreprise, qu'il est apte à atteindre cet objectif et nécessaire à cet effet.

v) L'arrêt NEWSTEAD

1. La Cour limita ensuite quelque peu la portée de ces décisions dans un arrêt NEWSTEAD qui précisa la notion des avantages directs et indirects qui doivent se comparer sur la base de la rémunération brute[11]. M. NEWSTEAD, fonctionnaire du ministère britannique des Transports, se plaignait de l'inégalité suivante: à rémunération brute égale, les hommes devaient verser une contribution de 1,5% à un fonds de pensions pour les veuves, tandis que les femmes n'étaient pas tenues à une telle contribution, aucun fonds pour les veufs n'étant prévu. A la cessation de ses fonctions, le célibataire recevait ses contributions en retour, assorties d'un intérêt pondéré de 4%. En cas de décès avant cette date, ce montant était dévolu à ses héritiers.

2. La Cour nia l'existence d'une discrimination. Si la rémunération nette reçue par les hommes est de 1,5% inférieure à celle des femmes, la différence est due au fait que seuls les hommes sont affiliés obligatoirement au fonds de pensions pour veuves et subissent, dès lors, une retenue à titre de contribution à ce fonds. L'élément qui est à l'origine de la disparité litigieuse ne constitue ni une prestation versée aux travailleurs ni une cotisation versée par l'employeur lui-même au nom de l'employé à un régime de retraite, qui seraient susceptibles d'être considérées comme des *"avantages payés directement ou indirectement au travailleur"* au sens de l'article 119.

3. La disparité litigieuse résulte, en revanche, du prélèvement d'une cotisation à un régime professionnel de retraite. Ce régime comporte certaines dispositions plus favorables que le régime légal d'application générale et se substitue à ce dernier. Dès

[11] *RCJE* 1987-11, p. 4753 ss.

lors, une cotisation, tout comme une cotisation à un régime légal de sécurité sociale, ne relève pas du champ d'application de l'art. 119 du Traité. Le fait essentiel est l'égalité des rémunérations brutes.

vi) L'arrêt BARBER

1. Cette brève pause dans l'harmonisation jurisprudentielle fut interrompue par l'arrêt BARBER qui imposa l'égalité de l'âge de la retraite[12]. M. BARBER, ancien employé du Guardian Royal Exchange Assurance Group, fut licencié pour causes économiques. Il était affilié dans le passé à un régime complémentaire de retraite financé entièrement par l'employeur. Ce régime se substituait au régime légal de sécurité sociale britannique lié au salaire (SERPS). L'âge normal de la retraite était fixé à 62 ans pour les hommes et à 57 ans pour les femmes. En cas de licenciement économique, les membres du régime avaient droit à une pension immédiate, pourvu qu'ils aient atteint l'âge de 55 ans pour les hommes ou de 50 ans pour les femmes. Les intéressés ne remplissant pas ces conditions recevaient des allocations en espèces calculées en fonction des années de service et une pension différée payable à l'âge normal de départ à la retraite. Or, M. BARBER avait 52 ans lors de son licenciement. Une femme du même âge aurait perçu une pension immédiate, en plus de l'indemnité légale de licenciement. La valeur totale des prestations versée à la femme aurait donc été supérieure au montant qui a été versé à M. BARBER.

2. La Cour estima tout d'abord que la comparaison avec la situation des femmes devait inclure l'indemnité légale de licenciement. Ainsi que cela avait été relevé dans le deuxième arrêt DEFRENNE, les discriminations découlant de prestations légales peuvent relever de la notion de rémunération. Tel était le cas en l'espèce, l'indemnité étant due par l'employeur au travailleur en raison de l'existence de la relation de travail. Il fallait, conformément à l'arrêt NEWSTEAD, comparer l'ensemble de la rémunération brute.

3. La Cour poursuivit le raisonnement en indiquant que les régimes complémentaires privés britanniques, conventionnellement exclus[13], entrent également dans le champ d'application matériel de l'art. 119 du Traité. Ces régimes résultent soit d'une concertation entre partenaires sociaux, soit d'une décision unilatérale de l'employeur. Leur financement est assuré entièrement par l'employeur ou à la fois par ce dernier et par les travailleurs, sans que, en aucun cas, les pouvoirs publics y participent. Dès lors, lesdits régimes font partie des avantages que l'employeur propose aux travailleurs. Par ailleurs, ces régimes ne sont pas obligatoirement applicables à des catégories générales de travailleurs. Au contraire, ils ne concernent que les travailleurs employés par certaines entreprises, de sorte que l'affiliation auxdits régimes résulte nécessairement de la relation de travail avec un employeur déterminé.

---

12 *RCJE* 1990-5, p. 1945.

13 Ce mécanisme est expliqué plus haut au chiffre 3 consacré à l'arrêt WORRINGHAM.

4. En outre, les régimes en question, même s'ils sont établis en conformité avec la législation nationale et répondent dès lors aux conditions de celle-ci pour l'octroi de l'exclusion conventionnelle (*contracting out),* sont régis par des réglementations qui leur sont propres. Même si les cotisations payées à ces régimes et les prestations qu'ils assurent se substituent pour partie à celles du régime légal général, cette circonstance n'est pas de nature à exclure l'application de l'art. 119 du Traité. En effet, ces régimes peuvent fournir des prestations supérieures à celles qui seraient versées par le régime légal, de sorte que leur fonction économique est analogue à celle des régimes complémentaires existant dans certains Etats membres, où l'affiliation et la cotisation au régime de base de la sécurité sociale sont obligatoires sans qu'une dérogation soit admise (arrêt BILKA-KAUFHAUS).

5. La différence d'âge de la retraite en cas de licenciement économique constitue ainsi une discrimination inadmissible, cela quand bien même les régimes de sécurité sociale consacreraient pour leur part une telle différence pour l'âge normal de la retraite. L'art. 119 du Traité s'applique directement à cette discrimination et il appartient aux juridictions nationales d'assurer la protection des droits que confère cette disposition, notamment dans le cas où un régime de pensions conventionnellement exclu ne verse pas à un travailleur masculin, à la suite d'un licenciement, la pension immédiate qui serait octroyée en pareil cas à une travailleuse.

6. Restait une dernière question relative au champ d'application temporel de l'effet direct en raison de ses conséquences financières importantes. Les deux directives communautaires sur l'égalité entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale et dans les régimes professionnels de sécurité sociale[14] ont pour trait commun de différer la mise en application obligatoire du principe de l'égalité de traitement en ce qui concerne la fixation de l'âge de la retraite. La Cour a donc estimé que les Etats membres et les milieux intéressés ont pu raisonnablement estimer que l'art. 119 ne s'appliquait pas à des pensions versées par des régimes conventionnellement exclus et que des exceptions au principe d'égalité entre travailleurs masculins et féminins continuaient d'être admises en cette matière. Dans ces conditions, des considérations impérieuses de sécurité juridique s'opposaient à ce que des situations juridiques qui ont épuisé leurs effets dans le passé soient remises en cause, alors que, dans un tel cas, l'équilibre financier de nombre de régimes de pensions conventionnelles exclus risquerait d'être rétroactivement bouleversé. Il convenait, toutefois, d'aménager une exception en faveur des personnes qui auraient pris en temps utile des initiatives en vue de sauvegarder leurs droits. Aucune limitation des effets de ladite interprétation ne

---

[14] La Directive du Conseil du 19 décembre 1978 relative à la mise en oeuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale (Journal Officiel des Communautés européennes - *JOCE* - du 10.1.79 - No L/24), et la Directive du Conseil du 24 juillet 1986 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale (*JOCE* du 12.8.86 - No L 225/40).

pouvait être admise pour ce qui concerne l'ouverture du droit à une pension à partir de la date de l'arrêt.

7. La Cour a également précisé que l'égalité des rémunérations doit être assurée au niveau de chaque élément constitutif de la rémunération respectivement accordée aux travailleurs masculins et féminins et non pas seulement en fonction d'une appréciation globale des avantages consentis aux travailleurs.

vii) Conclusions

1. Ce survol de la jurisprudence permet d'aboutir à quelques conclusions intéressantes. La Cour de justice européenne est cristalline dans son affirmation de la nature salariale des régimes complémentaires. Les arrêts WORRINGHAM, NEWSTEAD et BARBER sont particulièrement révélateurs dans la mesure où ils appliquent le principe de non-discrimination à des régimes privés ou de fonctionnaires tenus de se conformer aux conditions d'un régime public de sécurité sociale - le SERPS - mais dans le cadre d'une relation de travail et en offrant, le cas échéant, une prévoyance facultative. La mise en oeuvre par un régime complémentaire d'entreprise d'une obligation légale de couverture complémentaire des travailleurs ne fait donc pas obstacle à cette nature salariale.

2. La Cour de justice est également innovatrice dans sa volonté de sanctionner les discriminations frappant les femmes dans les régimes complémentaires en raison des formes de travail atypiques qu'elles accomplissent, notamment en ce qui concerne le travail à temps partiel. Les critères de fait sont ici déterminants: il faut que la catégorie de travailleurs exclue du régime complémentaire soit composée en majorité de femmes pour des raisons liées à leur rôle spécifique dans la société, sans que l'inégalité puisse se fonder sur des raisons objectives.

3. L'obligation de procéder à une comparaison de chaque composante individuelle de la rémunération brute rend impossible une comparaison globale, qui alléguerait la compensation des inégalités dans les régimes complémentaires par d'autres avantages salariaux. Une telle approche élimine tant les problèmes pratiques d'évaluation que les effets possibles d'une approche subjective, variant de travailleur à travailleur quant à la valeur pour lui de telle ou telle composante de son salaire.

4. L'arrêt BARBER a créé une véritable onde de choc, notamment en ce qui concerne son effet temporel. En affirmant l'effet direct de l'égalité de l'âge de la retraite, il a provoqué un réexamen dans l'ensemble des régimes complémentaires britanniques. Selon l'interprétation qui est choisie du champ d'application temporel de l'arrêt, les conséquences financières pour les assurés et les fonds de pensions pouvaient être plus ou moins importantes. Il est donc légitime de se demander si, dans son arrêt, la Cour a mesuré toutes les conséquences de l'application dans le temps de l'effet direct. Que signifie en effet la notion des *"situations juridiques qui ont épuisé leurs effets dans le*

passé", c'est-à-dire avant le 17 mai 1990, date de l'arrêt ? Plusieurs interprétations sont possibles:

- Seuls les droits correspondant à des périodes d'emploi postérieures au 17 mai 1990 sont soumis au principe de l'égalité de l'âge de la retraite. C'est l'interprétation la plus littérale.
- D'aucuns ont estimé, en revanche, que la référence au 17 mai 1990 devait s'appliquer au début de l'affiliation au régime, toute personne affiliée avant cette date ne bénéficiant pas de l'effet direct. Le critère temporel *"[d']ouverture du droit à une pension"* retenu par la Cour semble devoir s'opposer à une telle interprétation, puisqu'il se réfère manifestement non à l'âge de l'affiliation, mais bien plutôt à l'âge de la retraite qui seul ouvre le droit à une pension. Compte tenu d'une durée d'affiliation moyenne de quarante ans avant la retraite, le critère de l'âge d'affiliation reviendrait à admettre que seules les personnes se retirant autour de l'année 2030 pourraient bénéficier de l'égalité de traitement. Un tel résultat paraît difficilement conciliable avec l'idée même d'effet direct. On peut donc raisonnablement penser que la Cour a souhaité consacrer le droit à l'égalité pour tous les assurés prenant leur retraite après le 17 mai 1990. L'apparente clarté de la réponse suscite néanmoins une nouvelle interrogation.
- Une autre question fut posée quant à la possibilité d'exiger des prestations après le 17 mai 1990 pour un événement ouvrant le droit à une pension qui est survenu avant cette date ? Admettons l'hypothèse suivante: alors que l'âge normal de la retraite pour les hommes est de 65 ans et de 62 ans pour les femmes, un travailleur masculin a pris une retraite anticipée à 63 ans moyennant une réduction actuarielle du montant sa pension. S'il a pris sa retraite après le 17 mai 1990 et que l'on admet le raisonnement du paragraphe précédent, la réduction actuarielle devrait être abandonnée. Si, par contre, il a pris sa retraite avant le 17 mai 1990 et qu'il bénéficie toujours d'une pension, on peut également soutenir que la réduction actuarielle devrait être abandonnée, les droits n'étant pas *"épuisés"* à la date du prononcé de l'effet direct. Faut-il alors que l'abandon de la réduction entre en force le 17 mai où à la date de la prise de la retraite ?

Les avocats des caisses de pensions britanniques n'ayant pas réussi à répondre à ces questions, la Cour fut saisie de plusieurs procédures de questions préjudicielles sur ces problèmes - notamment un cas COLOROLL - et qui seront vraisemblablement tranchés d'ici à la fin de 1993. Ce souci a entraîné un protocole spécifique du Traité sur l'Union Européenne.

5. Enfin, dernière question, comment faut-il égaliser l'âge de la retraite? A teneur de l'art. 117 alinéa 1 du Traité, l'amélioration des conditions de vie et de travail de la main-d'oeuvre doit permettre leur *"égalisation dans le progrès"*. Cela signifie que la fin de l'inégalité doit être assurée par l'octroi au travailleur discriminé des conditions plus favorables accordées à l'autre. Si l'âge de la retraite est plus bas, le travailleur

discriminé doit pouvoir en bénéficier. Cela signifie-t-il pour autant que les Etats membres, ou les employeurs et les salariés, ont l'obligation juridique communautaire de modifier les lois ou dispositions contractuelles applicables aux régimes complémentaires en abaissant l'âge de la retraite pour les hommes au niveau de celui pour les femmes ? Une telle conclusion serait hâtive. En effet, elle postulerait l'harmonisation européenne de l'âge de la retraite alors qu'aucun texte communautaire ne le prévoit, ni ne l'impose. L'interdiction des discriminations salariales se borne à proscrire les âges de la retraite différents dans les cas concrets, mais ne s'étend pas jusqu'à fixer de manière générale et en tant que tel l'âge limite devant être respecté par les Etats et les accords privés dans l'Union. Par conséquent, l'âge de la retraite dans les régimes complémentaires relève du droit national qui reste libre de fixer l'âge limite, tant qu'il n'y a pas de discrimination entre les sexes. Le législateur national pourrait donc en principe élever l'âge de la retraite des femmes au niveau de celui des hommes. Cela ne manquerait pas de soulever à son tour une autre question. Une telle approche constitue-t-elle une harmonisation dans le progrès, au sens de l'article 117 du Traité ? La réponse n'est pas forcément aisée. Certaines catégories de femmes pourront envisager de prolonger une activité professionnelle intéressante qui aurait été sinon interrompue par le couperet de l'âge légal de la retraite. D'autres, par contre, peut-être moins privilégiées sur le plan professionnel et plus chargées par la double journée de travail au foyer et dans l'entreprise, y verront peut-être une péjoration de leurs droits.

viii) Le Protocole sur l'article 119 du Traité

1. Les remous suscités par l'égalisation jurisprudentielle de l'âge de la retraite ont suscité rapidement une réaction politique. Ainsi, sous la pression de la présidence des Pays-Bas qui avait été interpellée par les régimes complémentaires néerlandais, un Protocole sur l'article 119 du Traité instituant la Communauté européenne fut adopté à l'occasion du Traité sur l'Union Européenne signé le 7 février 1992 à Maastricht; son contenu était le suivant:

> "Aux fins de l'application de l'article 119, des prestations en vertu d'un régime professionnel de sécurité sociale ne seront pas considérées comme rémunération si et dans la mesure où elles peuvent être attribuées aux périodes d'emploi antérieures au 17 mai 1990, exception faite pour les travailleurs ou leurs ayant droits qui ont, avant cette date, engagé une action en justice ou introduit une réclamation équivalente selon le droit national applicable."[15]

2. En d'autres termes, le point de départ pour l'égalisation de l'âge de la retraite a été fixé au 17 mai 1990. Au plan actuariel, seuls les droits acquis après cette date sont soumis au principe de l'égalité des rémunérations, exception faite des quelques bénéficiaires qui l'auraient revendiqué avant.

---

[15] Conseil et Commission des Communautés européennes: *Traité sur l'Union européenne,* 1992, p. 147.

c) La Directive 79/7 sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale[16]

i) Le contenu de la Directive

1. Aux origines de cette directive, on trouve le premier arrêt DEFRENNE[17] relatif à l'application de l'art. 119 du Traité, qui remonte à 1971. Il a exclu de la notion d'avantages accessoires au salaire, les régimes légaux de sécurité sociale. Déjà à l'époque, par un raisonnement *a contrario,* une conclusion s'imposait: les régimes complémentaires non légaux sont soumis à l'interdiction des discriminations en matière de rémunération. Il en résulta une situation paradoxale. Si l'égalité entre les sexes dans les régimes complémentaires pouvait être assurée directement par le développement de la jurisprudence communautaire, il n'en allait pas de même pour les régimes légaux de sécurité sociale. Or, on ne pouvait décemment égaliser la situation dans les premiers sans le faire dans les seconds, ceux-là étant complémentaires à ceux-ci. La décision fut donc prise de ne pas traiter des régimes complémentaires dans le premier instrument communautaire consacré à l'égalité des rémunérations[18], la Directive du Conseil du 10 février 1975 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins (75/117)[19].

2. Par ailleurs, la Directive du Conseil du 9 février 1976 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle, et les conditions de travail (76/207)[20] se réfère expressément au problème. Elle dispose, à son article 1 paragraphe 2, que le Conseil, en vue d'assurer la mise en oeuvre progressive du principe de l'égalité de traitement en matière de sécurité sociale, arrêtera, sur proposition de la Commission, des dispositions qui en préciseront notamment le contenu, la portée et les modalités d'application.

3. La Commission européenne mit donc en chantier un nouvel instrument consacré à la sécurité sociale qui aboutit à la Directive du Conseil du 19 décembre 1978 relative à la mise en oeuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale (79/7)[21]. Cet instrument s'applique uniquement aux régimes complémentaires légaux.

---

16 *JOCE* du 3 janvier 1979, No L 6/24.

17 RCJE 1971, p. 445 ss; voir le Chapitre 7, litt. b, ii.

18 LAURENT André: «Egalité en matière de sécurité sociale», in: "Nouvelles technologies et changement social - Dix ans de politique communautaire en faveur de l'égalité entre les hommes et les femmes", *Europe sociale,* No 2/86, p. 108.

19 *JOCE* du 19 décembre 1975, No L 45/19.

20 *JOCE* du 14 février 1976, No L 39/40.

21 *JOCE* du 10 janvier 1979, No L 6/24.

4. Le champ d'application personnel s'étend à toute la population active, y compris les travailleurs indépendants, conformément à la tendance à la généralisation propre à la sécurité sociale. Elle couvre également les travailleurs dont l'activité est interrompue par une maladie, un accident ou un chômage involontaire et les personnes à la recherche d'un emploi, ainsi qu'aux travailleurs retraités et aux invalides (art. 2).

5. Le champ d'application matériel n'est pas aussi étendu que la convention No 102 de l'OIT qui fixe les neuf éventualités classiques de la sécurité sociale[22]. Seuls les régimes couvrant les éventualités suivantes sont concernés (art. 3, alinéa 1, litt. a):

- la maladie,
- l'invalidité,
- la vieillesse,
- l'accident du travail et la maladie professionnelle,
- le chômage.

L'aide sociale est également inclue, dans la mesure où elle est destinée à compléter ou à suppléer à ces régimes. Sont par contre exclues du champ d'application, les prestations de survivants, où la femme est souvent avantagée, et les prestations familiales[23].

6. Certaines questions sont exclues du champ d'application de la Directive.

La fixation de l'âge de la retraite pour l'octroi des pensions de vieillesse et de retraite et les conséquences pouvant en découler pour d'autres prestations ont été expressément exclues du champ d'application obligatoire de la Directive (art. 7 al. 1 litt. a).

Les avantages accordés en matière d'assurance-vieillesse aux personnes qui ont élevé des enfants sont exclus du champ d'application[24]. On a voulu ainsi tenir compte de l'effort éducatif non rémunéré accompli par la femme au foyer. Le fait qu'elle reçoive un avantage à ce titre ne constitue pas une discrimination entre les sexes.

Sont également exclues du champ d'application les majorations de prestations à long terme (pensions de vieillesse, d'invalidité et d'accidents du travail) pour l'épouse à charge[25].

7. La Directive vise la réalisation du principe d'égalité de traitement qui implique l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe, soit directement, soit

---

22 Soins de santé en cas de maladie, indemnités en espèces en cas de maladie, la maternité, le chômage, l'invalidité, la vieillesse, le décès, le risque professionnel (accidents et maladies professionnelles), et les charges de famille.

23 Art. 3 alinéa 2 de la Directive.

24 Art. 7 alinéa 1 litt. b de la Directive.

25 Art. 7 alinéa 1 litt. b et c de la Directive.

indirectement par référence, notamment à l'état matrimonial ou familial, en particulier en ce qui concerne:

- le champ d'application des régimes et les conditions d'accès aux régimes,
- l'obligation de cotiser et le calcul des cotisations,
- le calcul des prestations, y compris les majorations dues au titre du conjoint et pour personne à charge et les conditions de durée et de maintien du droit aux prestations[26].

Le principe de l'égalité de traitement ne fait pas obstacle aux dispositions relatives à la protection de la femme en raison de la maternité[27].

ii) La discrimination directe et indirecte

1. L'un des problèmes essentiels soulevés par l'égalité de traitement a trait à la définition concrète de la discrimination indirecte. La Cour de Justice des Communautés européennes a fait ici sentir tout son poids dans l'harmonisation en élaborant les critères permettant de reconnaître l'existence d'une telle discrimination.

2. La première distinction porte sur les discriminations formelles, qui tendent à traiter de manière dissemblable des situations comparables, et les discriminations matérielles, qui traitent de manière identique des situations non comparables[28]. La Directive combat les discriminations formelles qui peuvent être directes ou indirectes.

3. La discrimination directe est aisée à déceler: il apparaît clairement que l'on désavantage les femmes par rapport aux hommes, ou inversement les hommes par rapport aux femmes. Par contre, la discrimination est indirecte quand le traitement différent n'apparaît pas directement fondé sur le sexe, mais lorsqu'une mesure apparemment neutre a un effet équivalent à une discrimination fondée sur le sexe, provoquant un désavantage pour les travailleurs d'un sexe opposé [29]. C'est le développement du travail à temps partiel des femmes qui a été l'un des principaux vecteurs du développement de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes à propos des discriminations indirectes. L'application concrète de ces principes apparaît clairement dans la jurisprudence de la Cour de Justice relative au travail à temps partiel et la discrimination indirecte qui peut en découler. Trois arrêts permettent d'illustrer la hardiesse de la jurisprudence lorsqu'il s'agit de faire ressortir les discriminations indirectes qui se cachent derrière une apparence neutre. Au fil de son évolution, elle affirmera son refus de celles-ci non seulement dans le domaine des rémunérations, mais également dans celui de la sécurité sociale.

---

26 Art. 4 alinéa 1 de la Directive.
27 Art. 4 alinéa 2 de la Directive.
28 LAURENT André, *op. cit.*, p. 112.
29 *Ibid.*, p. 112.

4. Le premier cas concernait Mme JENKINS qui travaillait pour une entreprise productrice de vêtements pour femmes. Elle se plaignait d'une rémunération par heure de travail inférieure à celle payée à l'un de ses collègues masculins, occupé à plein temps, accomplissant le même travail. Or, dans l'entreprise concernée, tous les travailleurs à temps partiel étaient du sexe féminin. La Cour de Justice fut donc interpellée sur cette inégalité.

Dans son arrêt JENKINS[30], la Cour indiqua en premier lieu qu'une différence de rémunération entre travailleurs à temps plein et travailleurs à temps partiel ne constitue une discrimination prohibée par l'art. 119 du Traité que si elle n'est en réalité qu'un moyen indirect pour réduire le niveau de rémunération des travailleurs à temps partiel en raison de la circonstance que ce groupe de travailleurs se compose, de manière exclusive ou prépondérante, de personnes de sexe féminin. Elle précisa ensuite que l'art. 119 du Traité s'applique directement à une telle situation, pour autant que le juge national puisse établir, à l'aide des critères d'identité de travail et d'égalité de rémunération, l'existence d'une discrimination entre les sexes[31].

5. Le deuxième cas concernait Mme RINNER-KUEHN qui travaillait dix heures par semaine pour une entreprise de nettoyage de bâtiments. Son employeur refusa de maintenir le versement de son salaire pendant son absence pour cause de maladie. La législation allemande sur le maintien du salaire *(la Lohnfortzahlungsgesetz)* du 27 juillet 1969 prévoit, en effet, l'obligation de payer le salaire jusqu'à concurrence d'une durée de six semaines en cas d'absence non fautive pour cause de maladie. Toutefois, sont exclus du bénéfice de ces dispositions les travailleurs dont le contrat prévoit une durée normale du travail qui n'excède pas dix heures par semaine ou quarante-cinq heures par mois. Or, il ressortait des faits de la cause qu'un pourcentage considérablement plus faible de femmes que d'hommes effectue le nombre minimal d'heures de travail par semaine ou par mois qui est requis pour avoir droit au maintien de salaire en cas d'incapacité de travail pour cause de maladie. Dans son arrêt RINNER-KUEHN[32], la Cour de Justice indiqua que l'art. 119 du Traité CE doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une législation nationale qui permet aux employeurs d'exclure du maintien de la rémunération en cas de maladie les travailleurs dont la durée normale de travail n'excède pas dix heures par semaine ou quarante-cinq heures par mois, lorsque cette mesure frappe un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes, à moins que l'Etat membre établisse que ladite législation est justifiée par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe[33].

6. Enfin, dernier cas, Mme RUZIUS-WILBRINK était en litige avec la direction de l'association professionnelle des services publics à propos des prestations du régime

---

30 *RJCE* 1981-1, p. 922-928.
31 *Ibid.*, p. 928.
32 *RJCE* 1989-7, p. 2757-2762.
33 *Ibid.*, p. 2762.

général d'assurance contre l'incapacité de travail, instauré le 11 décembre 1975 par une loi néerlandaise. Ayant travaillé à temps partiel avant son incapacité, elle s'estimait victime d'une discrimination indirecte dans le calcul des prestations auxquelles elle avait droit. Il ressortait des faits de la cause que la catégorie des travailleurs à temps partiel se compose aux Pays-Bas d'un pourcentage considérablement plus faible d'hommes que de femmes. La Cour de Justice répondit dans son arrêt RUZIUS-WILBRINK[34] que l'art. 4 al. 1 de la Directive 79/7 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce que, dans le cadre d'une législation nationale garantissant un minimum social aux assurés atteints d'une incapacité de travail, une disposition introduise une exception à ce principe à l'égard des assurés ayant précédemment travaillé à temps partiel et limite le montant de l'allocation au salaire antérieurement perçu, lorsque cette mesure frappe un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes, à moins que ladite législation ne soit justifiée par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe. Fait rare en droit communautaire[35], la Cour de Justice attribue également un effet direct et immédiat à la Directive, justifié par l'absence de mesures d'application de l'article 4 al. 1 de la Directive et par l'existence d'une discrimination indirecte opérée par l'Etat. Par conséquent, le groupe défavorisé du fait de cette discrimination - en l'occurrence les femmes - doit être traité de la même façon et se voir attribuer le même régime que les autres allocataires, régime qui, à défaut d'exécution correcte de ladite directive, reste le seul système de référence valable.

7. On constate à nouveau le rôle de la jurisprudence dans l'harmonisation sociale en matière d'égalité entre hommes et femmes.

d) La Directive 86/378 du Conseil sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale[36]

1. L'art. 3 al. 3 de la Directive 79/7 sur l'égalité de traitement en matière de sécurité sociale prévoyait que le Conseil devait arrêter, sur proposition de la Commission, des dispositions qui préciseraient le contenu, la portée et les modalités d'application du principe d'égalité de traitement dans les régimes professionnels, c'est-à-dire dans les régimes non légaux et qui ne sont pas assimilables à la sécurité sociale.

2. Adoptée le 24 juillet 1986, la Directive sur les régimes professionnels constitue la première tentative de la Communauté d'adopter un ensemble cohérent de principes

---

34 Arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes du 13 décembre 1989, No C-102/88 - 2.

35 En vertu de l'art. 189 al. 3 du Traité, la Directive lie les Etats membres quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens. Seul le Règlement est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tout Etat membre (art. 189 al. 2 Traité).

36 *JOCE* du 12 août 1986, No L 225/40.

visant à l'égalité de traitement entre les sexes dans les régimes complémentaires de retraite non légaux. Toutefois, la jurisprudence de la Cour de Justice sur l'égalité de l'âge de la retraite[37], sur lequel le Conseil avait précisément voulu éviter de légiférer au plan communautaire, bousculera cet édifice.

3. La définition juridique des régimes professionnels retenue par la Communauté[38] a servi de référence pour la théorie générale des régimes complémentaires[39]. Il n'est donc pas nécessaire d'y revenir.

4. Le champ d'application personnel de la Directive s'étend à la population active - y compris les travailleurs indépendants, les travailleurs dont l'activité est interrompue par la maladie, une maternité, un accident ou un chômage involontaire, et les personnes à la recherche d'un emploi, ainsi qu'aux travailleurs retraités et aux travailleurs invalides[40].

Le champ d'application matériel s'étend aux régimes professionnels qui assurent une protection contre les risques de la maladie, de l'invalidité, de la vieillesse, y compris dans le cas des retraites anticipées, des accidents et maladies professionnelles et du chômage[41].

Une extension de ce champ d'application est prévue. Elle vise les régimes professionnels qui accordent d'autres prestations, en nature ou espèces, et notamment des prestations de survivants et des prestations familiales, destinées à des travailleurs salariés et qui constituent dès lors des avantages payés par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier[42].

5. Le principe d'égalité de traitement est - quant à son contenu - rigoureusement identique[43] à celui retenu par la Directive 79/7 sur l'égalité de traitement en matière de sécurité sociale. Il fait, néanmoins, l'objet d'une énumération plus précise quant aux domaines concrets qu'il vise. De plus, la Directive précise que les Etats peuvent différer, dans certains cas, la mise en oeuvre du principe d'égalité.

6. La Directive énumère ainsi les dispositions contraires à l'égalité de traitement. Elle établit une liste de dispositions[44] qui, si elles se fondent sur le sexe soit directement, soit indirectement, notamment par référence à l'état matrimonial ou familial, peuvent entraîner une inégalité de traitement[45]. Sont visées les dispositions établies pour:

---

37 Voir le Chapitre 7, litt. b, chiffre vi).
38 Art. 2 de la Directive.
39 Voir à ce sujet le Chapitre 2, litt. g.
40 Art. 3 de la Directive.
41 Art. 4 alinéa 1 de la Directive.
42 Art. 4 alinéa 2 de la Directive.
43 Art. 4 alinéas 1 et 2 de la Directive.
44 Art. 6 alinéa 1 de la Directive.
45 Art. 6 alinéa 1 litt. a-j de la Directive.

a) définir les personnes admises à participer à un régime professionnel;

b) fixer le caractère obligatoire ou facultatif de la participation à un régime professionnel[46] ;

c) établir des règles différentes en ce qui concerne l'âge d'entrée dans le régime ou en ce qui concerne la durée minimale d'emploi ou d'affiliation au régime pour l'obtention des prestations;

d) prévoir des règles différentes, sauf dans la mesure prévue aux points h) et i), pour le remboursement des cotisations quand le travailleur quitte le régime sans avoir rempli les conditions qui lui garantissent un droit différé aux prestations à long terme;

e) fixer des conditions différentes d'octroi des prestations ou réserver celles-ci aux travailleurs de l'un des deux sexes;

f) imposer des âges différents de la retraite;

g) interrompre le maintien ou l'acquisition de droits pendant les périodes de congé pour raisons familiales, légalement ou conventionnellement prescrits et rémunérés par l'employeur;

h) fixer des niveaux différents pour les prestations, sauf dans la mesure nécessaire pour tenir compte d'éléments de calcul actuariel qui sont différents pour les deux sexes dans le cas de prestations définies comme étant fondées sur les cotisations;

i) fixer des niveaux différents pour les cotisations des travailleurs; fixer des niveaux différents pour les cotisations des employeurs dans le cas de prestations définies comme étant fondées sur les cotisations, sauf s'il s'agit de rapprocher les montants de ces prestations;

j) prévoir des normes différentes ou des normes applicables seulement aux travailleurs d'un sexe déterminé, sauf dans la mesure prévue aux points h) et i), en ce qui concerne la garantie ou le maintien du droit à des prestations différées quand le travailleur quitte le régime.

Le principe d'égalité de traitement s'applique également aux prestations accordées en vertu d'un pouvoir discrétionnaire par les organes de gestion du régime complémentaire[47]. De manière générale, on appliquera à ces différents domaines les principes dégagés par l'Union en matière de discrimination directe et indirecte[48].

7. La Directive prévoit l'obligation pour les Etats membres de prévoir des sanctions en cas de violation du principe d'égalité. Ils doivent prendre les mesures nécessaires afin

---

46 Cette disposition est applicable notamment au cas de l'exclusion de l'affiliation obligatoire à un régime complémentaire des travailleurs à temps partiel lorsque ceux-ci seraient majoritairement féminins.

47 Art. 6 alinéa 2 de la Directive.

48 Voir le Chapitre 7, litt. c, chiffre ii) ci-dessus.

que soient nulles, puissent être déclarées nulles ou être amendées, les dispositions contraires au principe de l'égalité de traitement qui figurent dans les conventions collectives légalement obligatoires, les règlements d'entreprises ou tout autre arrangement relatif aux régimes professionnels[49]. Sont ainsi visés tant les régimes conventionnels que contractuels. Les Etats membres doivent également s'assurer que des régimes contenant de telles dispositions inégalitaires ne peuvent faire l'objet de mesures d'approbation ou d'extension. Sont visés ici les régimes conventionnels.

8. La Directive contient des dispositions transitoires et admet le droit de différer la mise en application de l'égalité de traitement dans certains cas.

Les Etats membres ont reçu un délai échéant au 1er janvier 1993 pour s'assurer de la révision des dispositions contraires à l'égalité de traitement dans les régimes professionnels[50]. De plus, les droits et obligations afférents à une période d'affiliation à un régime professionnel antérieure à la révision de ce régime demeurent régis par les dispositions de ce régime en vigueur au cours de cette période[51].

Malgré ces dispositions transitoires, la Directive prévoit que les Etats membres sont autorisés, dans trois cas, à différer la mise en application de l'égalité de traitement[52] :

a) la fixation de l'âge de la retraite pour l'octroi de pensions de vieillesse et de retraite, et les conséquences pouvant en découler pour d'autres prestations, à leur choix:
   - soit jusqu'à la date à laquelle cette égalité est réalisée dans les régimes légaux;
   - soit au plus tard jusqu'à ce qu'une directive impose cette égalité;

b) les pensions de survivants jusqu'à ce qu'une directive impose le principe de l'égalité de traitement dans les régimes légaux de sécurité sociale sur ce sujet;

c) l'application de l'art. al. 1 litt. i (différence des cotisations des travailleurs et des employeurs), pour tenir compte des éléments de calculs actuariels différents, au plus tard jusqu'à l'expiration d'un délai de treize ans à compter de la notification de la Directive, soit jusqu'au 13 août 1999.

On peut ainsi apprécier à sa juste valeur le séisme provoqué par l'arrêt BARBER[53], qui a directement remis en cause le droit des Etats membres de différer la mise en oeuvre de l'égalité de l'âge de la retraite.

---

49 Art. 7 litt. a de la Directive.
50 Art. 8 alinéa 1 de la Directive.
51 Art. 8 alinéa 2 de la Directive.
52 Art. 9 litt. a-c de la Directive.
53 Voir le Chapitre 7, litt. b, chiffre vi).

e) Conclusion: les délais de stage et la discrimination indirecte

1. Si les directives sont importantes, la jurisprudence de la Cour de Justice ne saurait être sous-estimée. Pour les régimes complémentaires, deux éléments paraissent mériter l'attention pour l'avenir, soit

- l'interprétation assez large retenue par la Cour de la notion des discriminations indirectes,
- et l'obligation imposée aux Etats membres, par l'article 10 de la Directive 86/378, d'ouvrir jusqu'au 1er janvier 1993 des voies de droit permettant de contester les inégalités de traitement dans les régimes complémentaires de retraite.

2. Ce mécanisme jurisprudentiel illustre la puissance du droit dans la construction européenne[54] non seulement pour souder l'acquis communautaire, mais aussi pour promouvoir l'intégration et en particulier l'harmonisation sociale. La primauté et l'effet direct du droit communautaire ont reçu leur consécration grâce à la procédure de recours préjudiciel[55], permettant au particulier de faire contrôler l'interprétation par les juridictions nationales du droit communautaire en s'adressant à la Cour de Justice. Lorsqu'un ressortissant d'un Etat membre se voit imposer une obligation en vertu de son droit national, il peut tenter de s'y opposer en invoquant une disposition contraire du droit communautaire. Saisie d'un recours, la Cour de Justice interprétera la norme litigieuse à la lumière des circonstances concrètes du cas. Une action privée et individuelle peut ainsi contribuer à modifier des pans entiers de la réalité juridique nationale et communautaire. Qui s'attendait à ce que le recours préjudiciel de M. BARBER puisse aboutir à l'égalisation de l'âge de la retraite dans les régimes complémentaires de retraite ? Le droit a comblé ici les retards du politique par une application des grands principes du Traité aux cas concrets de discrimination.

3. On est ainsi fondé à se demander si les délais de stage mis à l'acquisition des droits dans un régime complémentaire résisteraient à leur contestation par une travailleuse qui s'estimerait victime d'une discrimination indirecte. L'argument essentiel serait qu'à l'instar des discriminations envers les travailleurs à temps partiel, les délais de stage frappent plus les femmes que les hommes en raison des interruptions de carrière dues à la maternité et au travail ménager.

4. L'objection essentielle surgira du principe de la subsidiarité consacré par le Traité sur l'Union Européenne[56]. Dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union n'intervient que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent être réalisés de manière suffisante par les Etats membres et

---

54 COHEN-TANDUGI Laurent: «L'Etat dans la construction européenne. Intégration juridique ou politique», in: LENOIR René/LESOURNE Jacques: *Où va l'Etat ?*, 1992, p. 157-160.

55 Art. 177 du Traité.

56 Art. 3 B du Traité sur l'Union Européenne.

peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire. Ce principe limite le pouvoir d'intervention de l'Union. Chargée de la sauvegarde et de l'interprétation du Traité[57] la Cour de Justice sera tenue d'introduire dans sa réflexion la dimension de la subsidiarité.

5. L'objection a son importance, car la suppression jurisprudentielle des délais de stage risque d'entraîner dans les pays où les régimes contractuels sont dominants, et tout particulièrement en Allemagne, un coût plus élevé de la protection complémentaire. Cette conséquence ne va-t-elle pas amener les entreprises à réduire leurs efforts de prévoyance car elles ne bénéficieront plus d'une stabilité de leurs effectifs de salariés, en particulier de ceux pour lesquels elles ont engagé des frais de formation importants et qui seront de ce fait tentés par la mobilité ? Un tel résultat serait contraire à l'objectif communautaire d'une harmonisation dans le progrès[58].

A cet égard, l'arrêt BARBER n'illustre pas une sensibilité particulière de la Cour de Justice pour le coût engendré par ses décisions. Au contraire, dès l'instant où les principes constitutifs de l'ordre juridique communautaire lui paraissent être en cause, la question du coût de la mutation lui est relativement indifférente. Une exception peut être faite en ce qui concerne l'effet rétroactif de sa décision, la Cour pouvant le refuser afin de ne pas tromper la confiance placée jusque-là dans le droit existant.

6. Il est évidemment difficile de mesurer aujourd'hui la portée qu'aura le principe de la subsidiarité notamment dans la jurisprudence de la Cour de Justice. Mais il faut s'attendre à ce qu'il marque les débats futurs sur le potentiel et les limites de l'harmonisation communautaire. Ainsi, on pourra se demander si la suppression des inégalités de traitement entre hommes et femmes relève d'une compétence communautaire exclusive ou d'une compétence concurrente avec celle des Etats membres. La réponse vraisemblable est qu'il n'y a pas d'exclusivité, sauf si les Etats membres déclinent expressément toute action dans ce domaine, attitude constitutive d'une violation du droit communautaire. S'il s'agit d'une compétence concurrente, on s'interrogera sur le seuil à partir duquel les organes judiciaires communautaires pourront et devront intervenir par des décisions intégratives afin d'assurer le respect du Traité. Les mêmes questions surgissent à propos du conflit entre les délais de stage et la liberté de circulation des travailleurs[59].

---

57 Art. 173 et 177 du Traité sur l'Union Européenne.

58 Art. 117 du Traité.

59 Voir le Chapitre 10, litt. e, ci-après.

CHAPITRE 8

UNE VOLONTE D'HARMONISATION FACE AU TRAVAIL ATYPIQUE

a) Un modèle de relations salariales en mutation

1. Le développement pragmatique d'une meilleure protection pour le travail à temps partiel ou temporaire, sous l'impact du principe général de l'égalité de traitement entre hommes et femmes, débouche aujourd'hui sur une réflexion plus générale à propos du travail atypique. Tant le droit du travail que le droit de la sécurité sociale ont largement fondé leurs protections sur un modèle dominant du rapport salarial - le travail typique[1] - dont les caractéristiques principales sont les suivantes:

- le contrat individuel de travail est de durée indéterminée et à temps plein;
- le travail industriel est dominant;
- le travail se fait de jour, la nuit étant consacrée au repos;
- la journée de travail doit être interrompue à midi;
- le dimanche n'est pas un jour de travail;
- la durée du travail hebdomadaire ne doit pas dépasser certaines limites;
- enfin, la femme est peu insérée dans l'activité économique.

2. Ce modèle connaît aujourd'hui une crise relative liée à de profondes mutations:

- les besoins de flexibilité des employeurs qui, sous la pression de la concurrence internationale, de l'innovation technologique et de la réduction du temps de travail, doivent disposer d'une plus grande souplesse dans l'organisation et le fonctionnement de leur appareil de production et de leurs effectifs de salariés;
- des besoins individuels, notamment d'éviter le chômage, de même que les impératifs familiaux, en particulier pour les femmes, amènent des salariés à chercher ou à accepter des relations de travail atypiques, c'est-à-dire qui ne s'intègrent que partiellement ou pas du tout au rapport salarial typique, caractérisé par le travail à temps plein de durée indéterminée, s'exerçant de

[1] CORDOVA Effren: *Nuevas formas y aspectos de las relaciones de trabajo atipicas,* IIe Congrès international de la Société internationale de droit du travail et de la sécurité sociale, 1985, II - Vol. I, p. 12; TREU Tiziano: «Introduction. New Trends in Working Time Arrangements», in: *Current issues in labour relations. An international perspective,* 1989, p. 150.

jour et durant la semaine. On parle aussi de marché du travail *dual*, constitué d'un noyau central de travailleurs typiques et d'une périphérie de travailleurs atypiques.

3. La réflexion entraînée par ces mutations offre de nombreux aspects. Leur impact sur les régimes complémentaires de retraite, étroitement liés qu'ils sont aux entreprises, en constitue l'un d'eux. L'évolution du droit communautaire *de lege lata* et *ferenda,* en est en tout cas l'illustration, car il fournit quelques pistes de recherche s'agissant des nouveaux besoins de protection, notamment en ce qui concerne l'acquisition et le maintien de droits dans les régimes complémentaires de retraite.

b) La flexibilité: éléments d'une définition

i) La flexibilité interne et externe

1. La notion de flexibilité est trop générale pour signifier en soi une orientation précise. Il est donc nécessaire de la préciser. Sa définition implique une première distinction entre la flexibilité externe et interne[2].

La flexibilité externe a deux aspects:

- un aspect quantitatif qui vise à faire varier le nombre des salariés de l'entreprise en fonction de ses besoins. Elle est facilitée par l'absence d'une protection efficace contre les licenciements et par l'existence d'un volant de main-d'oeuvre précaire (immigrés, chômeurs engagés à titre intérimaire, etc.);
- un aspect d'externalisation des coûts qui vise à confier une part variable de l'activité à des entreprises ou à des personnes extérieures, non liées par un contrat de travail, afin de transférer les risques de l'activité économique a des tiers. L'externalisation prend plusieurs formes: sous-traitance, travail intérimaire, utilisation de travailleurs indépendants.

La flexibilité interne cherchera, par contre, à favoriser les déplacements de salariés et la modulation des horaires de travail à l'intérieur de l'entreprise. Comme le souligne LEBAUBE, la flexibilité externe, en vigueur aux Etats-Unis par exemple, a pour conséquence que *"le salarié, dont la formation n'est pas prise en charge par*

---

2 BRUNHES Bernard: «La flexibilité de la main-d'oeuvre dans les entreprises: étude comparée de quatre pays européens», in: *La flexibilité du marché du travail. Nouvelles tendances dans l'entreprise,* Organisation de coopération et de développement économiques, 1989, p. 11; NOVEMBER Andràs: *Nouvelles technologies et mutations socio-économiques. Manuel des technologies nouvelles,* 1990, p. 100-101. Voir aussi LEY Katharina: «Flexible Arbeitszeiten. Ueberlegungen zu ihrer aktuellen Bedeutung und rechtliche Stellung», in: *Flexibilisierung der Arbeitszeit,* Hrsg. von Manfred REHBINDER, 1987, p. 15-27.

l'entreprise, est intégré puis rejeté en fonction des seules exigences de la production"[3]. La flexibilité interne, par contre, aboutit à la gestion anticipée des mutations dues à la flexibilité, à la formation et au recyclage des salariés par l'entreprise et à la mise en place d'un dialogue social, dont les modèles sont la Suède et l'Allemagne.

ii) Les différentes formes de flexibilité applicables au travail salarié[4]

1. Le travail salarié n'est pas seul touché par la flexibilité, qui stimule également la sous-traitance et le développement des formes de travail indépendant. Mais il est nécessaire de distinguer les différentes formes de flexibilité qui affectent spécifiquement le travail salarié.

2. La flexibilité salariale vise à adapter les rémunérations des salariés aux fluctuations conjoncturelles ou aux bénéfices de l'entreprise. Elle permet de réduire les charges sociales qui incombent à l'employeur. L'indemnisation du chômage partiel, de même que toutes les formes de travail précaire répondent à ce besoin. Elle relève plutôt de la flexibilité externe. Les régimes complémentaires, qui constituent l'un des éléments de coût salarial pour l'entreprise, sont directement concernés par la flexibilité salariale.

3. La flexibilité techno-organisationnelle favorise la mobilité des travailleurs au sein de l'entreprise en leur assurant la possibilité d'assurer des tâches variées et en les affectant à différents postes de travail. Ici apparaît la relation directe entre les mutations technologiques et les adaptations organisationnelles des entreprises: l'automatisation de certains procédés de travail implique une polyvalence accrue des salariés et les aptitudes pour le travail en groupe. La formation, le recyclage, la participation et les *"cercles de qualité"*. Ici intervient la flexibilité interne.

4. La flexibilité numérique vise à ajuster les effectifs des salariés ou moduler la durée du temps de travail selon l'évolution des activités de l'entreprise. Parmi les formes existantes, on peut mentionner le travail intérimaire, le travail à temps partiel, l'horaire à la carte, le partage du même poste de travail, les contrats de travail à durée déterminée ou à tâche déterminée. Elle porte les traits de la flexibilité externe. Ici également, les charges salariales indirectes liées aux régimes complémentaires ont leur importance.

5. La flexibilité du temps de travail est une méthode d'aménagement du temps de travail et de l'organisation de la production en fonction des variations cycliques du marché auxquelles l'entreprise fait face. Elle vise à adapter les horaires des salariés: fixation des durées hebdomadaires, mensuelles ou annuelles du travail, les congés de récupération, les horaires à la carte, la retraite à la carte, la gestion des heures supplémentaires, l'alternance de travail et de formation. De manière générale, cette

---

3 LEBAUBE Alain: «La quête d'un modèle social. Les signes se multiplient d'une redéfinition "à la française" des rapports dans l'entreprise», *Le Monde,* 4 janvier 1992, p. 1 et 17.

4 NOVEMBER, *op. cit.*, p. 100-101.

flexibilité implique une modulation des horaires individuels et l'aménagement - ou le réarrangement - du temps de travail collectif. La flexibilité interne est ici de mise.

c) Les emplois atypiques

1. Les emplois atypiques dérogent au modèle classique du contrat individuel de travail de durée indéterminée et à temps plein. Ils ne constituent pas, pour autant, un modèle unique. Au contraire, une grande diversité est plutôt la règle, comme on peut le constater dans tous les pays européens:

- le travail à temps partiel,
- le travail temporaire (contrat de durée déterminée et/ou travail intérimaire),
- le travail saisonnier,
- le travail sur appel,
- le travail à domicile et à distance,
- le travail clandestin[5].

2. La croissance des emplois atypiques est frappante. De 1983 à 1988, les Etats Membres de la Communauté ont vu le temps partiel croître de 27,7%, alors que le temps plein n'a crû que de 2,4%. La moyenne des salariés occupés à temps partiel par rapport à l'ensemble des salariés s'élevait à 13,6% dans la Communauté en 1988, à savoir plus de 14 millions de travailleurs. Il touche semble-t-il plus particulièrement les femmes. S'agissant du travail temporaire, il y avait à peu près 10 millions de travailleurs temporaires en 1988 dans la Communauté, à savoir un pourcentage de 9,6% de l'ensemble de l'emploi salarié. Selon une enquête récente, il y avait 5 millions de travailleurs intérimaires dans la Communauté[6].

d) Des nouveaux besoins de protection en général

1. L'usage du travail à temps partiel et temporaire peut entraîner une distorsion de la concurrence quant aux coûts salariaux, quant à la couverture par les régimes légaux de protection sociale et quant aux autres avantages salariaux indirects. Le rétablissement d'une saine concurrence, qui ne s'exerce pas par un abaissement des conditions de

---

5 La liste des classifications juridiques est fort vaste. On consultera à ce sujet CORDOVA, *op. cit.*, p. 15-16, qui distingue entre trois grands groupes formés par le contrat atypique proprement dit, le travail pour compte propre et le travail clandestin. Ces catégories peuvent toutes se subdiviser. Ainsi, le contrat atypique peut se diviser en quatre catégories selon la durée du rapport contractuel, le temps de travail, le lieu de travail et l'existence d'une pluralité d'employeurs.

6 Document du 13 août 1990 de la Commission européenne (Com/90 228 final - SYN 280 et SYN 281) présentant les trois propositions de directives sur le travail atypique, p. 8-11.

travail, implique la nécessité d'une intervention régulatrice visant, d'une part, à freiner le recours à ces formes de travail et, d'autre part, à l'égalité de traitement avec les travailleurs à temps plein[7] en ce qui concerne la protection sociale et les avantages salariaux indirects.

2. La multiplication des statuts du travail salarié entraîne une opacité du marché et une méconnaissance des droits du travailleur. Afin d'assurer une plus grande transparence du marché du travail et de permettre au travailleur de connaître ses droits, notamment lorsqu'il s'engage dans un contrat de travail atypique, il peut s'avérer nécessaire d'établir l'obligation générale selon laquelle tout travailleur salarié doit disposer d'un document constituant un élément de preuve des conditions essentielles de la relation de travail qui le lie à son employeur. C'est l'obligation de délivrer au moins une déclaration écrite d'engagement, introduite récemment sur le plan Communautaire[8].

3. D'autres normes sont prévues dans ce domaine, mais elles ne concernent pas les régimes complémentaires[9].

e) La proposition de directive du Conseil relative à certaines relations de travail en ce qui concerne les distorsions de concurrence [10]

i) Son contenu

1. L'art. 100 A du Traité CE, introduit par l'Acte Unique Européen, permet d'adopter les mesures qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur européen. C'est à ce titre que des dispositions peuvent être prises pour limiter les distorsions de concurrence, notamment en ce qui concerne les droits et les intérêts des travailleurs salariés. Dans ce cas, toutefois, la règle de l'unanimité prévaut.

---

7 Proposition de Directive du Conseil relative à certaines relations de travail en ce qui concerne les distorsions de concurrence du 29 juin 1990 (*JOCE* du 8 septembre 1990, No C 224/05), amendée par la Commission le 7 novembre 1990 (*JOCE* du 5 décembre 1990, No C 305/8; *Europe Sociale,* 3/1990, p. 125-130).

8 Directive 91/533 du Conseil relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail (*JOCE* du 18 octobre 1991, No L 288/32).

9 Proposition de Directive du Conseil relative à certaines relations de travail en ce qui concerne les conditions de travail du 29 juin 1990 (*JOCE* du 8 septembre 1990, No C 224/04; *Europe Sociale,* 3/1990, p. 123-125). Directive 91/383 du Conseil complétant les mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé au travail des travailleurs ayant une relation de travail à durée déterminée ou une relation de travail intérimaire (*JOCE* du 29 juillet 1991, No L 206/19).

10 *JOCE* du 8 septembre 1990, No C 224/6, suivie d'une Modification par la Commission européenne à la proposition de directive (*JOCE* du 5 décembre 1990, No C 305/8).

2. Or, les différences de traitement découlant des différents droits nationaux peuvent entraîner de telles distorsions, s'agissant des relations de travail à temps partiel et/ou temporaire. Cela peut notamment être le cas lorsque ces relations ont un caractère frontalier. La Commission européenne indique que la comparaison des coûts de la couverture sociale entre travailleurs à temps plein et un nombre appréciable de travailleurs à temps partiel entre Etats membres présente des différences importantes et parfois considérables puisque les écarts constatés vont de 2 à 36% en pourcentage du salaire brut[11].

3. La proposition de directive vise ainsi à limiter les disparités de traitement dans les domaines tels que *"les coûts indirects dérivant de la protection sociale, les coûts indirects pour des prestations fournies aux travailleurs en espèces ou en nature, les coûts salariaux indirects liés à la durée du contrat, et notamment les dispositifs liés à l'ancienneté, tels que le droit au congé annuel, ainsi que le droit aux indemnités d'ancienneté et de licenciement"*[12].

4. Le champ d'application personnel et matériel s'étend à tous les travailleurs salariés des entreprises publiques et privées engagés dans des relations de travail à temps partiel ou temporaire, sous ses deux formes, le contrat à durée déterminée ou le contrat de travail intérimaire. Exception est faite pour les travailleurs salariés dont la durée hebdomadaire de travail est inférieure à huit heures par semaine en moyenne. Cette durée est calculée sur la base de la durée prévisible du travail ou, *a posteriori,* en prenant en compte toutes les périodes travaillées sur les six derniers mois.

5. Les régimes complémentaires sont surtout concernés par l'article 2 qui consacre le principe de l'égalité de traitement entre les travailleurs visés par la Directive et les travailleurs à temps plein et à durée indéterminée. Les premiers doivent bénéficier, par rapport aux seconds, *"d'une protection sociale au titre des régimes légaux et professionnels de sécurité sociale qui doit reposer sur la même base et les mêmes critères compte tenu de la durée du travail et/ou de la rémunération"*. L'idée essentielle est donc celle de la proportionnalité adéquate entre les rémunérations directes et indirectes perçues par les deux groupes de travailleurs.

D'autres règles sont prévues par cette proposition, notamment en ce qui concerne les limites à la durée et au renouvellement des contrats.

ii) Egalité de traitement et précarité

S'il est impossible de prévoir l'adoption, et encore moins le contenu final de cette proposition, il est par contre évident qu'elle marque une certaine évolution des

---

11 *Exposé des motifs de la Commission à l'appui de la proposition de Directive relative à certaines relations de travail en ce qui concerne les distorsions de concurrence,* Com(90) 228 final - SYN 280 et SYN 281, p. 20-21.

12 Préambule à la proposition de Directive, *ibid.*, p. 6-7.

conceptions. Largement consacré dans le domaine des rapports entre les sexes, le principe de l'égalité de traitement va-t-il se généraliser aux rapports entre travailleurs typiques et atypiques ? Seul l'avenir pourra le dire. Une telle égalité ne sera d'ailleurs pas gratuite. De plus, l'octroi non maîtrisé d'une protection égalitaire aux travailleurs atypiques peut entraîner un déplacement de charges de l'entreprise vers le système de protection sociale par une mutualisation des risques liés à l'absence d'activité régulière[13]. La précarité peut être ainsi favorisée au risque de déséquilibrer les systèmes de protection sociale. Il est également vrai, par contre, que certaines formes de travail atypique, et en particulier le travail clandestin, ont pour conséquence de diminuer l'assiette des cotisations des assurances sociales et de reporter sur l'assistance publique les coûts sociaux engendrés par la précarité. La mutation provoquée par l'exigence d'égalité de traitement doit s'accompagner d'une évaluation précise des modalités de sa mise en oeuvre.

f) La Directive 91/533 du Conseil relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail[14]

1. A l'origine de cette Directive, on trouve la volonté de concrétiser l'un des postulats de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs. Son point 9 indique notamment que les conditions de travail de tout salarié de l'Union *"doivent être précisées soit dans la loi, soit dans une convention collective, soit dans un contrat de travail selon les modalités propres à chaque pays"*. Aussi, a-t-il été admis qu'il fallait établir au niveau communautaire l'obligation générale selon laquelle tout travailleur salarié doit disposer d'un document contenant des informations sur les éléments essentiels de sa relation de travail.

2. La proposition de Directive du 5 décembre 1990 de la Commission[15] relative à un élément de preuve de la relation de travail instaurait l'obligation de l'employeur de

---

13 Ainsi, le régime d'assurance-chômage français UNEDIC accordait jusqu'à présent des prestations complètes aux artistes et techniciens intermittents du spectacle, qui disposaient en fait d'une garantie de revenu renouvelable tout au long de leur carrière et non d'une assurance-chômage au sens strict. Aucune contribution complémentaire n'avait été exigée de cette catégorie professionnelle pour supprimer ce privilège. Par contre, les entreprises de travail temporaire ordinaires devaient payer des contributions plus élevées, précisément afin d'éviter que l'assurance-chômage ne devienne un instrument favorisant le recours à ces formes de travail. Cela a abouti à subventionner un risque - le travail atypique dans le domaine culturel - qui rompait la mutualité propre à l'UNEDIC, et qui n'était assumé ni par l'économie de la profession du spectacle, ni par le budget culturel de l'Etat. En 1991, les 537 millions francs français de cotisations payées par les professions du spectacle correspondent à 2,350 milliards d'indemnités versées. Une situation à comparer aux 20 milliards de déficits sur les deux dernières années, pour 2,5 millions de chômeurs indemnisés (LEBAUBE Alain: «L'UNEDIC, premier mécène de France», *Le Monde,* 27 juillet 1992, p. 15).

14 *JOCE* du 18 octobre 1981, No L 288/32.

remettre au travailleur salarié une déclaration écrite[16]. Son contenu nécessaire portait sur des éléments essentiels parmi lesquels figuraient le régime de sécurité sociale applicable et, le cas échéant, le régime complémentaire.

3. Le texte définitif de la Directive, par contre, a abandonné toute référence explicite à l'éventuel régime complémentaire mis sur pied dans l'entreprise. L'employeur a uniquement l'obligation de communiquer le montant de base initial et les autres éléments constitutifs de la rémunération à laquelle le travailleur a droit[17]. Si la référence explicite au régime complémentaire a pu disparaître, le concept de rémunération est maintenu. Comment faut-il donc l'interpréter au regard de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes relative à l'égalité des rémunérations entre les sexes[18] qui admet le régime complémentaire comme un élément constitutif de la rémunération ? Il n'est en tout cas pas déraisonnable de soutenir que le régime complémentaire est inclu dans la notion de rémunération retenue par la Directive et que l'employeur est donc malgré tout tenu d'en communiquer les éléments essentiels.

---

15 Proposition de Directive du Conseil relative à un élément de preuve de la relation de travail, *JOCE* du 31 janvier 1991, No C 24/3.

16 Art. 2 alinéa 1 Proposition de Directive.

17 Art. 2 alinéa 2 litt. h de la Directive.

18 Voir Chapitre 7, litt. b, chiffre vi).

CHAPITRE 9

LE CHOIX DE LA CONVERGENCE

a) Une réflexion nouvelle: éviter les pertes indues de droits

1. La Communication sur la place des régimes complémentaires de retraite dans la protection sociale des travailleurs et leur incidence sur la libre circulation a été adoptée le 17 juillet 1991 par la Commission des Communautés européennes[1].

2. Elle part du constat de la diversité des régimes pour affirmer l'impossibilité de leur harmonisation générale. Il appartient aux Etats membres - et non à l'Union - de déterminer les rôles respectifs des régimes de base et complémentaires dans la protection sociale globale. Chaque Etat membre doit donc rester libre de choisir entre différentes options fondamentales: le choix entre l'effort collectif et individuel, le choix entre régimes légaux, conventionnels ou contractuels, le choix entre la répartition et la capitalisation.

3. Il est admis, par contre, que l'absence de coordination des régimes complémentaires est un obstacle important à la libre circulation des travailleurs. Toutefois, la garantie des droits à des prestations complémentaires à la sécurité sociale est une tâche fort compliquée, y compris sur le plan national, vu la diversité des régimes. Aucune mesure de coordination communautaire ne peut donc être adoptée, la priorité étant l'amélioration dans les Etats membres.

4. La Commission reconnaît néanmoins qu'une divergence trop importante entre les niveaux de protection sociale met un frein à la libre circulation des travailleurs, d'où la nécessité d'une stratégie de la convergence des objectifs de protection sociale qui vise à réduire ces freins tout en ne déstabilisant pas les systèmes nationaux. Le choix de la Communication exprime la volonté d'une approche graduelle et prudente visant à stimuler un débat communautaire.

---

[1] Commission des Communautés européennes: *Communication au Conseil sur les régimes complémentaires de sécurité sociale - La place des régimes complémentaires de retraite dans la protection sociale des travailleurs et leur incidence sur la libre circulation,* 17 juillet 1991, SEC(91)1332/4, p. 2-4.

b) L'importance des efforts collectifs de retraite

1. La communication réaffirme la conception des trois piliers de la protection sociale de la vieillesse dont le but est d'assurer un niveau de vie similaire à celui atteint durant la carrière professionnelle. Si les régimes de base ne peuvent atteindre toujours un tel résultat, exception faite des travailleurs à bas salaires, l'effort individuel n'est pas non plus suffisant.

2. Les premier et deuxième piliers se fondent largement sur l'effort collectif. La possibilité pour le travailleur individuel de ne pas adhérer à un régime complémentaire est donc généralement exclue. Le recours à l'effort collectif s'explique par la constatation d'une tendance des individus à ne pas assurer spontanément une prévoyance suffisante. La prévoyance collective diminue les risques associés à un effort individuel d'épargne à long terme, et notamment l'obligation de recourir à l'assistance publique lors de la retraite. Les efforts collectifs ont largement diminué ce risque grâce à l'action directe et indirecte des pouvoirs publics.

3. Pour pouvoir offrir un complément adéquat à la sécurité sociale, les régimes complémentaires doivent tout d'abord bénéficier d'un cadre juridique favorable. Cela concerne en premier lieu les exonérations fiscales sur les contributions et sur la fortune des régimes complémentaires. Mais la remarque vaut également pour les mesures légales destinées à la protection des bénéficiaires.

4. Le développement de régimes complémentaires adéquats est également favorisé par une bonne coopération entre employeurs et salariés, les pouvoirs publics pouvant contribuer positivement à ce qu'elle soit fructueuse.

c) La démographie et la capitalisation

1. Il est intéressant de noter que la Commission rejette l'idée que la technique de la capitalisation - par opposition à celle de la répartition - puisse offrir en soi une garantie contre les risques démographiques. L'effet implicite de toute forme de prévoyance pour la retraite, quelle que soit la méthode de financement, est de partager les ressources disponibles pour la consommation entre les actifs et les retraités. La Commission note:

> "Lorsqu'il y a modification de l'équilibre démographique entre ces deux groupes, il y a également une modification du volume de ressources susceptibles d'être orientées vers les retraités. La capitalisation ne permet de résoudre ce problème fondamental que si elle parvient à accroître le total des ressources disponibles pour la consommation d'une communauté donnée plusieurs décennies après que le provisionnement a effectivement eu lieu. Cela ne peut être le cas que si les fonds en réserve pour les futurs retraités sont investis à l'étranger par le biais d'un excédent de la balance commerciale, suivi d'un déficit au moment où les pensions sont dues, ou

si la capitalisation entraîne un renforcement de l'appareil productif lui permettant de faire face plus aisément aux dépenses futures liées aux retraites."[2]

2. Par contre, un recours plus large à la capitalisation comme méthode de financement des prestations de retraite serait peut-être une source bienvenue de capital à long terme et donc une contribution à une croissance non inflationniste plus rapide.

d) L'entreprise et la sécurité sociale: identité d'objectifs ?

1. Les régimes complémentaires ne reflètent pas uniquement les besoins de prévoyance des salariés. Lorsqu'ils sont établis à l'instigation de l'employeur, ils reflètent également les besoins de celui-ci d'attirer et de garder une main-d'oeuvre qualifiée. L'existence d'un régime permettra également des économies fiscales pour les salariés et l'employeur.

2. Il n'y a donc pas de garantie automatique que les régimes répondent aux objectifs qui leur sont assignés par les pouvoirs publics, à savoir de fournir un taux de remplacement du revenu sûr et adéquat pour tous les salariés retraités, sans égard à leur propre trajectoire professionnelle. Faut-il pour autant empêcher les employeurs d'utiliser les régimes comme instrument de gestion du personnel, surtout lorsque leur création résulte d'un acte volontaire ?

3. L'Union relève que la pratique n'indique pas une corrélation positive entre l'absence de législation et le développement des régimes complémentaires. Sont, en revanche, plus importantes la stabilité et la qualité du cadre juridique. Des changements brusques rendent difficile le calcul des coûts d'un régime à long terme. Mais, un cadre légal clair dont le but est d'améliorer la protection des travailleurs fournit une aide à l'employeur lorsqu'il fait le choix de créer un régime complémentaire. La déréglementation ne serait donc pas une recette. Par contre, l'impératif de stabilité empêche la Commission de proposer des mesures légales autres que celles déjà envisagées pour améliorer la protection offerte[3] et la gestion financière des régimes[4].

---

2 *Ibid.*, p. 9-10.

3 Pour la coordination de prestations, il s'agit de la protection des droits en cas de transfert d'entreprises et de faillite de l'employeur. Pour l'harmonisation, il s'agit de l'égalité entre hommes et femmes et de la protection accrue du travail atypique.

4 La libéralisation de l'assurance-vie de groupe et de la libre circulation des capitaux des fonds de retraite.

e) Les obstacles à la libre circulation des travailleurs

1. Que les régimes complémentaires conduisent à des obstacles à la libre circulation n'est pas contesté. De plus, ces limites font l'objet pour la première fois d'une énumération exhaustive dans un avis officiel.

2. La nouveauté est évidente. Les travailleurs qui changent fréquemment d'emploi reçoivent en règle générale des prestations significativement moins élevées à la fin de leur carrière professionnelle. Si le problème existe sur le plan national[5], il est aggravé sur le plan communautaire: la mobilité européenne est rendue encore plus difficile que la mobilité nationale. Une intervention communautaire est donc justifiée, les obstacles à la libre circulation des travailleurs ne pouvant être levés par l'intervention décentralisée des Etats membres. On voit poindre ici les prémisses d'une conception relative de la subsidiarité de l'intervention communautaire en matière de relations de travail et de protection sociale, par opposition à une conception absolue qui verrait les interventions dans ce domaine renvoyées aux Etats membres.

3. Les délais de stage pour l'acquisition des droits sont les premiers obstacles cités. Il y a deux catégories de délais: le stage préalable avant la naissance d'un droit, applicable à tous les travailleurs, et le stage atténué applicable uniquement aux travailleurs mobiles. Il y a une grande variété des délais de stage sur le plan communautaire. Si l'intervention législatrice pour limiter ces délais est mentionnée, l'accélération d'une tendance véritablement européenne à leur raccourcissement n'est pas relevée.

La préservation et le transfert sont les deux options du maintien des droits acquis. Le transfert est surtout praticable pour les régimes fondés sur la capitalisation, alors que la préservation concerne plutôt les régimes en répartition ou fondés sur les réserves au bilan. S'agissant du maintien de la valeur des droits, ces deux méthodes ne tiendront normalement pas compte des hausses de salaire futures. Souvent, elles ne tiendront pas non plus compte de la hausse prévisible ni des prix, ni de la moyenne des salaires.

4. Les longs délais de stage et les méthodes de calcul des droits préservés ou transférés constituent de sévères obstacles à la mobilité. Le but de politique sociale de garantir un revenu de retraite adéquat ne pourra être atteint pour les travailleurs qui ont eu une carrière mobile. Les femmes travailleuses sont particulièrement affectées par cette préférence implicite pour les travailleurs stables. Les délais de stage et les limites de la préservation ou du transfert de leurs droits entraîneront pour les femmes, bien plus que pour les hommes, des prestations de retraite insuffisantes.

---

[5] Les pertes dues à la mobilité aux Etats-Unis, dont l'étendue géographique est similaire à celle de la CEE, sont confirmées par des études empiriques suscitées par le spectre de la pauvreté liée à l'âge. Voir à ce sujet CLARK Robert J./ McDERMED Anna: «Pension wealth and job changes: the effects of vesting, portability and lump-sum distributions», *The Gerontologist,* No 4, 1988, p. 524-532; ALLEN Steven G./ CLARK Robert J./McDERMED Anna: «The pension cost of changing jobs», *Research on ageing,* Vol. 10, No 4, December 1988, p. 459-469.

5. Un problème spécifique de la mobilité communautaire a trait à l'imposition des capitaux transférés. Les exemptions fiscales sont généralement accordées par les Etats dans la perspective que les retraités paieront des impôts sur les prestations qu'ils reçoivent. Tel ne sera pas le cas si les capitaux sont transférés à l'étranger, raison pour laquelle des impôts substantiels sont souvent exigés, contraignant le salarié à choisir la préservation de ses droits au sein du régime qu'il quitte. Une telle solution pourra lui être moins favorable qu'un transfert.

f) Quelques solutions

1. La liberté d'adhésion à un régime complémentaire à travers les frontières pose d'innombrables problèmes. Appliquée au cas du salarié mobile, cette liberté signifierait la possibilité de maintenir l'affiliation au précédent régime, l'accord du nouvel employeur d'y verser des contributions, l'exonération fiscale de ces dernières et l'absence, enfin, d'obstacles juridiques à l'adhésion à un tel régime étranger. La réalisation de ces conditions n'est guère envisageable. De surcroît, le poids des régimes complémentaires envers les régimes de base nationaux étant variable, même la variante d'un seul régime complémentaire européen devrait adapter son plan de prestations aux différentes situations nationales, selon le lieu d'emploi. La construction d'un régime global identique dans chaque pays de l'UE pour une entreprise multinationale doit intégrer les régimes de base et faire varier les prestations complémentaires par pays en fonction de chaque système national de sécurité sociale. La liberté d'adhésion au travers des frontières n'est actuellement pas une solution pour le salarié mobile[6].

2. L'acquisition facilitée des droits reçoit par contre une franche approbation. Favorisant la mobilité, réductrice des discriminations notamment envers les femmes, la réduction des délais de stage n'est pas un obstacle à l'existence de régimes complémentaires privés d'une importance considérable dans différents Etats membres.

3. Une protection des droits acquis contre les effets de l'inflation devrait être l'un des principaux objectifs à long terme de la préservation des droits.

4. S'agissant de la transférabilité, il convient d'offrir un choix équitable. Une telle solution n'est pas toujours possible, soit en raison du système financier du régime, soit en l'absence d'un nouveau régime. Or, la solution de la préservation n'est pas toujours souhaitable car elle peut impliquer une absence d'indexation et la non-prise en compte de la hausse future des salaires. Par ailleurs, le salarié n'a pas forcément avantage à accumuler de petites tranches successives de droits préservés. Si le transfert est envisageable, il faut laisser une liberté de choix au salarié. Le corollaire de cette liberté est l'existence de règles actuarielles équitables. Il est préconisé d'utiliser des

---

6 Sur l'impossibilité actuelle d'une liberté d'adhésion au travers des frontières, voir les développements au Chapitre 12, litt. b.

hypothèses moins favorables pour calculer le montant des droits transférés que pour calculer l'existence d'une ouverture suffisante des capitaux.

5. Une solution doit également être trouvée pour éviter la double imposition. Cela est particulièrement important pour les travailleurs qui choisissent la transférabilité par crainte d'une préservation insuffisante de leurs droits.

6. Enfin, des bénéficiaires doivent se voir reconnaître le droit à une information complète et régulière sur les prestations. Ils doivent notamment recevoir une information complète sur la valeur de transfert, y compris les hypothèses actuarielles sur les taux d'intérêts, l'inflation, le profil des revenus et la réévaluation des droits préservés. L'information doit être fournie spontanément et à intervalles réguliers afin d'éviter que le salarié ne doive manifester indirectement son intention de quitter l'entreprise.

g) Un regret: le silence sur la participation

La participation dans les régimes complémentaires est largement absente de cette Communication fort intéressante. Le manque de curiosité de la Commission pour les régimes conventionnels est assez étonnant. Ces régimes ont pourtant su conjuguer stabilité et adaptation permanente du cadre juridique, tout en assurant une bonne coordination et une marge de flexibilité sur les prestations à l'échelle de l'entreprise. Les interventions législatives et jurisprudentielles ont déployé leurs efforts surtout pour les régimes contractuels, précisément en raison de leur création par décision unilatérale de l'employeur. La négociation directe, permanente et sur pied d'égalité entre les besoins des travailleurs et les impératifs des entreprises dans une économie marchande mondialisée a des vertus d'autant plus irremplaçables que l'opposition entre l'Etat communautaire et le marché européen en termes de protection sociale se solde par un avantage net au second. Dans la perspective du dialogue social ouverte par l'art. 118 B du Traité, la Commission aurait pu rompre une lance en faveur du développement d'accords collectifs européens, même partiels, consacrés aux régimes complémentaires[7]. Son silence est éloquent. Il exprime les retards, ou l'absence tout court, d'un espace conventionnel européen.

[7] PERRIN: «Réflexions préalables à la coordination», *op. cit.*, p. 251, a proposé pour sa part un système de coordination distinct pour les régimes conventionnels, pouvant se réaliser par des accords collectifs européens, et pour les régimes contractuels, nécessitant une intervention législative plus forte de la Communauté.

CHAPITRE 10

LES MESURES PARTIELLES DE COORDINATION

a) La promesse de la libre circulation des personnes

1. Le Traité de Rome promet la libre circulation des personnes. La perte de droits envers les régimes complémentaires de retraite en cas de changement d'emploi et de pays contrevient à une promesse qui brille également pour d'autres que le salarié communautaire. Son éclat nimbe les espoirs de ceux qui se heurtent aux obstacles intranationaux à la mobilité.

2 En 1972 déjà, Guy PERRIN relevait que le problème de la coordination internationale des régimes complémentaires se trouvait posé par leur développement même. Le problème essentiel de la coordination n'était pas l'égalité de traitement ou le service des prestations à l'étranger, mais bien celui du maintien des droits acquis ou en cours d'acquisition dans des régimes très diversifiés[1]. Ces remarques ne concernaient évidemment pas les régimes complémentaires légaux, couverts par la coordination communautaire de la sécurité sociale réalisée au travers du Règlement 1408/71[2].

3. En 1973, les débats de l'Institut européen de sécurité sociale (IESS) sur la coordination communautaire firent apparaître un double clivage, bien que sa nécessité pour les régimes des travailleurs salariés ne fût pas en soi contestée[3]. La première controverse avait trait aux objectifs de la coordination: fallait-il faire précéder la coordination au plan national ou fallait-il l'entreprendre simultanément avec la coordination communautaire ? Il est évidemment plus aisé de coordonner sur le plan international ce qui l'est déjà sur le plan national. En revanche, un instrument international peut constituer un stimulant bienvenu pour accélérer la coordination nationale. On sent bien dans cette controverse la tension classique entre la recherche d'une intervention étatique pour faire avancer le droit social et la volonté de préserver un cheminement paisible aux solutions juridiques, la loi ne devant intervenir que pour les parachever.

La deuxième controverse avait trait au choix de l'instrument juridique de la coordination communautaire: le règlement ou la convention collective ? La seconde a l'avantage de la souplesse et du respect de l'autonomie des partenaires sociaux. Son

---

1 PERRIN: «Rapport de synthèse», *Annuaire EISS/IESS 1972, op. cit.*, p. 163-164.
2 Voir le Chapitre 10, litt. b.
3 PERRIN: «Conclusions», *Annuaire EISS/IESS 1973,* p. 631-636.

désavantage ? Une limitation du champ d'application que le choix de l'instrument du règlement, qui est d'application générale, peut corriger.

4. L'intérêt de ce rappel n'est pas exclusivement historique. Il permet aujourd'hui de dessiner le cheminement pragmatique et conjoncturel de la promesse d'une libre circulation des personnes dans le droit des régimes complémentaires.

b) Une coordination achevée: les régimes complémentaires légaux

1. Lorsqu'un régime complémentaire de retraite est instauré par la loi dans un Etat membre de l'Union, il est soumis à la coordination établie par les Règlements 1408/71 et 574/72[4]. Seuls donc les régimes légaux, à l'exclusion des régimes privés sont concernés. Ces règles ont été établies en l'absence d'une harmonisation du droit européen. Elles n'établissent donc pas un droit communautaire uniforme pour les travailleurs migrants. Elles se bornent à:

- déterminer la loi applicable aux travailleurs migrants (règle uniforme pour les conflits de lois);
- consacrer l'assimilation du migrant aux nationaux (égalité de traitement);
- mettre en oeuvre les principes de totalisation et de proratisation des droits (maintien des droits acquis ou en cours d'acquisition)[5].

2. L'un des objectifs principaux de la réglementation communautaire est de déterminer la loi nationale applicable aux travailleurs de manière à leur garantir une couverture sociale en évitant tout risque de lacune ou de double emploi[6].

Le principe général est que la personne exerçant une activité salariée ou non n'est soumise qu'à une seule législation d'un Etat membre. Cet Etat membre est celui sur le territoire duquel l'activité est exercée[7]. La loi du lieu d'emploi fait donc foi. Il y a quelques exceptions pour les activités de courte durée, l'activité exercée sur le territoire de plusieurs Etats membres de façon régulière, les transports internationaux et des entreprises frontalières[8].

3. La coordination interdit la discrimination entre travailleurs migrants et établis: elle consacre le principe de l'égalité de traitement. Le droit à des prestations du régime complémentaire légal est par conséquent un droit personnel qui n'est pas rattaché à un territoire. Le droit est rattaché à la personne du travailleur, aussi longtemps que celui-ci

---

4 Art. 1 litt. j et 4 al. 1 litt. c du Règlement 1408/71.
5 *Ibid.*, p. 278.
6 MERLIN, *op. cit.*, p. 21.
7 Art. 13 du règlement 1408/71.
8 MERLIN, *op. cit.*, p. 22-23; art. 14 du Règlement 1408/71.

se déplace à l'intérieur de l'Union et à condition qu'il soit ressortissant d'un Etat membre[9].

4. L'égalité de traitement est assurée par le mécanisme du maintien des droits en cours d'acquisition grâce à l'application du principe de la totalisation. Celui-ci a pour objet de permettre au migrant de bénéficier des prestations de sécurité sociale sans que sa condition de migrant lui soit préjudiciable[10]. Les délais de stage pour l'acquisition des droits sont donc proscrits.

Comme le souligne Sophie MERLIN: *"Si, pour l'ouverture d'un droit à une prestation, un Etat membre exige une période d'assurance minimale, il sera dans l'obligation de prendre en considération les périodes accomplies dans les autres Etats membres, qu'il s'agisse d'une période de cotisation (auprès d'un régime contributif), d'une même période d'emploi (en cas de régime non contributif) ou même d'une durée minimale de résidence. Autrement dit, l'Etat membre est tenu d'apprécier les risques encourus dans un autre Etat membre comme s'ils s'étaient produits sur son propre territoire."*[11]

Une fois que toutes les périodes d'assurances accomplies à l'étranger auront été totalisées, l'institution compétente pour verser des prestations à l'avènement de l'âge de la retraite va opérer une répartition *pro rata temporis* entre elle-même et les institutions qui avaient perçu antérieurement des contributions pour le migrant. La proratisation permet de répartir la charge des prestations à verser entre toutes les institutions intéressées en fonction de la durée de la période passée sous les diverses législations[12].

Il y a donc suppression des limites éventuelles mises par les Etats membres à l'acquisition immédiate des droits par le travailleur migrant. Les régimes complémentaires légaux étant fondés sur la fidélité au travail, ils ne connaissent généralement pas de délais de stage. La coordination communautaire ne soulève donc pas de problème particulier.

5. Le problème du maintien de la valeur des droits acquis ne se pose pas directement, la sécurité sociale étant garantie contre son insolvabilité par l'Etat. Généralement prévue par la sécurité sociale, la revalorisation des prestations dues au titre d'une législation doit intervenir dans la mesure et dans les conditions prévues par celle-ci[13].

---

9 GREBER Pierre-Yves: «Aperçu sur la compatibilité de la sécurité sociale suisse avec le droit communautaire», in: *Cahiers genevois de sécurité sociale,* No 6, 1990, p. 72-73.

10 MERLIN, *op. cit.*, p. 26.

11 *Ibid.*, p. 26; GREBER: «Aperçu sur la compatibilité», *op. cit.*, p. 73-74.

12 MERLIN, *op. cit.*, p. 26.

13 Art. 11 Règlement 1408/71; Commission des Communautés européennes: «Commentaires des dispositions du Règlement 1408/71», in: *Recueil des dispositions communautaires sur la sécurité sociale,* 1987 (3e édition), No 4180, p. 284.

6. Le cas du détachement est un aspect particulier du problème de la loi applicable. Il concerne l'exercice temporaire d'une activité déterminée à l'étranger au cours de laquelle le travailleur peut rester soumis à la législation du pays d'envoi[14].

Les cotisations sont versées dans le pays d'envoi sur l'ensemble des rémunérations du travailleur détaché, à condition que l'entreprise ait son siège social dans ce pays et que le travailleur y soit employé avant son départ.

Le détachement communautaire est soumis à des conditions précises: le travailleur doit effectuer un travail déterminé pour le compte de l'employeur, la durée ne doit pas dépasser douze mois (renouvelable une fois), le travailleur détaché ne doit pas être employé en remplacement d'un autre travailleur parvenu au terme de son détachement[15]. Exceptionnellement, la durée peut être supérieure à deux ans[16].

La technique du détachement est utile si le pays d'emploi n'a pas de régime complémentaire légal. Elle n'a cependant qu'une validité temporaire.

c) Régimes complémentaires et détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services

1. Dans son programme d'action du 29 novembre 1989 relatif à la mise en oeuvre de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs[17], la Commission a indiqué sa volonté de proposer un instrument communautaire sur les conditions de travail applicables aux travailleurs d'un autre Etat effectuant, dans le pays d'accueil, des travaux dans le cadre de la libre prestation de services, notamment pour le compte d'une entreprise de sous-traitance. La libre circulation des services, des capitaux, des marchandises et des personnes augmentera considérablement avec l'achèvement du Marché unique. Cela donnera naissance en particulier à un nombre considérable de contrats de travail devant temporairement être exécutés dans un Etat membre autre que l'Etat sur le territoire duquel ils le sont habituellement. Le ressort essentiel de cette mutation est la sous-traitance internationale, qui est un instrument de la *"flexibilité externe"* pour les entreprises[18]. D'où la proposition de Directive du Conseil relative au détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services[19].

---

14 Art. 13 à 17 du Règlement 1408/71.
15 MERLIN, *op. cit.*, p. 32.
16 Art. 17 du Règlement 1408/71.
17 Com(89) 568 final, p. 21.
18 Voir le Chapitre 8, litt. b pour la notion de flexibilité externe.
19 *Exposé des motifs et texte de la proposition de Directive*: Com(91) 230 final - SYN 346 - 19 novembre 1989.

2. L'idée essentielle de la Directive est de régler le problème des conflits de lois afin d'éviter une concurrence déloyale. En effet, la réalisation du marché unique n'entraîne pas l'unification des législations sociales. Dès lors, un problème apparaît lorsqu'un Etat membre impose des obligations, notamment en ce qui concerne le salaire, à des entreprises établies et exerçant leur activité sur son territoire et que ces entreprises se trouvent confrontées à la concurrence d'une entreprise située ailleurs sans être soumise aux mêmes obligations[20]. Il existe donc une contradiction entre, d'une part, le droit reconnu à une libre prestation de services pour l'entreprise travaillant dans le domaine de la sous-traitance internationale et, d'autre part, les niveaux minimums de salaire décidés par les Etats membres afin d'assurer un standard minimum de vie approprié au pays concerné.

3. La proposition de Directive s'applique aux travailleurs détachés par une entreprise afin d'exécuter, à titre temporaire, un travail dans un Etat membre autre que l'Etat dont la loi régit la relation de travail concernée. Trois catégories d'entreprises sont visées en particulier: le maître d'oeuvre et le sous-traitant, l'entreprise de travail temporaire et l'entreprise qui met un travailleur temporairement à disposition d'une autre entreprise, affiliée ou non, établie dans autre Etat.

4. La Directive instaure une règle précise de conflits de lois: quelle que soit la loi applicable à la relation de travail, l'entreprise ne peut pas priver le travailleur des conditions de travail et d'emploi en vigueur pour un travail de même nature sur le lieu où le travail est exécuté à titre temporaire, pour autant que celles-ci soient fixées par voie de dispositions législatives, réglementaires ou administratives, de conventions collectives ou de sentences arbitrales étendues à l'ensemble de la profession ou du secteur.

5. Ce faisant, elle concrétise les articles 6 et 7 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux relations contractuelles[21]. L'article 6 énonce qu'à défaut de choix par les parties, le contrat de travail est régi:

- par la loi du pays où le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail, même s'il est détaché à titre temporaire dans un autre pays, ou
- si le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays, par la loi du pays où se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur, ou
- s'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat de travail présente des liens plus étroits avec un autre pays, par la loi de ce dernier pays.

Toutefois, l'article 7 précise que le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi qui serait applicable à défaut de choix.

---

20 *Ibid.*, p. 4.

21 *JOCE* du 19 octobre 1980, No L 266.

6. La directive précise le *"noyau dur"* des dispositions impératives qui doivent s'appliquer au contrat de travail en cas de détachement temporaire. On y retrouve notamment la durée maximale journalière et hebdomadaire du travail, les périodes de repos, le travail du dimanche et le travail de nuit, la durée minimale des congés payés, la santé, la sécurité et l'hygiène au travail et l'égalité de traitement entre hommes et femmes.

7. La Directive vise également les taux de salaire minimum, y compris ceux majorés pour les heures supplémentaires et les compléments de salaire, mais à l'exclusion des prestations versées par les régimes professionnels privés[22]. Cette exclusion est fondée sur le fait que la Directive n'entend pas soumettre l'ensemble des conditions de travail aux dispositions impératives du pays de prestation. Ainsi, le droit de la sécurité sociale du pays d'établissement continuera à s'appliquer au travailleur détaché, de même que le droit du travail pour toutes les matières qui ne sont pas expressément réglées par la Directive. Cela vaut en particulier pour les règles relatives à la forme, la suspension, la modification, la résiliation du contrat de travail et la représentation des travailleurs[23]. Les régimes complémentaires légaux sont donc d'office exclus du champ d'application de la Directive. Par contre, les régimes complémentaires privés ont dû être expressément exclus car, comme on l'a déjà vu, ils relèvent du salaire dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes[24]. La Directive leur applique en matière de détachement un régime identique à celui du Règlement 1408/71. Ce faisant, elle illustre la position juridique des régimes complémentaires au carrefour du droit de la sécurité sociale et du droit du travail.

d) Le maintien des droits acquis en cas de transfert d'entreprises et de faillite de l'employeur

1. Depuis l'adoption du Règlement 1408/71 aucune mesure d'ensemble n'a été envisagée par la Communauté en matière de coordination des régimes complémentaires. La récession généralisée du milieu des années septante a fait apparaître des besoins de protection des salariés à l'échelle européenne auxquels deux directives ont tenté de fournir une réponse. La préoccupation essentielle était de maintenir les droits issus du contrat de travail et, en particulier, le droit aux prestations de régimes complémentaires.

2. Les restructurations économiques sur les plans national et communautaire ont entraîné des modifications des structures des entreprises s'effectuant, entre autres, par des transferts d'entreprises. En raison de différences entre les Etats membres sur la portée de la protection dans ce domaine, des dispositions communautaires se sont

---

22 Proposition de Directive relative au détachement de travailleurs, *op. cit.*, art. 3 al. 1 litt. b (iii).
23 *Ibid, Exposé des motifs,* p. 15.
24 Voir le Chapitre 7, litt. b., chiffre vii).

avérées nécessaires pour assurer le maintien des droits des travailleurs. Telle est la justification de la Directive du Conseil du 14 février 1977 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements[25].

i) Le champ d'application de la Directive vise le transfert à un autre chef d'entreprise résultant d'une cession conventionnelle ou d'une fusion. Elle ne s'applique pas aux concentrations d'entreprises ni aux transferts de navires de mer. Du point de vue territorial, la Directive s'applique au transfert de l'entreprise, l'établissement ou la partie d'établissement qui se trouve sur le territoire d'un Etat membre. Il s'étend également aux transferts effectués dans le cas d'une procédure de sursis concordataire, mais non aux transferts effectués suite à une procédure de faillite[26].

ii) Le principe retenu pour le maintien des droits est celui du transfert automatique des relations de travail[27]. Ce principe s'applique aux droits et obligations découlant pour le cédant d'une convention collective, d'un contrat de travail ou d'une relation de travail souscrite par lui. De plus, les travailleurs sont protégés du licenciement dû au seul fait du transfert, ce qui n'exclut pas les licenciements pour d'autres motifs.

iii) Cette protection ne s'applique pas toutefois aux droits et obligations découlant de régimes complémentaires privés. La Directive se borne ici à exiger des Etats membres qu'ils adoptent les mesures nécessaires pour protéger les intérêts des travailleurs, ainsi que des personnes qui ont déjà quitté l'établissement en ce qui concerne leurs droits acquis ou en cours d'acquisition à des prestations de vieillesse.

3. La Directive du Conseil du 20 octobre 1980 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur est justifiée notamment par la nécessité de garantir les créances impayées des travailleurs[28].

i) La Directive vise à garantir le paiement des salaires et autres créances en cas de demande de concordat, de faillite ou de cessation de paiement de l'employeur. Elle prévoit la création d'institutions de garantie, financées le plus souvent par les employeurs et les pouvoirs publics. Ces institutions ont pour caractéristique de disposer d'un patrimoine totalement indépendant de celui de l'entreprise, insaisissable en cas d'insolvabilité. L'Etat grec a été

---

25 Directive 77/187 - *JOCE* du 5 mars 1977, No L 61/26.

26 Arrêts de la Cour de Justice européenne: ABELS du 7.2.1985 (Cas 135/83), Industriebond FNV du 7.2.1985 (cas 179/83), ARIE BOTSEN du 7.2.1985 (cas 186/83); Angela BYRE: *Leading cases and materials on the social policy of the EEC,* Kluwer, Amsterdam, 1989, p. 366-379.

27 LYON-CAEN, *op. cit.*, p. 494.

28 *JOCE* du 28 octobre 1980, No L 283/23.

condamné pour avoir manqué de prendre de telles dispositions[29], de même que l'Etat italien[30].

ii) La garantie ne s'applique pas obligatoirement aux cotisations dues au titre des régimes complémentaires. Toutefois, les Etats membres doivent s'assurer que les mesures nécessaires sont prises pour protéger les intérêts des travailleurs salariés et les personnes ayant déjà quitté l'entreprise ou l'établissement de l'employeur à la date de la survenance de l'insolvabilité de celui-ci, en ce qui concerne leurs droits acquis, ou leurs droits en cours d'acquisition, à des prestations de retraite des régimes complémentaires.

e) Conclusion: La libre circulation et les délais de stage dans les régimes complémentaires privés[31]

i) L'article 48 du Traité et ses principes

1. La libre circulation des travailleurs est assurée à l'intérieur de l'Union par l'article 48 du Traité. Elle implique l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des Etats membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail[32]. Elle comporte notamment le droit, sous réserve des limitations justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique, de répondre à des emplois effectivement offerts et de se déplacer à cet effet librement sur le territoire des Etats membres[33]. Le droit communautaire instaure ainsi une égalité de traitement entre travailleurs communautaires migrants et travailleurs nationaux. Ces principes sont d'application directe et confèrent aux particuliers des droits qu'ils peuvent faire valoir en justice et que les juridictions nationales doivent sauvegarder[34]. Il en est résulté une jurisprudence abondante de la Cour de Justice des Communautés européennes caractérisée par la volonté de lever les obstacles à la libre circulation par une interprétation large, même extensive de cette liberté fondamentale[35].

---

29 *RCJE* 1990-10, p. 3917 ss.

30 Arrêt FRANCOVICH et BONIFACI du 19 novembre 1991 de la Cour de Justice des Communautés européennes - Affaires C-6/90 et C-6/90. La Cour a admis ici une responsabilité pour faute de l'Etat italien relative à l'application de la Directive 80/987. Elle a autorisé deux travailleuses italiennes a réclamer à cet Etat des dommages-intérêts, du fait de la non-transposition dans le droit national et dans les délais prescrits du droit des travailleurs à une garantie pour le paiement de leurs créances impayées concernant la rémunération, droit prévu par la Directive.

31 Voir le Chapitre 3, litt. b, chiffre iii) sur la notion de délais de stage.

32 Art. 48 alinéa 2 Traité.

33 Art. 48 alinéa 3 Traité.

34 MERCIER /JACOT-GUILLARMOD, *op. cit.*, p. 53.

35 *Ibid.*, p. 55.

2. Le Règlement (CE) No. 1612/68[36] relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté a concrétisé d'ailleurs la notion de rémunération. Elle vise tous les droits, avantages, privilèges, et facultés de toutes sortes reconnus par les droits nationaux des Etats membres à leurs propres ressortissants et dont la reconnaissance est indispensable aux travailleurs migrants pour que ceux-ci puissent s'intégrer complètement dans le cadre économique et social du pays d'accueil[37].

3. Tant les discriminations directes qu'indirectes sont visées, à l'instar des discriminations qui contreviennent au principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes[38]. Il est interdit de recourir au critère de la nationalité comme élément de différentiation de la situation juridique des ressortissants communautaires[39]. Outre les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, sont également interdites toutes les formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat[40]. Le but poursuivi par l'article 48 est d'établir une liberté aussi complète que possible, cet objectif comportant l'élimination de toutes mesures susceptibles de désavantager le travailleur migrant[41]. Par conséquent, l'interdiction des discriminations s'applique à toutes les dispositions et pratiques qui, même sans référence aucune à la nationalité, gênent exclusivement ou principalement les ressortissants communautaires[42].

4. Une interprétation aussi générale de la notion de discrimination, qui a pour seule limite le respect de l'intérêt général, peut entraîner une libéralisation des activités économiques dans un Etat membre au profit des nationaux de cet Etat[43]. En d'autres termes, les nationaux d'un Etat membre ont la possibilité d'invoquer dans leur Etat le bénéfice de la réglementation communautaire. A défaut on aboutirait à des discriminations à rebours[44].

ii) Les délais de stage dans les régimes complémentaires privés

1. Nous l'avons vu, les régimes complémentaires privés sont exclus de la coordination communautaire de la sécurité sociale[45]. Ils relèvent par contre de la rémunération[46],

---

36 *JOCE* du 19 octobre 1968, No L 257.

37 Art. 7 à 9 du Règlement (CEE) No 1612/68.

38 Voir le Chapitre 7, litt. c, ii), à propos des discriminations directes et indirectes en matière d'égalité entre hommes et femmes.

39 CEREXHE Etienne: *Le droit européen. La libre circulation des personnes et des entreprises,* 1982, p. 72.

40 *Ibid.*, p. 72.

41 *Ibid.*, p. 75; arrêt NONNENMACHER, *RCJE* 1964, p. 559.

42 CEREXHE, *op. cit.*, p. 77.

43 *Ibid.*, p. 77.

44 *Ibid.*, p. 78, avec les références à la jurisprudence de la Cour.

45 Voir le Chapitre 9, litt. b.

46 Voir le Chapitre 7, litt. b.

voire des autres conditions de travail visées par le Traité[47]. A l'instar de ce qui a été relevé à propos des discriminations envers les femmes que peuvent receler les délais de stage[48], on est fondé à s'interroger sur la réponse que fournirait la Cour de Justice saisie d'un recours préjudiciel visant à contester l'existence de délais de stage en raison de la discrimination indirecte qu'ils entraînent pour le travailleur migrant. Ces délais désavantagent la mobilité et profitent au travailleur national ou sédentaire.

2. Ces désavantages peuvent-ils se justifier par l'intérêt général que réserve l'article 48 alinéa 2 du Traité ? Tel n'est pas le cas à notre sens, cette réserve ayant été instaurée essentiellement en raison des exigences de protection des intérêts des particuliers[49]. En aucun cas le travailleur ne peut être dispensé du respect d'obligations justifiées par des considérations d'intérêt général[50]. Or, la liberté de circulation ne saurait être entravée par une obligation juridique d'intérêt général visant à contraindre le travailleur à ne pas quitter son emploi.

3. Il se pose donc à nouveau la question d'une harmonisation jurisprudentielle éventuelle dans ce domaine au regard du principe de subsidiarité[51]. A la différence, toutefois, de l'égalité entre les hommes et les femmes, la libre circulation constitue une compétence exclusive de l'Union. L'ordre juridique communautaire est né précisément de la volonté de réaliser cette liberté. En raison de son caractère supranational, seule l'Union est en mesure d'accomplir cette tâche. Cela signifie, que dans ce domaine, l'Union n'est pas liée par le principe de la subsidiarité[52]. Une harmonisation allant vers la suppression des délais de stage n'est donc pas à exclure *a priori,* même si l'on doit émettre des réserves envers des mesures qui alourdiraient sans concertation préalable les charges des entreprises en matière de prévoyance. D'où l'importance pour les Etats membres et les partenaires sociaux d'accorder l'attention voulue à la proposition communautaire de limiter les pertes indues de droit en cas de mobilité professionnelle dans les régimes complémentaires de retraite[53].

---

47 Art. 48 alinéa 2 du Traité.
48 Voir le Chapitre 7, litt. e.
49 CEREXHE, *op. cit.*, p. 82.
50 *Ibid.*
51 Art. 3 B du Traité sur l'Union Européenne.
52 Voir le Chapitre 7, litt. e.
53 *Ibid.*

CHAPITRE 11

LA LIBERALISATION FINANCIERE ET L'ASSURANCE-VIE DE GROUPE

a) Le cadre général de la libéralisation

"En faisant de la libre circulation des capitaux un objectif prioritaire au lieu d'en faire un objectif subordonné au bon fonctionnement du marché commun, la philosophie traditionnelle de l'action de la Communauté a été bouleversée. Ce bouleversement était nécessaire. Faire l'unité de ce grand marché que représente l'ensemble de la Communauté implique que les personnes, les services, les marchandises et les capitaux circulent librement. Frontières physiques, techniques et fiscales devront être supprimées."[1]

1. Lorsque les régimes complémentaires accumulent des capitaux séparés du patrimoine de l'employeur, ils deviennent des institutions financières spécifiques - les fonds de pensions. A ce titre, ils sont directement concernés, d'une part, par la libéralisation des mouvements de capitaux et, d'autre part, par celle des services financiers. Cela vaut également pour la promesse de pension sous la forme d'une assurance-vie de groupe si elle bénéficie de la libéralisation de l'assurance-vie.

2. Une telle libéralisation a trois implications majeures:

- l'efficacité accrue du placement des capitaux et de l'assurance-vie[2] doit permettre de mieux faire face à l'inéluctable croissance de la charge des prestations, notamment en raison de la libre circulation des personnes;
- une telle efficacité doit, toutefois, se projeter à long terme, les rendements optimaux devant nécessairement se conjuguer avec l'impératif de la sécurité;
- elle entraîne, enfin, un pouvoir institutionnel et économique accru, ce qui suscite la question du droit des salariés à participer à l'exercice de ce pouvoir.

3. De nombreux domaines sont concernés par cette mutation. Ils ont fait l'objet d'une première synthèse partielle dans deux catégories d'instruments communautaires récents:

---

1 SERVAIS Dominique: *Un espace financier européen,* 2e édition, Commission des Communautés européennes, 1989, p. 59.

2 MIVELAZ Jean-Michel, ODIER, Patrick & SOLNICK, Bruno: «Caisses de pensions suisses. L'intérêt d'une diversification internationale», "Banque et Finance", Numéro hors série de *Dossiers publics,* Hiver 1991-1992, p. 44-59; HEPP, *op. cit.*, p. 283-328.

- la deuxième Directive vie du 8 novembre 1990[3] et la proposition de troisième directive vie[4] du Conseil du 22 mars 1991;
- la proposition de Directive du Conseil concernant la liberté de gestion et d'investissement des fonds collectés par les institutions de prévoyance[5] du 12 novembre 1991.

b) L'étape initiale: la première Directive vie[6]

1. Son objectif principal a été de favoriser le libre établissement à l'échelon communautaire pour l'activité de l'assurance-vie directe, y compris l'assurance de groupe, des entreprises établies dans un état membre[7], notamment dans les domaines suivants:

- l'assurance en cas de vie et de décès,
- l'assurance de rente,
- les assurances complémentaires à l'assurance-vie.

2. Des dispositions particulières ont été prévues pour d'autres domaines, pour autant qu'elles soient soumises au contrôle des autorités administratives compétentes pour la surveillance des assurances privées et qu'elles soient autorisées dans le pays d'activité[8]. Trois d'entre elles concernent les régimes complémentaires:

i) La première a trait à la gestion de fonds collectifs de retraite, c'est-à-dire les opérations consistant, pour l'entreprise concernée, à gérer les placements et notamment les actifs représentatifs des réserves des organismes qui fournissent des prestations en cas de décès, en cas de vie ou en cas de cessation ou de réduction d'activités[9].

---

3 Deuxième Directive du Conseil du 8 novembre 1990 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe sur la vie, fixant les dispositions destinées à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services et modifiant la Directive 79/267 CEE, *JOCE* du 29 novembre 1990, No L 330/50.

4 Proposition de troisième Directive du Conseil portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe sur la vie, et modifiant les Directives 79/267 CEE et 90/619 CEE, COM(91) 57 final - SYN 329 du 22 mars 1991.

5 COM(91) 301 final - SYN 363 du 12 novembre 1991.

6 Première Directive 79/267 du Conseil du 5 mars 1979 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe sur la vie, et son exercice, *JOCE* du 13 mars 1979, No L 63/1.

7 Art. 1.

8 Art. 1 al. 2.

9 Art. 1 al. 2 litt. c.

ii) La seconde vise les opérations de gestion des fonds collectifs lorsqu'elles sont assorties d'une garantie d'assurance portant soit sur la conservation du capital, soit sur le service d'un intérêt minimal[10].

iii) La troisième porte sur les opérations dépendant de la durée de la vie humaine, définies ou prévues par la législation des assurances sociales, lorsqu'elles sont pratiquées ou gérées en conformité avec la législation d'un Etat membre par les entreprises d'assurance et à leur propre risque[11].

3. La directive ne vise cependant que le contrat d'assurance-vie conclu directement entre le preneur d'assurance et l'entreprise. En matière de régime complémentaire, l'assurance de groupe est conclue sur la tête des salariés de l'entreprise et pour le compte des bénéficiaires visés par le contrat. Aussi, exclut-elle de son champ d'application et du bénéfice de la liberté d'établissement les régimes complémentaires organisés dans des entités juridiques distinctes de l'entreprise. Cela vaut en particulier pour:

i) les opérations des organismes de prévoyance et de secours qui accordent des prestations variables selon les ressources disponibles et déterminent sur une base forfaitaire la contribution de leurs adhérents[12]. Ces organismes n'accordent pas un droit à des prestations fondé sur un règlement établi sur la base d'un plan actuariel et technique relevant de la technique de l'assurance. Il s'agit ici des institutions qui accordent des prestations discrétionnaires.

ii) Les opérations effectuées par des organismes autres que les entreprises d'assurance visées par la directive, et qui ont pour objet de fournir aux travailleurs, salariés ou non, groupés dans le cadre d'une entreprise ou d'un groupement d'entreprises ou d'un secteur professionnel ou interprofessionnel, des prestations en cas de décès, en cas de vie ou en cas de cessation ou de réduction d'activités, que les engagements résultant de ces opérations soient ou non couverts intégralement et à tout moment par des provisions mathématiques[13]. Il s'agit là des institutions qui accordent des prestations réglementaires.

iii) Les assurances comprises dans un régime légal de sécurité sociale sous réserve de l'application de l'article 1 alinéa 3[14].

4. La Directive unifie les conditions que les Etats membres peuvent émettre pour autoriser le libre établissement d'une compagnie d'assurances-vie ou de ses agences et succursales sur leur territoire. Elle instaure un système d'agrément administratif basé notamment sur la présentation d'un programme d'activité, un concept unifié pour fixer la solvabilité de l'entreprise et la possession d'un fonds de garantie minimum. Les Etats

---

10 Art. 1 al. 2 litt. d.
11 Art. 1 al. 3.
12 Art. 2 al. 2.
13 Art. 2 al. 3.
14 Art. 2 al. 4.

peuvent également appliquer les dispositions qui prévoient des bases techniques pour le calcul des tarifs.

c) L'impulsion de la libre prestation de services

1. Le coup d'accélérateur a été fourni par la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes. Une série d'arrêts rendus en 1986[15] ont stimulé l'ouverture à la libre prestation de services[16]. On en retrouve l'esprit dans le Livre Blanc pour l'achèvement du Marché Intérieur du 14 juin 1985, qui définit trois nouveaux objectifs[17]:

- une coordination minimale des législations de contrôle, une coordination étendue - ou harmonisation - du droit des assurances s'étant avérée impraticable;
- la reconnaissance mutuelle des règles de contrôle de chaque Etat, les produits d'assurance admis à la commercialisation dans un Etat devant pouvoir être admis, sans contrôle supplémentaire, dans les autres Etats;
- le principe du contrôle du pays d'origine, le *Home country control*, exercé par les autorités du pays où la compagnie d'assurances a son principal établissement.

d) La libéralisation à mi-chemin: la deuxième Directive vie

1. Les objectifs définis par le Livre Blanc n'ont été que partiellement atteints à ce jour, car la libéralisation doit se concevoir avec la protection des consommateurs. Si la Cour de Justice a imposé la levée de nombre de restrictions à la libre prestation de services, elle en a néanmoins admis le maintien en cas de raisons impérieuses liées à l'intérêt général, notamment la protection des consommateurs, sous le respect de trois conditions[18]:

- les restrictions doivent s'appliquer sans discrimination à tous les prestataires de services;
- elles doivent être nécessaires, l'intérêt à protéger n'étant pas déjà sauvegardé par l'Etat d'établissement;

---

15 LEVIE Guy: «La liberté de prestations de services en assurance dans la CEE: aujourd'hui et demain», *Revue suisse d'assurances,* 1990, p. 261- 263; KUHN Moritz: «Versicherungsrecht», in: *Le droit suisse et le droit communautaire: convergences et divergences,* 1990, p. 482-484.

16 Art. 59 à 66 pour la libre prestation de services.

17 LEVIE, *op. cit.*, p. 263.

18 *Ibid.*, p. 263.

- elles doivent être objectivement justifiées, le principe de la proportionnalité imposant des règles moins contraignantes si elles permettent d'atteindre le même objectif.

2. La jurisprudence a ainsi ouvert la voie à la deuxième Directive vie[19], qui organise la libre prestation de services pour l'assurance-vie autour d'un double régime:

- Le premier repose sur le principe de l'application des règles et du contrôle de l'Etat d'origine, où l'entreprise est établie principalement. Il concerne les preneurs qui saisissent l'initiative de rechercher une couverture directement ou par l'intermédiaire d'un courtier indépendant ou d'un agent d'assurances agréé[20]. Il s'agit de la libre prestation passive. On part de l'idée que le consommateur n'a pas besoin de la protection du droit national s'il est lui-même à l'origine de la conclusion du contrat.
- Le second prévoit l'application des règles et du contrôle de l'Etat où la prestation s'effectue, que l'on peut aussi appeler Etat d'engagement[21], lorsque l'offre de contracter est à l'instigation de l'entreprise[22]. Il s'agit de la libre prestation active. Le consommateur doit être protégé, car l'assureur est à l'origine du contrat. L'Etat d'engagement peut donc continuer à exiger l'agrément et le respect de sa législation tant sur les conditions d'assurance que sur les règles de calcul, de représentation et de localisation des provisions techniques[23].

Ces distinctions ne sont pas formelles. Historiquement, l'assurance privée a été régie sur le plan national par des systèmes de surveillance étatique que l'on peut grossièrement ranger en deux catégories:

i) Les systèmes d'origine plutôt continentale sont fondés sur une surveillance étatique étendue, qualifiée de *"matérielle"*[24], qui fixe le montant des tarifs sur la base de règles actuarielles et techniques strictes, examine l'existence de réserves suffisantes et promulgue des règles applicables au contrat d'assurance. Depuis le siècle dernier, l'Allemagne fédérale et la Suisse ont pratiqué ce système qui, s'il assure un haut niveau de sécurité contre le risque de faillite de l'assureur, s'accompagne d'une rigidité tarifaire qui encourage des pratiques cartellaires.

ii) Les systèmes d'origine anglo-saxonne et néerlandaise se limitent à la surveillance de la solvabilité de l'entreprise d'assurance, eu égard aux primes

---

19 *JOCE* du 29 novembre 1990, No L 330/50.

20 LEVIE, *op. cit.*, p. 266. La notion de courtier indépendant ou d'agent d'assurances est définie par la Directive 77/92 du 13 décembre 1976 sur les intermédiaires d'assurance.

21 Art. 2 lettre f Directive 90/619.

22 *Exposé des motifs de la troisième directive vie,* COM(91) 57 final - SYN 329, p. 3.

23 LEVIE, *op. cit.*, p. 267.

24 PFUND Peter: «Versicherungsaufsicht im Umbruch», *Revue suisse d'assurances,* 1991, p. 111 ss.

encaissées et aux réserves constituées. Si, dans ce cas, le risque pour le consommateur d'une insolvabilité de l'assureur est plus important, il bénéficie en principe des avantages de la concurrence qui s'exerce sur les primes et les conditions générales d'assurance.

En introduisant deux régimes de contrôle, la deuxième directive vie a ainsi volontairement introduit sur le plan européen un début de concurrence entre ces deux formes historiques de l'assurance-vie privée, ce qui n'a pas manqué de susciter des craintes dont on retrouve la trace dans le traitement réservé aux régimes complémentaires.

3. En effet, la deuxième Directive vie ne couvre pas tout le champ d'application de la première[25]. Il avait été envisagé initialement d'y inclure les assurances de groupe, pour les soumettre au principe du contrôle du pays d'origine. Etaient notamment visées les assurances pour des retraites souscrites en fonction des relations professionnelles entre un employeur et ses employés[26].

4. Cette perspective a suscité la controverse. Le besoin de protection dans ce cas n'est pas seulement celui du preneur d'assurance - l'employeur - mais également celui des assurés, sur la tête desquels repose le contrat, ainsi que les bénéficiaires[27]. De plus, la multiplicité et la complexité des différents régimes complémentaires et leurs rapports étroits avec la sécurité sociale érigent des obstacles majeurs à une harmonisation européenne. Un compromis a donc finalement dû être trouvé.

5. Le premier élément du compromis est l'inclusion de l'assurance de groupe souscrite en fonction des relations professionnelles entre un employeur et ses employés dans le champ d'application de la Directive[28]. Par contre, la libre prestation active et passive pour les opérations concernant les fonds collectifs de retraite et celles définies par la législation des assurances sociales ont été exclues.

6. Toutefois, second aspect du compromis, les Etats membres ont obtenu la faculté de différer l'entrée en vigueur de la liberté de prestation passive pour l'assurance de groupe directe, conclue à l'initiative du preneur en vertu du contrat de travail ou de l'activité professionnelle. Les Etats membres peuvent soumettre jusqu'au 31 décembre 1994 l'application des règles et du contrôle de l'Etat d'engagement[29]. Ils doivent donc admettre, dès le 1er janvier 1995, l'application des règles de l'Etat d'origine à un contrat conclu sous le régime de la libre prestation passive.

7. Quelques remarques s'imposent encore au sujet de la loi applicable au contrat. La Communauté a opté pour une règle uniforme de droit international privé: la loi

---

25 Art. 10.
26 LEVIE, *op. cit.*, p. 268.
27 LEVIE, *op. cit.*, p. 268.
28 Art. 10 al. 2.
29 Art. 27 al. 1.

applicable est celle de l'Etat membre de l'engagement. Toutefois, lorsque le droit de cet Etat le permet, les parties peuvent choisir la loi d'un autre pays[30]. Par ailleurs, cette règle ne peut nuire à l'application des règles de loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation, quelle que soit la loi applicable au contrat[31]. Le souci a été de maintenir l'environnement juridique du preneur[32].

Cela signifie, notamment, que les règles relevant du droit social dans le pays d'engagement s'appliquent au contrat d'assurance de groupe. Ainsi, si le droit national prévoit la codécision des salariés dans le choix d'un régime complémentaire ou pour sa gestion, l'entreprise offrant un tel régime sous la forme de l'assurance de groupe directe est tenue de s'y conformer. Il en va de même pour les règles destinées à la protection des droits acquis ou en cours d'acquisition.

8. Quelles sont les conséquences de la deuxième Directive vie pour les régimes complémentaires ? On peut relever, par exemple, qu'une entreprise multinationale pourrait décider d'établir une compagnie d'assurances-vie dite *captive* dans l'un des Etats membres de l'Union. Grâce à celle-ci, il lui serait possible d'offrir, en libre prestation de services, des régimes complémentaires sous la forme d'assurances de groupe à ses salariés engagés dans d'autres Etats membres. Une telle perspective reste toutefois assez théorique. En effet, la libre prestation de services n'entraîne pas un traitement fiscal homogène à l'échelle communautaire, surtout lorsqu'il s'agit des avantages fiscaux accordés aux régimes complémentaires de retraite. De surcroît, il faudrait encore que l'Etat de prestation admette la constitution d'un régime complémentaire sous la forme de l'assurance-vie directe ce qui est loin d'être toujours le cas[33].

La conséquence essentielle nous paraît donc être l'ouverture d'une plus grande concurrence qui exerce indiscutablement des effets même indirects sur les régimes complémentaires. D'ailleurs, la possibilité que l'assurance-vie privée puisse entrer en concurrence directe avec des régimes complémentaires à but non lucratif a été à l'origine, comme nous le verrons[34], des propositions communautaires sur les fonds de pension.

---

30 Art. 4 al. 1.

31 Art. 4 al. 4.

32 LEVIE, *op. cit.*, p. 267-268.

33 Ainsi, une entreprise multinationale ne pourrait assurer ses salariés français de cette manière dans le cadre du champ d'application obligatoire des régimes conventionnels AGIRC et ARRCO.

34 Voir le Chapitre 12, litt. a.

e) L'achèvement: la troisième Directive vie

1. La publication du projet de troisième Directive vie au printemps 1991[35] et son adoption ultérieure après modification[36] furent l'occasion de préciser l'orientation définitive prise pour la libéralisation de l'assurance-vie. Le but essentiel est d'assurer à l'échelle communautaire la réalisation de l'objectif suivant[37], que l'on retrouve dans d'autres domaines financiers, en particulier le droit bancaire:

i) l'harmonisation communautaire des règles essentielles en matière de surveillance prudentielle et financière de l'assurance-vie directe, l'objectif étant la définition d'un seuil minimal devant être respecté par tous les Etats membres;

ii) grâce à l'harmonisation, la reconnaissance mutuelle à l'échelle communautaire des agréments des entreprises d'assurance et des systèmes de contrôle prudentiel des différents Etats membres;

iii) l'octroi d'un agrément unique *(Single license)* valable dans toute l'Union et le contrôle de l'ensemble de l'activité d'une entreprise par l'Etat membre d'origine *(Home country control)*. Grâce à cet agrément, l'entreprise d'assurance est libre d'établir des succursales et des agences et d'offrir des prestations à partir du siège principal dans toute l'Union.

La réalisation de cet objectif doit permettre la libre circulation des produits d'assurance à l'intérieur de l'Union. Le preneur d'assurance aura donc la possibilité de faire appel à n'importe quel assureur communautaire pour trouver le contrat approprié à ses besoins.

2. Son champ d'application est identique à la première Directive vie. Cela signifie qu'elle couvre non seulement l'assurance de groupe directe, mais également, à la différence de la deuxième Directive vie, les opérations portant sur les fonds collectifs de retraite et celles prévues par la législation des assurances sociales.

3. Le régime de l'agrément unique entraîne l'harmonisation des règles matérielles et minimales devant garantir la solvabilité de l'entreprise, notamment:

- le maintien d'une marge de solvabilité prescrite;
- la surveillance précise de l'actionnariat de l'entreprise d'assurance, afin d'éviter des conflits d'intérêt et une gestion imprudente;

---

35 *Exposé des motifs de la proposition de troisième directive du Conseil portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe sur la vie, et modifiant les Directives 79/267/CEE et 90/619 CEE* - Com (91)57 final - SYN 329, Document du 22 mars 1991.

36 Directive 92/96 du Conseil, du 10 novembre 1992, portant coordination des dispositions législatives réglementaires et administratives concernant l'assurance directe sur la vie, et modifiant les Directives 79/267/CEE et 90/619/CEE (*JOCE* du 9 décembre 1992, No L 360).

37 *Exposé des motifs de la proposition de troisième directive vie, op. cit.*, p. 3.

- le contrôle de l'activité d'assurance, notamment l'existence d'une bonne organisation administrative et comptable et de procédures de contrôle interne adéquates;
- la constitution de provisions techniques suffisantes, y compris des provisions mathématiques, calculées selon des règles actuarielles suffisamment prudentes, détaillées par la Directive;
- l'exigence que les primes pour les affaires nouvelles soient suffisantes pour permettre à l'entreprise de satisfaire à l'ensemble de ses engagements;
- des règles de placement pour les actifs représentatifs des provisions techniques. La Directive énumère les catégories d'actifs autorisées, fixe des limites maximales de placement pour certaines catégories et unifie les règles de congruence. Elle précise, à cet égard, que les Etats membres ne pourront exiger des entreprises d'assurance qu'elles effectuent des placements dans des catégories d'actifs déterminées, ni qu'elles localisent dans un Etat déterminé leurs actifs. Ces règles ne valent pas toutefois pour les actifs qui dépassent ceux représentant les provisions techniques. La liberté de placement doit ici être garantie.

Les Etats membres pourront toutefois adopter des normes de solvabilité plus sévères.

4. La Directive entraîne, par ailleurs, la suppression du contrôle préalable des tarifs et des conditions générales d'assurance, l'autorité de contrôle de l'Etat d'engagement étant garante de la solvabilité globale de l'entreprise. Toutefois, la Directive introduit une obligation d'information de l'assureur envers le preneur et reprend le droit de ce dernier, instauré par la deuxième Directive vie, de se départir du contrat dans un délai entre quatorze et trente jours à partir du moment où il est informé que le contrat est conclu.

Comme le souligne la Commission, ce système conduit *"à la responsabilisation plus grande des assurés face aux produits qui leur sont offerts, susceptible d'accroître le niveau réel de la protection"*[38].

5. Le droit applicable au contrat est défini de manière plus souple: les dispositions d'intérêt général en vigueur dans l'Etat d'engagement s'appliquent impérativement, le preneur étant libre au-delà de cette limite de souscrire un contrat conforme à la réglementation de l'Etat d'origine. Le critère est donc celui de l'intérêt général, tel qu'il a été défini par la jurisprudence de la Cour de Justice. Les normes de droit social applicables à la conclusion du contrat, sa gestion et sa résiliation relèvent, à notre sens, de l'intérêt général, notamment lorsqu'elles instaurent une participation des salariés et des règles destinées au maintien des droits acquis ou en cours d'acquisition. Elles doivent à ce titre être respectées par l'entreprise d'assurance. Il appartiendra néanmoins à la jurisprudence de préciser l'étendue exacte de l'intérêt général dans ce domaine.

---

[38] *Ibid.*, p. 28. Voir aussi PFUND, *op. cit.*, p. 117.

f) La libéralisation: une responsabilité accrue

1. La surveillance matérielle, par opposition à la surveillance limitée à la solvabilité, a constitué un cerceau de protection plus solide pour le consommateur, en particulier contre les abus en matière tarifaire, les conditions générales sans contenu et les risques d'insolvabilité de l'assureur[39]. Fondée sur une action préventive assez rigide, elle se heurte à l'image contemporaine du consommateur avisé. A la méconnaissance d'antan des mécanismes de l'assurance s'est substitué un plus grand discernement. Si dorénavant le preneur d'assurance est capable de prendre seul une option face à la diversité des choix suscités par la concurrence, il doit pouvoir également assumer le risque accru d'insolvabilité dû à l'allégement de la surveillance. La séduction de l'approche occulte néanmoins un problème qui concerne directement les régimes complémentaires. Que faire en cas de dommage causé aux bénéficiaires d'une assurance de groupe conclue par l'employeur seul ou en collaboration avec les représentants des salariés[40]? Les premiers lésés ne sont pas en effet les preneurs d'assurance.

2. Si les réponses peuvent diverger, le besoin de sécurité est lui invariable. Ces mutations impliquent donc une responsabilité accrue des preneurs dans le choix de l'entreprise d'assurance, la définition et la poursuite des rapports contractuels avec elle. Par ailleurs, la qualité du travail des autorités de surveillance nationales restera un facteur important, qui influencera l'estimation des preneurs sur la solidité des différentes entreprises en présence, ce d'autant plus si l'homologation nationale est fondée sur des critères de solvabilité plus élevés que la norme minimale communautaire. Enfin, les fonctions de prévention et de protection inhérentes à la gestion paritaire peuvent contribuer à renforcer le sens des responsabilités des acteurs des régimes.

---

39 PFUND, *op. cit.*, p. 117.

40 *Ibid.*, p. 118-119.

CHAPITRE 12

LA LIBERALISATION ET LES CAPITAUX DES INSTITUTIONS DE PREVOYANCE

a) Aux origines de la libéralisation

1. Le 9 octobre 1990, la Commission européenne publiait un document de travail consacré à l'achèvement du marché intérieur dans le domaine des retraites privées[1], rédigé par sa Direction générale pour les institutions financières et le droit des sociétés. La deuxième Directive vie est à l'origine de ce document, dans la mesure ou elle a ouvert la perspective du financement de plans de retraite à l'échelle européenne au moyen de contrats d'assurance-vie de groupe conclus auprès d'un seul assureur. La Commission européenne a estimé qu'il serait inéquitable d'avantager ainsi les compagnies d'assurance-vie par rapport à d'autres prestataires potentiels du même service[2], en particulier les régimes complémentaires.

2. C'est pourquoi elle a lancé l'idée de la liberté d'adhérer à un fonds de retraite à travers les frontières[3], ce qui permettrait la création de fonds de retraite européens, pouvant entrer en concurrence sur un pied d'égalité avec l'assurance privée. L'efficacité financière de tels fonds devrait également être renforcée par l'introduction de la liberté de prestation de services pour les gestionnaires de fonds de retraite et de la liberté d'investissement des actifs d'un fonds de retraite à travers les frontières.

3. La proposition pouvait séduire par son apparente cohésion. Elle cherchait en effet à apporter dans le domaine des régimes complémentaires une réponse unifiée au triptyque de la libre circulation des personnes et des capitaux et de la libre prestation des services financiers. En réalité, issue de la volonté de libéraliser l'activité des institutions financières, cette approche occultait un aspect important des régimes complémentaires lorsqu'ils détiennent des capitaux en couverture partielle ou totale de leurs engagements. Ils acquièrent une double nature d'institution sociale liée à la sécurité sociale et d'institution financière liée au marché des capitaux. Cette dernière fonction revêt une importance qui apparaît peu dans les documents communautaires: les capitaux des régimes bénéficient d'exonérations fiscales nationales et ils alimentent

---

1 Commission des Communautés européennes: *L'achèvement du marché intérieur dans le domaine des retraites privées,* Document de travail du 9 octobre 1990 de la Direction générale pour les institutions financières et le droit des sociétés - XV/224/90.

2 Commission des Communautés européennes: *L'achèvement du marché intérieur dans le domaine des retraites privées, op. cit.*, p. 4.

3 *Ibid.*, p. 4.

le marché national des capitaux, notamment pour couvrir les besoins d'emprunt des Etats. La libéralisation des mouvements de ces capitaux suscite par conséquent des réactions de crainte auprès de ceux des Etats membres qui escomptent une perte de maîtrise de cette source de financement. En coulisse, d'aucuns n'ont pas manqué d'argumenter qu'une telle libéralisation profiterait surtout à la place financière de Londres, raison pour laquelle les Britanniques en étaient le fer de lance. L'examen des différentes propositions plus concrètes établies en vertu de ces principes montre en tout cas qu'il est politiquement plus aisé de libéraliser les services financiers bancaires ou d'assurance que ceux offerts par les régimes complémentaires de retraite.

b) Les difficultés d'une liberté d'adhésion à travers les frontières

i) Les débats initiaux

1. Or les logiques financières et sociales à l'oeuvre dans l'Union ne se déploient ni sur le même plan, ni avec la même logique. La libéralisation financière se déploie à l'échelle communautaire et bouleverse souvent profondément les structures nationales antérieures. Procédant d'une option politique volontariste, elle est accompagnée d'une harmonisation juridique fondée sur un standard minimum qui implique dans nombre de pays une décrue de l'interventionnisme étatique. Par contre, le domaine de la sécurité sociale relève encore largement de l'Etat-nation quant à ses structures, son financement et ses prestations. Il n'y a pas de sécurité sociale, ni de régimes complémentaires communautaires. L'harmonisation sociale communautaire reste donc une perspective floue, notamment en raison des importantes différences structurelles entre Etats membres.

2. Il fallut donc admettre que si l'on pouvait inclure les capitaux des régimes complémentaires dans le champ de la libéralisation financière, il était par contre difficile d'y ajouter la liberté d'adhésion à travers les frontières, en l'absence d'une harmonisation sociale communautaire. Aussi, à l'issue de ce débat, la Commission a-t-elle décidé de se limiter à une proposition de directive du Conseil concernant la liberté de gestion et d'investissement des fonds collectés par les institutions de retraite[4].

3. Elle avait pourtant estimé dans un premier temps que la liberté d'adhésion à travers les frontières se justifiait pour les raisons suivantes[5] :

- l'augmentation du nombre d'employeurs multinationaux rend anachronique l'organisation des régimes complémentaires sur une base nationale;

---

4 *Exposé des motifs et texte de la proposition de Directive du Conseil concernant la liberté de gestion et d'investissement des fonds collectés par les institutions de retraite,* COM(91) 301 final - SYN 363.

5 Commission des Communautés européennes: *L'achèvement du marché intérieur dans le domaine des retraites privées, op. cit.*, p. 3-4.

- la libre circulation des travailleurs dans l'Union entraînera des problèmes de financement des droits de pension, certains travailleurs pouvant être tenus d'abandonner le régime de retraite de leur employeur dans leur Etat membre d'origine, même s'ils restent économiquement dépendants de ce même employeur et sont certains de retourner dans cet Etat d'origine;
- le coût global des retraites pour des entreprises européennes, en concurrence avec leurs homologues nord-américains ou japonais, ne doit pas être inutilement augmenté par des entraves nationales.

Il devait donc être possible, selon la Commission, de réaliser une telle liberté en s'inspirant du schéma de base utilisé pour la libéralisation de l'assurance-vie[6] :

- établissement d'une base coordonnée pour la reconnaissance mutuelle des systèmes de surveillance et le contrôle du pays d'origine sur la solvabilité des fonds de retraite;
- définition d'un ensemble de règles en matière de fiscalité permettant, d'une part, d'éviter tout abus au niveau des exonérations fiscales et, d'autre part, de ne pas entraver l'affiliation à des fonds de retraite au-delà des frontières;
- suppression, dans les législations nationales, de toutes les restrictions directes ou indirectes qui entravent dans la pratique l'affiliation au-delà des frontières. Cela vaut en particulier pour la limitation de l'éventail du choix des formes juridiques pouvant être utilisées pour la constitution de régimes complémentaires.

Cette approche s'est heurtée aux difficultés tenant à la structure variable, à la fiscalité et à la participation des salariés dans le domaine des régimes complémentaires.

4. Le problème des structures affecte en premier lieu des régimes complémentaires qui comportent une obligation d'adhésion à un système financier ou à une institution précise. Ainsi, l'organisation des régimes complémentaires français AGIRC et ARRCO, fondés sur un système financier de répartition étendu par des conventions collectives ayant force obligatoire, serait fondamentalement remise en cause par l'introduction d'une telle liberté d'adhésion. La stabilité financière du système de répartition dépend en effet de l'adhésion obligatoire. S'agissant des systèmes fondés sur les réserves au bilan de l'employeur, il n'est guère concevable que ce dernier se départisse de capitaux au profit d'un organisme extérieur. Enfin, les régimes conventionnels interentreprises ou interprofessionnels fondés sur la capitalisation disposent souvent d'une institution financière commune efficace qui serait remise en cause par l'exigence de la liberté d'adhésion.

---

6 *Ibid.*, p. 26.

5. La dimension fiscale est cruciale. En effet, les lois fiscales ont joué un rôle majeur dans la conception et le fonctionnement des régimes complémentaires[7]. L'exonération fiscale a joué un rôle fondamental pour leur développement, tandis que la surveillance des autorités fiscales a souvent été étroite d'abord pour éviter les abus fiscaux et ensuite pour veiller au maintien des droits acquis des bénéficiaires. De plus, la fiscalité des Etats membres est étroitement liée par les objectifs assignés aux régimes complémentaires dans le cadre des systèmes de retraite nationaux. Toucher à la fiscalité peut remettre en cause ces dispositifs nationaux, sans les remplacer par un dispositif communautaire adéquat de sécurité sociale[8]. Enfin, l'harmonisation fiscale communautaire est très difficile à réaliser en raison de la règle de l'unanimité[9].

6. L'accueil distant, voire carrément froid, réservé par les Etats membres à la liberté d'adhésion s'explique aussi par la crainte d'une atteinte aux droits de participation des salariés dans les régimes complémentaires[10]. Si une institution de retraite européenne devait être établie, il est sûr qu'elle ne pourrait respecter l'ensemble des dispositions des droits nationaux sur la participation des salariés. La moitié des Etats membres ont introduit de telles dispositions, tandis que dans l'autre moitié la pratique de la participation est assez largement répandue[11]. Même si la règle de la gestion paritaire était introduite sur le plan communautaire[12], l'opposition des Etats membres à une modification de leurs droits nationaux pourrait s'avérer un obstacle insurmontable.

7. En conclusion, sans une harmonisation sociale européenne minimale des régimes de retraite la liberté d'adhésion à travers les frontières est difficilement réalisable. L'institution sociale prend ici le pas sur l'institution financière. C'est la raison pour laquelle la Commission européenne a poursuivi ses travaux en les limitant à l'affiliation transfrontalière des travailleurs expatriés.

ii) L'affiliation transfrontalière des travailleurs expatriés à un régime de retraite lié à l'activité professionnelle

1. En automne 1992, la Commission européenne a publié un document de travail consacré à l'affiliation transfrontalière[13], mais uniquement pour les travailleurs migrants qui continuent de travailler pour la même entreprise ou le même groupe d'entreprises et qui souhaitent rester membres de leur régime d'origine. Si les

---

7 JOLIANS Alistair: *Le projet de directive sur les fonds de retraite,* Institute for International Research, Conférence sur les Fonds de pension, 1991, p. 7-8.

8 MORGAN Peter: «Pan-European Pension Funds - fantasy or reality ?», *Benefits and Compensation International,* March 1991.

9 Art. 99 du Traité CEE.

10 JOLIANS, *op. cit.*, p. 9-10; MORGAN, *op. cit.*

11 *Ibid.*

12 *Ibid.*

13 Commission européenne, Direction générale XV Institutions financières et droit des sociétés: *Affiliation transfrontalière des travailleurs expatriés à un régime de retraite lié à l'activité professionnelle,* XV/2040/92-Fr. Rev. 1.

problèmes pratiques qui se posent en théorie sont compliqués, en pratique ils le sont beaucoup moins, ne serait-ce que parce que les travailleurs concernés sont beaucoup moins nombreux. Les données chiffrées sur ce point sont inexistantes, mais l'on estime le nombre de travailleurs concernés à environ 260'000, selon la Commission. Ce chiffre est à comparer au nombre total d'expatriés intracommunautaires qui s'élève à environ 5 millions selon les statistiques démographiques d'EUROSTAT, dont 2,1 millions de travailleurs. Cependant ces derniers sont, pour une large part, des travailleurs partis à l'étranger à la recherche d'un emploi et qui sont devenus des résidents à long terme du pays d'accueil.

2. Bien que ces nombres soient relativement faibles au regard des 340 millions d'habitants environ de l'UE, les problèmes pratiques rencontrés sur le plan individuel sont considérables et sont un réel obstacle à la libre circulation de cette catégorie de travailleurs migrants. Dans une Union qui a érigé au rang de principe fondamental la libre circulation des travailleurs, l'importance de cette catégorie se conçoit également sur le plan symbolique. Le document de travail aborde ainsi en priorité le cas des travailleurs qui partent à l'étranger tout en conservant le même employeur ou le même groupe d'employeurs et qui désirent rester membres de leur régime de retraite d'origine. Il n'examine pas, toutefois, la question plus large de l'affiliation transfrontalière des employés *locaux* d'entreprises multinationales ou transnationales, ni celle de la création de fonds de retraite paneuropéens. Une large partie du document est consacrée aux obstacles fiscaux à une telle affiliation transfrontalière.

3. De manière générale, les travailleurs migrants qui continuent de remplir les conditions d'accès à leur régime complémentaire antérieur ne sont pas confrontés aux problèmes liés à la perte des droits acquis ou à la transférabilité, s'ils peuvent y rester affiliés. Il y a sur ce point une différence essentielle entre le travailleur transfrontalier qui continue à travailler pour le même employeur ou groupe d'entreprises et celui qui en change. Le premier comptera généralement retourner à terme dans son Etat membre d'origine, toujours avec le même employeur. S'il est contraint, en raison d'obstacles fiscaux ou juridiques, de quitter son régime de retraite complémentaire, d'adhérer à un autre régime dans le pays d'accueil, puis de se réaffilier au régime initial à son retour, il risque, ainsi que son employeur, non seulement de perdre des avoirs de prévoyance, mais également de se heurter à de nombreuses difficultés pratiques. Il suffit, à cet égard, de rappeler les différences de délais de stage légaux. A la retraite, le travailleur devra réclamer ses droits auprès de différents régimes.

4. L'obstacle le plus important à l'affiliation transfrontalière d'un travailleur expatrié est de nature fiscale. Il a été montré par un arrêt BACHMANN de la Cour de Justice des Communautés européennes[14]. Le cas était assez limpide. Hans-Martin Bachmann, ressortissant allemand, avait conclu dans son pays d'origine deux contrats d'assurances,

[14] Arrêt BACHMANN c/ Etat Belge du 28 janvier 1992 - *RCJE* 1992-I, p. 276 ss; cet arrêt est accompagné d'un deuxième du même jour relatif aux mêmes faits: Commission des Communautés européennes c/ Royaume de Belgique - *RCJE* 1992-I, p. 314 ss.

l'un contre la maladie et l'invalidité et l'autre sur la vie. Ayant pris par la suite un emploi en Belgique, il maintint ces deux contrats et demanda à pouvoir en déduire les cotisations de son revenu imposable. Cela lui fut refusé, au motif que seules les cotisations de maladie ou d'invalidité à une société mutualiste reconnue par la Belgique, ou les cotisations d'assurance-vie versées en Belgique pouvaient bénéficier de l'exonération. La Cour fut alors saisie tant par M. Bachmann au moyen d'une question préjudicielle que par la Commission agissant pour assurer le respect du Traité de Rome. La violation de l'article 48 du Traité, garantissant la libre circulation des travailleurs, et celle de l'article 59, garantissant la libre prestation de services, furent invoquées.

5. La Cour constata[15], tout d'abord, que les travailleurs ayant exercé une activité professionnelle dans un Etat membre et qui, par la suite, occupent un emploi dans un autre Etat membre, ou y sont à la recherche d'un emploi, ont normalement souscrit leurs contrats d'assurance contre la vieillesse et le décès ou d'assurance contre l'invalidité auprès d'assureurs établis dans le premier Etat. Il s'ensuit que les dispositions fiscales belges en cause risquent de jouer en particulier au détriment de ces travailleurs qui, en règle générale, sont ressortissants d'autres Etats membres. La Cour releva également qu'il ne peut être exigé du travailleur qu'il résiliât ses contrats d'assurance pour se conformer à la législation fiscale nationale, car cela constituerait une entrave à sa libre circulation. De plus, le recours à la réserve de l'intérêt général pour justifier la primauté du droit national ne saurait être admis lorsque le contrat d'assurance a été conclu dans un autre Etat membre au moment où le preneur d'assurance assuré y résidait. Dans ces conditions, le refus de la déductibilité fiscale des cotisations au motif qu'elles ne sont pas versées en Belgique est en opposition avec la libre circulation des travailleurs (article 48 du Traité CE) et la libre prestation de services (article 59 du Traité CE).

6. Cela nonobstant, la Cour considéra[16] que la condition du versement des cotisations en Belgique pouvait être justifiée par la nécessité de garantir la cohérence du régime fiscal applicable. Il peut en effet exister un lien entre la déductibilité des cotisations et l'imposition des sommes dues par les assureurs en exécution des contrats d'assurance contre la vieillesse et le décès. Il s'ensuit que, dans un tel régime fiscal, la perte de recettes qui résulte de déductions des cotisations d'assurance-vie, notion qui inclut les assurances contre la vieillesse et le décès, du revenu total imposable est compensée par l'imposition des pensions, rentes ou capitaux dus par les assureurs. Dans les cas où la déduction de telles cotisations n'a pas été obtenue, ces sommes sont exemptées de l'impôt. La cohérence d'un tel régime fiscal, dont la conception appartient à chaque Etat membre, suppose donc que, dans les cas où cet Etat serait obligé d'accepter la déduction des cotisations d'assurance-vie versées dans un autre Etat membre, il puisse percevoir l'impôt sur les sommes dues par les assureurs. A cet égard, la Cour a

---

15 Sont résumés dans ce paragraphe les considérants 8 à 16 de l'arrêt BACHMANN c/Etat Belge, *op. cit.*, p. 279-281.

16 Arrêt BACHMANN, *op. cit.*, considérants 17 à 29, p. 281-284.

considéré qu'un engagement de l'assureur à payer un tel impôt ne constitue pas une garantie suffisante, en raison des difficultés qu'il y aurait à faire respecter, le cas échéant, cet engagement dans l'Etat membre d'établissement de l'assureur.

7. La Commission européenne relève, à juste titre, que les principes dégagés par l'arrêt peuvent s'appliquer aux cotisations versées en cas d'affiliation transfrontalière d'un travailleur détaché à son régime complémentaire établi dans un autre Etat membre. Le refus de leur déductibilité en raison de leur non-versement dans le pays où s'exerce l'activité lucrative pourrait porter atteinte au principe de la libre circulation. Or, les principaux obstacles actuels en matière d'affiliation transfrontalière sont d'ordre fiscal, notamment la non-déductibilité des cotisations qui conduit à une double imposition des cotisations et des prestations de retraite. La Commission propose donc, dans son document, deux séries de principes soumis à l'appréciation des Etats membres:

- Les travailleurs migrants détachés devraient être autorisés à rester affiliés au régime de retraite complémentaire de leur pays d'origine lorsqu'ils continuent de remplir les conditions d'emploi ou d'autres critères nécessaires à cette affiliation. La règle serait analogue à celle prévue pour le détachement dans le cadre de l'application du Règlement CE 1408/71 en matière de coordination des régimes de sécurité sociale.
- Afin d'assurer la cohérence fiscale, un système de reconnaissance mutuelle des régimes complémentaires en matière d'imposition et de contrôle prudentiel devrait être mis sur pied. Il ne s'appliquerait qu'aux travailleurs migrants détachés qui resteraient affiliés à leur régime complémentaire de retraite de leur pays d'origine. Seraient couverts les régimes qui sont soumis au même traitement fiscal de base (exonération des cotisations et imposition des prestations) et qui ont été approuvés ou agréés d'une manière ou d'une autre dans leur pays d'origine. L'imposition des prestations versées dans d'autres Etats membres par ces régimes est généralement bien couverte par les conventions concernant la double imposition. Le deuxième volet, cependant, c'est-à-dire l'octroi d'un allégement pour les cotisations, l'est beaucoup moins. Il est par conséquent proposé que les cotisations puissent bénéficier dans ce cas d'un allégement fiscal dans le pays d'accueil, sur une base identique aux régimes locaux *"équivalents"*.

8. Si l'affiliation transfrontalière à un régime complémentaire présente des difficultés qui ont empêché l'élaboration d'actes juridiques précis, il n'en a pas été de même pour les deux autres libertés visées par la Communauté, soit la possibilité pour les régimes complémentaires de bénéficier du marché financier unique pour le choix du gestionnaire de leurs avoirs et du placement de ceux-ci. Une proposition de directive vit le jour en octobre 1991. Elle fut largement amendée par le Parlement européen en automne 1992. La Commission remit alors l'ouvrage sur le métier pour présenter le 26 mai 1993 une nouvelle version qui finalement fut renvoyée par le Conseil européen au groupe chargé des travaux préparatoires pour qu'il procède à de nouvelles études. Si l'adoption de la directive est devenue une éventualité fort incertaine, la présentation de

son contenu initial et de son évolution ultérieure permet d'illustrer certains contours de la réflexion relative aux régimes complémentaires dans leur dimension d'institutions financières d'un type nouveau.

c) La liberté de gestion et d'investissement des fonds collectés par les régimes complémentaires

i) Les débats préliminaires

1. La première proposition de Directive du Conseil concernant la liberté de gestion et de placement des fonds collectés par les institutions de retraite[17] était assez complète et ouvrait les perspectives suivantes:

- la liberté du choix, dans les limites du droit communautaire, du gestionnaire et du dépositaire des avoirs pour les fonds des institutions de retraite complémentaires;
- la possibilité pour les entreprises transnationales de gérer l'actif de leurs différents régimes complémentaires en *pool* à l'échelle communautaire;
- la non-discrimination dans le choix des valeurs mobilières et immobilières à l'échelle communautaire;
- la définition du niveau minimal des principes prudentiels devant être appliqués aux institutions de retraite.

2. Les problèmes essentiels qui surgirent avaient trait, d'une part, à la définition du champ d'application de la Directive, notamment à l'égard des régimes de sécurité sociale et, d'autre part, à la sécurité des placements et à la gestion paritaire. Le Parlement européen se montra en effet très sensible à ces problèmes suite au pillage par feu le magnat de la presse Robert MAXWELL des caisses de pensions de son groupe d'entreprises.

3. Les principaux thèmes des propositions d'amendements du Parlement européen[18] furent les suivants:

- le souhait émis que les actifs ne soient pas placés à l'extérieur de l'Union ou, à défaut, dans les pays en voie de développement ou les pays de l'Europe de l'Est;
- une distinction plus précise entre les régimes complémentaires visés par la Directive et les institutions de sécurité sociale;

---

17 COM(91) 301 final - SYN 363 du 12 novembre 1991.

18 L'ensemble des amendements du Parlement européen sont publiés au *JOCE* du 21 décembre 1992, No C/337, p. 123-130.

- l'obligation pour les organes gérant les actifs des institutions d'être composés au moins pour moitié de représentants des adhérents, bénéficiaires ou affiliés;
- la nécessité que le dépositaire des actifs soit financièrement et juridiquement indépendant de l'entreprise responsable;
- l'orientation des investissements, les actifs devant être placés exclusivement dans l'intérêt des bénéficiaires et des affiliés selon des modalités adaptées notamment aux exigences de croissance économique à long terme;
- la limitation des placements de l'institution dans l'entreprise responsable à un maximum de 15% des actifs de l'institution de retraite, y compris les réserves libres;
- l'interdiction en temps normal d'affecter les excédents d'une caisse de pensions à la liquidation des dettes ou à l'accroissement des bénéfices de l'entreprise responsable;
- l'introduction d'une assurance ou de garanties étatiques contre le risque d'insolvabilité du régime;
- l'obligation pour les régimes offrant des prestations en primauté des contributions de suivre les prescriptions de placement prévues par la troisième Directive vie, les régimes en primauté des prestations étant exemptés de telles prescriptions;
- l'obligation pour les institutions de retraite de faire vérifier leurs comptes annuels par un expert indépendant, de communiquer ceux-ci aux bénéficiaires, de faire estimer la valeur de leurs actifs à intervalles réguliers par un expert indépendant, avec notamment la proportion prise par chaque catégorie d'actifs;
- l'introduction d'un principe de responsabilité civile des membres du conseil d'administration de l'institution de retraite, de ses dirigeants et dépositaires, ceux-ci devant agir dans l'intérêt bien compris des bénéficiaires.

4. La plupart de ces amendements furent rejetés par la Commission qui considéra soit qu'ils sortaient du cadre de la Directive, qui est limité à la liberté de placement et de prestation de services (sort des excédents, gestion paritaire, assurance contre l'insolvabilité, règles de placement et de contrôle supplémentaires, responsabilité civile), soit parce qu'ils nuisaient à la clarté de la Directive, soit parce que la Commission s'y opposait par principe (lieu géographique des placements, indépendance du dépositaire, plafond pour les placements chez l'employeur). La Commission accepta, par contre, de préciser le champ d'application de la Directive et d'en modifier certains aspects[19].

---

[19] Voir à ce sujet la *Proposition modifiée de Directive du Conseil concernant la liberté de gestion et de placement des fonds collectés par les institutions de retraite,* COM(93)237 final - SYN 363, 1993, p. 1-6.

ii) La proposition modifiée de Directive concernant la liberté de gestion et de placement des fonds collectés par les institutions de retraite

1. Dans sa version initiale, la proposition de Directive ne s'étendait qu'aux fonds collectés par les institutions de retraite[20]. Elle ne couvrait donc pas l'ensemble des régimes complémentaires. Elle ne visait, par ailleurs, que les institutions établies séparément de toute entreprise responsable en vue de financer les prestations de retraite en faveur d'un groupe de personnes unies par un lien d'emploi, professionnel ou similaire[21]. Etaient exclus du champ d'application les organismes de sécurité sociale[22], les assurances privées définies par la deuxième et la troisième Directive vie[23], les établissements de crédit[24], les organismes de placement collectif en valeurs mobilières[25] et les services d'investissement[26]. La distinction entre la sécurité sociale et les régimes complémentaires suscitèrent des difficultés qui ont entraîné une nouvelle formulation du champ d'application. Celui-ci s'étend aux institutions ou fonds de retraite, autres qu'un organisme de sécurité sociale réglementaire, établis séparément de tout organisme ou entreprise responsable en vue de financer des prestations complémentaires de retraite, y compris celles prescrites par la législation sur la sécurité sociale et qui constituent des réserves pouvant être placées dans des actifs[27]. Une liste non exhaustive des organismes de sécurité sociale réglementaire devait être jointe à la Directive.

2. Les prestations de retraite[28] sont les paiements revêtant la forme d'une rente à vie ou temporaire ou d'une indemnité attribuée en cas de décès, d'invalidité, de cessation d'emploi ou au moment où est atteint un certain âge fixé pour la retraite, ou encore les paiements de soutien en cas de maladie ou d'indigence lorsqu'ils sont complémentaires par rapport aux prestations susmentionnées. Les prestations qui remplacent les prestations fournies par un organisme de sécurité sociale réglementaire sont considérées comme des prestations de retraite. L'organisme responsable ou l'entreprise responsable *(sponsoring undertaking)* est tout organisme ou entreprise, privé ou public,

---

20 Art. 1 et 2 de la proposition modifiée de Directive sur les fonds collectés par les institutions de retraite, *op. cit.*

21 *Ibid.*, art. 2 litt. a.

22 *Ibid.*, art. 2 litt. a.

23 *Ibid.*, art. 1 al. 2.

24 Tels qu'ils sont définis par la Deuxième Directive 89/646 du Conseil visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, et modifiant la Directive 77/780/CEE, *JOCE* du 30 décembre 1989, No L 386/1.

25 Tels qu'ils sont définis par la Directive 85/611 du Conseil portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif de valeurs mobilières (OPCVM), *JOCE* du 31 décembre 1985, No L 375/3.

26 Tels que définis par la proposition modifiée de Directive du Conseil concernant les services d'investissement dans le domaine des valeurs mobilières, *JOCE* du 22 janvier 1990, No C 42/7.

27 Proposition modifiée de Directive sur les fonds collectés par les institutions de retraite, *op. cit.*, art. 1 al. 1 et 2 litt. a.

28 *Ibid.*, art. 2 litt. b.

ou tout autre organisme qui verse des cotisations, ou dont les salariés ou les membres versent des cotisations, à une institution de retraite[29].

L'intention de la Commission était d'inclure un large éventail de types différents d'institutions ayant comme point commun de détenir des actifs en vue de servir des prestations de retraite ou d'autres prestations sociales liées à l'emploi[30]. Les fonds de réserve détenus par un régime fondé sur la répartition sont donc autant concernés que les fonds collectés par un régime en capitalisation.

3. La Directive cherche à concrétiser la liberté de circulation des capitaux pour les institutions de prévoyance. L'article 67 du Traité prescrit la suppression progressive par les Etats membres des restrictions aux mouvements de capitaux appartenant à des personnes résidant dans les Etats membres, ainsi que les discriminations de traitement fondées sur la nationalité ou la résidence des parties, ou sur la localisation des placements. A partir du 1er janvier 1994, il sera remplacé par l'art. 73B, introduit par le Traité sur l'Union Européenne du 7 février 1992, qui élargit la liberté aux mouvements de capitaux entre les Etats membres et entre les Etats membres et les pays tiers[31]. Dès le 1er juillet 1990, la deuxième Directive sur les mouvements de capitaux[32] a complètement libéré les mouvements de capitaux à l'échelle de la communauté intervenant entre les personnes résidant dans les Etats membres. Cela couvre notamment les investissements directs, les investissements immobiliers, les opérations sur titres normalement traités sur les marchés des capitaux, les opérations sur parts d'organismes de placement collectif, les opérations sur titres et autres instruments normalement traités sur le marché monétaire, les opérations en comptes courants et de dépôts auprès des établissements financiers, les prêts et crédits financiers et les droits de gage[33].Quelques exceptions ont été prévues à la liberté de mouvement:

- Les mesures de régulation de la liquidité bancaire sont autorisées dans la limite des besoins de la régulation monétaire interne[34].
- En cas de mouvements de capitaux à court terme d'une ampleur exceptionnelle exerçant de fortes tensions sur les marchés des changes et provoquant des perturbations graves dans la conduite de la politique monétaire et de change d'un Etat membre. Des mesures de sauvegarde peuvent être prises dans ce cas

---

29 *Ibid.*, art. 2 litt. c et d.

30 *Exposé des motifs de la première proposition de Directive sur les fonds collectés par les institutions de retraite, op. cit.*, p. 9.

31 Commission des Communautés européennes: *Traité sur l'Union Européenne,* Bruxelles, 1992.

32 Directive 88/361 du Conseil du 24 juin 1988 pour la mise en oeuvre de l'article 67 du Traité - *JOCE* du 8 juillet 1988, No L 178/5, qui remplace la première Directive du Conseil du 11 mai 1960 pour la mise en oeuvre de l'article 67 du Traité - *JOCE* du 12 juillet 1960, No 43, p. 921/60, et ses modifications.

33 *Ibid.*, Annexe 1.

34 *Ibid.*, art. 2.

par l'Etat membre ou la Commission européenne[35], mais pour une durée qui ne peut dépasser 6 mois[36].

- L'Espagne, le Portugal, la Grèce et l'Irlande bénéficient de statuts particuliers[37].

Par ailleurs, la Directive réserve le droit des Etats membres de prendre les mesures indispensables pour faire échec aux infractions à leurs lois et règlements, notamment en matière fiscale ou de surveillance prudentielle des établissements financiers[38]. Toutefois, l'application de ces mesures ne peut avoir pour effet d'empêcher les mouvements de capitaux effectués en conformité avec les dispositions du droit communautaire[39]. Le caractère général de ces principes a appelé une régulation spécifique pour les capitaux des régimes complémentaires.

4. Or, les institutions de prévoyance ne peuvent sans autre être mises au bénéfice de la liberté de circulation des capitaux. Il faut, au préalable, définir à l'échelle communautaire les règles prudentielles devant encadrer une telle liberté. De nombreux Etats membres imposent en effet des règles de placement pour les actifs des institutions de retraite pour assurer leur gestion prudente et garantir leur stabilité et celle de l'ensemble du système financier, tout en protégeant les droits acquis des bénéficiaires[40]. Ces mesures peuvent empêcher les institutions de retraite de bénéficier entièrement de la libre circulation des capitaux. Seule l'harmonisation communautaire des règles prudentielles, à l'instar de la proposition de troisième directive vie, est en mesure d'éviter que ces règles ne deviennent une nouvelle forme d'obstacle aux transactions financières à l'intérieur de l'Union.

5. La règle de base dans ce domaine est celle du traitement non discriminatoire. L'article 68 al. 2 du Traité dispose que lorsqu'un Etat membre applique aux mouvements des capitaux libérés sa réglementation intérieure relative au marché des capitaux et au crédit, il le fait de manière non discriminatoire[41]. Aucun Etat membre ne peut introduire des règles discriminatoires envers d'autres actifs communautaires, soit les valeurs mobilières et immobilières situées ou échangées dans l'UE[42]. La discrimination entre actifs notamment selon leur localisation physique, le domicile de leur émetteur et le lieu de leur échange est proscrite[43].

---

35 *Ibid.*, art. 3 al. 1 et 2.
36 *Ibid.*, art. 3 al. 4.
37 *Ibid.*, Annexe III et IV.
38 *Ibid.*, art. 4 al. 1.
39 *Ibid.*, art. 4 al. 2.
40 KOLLIAS Sofirios/MALDONADO Victor Andrès: *Financial Integration and Pension funds,* 3e Conférence IPEBLA, 1991, p. 3.
41 Il est repris par l'art. 73D al. 1. litt. b du Traité sur l'Union Européenne.
42 KOLLIAS/MALDONADO, *op. cit.*, p. 4.
43 *Ibid.*, p. 5.

6. La proposition de Directive a donc prévu que les Etats membres imposent aux institutions de retraite établies sur leur territoire l'obligation de placer tous les actifs qu'elles détiennent pour couvrir leurs versements futurs prévus de prestations de retraite conformément aux principes suivants[44] :

i) Les actifs sont placés selon les modalités adaptées à la nature et à la durée des engagements correspondants et au niveau de leur provisionnement, compte tenu des exigences de sécurité, de qualité, de liquidité et de rendement du portefeuille de l'institution de retraite dans son ensemble.

ii) Les actifs sont suffisamment diversifiés pour éviter toute accumulation excessive de risques dans l'ensemble du portefeuille.

iii) Les placements dans l'entreprise ou les entreprises responsables, ou dans les entreprises filiales ou associées, sont limités à un niveau prudent. Par *"entreprises filiales"*, on entend les entreprises liées par une relation du type décrit à l'article 1 de la Directive 83/349/CEE, du 13 juin 1993[45]. Par *"entreprises associées"*, on entend les entreprises sur lesquelles l'entreprise ou les entreprises responsables, ou une entreprise filiale, exercent une influence notable au sens de l'article 33 paragraphe 1 de la Directive précitée.

Pour l'application de ces principes, l'existence d'une assurance couvrant le risque d'insolvabilité ou l'existence des garanties de l'Etat, doivent être prises en considération. Ces règles correspondent à la prudence dont *"un bon père de famille agissant en la même qualité et au fait de ces questions ferait preuve dans la conduite d'une entreprise d'un type comparable et poursuivant les mêmes objectifs"*[46].

7. En vertu du principe de non-discrimination applicable aux capitaux, les Etats membres n'imposent pas aux institutions de retraite l'obligation d'effectuer leurs placements dans des catégories particulières d'actifs ni de localiser leurs actifs dans un Etat membre déterminé[47]. Ce principe de l'égalité de traitement est corrigé par des règles de congruence destinées à protéger l'institution contre le risque dû aux différences de taux de change des monnaies[48] :

- Les Etats membres n'imposent en aucun cas aux institutions de retraite l'obligation de détenir plus de 80% de leurs actifs dans des monnaies congruentes, compte tenu de l'effet des instruments de couverture du risque de change détenus par l'institution.

---

44 Art. 4 de la proposition modifiée de Directive sur les fonds collectés par les institutions de retraite, *op. cit.*

45 Il s'agit de la septième Directive du Conseil fondée sur l'article 54 paragraphe 3 point g) du Traité, concernant les comptes consolidés - *JOCE* du 18 juillet 1983, No L193/2-13; son article 1 définit les entreprises filiales de diverses façons.

46 *Exposé des motifs de la première proposition de Directive sur les fonds collectés par les institutions de retraite, op. cit.*, p. 15.

47 *Ibid.*, art. 4 al. 2.

48 *Ibid.*, art. 4 al. 3.

- Dans le cas des institutions de retraite dont les engagements ne sont pas fixés en termes monétaires, mais sont par exemple liés aux niveaux des salaires futurs, ce pourcentage est ramené à 60%.
- Les actifs libellés en écus sont considérés comme congruents par rapport à n'importe quelle monnaie de l'Union. Cette règle a un caractère transitoire. L'intégration monétaire communautaire, fortement accélérée par le Traité sur l'Union Européenne, doit déboucher sur une monnaie et une Banque centrale communes, ce qui enlèvera toute justification aux règles prudentielles fondées sur le risque de change[49].

8. Les Etats membres peuvent, certes, adopter des règles de placement plus détaillées compatibles avec les principes qui précèdent[50]. La Directive leur limite toutefois la possibilité d'appliquer des règles qui restreindraient la liberté de circulation des capitaux. Cela concerne en particulier l'obligation de placements minimaux dans certaines catégories d'actifs et les règles de localisation des actifs et de congruence, qui pourraient sinon avoir pour effet de limiter les possibilités de placements transfrontaliers[51]. Par ailleurs, les Etats membres ne soumettent les décisions d'une institution de retraite ou de son gestionnaire en matière de placements à aucune obligation d'approbation préalable ou de notification systématique[52].

9. La Directive ouvrait également une plus grande liberté de gestion financière et de dépôt des actifs pour les institutions de prévoyance. Parallèlement à la libéralisation de l'assurance privée, vie et non-vie, la CE a adopté une série de mesures visant à libéraliser les marchés bancaires et de services financiers, selon l'approche de la reconnaissance mutuelle[53]. L'exercice effectif de la libre prestation de services, en l'occurrence de services de gestion des placements, implique non seulement que les prestataires doivent être libres d'offrir leurs services dans toute l'Union, mais aussi que les demandeurs de ces services puissent être libres de choisir un prestataire qui n'est pas établi dans leur propre Etat membre[54]. Cela vaut en particulier pour les institutions de retraite, la seule condition étant la reconnaissance du prestataire de services en vertu des normes communautaires.

10. Lorsqu'ils permettent que les placements de certaines formes d'institutions de retraite soient gérés de façon externe, les Etats membres ne doivent pas restreindre la

---

49 KOLLIAS/MALDONADO, *op. cit.*, p. 7.

50 Art. 4. al. 5 de la proposition modifiée de Directive sur les fonds collectés par les institutions de retraite, *op. cit.*

51 *Exposé des motifs de la première proposition de Directive sur les fonds collectés par les institutions de retraite, ibid.*, p. 11.

52 Art. 4 al. 4 de la proposition modifiée de Directive sur les fonds collectés par les institutions de retraite, *op. cit.*

53 HERTIG Gérard: «Droit bancaire et boursier (y compris la circulation des capitaux)», in: *Le droit suisse et le droit communautaire: convergences et divergences,* 1990, p. 319-460.

54 *Exposé des motifs de la première proposition de Directive sur les fonds collectés par les institutions de retraite, op. cit.*, p. 10.

liberté de ces institutions de choisir, pour gérer tout ou partie de leurs actifs, un gestionnaire établi dans un autre Etat membre et dûment agréé pour cette activité conformément:

- à la troisième Directive vie,
- à la Directive sur les services d'investissement
- et la deuxième Directive bancaire 89/646 (établissements de crédits)[55].

La deuxième directive n'est pas encore adoptée; le sort de la liberté de choix d'un organisme autre que bancaire ou d'assurance n'est donc pas défini. La même liberté est accordée pour le choix du dépositaire[56] qui détient les actifs d'une institution de retraite, soit la compagnie d'assurance-vie, le service d'investissement, l'établissement de crédits et les organismes de placement collectifs.

11. Une autre dimension de la liberté de choix est consacrée par la Directive. Lorsque les entreprises responsables appartiennent à un groupe d'entreprises, les Etats membres doivent autoriser les institutions de retraite à organiser la gestion financière de leurs actifs au niveau du groupe par l'intermédiaire d'une de ces institutions. Ceci ne limite pas le droit des Etats membres de prévoir que les institutions de retraite doivent être gérées par une entité juridique distincte[57]. Il s'agit de régler le cas d'une institution de retraite qui gère ses propres placements ou ceux d'une institution associée au sein d'un groupe d'entreprises. Bien que tous les Etats membres ne prévoient pas cette possibilité, il est indispensable, selon la Commission, que, lorsqu'elle est prévue, cette liberté n'entraîne pas de discrimination, en particulier dans le cas où une entreprise ou un groupe d'entreprises a dû créer des institutions de retraite distinctes pour couvrir les salariés travaillant dans les Etats membres différents. Ces institutions doivent pouvoir choisir leur gestionnaire de la même manière que s'il n'y avait qu'une seule institution, notamment lorsqu'il s'agit d'une gestion interne au sein du groupe. L'utilisation d'une seule institution de retraite comme gestionnaire pour le compte d'une institution distincte associée au sein du même groupe d'entreprises n'implique pourtant pas que les placements des deux institutions soient détenus en commun, ni qu'il y ait un changement quelconque dans le traitement fiscal de ces institutions. La Commission indique donc que, dans la pratique, un cloisonnement des actifs sera probablement nécessaire, et ceci pour plusieurs raisons, au nombre desquelles la nécessité de respecter les droits des adhérents à participer à la gestion des institutions[58].

---

55 Art. 3 al. 1 de la proposition modifiée de Directive sur les fonds collectés par les institutions de retraite, *op. cit.*

56 *Ibid.*, art. 3 al. 3.

57 *Ibid.*, art. 3 al. 2.

58 *Exposé des motifs de la première proposition de Directive sur les fonds collectés par les institutions de retraite, op. cit.*, p. 11.

iii) Conclusion

La libéralisation financière communautaire s'est arrêtée, à l'instant où nous écrivons, au seuil des institutions de retraite, contrairement à ce qui a été accompli pour les banques et les assurances. L'opinion majoritaire des Etats membres n'est manifestement pas enthousiasmée par la perspective que les régimes complémentaires soient, avec leurs particularités, des institutions financières similaires aux autres. Sans doute est-ce l'expression d'une volonté de freiner une libéralisation perçue comme un risque potentiel pour les bénéficiaires, mais d'autres motivations ne sont pas absentes, par exemple de favoriser le financement des déficits budgétaires nationaux et de l'économie nationale par des capitaux rendus captifs des marchés financiers nationaux. Une telle approche est notamment justifiée par le fait que la fortune des régimes complémentaires est favorisée par les exonérations fiscales accordées par les Etats membres. Faut-il néanmoins s'attendre à ce que tôt ou tard l'internationalisation économique rende une telle libéralisation inévitable? Le rôle que jouent d'ores et déjà les fonds de pensions des Etats-Unis sur les marchés financiers européens est l'expression de cette évolution. En tout état de cause, les difficultés de la libéralisation témoignent de la nature institutionnelle à la fois sociale et financière des régimes complémentaires de retraite.

PARTIE III

LES REGIMES COMPLEMENTAIRES SUISSES

ELEMENTS DE THEORIE GENERALE

CHAPITRE 13

INTRODUCTION

a) Les trois étages de la protection

1. Le système de sécurité sociale suisse assure l'attribution d'un revenu social de substitution et de compensation pour les éventualités de la vieillesse, du décès et de l'invalidité. Le revenu de substitution remplace - partiellement ou totalement - le gain perdu ou diminué[1] ; le revenu de compensation garantit à chaque membre de la collectivité un minimum d'existence[2]. L'article 34quater de la Constitution fédérale (Cst. féd.) organise et délimite les structures qui doivent assumer ces tâches, et leurs objectifs propres. C'est ainsi que les éventualités de la vieillesse, du décès et de l'invalidité doivent être couvertes, à des degrés divers, par un régime de base - l'assurance fédérale vieillesse, survivants et invalidité (AVS/AI), par des régimes complémentaires - la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité - et par la prévoyance individuelle[3]. Il s'agit, selon l'expression consacrée, d'un système à trois étages - ou trois piliers - de protection.

En réalité, chaque étage - ou pilier - se dédouble: l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité fédérale (AVS/AI) assure également des prestations complémentaires fondées sur une clause de besoin, la prévoyance professionnelle rendue obligatoire en vertu de la loi (LPP) est complétée par la prévoyance professionnelle facultative (PPF) et, enfin, à la prévoyance individuelle liée, avantagée au plan fiscal, s'ajoute la prévoyance individuelle libre[4].

2. La Suisse ne fait donc pas exception au développement constaté à l'échelle internationale. On y retrouve la distinction entre un régime de base de la sécurité sociale et des régimes complémentaires. Il eût été néanmoins envisageable de concevoir un premier étage de protection étendu qui aurait rendu vain l'instauration d'un régime complémentaire légal. Le débat a existé. L'extension prioritaire du premier étage de protection universelle, avec pour corollaire la limitation de la protection complémentaire, fut proposée au peuple par voie d'initiative populaire[5] à la fin des

---

1 GREBER: *Les principes fondamentaux, op. cit.*, p. 247, expose de manière détaillée les fondements et le contenu de la notion de revenu social de substitution.

2 Voir GREBER: *Les principes fondamentaux, op. cit.*, p. 216, pour la notion de revenu social de compensation.

3 Art. 34quater al. 1 Cst. féd.

4 TSCHUDI Hans Peter : «Das Drei-Säulen. Prinzip», *SZS* 1987, p. 2.

5 Initiative constitutionnelle fédérale pour une véritable retraite populaire, déposée le 2 décembre 1969.

années soixante. Le peuple lui préféra le concept des trois étages en adoptant en votation populaire l'article 34^quater^ Cst. féd. le 3 décembre 1972[6]. Ce débat renaît aujourd'hui, mais de façon atténuée. Ainsi, une récente initiative lancée par le Parti socialiste et l'Union syndicale suisses propose l'augmentation des prestations du régime de base AVS destinées à la couverture des besoins vitaux[7], avec pour corollaire une diminution équivalente de la couverture offerte par le régime complémentaire légal. C'est l'une des expressions de la discussion sur l'avenir des retraites de vieillesse suisses.

b) Le débat sur les retraites

i) Le risque démographique

1. En 1980, 27,5% de la population en Suisse étaient âgée de moins de 20 ans. En l'an 2020, cette part devrait tomber à 19%. Inversement, le haut de la pyramide des âges devrait augmenter sensiblement; les personnes de 65 ans et plus constituaient 14% de la population en 1980; elles passeront à 20% en 2020[8]. Quelles en sont les conséquences pour les systèmes de retraite ?

2. S'agissant du régime de base AVS financé en répartition, 3 personnes de la population active participent aujourd'hui au financement d'une pension de retraite. D'ici à 2015, ce chiffre s'abaissera à 2,5 personnes pour atteindre 2 personnes vers 2035[9]. La dégradation du rapport démographique pourra toutefois être assumée par le régime si le produit intérieur brut croît de 1,6% en moyenne jusqu'en 2005, puis de 1,4% jusqu'en 2025, et grâce à une augmentation des prélèvements sur les salaires de 1,5% environ[10]. Cela tient notamment au fait que les rentes ne sont pas entièrement dynamisées. Elles ne sont, en effet, adaptées qu'à la moitié de la croissance réelle des salaires. En cas de croissance économique, la rente AVS perd de sa valeur comparée au revenu des salariés. Il y a donc une *"dégression à froid"* des rentes AVS, soit une détérioration du taux de remplacement[11].

---

6 Voir GREBER Pierre-Yves: *Droit suisse de la sécurité sociale. Avec un aperçu de théorie générale et de droit international de la sécurité sociale,* 1982, p. 159-166, pour l'historique détaillé des débats.

7 Initiative populaire fédérale "*pour l'extension de l'AVS et de l'AI*", lancée le 14 août 1990 par le Parti socialiste suisse et l'Union syndicale suisse.

8 BLANC Olivier: «Suisse 2000. Enjeux démographiques» in: *Suisse 2000. Enjeux démographiques,* p. 13.

9 HAUG Werner: «Evolution démographique et AVS», in: *Suisse 2000. Enjeux démographiques,* p. 180.

10 *Ibid.*, p. 181.

11 *Ibid.*, p. 181.

3. Le risque démographique n'épargne pas nécessairement la prévoyance professionnelle fondée sur la capitalisation[12]. La levée de ce risque implique donc, comme pour le régime de base, une croissance économique. Des chercheurs posent également d'autres questions.

Olivier BLANC se demande ainsi si l'on ne risque pas, à l'échelon des caisses, des difficultés financières lorsque les gros effectifs de cotisants deviendront des bénéficiaires. Est-ce que, dans une telle hypothèse, la démographie des actifs et des rentiers ne vas pas mettre en danger des institutions de retraites couvrant des secteurs économiques déclinants ?[13]

André DUBEY, pour sa part, souligne que l'augmentation des coûts due au vieillissement touchera également, mais dans une moindre mesure, le deuxième pilier, particulièrement dans le domaine facultatif (PPF), c'est-à-dire le domaine des prestations qui excèdent le minimum requis par la LPP et dont bénéficient un grand nombre d'assurés. L'augmentation de l'âge moyen des actifs par exemple aura des conséquences sur le financement des augmentations de salaire dans les caisses en primauté des prestations, la détérioration du rapport actifs/pensionnés rendra plus onéreuse l'adaptation des rentes au renchérissement. Comment supporter cette charge sociale, en particulier si la croissance économique réelle n'atteint pas les pourcentages espérés? Assisterons-nous à une réadaptation des systèmes de sécurité sociale? Dans une telle hypothèse, DUBEY s'interroge: *"la prévoyance professionnelle et tout particulièrement le domaine de la prévoyance surobligatoire, système complexe et souvent mal compris, ne pourraient-ils pas devenir des victimes toutes désignées. C'est pour ma part dans une telle évolution que je vois le principal danger du vieillissement démographique pour la prévoyance professionnelle"*[14].

La question est ainsi posée de savoir si face au risque démographique un processus d'harmonisation de la prévoyance complémentaire est nécessaire. Car si la complexité issue de la diversité est un attribut des régimes complémentaires[15], son excès peut entraîner une réaction de rejet, surtout si elle est accentuée par l'obscurité des mécanismes de négociation sociale et d'organisation qui les sous-tendent. L'exemple des régimes conventionnels dans d'autres pays fournit à cet égard un contrepoint positif[16].

---

12 Voir à ce sujet les développements contenus au Chapitre 2, litt. b, ch. v) et au Chapitre 9, litt. c.

13 BLANC, *op. cit.*, p. 15.

14 DUBEY André: «Le vieillissement, un danger pour la prévoyance professionnelle», in: *Suisse 2000. Enjeux démographiques,* p. 202-203.

15 Voir le Chapitre 2, litt. c, ch. iii).

16 Voir le Chapitre 2, litt. e, à propos des avantages de transparence et d'harmonisation offerts par les régimes conventionnels.

ii) L'avenir des retraites

1. Ces réflexions nées d'un horizon incertain débouchent aujourd'hui sur une prise de conscience politique. En mai 1990, le Département fédéral de l'intérieur prit acte de ces débats nouveaux et de la nécessité de porter un jugement actuel sur le concept des trois piliers de la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité ancré dans la Constitution fédérale. Il confia donc un mandat à cinq experts visant à étudier ce concept dans ses principes fondamentaux, mais également dans l'optique de l'évolution économique et démographique prévisible[17]. Publiés en juin 1991, les rapports des experts ont fait apparaître une palette de propositions assez divergentes[18]. Deux aspects nous paraissent topiques pour notre réflexion. Ils ont trait, d'une part, aux rapports entre les régimes de base et complémentaires et, d'autre part, à la conception future de la prévoyance complémentaire.

2. Si l'unanimité existe sur le concept des trois étages de protection, des différences sensibles apparaissent quant aux rôles des régimes de base et complémentaires, entre le régime universel fondé sur la répartition, et les régimes complémentaires fondés sur la capitalisation. Ainsi, les options proposées varient-elles entre trois pôles[19] :

- en majorité, le maintien du système actuel sans changements fondamentaux est suggéré;
- une minorité propose l'extension du régime de base avec une limitation correspondante de la prévoyance complémentaire;
- un expert propose un léger déplacement en faveur des régimes complémentaires.

Il n'existe donc pas de velléités actuellement discernables d'amputer le régime de base AVS de charges qui seraient déplacées vers les régimes complémentaires ou la prévoyance individuelle. Au contraire, un fort courant minoritaire se manifeste pour aller dans la direction opposée. Les frontières actuelles entre les étages de protection ne semblent donc pas devoir souffrir de mutations majeures[20]. Il faut probablement y voir le reflet de l'équilibre des dépenses entre les deux étages du système des retraites. En 1990, le total des dépenses du régime AVS s'est élevé à fr. 18,328 milliards, tandis que le total des dépenses en 1989 estimé pour les régimes complémentaires était de fr. 19,610 milliards[21]. La part actuelle prise par la capitalisation a manifestement pour effet de limiter les velléités de déplacement des frontières entre les régimes, contrairement à ce qui peut être observé ailleurs dans d'autres pays industrialisés[22].

---

17 RCC 1991, p. 275.

18 Département fédéral de l'intérieur: *Fünf Expertenberichte zur Dreisäulenkonzeption der schweizerischen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge,* 1991.

19 Le résumé et la synthèse des conclusions des experts sont publiés dans la *RCC* 1991, p. 277-287.

20 Voir le Chapitre 2, litt. b, ch. v), consacré au mouvement des frontières entre les trois piliers.

21 ROSSINI Stéphane: *Les institutions de sécurité sociale en Suisse. Panorama statistique 1915-1990,* 1992, p. 104.

22 Voir à ce sujet le Chapitre 2, litt. b, ch. v).

3. En ce qui concerne les régimes complémentaires, on ne constate pas d'approche uniforme. Le maintien d'un régime complémentaire légal n'est guère contesté, même si certains proposent la diminution de son importance, tandis que d'autres préfèrent son extension. Par contre, et c'est nouveau, deux experts plaident en faveur d'une déconnexion entre l'institution de prévoyance et l'entreprise, les salariés devant disposer du droit de s'affilier auprès de l'institution de leur choix[23], voire même de choisir librement entre un plan en primauté des prestations ou en primauté des cotisations. Le but est de stimuler la concurrence entre institutions afin d'améliorer la politique de placements et de favoriser la libre circulation des travailleurs. Les difficultés de réaliser une telle coupure avec l'entreprise, la branche ou les rapports entre employeurs et salariés en général ne sont pas minces[24]. On peut penser, en particulier, que l'atténuation de la solidarité professionnelle au profit de l'effort individuel des salariés entraînera une diminution de l'effort volontaire de l'employeur et donc du niveau des prestations. Devant ces mutations, les institutions de prévoyance liées aux entreprises devront s'interroger sur leur capacité de conjuguer la solidarité professionnelle avec une gestion concurrentielle des placements et des coûts. C'est ici que l'action autonome des partenaires sociaux a pu dans d'autres pays démontrer une certaine efficacité, notamment dans les régimes conventionnels qui associent la rationalisation administrative et l'efficacité financière[25].

L'effet ultime d'une approche fondée sur la déconnexion avec l'entreprise prise individuellement serait la constitution de grandes institutions de prévoyance, pouvant être érigées soit par les partenaires sociaux sur une base de solidarité professionnelle ou interprofessionnelle, soit par les banques et assurances privées présentes sur le marché de la protection complémentaire, soit encore par des grandes entreprises ou collectivités publiques. Une telle approche pourrait également favoriser le développement des pensions personnelles[26] et créer une tension nouvelle entre la prévoyance collective et individuelle[27]. Quoi qu'il en soit, la rationalisation centralisatrice des régimes complémentaires est une tendance à l'oeuvre[28] susceptible également - dans le débat communautaire - de faciliter la liberté d'adhésion à travers les frontières.

iii) La mutation des valeurs

1. La Suisse n'est pas une île. Il est donc logique qu'elle doive également affronter les mutations des valeurs rencontrées ailleurs et leur impact sur le système des retraites.

---

23 *RCC* 1991, p. 287.

24 Voir les développements sur les pensions personnelles et la coordination contenus au Chapitre 3, litt. b, ch. v).

25 Voir le Chapitre 2, litt. e.

26 Voir à ce sujet le Chapitre 3, litt. b, ch. v).

27 Voir le Chapitre 14, litt. g, ch. iii), sur la tension naissante entre la prévoyance collective et individuelle dans les régimes complémentaires suisses.

28 Voir Chapitre 14, litt. d, ch. iv), sur la progression de la primauté des contributions.

Trois thèmes majeurs retiennent l'attention, à savoir l'égalité entre hommes et femmes, l'individualisation du droit aux prestations et la libre circulation.

2. L'individualisation des droits et l'égalité entre les hommes et les femmes sont étroitement liés. L'un des problèmes essentiels tant dans le régime de base que dans les régimes complémentaires est le lien trop étroit entre le statut d'état civil des femmes et leur droit aux prestations de retraite. La femme mariée ou divorcée est trop dépendante de la carrière d'assurance de son époux actuel ou antérieur dans le calcul de son droit aux prestations. Par ailleurs, il n'est pas suffisamment tenu compte des tâches d'éducation ou d'entraide familiale assumées par les femmes. D'où l'apparition de phénomènes de pauvreté liés à l'âge touchant plus particulièrement les femmes. Des propositions de réformes sont actuellement discutées pour introduire des rentes de vieillesse indépendantes de l'état civil dans le régime AVS, complétées par des bonifications pour l'accomplissement des tâches d'éducation et d'entraide familiale effectuées grâce à l'absence d'activité lucrative[29]. Une autre proposition applicable aux régimes complémentaires fondés sur la capitalisation introduirait en cas de divorce un droit de l'époux à recevoir une partie des capitaux de retraite accumulés par son conjoint, calculée selon les règles applicables à la transférabilité des droits (libre-passage) et à la liquidation des régimes matrimoniaux[30].

3. La libre circulation et le maintien des droits acquis ou en cours d'acquisition affectent les régimes complémentaires suisses en raison de leurs limites actuelles, d'une part, quant à la transférabilité des droits acquis ou en cours d'acquisition et, d'autre part, quant à l'indexation des prestations à l'évolution des prix et des salaires. On y voit poindre la tension entre les tendances à l'harmonisation et à la coordination, examinées plus loin[31].

c) La fortune de la prévoyance professionnelle

1. De 1941/1942 à 1987, la fortune des institutions de prévoyance suisses a progressé régulièrement. L'augmentation annuelle moyenne en pour-cent, par période, s'échelonne de 8,4% à 10,4%. En 1987, plus de 167 milliards de francs composent la fortune des institutions de prévoyance professionnelle[32]. Les prestations, exprimées en francs constants, ont également augmenté considérablement. Si leur progression est plus lente de 1966 à 1978, elle s'accentue surtout de 1978 à 1987. L'augmentation

---

29 10e révision AVS, proposition de *splitting*.

30 *Message du Conseil fédéral concernant le projet de loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, du 26 février 1992*, p. 67-68. *Rapport explicatif avec avant-projet pour une révision du code civil (conclusion du mariage et du divorce, état civil, filiation, dette alimentaire, tutelle, asiles de famille et courtage matrimonial)*, Berne, 1992, p. 57-61.

31 Voir le Chapitre 18.

32 ROSSINI, *op. cit.*, p. 49.

annuelle moyenne est jusqu'en 1966 de 4,1%, de 1966 à 1978 de 6,3% et de 9,2% de 1978 à 1987[33].

2. Les études les plus récentes sur la politique de placements des institutions de prévoyance suisses montrent qu'elles se singularisent en comparaison internationale par les caractéristiques suivantes: domination des valeurs nominales par opposition aux valeurs réelles, importance croissante des placements obligataires, réduction des avoirs auprès des employeurs, légère augmentation des actions, des parts à des fonds de placements et des droits auprès de fondations de placements pour les institutions de prévoyance, faible croissance de l'investissement sous forme d'immeubles[34], celui-ci ayant déjà atteint des niveaux relativement importants.

3. On ne constate donc pas d'institutionnalisation de la propriété mobilière en actions, à l'instar notamment de la Grande Bretagne. Il n'en reste pas moins que la croissance de la fortune a commencé à devenir un facteur politique. Ainsi, la présence des institutions de prévoyance sur le marché immobilier a eu pour conséquence de stimuler des mesures légales provisoires anti spéculatives visant à limiter leurs possibilités d'investissements[35]. Abrogées depuis[36], ces mesures ont été suivies de nouvelles propositions visant à faciliter l'accession à la propriété grâce au versement anticipé et en espèces d'une partie du capital de prévoyance acquis à l'assuré[37]. Si le législateur s'en est pris provisoirement à la force collective des institutions de prévoyance sur le marché immobilier, il souhaite actuellement favoriser une certaine individualisation du droit de décider de l'affectation du capital de prévoyance professionnelle en facilitant l'accession des assurés à la propriété. On ne peut manquer de remarquer certaines similitudes avec le développement des pensions personnelles, notamment en Grande-Bretagne[38]. Il ne s'agit toutefois pas d'une prévoyance individuelle de 3e étage (ou 3e pilier). En effet, l'encouragement à l'accession à la propriété a pour fondement l'existence d'un régime complémentaire auquel les salariés sont tenus d'adhérer, soit en vertu de la loi pour la prévoyance obligatoire, soit en vertu de la convention collective ou du contrat de travail pour la prévoyance facultative. De plus, l'employeur contribue à son financement[39].

---

33 *Ibid.*, p. 49.

34 LUSENTI: *Les institutions de prévoyance en Suisse, au Royaume-Uni et en Allemagne fédérale, op. cit.*, p. 314-315; voir aussi HEPP: *The Swiss Pension Funds, op. cit.*, p. 239-239.

35 Arrêté fédéral concernant les dispositions en matière de placement pour les institutions de prévoyance professionnelle et pour les institutions d'assurance, du 6 octobre 1989 - *FF* 1989, p. 1981; Ordonnance concernant l'évaluation des immeubles des institutions de prévoyance professionnelle et des institutions d'assurance, du 18 octobre 1989 - *FF* 1989, p. 2123.

36 Par Ordonnance du Conseil fédéral du 27 mars 1991.

37 Département fédéral de l'intérieur: *Encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle. Rapport et propositions de réforme,* Berne, 1991.

38 Voir le Chapitre 2, litt. d, ch. iii), et le Chapitre 3, litt. b, ch. v).

39 Voir le Chapitre 2, litt. g, pour la définition des régimes complémentaires.

d) La libre circulation et la participation[40]

La trame de la réflexion sur le droit helvétique des régimes complémentaires est articulée autour de trois axes:

- Le premier s'interroge sur l'évolution et l'organisation des régimes complémentaires, par référence aux éléments de théorie générale et de droit communautaire dégagés dans les deux premiers titres. L'accent est mis sur l'expression des tendances à l'harmonisation et à la diversité.
- Le second est consacré à la tendance à la coordination, notamment au regard de la libre circulation.
- L'étude se termine enfin par l'analyse des droits de participation, et en particulier les droits à l'information des bénéficiaires et à la gestion paritaire des institutions de prévoyance.

Seuls les régimes complémentaires de retraite des salariés du secteur privé sont examinés, conformément à l'option initiale de l'étude.

[40] Voir la présentation de la problématique contenue au Chapitre 1, litt. f.

CHAPITRE 14

HARMONISATION ET DIVERSITE DES REGIMES COMPLEMENTAIRES SUISSES

a) Introduction

Le développement des régimes complémentaires suisses est marqué par le lien complexe qui à la fois unit et oppose l'harmonisation et la diversité. Au cours des décennies qui ont suivi la seconde guerre mondiale, les régimes complémentaires se sont généralisés par une propagation spontanée. Grâce à la situation économique favorable, la pression des besoins des salariés a pu s'unir aux efforts volontaires des employeurs, qui étaient également encouragés par les exonérations fiscales généreuses concédées par l'Etat. Cette généralisation restait toutefois incomplète à trois titres:

- une minorité de salariés n'en bénéficiait pas et devait, par conséquent, se contenter des prestations offertes par le régime de base AVS/AI;
- les salariés mobiles se heurtaient à la perte de leurs acquis, en raison d'une coordination largement insuffisante des régimes;
- surtout, enfin, l'absence d'une intégration des régimes AVS/AI et complémentaires, eu égard à l'objectif final des prestations de retraite, de survivants et d'invalidité, créait un vide que l'harmonisation était appelée à combler.

Dans la mesure où les régimes conventionnels, et nous y reviendrons par la suite, n'ont jamais connu une extension qui aurait permis d'absorber cette pression des besoins à une harmonisation même partielle, il a fallu se tourner vers une solution légale. Or, celle-ci devait frayer son chemin à travers une multitude aussi foisonnante que diverse de régimes contractuels. Elle aurait pu consister en une intégration complète, et donc une très large disparition, des efforts complémentaires par une forte extension du régime de base AVS/AI. L'intégration pouvait également être conçue sur un mode théorique[1], ce qui impliquait la création d'un régime complémentaire légal. Le conflit entre l'intégration complète ou théorique a permis de dessiner le premier compromis entre l'harmonisation et la diversité, dans lequel le principe de l'intégration théorique a finalement prévalu afin de préserver la notion de l'étage complémentaire de protection. Ce pas accompli, il a fallu ensuite concrétiser les contours du régime complémentaire légal, ce qui a suscité un conflit de même nature, cette fois-ci entre une harmonisation

[1] Voir le Chapitre 2, litt. c, ch. v), sur les différentes conceptions de l'intégration qui peut être théorique, complète ou partielle.

étendue sur la base de la primauté des prestations, ou une harmonisation plus limitée fondée sur la primauté des contributions. Le choix de cette dernière illustre à nouveau la tension entre l'harmonisation et la diversité.

b) Harmonisation et diversité devant le maintien du niveau de vie antérieur

i) Le choix entre l'extension de l'AVS ou la généralisation de l'étage complémentaire

1. A la fin des années soixante, un conflit est né sur la conception fondamentale du système des retraites helvétique. Les termes de ce conflit ont été définis par deux approches contradictoires de la solution au problème essentiel du maintien du niveau de vie antérieur lors de la retraite, en cas de décès ou d'invalidité.

La première approche minoritaire visait une unification importante du système des retraites dans une structure juridique universelle fondée sur le régime de base AVS financé en répartition. Ses prestations auraient été étendues au maintien du niveau de vie antérieur, soit l'assurance du 60% du revenu annuel moyen des cinq meilleures années d'activité à l'intérieur d'un plancher et d'un plafond de prestations. Le régime AVS aurait donc offert dans ce cas un revenu de remplacement suffisant aux personnes à faible et à moyenne capacité contributive. La couverture aurait été généralisée à toute la population active[2], permettant le rapprochement avec la conception classique de la sécurité sociale[3]. L'harmonisation aurait ainsi signifié une unification majeure dans le cadre d'un système de retraite offrant à la fois des prestations minimales forfaitaires, selon une logique distributive, et des prestations substantielles issues des contributions sur le revenu de l'activité lucrative, selon une logique commutative[4].

La deuxième approche, qui s'avéra être majoritaire, admettait l'objectif du maintien du niveau de vie antérieur. Elle récusait, par contre, la voie de l'unification au profit d'une intégration théorique[5] des deux étages de la protection grâce à la généralisation pour les salariés d'un régime complémentaire légal, fondé sur la capitalisation et des institutions de prévoyance décentralisées susceptibles d'offrir en outre une couverture facultative[6]. La diversité devait induire une harmonisation limitée aux prestations, sans

---

2 GREBER: *Droit suisse de la sécurité sociale, op. cit.*, p. 159-160. Pour le concept de généralisation, voir le Chapitre 2, litt. c, ch. ii).

3 Voir le Chapitre 2, litt. b, ch. i).

4 Ces concepts sont définis au Chapitre 2, litt. b, ch. ii).

5 Voir le Chapitre 2, litt. c, ch. ii).

6 Voir le Chapitre 2 pour les concepts d'unification, de généralisation et d'intégration théorique. Pour la présentation détaillée des débats, voir GREBER: *Droit suisse de la sécurité sociale, op. cit.*, p. 159 à 166.

toucher ni au financement en capitalisation, ni à l'essentiel de l'organisation existante des institutions de prévoyance privées ou de droit public. Il faut dire que les institutions de prévoyance privées et des fonctionnaires s'étaient fortement développées en parallèle à la sécurité sociale, grâce notamment aux incitations fiscales importantes concédées par les pouvoirs publics depuis la fin de la première guerre mondiale.

ii) Le régime AVS et la couverture des besoins vitaux

1. Ce conflit fut la conséquence de l'insuffisance des prestations du régime de base AVS, telles qu'elles sont issues de la formule de rente, au regard de l'objectif du maintien du niveau de vie antérieur. La naissance d'un régime complémentaire légal est donc en relation directe avec la faiblesse du taux de remplacement du revenu d'activité offert par le régime de base de la sécurité sociale[7]. L'article 34^{quater} de la Constitution fédérale, adopté par le peuple et les cantons suisses en 1972, a conféré à la Confédération la compétence de prendre les mesures propres à promouvoir une prévoyance suffisante pour les cas de vieillesse, de décès et d'invalidité. Cette prévoyance résulte d'une assurance fédérale, de la prévoyance professionnelle et de la prévoyance individuelle[8]. Il a donc posé les principes d'une harmonisation sociale permettant d'atteindre le but du maintien du niveau antérieur, notamment en cas de vieillesse.

L'AVS s'est vu assigner le but de couvrir les besoins vitaux dans une mesure appropriée sur la base d'une protection universelle sur le plan national. Dans un premier temps, depuis l'introduction du régime en 1948, les rentes AVS étaient limitées au minimum. Le législateur considérait qu'elles n'avaient pas à assurer le minimum vital et qu'elles ne constituaient que l'une des ressources que chaque personne âgée devait avoir à sa disposition[9]. Un premier correctif fut apporté avec l'adoption de la loi fédérale sur les prestations complémentaires à l'AVS/AI, du 19 mars 1965. Il s'agissait de garantir la couverture des besoins vitaux pour les bénéficiaires des rentes AVS/AI sur la base d'une clause de besoin. Quel est ce minimum vital ? Il ne s'agit pas du pur minimum vital biologique, au-dessous duquel tout individu est menacé dans sa vie ou santé, mais d'un montant plus élevé, proportionné aux conditions actuelles et assurant aux personnes âgées un genre de vie simple, mais tout de même digne d'un être humain[10].

2. Le taux de remplacement offert par le régime AVS découle de la formule de rente que celui-ci a consacrée. Toutes les rentes sont calculées sur la base de la rente de vieillesse simple AVS. Celle-ci fut fondée, avant sa récente modification, sur une formule comprenant un élément fixe, découlant de la loi, et un élément variable, issu

---

7 Voir le Chapitre 2, litt. b, ch. iv), sur le lien entre les prestations offertes par le régime de base de la sécurité sociale et le développement plus ou moins marqué des régimes complémentaires.

8 Art. 34^{quater} alinéa 1 Cst. féd.

9 GREBER: *Droit suisse de la sécurité sociale, op. cit.*, p. 164.

10 *Ibid.*, p. 165, qui cite les références aux travaux préparatoires.

du revenu annuel moyen déterminant. La formule combinait les principes de justice commutative et distributive[11]. Elle accordait ainsi, pour une durée complète d'affiliation, à chaque personne non mariée assurée le droit aux 4/5es de la rente de vieillesse simple minimale, s'élevant à 11'280 francs suisses par an actuellement[12], quelle que soit sa trajectoire professionnelle. La prestation fixe obéissait en raison de sa nature forfaitaire et universelle à un principe de justice distributive[13].

L'élément variable dépendait, par contre, des contributions versées sur le revenu annuel moyen déterminant. Fait intéressant sur le plan du droit international de la sécurité sociale, le revenu soumis à contribution n'est assujetti à aucun plafond, alors que les prestations sont pour leur part plafonnées. Le revenu annuel moyen déterminant s'obtenait en divisant le revenu total sur lequel des cotisations ont été payées par le nombre d'années de cotisation. Cette somme faisait l'objet d'une revalorisation. L'élément variable correspondait au 1/60e du revenu annuel déterminant et s'ajoute à l'élément fixe. Un plafond était toutefois mis à l'addition qui ne devait pas dépasser au total le double de la rente vieillesse simple minimale, soit un montant de 22'260 francs suisses actuellement[14]. Ce plafond impliquait un élément de redistribution sociale entre hauts et bas revenus. En effet, les contributions sont prélevées en pourcentage sur la totalité des revenus, mais elles cessent d'être productrices de droits à pensions dès que le salaire annuel maximum formateur de rente de 67'680 francs suisses est dépassé. La formule de rente comprenait donc une composante - assez limitée - de justice commutative[15].

Ces montants pouvaient être comparés aux salaires moyens helvétiques. Selon les statistiques fédérales de 1991, le salaire annuel moyen brut pour les ouvriers mensualisés était de 54'468 francs et pour les ouvrières mensualisées de 38'040 francs; le 60% de ces montants est respectivement de 32'860 francs et de 22'824 francs. Pour les employés le salaire annuel moyen est de 70'056 francs et pour les employées de 48'180 francs; le 60% est respectivement de 42'033 francs et de 28'908 francs. Ces chiffres démontrent que le régime de base AVS n'est pas en mesure d'assurer le maintien approprié du niveau de vie antérieur. Les proportions étant restées largement identiques depuis la fin des années soixante, il est aisé de comprendre que la pression des besoins non couverts se soit traduite par une exigence de généralisation de la protection complémentaire associée à son harmonisation, exprimée dans plusieurs initiatives populaires fédérales[16].

---

11 Voir le Chapitre 2, litt. b, ch. i), pour la définition de ces principes.

12 Tous les chiffres sont indiqués avec valeur au 1er janvier 1993.

13 Voir le Chapitre 2, litt. b, ch. ii), 3.

14 Chiffre valable dès le 1er janvier 1993.

15 Chapitre 2, litt. b, ch. ii), 2.

16 Outre l'initiative du Parti du travail "*pour une véritable retraite populaire*," déposée le 2 décembre 1969, une initiative "*pour la création de pensions populaires*" fut déposée le 18 mars 1970 par le parti socialiste suisse, avec l'appui de l'Union syndicale suisse, suivie d'une autre initiative "*pour un régime de prévoyance vieillesse, survivants et invalidité*", déposée le 13 avril 1970 par un comité hors parti. Les deux dernières initiatives se prononçaient en faveur

3. Fait intéressant, la formule de la rente AVS a été récemment modifiée afin d'améliorer les prestations pour les personnes disposant de revenus professionnels faibles ou moyens. En effet, la pauvreté liée à l'âge s'est exprimée dans le développement important des prestations complémentaires au régime AVS/AI, fondées sur une clause de besoin. Malgré la volonté affichée de ne pas modifier les frontières entre les trois étages de la protection, le législateur a décidé d'agir en renforçant l'égalité entre bénéficiaires du régime AVS/AI. Par son Arrêté fédéral du 19 juin 1992 concernant les améliorations de prestations de l'AVS et l'AI, ainsi que leur financement (AFAMAVS) entré en vigueur le 1er janvier 1993[17], le législateur a introduit une diminution correspondante de l'impact de l'élément variable de la formule de rente lié aux revenus professionnels, au profit de l'élément forfaitaire découlant du principe de la justice commutative. Comme auparavant la rente mensuelle AVS est composée d'une fraction du montant minimal de la rente simple de vieillesse (montant fixe) à laquelle s'ajoute une fraction du revenu annuel moyen déterminant (montant variable)[18]. Toutefois, le calcul de la rente est affiné pour permettre l'augmentation des rentes[19]. Plus de 500'000 hommes et femmes bénéficieront de l'application de la nouvelle formule; et seules les rentes minimales et les rentes maximales n'augmenteront pas[20]. La révision étend donc les prestations du premier étage de protection, tout en ne dérogeant pas à l'objectif constitutionnel de la couverture des besoins vitaux.

iii) Le régime complémentaire légal et le maintien approprié du niveau de vie antérieur

1. Conformément à l'article 34quater Cst. féd, le régime complémentaire légal - la prévoyance professionnelle - a pour objet de permettre aux personnes âgées, aux survivants et aux invalides de maintenir de façon appropriée leur niveau de vie antérieur, compte tenu de l'assurance fédérale, c'est-à-dire du régime AVS/AI[21]. Il est généralement admis que cela implique à tout le moins une rente de base et une rente complémentaire totalisant 60% du salaire pour une personne seule, cela jusqu'à concurrence d'une limite supérieure raisonnable[22]. Cet objectif exprime le besoin de coordonner et d'assurer une intégration théorique entre les premier et deuxième étages de protection. L'harmonisation postulée par la Constitution porte sur plusieurs éléments:

---

d'un système à étages. Voir à ce sujet GREBER, *Droit suisse de la sécurité sociale, op. cit.*, p. 159-160. Auparavant, en 1966, une initiative de la Confédération des syndicats chrétiens avait demandé pour la première fois que la prévoyance professionnelle devienne obligatoire; elle fut retirée à la faveur de la 7e révision de l'AVS.

17 *RCC* 1992, p. 146-147, 193, 277.

18 Art. 1 alinéa 2 AFAMAVS.

19 Art. 1 alinéa 3 litt. a et b AFAMAVS; BEAUSOLEIL, Ière partie, *op. cit.*, p. 35-39.

20 *RCC* 1992, p. 452.

21 Art. 34quater, alinéa 3 Cst. féd.

22 GREBER, *Droit suisse de la sécurité sociale, op. cit.*, p. 172.

- Elle introduit la généralisation de la couverture d'assurance aux salariés, en obligeant les employeurs à assurer leur personnel auprès d'une institution de prévoyance d'entreprise, d'administration ou d'association, ou auprès d'une institution similaire, et à prendre en charge au moins la moitié des cotisations[23].
- Elle fixe les exigences minimales auxquelles ces institutions de prévoyance doivent satisfaire; elle peut, pour résoudre certains problèmes spéciaux, prévoir des mesures s'appliquant à l'ensemble du pays[24].
- Elle veille à ce que la possibilité soit donnée à tout employeur d'assurer son personnel auprès d'une institution de prévoyance; elle peut créer une caisse fédérale[25].

D'autres prescriptions ont été prévues concernant l'assurance facultative des indépendants et les exonérations et allégements fiscaux pour la prévoyance professionnelle[26].

Enfin, la Confédération s'est vue confier la tâche d'encourager, en collaboration avec les cantons, la prévoyance individuelle, notamment par des mesures fiscales et par une politique facilitant l'accession à la propriété[27].

2. Comme nous l'avons déjà souligné, le choix de principe d'une harmonisation dans la diversité n'a pas supprimé les tensions entre ces tendances inhérentes au développement des régimes complémentaires helvétiques. En plafonnant la couverture offerte par le régime complémentaire légal tout en maintenant les exonérations fiscales généreuses pour les régimes complémentaires facultatifs, le législateur a introduit une tension entre ces deux étages de protection qui s'est exprimée en premier lieu lors de la concrétisation du mandat constitutionnel et ensuite lorsqu'il s'est agi d'assurer une coordination entre ces deux étages pour assurer la libre circulation professionnelle.

c) Le régime complémentaire légal entre l'harmonisation et la diversité

i) L'abandon de l'harmonisation fondée sur la primauté des prestations

1. Le premier projet de loi sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP), présenté par le Conseil fédéral le 19 décembre 1975[28], se fondait sur une conception d'harmonisation forte. L'influence du climat politique d'alors, polarisé

---

23 Art. 34quater, alinéa 3, litt. a Cst. féd.
24 Art. 34quater, alinéa 3, litt. b Cst. féd.
25 Art. 34quater, alinéa 3, litt. c Cst. féd.
26 Art. 34quater, alinéa 5 Cst. féd.
27 Art. 34quater, alinéa 6 Cst. féd.
28 GREBER: *Droit suisse de la sécurité sociale, op. cit.*, p. 171-175.

par l'idée d'une sécurité sociale unique et généralisée, est manifeste. L'appel à l'harmonisation se faisait sentir surtout dans le domaine des prestations et de l'organisation.

2. Le champ d'application personnel de la loi fut étendu à toutes les personnes exerçant une activité lucrative et tenues de payer des cotisations en vertu du régime AVS/AI. L'assurance était obligatoire pour les salariés âgés de plus de 17 ans, recevant d'un employeur un salaire annuel considéré dépassant, à l'époque du projet en 1975, 12'000 francs. Les risques de l'invalidité et du décès étaient obligatoirement assurés dès le 1er janvier qui suit l'accomplissement de la 17e année, tandis que l'éventualité de la vieillesse était assurée dès le 1er janvier qui suit l'accomplissement de la 24e année. Le champ d'application matériel fut limité à la part de salaire coordonné comprise entre 12'000 francs et 36'000 francs au maximum qui devait être obligatoirement assurée.

La notion de salaire coordonné exprime l'intégration théorique entre le régime AVS/AI et le régime complémentaire légal. Les montants cités se rapportaient au niveau des prestations atteintes par le régime de base en 1975. L'intégration se fonde sur l'idée suivante: le maintien du niveau de vie antérieur est garanti par une rente globale (rente du premier et du deuxième étage) de 60 pour cent du salaire pour une personne seule ayant eu une carrière professionnelle normale, c'est-à-dire de près de 70 pour cent du salaire net dont l'intéressé se trouve privé. La répartition de ces 60 pour cent entre le premier et le deuxième étage est très différente selon les échelons de salaire, en raison de la valeur dégressive, en pour cent, des rentes AVS. Selon le Message du Conseil fédéral, les chiffres valables pour 1975 permettent de considérer que la rente simple de vieillesse de l'AVS atteint ou dépasse 60 pour cent du salaire jusqu'à un salaire de 12'000 francs par an. Cela signifie que dans ces cas l'objectif constitutionnel est atteint par le premier étage AVS/AI à lui seul. Ce n'est qu'au-dessus de cet échelon de salaire que la valeur de la rente simple de vieillesse est inférieure à 60 pour cent du salaire. C'est pourquoi, au-dessus du salaire limite assuré, il est nécessaire de faire appel aux prestations du deuxième étage de protection[29].

La conception de l'intégration ne sera pas remise en cause par la suite, bien qu'elle aboutisse à une sous-assurance des salariés à petits revenus, dont les besoins matériels ne sont pas inférieurs à ceux des autres salariés[30]. Elle exclut de la prévoyance professionnelle obligatoire un nombre de salariés estimé à 300'000 personnes, parmi lesquelles de très nombreuses femmes qui travaillent à temps partiel[31]. L'exclusion de ces catégories de salariés de l'assurance obligatoire participe du phénomène des emplois atypiques à statut précaire[32].

---

29 «Message du Conseil fédéral», *op. cit.*, p. 9-10.

30 RECHTSTEINER Rudolf: «Die 2. Säule - Stolperstein der modernen Personalpolitik», *SZS* 1988, p. 36.

31 RECHTSTEINER: *Das 200 Milliarden Geschäft, op. cit.*, p. 28-29.

32 Voir le Chapitre 7, litt. b, ch. iv), sur la remise en cause par la Cour de Justice de la Communauté européenne de l'exclusion des femmes travaillant à temps partiel de la couverture d'un régime complémentaire, ainsi que le Chapitre 8 sur la volonté d'harmonisation

3. L'échec de ce projet initial n'a pas tenu à l'extension de l'assurance obligatoire et ses modalités d'intégration au régime AVS, mais essentiellement au niveau de l'harmonisation qu'il postulait en matière de prestations et des mesures de financement et organisationnelles qui en découlaient. Car le projet était fondé sur la primauté des prestations. Toutes les prestations de rente y furent exprimées en pour-cent du revenu moyen déterminant assuré, exprimant ainsi le choix d'un plan en primauté de prestations fondé sur la capitalisation. La rente de vieillesse, servie aux hommes dès 65 ans et aux femmes dès 62 ans, devait représenter le 40% du salaire moyen coordonné, de sorte qu'avec la rente AVS l'assuré célibataire reçoive le 60% de son revenu brut. La rente de veuve représentait le 24% du salaire coordonné de la dernière année pendant laquelle le défunt a exercé une activité complète, pour autant que la carrière d'assurance soit complète. Des principes analogues étaient appliqués à la rente d'orphelin et d'invalidité. Par ailleurs, un libre-passage était aménagé, sous la forme de la transférabilité du capital correspondant au maintien des droits acquis, une compensation du renchérissement était garantie et la génération d'entrée se voyait garantir des rentes complètes après une période limitée de cotisations s'étendant entre 10 et 20 ans suivant l'importance du salaire. Ces deux dernières propositions nécessitaient toutefois des aménagements majeurs en matière d'organisation et de financement.

4. Il était en effet difficile d'accorder une garantie de compensation du renchérissement sans introduire une solidarité entre générations fondée sur un financement en répartition. La réalisation de la garantie devait donc être assurée par l'affiliation obligatoire des institutions de prévoyance à une fondation de péréquation des charges nationale. La rupture avec la décentralisation aurait été accentuée par l'obligation d'affiliation à ladite fondation pour assurer également les prestations à la génération d'entrée, dont le financement était fondé sur la répartition des capitaux de couverture[33]. Elément ultime de la centralisation, une assurance contre le risque d'insolvabilité de l'institution de prévoyance aurait été assumée également par la fondation de péréquation des charges. A ce dispositif national important, s'ajoutait enfin une institution supplétive destinée à garantir l'affiliation en cas de défaillance de l'employeur dans la mise sur pied de la couverture obligatoire de ses salariés. L'exigence du maintien des droits acquis ou en cours d'acquisition, intimement liée à la libre circulation[34], fournissait ainsi une impulsion à l'unification institutionnelle partielle.

5. Arriva alors la récession économique de 1975 à 1977 qui stimula un tournant politique vers l'atténuation de l'harmonisation au profit de la diversité, les milieux

---

communautaire en matière de travail atypique. On consultera également sur cette problématique l'ouvrage de MAZZI Rosanna: *La précarisation de l'emploi,* 1987.

33 Les contributions de l'année en cours constituent le capital destiné à couvrir le droit aux prestations de rente né durant la même période. C'est un système intermédiaire entre la capitalisation et la répartition.

34 Voir le Chapitre 3.

économiques ayant pu faire admettre que le coût du projet initial était trop lourd pour les entreprises. Après de longs débats parlementaires, il fut finalement retenu que le mandat constitutionnel permettait la réalisation par étapes de l'objectif du maintien approprié du niveau de vie antérieur[35]. Rien ne s'opposait donc en principe:

- au remplacement de la primauté des prestations par la primauté des contributions;
- à l'abandon de la fondation de péréquation des charges;
- à la non-compensation du renchérissement des rentes de vieillesse;
- à la limitation des mesures en faveur de la génération d'entrée.

Le contenu de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP), entrée en vigueur le 1er janvier 1985, fut donc fortement remanié afin de limiter l'harmonisation étendue du projet initial. L'opposition à l'uniformisation et à la centralisation de la prévoyance professionnelle obtint satisfaction. La renonciation à la primauté des prestations exprimait également, et de manière prémonitoire, l'évolution empirique constatée sur le plan international, soit l'abandon progressif par les entreprises des dispositifs analogues nés durant la période de croissance des années suivant la seconde guerre mondiale[36]. Les traits principaux de la LPP expriment le choix d'une harmonisation limitée, destinée à préserver la diversité d'institutions de prévoyance professionnelle décentralisées.

ii) Le choix de l'harmonisation limitée à la primauté des contributions

1. Le législateur n'a pas apporté de modifications notables à la définition du champ d'application personnel de la LPP qui est limité aux salariés affiliés obligatoirement à l'AVS et dont le salaire annuel dépasse le plancher de 22'260 francs[37]. En effet, la rente de vieillesse simple AVS dépasse ou atteint le 60% du salaire jusqu'à un salaire de 22'260 francs. Il n'est pas nécessaire, donc, d'assurer la part inférieure à ce montant, ce qui pose d'ailleurs le problème soulevé plus haut de l'exclusion de la couverture des salariés à bas salaires, notamment pour les personnes travaillant à temps partiel. Le champ d'application matériel a été étendu à la tranche de salaire située entre 22'260 et 67'680 francs par an[38]. Ce plafond correspond au salaire qui doit être atteint pour bénéficier de la rente vieillesse simple AVS maximale. Plancher et plafond traduisent l'intégration théorique entre le régime AVS et le régime complémentaire légal.

---

35 PFITZMANN Hans-J.: «Le futur régime obligatoire de la prévoyance professionnelle», *SZS*, 1981, p. 84-85.

36 Voir le Chapitre 2, litt. c, ch. i), sur la tendance au remplacement de la primauté des prestations par les primauté des contributions.

37 Art. 2 et 7 LPP; les planchers et plafonds salariaux sont ceux en vigueur au 1er janvier 1993.

38 Il s'agit des montants en vigueur au 1er janvier 1993.

L'assurance commence en même temps que les rapports de travail, soit dès le jour où le salarié commence ou aurait dû commencer le travail en vertu de l'engagement, mais en tout cas dès le moment où il prend le chemin pour se rendre au travail[39]. Les modalités de la fin de l'assurance sont examinées au chapitre consacré à la transférabilité ou libre-passage[40].

2. Les modifications essentielles ont porté sur les prestations et le financement, et notamment le traitement de la génération d'entrée et de la compensation du renchérissement. Elles ont entraîné dans leur sillage une modification de la conception de l'organisation du régime pour ce qui à trait à sa centralisation. La modification la plus sensible fut apportée dans la définition des prestations de rente, notamment pour la vieillesse.

3. Le législateur a en effet abandonné l'objectif de la primauté des prestations au profit de la primauté des contributions en consacrant une plus grande équivalence individuelle entre les contributions et les prestations. En se fondant sur l'hypothèse d'un taux d'intérêt actuariel de 4%[41], la loi a fixé des bonifications de vieillesse qui doivent être versées en pourcentage du salaire assuré et en fonction de l'âge. Un avoir de vieillesse est ainsi constitué qui sera transformé en rente à l'âge terme. L'âge de la retraite est fixé à 62 ans pour les femmes et à 65 ans pour les hommes, l'institution de prévoyance pouvant toutefois prévoir que la retraite débutera dès le jour où l'activité lucrative prend fin[42].

L'avoir de vieillesse est constitué par deux catégories de versements:

a) les bonifications de vieillesse afférentes à la période durant laquelle l'assuré a appartenu à l'institution de prévoyance, avec les intérêts;[43]

b) l'avoir de vieillesse versé par les institutions précédentes[44], avec les intérêts[45].

---

39 Art. 10 al. 1 LPP et 6 OPP2.

40 Voir le Chapitre 17, litt. f.

41 Du 31.12.1947 au 31.12.1987, les salaires ont augmenté de 5,3% par année, les prix de 3% et le taux de rendement moyen des institutions de retraite a été de 4,5%. La "*règle d'or*" actuarielle retenue par le législateur pour ses calculs postule que le taux annuel général d'augmentation des salaires est égal aux taux de rendement annuel des fonds gérés par les institutions de retraite - voir à ce sujet BEAUSOLEIL Jean-Pierre: *La prévoyance professionnelle,* Tome II, 1992, p. 49.

42 Art. 13 LPP.

43 Art. 15 al. 1 litt. a LPP.

44 Voir le Chapitre 17, litt. f, sur le calcul de l'avoir de vieillesse versé par les institutions précédentes.

45 Art. 15 al. 1 litt. b LPP; la rédaction de cette disposition correspond aux modifications du droit antérieur entraînées par l'adoption de la loi sur le libre-passage dans la prévoyance professionnelle. Auparavant, cette disposition se référait aux prestations de libre-passage portées au crédit de l'assuré, conformément à l'article 29 al. 1 LPP, avec les intérêts.

En échelonnant les bonifications de vieillesse selon l'âge[46], le législateur a privilégié la capitalisation individuelle, tout en favorisant la génération d'entrée[47]. Pour les hommes, le taux de la bonification est de 7% de 25 à 34 ans, de 10% de 35 à 44 ans, de 15% de 45 à 54 ans et de 18% de 55 à 65 ans, tandis que pour les femmes les mêmes taux s'appliquent mais pour des tranches d'âge différentes, soit de 25 à 31 ans, de 32 à 41 ans, de 42 à 51 ans, de 52 à 62 ans.

Chaque assuré dispose ainsi d'un avoir individuel pour sa prévoyance, sans que des mesures de répartition permettent de l'employer au profit d'autres personnes. Au fur et à mesure de l'écoulement du temps, la constitution d'un avoir pour la retraite coûte plus cher car la durée durant laquelle il produit des intérêts simples et composés diminue, raison pour laquelle les cotisations augmentent avec l'âge. Le législateur a donc renoncé aux mesures pouvant relever de la capitalisation collective, notamment les contributions à taux unique quel que soit l'âge du salarié[48].

Le taux de conversion de l'avoir en rente est fixé en principe à 7,2%[49], avec possibilité pour l'assuré de choisir à certaines conditions un paiement total ou partiel en capital en lieu et place de la rente[50]. Selon les hypothèses actuarielles qui ont servi au calcul de ces bonifications, l'objectif d'une retraite de vieillesse égale à 40% du dernier salaire serait atteint après quarante ans de couverture d'assurance pour les hommes et trente-sept pour les femmes. La loi ne garantit pas toutefois cet objectif; elle le vise par un plan d'épargne. Le législateur a donc consciemment privilégié une réorientation vers une atténuation des transferts de solidarité, en abandonnant la garantie tant de la compensation du renchérissement[51] que de prestations complètes à la génération d'entrée, et donc au projet d'une fondation nationale de péréquation des charges. Seul rescapé de ce projet, le Fonds de garantie[52] fut institué pour, d'une part, verser des subsides aux institutions de prévoyance dont la structure d'âge est défavorable et pour, d'autre part, garantir les prestations légales dues par des institutions de prévoyance devenues insolvables.

Le législateur était parfaitement conscient que son choix d'une harmonisation limitée fondée sur la primauté des contributions ne remplissait pas l'objectif du constitutionnel du maintien approprié du niveau de vie antérieur[53], notamment pour la génération

---

46 Art. 16 LPP.

47 Voir ce chapitre, litt. c, ch. iii), *infra.*

48 Toutefois, selon WECHSLER Martin: *Die Einführung der obligatorischen 2. Säule,* Basel, 1984, p. 183-186, dès l'instant où les institutions de prévoyance maintiennent un taux unique de cotisation quel que soit l'âge, alors qu'elle doivent les échelonner pour constituer l'avoir de vieillesse minimal légal, elles créent un mécanisme de répartition entre travailleurs jeunes et plus âgés.

49 Art. 14 LPP et 17 alinéa 1 OPP2.

50 Art. 37 alinéa 3 et 4 LPP.

51 L'institution de prévoyance n'est tenue à une compensation du renchérissement que dans la limite de ses possibilités financières en vertu de l'art. 36 al. 2 LPP.

52 Art. 56-59 LPP.

53 Art. 34^{quater} al. 3 Cst. féd.

d'entrée et l'adaptation des rentes de vieillesse au renchérissement. Aussi, adopta-t-il une disposition inhabituelle pour une loi stipulant que le Conseil fédéral proposera en temps utile une révision de la loi, de manière que la prévoyance professionnelle, ajoutée à l'assurance fédérale (AVS/AI), permette aux personnes âgées, aux survivants et aux invalides de maintenir de façon appropriée leur niveau de vie antérieur[54].

4. La mise en oeuvre d'une équivalence individuelle entre les contributions et les prestations ne fit pas obstacle à la mutualisation des risques de l'invalidité et du décès pour lesquels l'institution de prévoyance prélève une prime spécifique permettant, le cas échéant, un financement par la répartition des capitaux de couverture soit directement, soit avec l'aide d'une compagnie d'assurances privée[55].

Les prestations de rentes de survivants sont accordées à la veuve qui a un ou plusieurs enfants à charge ou qui a atteint l'âge de 45 ans lorsque le mariage a duré au moins cinq ans[56]. Si ces conditions font défaut, la veuve a droit à une allocation unique égale à trois rentes annuelles[57]. Il n'y a pas de rente de veuf. Certaines prérogatives sont également reconnues à la femme divorcée[58]. Les enfants du défunt, ainsi que ceux qu'il a recueillis en pourvoyant à leur entretien bénéficient d'une rente d'orphelin[59].

Les prestations d'invalidité sont accordées aux personnes qui sont invalides à raison de 50% au moins au sens de l'assurance-invalidité fédérale (AI), et qui étaient assurées lorsque est survenue l'incapacité de travail dont la cause est à l'origine de l'invalidité[60]. L'invalidité est une incapacité de gain permanente ou de longue durée due à une atteinte à la santé physique ou mentale, après exécution des mesures de réadaptation professionnelle compte tenu d'un marché du travail équilibré. L'enfant de l'invalide a droit à une rente aux mêmes conditions que l'orphelin[61].

La mutualisation des éventualités du décès et de l'invalidité se remarque au mode de calcul du droit à la rente. L'avoir de vieillesse acquis lors de la survenance de l'éventualité est en effet complété par les bonifications de vieillesse afférentes aux années futures d'assurance qui auraient été accomplies jusqu'à l'âge de la retraite, sans les intérêts. Le total de l'avoir est ensuite converti en rente au taux de 7,2 pour cent[62], la rente d'invalidité étant entière, celle de veuve de 60 pour cent et celles d'orphelin ou d'enfant de 20 pour cent de la rente d'invalidité entière que l'assuré touche ou aurait pu toucher. La mutualisation se constate également dans l'obligation légale d'adapter les

54 Art. 1 al. 2 LPP.
55 Art. 67 LPP.
56 Art. 19 LPP.
57 Art. 19 al. 2 LPP.
58 Art. 19 al. 3 LPP et art. 20 OPP2.
59 Art. 20 LPP.
60 Art. 23 LPP.
61 Art. 25 LPP.
62 Art. 14, 21 et 24 LPP; art. 17 al. 1 OPP2.

rentes en cours depuis plus de trois ans au renchérissement, conformément aux prescriptions du Conseil fédéral[63].

5. Malgré l'abandon d'une garantie de prestations complètes pour la génération d'entrée, certaines tâches y relatives furent néanmoins dévolues à l'institution de prévoyance. Une solidarité minimale fut instaurée au niveau de chaque institution de prévoyance en faveur de la génération d'entrée, soit les personnes qui lors de l'entrée en vigueur de la loi avaient plus de 25 ans et n'avaient pas encore l'âge de la retraite[64]. Chaque institution a l'obligation d'affecter un pour-cent des salaires coordonnés de tous les assurés tenus de payer des cotisations pour les prestations de vieillesse à l'amélioration des prestations en faveur de la génération d'entrée et à l'adaptation des rentes de vieillesse en cours au prix[65]. On peut aussi noter une solidarité moins apparente. L'espérance de vie plus longue des femmes et leur âge de la retraite plus bas signifie un transfert de solidarité en leur faveur, qui trouve toutefois sa compensation dans les discriminations envers les travailleuses à temps partiel, et l'absence de droits de la femme divorcée qui est restée au foyer sur l'avoir de vieillesse de son époux.

6. L'individualisation de la prévoyance vieillesse a trouvé sa limite devant le risque de placement de la fortune, obligatoirement mutualisé pour la collectivité d'assurés par une institution de prévoyance soumise à une surveillance matérielle étendue. Par ailleurs, la mutualisation du risque de l'insolvabilité a créé une solidarité nationale minimale dans la communauté des assurés qui déroge avec l'équivalence stricte propre à la capitalisation individuelle. La mutualisation, ou la gestion collective de la fortune de prévoyance tend à être contredite par l'avoir individuel de prévoyance propre à la primauté des contributions qui suscite un rêve d'appropriation, voire de contrôle individuel chez l'assuré. Les plans en primauté de prestations, particulièrement en cas de financement collectif, suscitent moins ces tentations car ils promettent le paiement jusqu'à la mort, et au-delà pour les survivants, d'une rente définissable immédiatement par rapport au salaire personnel. Promesse d'apparence immuable, ce genre de rente tend à réduire chez l'assuré la préoccupation du montant et du rendement immédiat de l'avoir de prévoyance individuel. Le souci et le risque financier de ne pas pouvoir tenir une promesse faite sur un horizon à très long terme est transféré à l'institution de prévoyance et, en dernière analyse, à l'entreprise, voire à l'économie marchande dans son ensemble. Il n'est donc pas surprenant que la généralisation de la couverture obligatoire en primauté des contributions ait réveillé ces besoins d'appropriation individuelle que le législateur cherche aujourd'hui à favoriser par l'accession à la propriété au moyen du versement anticipé et en espèces d'une partie de l'avoir de vieillesse[66]. Consécration d'une nouvelle individualisation de la prévoyance, l'accession à la propriété signifie un transfert supplémentaire du risque - ou choix - de placement à l'assuré.

---

63 Art. 36 LPP.
64 Art. 31 à 33 LPP.
65 Art. 70 LPP.
66 Voir Chapitre 17, litt. f, ch. xvi).

iii) Le régime légal et sa robustesse organisationnelle

1. Outre la généralisation de l'assurance aux salariés, c'est dans la solidité de l'organisation légale des régimes complémentaires que l'on peut sans douter trouver l'une des principales innovations d'harmonisation de la LPP. Si les prestations furent placées à un niveau modéré, l'unification des règles organisationnelles a en revanche été poussée assez loin pour favoriser des institutions financières robustes et sûres. Cet effort a entraîné dans son sillage un important processus de rationalisation, examiné plus loin.

2. Le régime légal a repris la structure classique de la promesse de pensions en droit suisse. Celle-ci est le fait de l'institution de prévoyance et non de l'employeur. Son acceptation lors de la conclusion du contrat de travail ou ultérieurement entraîne une convention de prévoyance entre le bénéficiaire et l'institution[67]. L'employeur n'assume donc pas d'obligations en matière de prestations, son seul devoir étant l'obligation de contribuer lui-même et de transférer à l'institution les contributions prélevées sur les salaires. L'employeur ne garantissant pas les prestations, l'institution de prévoyance est contrainte de se suffire à elle-même et de s'organiser de manière adéquate pour garantir le paiement des prestations qu'elle a promises. Il n'est certes pas interdit à l'employeur de prendre d'autres engagements spécifiques envers l'institution de prévoyance et ses bénéficiaires, par exemple de combler le déficit technique actuariel dans les régimes à primauté de prestations. Mais la règle veut que l'institution de prévoyance soit en mesure de remplir seule et en tout temps l'ensemble de ses engagements. La loi a repris cette construction juridique tout en opérant la mutation du rapport fondé sur une convention de prévoyance vers un rapport fondé sur l'affiliation obligatoire en vertu de la loi. Il y a donc une étanchéité juridique entre le contrat de travail et l'affiliation au régime légal.

3. La simplicité robuste du schéma d'organisation légal se reconnaît aux traits suivants:

- Chaque employeur a l'obligation d'être affilié à l'institution de prévoyance choisie avec ses salariés[68]; à défaut, il sera affilié d'office à l'institution supplétive[69]. L'institution de prévoyance doit être enregistrée auprès de l'autorité[70] et un numerus clausus est imposé quant aux formes juridiques qu'elle peut revêtir, soit la fondation, la société coopérative ou l'institution de droit public[71]. Une telle conception privilégie les institutions de prévoyance

67 RIEMER Hans-Michael: *Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz*, 1985, p. 99-101.

68 Art. 11 LPP; on notera cependant que la règle souffre quelques exceptions dans les régimes des agents publics, en raison du droit des collectivités publiques de fournir leur propre garantie aux prestations promises, ce qui permet d'éviter l'affiliation à une institution de prévoyance autonome et rend l'employeur public responsable de la prestation.

69 Art. 60 LPP.

70 Art. 48 alinéa 1 LPP.

71 Art. 48 alinéa 2 LPP.

décentralisées liées à l'entreprise, plutôt que les institutions professionnelles, de branche ou interprofessionnelles.

- L'institution doit offrir en tout temps la garantie qu'elle peut remplir ses engagements. Obligation lui est faite de régler son système de cotisation et son financement de façon à permettre que les prestations prévues puissent être fournies dès qu'elles sont exigibles[72]. Pour l'institution qui assume elle-même la couverture des risques, la loi instaure l'obligation de garantir son équilibre financier en caisse fermée[73], ce qui permet de limiter les difficultés démographiques pouvant surgir de l'insolvabilité de l'entreprise. Le recours à l'assurance-vie privée est autorisé, si l'institution décide de transférer les risques[74].
- Les règles d'administration de la fortune doivent répondre aux critères classiques de sécurité des placements, de rendement raisonnable, d'une répartition appropriée des risques et de la couverture des besoins prévisibles de liquidités[75], principes qui sont accompagnés de normes de placements plus détaillées[76].
- Le système de contrôle et de surveillance matérielle est étendu. Chaque institution doit disposer d'un organe de contrôle qui vérifie chaque année la gestion, les comptes et les placements[77]. Elle chargera en outre un expert agréé en matière de prévoyance professionnelle de déterminer périodiquement si l'institution de prévoyance offre en tout temps la garantie qu'elle peut remplir ses engagements, et si les dispositions réglementaires de nature actuarielle et relatives aux prestations et au financement sont conformes aux prescriptions légales[78]. Enfin, une surveillance par l'autorité est prescrite qui porte tant sur la légalité que sur l'examen périodique des rapports de l'institution, et de ceux de l'organe de contrôle et de l'expert agréé[79].
- La gestion paritaire[80], de même que le droit à l'information[81] ont un caractère impératif. Ces droits exercent des fonctions de prévention et de protection[82].
- Une responsabilité civile des personnes chargées de l'administration, de la gestion ou du contrôle de l'institution de prévoyance est instaurée pour le dommage causé intentionnellement ou par négligence[83].

---

72 Art. 65 alinéa 1 et 2 LPP.

73 Art. 69 alinéa 3 LPP. Une exception est faite pour les institutions de droit public, qui peuvent déroger à certaines conditions au bilan en caisse fermée.

74 Art. 67 et 68 LPP.

75 Art. 71 alinéa 1 LPP.

76 Art. 49 à 50 OPP2.

77 Art. 53 alinéa 1 LPP.

78 Art. 53 alinéa 2 LPP.

79 Art. 62 LPP.

80 Art. 51 LPP.

81 Voir le Chapitre 19, litt. b.

82 Voir le Chapitre 17, lit. c, ch. iii).

- Les voies de droit sont unifiées pour le contentieux entre employeurs, bénéficiaires et institutions de prévoyance[84], ou pour celui avec les autorités de surveillance[85].

L'existence du Fonds de garantie[86] complète ce dispositif avantageux pour le maintien des droits acquis ou en cours d'acquisition, qui exerce une pression à la rationalisation et à la centralisation administrative.

4. Cela étant dit, il faut relever que les institutions de prévoyance enregistrées en vertu de la LPP se sont vu reconnaître une très large autonomie. Dans les limites de la loi, elles peuvent adopter le régime des prestations, le mode de financement et l'organisation qui leur conviennent[87]. Toutefois, elles doivent offrir en tout temps la garantie qu'elles peuvent remplir leurs engagements, ce qui implique de régler le système de cotisations et de financement de telle manière que les prestations prévues puissent être fournies en tout temps[88]. Elles peuvent ainsi choisir la clef de répartition des cotisations entre les salariés et l'employeur, celui-ci devant verser une somme au moins égale à la somme des cotisations de tous les salariés[89]. L'institution de prévoyance peut décider d'assumer elle-même la couverture des risques de vieillesse, de décès et d'invalidité ou d'en charger une institution d'assurance soumise à la surveillance des assurances, voire à certaines conditions une institution d'assurance de droit public[90]. Si elle assume elle-même la couverture des risques, son équilibre financier doit se fonder sur l'effectif du moment des assurés et des rentiers, selon le principe du bilan en caisse fermée[91]. L'autonomie est ainsi source de diversité.

5. La diversité devient encore plus frappante dès lors que les étages légal et facultatifs de la protection complémentaire sont envisagés comme un tout. Le plafonnement des prestations du régime légal, l'autonomie reconnue aux institutions de prévoyance et l'exonération fiscale très étendue accordée aux régimes pour les contributions qu'ils reçoivent, pour leur fortune et ses rendements constituent une incitation puissante et permanente à la mise sur pied de régimes très variés.

---

83 Art. 52 LPP.

84 Art. 73 LPP.

85 Art. 74 LPP.

86 Voir le Chapitre 17, litt. e, ch. i).

87 Art. 49 alinéa 1 LPP.

88 Art. 65 LPP; en vertu de l'article 44 OPP2, l'institution de prévoyance doit résorber elle-même les découverts, sauf lorsqu'elle devient insolvable auquel cas le fonds de garantie intervient pour verser les prestations du régime complémentaire légal.

89 Art. 66 alinéa 1 LPP.

90 Art. 67 LPP et 42 OPP2; la couverture des risques par l'institution de prévoyance implique toutefois l'observation de certaines conditions fixées à l'article 43 OPP2.

91 En vertu de l'article 43 OPP2, des mesures de sécurité supplémentaires doivent être prises lorsque cela est estimé nécessaire par l'expert en matière de prévoyance professionnelle ou que l'institution de prévoyance compte moins de cent membres. Par ailleurs, et aux conditions de l'article 45 OPP2, les caisses de droit public peuvent déroger au principe du bilan en caisse fermée.

d) La diversité des régimes complémentaires légal et facultatifs

i) La diversité des structures

1. Guy PERRIN a pu dire, en parlant des régimes complémentaires sur le plan européen, qu'il s'agissait d'un *"domaine où la spontanéité et la créativité sociales se donnent libre cours."*[92]. Il n'en va pas autrement pour les régimes complémentaires helvétiques, et en particulier pour ceux qui ne relèvent pas du droit public, vu l'existence d'un étage facultatif de prévoyance. La LPP fixe un cadre prescrivant des normes minimales aux institutions de prévoyance enregistrées[93]. Libre à celles-ci, ainsi qu'aux institutions de prévoyance non enregistrées, d'améliorer le niveau de la prévoyance au-delà des normes minimales. D'où la distinction entre la prévoyance professionnelle obligatoire (PPO) et la prévoyance professionnelle facultative (PPF). Il y a donc deux régimes superposés. L'un auquel la LPP s'applique, l'autre auquel il ne s'applique pas, en principe. Basée fondamentalement sur l'autonomie de décision et l'initiative de l'employeur, sauf lorsque celle-ci est remplacée par l'autonomie des partenaires sociaux[94], la prévoyance facultative est fortement marquée par la tendance à la diversité. C'est ici qu'apparaît une forêt organisationnelle aux espèces multiples. Sa présentation nécessite plusieurs distinctions.

2. Un bref survol des structures de la prévoyance professionnelle permet une première distinction entre les structures du régime obligatoire (PPO) et celles du régime facultatif (PPF). Le critère essentiel, à cet égard, est l'enregistrement ou non[95]. Les institutions de prévoyance qui appliquent la LPP sont tenues à l'enregistrement. Si une institution de prévoyance enregistrée accorde des prestations du régime facultatif, on l'appellera *enveloppante*, au sens où elle étend ses prestations au-delà des prestations minimales. En vertu de la loi[96], elle est soumise aux dispositions du régime légal relatives à la gestion paritaire[97], la responsabilité[98], le contrôle[99], la surveillance[100], la sécurité financière[101] et le contentieux[102].

3. L'autre solution est de procéder au *splitting*: deux institutions de prévoyance séparées gèrent respectivement le régime obligatoire (institution enregistrée) et le

---

92 PERRIN: «Réflexions préalables à la coordination», *op. cit.*, p. 214.

93 Art. 48 LPP. Pour l'historique de l'élaboration de la LPP, voir GREBER: *Droit suisse de la sécurité sociale, op. cit.*, p. 171-182. On consultera également le *Message du Conseil fédéral du 19 décembre 1975, op. cit.*, p. 9-13.

94 Voir dans ce chapitre litt. d, au sujet de la faiblesse et des avantages des régimes conventionnels.

95 Art. 48 LPP.

96 Art. 49 alinéa 2 LPP.

97 Art. 51 LPP.

98 Art. 52 LPP.

99 Art. 53 LPP.

100 Art. 61, 62 et 64 LPP.

101 Art. 65, 67, 69 et 71 LPP.

102 Art. 73 et 74 LPP.

régime facultatif (institution non enregistrée). Dans ce cas, le régime facultatif sera soumis à un nombre atténué de dispositions organisationnelles du régime légal et qui sont notamment prévues par le Code civil suisse. En effet, la plupart de ces institutions ont choisi de revêtir la forme de la fondation de droit privé, qui est régie par le Code civil[103]. A l'origine, il a été fait recours quasi exclusivement à la fondation, notamment en raison des avantages fiscaux que celle-ci procure et de l'absence initiale de prescriptions légales sur les droits de participation des salariés[104]. Mais le choix de la société coopérative ou de l'institution de droit public est également possible.

En effet, il existe le même numerus clausus organisationnel que pour le régime légal[105]. L'article 89bis alinéa 6 CCS, entré en vigueur en même temps que la LPP, précise que les fondations non enregistrées sont soumises aux dispositions de la LPP sur la responsabilité[106], sur le contrôle[107], sur la surveillance[108] et sur le contentieux[109]. Le législateur a délibérément renoncé à inclure la gestion paritaire dans ce catalogue. La sécurité financière n'y figure pas non plus. L'oubli sur ce point n'est qu'apparent. La structure de la fondation est fondée sur l'affectation irrévocable de sa fortune au but visé par l'acte de fondation, et une surveillance étatique est exercée sur le maintien de cette affectation. Les cantons exercent la surveillance sur les fondations non enregistrées[110]; à ce titre, ils doivent veiller au maintien de la fortune de la fondation. Cela les a conduits pour la plupart à adopter des normes de placement largement harmonisées avec celles de la LPP. Par ailleurs, le Code civil contient une norme de placement autonome, limitant les placements de la fondation chez l'employeur[111].

4. Une deuxième distinction porte sur le nombre d'employeurs affiliés à l'institution de prévoyance. Tout employeur occupant des salariés soumis à l'assurance obligatoire doit être affilié à une institution de prévoyance inscrite dans le registre de la prévoyance professionnelle[112]. Le cas de figure retenu par le législateur est donc l'existence d'une institution de prévoyance par employeur. La pression à la rationalisation et à la centralisation administrative a toutefois donné naissance à des structures nouvelles selon deux cas de figure[113]:

---

103 Art. 80 à 89bis CCS.

104 RIEMER: *Das Recht der beruflichen Vorsorge, op. cit.*, p. 50-51.

105 Celui-ci est imposé par l'article 331 alinéa 1 du Code des obligations.

106 Art. 52 LPP.

107 Art. 53 LPP.

108 Art. 61 et 62 LPP.

109 Art. 73 et 74 LPP.

110 Art. 84 CCS.

111 Art. 89bis alinéa 4 CCS, en vertu duquel la part de la fortune correspondant à la prestation de libre-passage ne peut, en règle générale, consister en une créance contre l'employeur que si cette créance est garantie.

112 Art. 11 alinéa 1 LPP.

113 Voir aussi le Chapitre 14, litt. f, ch. i), Chapitre 16, litt. i, Chapitre 23, litt. f, sur les questions soulevées par ces structures.

- Premièrement, les salariés peuvent être bénéficiaires d'une seule institution créée par plusieurs entreprises liées économiquement entre elles ou par une association d'employeurs, seule ou en collaboration avec des associations de salariés, afin de permettre l'affiliation des employeurs d'une branche ou d'un secteur économique donné. Il s'agit d'une fondation commune assurant une solidarité professionnelle ou interprofessionnelle qui dépasse le cadre de chaque entreprise individuelle tout en permettant une rationalisation administrative et financière.
- Deuxièmement, les salariés peuvent être bénéficiaires d'une seule institution ouverte à l'affiliation d'un nombre indéterminé d'employeurs, sans critère de branche ou de secteur[114]. A chaque employeur affilié correspond une organisation interne propre, la caisse de prévoyance sans personnalité juridique disposant d'organes, de comptes et d'un règlement séparés. L'institution est une fondation collective qui offre une rationalisation administrative, sans incorporer en principe une solidarité professionnelle allant au-delà de l'entreprise affiliée.

Il peut évidemment exister des formes mixtes, une combinaison de ces structures. Ainsi, rien n'empêche des caisses de se regrouper au sein d'une fondation collective en fonction d'affinités de branche ou économiques et donc de créer une caisse commune pour faciliter une rationalisation financière et de solidarité professionnelle interentreprises. On n'oubliera pas non plus, dans cette énumération, le poids des institutions de prévoyance de droit public qui sortent toutefois du cadre de la présente étude.

ii) La diversité juridique du droit aux prestations

1. La nature juridique des prestations promises permet une première distinction entre les prestations légales et facultatives.

Lorsqu'une institution de prévoyance enregistrée offre les prestations légales, elle reste libre d'adopter le régime de prestations qui lui convient au titre de la prévoyance facultative, à condition de respecter les exigences minimales de la LPP[115]. Il en va de même pour l'institution de prévoyance non enregistrée, sauf qu'elle n'aura pas à offrir les prestations obligatoires du régime légal. Lorsqu'il est fait usage de cette liberté, l'institution offre des prestations facultatives décrites par son acte de fondation ou son règlement. Comment qualifier ces prestations dès lors qu'elles ont été promises ? Le terme facultatif peut en effet susciter une confusion apparente, si l'on oublie que son origine réside dans la liberté de l'employeur ou de son association professionnelle d'augmenter l'effort de contribution de l'entreprise au-delà du minimum légal[116]. Dès

114 RIEMER: *Das Recht der beruflichen Vorsorge, op. cit.*, p. 87.
115 Art. 49 alinéa 1 LPP.
116 L'article 66 alinéa 2 LPP.

l'instant où la prestation facultative est promise, elle devient évidemment obligatoire, mais ceci en vertu d'une convention de prévoyance[117].

Le rapport juridique entre le salarié, les bénéficiaires et l'institution de prévoyance est ainsi déterminé, soit par la loi, soit par le contrat, soit encore par les deux à la fois. En effet, dans le cadre d'une institution enveloppante, le plan unique de prestations intègre le régime légal tout en l'améliorant, sans qu'il soit fait de distinction entre les deux niveaux; le rapport de prévoyance a dans ce cas une nature juridique mixte. Par contre, lorsqu'il est recouru à la solution du *splitting*, l'affiliation au régime légal sera fondée sur la loi, tandis que celle au régime facultatif le sera sur le contrat. Le rapport fondé sur la loi est par définition unilatéral: il ne peut être dérogé à l'obligation d'assurance[118]. En revanche, le rapport facultatif est fondé sur une convention de prévoyance qui est un contrat synallagmatique innomé répondant aux conditions générales régissant la conclusion, le contenu et la fin des contrats[119]. Cela confère une certaine flexibilité qui permet, par exemple, de prévoir un âge identique de la retraite pour les hommes et les femmes, d'admettre la retraite anticipée ou encore une notion différente de l'invalidité que celle de loi fédérale sur l'assurance-invalidité (AI) qui fut retenue pour le régime légal[120].

On signalera que, dans la prévoyance facultative, le droit aux prestations réglementaires ne découle pas nécessairement d'une convention conclue par le salarié avec une institution de prévoyance. L'employeur peut en effet décider d'assurer ses salariés sur la vie, en cas d'invalidité et de décès par un contrat d'assurance directe conclu avec une compagnie d'assurance soumise à surveillance[121], à la condition toutefois que le travailleur bénéficie d'une créance directe contre l'assureur au moment où le risque assuré se réalise. Ce cas de figure est toutefois rare.

2. Une deuxième distinction quant à la nature du droit aux prestations existe dans le cadre de la prévoyance facultative entre les prestations réglementaires et discrétionnaires. La prestation réglementaire, dont le montant est défini ou

---

117 Dans le secteur public, la décision d'engagement d'un agent public entraînera également sa soumission unilatérale aux conditions du régime complémentaire qui lui est applicable. Ces régimes des agents publics sont toujours fondés sur la loi et dans certains d'entre eux, notamment pour les fonctionnaires de la Confédération, la promesse de prestations, lorsqu'elle ne découle pas de la LPP, émane de l'employeur et non d'une institution de prévoyance.

118 Si d'aventure l'employeur n'est pas affilié à une institution de prévoyance (article 11 LPP), ceux de ses salariés soumis à l'assurance obligatoire sont assurés dès le début de leurs relations de travail auprès de l'institution supplétive (article 60 alinéa 2 litt. a et d LPP).

119 Voir BEROS Stefano: *Die Stellung des Arbeitnehmers im BVG,* 1993, p. 69-72.

120 ATF 115 V 208 et 215; cela permet aux institutions de prévoyance de se fonder sur une notion élargie de l'invalidité, par exemple l'incapacité d'exercer la fonction remplie jusqu'alors ou une fonction analogue, au lieu de la définition de l'invalidité de l'AI qui est l'incapacité de gain permanente ou de longue durée, compte tenu des mesures de réadaptation professionnelle pouvant être exigées de l'assuré eu égard à un marché du travail équilibré.

121 Art. 331 al. 2 CO.

définissable, consacre un droit subjectif à chaque bénéficiaire individualisé[122]. La prestation discrétionnaire est caractérisée au contraire par l'absence de définition préalable des bénéficiaires individuels et/ou du montant des prestations. Le bénéficiaire ne bénéficie donc que d'une expectative ou d'un intérêt à une prestation[123] et non pas d'un droit subjectif à une prestation déterminée lorsque l'éventualité prévue se réalise. Ce genre de prestations est généralement offert par les institutions dites de bienfaisance ou patronales. L'expectative peut également porter sur les fonds libres d'une institution de prévoyance offrant des prestations réglementaires, c'est-à-dire les fonds qui ne sont pas affectés à la couverture des prestations réglementaires. L'organe faîtier de l'institution, d'ordinaire le conseil de fondation, se voit dans ce cas accorder un pouvoir d'appréciation lui permettant de décider de l'octroi de prestations en fonction des spécificités de chaque cas individuel. Toutefois, l'exercice de ce pouvoir est limité par l'obligation juridique de respecter les buts de l'acte de fondation, l'interdiction de l'arbitraire[124], le principe de la proportionnalité[125], le principe de l'égalité de traitement[126] et le principe de la bonne foi[127]. Il n'est donc pas absolu. L'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation peut, le cas échéant, faire l'objet d'une plainte auprès de l'autorité de surveillance de la part d'un bénéficiaire potentiel. D'ailleurs, des cas limites existent. C'est le cas notamment lorsque l'institution n'offre pas des prestations réglementaires, mais normalise quand même des catégories de prestations en fonction d'un cercle défini de bénéficiaires, par des directives internes ou rendues publiques, tout en réservant au conseil de fondation un pouvoir d'appréciation sur l'octroi de la prestation[128]. Les bénéficiaires n'acquièrent pas un droit subjectif ou réglementaire, mais la violation de telles normes dans un cas concret créée la présomption d'une infraction à l'égalité de traitement.

3. Il se pose ainsi la question de la nature du rapport juridique entre l'institution de prévoyance à caractère discrétionnaire et son bénéficiaire potentiel. Existe-t-il également une convention de prévoyance dans ce cas ? La question est suscitée par l'analogie manifeste entre les prestations discrétionnaires en droit helvétique et la promesse de pensions de l'employeur assurée par une caisse de soutien en droit allemand *(Unterstützungskasse)*. Le droit allemand caractérise le statut juridique de cette dernière par l'absence d'un droit subjectif à une prestation[129]. Cela n'a pas empêché la jurisprudence allemande de restreindre cette notion discrétionnaire au droit de l'employeur de révoquer la promesse dans le cas de sa détresse économique ou en

---

122 SCHWEIZER Kurt: *Rechtliche Grundlagen der Anwartschaft auf eine Stiftungsleistung in der beruflichen Vorsorge*, 1985, p. 66.

123 *Ibid.*, p. 67.

124 *Ibid.*, p. 106-107.

125 *Ibid.*, p. 109-110.

126 *Ibid.*, p. 111-119.

127 *Ibid.*, p. 119-120.

128 *Ibid.*, p. 99-100.

129 Art. 1, al. 4, Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung.

cas de violation par le travailleur de son devoir de fidélité[130], tout en admettant, par ailleurs, la nature contractuelle de la promesse[131]. L'idée essentielle est la suivante: le droit d'expectative à une prestation discrétionnaire découle de la confiance créée consciemment et de manière calculable[132], d'où sa nature obligationnelle pour l'employeur. Il ne semble pas qu'il y ait de raison pertinente pour nier que la nature contractuelle de la prestation discrétionnaire découle de la promesse qui la fonde. Son but est précisément d'attirer l'attention des salariés sur l'existence possible d'une prestation en laquelle ils peuvent avoir confiance. La difficulté est d'en déterminer le montant en cas de litige[133].

iii) La diversité de l'organisation financière

1. Nous l'avons vu, l'institution de prévoyance enregistrée dispose d'une large autonomie en ce qui concerne l'organisation de son financement[134]. Cela est également vrai pour l'institution non enregistrée. Le modèle d'organisation financière de l'institution de prévoyance[135] est par conséquent très diversifié.

2. La prévoyance professionnelle suisse est fondée sur la capitalisation[136]. Toutefois, de nombreuses institutions incluent dans leur financement des éléments de répartition, ce qui conduit à des systèmes de financement mixtes incluant une part de répartition. En 1984, Martin WECHSLER estimait que la moitié de l'effort des régimes complémentaires était financé en répartition, notamment pour les raisons suivantes[137]:

- dans de nombreuses institutions, il existe une répartition entre assurés jeunes et âgés, grâce à des contributions à taux unique quel que soit l'âge;
- celle-ci a été accentuée par l'introduction d'une solidarité avec la génération d'entrée dans le cadre du régime LPP;
- les déficits des institutions de prévoyance publiques, de même que leurs avoirs auprès de l'employeur correspondant constituent des engagements que le futur contribuable devra payer;
- la part de la fortune des institutions de prévoyance placée dans des papiers-valeurs émis par les collectivités publiques constitue également une forme de

---

130 BLOMEYER/OTTO: *Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung Kommentar, op. cit.*, p. 203.

131 *Ibid.*, p. 208.

132 *Ibid.*, p. 204.

133 Voir à ce sujet WALSER Hermann: «Der Rechtsschutz der Versicherten bei Rechtsansprüchen aus der beruflichen Vorsorge», in: *Le droit des assurances sociales en mutation,* 1992, p. 479.

134 Voir ce chapitre, litt. b, ch. iii) plus haut.

135 RIEMER: *Das Recht der beruflichen Vorsorge, op. cit.*, p. 53.

136 Voir également le Chapitre 2, litt. c, ch. i), 4, pour la distinction entre capitalisation et répartition.

137 WECHSLER, *op. cit.*, p. 260.

répartition, car son remboursement dépendra de l'effort des contribuables futurs.

Certains des éléments invoqués se sont atténués en raison de la progression des régimes fondés sur la primauté des contributions et l'échelonnement des contributions selon l'âge. D'autres éléments de répartition existent. Il en va ainsi de la technique dite de répartition des capitaux de couverture, les contributions versées durant une période donnée servant à constituer le capital nécessaire au financement des rentes devenues exigibles durant la même période. Ce système est couramment utilisé pour financer les risques d'invalidité et de décès[138]. L'octroi d'une compensation du renchérissement est généralement rendu possible par une répartition des contributions de l'année en cours, ou des excédents sur le rendement de la fortune.

3. On retrouve également la distinction entre la capitalisation collective et individuelle[139]. Dans la capitalisation individuelle, les capitaux de couverture sont systématiquement formés par chaque assuré (équivalence individuelle), tandis que dans la capitalisation collective ces capitaux sont formés par un groupe d'assurés (équivalence collective).

4. L'institution peut avoir un caractère d'assurance, protégeant les bénéficiaires en vertu d'un plan qui accorde des prestations selon des normes établies[140]. Il s'agira alors généralement d'une institution autonome. La conclusion d'une police collective avec une compagnie d'assurance concessionnée couvrant l'ensemble des éventualités est également envisageable; dans ce cas, il n'y a pas d'assurance autonome par l'institution. Le plan d'assurance peut être basé soit sur la primauté des prestations, soit sur la primauté des contributions. Il peut comprendre une part de solidarité, par exemple en prévoyant un taux de cotisation unique, ou se fonder sur une équivalence individuelle stricte entre les contributions et les prestations.

L'institution peut avoir au contraire un caractère d'épargne, c'est-à-dire qui n'offre pas une protection planifiée propre à la technique d'assurance[141]. L'épargne sera liée; elle ne pourra être utilisée que pour les éventualités prévues, soit la vieillesse, l'invalidité et le décès.

En pratique, on assiste souvent au cumul et à la combinaison de l'épargne et de l'assurance[142]. Ainsi une institution semi-autonome pourra assurer elle-même l'éventualité vieillesse par l'épargne, ou par des techniques propres à l'assurance, et couvrir les éventualités de l'invalidité et du décès par une police collective auprès d'une assurance concessionnée. C'est ici que l'on peut remarquer la créativité en apparence

---

138 *Message du Conseil fédéral concernant le projet de loi fédérale sur le libre-passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, du 26 février 1992*, p. 7.

139 Chapitre 2, litt. c, ch. i) plus haut.

140 RIEMER: *Das Recht der beruflichen Vorsorge, op. cit.*, p. 53.

141 *Ibid.*, p. 54.

142 *Ibid.*, p. 55.

infinie que suscite la gestion de systèmes de prévoyance complexes et diversifiés. La tension entre cette diversité et l'harmonisation due à la transférabilité naît notamment de ces modalités financières mixtes.

5. Les institutions de prévoyance enregistrées des entreprises privées sont toujours organisées selon le principe du bilan en caisse fermée[143]. Par contre, les régimes des agents publics peuvent être financés en caisse ouverte, la collectivité publique n'étant pas tenue, lorsqu'elle garantit avec l'approbation des autorités de surveillance le paiement des prestations du régime légal, d'apporter la preuve que les réserves constituées permettent de couvrir à tout moment l'ensemble des engagements en cours[144].

iv) La diversité due à la primauté des prestations ou des contributions

1. On retrouve dans la prévoyance facultative la démarcation usuelle entre les plans en primauté des prestations et ceux en primauté des contributions[145]. En 1984, avant l'entrée en vigueur de la LPP, on estimait qu'environ la moitié des assurés bénéficiait d'une prévoyance vieillesse fondée sur la primauté des prestations, grâce à l'effort de quelques grandes institutions de prévoyance représentant environ le 8% du total des institutions[146].

2. La statistique suisse des caisses de pensions pour 1987, tout en étant incomplète, fournit de premières indications sur la prédominance de la primauté des contributions. Ainsi, sur un total de 3'248'912 assurés[147], il a été possible de déterminer la nature des prestations pour 2'892'120 d'entre eux. 1'857'621 assurés sont bénéficiaires d'un plan en primauté des contributions, tandis que 1'034'499 le sont d'un plan en primauté des prestations, selon le salaire annuel au moment de la mise à la retraite dans la grande majorité des cas[148], ce qui représente environ le tiers des assurés recensés. Selon les mêmes statistiques, sur un total de 8'290 institutions offrant des prestations réglementaires, le nombre d'institutions fondées sur la primauté des prestations est de 1'189, soit le 14,3%.

---

143 Voir ce Chapitre 14, litt. b, ch. iii), pour la notion de l'établissement du bilan technique en caisse fermée; art. 65 LPP.

144 Art. 69 al. 2 LPP et art. 45 OPP2. Le droit fédéral ne réglemente pas la question de la garantie pour les prestations facultatives.

145 Voir le Chapitre 2, litt. c, ch. i), pour une première présentation de la distinction entre la primauté des prestations et des contributions.

146 WECHSLER, *op. cit.*, p. 252.

147 Ce chiffre est supérieur au nombre effectif des personnes assurées par les régimes complémentaires en raison de l'existence de l'assurance simultanée par deux institutions de prévoyance distinctes, notamment en cas de "*splitting*" et de plan de prévoyance pour les cadres.

148 *Institutions de prévoyance en Suisse. Statistique suisse des caisses de pensions 1987,* Office fédéral de la statistique, 1990, p. 105.

v) La diversité due au degré de solidarité

1. Une autre approche, analogue à la distinction entre la primauté des prestations et des contributions, consiste à cerner la nature du plan de prestations et de ses modalités de financement de manière à mieux délimiter les transferts de solidarité. Ce point de départ permet d'aborder les tensions qui peuvent naître entre la tendance à la coordination et les régimes complémentaires décentralisés qui incluent une composante de solidarité entre travailleurs jeunes et plus âgés. Jean-Pierre BEAUSOLEIL distingue ainsi trois catégories types de plans de prestations et de systèmes de financement[149].

2. Les plans en primauté des cotisations sans aucune solidarité au niveau du financement de la retraite existent sous deux modalités:

- Les plans d'épargne sont définis par une cotisation individuelle totale (assuré et entreprise). Un compte d'épargne individuel portant intérêt est constitué, permettant de verser un capital ou de transformer celui-ci en pension de retraite. Une cotisation calculée séparément est perçue pour la couverture des risques décès et invalidité. Ce système est généralement proposé par les banques, notamment au travers de leurs fondations collectives.
- Les plans en équivalence individuelle se caractérisent par une cotisation globale (épargne et risque) et totale (assuré et entreprise) qui détermine individuellement pour chaque assuré ses prestations de retraite, décès et invalidité. Ils sont généralement proposés par les compagnies d'assurances-vie au travers d'assurances de groupe conclues par l'intermédiaire de leurs fondations collectives.

Remarquons que ce genre de plan peut se baser sur un taux de cotisation unique, indépendant de l'âge, et non sur le taux de bonification échelonné selon l'âge comme le prévoit la LPP. Dans ce cas, une solidarité minimale est introduite entre travailleurs jeunes et plus âgés, une partie des contributions des premiers pouvant servir à alimenter l'avoir de vieillesse LPP des seconds. Car l'échelonnement des bonifications créditées à l'avoir de vieillesse constitue, particulièrement en période de difficultés économiques, un handicap pour les salariés plus âgés.

3. Les plans proches de la primauté des cotisations avec une légère solidarité ne fixent plus la cotisation dans le règlement, contrairement aux plans d'épargne ou en équivalence individuelle. C'est le montant des prestations assurées qui est défini. Ces prestations sont, en général, fixées en pourcentage du salaire assuré moyen par année d'assurance (ce qui est très différent du dernier salaire). Une légère solidarité intervient donc du fait que la formule fait intervenir une évolution *moyenne* de carrière.

---

149 BEAUSOLEIL: *La prévoyance professionnelle,* Tome II, *op. cit.*, p. 78-79.

4. Les plans avec une forte solidarité se définissent par le fait que l'employeur calcule sa propre cotisation (et sa répartition entre épargne, risque et solidarité) globalement et non pas pour chaque assuré individuellement. Cela permet de financer des plans en primauté des prestations, propres aux grandes entreprises ou aux administrations publiques, dans lesquels les prestations assurées sont fixées en pourcentage du salaire assuré final.

La cotisation globale, nivelée et totale, est en général financée à raison des 2/3 par l'entreprise car cette cotisation n'est pas répartie uniformément pour tous les assurés: les augmentations des salaires assurés nécessitent une mise en réserve beaucoup plus importante pour les assurés plus âgés. L'assuré ne supporte ainsi pas directement le poids de la solidarité qui est réalisée par le fait que les cotisations de l'employeur sont réparties de manière croissante avec l'âge atteint par les assurés[150]. Le risque financier accru pour l'entreprise que représentent les plans en primauté des prestations se conjugue avec une meilleure sécurité sociale pour les salariés[151].

vi) La diversité des rapports juridiques

Outre le rapport ou la convention de prévoyance avec les bénéficiaires, l'institution de prévoyance est liée par d'autres rapports juridiques qui sont notamment[152]:

a) L'affiliation de l'employeur qui, à l'exception de l'affiliation d'office à l'institution supplétive[153], est fondée soit par l'acte de fondation de l'institution de prévoyance érigée par l'employeur[154], soit par une convention d'affiliation bilatérale et innomée. Ce rapport doit respecter les dispositions impératives de la loi[155], qui comprennent notamment les dispositions sur les contributions dans le régime légal[156] et dans les régimes facultatifs[157] et sur les placements chez l'employeur[158].

b) Le contrat d'assurance collective au sens de la loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA) conclu entre l'institution de prévoyance et une compagnie concessionnée, en cas d'assurance des risques décès et invalidité dans une institution semi-autonome, ou de l'ensemble de la prévoyance[159]. Ce contrat est distinct du rapport de prévoyance entre l'institution et les bénéficiaires, et ne crée en règle générale et, sauf disposition contraire, aucun droit subjectif

---

150 *Ibid.*
151 Voir le Chapitre 2, litt. c, ch. i), 5.
152 Pour un exposé complet, voir RIEMER: *Das Recht der beruflichen Vorsorge, op. cit.*, p. 98-107.
153 Art. 11 al. 5 et 60 al. 2 litt. a LPP.
154 Art. 80/81 CCS.
155 RIEMER: *Das Recht der beruflichen Vorsorge, op. cit.*, p. 98-99.
156 Art. 39 al. 2, 41 al. 1 et 66 al. 2 LPP.
157 Art. 331 al. 3 CO.
158 Art. 71 LPP/57-59 OPP2 dans les institutions de prévoyance enregistrées, et art. 89bis al. 4 CCS dans les institutions non enregistrées.
159 RIEMER: *Das Recht der beruflichen Vorsorge, op. cit.*, p. 104.

en faveur de ceux-ci, l'institution de prévoyance étant preneur d'assurance[160]. Cela a notamment pour conséquence que l'institution de prévoyance est tenue au versement des prestations légales et réglementaires, même si celles-ci ne sont pas identiques à celles prévues par le contrat d'assurance. Les délais de prescription de 5, voire de 10 ans pour le rapport de prévoyance dans le régime légal[161] valent pour les actions de l'institution de prévoyance contre son assureur[162], ce qui n'est pas le cas pour la part facultative de la prévoyance où le délai de deux ans de la LCA s'applique[163].

c) Les rapports juridiques dans les régimes conventionnels ont quelques spécificités examinées plus loin.

vii) Conclusions

La diversité est donc importante. Elle suscite d'ailleurs le reproche d'un manque de transparence et d'égalité au sein de la communauté nationale des salariés assurés, manque accentué par la faiblesse des régimes conventionnels. Mais, elle favorise aussi les efforts volontaires des entreprises qui souhaitent aller à la rencontre des besoins de sécurité sociale de leurs employés.

e) La diversité due au développement limité des régimes conventionnels[164]

i) L'instrument de la convention collective

1. La convention collective, en droit suisse, est signée entre une association de travailleurs, d'une part, et des employeurs ou une association d'employeurs, d'autre part[165]. Elle ne lie, en principe, que les parties contractantes et les membres des associations signataires et peut contenir des dispositions normatives et des dispositions à caractère indirectement ou directement obligationnel.

2. Les clauses conventionnelles définissant les droits et obligations des employeurs et salariés parties au contrat individuel de travail ont un effet normatif[166]: elles s'appliquent directement et impérativement à ce contrat individuel dont elles deviennent partie intégrante. Il s'agit des clauses sur la conclusion, l'objet et la fin des

---

160 *Ibid.*, p. 105-106.

161 Art. 41 al. 1 LPP pour les prestations légales et art. 127 et 128 al. 1 CO pour les prestations découlant d'une convention de prévoyance.

162 Art. 41 al. 2 LPP.

163 Art. 46 al. 1 LCA.

164 Voir le Chapitre 2, litt. e.

165 Art. 356 alinéa 1 CO.

166 Art. 356 alinéa 1 et 357 CO.

contrats individuels de travail, notamment sur les salaires, les vacances ou le temps de travail.

Les clauses à caractère indirectement obligationnel ont trait aux rapports entre employeurs et travailleurs[167]. Elles n'ont pas en soi d'effet direct et impératif - ou normatif - sur les contrats individuels liant ces derniers qui ne sont pas signataires de la convention collective. Par contre, lorsqu'une convention est conclue par des associations, celles-ci peuvent stipuler qu'elles auront le droit, en commun, d'en exiger l'observation de la part des employeurs et travailleurs liés par elle, notamment en ce qui concerne le paiement de cotisations à des caisses de compensation ou à d'autres institutions concernant les rapports de travail[168]. Ces clauses créent donc des liens juridiques directs en exigeant de chaque employeur et de chaque travailleur un acte ou une abstention envers la communauté que forment les associations contractantes ou à l'égard d'une tierce institution[169].

Les clauses directement obligationnelles régissent les rapports entre parties contractantes qui peuvent s'imposer des droits et obligations réciproques et régler le contrôle et l'exécution des autres clauses de la convention[170], notamment pour ce qui a trait à l'obligation de paix du travail.

3. Une convention collective peut faire l'objet d'une décision d'extension. Ainsi, sur requête de toutes les parties contractantes, l'autorité compétente peut, par une décision spéciale (décision d'extension), étendre le champ d'application d'une convention collective conclue par les associations aux employeurs et aux travailleurs qui appartiennent à la branche économique ou à la profession visée et ne sont pas liés par la convention[171]. La décision d'extension ne peut porter toutefois que sur les clauses normatives et indirectement obligationnnelles[172], notamment une institution de prévoyance, et non pas sur les clauses directement obligationnelles.

L'extension n'est pas une procédure simple, car elle présuppose la réalisation de onze conditions préalables. Elle doit tout d'abord être nécessaire, ne pas être contraire à l'intérêt général, ne pas léser les intérêts légitimes notamment d'autres branches économiques et tenir équitablement compte des intérêts des minorités[173]. Ce sont les quatre premières conditions générales. Suit ensuite l'exigence du triple quorum, les employeurs et les travailleurs liés par la convention devant respectivement former la majorité des employeurs et des travailleurs auxquels le champ d'application de la

---

167 Art. 356 alinéa 2 CO.

168 Art. 357b alinéa 1 litt. b CO.

169 BIGLER F.-Walter/SCHWEINGRUBER Edwin: *Commentaire de la convention collective de travail,* 1973, p. 73.

170 Art. 356 alinéa 3 CO.

171 Art. 1 alinéa 1 de la Loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (ci-après: LECCT).

172 Art. 1 alinéa 2 LECCT.

173 Art. 2 alinéas 1 et 2 LECCT.

convention doit être étendu, et les employeurs liés par la convention devant en outre occuper la majorité des travailleurs[174]. Enfin, quatre dernières exigences, la convention ne doit pas violer l'égalité de traitement ni contrevenir aux dispositions impératives de la loi[175], ni nuire à la liberté d'association ni en particulier au droit de s'affilier à une association ou de ne pas le faire[176], tout en garantissant les libertés d'adhésion des associations d'employeurs et de travailleurs à la convention et d'affiliation des employeurs et travailleurs à l'association contractante ou de participation à la convention[177].

Par ailleurs, lorsqu'il s'agit de clauses indirectement obligationnelles relatives à des caisses de compensation ou à d'autres institutions, l'extension ne peut être prononcée que si l'organisation de ces caisses ou institutions est réglée de façon satisfaisante et une gestion correcte assurée[178]. Les caisses de compensation érigées pour gérer le régime de base AVS ont souvent été chargées au surplus d'administrer les régimes complémentaires de retraite, ce qui nécessite une autorisation de l'Office fédéral des assurances sociales. L'extension ne modifie pas la nature privée de la convention collective; elle ne fait que modifier son champ d'application obligatoire.

ii) Les conventions collectives et les régimes complémentaires

1. Les régimes complémentaires helvétiques ne sont pas marqués par une forte influence des conventions collectives de travail. A l'origine destinées à fixer des salaires minimaux par un tarif, les conventions se sont certes étendues à d'autres domaines du droit social. Ce sont les limites de la législation sociale qui ont incité les partenaires sociaux à adopter des règles autonomes sur d'autres aspects des rapports salariaux, notamment à propos du temps de travail, des vacances, du paiement du salaire en cas de maladie ou d'accident. Les conventions jouèrent ainsi un rôle non négligeable dans le développement du droit social.

Mais tel n'a pas été le cas pour les régimes complémentaires de retraite[179]. Le développement initial de ceux-ci s'explique essentiellement par les initiatives d'employeurs progressistes qui ont commencé à ériger des fondations de prévoyance dès la fin de la première guerre mondiale, grâce à l'exonération fiscale accordée dès cette époque par l'Etat. Ce n'est qu'après la deuxième guerre mondiale que les premières dispositions relatives aux régimes complémentaires apparurent dans les conventions collectives, selon deux modalités[180]:

---

174 Art. 2 alinéa 3 LECCT, qui prévoit que l'on peut déroger exceptionnellement à la règle de la majorité des travailleurs.

175 Art. 2 alinéa 4 LECCT.

176 Art. 2 alinéa 4 LECCT.

177 Art. 2 alinéa 7 LECCT.

178 Art. 3 alinéa 1 LECCT.

179 KELLENBERGER Thomas: *Gesamtarbeitsvertrag und berufliche Vorsorge,* 1986, p. 16.

180 *Ibid.*, p. 48.

- La convention peut contenir des dispositions-cadres qui stipulent un standard minimum devant être respecté par tous les régimes complémentaires institués sur l'initiative des employeurs qui tombent dans le champ d'application conventionnel. La convention oblige alors ces employeurs à intervenir dans les organes de l'institution de prévoyance auxquels ils adhèrent pour que le règlement et les conventions individuelles de prévoyance passées avec les salariés affiliés soient conformes au standard conventionnel. En cas de non-respect de ses obligations, l'employeur s'expose à des dommages-intérêts et à une action en exécution des salariés.
- La convention peut, au contraire, fonder un régime conventionnel[181]. Dans ce cas, une contrainte d'adhésion à une institution de prévoyance créée par une ou plusieurs associations est imposée aux employeurs qui tombent dans le champ d'application de la convention. Souvent la convention contiendra également le règlement de l'institution de prévoyance[182].

2. En règle générale, les clauses relatives aux régimes complémentaires se répartissent dans les trois catégories de dispositions pouvant être inclues dans une convention collective[183] :

- l'obligation d'instaurer un régime complémentaire, le montant des cotisations et les autres dispositions sur les prestations ont un caractère normatif, c'est-à-dire qu'elles s'appliquent directement au contrat individuel de travail;
- par contre, l'obligation pour l'employeur d'adhérer à une institution de prévoyance déterminée a un caractère indirectement obligationnel, dans la mesure où il s'agit d'une obligation assumée par l'employeur envers son association professionnelle qui aura créé l'institution, voire envers la communauté des associations signataires;
- enfin, les dispositions sur l'édification en commun d'un régime complémentaire par les parties signataires ont un caractère obligationnel.

Cette typologie n'est pas absolue, car l'effet normatif d'une disposition conventionnelle dépend étroitement de la volonté des parties. En l'absence d'indication claire des parties, on admet que l'effet normatif prime, l'application d'un postulat social devant être réalisé par la voie la plus sûre.

3. Paradoxalement, les régimes conventionnels, c'est-à-dire constitués autour d'institutions communes aux entreprises soumises à la convention collective, naquirent sur le plan national dans les branches où les petites et moyennes entreprises étaient dominantes, notamment dans l'hôtellerie et la restauration. Ces entreprises n'étaient pas en mesure d'ériger individuellement des institutions de prévoyance viables financièrement. Afin de maintenir l'attrait de leur branche pour les salariés, les

---

181 Voir le Chapitre 2, litt. e, sur la notion de régime conventionnel.
182 KELLENBERGER, *op. cit.*, p. 52-53.
183 *Ibid.*, p. 18.

associations d'employeurs de ces secteurs mirent sur pied des régimes complémentaires fondés sur des assurances collectives gérées par les caisses de compensation du régime de base AVS. Comme ces caisses avaient souvent un caractère paritaire, il fut assez aisé de transposer ces régimes par la suite dans les conventions collectives.

Dans l'industrie hôtelière il existe deux grands régimes conventionnels qui regroupent le 85% de la prévoyance professionnelle dans cette branche, la *PVE Wirte*, de la Fédération suisse des cafetiers, restaurateurs et hôteliers, et la *Hotela*, de la Société suisse des hôteliers[184]. Ces régimes sont construits selon le modèle de la fondation commune, soit une affiliation de tous les employeurs de la branche à une institution de prévoyance ayant un règlement unique pour tous les salariés assurés. D'autres régimes conventionnels à caractère régional se sont également développés, notamment dans le secteur du bâtiment. La tendance à la diversité de la protection complémentaire ne s'exprime guère dans ces secteurs, car les entreprises n'en ont pas en général les moyens. Par contre, la tendance à la coordination[185] y est souvent influente, dans la mesure où il s'agit de secteurs économiques dans lesquels il y a beaucoup de travail saisonnier et une forte rotation des effectifs de salariés[186]. La fidélité à l'entreprise joue un rôle plus limité ce qui pousse à la recherche de solutions permettant le maintien des droits acquis ou en cours d'acquisition.

4. Un autre modèle de régime conventionnel est offert par la Fondation générale pour une prévoyance professionnelle dans les arts et métiers suisses. Il s'agit d'une fondation collective à laquelle les associations professionnelles des arts et métiers peuvent adhérer afin de profiter d'une organisation commune. Créée en 1956 par l'Union suisse des arts et des métiers, cette institution de prévoyance compte maintenant 40 caisses de prévoyance communes organisées en son sein mais sans la personnalité juridique. Ces caisses sont constituées par les partenaires sociaux des différentes branches concernées qui les gèrent et administrent selon un plan de prestations spécifique à chacune[187]. On remarque ici une combinaison heureuse entre l'harmonisation et la diversité, celle-ci occupant une plus grande place en raison sans doute de la taille moyenne légèrement plus grande des entreprises des arts et métiers. L'industrie horlogère connut également dès 1971 des accords spécifiques entre partenaires sociaux, instaurant des règles communes pour les régimes contractuels d'entreprise dans la branche[188]. Ces accords furent abrogés à la demande des employeurs lors de l'entrée en vigueur de la LPP.

---

184 *Message du Conseil fédéral concernant le projet de loi fédérale sur le libre-passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité* (ci-après: *Message sur le libre-passage)*, du 26 février 1992, p. 10-11.

185 Voir les Chapitres 16 et 17.

186 *Message sur le libre-passage, op. cit.*, p. 10.

187 *PREVOYANCE ET ENTREPRISE*/Magazine d'information de la "Winterthur". Institutions de prévoyance collectives et communes, 1/1991, p. 11-12.

188 *Message sur le libre-passage, op. cit.*, p. 10.

5. L'absence de volonté des partenaires sociaux dans l'industrie ou le secteur des services de créer de grandes institutions communes limitera donc la généralisation de la couverture de prévoyance et son harmonisation par la voie conventionnelle. Le souhait des employeurs de maintenir aux régimes leur caractère contractuel[189] a certainement joué ici un rôle déterminant, surtout lorsque les entreprises avaient une taille suffisante pour assumer la gestion autonome d'une institution de prévoyance. Mais il faut aussi noter que les conditions légales nécessaires à une généralisation de la couverture des salariés par le biais conventionnel n'étaient pas forcément adéquates. En effet, la déclaration de force obligatoire des conventions collectives, instrument qui a beaucoup contribué à la généralisation des régimes conventionnels en France, aux Pays-Bas et en Suède[190], est soumise à des conditions plus restrictives en droit suisse.

A ces contraintes s'ajoute l'obstacle de la liberté de coalition. L'obligation pour l'employeur d'adhérer à une institution de prévoyance d'un régime conventionnel ou d'association est souvent concomitante avec l'obligation d'adhérer à l'association d'employeurs qui l'a créée, seule ou en collaboration avec les syndicats de travailleurs. Une telle obligation d'adhésion à l'association d'employeurs viole cependant la liberté de coalition[191] et sa déclaration de force obligatoire est donc interdite. Seule la contrainte indirecte d'affiliation à l'institution de prévoyance est autorisée, réalisée par exemple en prévoyant un taux de cotisation conventionnel sur les salaires rentable uniquement dans de grandes institutions de branche. L'employeur qui souhaiterait maintenir une institution spécifique à l'entreprise se verrait confronté à des coûts qui le désavantagerait dans la concurrence[192]; il subit donc une contrainte indirecte mais licite de s'affilier à l'institution de branche.

iii) La LPP et les régimes conventionnels

1. Il eût été difficile dans ces conditions de confier aux partenaires sociaux le soin de réaliser le mandat constitutionnel du maintien approprié du niveau de vie antérieur lors de la retraite. L'instrument de la loi est ainsi apparu le plus adéquat. Le législateur aurait pu néanmoins créer des ouvertures à l'autonomie des partenaires sociaux, notamment en favorisant l'affiliation obligatoire à des institutions communes érigées par les partenaires sociaux. Tel n'a pas été le cas. Il faut dire que la faiblesse de la négociation collective ne l'y incitait pas. Un exemple montre qu'il n'a vraisemblablement pas eu tort. Il a en effet tenté la voie conventionnelle pour la création des deux institutions centrales que sont le Fonds de garantie et l'Institution supplétive. Les organisations faîtières des salariés et des employeurs reçurent le mandat législatif de créer ces deux institutions sous la forme de fondations gérées paritairement[193].

---

189 La notion de régime contractuel est exposée au Chapitre 2, litt. f.
190 Voir le Chapitre 2, litt. e.
191 KELLENBERGER, *op. cit.*, p. 86.
192 *Ibid.*, p. 87-90.
193 Art. 54 alinéa 1 LPP.

L'Institution supplétive a un caractère strictement technique qui est d'affilier les employeurs n'ayant pas fait le choix avec leurs salariés d'une institution de prévoyance[194]. Sa constitution ne posait donc pas un problème car elle n'entraînait aucune prestation nouvelle. Les partenaires sociaux purent ainsi s'acquitter de leur tâche. Par contre, la constitution du Fonds de garantie, orienté vers le maintien des prestations et la solidarité envers les institutions à structure d'âge défavorable, suscita de telles difficultés que le Conseil fédéral dut finalement intervenir et réaliser cette tâche[195].

2. Pourtant, les régimes conventionnels jouissent d'avantages incontestables. Comme le souligne la revue de l'une des plus grandes compagnies d'assurances-vie helvétiques, ces régimes revêtent *"le caractère le plus politique, tout en demeurant le moins contesté de ce point de vue. Le pourquoi de ce paradoxe réside dans les avantages indéniables (de ces) institutions de prévoyance"*[196]. L'écho avec les propos du professeur Jean-Jacques DUPEYROUX s'exprimant au sujet des régimes conventionnels français est frappant[197]. Cette revue confirme en effet les avantages des régimes conventionnels observés ailleurs, soit notamment:

- la représentation professionnelle et efficace des intérêts des salariés en lien avec les possibilités de la branche ou de la profession;
- la solidarité professionnelle interentreprises créée par le régime permet une prévoyance globale au niveau de la branche et rend la gestion plus simple et plus efficace, en évitant la juxtaposition de plans de prévoyance indépendants et différents;
- la possibilité d'utiliser des méthodes de financement mixtes, combinant la capitalisation et la répartition, et qui sont mieux à même de résoudre les problèmes toujours en suspens, soit la génération d'entrée, l'indexation des rentes de vieillesse et l'échelonnement des bonifications de vieillesse;
- enfin, la libre circulation des travailleurs est assurée à l'intérieur de la branche professionnelle.

3. Expression des tendances à l'harmonisation et à l'unification, ces régimes sont nés dans les secteurs des petites et moyennes entreprises. La complexité croissante de l'organisation des régimes complémentaires helvétiques, associée à la pression des besoins insatisfaits de la génération d'entrée et en matière d'indexation des rentes, pourrait néanmoins faciliter l'éclosion de régimes conventionnels à l'échelle de secteurs économiques plus importants. Le patriotisme d'entreprise a incontestablement perdu de son éclat dans ce domaine. Cela présupposerait toutefois un changement d'attitude des partenaires sociaux. Les employeurs sont plutôt défavorables à un développement de la

---

194 Art. 11 LPP.

195 Art. 54 alinéa 3 LPP; Ordonnance sur la création de la fondation "Fonds de garantie LPP" (OFG 1) du 17 décembre 1984.

196 *PREVOYANCE ET ENTREPRISE, op. cit.*, p. 12.

197 Voir le Chapitre 2, litt. e, ch. vi).

négociation collective centralisée, tandis que les salariés n'accordent pas une grande attention à ce domaine, leurs organisations représentatives préférant une extension du régime de base, voire l'harmonisation légale croissante des régimes complémentaires. Une telle mutation postulerait probablement un assouplissement du cadre juridique actuel qui paraît être trop rigide en matière d'extension des conventions collectives. A l'instar des Pays-Bas, il faudrait pouvoir disposer d'une procédure d'extension facilitée spécifique à ce genre de régimes.

f) Typologie et définition des régimes complémentaires

1. La statistique suisse des caisses de pensions 1987[198] établit la typologie suivante des institutions de prévoyance, illustrant ainsi leur hétérogénéité:

- les caisses de pensions autonomes non-réassurées
- les caisses de pensions autonomes avec réassurance
- les caisses de pensions semi-autonomes ou institutions d'épargne
- les assurances collectives ou de groupe (fondations collectives)
- les institutions d'épargne pour la vieillesse uniquement
- les fonds de bienfaisance avec prestations bénévoles
- les institutions de prévoyance gelées ou sur le point de l'être.

Cette typologie est intéressante mais elle ne fournit pas une définition de la notion de régime complémentaire en droit suisse, dans une perspective de droit comparé.

2. Les trois éléments essentiels de la définition d'un régime complémentaire sont, rappelons-le, la garantie collective de protection, la complémentarité au régime de base de la sécurité sociale et le caractère obligatoire du régime pour les salariés, mais pas nécessairement pour l'employeur[199]. Un régime complémentaire a pour fondement juridique soit la loi, soit une convention collective, soit une convention de prévoyance incluse ou liée au contrat individuel de travail.

Le régime légal LPP correspond à cette définition, étant précisé qu'il relève lui-même de la sécurité sociale, mais en tant qu'étage complémentaire au régime de base AVS/AI[200]. Pour les régimes facultatifs, une telle définition ressort également de la loi, car l'institution de prévoyance professionnelle visée par la Constitution fédérale est constituée en faveur du *"personnel"* de l'employeur[201], elle bénéficie d'encouragements

198 OFFICE FEDERAL DE LA STATISTIQUE, *op. cit.*, p. 25.

199 Voir le Chapitre 2, litt. g.

200 Pour la controverse sur la nature de sécurité sociale du régime légal, voir le Chapitre 15, litt. b plus bas.

201 Art. 34^{quater}, alinéa 3, litt. a Cst. féd.

fiscaux[202] et se distingue de la *"prévoyance individuelle"* qui est également encouragée[203]. L'exonération fiscale des institutions de prévoyance professionnelle a été l'occasion d'insister sur les éléments essentiels de la définition.

En effet, selon la Circulaire No 1 de l'Administration fédérale des contributions relative à la loi fédérale adaptant l'arrêté fédéral concernant la perception d'un impôt fédéral direct à la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle, du 30 janvier 1986, les institutions de prévoyance professionnelle, qu'elles appliquent le régime légal ou un régime facultatif, *"sont des masses de biens juridiquement indépendantes, affectées exclusivement et irrévocablement à des fins de prévoyance collective"*. Par ailleurs, la directive indique que *"le principe de la solidarité inhérent à la prévoyance collective justifie que le cercle des bénéficiaires soit limité au preneur de prévoyance lui-même ainsi que, à son défaut, aux personnes dont il assumait l'entretien"*.

D'ailleurs, la circulaire renforce la notion de collectivité par celle d'équivalence dans deux cas:

- L'employeur ne peut s'affilier à l'institution créée pour son personnel que si *"des mesures de prévoyance sont prévues de manière équivalente pour l'ensemble du personnel."*
- Lorsqu'une entreprise fonde plusieurs institutions - une pour chaque catégorie de personnel (ouvriers, employés, cadres, etc.) -, elle doit prévoir des *"mesures de prévoyance adéquates [...] pour l'ensemble du personnel"*. Cette notion d'adéquation est relative. Elle implique que le pourcentage des prestations d'assurance par rapport au salaire effectif de l'assuré est le même, que la charge des primes est répartie de la même manière entre les assurés et l'entreprise et, enfin, qu'au vu des primes versées, les prestations d'assurance ne soient, à aucun égard, plus favorables aux cadres de l'entreprise qu'aux autres employés et ouvriers.

3. Une récente circulaire de l'administration fiscale genevoise, du 12 janvier 1990[204], reprend les éléments essentiels de la définition d'un régime complémentaire, et notamment ceux de la garantie collective de protection et de son caractère obligatoire pour les salariés:

> "Pour bénéficier du *régime fiscal prévu par la loi fédérale de la prévoyance professionnelle* (déduction entière des primes et cotisations, exonération de l'institution de prévoyance), les mesures de prévoyance offertes par l'institution de prévoyance doivent remplir les conditions principales suivantes:
>
> a) La *prévoyance pour le personnel doit être collective*: les plans de prévoyance ou d'assurance doivent être établis pour l'ensemble du personnel de l'entreprise ou pour certaines catégories de son personnel.

---

202 Art. 34^{quater}, alinéa 5 Cst. féd.
203 Art. 34^{quater}, alinéa 6 Cst. féd.
204 BEAUSOLEIL, Tome II, *op. cit.*, p. 103-105.

b) *Tout le personnel doit avoir l'obligation d'adhérer à l'institution* dès que les conditions fixées par le règlement sont remplies, même s'il prévoit des plans de prévoyance ou d'assurance différents selon les catégories du personnel.

c) Sous réserve des exceptions prévues par le règlement, *l'affilié ne doit pas avoir de liberté dans le choix de la prestation* assurée et ne peut notamment décider lui-même, de cas en cas, du montant des prestations et du mode de financement.

d) Le règlement doit déterminer clairement les prestations, les cotisations et la répartition des charges, ainsi que les différentes catégories du personnel qui sont affiliées à l'un ou l'autre des plans de prévoyance ou d'assurance.

e) *L'assuré (ou les bénéficiaires) ne doit jouir que d'un droit d'expectative et ne peut disposer, en principe, des prestations prévues avant l'âge terme ou la survenance d'un cas de prévoyance.*

f) Toute modification du plan de prévoyance ou d'assurance de l'institution ne peut résulter que d'une modification du règlement effectuée conformément à la procédure prévue par le règlement lui-même, décidée par l'organe compétent et contrôlée par l'autorité de surveillance".

4. Les régimes complémentaires suisses se rangent donc, signe de leur originalité mais également de leur maturité, dans les trois grandes catégories identifiées sur le plan international: les régimes légaux, conventionnels et contractuels. Le régime légal et les régimes contractuels dominent. Par ailleurs, avec l'accession à la propriété au moyen de l'avoir de prévoyance, les régimes complémentaires suisses s'insèrent dans la tendance à une individualisation encore plus marquée de la prévoyance complémentaire.

g) Les tendances actuelles de développement

i) La rationalisation centralisatrice des régimes légaux et contractuels

1. L'unicité structurelle est l'une des tendances qui a marqué l'évolution de la sécurité sociale[205]. Celle-ci correspond essentiellement à une nécessité d'organisation, qui répond à des besoins de rationalisation, de simplification et d'économie. Le peu de développement des régimes conventionnels n'a pas empêché l'apparition d'une forte tendance à la rationalisation et à la centralisation des régimes complémentaires, sous l'impact de la généralisation et de l'harmonisation suscitées par l'instauration d'un régime légal.

2. Le premier effet du régime légal aura été une extension importante du nombre de salariés assurés. Au moment de l'adoption de la LPP, il y a eu sans doute une sous-estimation du nombre de salariés qui ne bénéficiaient pas d'un régime complémentaire.

---

[205] Chapitre 2, litt. b, ch. iii).

Avant l'entrée en vigueur de la LPP, on estimait que 90% de la population active salariée était déjà bénéficiaire de la prévoyance professionnelle, et que l'arrivée de l'assurance obligatoire n'étendrait que fort peu son champ d'application. La réalité a apporté un certain démenti. En effet, les lacunes dans la couverture de la prévoyance professionnelle se sont avérées plus importantes que prévues dans les arts et métiers, mais également dans des entreprises ayant une bonne institution de prévoyance. Ces dernières ne couvraient souvent pas certaines catégories de salariés précaires, en particulier les femmes et les immigrés, dont la durée d'emploi pouvait fluctuer fortement[206]. Ainsi de 1955/56 à 1978, l'augmentation du nombre d'assurés a été d'environ 50%[207]. Il y aura par contre un doublement de 1978 à 1987. Près de 3,2 millions de personnes sont désormais assurées à la prévoyance professionnelle, ce qui représentait en 1987 le 49,7% de la population résidante. Ce taux tient compte des personnes affiliées simultanément à plusieurs institutions et il est donc supérieur à la réalité.

3. Son second effet aura été d'impulser une tendance à la réduction du nombre d'institutions de prévoyance. Au 31 décembre 1987, 15'000 institutions de prévoyance étaient recensées, alors que, dix ans auparavant, en 1978, elles étaient 17'000[208]. Seules 4'220 de ces institutions étaient enregistrées, c'est-à-dire appliquaient le régime obligatoire de la LPP.

En 1987, le nombre d'institutions est inférieur à celui de 1970[209]. Il reste cependant plus de 15'000 institutions en Suisse, dont toutefois 2'278 (15%) sont en phase de cessation d'activité ou *gelées*. Le nombre des assurés par institution a donc logiquement augmenté, et passe de 93 en 1978 à 215 en 1987. On constate également qu'il n'y a, en 1987, que 4'327 institutions de prévoyance enregistrées, c'est-à-dire qui appliquent le régime légal[210] tout en le complétant, le cas échéant, par un régime facultatif à prestations réglementaires. Il ne faut pas s'étonner, par conséquent, de la forte croissance des fonds de bienfaisance offrant des prestations discrétionnaires, qui n'appliquent par le régime légal mais qui n'offrent pas non plus des prestations réglementaires qui lui soient supérieures. Leur nombre a passé de 12,4% en 1986 à 44,5% des institutions en 1987 et sont l'expression du phénomène du *splitting*. L'employeur reprend son autonomie de décision en créant un régime facultatif à prestations discrétionnaires par une institution liée à l'entreprise, tout en transférant à des institutions plus grandes la gestion et l'administration du régime légal. Toutefois, les institutions de prévoyance non enregistrées, si elles forment le 72% des institutions considérées, ne regroupent que le 14% de l'effectif total des assurés[211]. Par contre, le

---

206 FEHLMANN Ulrich K.: «Sammel- und Gemeinschaftsstiftungen als Hauptträger der beruflichen Vorsorge», *SZS* 1989, p. 74-75.

207 ROSSINI: *Les institutions de sécurité sociale en Suisse, op. cit.*, p. 47.

208 Communiqué de presse de l'Office fédéral de la statistique de juin 1989.

209 ROSSINI, *op. cit.*, p. 47.

210 OFFICE FEDERAL DE LA STATISTIQUE: *Institutions de prévoyance en Suisse,* 1990, p. 23.

211 *Ibid.*, p. 24.

85% des assurés sont membres de l'une des 4'059 institutions de prévoyance enregistrées relevant du droit privé, tandis que les 178 institutions de prévoyance enregistrées relevant du droit public se partagent le 99% des assurés restants[212].

4. On remarque aussi une ouverture importante aux institutions de prévoyance créées par les entreprises présentes sur le marché des services financiers, et en particulier les compagnies d'assurances et les banques (fondations collectives), mais aussi dans une moindre mesure aux régimes conventionnels et aux régimes regroupant plusieurs entreprises liées entre elles (fondations communes). Les chiffres sur la répartition des institutions et des assurés sont à cet égard éloquents. Si, en 1978, le 50,6% des assurés étaient affiliés à des institutions de plus de 2'000 membres, ils étaient 73% en 1987[213]. C'est la proportion des membres assurés auprès des institutions de plus de 5'000 membres qui contribue surtout à cette évolution, puisque celle-ci passe de 40,0% en 1978 à 61,7% en 1987. Par contre, celle des assurés auprès des institutions de moins de 2'000 membres régresse fortement. L'extension du nombre de personnes assurées, ajoutée aux complications administratives supplémentaires dues à l'introduction de l'assurance obligatoire, a conduit de nombreux employeurs à s'affilier auprès des fondations collectives et communes, fondées par les compagnies d'assurances[214], les banques, les fiduciaires et les associations des employeurs, seuls ou en collaboration avec les associations de salariés. Ces fondations ont ainsi acquis une grande importance pratique, sans toutefois que la LPP les évoque[215]. Elles sont l'expression des pressions empiriques oeuvrant à la rationalisation privée de la prévoyance professionnelle[216].

5. D'autres chiffres indiquent le poids acquis par les grandes institutions de prévoyance. L'Office fédéral de la statistique indique, en effet, que *"les IP n'ayant pas ou très peu de membres sont légion, alors qu'une part infime des caisses de pensions rassemble à elle seule près de 4/5 de l'effectif total des assurés. En effet, 11'859 (78,1%) des 15'179 institutions de prévoyance ont déclaré avoir entre 0 et 50 membres, tandis que 341 caisses de pensions assurent à elles seules près de 2,6 millions d'individus (soit 78,6% de l'effectif des assurés)"*[217].

---

212 *Ibid.*

213 ROSSINI, *op. cit.*, p. 48.

214 FEHLMANN, *op. cit.*, p. 74-75; BEURRET-FLÜCK Fabia: «Die Aufsicht über Sammel- und Gemeinschaftsstiftungen», *Prévoyance professionnelle suisse,* No 6, 1989, p. 209.

215 Si l'on fait exception de l'art. 58 al. 4 LPP qui dispose que lorsque plusieurs employeurs sont affiliés à la même institution de prévoyance, les subsides pour structure d'âge défavorable sont calculés séparément pour chaque employeur.

216 La rationalisation n'est entendue ici que dans son sens strictement utilitaire - moderniser l'organisation et la gestion, par opposition à la réflexion préalable plus large et nécessaire sur les *"finalités, les fonctions, les techniques de protection et les méthodes de financement"* de la prévoyance professionnelle, telle qu'elle est définie par PERRIN Guy: «Considérations préalables à la réforme de la sécurité sociale», in: *Droit et Politique sociale,* Travaux réunis par P. de LAUBIER et J.-P. FRAGNIERE, 1980, p. 100.

217 OFFICE FEDERAL DE LA STATISTIQUE, *op. cit.*, p. 30.

Les fondations collectives occupent une place importante. Selon les premiers résultats du dépouillement des statistiques de la prévoyance professionnelle relevées en 1987, celles-ci étaient au nombre de 280 à fin décembre 1987, avec, environ, 233'000 employeurs affiliés[218]. Selon d'autres sources, il existait environ 150 fondations communes et collectives, auxquelles étaient affiliés largement plus de 100'000 employeurs. Les fondations collectives des grandes compagnies d'assurances comptaient, pour chacune d'entre elles, jusqu'à 20'000 employeurs affiliés[219]. Ces premiers résultats furent confirmés par le dépouillement définitif des statistiques de 1987. 195 institutions collectives enregistrées assuraient 1'429'688 salariés en 1987, et 87 institutions non enregistrées en assuraient 129'472, pour un total de 233'332 employeurs affiliés[220]. Les caisses de pensions autonomes non réassurées, souvent sous la forme de grandes institutions communes, ne sont pas en reste car elles avaient, pour leur part à cette date, 1'213'185 assurés. La diminution du nombre total des institutions, dont seul un quart environ est enregistré, est due, notamment, selon l'Office fédéral de la statistique, au développement rapide des fondations collectives et communes, qui ont absorbé nombre de caisses de pensions existantes[221].

6. Il ne fait pas donc pas de doute que l'avenir des régimes complémentaires légaux et facultatifs helvétiques est largement lié au développement de grandes institutions centralisées qui relèvent soit de l'entreprise privée[222], soit des partenaires sociaux[223], soit des collectivités publiques. Il est remarquable de constater que les régimes contractuels privés ne peuvent guère échapper à l'influence de ces tendances à la rationalisation et à l'unification, malgré l'importance de la tendance à la diversité. Toutefois, et à la différence de la sécurité sociale classique, une telle rationalisation ne débouche pas nécessairement, au-delà des frontières du régime légal, sur une harmonisation des prestations assurées[224].

ii) La progression de l'harmonisation légale

1. Les insuffisances du régime LPP au regard du maintien approprié du niveau de vie[225], notamment en ce qui concerne la génération d'entrée et l'adaptation des rentes de vieillesse au renchérissement, doivent en principe entraîner la première révision d'ensemble de la loi, dont les contours seront présentés par un projet et un Message du

---

218 Informations orales fournies à l'auteur par l'Office fédéral de la statistique, sur la base d'un premier dépouillement.

219 FEHLMANN, *op. cit.*, p. 74-75.

220 OFFICE FEDERAL DE LA STATISTIQUE, *op. cit.*, p. 24.

221 *Ibid.*

222 Voir le Chapitre 23, litt. f, ch. iii) à vi) sur certains aspects des institutions collectives au regard de la gestion paritaire et de ses fonctions.

223 Voir le Chapitre 23, litt. f, ch. ii) sur les institutions comunes créées par les partenaires sociaux et la gestion paritaire.

224 Voir aussi les Chapitre 14, litt. c, ch. i), Chapitre 16, litt. i, Chapitre 23, litt. f, sur d'autres aspects liés au développement de ces grandes institutions.

225 Voir le Chapitre 14, litt. b, ch. ii); art. 1 al. 2 LPP.

Conseil fédéral vraisemblablement en 1994. Cette révision abordera sans doute d'autres thèmes tels que l'extension du champ d'application personnel du régime légal pour favoriser la couverture obligatoire des personnes à bas revenus ou travaillant à temps partiel, l'introduction d'une garantie contre l'insolvabilité s'étendant aux prestations des régimes facultatifs, l'égalité entre les hommes et les femmes et une première codification légale spécifique des grandes institutions collectives et communes. Les débats parlementaires sur ces projets permettront de mesurer la portée des velléités d'harmonisation légale accrue des régimes complémentaires.

2. Toujours est-il que le législateur n'a pas pu attendre cette première révision pour réaliser un objectif promis depuis longtemps, à savoir le libre-passage intégral en cas de mobilité professionnelle. Cela l'a amené à élaborer, pour la première fois, une loi spécifique s'appliquant tant au régime légal qu'aux régimes facultatifs. La loi sur le libre-passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LLP) a introduit une première codification légale qui abandonne la distinction classique entre la LPP, d'une part, et le Code civil et le Code des obligations, d'autre part, qui délimitait le droit applicable au régime légal et aux régimes facultatifs[226]. L'effort d'harmonisation légale de la coordination en cas de mobilité professionnelle est une tentative intéressante d'associer l'égalité de traitement entre salariés mobiles et sédentaires à la diversité irréductible des régimes complémentaires. Mais la progression de la codification légale de la loi ne se remarque pas uniquement dans l'harmonisation de nature collective. L'avancée en matière de coordination est accompagnée d'une nouvelle individualisation de la prévoyance par l'accession à la propriété grâce au remboursement à l'assuré de la prestation de sortie plus complète offerte par la LLP[227]. L'association de l'effort collectif accru à une individualisation de la prévoyance illustre la tension naissante entre la prévoyance collective et individuelle, tension qui pourra, le cas échéant, provoquer un déplacement nouveau des frontières au sein même des régimes complémentaires entre l'effort professionnel collectif et l'effort individuel[228].

iii) La tension naissante entre la prévoyance collective et individuelle

1. Le processus de concentration des efforts relevé plus haut n'emprunte pas les chemins de l'Etat-providence classique, car il ne s'exprime pas dans des régimes de prévoyance complémentaire organisés dans des structures étatiques. Aucune limite n'a été mise par contre à la prise en charge de ce processus par la société civile, que ce soit les partenaires sociaux pour les régimes conventionnels, les employeurs pour les régimes contractuels des grandes entreprises ou les prestataires du marché des services financiers privés, notamment les assurances et les banques. Contrairement à leurs

---

226 Voir le Chapitre 17, litt. f, pour la présentation de la LLP.

227 Voir le Chapitre 17, litt. f, ch. xvi) pour la présentation succinte de l'accession à la propriété au moyen de l'avoir de prévoyance.

228 Voir le Chapitre 2, litt. b, ch. v) sur la notion du déplacement de la frontières des efforts dans les régimes de retraite.

attentes, les partisans de la décentralisation et de la diversité se retrouvent donc confrontés aujourd'hui à de grandes administrations centralisatrices, à cette différence près qu'elles relèvent des marchés financiers, des grandes entreprises ou des partenaires sociaux, et non de l'Etat. Le choix de la capitalisation les soumet de façon beaucoup plus immédiate au fonctionnement concret de l'économie marchande. Une telle logique se distingue de la sécurité sociale fondée sur un financement commutatif en répartition ou distributif par la fiscalité car elle apparaît soustraite aux choix et transferts de solidarité fondés sur des décisions de nature politique. Mais il serait hasardeux de considérer les méga-institutions de la prévoyance professionnelle uniquement dans leur dimension financière. Leur fonction sociale les rend nécessairement tributaires des attentes des bénéficiaires. Elles donnent naissance, selon la formule d'Olivier PASTRE, à un capitalisme au service du social[229]. Leur crédibilité dépend en définitive de leur capacité empirique de fournir au meilleur coût les prestations sociales auxquelles les salariés aspirent. Quelle va donc être leur évolution ? On entre ici dans le domaine de la pensée spéculative, mais il n'est pas interdit au juriste, aussi positiviste soit-il, de s'y livrer ne serait-ce que de manière fugace et incertaine.

2. Les grandes entreprises, tout comme les administrations publiques, maintiendront leurs fondations communes mais en les rationalisant, en raison des avantages de coûts qui en découlent[230]. Dans le domaine des petites et moyennes entreprises, et en l'absence de régimes conventionnels, il est probable que les fondations collectives relevant du marché privé de la prévoyance professionnelle vont accentuer leurs efforts pour offrir des solutions spécifiques à chaque entreprise affiliée, en évitant tout mécanisme automatique de solidarité professionnelle ou interprofessionnelle extérieur à l'entreprise concernée, en vertu du principe de la sélection des risques et de l'équivalence des prestations et des contributions. Comme nous l'avons souligné, l'ampleur et la rapidité du savoir décentralisé procuré par la puissance informatique peut aujourd'hui permettre au calcul des risques fondés sur les lois des grandes séries de s'adapter avec une grande flexibilité et un coût abordable aux besoins les plus variés[231]. La tendance à la diversité peut donc s'allier ici à l'unification et à la rationalisation administrative, tout en permettant la mutualisation des risques à une grande échelle. Le maintien de régimes contractuels privés diversifiés en sera probablement favorisé.

L'unification administrative et la centralisation financière n'étant plus le fait de l'Etat-providence, la prévoyance professionnelle et son marché spécifique conquièrent de nouvelles responsabilités. Il leur sera donc difficile de se soustraire à la dynamique des besoins non satisfaits, pas plus que l'Etat-providence n'a été en mesure de le faire, sauf

---

229 PASTRE Olivier: *Les nouveaux piliers de la finance,* 1992.

230 Voir le Chapitre 3, litt. b, ch. v) sur les avantages comparatifs de coûts entre les pensions personnelles offertes par les grandes entreprises du marché privé de la prévoyance professionnelle et les régimes contractuels d'entreprise.

231 Voir le Chapitre 2, litt. c, ch. vi) à ce sujet.

à imaginer de grandes crises économiques accompagnées d'un chômage massif, voire un renversement important des attitudes envers les systèmes de protection sociale. Ces institutions devront donc, d'une manière ou d'une autre, tenter de trouver des réponses aux attentes des assurés, notamment en matière d'harmonisation et de coordination sociales. C'est précisément à l'intersection entre les logiques du marché, d'une part, et les besoins des assurés et les possibilités des entreprises, d'autre part, que peuvent naître de nouvelles formes de négociation et de solidarité sociales non étatiques dans le domaine des régimes complémentaires.

3. Aussi pourrait-on entrevoir la possibilité d'un développement parallèle des régimes conventionnels et des institutions communes fondées sur une solidarité dépassant le cadre de l'entreprise et une affectation intégrale des rendements de la fortune, après déduction des frais, à la prévoyance professionnelle. Ces régimes ne sont pas contradictoires avec une marge de diversité décentralisée et leur développement sur une base professionnelle ou interprofessionnelle permettrait d'instaurer des solidarités qui atténuent le coût de la prévoyance sans impliquer nécessairement une extension de l'intervention étatique protectrice. Ils ne sont d'ailleurs pas nécessairement incompatibles avec l'existence de grandes administrations privées ou publiques. Il est ainsi avéré qu'un régime complémentaire légal - le SERPS - peut s'accommoder en Grande-Bretagne du maintien de régimes complémentaires privés qui se substituent à lui. Rien n'empêche, par exemple, la création d'un régime conventionnel ou d'une institution commune dans le cadre d'une institution collective créée par une compagnie d'assurances privée. La négociation entre partenaires sociaux qui fonde les régimes conventionnels permettrait d'exprimer une certaine autonomie de la société civile permettant de dépasser les limites tant des institutions étatiques que celles du marché privé de la prévoyance. De telles institutions pourraient également contribuer à la réalisation de certaines tâches sociales d'intérêt public par des investissements à des taux raisonnables.

A l'évidence, cet éventuel grain à moudre de la négociation sociale ne pourra être semé que si le terreau des relations entre partenaires sociaux y est favorable; il faudrait également que l'Etat y mette du sien en créant les conditions favorables à sa croissance, notamment en assouplissant les conditions mises à l'extension des conventions collectives pour les régimes complémentaires. Car la logique de solidarité professionnelle ou interprofessionnelle n'a rien d'automatique, et encore moins aujourd'hui. D'ailleurs, les nouvelles technologies permettent une mutualisation des risques sur une base beaucoup plus personnalisée que par le passé; l'uniformité collective n'a probablement plus, de ce fait, l'attrait qu'elle pouvait commander autrefois.

4. Par conséquent, le sens des réalités doit conduire à tracer un autre scénario, celui du transfert de charges vers une responsabilité individuelle accrue des salariés par le mécanisme des pensions personnelles défiscalisées et contractées auprès de grandes

entreprises du marché des services financiers[232]. La conjugaison de l'accession à la propriété grâce à l'avoir de prévoyance individuel et de la prédominance des régimes fondés sur la primauté des contributions signifie un transfert aux assurés du risque des rendements sur la fortune. La distance qui sépare les institutions encore collectives de la prévoyance professionnelle et des pensions personnelles contractées sur le marché de la prévoyance privée n'est dès lors plus aussi grande. Il n'est donc pas déraisonnable d'imaginer qu'à la faveur de mutations socio-économiques fortes, le législateur soit tenté de favoriser la mutation du régime complémentaire légal vers un système de pensions personnelles. Exception faite de la situation particulière des cadres, que deviendra alors l'intérêt de l'entreprise à favoriser un effort de prévoyance collective, surtout si l'individualisation se conjugue avec une complexité accrue de la gestion des régimes complémentaires ? Ne préférera-t-elle pas limiter sa participation financière à l'effort individuel du salarié, dans les limites du régime légal ? Il se posera alors la question, soulevée par Jean-Jacques GOLLIER, de la finalité des régimes complémentaires eu égard au taux de remplacement du revenu antérieur offert globalement par les systèmes de retraite[233].

5. Une réflexion plus générale est donc nécessaire. Car la pression de la rationalisation va s'accentuer sous le choc de la construction européenne, notamment de son marché financier, et de l'introduction du libre-passage en Suisse. Comment, dans ce contexte, la négociation entre les besoins des assurés et les possibilités des entreprises pourra-t-elle s'articuler ? A cet égard, la gestion paritaire des institutions de prévoyance helvétiques a des vertus régulatrices, mais qui sont limitées par l'inégalité relative des parties qui la caractérise et surtout par sa restriction au cadre de l'entreprise, ce qui limite sa capacité de répondre de façon professionnelle aux besoins de rationalisation, de coordination et d'harmonisation. L'absence de mécanismes de négociation sociale intermédiaires devrait logiquement favoriser les dichotomies classiques opposant l'Etat au marché, la logique non marchande à celle du profit, l'effort collectif à la prévoyance individuelle, la sécurité sociale à l'assurance privée. Le régime de base de pensions (AVS) n'ayant pas aujourd'hui l'ambition de satisfaire la majorité des besoins en matière de retraite, notamment en ce qui concerne le maintien du niveau de vie antérieur, par une forte extension de son champ d'application matériel, les régimes complémentaires seront soumis à une pression régulatrice visant l'extension de la sécurité sociale, ou par opposition à une nouvelle relativisation de leur dimension collective qui pourra tenter de s'appuyer sociologiquement sur le désir d'appropriation de l'avoir de prévoyance individuel. Pourtant, la participation directe des acteurs de la société civile à l'élaboration des systèmes de protection sociale complémentaires pourrait favoriser la conjugaison renouvelée entre l'individualisation des droits, la protection collective et la diversité, par une négociation empirique et permanente entre les besoins des assurés et des employeurs, fondée sur les possibilités des entreprises. Le développement des régimes conventionnels avec la possibilité de leur extension par

---

232 Voir le Chapitre 3, litt. b, ch. v) sur le thème des pensions personnelles.

233 Voir le Chapitre 2, litt. b, ch. vi), ainsi que les réflexions sur les pensions personnelles au Chapitre 3, litt. b, ch. v).

une déclaration de force obligatoire facilitée pourrait être, de ce point de vue, une contribution utile à la solution de la crise régulatrice de l'Etat-providence, qui impliquerait fortement les partenaires sociaux dans la gestion et l'adaptation permanente du système des retraites. La rigueur doit toutefois limiter cet optimisme prospectif. Les employeurs helvétiques sont actuellement plus préoccupés par la pression de la concurrence internationale et de la flexibilité de leurs coûts que par l'extension de la négociation collective, d'autant plus que le régime légal LPP occupe un espace important ce qui favorise les solutions de type plutôt contractuel que conventionnel pour la prévoyance facultative. La faiblesse d'implantation des syndicats et leur préférence pour les solutions légales rend également aléatoire leur engagement en faveur d'un élargissement et d'une professionnalisation de la gestion paritaire par le développement des régimes conventionnels. Notre réflexion sur la gestion paritaire dans les régimes complémentaires helvétiques part donc du constat de son inefficacité relative pour créer un espace de négociation suffisant qui renverrait l'intervention étatique à un niveau subsidiaire, comme c'est le cas en France ou aux Pays-Bas grâce au développement des régimes conventionnels. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la participation n'a pas joué en Suisse un rôle majeur dans le développement de la coordination des régimes en cas de mobilité professionnelle, la loi ayant assumé l'essentiel des progrès dans ce domaine.

h) Conclusion

Après ce premier tour d'horizon, la trame de la réflexion consacrée aux tendances de développement des régimes complémentaires peut s'affiner par l'étude détaillée de trois thèmes plus spécifiques au centre des mutations juridiques en cours:

- l'impact du droit communautaire sur la prévoyance professionnelle suisse;
- la tendance à la coordination et le libre-passage;
- la participation dans les régimes complémentaires, notamment le droit à l'information et la gestion paritaire.

CHAPITRE 15

LE DROIT COMMUNAUTAIRE ET L'EVOLUTION DES REGIMES COMPLEMENTAIRES SUISSES

a) Introduction

1. Le 6 décembre 1992 la Suisse a rejeté la ratification de l'Accord sur l'Espace économique européen (ci-après, Traité EEE)[1]. Ce rejet avait été précédé d'un très gros effort d'actualisation du droit helvétique afin de le rendre eurocompatible, suscitant de larges débats[2]. Le Traité EEE aurait signifié, pour la Suisse, la reprise de l'acquis communautaire pertinent.

L'acquis pertinent est constitué par les principes de base de l'Accord[3], soit la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux. A cela s'ajoutent les règles sur la concurrence et le renforcement de la coopération dans les autres domaines, tels que la recherche et le développement, l'environnement, l'éducation et la politique sociale. Les règlements et directives CE qui concrétisent ces principes sont énumérés dans l'Accord ou ses annexes[4]. Sans préjudice futur de l'évolution de la jurisprudence, les dispositions de l'Accord EEE identiques en substance au Traité CE et au Traité CECA sont, pour leur mise en oeuvre ou leur application, interprétées conformément à la jurisprudence pertinente de la Cour de Justice des Communautés européennes antérieure à la signature de l'Accord[5].

2. L'impact du droit communautaire sur la prévoyance professionnelle suisse en est donc resté à un niveau indirect. Il se mesure à l'influence des quatre éléments fondamentaux retenus pour la synthèse du droit communautaire, soit l'harmonisation, la convergence et la coordination sociales, d'une part, et la libéralisation économique, de l'autre. Le droit suisse des régimes complémentaires peut donc être examiné dans la perspective de son eurocompatibilité.

---

1 Voir le Chapitre 5, litt. b, ch. v) pour l'exposé des traits principaux de l'Accord sur l'EEE.

2 Sur le thème général de l'eurocompatibilité, voir GREBER Pierre-Yves: «Sécurité sociale», in: *Le droit suisse et le droit communautaire: convergences et divergences, op. cit.*, p. 617-666; MAHON Pascal: «Les effets du Traité EEE sur le droit des assurances sociales», in: *Aspects de la sécurité sociale*, 3/1992, p. 61-73; SCHNEIDER Jacques-André: «Le droit communautaire et les caisses de pensions suisses», *Questions choisies*, 1992, p. 52; SPIRA Raymond: «La mise en oeuvre du droit social européen: point de vue d'un magistrat», in: *L'Espace social européen*, 1993, p. 217-230.

3 Art. 1 alinéa 2 Accord EEE.

4 Art. 7 Accord EEE.

5 Art. 6 Accord EEE.

A ces quatre critères s'ajoutent trois controverses juridiques soulevées par le droit communautaire et qui découlent de l'harmonisation induite par la notion communautaire de la sécurité sociale, d'une part, et par l'égalité de traitement entre les hommes et femmes, d'autre part. Il s'agit:

- de la nature de sécurité sociale du régime complémentaire légal;
- de la nature salariale des prestations des régimes complémentaires;
- de l'impact du principe de l'égalité de traitement dans le droit des régimes complémentaires suisses.

b) L'harmonisation de la notion de sécurité sociale

1. L'impact sur le régime légal LPP de la coordination communautaire en matière de sécurité sociale a suscité une très forte controverse. Celle-ci impliquait, notamment, la fin du paiement en espèces de la prestation de libre passage en cas de départ définitif de la Suisse d'un travailleur ressortissant d'un Etat signataire de l'Accord sur l'Espace économique européen. Ceci en vertu du principe du maintien des droits acquis ou en cours d'acquisition découlant du Règlement CE 1408[6]. La première objection est venue de nombreux travailleurs étrangers qui se sont élevés contre la suppression du paiement en espèces de la prestation de libre-passage obligatoire en cas de départ du pays vers un état membre de l'EEE. La nécessité d'un compromis quant aux modalités de mise en oeuvre de cette mesure s'est donc affirmée. Mais l'âpreté de l'opposition fut révélatrice. Elle témoigne du fait que, pour cette catégorie de salariés en tout cas, les régimes complémentaires légal et facultatif ne sont pas nécessairement perçus comme une assurance offrant un revenu social de substitution - la rente - lorsque les éventualités de la vieillesse, de l'invalidité ou du décès se réalisent. Ces régimes sont plutôt perçus comme des systèmes d'épargne salariale donnant droit à un capital versé à la fin de la période d'activité en Suisse.

2. Il était donc logique que d'autres objections plus fondamentales aient pris le relais quant à la nature même de la prévoyance professionnelle obligatoire. Ainsi, le fait qu'elle puisse relever de la sécurité sociale a été contesté. La controverse sur la nature de sécurité sociale de la LPP n'était pas en soi nouvelle[7], mais elle n'avait pas une grande portée pratique. Que l'Accord sur l'espace économique européen puisse la trancher définitivement a, en revanche, suscité des inquiétudes d'une double nature.

---

6 Voir ce chapitre, litt. h, *infra* sur la coordination communautaire et son impact.

7 RIEMER: *Das Recht der beruflichen Vorsorge, op. cit.*, p. 26, décrit les principaux arguments en faveur de la nature de sécurité sociale, soit essentiellement l'obligation d'assurance fondée sur la loi.

3. Premièrement, certains ont émis la crainte que la LPP soit soumise à une harmonisation communautaire de la sécurité sociale en matière de retraite, même s'il s'agit actuellement d'une perspective lointaine.

Deuxièmement, on s'interrogea sur les avantages que les institutions de prévoyance suisses pourraient, le cas échéant, retirer de la libéralisation induite par la proposition de Directive concernant la liberté de gestion et d'investissement des fonds collectés par les institutions de retraite. Celle-ci ne s'applique pas, en effet, aux organismes soumis aux règles communautaires de coordination de la sécurité sociale. Par conséquent, les institutions de prévoyance qui se limitent au régime légal n'auraient pu en tirer avantage, vu qu'elles relèvent de la sécurité sociale.

La conséquence essentielle du droit communautaire aurait eu trait à son impact sur les institutions enveloppantes. En effet, la séparation entre les étages obligatoire et facultatif n'est pas étanche, sauf lorsque l'entreprise a procédé à un *splitting* conséquent en créant une institution séparée pour chacun des régimes[8]. Il y a donc de nombreuses institutions enveloppantes, qui ont un plan de prestations supérieur au minimum légal et dans lesquelles la distinction entre les deux étages de prévoyance n'a pas cours. La distinction entre les deux étages de protection aurait eu trois conséquences pour ces institutions:

- l'égalité entre hommes et femmes leur aurait été directement applicable, contrairement aux régimes n'appliquant que le minimum légal;
- ces institutions auraient dû distinguer, pour l'assuré quittant définitivement la Suisse, entre la prestation de libre-passage du régime complémentaire légal, et la prestation d'un régime facultatif, ceci en raison des règles de coordination communautaires;
- enfin, elles auraient contraint de s'interroger sur l'impact de la libéralisation financière communautaire, notamment si celle-ci s'appliquait à la totalité de la fortune ou uniquement sur les fonds correspondant à la prévoyance facultative.

La séparation entre les deux étages de protection au sein d'une même institution de prévoyance, voulue par le droit suisse, n'entrait manifestement pas dans les schémas juridiques communautaires. La pression d'harmonisation aurait été sensible, car il est difficile de gérer des institutions qui obéissent à des règles conçues selon la distinction entre régimes complémentaires légaux, relevant de la sécurité sociale, et régimes complémentaires conventionnels et contractuels, relevant du droit du travail ou du droit privé. La rationalisation administrative aurait poussé à un régime juridique unifié. Le choc juridique avec le droit social et le droit financier communautaire était donc sensible. Mais le conflit a paru difficilement évitable.

4. En effet, l'article 51 du Traité de Rome a prévu que la Communauté adopte dans le domaine de la sécurité sociale des mesures destinées à favoriser la libre circulation. Il

---

[8] Chapitre 14, litt. c, ch. i).

fallait éviter que la sécurité sociale, qui fonctionne dans un cadre cloisonné, ne soit un frein ou un obstacle à la libre circulation. Il ne s'agissait pas d'harmoniser les systèmes, mais uniquement de les coordonner[9]. L'élaboration d'un système autonome de sécurité sociale propre aux travailleurs migrants n'a pas été envisagée, mais il fallait dorénavant que les systèmes nationaux ne fonctionnent plus en vase clos[10].

L'un des premiers de la Communauté, le Règlement (CE) No 3 de 1958 a établi ce système de sécurité sociale favorable aux travailleurs migrants. Son fondement juridique est la libre circulation. S'agissant d'un principe fondamental, ce système a reçu une interprétation extensive dans la jurisprudence communautaire. Le Règlement (CE) 3/58 fut remplacé par le Règlement (CE) 1408 en 1971 et un Règlement d'application 574 en 1972. Ces deux règlements ont permis de définir l'acception communautaire de la notion de sécurité sociale.

5. Le Règlement (CE) 1408/71 s'applique à toutes les législations des Etats membres relatives aux branches de sécurité sociale concernant les prestations de maladie-maternité, d'invalidité, de vieillesse et de survivants, d'accidents de travail et de maladie professionnelle, d'allocations de décès, de chômage et familiales[11]. Il s'applique aux régimes de sécurité sociale généraux et spéciaux, contributifs et non contributifs, ainsi qu'aux régimes relatifs aux obligations de l'employeur concernant les susdites prestations[12]. La Communauté a largement repris ici les critères de définition retenus par la Convention OIT No 102 concernant la norme minimum de la sécurité sociale[13], qui notamment considère l'assurance sociale comme un mode de protection au service de la sécurité sociale[14]. L'assurance sociale a les caractéristiques suivantes[15] :

- Elle protège des catégories de population qui ne sont pas en mesure de faire face seules aux diverses éventualités, notamment celles de la vieillesse, de l'invalidité et du décès.
- Elle repose en principe sur l'affiliation obligatoire, à laquelle une affiliation facultative peut s'ajouter.
- Elle garantit aux assurés, voire à leurs familles, un droit à la protection, possédant une base légale et bénéficiant d'une surveillance de l'Etat.

---

9 Voir le Chapitre 10 sur la coordination communautaire.

10 LYON-CAEN: *Droit social international et européen, op. cit.*, p. 206.

11 Art. 4 alinéa 1 Règlement 1408/71 CE.

12 Art. 4 alinéa 2 Règlement 1408/71 CE.

13 LYON-CAEN, *op. cit.*, p. 208; il convient de relever, toutefois, que la finalité des deux instruments n'est pas la même. Le Règlement (CE) 1408/71 vise uniquement la coordination des régimes de sécurité sociale des Etats membres, tandis que la Convention No 102 (OIT) vise l'harmonisation minimale des systèmes de sécurité sociale des Etats signataires, harmonisation qui inclut une dimension de coordination par l'affirmation du principe de l'égalité de traitement entre ressortissants des Etats signataires.

14 GREBER: *Les principes fondamentaux, op. cit.*, p. 59.

15 *Ibid.*, p. 373.

- Les prestations sont fixées proportionnellement aux gains perdus ou diminués.
- L'institution a une vocation sociale. Il n'y a pas dès lors de but lucratif, et les personnes protégées ne supportent, par leurs cotisations, qu'une part du coût de la protection.
- Chaque branche d'assurance sociale, ou groupe de branches (par exemple la vieillesse, l'invalidité et les survivants), fait l'objet d'une institution autonome, qui n'appartient pas à l'administration de l'Etat, mais se trouve placée sous la surveillance de celui-ci.

7. En vue de déterminer l'étendue réelle de la coordination, les Etats doivent déclarer aux autorités communautaires ces dispositions légales ou réglementaires avec leur date d'entrée en vigueur, ainsi que toutes leurs modifications[16]. Même en l'absence de notification, il a été jugé qu'une loi entrée en vigueur après le Règlement (CE) 3/58 et non notifiée aux autorités communautaires n'en était pas moins couverte par ledit Règlement[17].

Le terme de législation désigne, pour chaque Etat membre, les lois, les règlements, les dispositions statutaires et toutes autres mesures d'application, existants ou futurs, qui concernent les branches et régimes de sécurité sociale[18]. Dans un arrêt VASSEN-GOEBELS[19], la Cour de Justice s'est vu poser la question de savoir si une réglementation relative à l'assurance-maladie des travailleurs de la mine et de leurs survivants, instaurée par un contrat de droit privé et appliquée par une institution de droit privé, était une législation au sens du Règlement (CE) 3/58. Autrement dit, il s'agissait d'un régime qui était régi par des dispositions statutaires. On niait que les statuts d'une caisse-maladie des mineurs puissent constituer une législation au sens du Règlement (CE) 3/58. La Cour a, pour sa part, considéré que ce Règlement tendait également à couvrir des régimes et branches de sécurité sociale, gérés par des institutions autres que les autorités publiques et qui jouissent d'une certaine autonomie. Par conséquent, le Règlement (CE) 3/58 visait tout aussi bien les législations étatiques qui régissent les caisses à caractère plus ou moins public ou gérant un service public que les dispositions statutaires de droit privé qui s'appliquent à des institutions de sécurité sociale dont le caractère privé est prédominant. La Cour ajouta, d'ailleurs, que le Règlement No 3 montre le souci évident de ne pas exclure du bénéfice de ces dispositions les régimes gérés par des organismes non étatiques.

Par ailleurs, dans son premier arrêt DEFRENNE[20], la Cour de Justice a assimilé à la sécurité sociale les prestations fixées directement par la loi à l'exclusion de tout élément de concertation au sein de l'entreprise ou de la branche professionnelle intéressée et obligatoirement applicable à des catégories générales de travailleurs. Cela

16 Art. 5 Règlement (CEE) 1408/71.
17 Arrêt VAN DER VEEN - *RCJE* 1964, p. 1124.
18 Art. 1, litt. j, Règlement (CEE) 1408/71.
19 *RJCE* 1966, p. 378.
20 *RJCE* 1971, p. 445; voir Chapitre 7, litt., b, ch. ii).

illustre la tendance de la Cour d'interpréter largement la notion de régime de sécurité sociale lorsque la libre circulation des travailleurs migrants est en jeu.

8. Il vaut également la peine de souligner que le Règlement (CE) 1408/71 exclut de la notion de législation les dispositions conventionnelles existantes ou futures, qu'elles aient fait ou non l'objet d'une décision des pouvoirs publics les rendant obligatoires ou étendant leur champ d'application[21]. En revanche, ces dispositions sont assimilées à la sécurité sociale lorsqu'elles servent à la mise en oeuvre d'une obligation d'assurance résultant des lois ou règlements relatifs aux branches de sécurité sociale. Autrement dit, le Règlement 1408/71 ne s'applique pas aux systèmes de prévoyance mis sur pied par des conventions collectives, même si celles-ci ont fait l'objet d'une décision d'extension. Le législateur communautaire a voulu ici préserver l'autonomie des partenaires sociaux. Dès l'instant, par contre, où une institution ou des prestations sont nées d'une obligation légale d'assurance dans l'une des branches de sécurité sociale définies par la Convention OIT No 102, la coordination communautaire s'applique.

9. Or, la prévoyance professionnelle obligatoire suisse est manifestement une assurance sociale qui relève de la sécurité sociale au sens de la Convention OIT No 102[22]. Fondée sur la loi, elle couvre plusieurs éventualités classiques de la sécurité sociale en coordination étroite avec le régime de base AVS/AI. Il y a une intégration théorique entre les premier et deuxième étages de la sécurité sociale. Le champ d'application obligatoire de la LPP s'étend aux salariés et il est coordonné avec l'AVS. Le fait que la gestion du régime soit confiée à des institutions autonomes, largement privées et sans but lucratif, est une confirmation - et non une infirmation - de sa nature d'assurance sociale. L'équivalence assez étroite entre les cotisations et les prestations, la couverture obligatoire par l'Institution supplétive en cas de défaut d'adhésion de l'employeur à une institution de prévoyance et l'existence d'un Fonds de garantie pour pallier le risque de perte du droit aux prestations légales en cas d'insolvabilité de l'institution sont autant d'autres éléments constitutifs d'une assurance sociale[23].

10. L'Accord sur l'EEE ne changeait rien à ce constat. Ce traité a repris l'essentiel de l'article 51 du Traité de Rome, et il n'y a donc aucune différence matérielle dans la notion de législation de sécurité sociale. De surcroît, l'article 105 dudit Accord vise l'objectif d'une interprétation aussi uniforme que possible entre ses dispositions et celles de la législation communautaire. A cette fin, le Comité mixte de l'EEE doit agir de manière à préserver l'interprétation homogène du Traité EEE[24]. Diverses dispositions procédurales sont prévues pour garantir l'efficacité de cette action[25].

---

21 Art. 1, litt. j, Règlement 1408/71.

22 GREBER: *Les principes fondamentaux, op. cit.*, p. 387-388.

23 MAHON Pascal: «Les effets du Traité EEE sur le droit des assurances sociales», *op. cit.*, p. 68-70, arrive aux mêmes conclusions.

24 Art. 105 alinéa 2 Traité EEE.

25 Art. 111-113 Traité EEE.

11. Ce constat juridique établi, on ne peut que constater la position inconfortable de la prévoyance professionnelle suisse qui se trouvait - avec le Traité EEE - à cheval entre la sécurité sociale et les régimes complémentaires privés. Cela la soumettait à des pressions contradictoires de la part du droit communautaire. La situation se compliqua à souhait lorsqu'il fallut examiner les rapports entre les régimes complémentaires helvétiques et le principe de l'égalité des rémunérations entre hommes et femmes consacré par l'article 119 du Traité de Rome, qui soulève la question fondamentale de la nature salariale de la prévoyance professionnelle, en tout cas pour sa composante facultative.

c) L'harmonisation due à l'égalité entre hommes et femmes[26]

1. Après ce premier choc de nature plus théorique et générale, la question de l'égalité entre les hommes et femmes a soulevé des problèmes plus spécifiques. Quatre aspects du droit communautaire posaient des problèmes d'eurocompatibilité pour le système de prévoyance professionnelle suisse:

i) l'inégalité de l'âge de la retraite, fixée à 65 ans pour les hommes et à 62 ans pour les femmes[27];

ii) l'inégalité en matière de rentes de veuf et de veuve, aucune rente n'étant prévue pour les veufs dans la prévoyance obligatoire[28];

iii) le paiement en espèces de la prestation de libre-passage à la femme mariée, prévue tant dans la prévoyance obligatoire[29] que facultative[30];

iv) la déduction de coordination[31] dans la mesure où elle entraînerait une discrimination envers les femmes travaillant à temps partiel.

2. Le Traité EEE n'aurait entraîné aucune modification législative relative à l'âge de la retraite. Or, l'*acquis communautaire* comprend la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes. Les institutions de prévoyance suisses sont interpellées par les considérants de l'arrêt BARBER[32], tels qu'ils ont été ratifiés par le Traité de Maastricht sur l'Union Européenne[33]. Certes, les négociateurs helvétiques et communautaires du Traité ont considéré que tel n'était pas le cas pour la prévoyance professionnelle obligatoire, estimant qu'il s'agit d'un régime de sécurité sociale, non soumis à l'exigence de l'égalité des rémunérations au sens de l'article 119 du Traité

---

26 Voir le Chapitre 7 pour l'exposé du droit communautaire.
27 Art. 13 alinéa 2 LPP.
28 Art. 19 LPP.
29 Art. 30 alinéa 2 litt. c LPP.
30 Art. 331c alinéa 4 litt. b chiffre 3 CO.
31 Art. 2 alinéa 1 et 7 LPP.
32 *Ibid.*
33 Voir Chapitre 7, litt. b, ch. viii), sur le Traité de Maastricht et l'égalité des rémunérations.

CE[34]. Par contre, la prévoyance professionnelle facultative aurait été directement concernée.

L'exigence de l'égalité de l'âge de la retraite aurait en effet été applicable à la prévoyance professionnelle facultative, qui ne relève pas de la sécurité sociale au sens des considérants du premier arrêt DEFRENNE[35], car il ne s'agit pas d'un système de retraite qui met les salariés au bénéfice d'un régime dont le financement et les contributions des travailleurs, des employeurs et de l'Etat sont déterminés moins par les relations de travail que par les considérations de politique sociale. Une institution de prévoyance accordant des prestations supérieures au minimum légal aurait donc été tenue, en vertu du droit communautaire, d'assurer un âge égal de la retraite, contrairement à l'institution appliquant le minimum légal. Une décision judiciaire mettant en oeuvre le droit communautaire aurait pu imposer la fin de l'inégalité en octroyant au travailleur discriminé les conditions plus favorables accordées à l'autre. Dans son Message relatif à l'approbation de l'accord sur l'Espace économique européen, le Conseil fédéral a indiqué d'ailleurs que les institutions de prévoyance ne devaient plus comporter *"dans leurs règlements concernant l'assurance extraordinaire des discriminations fondées sur le sexe. Cela découle de la jurisprudence de la Cour européenne de Justice, suivant laquelle les paiements de l'employeur au travailleur fondés sur un rapport de travail sont régis par la prescription générale de l'égalité de rémunération figurant à l'article 119 du Traité de Rome"*[36].

3. Un problème analogue surgit pour la rente de veuf. Aucune modification législative n'avait été prévue pour le régime obligatoire. Par contre, la prévoyance professionnelle facultative suisse, en étant soumise à l'égalité des rémunérations découlant de l'article 119 du Traité CE, aurait pu rencontrer un problème d'eurocompatibilité. Les considérants de l'arrêt NEWSTEAD[37] sont assez clairs sur ce point. En Suisse, le risque de décès est couvert par des contributions tant de l'employeur que du salarié[38]. Dès lors que, pour les mêmes contributions, seule la rente de veuve est prévue[39], ou qu'une rente de veuf est accordée à des conditions plus restrictives, il aurait pu être admis qu'il s'agissait d'une inégalité de rémunération brute, au sens de l'article 119 du Traité CE[40].

4. Le paiement en espèces de la prestation de libre-passage à la femme mariée aurait disparu dans le cadre de la révision législative provoquée par le Traité sur l'EEE. Dans

---

34 Voir Chapitre 7, litt. b, ch. i), sur l'article 119 du Traité CE.

35 Voir Chapitre 7, litt. b, ch. i), sur l'arrêt DEFRENNE.

36 *Message du Conseil fédéral relatif à l'approbation de l'accord sur l'Espace économique européen,* du 18 mai 1992, p. 418.

37 Voir Chapitre 7, litt. b, ch. v).

38 Art. 66 LPP.

39 Art. 19 LPP.

40 Cela d'autant plus que la part des contributions relevant de la couverture du risque de décès n'est pas ajoutée à l'avoir de vieillesse constitutif de la prestation de libre-passage (art. 15 et 28 LPP).

la prévoyance obligatoire[41], il s'agit d'une modalité contraire à la Directive CE 79/7 sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale[42], tandis que dans la prévoyance facultative[43], un tel paiement est contraire à la Directive CE 86/378 sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale[44]. Ces directives faisaient partie de *l'acquis communautaire*[45].

5. La déduction de coordination prévue par la LPP[46] soustrait la part du salaire AVS inférieure au montant de 22'560 francs de l'assurance obligatoire. Elle aurait dû également être revue en vertu des principes communautaires applicables aux discriminations indirectes envers les femmes, notamment en ce qui concerne le travail à temps partiel[47]. Par son caractère absolu, la déduction est susceptible d'introduire une discrimination entre les sexes. Le sens d'une telle modification aurait été d'assurer la proportionnalité de la couverture en cas de travail à temps partiel, par comparaison avec le travail à temps plein.

6. En conclusion, l'impact d'harmonisation du droit communautaire aurait eu trait:

a) au caractère trop absolu de la coordination avec le régime de base AVS par la déduction sur le salaire assuré par la prévoyance professionnelle obligatoire et facultative, susceptible de créer une discrimination indirecte envers les femmes travaillant à temps partiel;

b) au paiement en espèces de la prestation de libre-passage à la femme mariée ou sur le point de l'être dans la prévoyance obligatoire et facultative;

c) à l'absence de rente de veuf dans la prévoyance facultative;

d) à l'égalisation de l'âge de la retraite dans la prévoyance facultative.

Il ne fait pas de doute que ce dernier postulat était le plus épineux. Or, le droit communautaire n'indique pas de quelle manière l'égalité doit être réalisée et ne détermine pas quel doit être l'âge effectif de la retraite[48]. Les institutions de prévoyance helvétiques auraient disposé de diverses issues pour prévenir une plainte d'un assuré masculin s'estimant victime d'une discrimination:

- supprimer la référence à un âge de la retraite déterminé en le remplaçant par une durée d'affiliation maximale ouvrant le droit à la prestation de retraite complète qui soit identique pour les hommes et les femmes;

---

41 Art. 30 alinéa 2 litt. b LPP.
42 Voir le Chapitre 7, litt. c.
43 Art. 331c alinéa 4 litt. b chiffre 3 CO.
44 Voir le Chapitre 7, litt. d.
45 Art. 69 et 70 Accord EEE.
46 Art. 2 et 7 LPP.
47 Voir le Chapitre 7, litt. c, ch. ii).
48 Voir le Chapitre 7, litt. b, ch. vi).

- prévoir un âge de la retraite identique pour les hommes et les femmes, soit en diminuant l'âge de la retraite des hommes au niveau de celui des femmes, soit en instaurant un âge moyen de la retraite égal pour les sexes, soit en élevant l'âge de la retraite pour les femmes à celui pour les hommes.

d) La nature salariale des régimes complémentaires: une harmonisation souhaitable ?

i) L'égalité de traitement entre hommes et femmes et la jurisprudence sur la nature salariale des régimes complémentaires

1. Un autre aspect de l'eurocompatibilité lié à l'égalité entre les hommes et les femmes, mais de nature plus théorique, a été soulevé par la comparaison de la jurisprudence du Tribunal fédéral avec celle de la Cour de Justice des Communautés européennes en matière d'égalité entre les sexes, qui fait apparaître une divergence majeure portant sur la nature salariale ou de rente des régimes complémentaires qui ne relèvent pas de la sécurité sociale.

2. L'article 4 alinéa 1 de la Constitution fédérale dispose *"Tous les Suisses sont égaux devant la loi. Il n'y a en Suisse ni sujets, ni privilèges de lieu, de naissance, de personnes ou de familles"*. Le Tribunal fédéral a admis que le droit à l'égalité salariale entre hommes et femmes pour un travail de valeur égale découlait de cette disposition mais uniquement dans les rapports de travail de droit public[49]. Inapplicable aux rapports de travail de droit privé, l'article 4 Cst. féd. a dû être complété.

Par votation populaire du 14 juin 1981, l'article 4 alinéa 2 Cst. féd. a été adopté avec la teneur suivante: *"L'homme et la femme sont égaux en droits. La loi pourvoit à l'égalité, en particulier dans les domaines de la famille, de l'instruction et du travail. Les hommes et les femmes ont droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale"*. Les deux premières phrases de cette disposition s'adressent en premier lieu aux législateurs ainsi qu'à toute autorité compétente pour édicter des dispositions au niveau fédéral. Elle enjoint à ceux-ci d'éliminer les règles qui contiennent des inégalités fondées sur le sexe. Il n'appartient pas, en principe, aux tribunaux de modifier une norme discriminatoire pour la rendre conforme à la Constitution[50], cette tâche revenant à l'autorité politique. Un tribunal se bornera, en règle générale, à constater l'inconstitutionnalité, sauf si celle-ci découle d'une loi fédérale[51], dans les rapports de travail de droit public.

---

49 ATF 105 Ia 105 ss; 103 Ia 517 ss.
50 ATF 116 V 213.
51 Art. 113 alinéa 3 Cst. féd.

Par contre, la troisième phrase qui vise l'égalité salariale est d'application directe. Le droit à l'égalité salariale est une prétention individuelle directement applicable aux rapports de travail, qu'ils relèvent du droit public ou du droit privé. Immédiatement exigible, ce droit ne nécessite pas une concrétisation législative[52]. Si les prétentions envers une institution de prévoyance devaient relever de la rémunération, à l'instar de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes, le principe de l'égalité salariale serait d'application directe.

3. Dans sa jurisprudence antérieure à l'introduction de l'article 4 alinéa 2 Cst. féd., le Tribunal fédéral avait admis le caractère salarial des contributions à une caisse de pensions, estimant que le droit à une pension acquise à la conclusion ou pendant le contrat de travail ne constitue rien d'autre, en règle générale, qu'une partie de la rémunération promise par l'employeur en contrepartie des efforts du travailleur, versée après la fin du droit au salaire, mais dont il est tenu compte, d'une manière ou d'une autre, pour fixer le montant du salaire[53]. Le maintien de cette jurisprudence aurait signifié que le Tribunal fédéral aurait non seulement pu déclarer nulles les normes discriminatoires ne relevant pas d'une loi fédérale, mais également accorder aux victimes de la discrimination l'application des conditions plus avantageuses offertes à l'autre sexe.

4. La jurisprudence des autorités administratives de la Confédération est partie de la même conception: les contributions versées par l'employeur à une institution de prévoyance font partie intégrante de la rémunération du travailleur, qui est la contrepartie du travail fourni, si bien que le travailleur y a droit sous la forme d'un salaire différé[54]. La décision citée ajoute que la créance existe aussi lorsque, en vertu d'un accord, seul l'employeur était tenu de verser des contributions à l'institution de prévoyance. Dès lors, même si le travailleur n'a pas, de son côté, participé à la formation du capital, il a tout de même une créance envers le fonds de prévoyance. Au surplus, à la fin du contrat, l'institution de prévoyance est tenue, dans certaines occasions, de s'acquitter de son obligation correspondant à la créance du travailleur par un versement en espèces[55]. Dans ce cas, le travailleur dispose manifestement de fonds qui peuvent comprendre non seulement ses cotisations, mais aussi tout ou partie des cotisations de son employeur[56].

5. Toutefois, le Tribunal fédéral a changé d'opinion. Selon sa jurisprudence actuelle applicable aux prétentions envers des institutions de prévoyance: *"la notion de salaire se distingue nettement de celle de rente et peut être définie comme toute prestation*

---

52 ATF 117 Ia 265; 118 Ia 37.

53 ATF 73 II 226; voir aussi ATF 51 II 472-473, 53 III 169, *JAAC* 44, 1980, No 15, p. 55 ss.

54 *JAAC* 44, 1980, No 15, p. 55 ss. Il s'agissait dans ce cas de déterminer si une prestation de libre-passage, alimentée en partie par des contributions de l'ancien employeur, pouvait être utilisée, en sus de la somme d'achat due par le travailleur dans la nouvelle institution de prévoyance, par le nouvel employeur pour remplir ses propres obligations envers l'institution de prévoyance.

55 Art. 331c alinéa 4 CO.

56 *JAAC* 44, 1980, No 15, p. 55 ss.

accordée par l'employeur en contrepartie du travail fourni par le travailleur [...]. La rente, en revanche, n'est point la compensation directe d'un travail, mais le revenu périodique alimenté tant par les cotisations versées par le travailleur dès son affiliation à la Caisse de retraite que par celles parallèles de l'employeur. Ainsi, l'importance de la rente est en général en étroite relation avec le montant des cotisations versées et la durée de celles-ci."[57] On retiendra que le pivot du raisonnement du Tribunal fédéral est fondé sur la nature de rente des prestations. Autrement dit, celles-ci ne sont pas un salaire, mais un revenu de substitution fourni grâce à la mise en viager du capital de prévoyance accumulé durant la vie active.

On ne peut manquer de remarquer la contradiction avec la jurisprudence européenne. Il faut dire que cette dernière s'est surtout préoccupée de régimes complémentaires institués par des entreprises privées, tandis que le Tribunal fédéral s'est penché exclusivement sur des caisses de pensions publiques.

6. Les décisions du Tribunal fédéral ont porté pour une large part sur l'âge de la retraite dans les caisses de pensions publiques. Les hommes, à l'instar de M. BARBER[58], se sont en effet empressés de revendiquer l'égalité dans ce domaine.

Dans son arrêt HENGGELER[59] de 1980, le Tribunal n'a pas voulu se prononcer sur l'inégalité de l'âge de la retraite (65 ans pour les hommes et 62 ans pour les femmes) consacrée par les statuts de la Caisse fédérale d'assurance, considérant que la connexité évidente avec l'article 21 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (AVS), qui fixe l'âge légal de la retraite, rendait impossible le contrôle de sa constitutionnalité. Dans un arrêt ultérieur à propos de la Caisse de pensions du Canton de Neuchâtel[60], il admit toutefois l'inconstitutionnalité d'une telle inégalité, tout en refusant de prévoir une norme de remplacement. Dans son dernier arrêt sur ce sujet concernant la Caisse de pensions du canton de Soleure[61], il a de nouveau constaté l'inconstitutionnalité, tout en refusant d'introduire une norme de remplacement, la levée de l'inégalité pouvant se réaliser de diverses manières. Selon le TFA, il appartient au législateur et non au juge de choisir dans un tel cas la solution la plus adéquate, compte tenu des problèmes de financement que l'égalisation peut impliquer, notamment dans une institution fondée sur la primauté des prestations. En d'autres termes, les tribunaux ne peuvent d'eux-mêmes abaisser l'âge de la retraite. On notera la différence avec l'arrêt BARBER[62].

---

57 ATF 109 Ib 87, 116 V 207.

58 Voir le Chapitre 7, litt. b, ch. vi).

59 ATF 106 Ib 189 ss.

60 *ZBl* 1986, p. 482.

61 Arrêt du Tribunal fédéral des Assurances du 17 décembre 1991, non publié mais résumé dans la revue *Schweizer Personal Vorsorge,* No 2 , 1992, p. 61-63.

62 Voir le Chapitre 7, litt. b, ch. vi).

7. Des principes analogues ont été retenus s'agissant de la durée inégale de la période de cotisation ouvrant le droit à une rente de vieillesse anticipée[63]. La Caisse fédérale d'assurance exigeait une durée de cotisation de 35 ans pour les femmes sans offrir la même possibilité aux hommes. Le Tribunal fédéral a déclaré cette inégalité inconstitutionnelle sans toutefois condamner la caisse à verser une prestation conforme au principe de l'égalité. Diverses possibilités étant ouvertes pour remédier à la disparité, il n'appartient pas au Tribunal, statuant sur l'application de l'article 4 alinéa 2 Cst. féd., de choisir lui-même l'une de ces solutions.

Dans un seul cas concernant la rente de veuf, le Tribunal fédéral des assurances a accepté de modifier lui-même une norme inconstitutionnelle[64]. La Caisse de pensions des enseignants du canton de Saint-Gall accordait une telle rente, mais à des conditions plus restrictives que pour les femmes. Ces conditions furent déclarées inconstitutionnelles, dans la mesure où la loi n'impose qu'une solution minimale susceptible d'être dépassée par la prévoyance facultative. Le règlement de la Caisse ayant déjà adopté le principe de la rente de veuf, la réalisation de l'égalité ne pouvait se réaliser que par une seule voie: l'abandon des conditions plus restrictives pour les veufs. Le Tribunal pouvait donc imposer cette solution.

8. Acceptée par une partie importante de la doctrine antérieure à la LPP[65], la théorie de la nature salariale des régimes complémentaires a été soumise à des objections qui ont trait au caractère de prévoyance des contributions de l'employeur, destinées à assurer des éventualités futures ou, plus anciennement, à la nature non contractuelle des contributions de l'employeur[66]. Hans-Jorg BRÜHWILER nie ainsi le caractère salarial des contributions de l'employeur: la fortune de la prévoyance professionnelle est épargnée en commun par les parties au contrat de travail, raison pour laquelle la gestion paritaire est l'expression de l'idée de communauté, dans laquelle travailleurs et employeur poursuivent le même but, à savoir la prévoyance en faveur du travailleur et de ses proches[67].

ii) Salaire ou rente dans le régime complémentaire légal

1. Le salaire doit être distingué - à notre sens - du revenu social de substitution ou de la rente offerte par le régime complémentaire légal, conformément à sa nature d'assurance sociale. Il faut partir à cet égard de la distinction faite par la Cour de Justice entre les régimes légaux et les régimes conventionnels ou contractuels. Dans le

---

63 ATF 109 Ib 81 ss.

64 ATF 116 V 197 ss.

65 BRÜHWILER Jürg: *Die betriebliche Personalvorsorge in der Schweiz,* 1989, p. 550.

66 *Ibid,* p. 551;HARDMEIER Ulrich: *Rechtsprobleme der paritätischen Personalversicherungseinrichtung,* 1957, p. 46, estime que le caractère salarial des contributions patronales n'est donné que lorsqu'elles sont expressément désignées comme telles dans le contrat de travail, ou dans le contrat d'assurance collective.

67 BRÜHWILER: *Die betriebliche Personalvorsorge, op. cit.*, p. 554.

premier cas, le niveau des prestations est déterminé par la loi et il ne s'agit pas d'une rémunération au sens de l'article 119 du Traité. Dans le deuxième cas, les contributions et les prestations sont issues d'une concertation entre partenaires sociaux ou entre l'employeur et le salarié, et il s'agit - selon le droit communautaire - d'une rémunération.

2. On rejoint ainsi la conception du Tribunal fédéral des assurances considérant que le revenu constitué par la prestation d'une institution de prévoyance est une rente. Il étend toutefois cette conception aux prestations des régimes facultatifs qui ont également, selon lui, une nature de rente qui se distingue du salaire. Dans un système collectif de prévoyance professionnelle fondé sur la capitalisation, les prestations ont une nature viagère, leur versement étant assuré par l'affectation irrévocable des réserves capitalisées. Il n'y a donc, en principe, aucune réversibilité possible du capital au salarié-bénéficiaire[68], raison pour laquelle les prestations ont effectivement une nature de rente.

On notera toutefois que la notion de revenu social de substitution ou de rente est soumise à des exceptions dans le cadre du régime complémentaire légal:

- La première est la possibilité offerte aux bénéficiaires de recevoir des prestations en espèces avant leur terme[69].
- La deuxième tient au fait que les prestations du régime légal peuvent être versées sous la forme d'un capital et non d'une rente. Le bénéficiaire a le droit de toucher une prestation partielle en capital pour acquérir un logement servant à ses propres besoins ou à amortir une hypothèque grevant un logement dont il est propriétaire[70]. Par ailleurs, l'institution de prévoyance peut prévoir de verser une prestation en capital au lieu de la rente, à condition toutefois que l'assuré fasse connaître son intention trois ans avant l'âge de la retraite[71], ou lorsque la rente offerte est inférieure à 10% de la rente minimale de vieillesse AVS[72].
- La troisième sera ouverte par la possibilité de demander le versement d'une partie du capital de prévoyance pour acquérir un logement destiné aux besoins propres de l'assuré.

Or, la progression de la prestation en capital dans les régimes en primauté des contributions tend à transformer le régime complémentaire légal en un système qui associe l'épargne salariale, alimentée par les contributions de l'assuré et de l'employeur, à la prévoyance collective. La tension entre la rente ou le salaire paraît assez évidente.

---

68 Le fait que la reversibilité de la rente à la veuve soit par contre prévue n'enlève rien à la nature viagère de la prestation.

69 Art. 30 LPP.

70 Art. 37 alinéa 1 LPP, étant précisé que la prestation de capital ne doit pas réduire la rente de vieillesse de plus de la moitié.

71 Art. 37 alinéa 3 LPP.

72 Art. 37 alinéa 2 LPP.

3. Objection plus structurelle, on peut se demander si la contradiction entre le capital et la rente ne va pas s'accentuer sous la pression du choc démographique. Une conséquence de ce choc sera de pousser à la recherche de solutions permettant l'octroi d'un revenu social de substitution sur des périodes toujours plus longues. Or, les régimes complémentaires sont appelés à fournir un tel revenu. Si celui-ci fait défaut ou est insuffisant, la pression des besoins appellera inévitablement soit l'intervention de l'assistance publique, soit celle du régime de pensions AVS, par une élévation générale de ses prestations ou par l'octroi de prestations légales complémentaires alliées à une condition de ressources et financées par la solidarité nationale au travers de l'impôt. Que se passera-t-il pour la personne âgée dans le besoin qui a intégralement perçu les prestations des régimes complémentaires sous forme d'un capital qu'elle a dépensé pour ses besoins personnels, qu'elle a perdu dans des placements hasardeux, qui a été largement entamé en raison de l'inflation ou, encore, qu'elle a transmis à ses héritiers avant de solliciter l'assistance publique[73] ? Va-t-on lui accorder des prestations légales liées à une condition de ressources, ou va-t-on les lui refuser en la renvoyant à l'assistance publique ? Car l'imprévoyance individuelle due à la prestation en capital pourra coûter cher au contribuable[74].

4. En effet, sur le plan fiscal, les contributions de l'employeur sont déductibles comme une charge salariale, tandis que les contributions des salariés ne sont pas imposables. A teneur de l'article 34^{quater} alinéa 5 Cst. féd., les cantons peuvent être tenus d'accorder des allégements fiscaux en ce qui concerne les cotisations de l'employeur[75]. Le législateur fédéral a fait usage de cette compétence en stipulant[76] que les contributions de l'employeur sont considérées comme des charges d'exploitation en matière d'impôts directs perçus par la Confédération, les cantons et les communes. L'exonération fiscale

---

73 Cette dernière hypothèse n'est pas invraisemblable; de plus en plus de retraités atteignent le "4e âge" nécessitant des soins médicaux et une prise en charge de la vie quotidienne intenses, et donc coûteux. Afin d'éviter que l'ensemble de l'épargne de la personne retraitée soit dépensé pour ces frais, les héritiers ont une tendance naturelle à demander le transfert, au nom de la "défense de l'héritage", de cette épargne, qui peut se concrétiser sous la forme d'un logement en propriété. Les frais du 4e âge restent alors à la charge de la société dans son ensemble. La prestation en capital n'a donc pas uniquement pour effet de privatiser la prise en charge de la retraite; elle stimule également l'égoïsme accapareur des familles au détriment des ressources de l'Etat, et donc des contribuables.

74 Les premiers exemples de ce genre de réaction se font jour. Devant affronter une situation budgétaire difficile et un fort accroissement de ses dépenses pour les personnes âgées dans le besoin ou dépendantes, le Canton de Genève a modifié au 1er janvier 1993 sa loi sur les prestations cantonales complémentaires à l'assurance-vieillesse et survivants et à l'assurance-invalidité. Dorénavant, et en vertu de l'article 2 al. 4 de la loi, les personnes qui ont choisi au moment de la retraite un capital de prévoyance professionnelle en lieu et place d'une rente et qui l'ont consacré à un autre but que celui de la prévoyance ne peuvent bénéficier des prestations cantonales complémentaires.

75 Selon le «Message du Conseil fédéral du 10 novembre 1971 à l'appui d'un projet portant revision de la Constitution fédérale dans le domaine de la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité», les mesures fiscales ont été conçues "*comme le complément indispensable d'un régime de prévoyance professionnelle obligatoire*" (Message, *op. cit.*, *Feuille fédérale*, 1971 II/2, p. 1636).

76 Art. 81 LPP.

est la contrepartie de l'affectation durable et exclusive des revenus et de la fortune de la prévoyance professionnelle à ses buts premiers de prévoyance[77].

Or, le contribuable aura financé, par les exonérations fiscales accordées aux régimes complémentaires, un capital qui peut être détourné volontairement, par malheur ou par hasard de sa finalité sociale. Il devra néanmoins contribuer à nouveau pour financer les prestations légales ou d'assistance dues aux personnes âgées dans le besoin. Il n'est pas dit que la population active soit tolérante envers un tel prélèvement de solidarité dû à l'imprévoyance ou à l'insécurité individuelle. Il n'est donc pas exclu qu'il s'interroge, voire s'oppose au financement de régimes complémentaires par le biais de l'exonération fiscale si ceux-ci s'avèrent socialement inefficaces.

5. La difficulté est donc assez évidente. La tendance à l'individualisation de la prestation de retraite dans un régime en primauté des contributions débouche sur un capital de prévoyance qui a potentiellement un caractère d'épargne salariale[78] s'opposant à la rente ou revenu social de substitution, soit un revenu monétaire constant à nature viagère fourni sur une base collective par une institution de prévoyance. Ces difficultés ne sont pas uniquement de nature conceptuelle. Elles reflètent la mutation des frontières entre les trois étages de protection[79]. Le déplacement du collectif vers l'individuel constaté peut entraîner une remise en cause de la nature de rente des prestations des régimes complémentaires.

iii) Salaire ou rente dans les régimes complémentaires facultatifs.

1. Ce conflit entre la rente ou la rémunération est évident pour la prévoyance facultative. A teneur de la jurisprudence de la Cour de Justice, il s'agit là d'une rémunération, au sens de l'article 119 du Traité CE, car les prestations facultatives sont issues d'une concertation dans les relations de travail. La Cour part des mêmes prémisses que le Tribunal fédéral dans sa jurisprudence ancienne. Il est toutefois évident que la volonté de la Cour de Justice est de donner une application la plus large possible au principe de l'égalité entre les sexes, et tout particulièrement en ce qui concerne l'égalité salariale. Sa jurisprudence peut s'appuyer sur le texte de l'article 119 du Traité CE qui vise l'égalité entre les sexes non seulement pour le salaire, mais également pour les avantages payés directement ou indirectement par l'employeur[80]. En décrétant la nature salariale des prestations d'un régime complémentaire facultatif, la Cour de Justice s'est facilité la tâche dans la lutte contre les discriminations.

2. Toutefois, et en l'absence d'application directe du droit communautaire, la nature salariale des prestations à un régime complémentaire facultatif suisse est plus que discutable. L'étage facultatif est constitué par une promesse de prestations de

---

77 RIVIER Jean-Marc: *Droit fiscal suisse. L'imposition du revenu et de la fortune,* 1980, p. 86.
78 Voir le Chapitre 14, litt g.
79 Voir Chapitre 2, litt. b, ch. v).
80 Voir le Chapitre 7, litt. b, ch. i).

prévoyance fondée sur une convention de prévoyance de droit privé qui est liée au contrat de travail[81]. A ce titre, on pourrait imaginer qu'il relève plutôt du droit du travail, en partant de l'idée que la prévoyance constitue un salaire indirect ou un avantage social lié au contrat de travail. Cela ne manquerait pas toutefois de soulever quelques difficultés juridiques pour justifier l'application du principe de l'égalité de traitement. Car, à la différence d'autres droits nationaux notamment allemand, le droit du travail suisse ne reconnaît pas le principe de l'égalité de traitement en matière de conditions de travail[82], exception faite bien entendu de l'égalité salariale entre hommes et femmes[83]. Selon l'expression consacrée, l'article 4 de la Constitution fédérale n'a pas d'effet horizontal dans les rapports de droit privé. Une telle approche ne permet donc pas de trouver une issue qui permette de fonder l'application du principe de l'égalité de traitement à la prévoyance facultative.

3. D'autres objections permettent de nier la nature salariale des prestations des régimes complémentaires, en droit suisse. Si l'employeur est bien titulaire de l'obligation de verser une contribution pour le compte du travailleur à une institution de prévoyance et d'y transférer les contributions du travailleur, l'obligation de verser les prestations revient par contre à l'institution de prévoyance, lorsque les éventualités prévues par le régime se réalisent. Il y a en effet une distinction forte entre la convention de prévoyance qui lie le salarié-bénéficiaire à l'institution de prévoyance, et le contrat de travail qui le lie à l'employeur[84]. Par ailleurs, en cas de décès, le versement profitera à d'autres bénéficiaires que le salarié. Les prestations en cas d'invalidité bénéficieront de la mutualisation des risques au sein de la communauté réunie dans le régime. Les prestations de retraite, lorsqu'elles sont versées sous la forme d'une rente, ont un caractère viager ce qui exclut la réversibilité du capital de prévoyance à l'assuré.

4. De manière plus générale, la progression de la tendance à la coordination visant au maintien des droits acquis ou en cours d'acquisition[85] entraîne une mutation plus fondamentale. La protection accrue contre le risque de l'entreprise, par la séparation des patrimoines et la réassurance des prestations de prévoyance, le développement de la participation comme instrument de prévention et de protection[86] créent une séparation entre le rapport de travail et le rapport de prévoyance. Car le but de la

---

81 Les rapports de prévoyance des agents publics font ici exception, car l'article 4 Cst. féd. leur est évidemment applicable d'office.

82 Daniel MEYER: *Der Gleichbehandlungsgrundsatz im schweizerischen Arbeitsrecht,* 1976, est l'un des rares auteurs à défendre la thèse contraire.

83 On peut ajouter une autre exception, soit l'égalité de traitement entre travailleurs suisses et étrangers qui découle de l'application de la législation sur le séjour et l'établissement des étrangers. L'article 9 alinéa 1 de l'Ordonnance limitant le nombre des étrangers, du 6 octobre 1989, dispose que les autorisations de travail ne peuvent être délivrées que si l'employeur accorde à l'étranger les mêmes conditions qu'il accorde aux Suisses en matière de rémunération et de conditions de travail en usage dans la localité et la profession.

84 Voir le Chapitre 14, litt. d, ch. ii).

85 Voir les Chapitres 3, 16 et 17.

86 Voir le Chapitre 4, litt. c, ch. iii).

coordination est d'assurer que les prestations de prévoyance promises peuvent être versées après la fin du rapport de travail qui a permis leur naissance. La coordination tend à transformer le droit aux prestations en une institution juridique indépendante du salaire.

5. On rétorquera que l'article 119 du Traité de Rome qualifie de rémunération l'ensemble des prestations découlant de l'appartenance à l'entreprise, qu'il s'agisse d'avantages directs ou indirects. Par ailleurs, la nature facultative des prestations des régimes complémentaires les rapproche de la politique salariale de l'employeur. Mais il y a une différence majeure entre le salaire et la prestation d'un régime complémentaire fondé sur la capitalisation qui a trait à leurs financements respectifs. Le premier est toujours payé par les revenus courants de l'entreprise, tandis que la deuxième est en règle générale le résultat d'un préfinancement qui peut s'étendre sur des décennies[87]. Si la prestation du régime est améliorée, tout son financement est affecté non seulement pour l'avenir mais également pour le passé, ce qui ne sera pas le cas et dans la même mesure pour le salaire. A l'évidence, les concepts juridiques dégagés par la Cour de Justice des Communautés européennes ne sont pas d'une logique résistant à toute épreuve. Preuve en est d'ailleurs que le Traité sur l'Union européenne considère, dans son Protocole sur l'article 119 du Traité instituant l'Union européenne, que les prestations en vertu d'un régime professionnel de sécurité sociale ne seront pas considérées comme rémunération si et dans la mesure où elles peuvent être attribuées aux périodes d'emploi antérieures au 17 mai 1990, date de l'arrêt BARBER. Par décision politique, il est décrété qu'avant cette date on ne saurait parler de rémunération, mais qu'après cela est possible. Il n'y a pas de fondement juridique sérieux à une telle approche, même si le choix politique est compréhensible. Il s'agit manifestement d'une astuce pour éviter la rétroactivité de l'arrêt BARBER dans d'autres cas tout en respectant la séparation des pouvoirs, c'est-à-dire la jurisprudence de la Cour de Justice.

6. La jurisprudence du Tribunal fédéral qualifiant de rente, à notre sens de revenu social de substitution, les prestations des régimes complémentaires facultatifs peut donc être approuvée, en tenant compte des réserves exprimées plus haut[88]. Cela signifie-t-il, pour autant, que l'égalité entre les sexes ne trouvera aucune application dans les régimes complémentaires de retraite ? Tel n'est pas nécessairement le cas, comme on le verra au paragraphe suivant.

---

87 Sauf évidemment si l'employeur ou l'institution paie les prestations promises avec ses revenus courants, ce qui devient de plus en plus rare dans les régimes fondés sur la capitalisation ou la constitution de réserves, notamment en raison de l'influence de la tendance à la coordination.

88 Voir le Chapitre 15, litt.d, ch. ii).

e) La notion spécifique de l'égalité de traitement en droit suisse

1. L'article 4 de la Constitution fédérale consacre le principe général de l'égalité de traitement. Or, le Tribunal fédéral en a étendu l'application à l'ensemble des régimes complémentaires. Véritable paradigme du droit social et public, le principe de l'égalité de traitement a trouvé des cheminements pragmatiques pour s'insinuer dans tout le champ couvert par la prévoyance professionnelle. L'harmonisation dans ce domaine peut ainsi emprunter une autre voie que celle tracée par l'article 119 du Traité CE.

L'égalité de traitement dans la sécurité sociale est certes un sujet complexe[89]. Il l'est d'autant plus que la prévoyance professionnelle est séparée en deux étages obligatoire et facultatif dont les régimes juridiques ne sont pas unifiés. Or, il ne fait pas de doute que le premier étage instauré par la loi sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité relève de la sécurité sociale[90], même si certains le contestent encore. La prévoyance obligatoire étant une assurance sociale, il n'y a pas d'obstacle juridique à ce que le principe de l'égalité de traitement lui soit appliqué[91].

2. Que dire alors de l'étage facultatif ? Il est admis en majorité que celui-ci ne relève pas de la sécurité sociale[92], quoique l'avis ne soit pas nécessairement partagé[93]. Ainsi, le Tribunal fédéral des assurances a déjà eu l'occasion de lui appliquer le principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes consacré par l'article 4 alinéa 2 de la Constitution fédérale[94]. Mais il s'agissait en l'occurrence d'institutions de prévoyance de droit public créées par des collectivités publiques cantonales et qui étaient donc tenues d'office au respect de l'article 4 de la Constitution fédérale. On pourrait donc penser que le raisonnement ne peut s'appliquer à une convention de prévoyance issue du droit privé.

Tel n'est pourtant pas le cas. Lorsque l'autorité de surveillance compétente examine la conformité au droit du règlement d'une institution de prévoyance enregistrée ou non enregistrée, elle doit d'office examiner si le principe de l'égalité de traitement est respecté[95]. En cas de liquidation partielle ou totale d'une institution de prévoyance, y compris les fondations patronales ou de bienfaisance, le principe de l'égalité de

---

89 Voir à ce sujet la magistrale étude de DUC Jean-Louis/GREBER Pierre-Yves: «La portée de l'article 4 de la Constitution fédérale en droit de la sécurité sociale», *RDS*, 1992, p. 487-655.

90 Voir le Chapitre 16, litt. h.

91 DUC/GREBER, *op. cit.*, p. 532.

92 BRÜHWILER Jürg: *Die betriebliche Personalvorsorge, op. cit.*, p. 587; RIEMER: *Das Recht der beruflichen Vorsorge, op. cit.*, p. 27.

93 GREBER: *Droit suisse de la sécurité sociale, op. cit.*, p. 147-244, assimile les régimes complémentaires obligatoires et facultatifs à la sécurité sociale.

94 ATF 106 Ib 189; 109 Ib 81; 116 V 197.

95 Amt für berufliche Vorsorge des Kantons Zürich: *Handbuch der Personalvorsorge-Aufsicht*, 1991, p. 2/3; HELBLING Carl: *Personalvorsorge und BVG*, 4e édition, 1989, p. 331.

traitement des destinataires doit être respecté[96]. En réalité, les principes de la bonne foi, de l'interdiction de l'arbitraire et de l'égalité de traitement s'appliquent à la prévoyance facultative de manière générale[97].

Le Tribunal fédéral a adopté cette approche de manière conséquente. Il a admis que l'autorité de surveillance doit vérifier sans autre si le règlement d'une institution de prévoyance ne porte pas atteinte aux droits constitutionnels du travailleur ou si par ailleurs la Constitution fédérale n'est pas enfreinte[98]. D'ailleurs, l'application du principe de l'égalité de traitement aux institutions de prévoyance est devenue une constante de sa jurisprudence[99], à tel point qu'il n'hésite pas à examiner les prétentions issues de la prévoyance pré-obligatoire, c'est-à-dire avant l'entrée en vigueur de la LPP le 1er janvier 1985, sous cet angle[100].

3. Bien entendu, le Tribunal fédéral fait preuve d'une retenue certaine dans l'admission d'une inégalité de traitement. Mais cela découle d'une retenue plus générale propre au principe lui-même. Selon sa conception actuelle: *"Une décision ou un arrêté viole le principe de l'égalité de traitement lorsqu'il établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à réglementer ou lorsqu'il omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et lorsque ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente. Cela suppose que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante."*[101]

Par ailleurs, si le Tribunal fédéral a admis de soumettre une institution de prévoyance de droit public à l'obligation contenue à l'article 4 alinéa 2 Cst. féd., à savoir que la loi doit pourvoir à l'égalité des droits entre hommes et femmes, il s'est refusé néanmoins à modifier la disposition consacrant une telle inégalité, ceci en vertu de la retenue que le juge doit s'imposer, en raison de ses fonctions[102]. On sent ici sa sensibilité aux difficultés importantes que suscite l'amélioration des prestations; en raison de leur financement dans le temps leur élévation peut entraîner une obligation de financement complémentaire rétroactive. Le Tribunal fédéral n'a par ailleurs pas encore étendu le principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes aux institutions de prévoyance de droit privé. Mais il pourrait être amené à combattre les inégalités entre hommes et femmes en vertu du principe général de l'égalité de traitement. C'est dire que la retenue dont fait preuve le Tribunal fédéral ne doit pas obscurcir le regard envers l'évolution en cours.

---

96 MANHART Thomas: *Die Aufhebung mit Liquidation von Stiftungen, insbesondere von Personalvorsorgestiftungen,* 1986, p. 157.

97 RIEMER: *Das Recht der berufichen Vorsorge, op. cit.*, p. 101.

98 ATF 112 Ia 180, 186-187.

99 ATF 117 V 309ss.

100 Arrêt non publié du TFA du 25 mars 1992, *Prévoyance professionnelle suisse,* 2/1993, p. 50.

101 ATF 118 Ia 2-3.

102 ATF 117 V 318 ss.

4. Le souci de l'égalité de traitement trouve également ses origines dans les exonérations fiscales accordées à la prévoyance professionnelle obligatoire et facultative. L'employeur ne peut en effet s'affilier à une institution de prévoyance que si des mesures de prévoyance sont prévues de manière équivalente pour l'ensemble du personnel[103]. La prévoyance, en droit fiscal genevois, doit être collective: les plans de prévoyance ou d'assurance doivent être établis pour l'ensemble du personnel de l'entreprise ou pour certaines catégories du personnel. Tout le personnel doit avoir l'obligation d'adhérer à l'institution de prévoyance dès que les conditions fixées par le règlement sont remplies, même s'il prévoit des plans de prévoyance ou d'assurance différents selon les catégories du personnel. Sous réserve des exceptions prévues par le règlement, l'affilié ne doit pas avoir la liberté dans le choix de la prestation assurée et ne peut notamment décider lui-même, de cas en cas, du montant des prestations et du mode de financement[104]. L'inégalité de traitement peut donc entraîner une remise en cause de l'exonération fiscale.

5. Le Tribunal fédéral sera sans doute amené à préciser encore l'application du principe de l'égalité de traitement aux régimes complémentaires suisses. L'orientation actuelle de sa jurisprudence lui permet en tout cas de se pencher sur les inégalités entre les sexes dans les régimes complémentaires facultatifs sans devoir en admettre la nature salariale.

f) L'harmonisation et le travail atypique[105]

La Suisse n'échappe pas au développement du travail atypique. Mais il n'y a pas à proprement parler de problème d'eurocompatibilité, aucune directive explicitement applicable aux régimes complémentaires n'ayant été adoptée dans ce domaine en l'état. Tout au plus peut-on souligner les incertitudes liées à l'interprétation de la Directive 91/533 du Conseil relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail[106]. Rappelons que cette directive, contrairement aux projets qui l'avaient précédée, n'impose pas à l'employeur l'obligation explicite de communiquer par écrit au salarié les prestations versées par un régime complémentaire d'entreprise. En revanche, il a l'obligation de lui communiquer le montant de base initial et les autres éléments constitutifs de la rémunération.

Le seul problème que l'on peut se poser est celui de la déduction de coordination[107] qui peut entraîner la non-affiliation à l'assurance obligatoire pour le travail à temps partiel, ou de l'exclusion de l'affiliation en cas de travail d'une durée déterminée inférieure à

---

103 Circulaire No 1 du 30 janvier 1986 de l'Administration fédérale des contributions relative à la loi fédérale adaptant l'AIFD à la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle, ch. II c.

104 Circulaire du 29 janvier 1990 de l'administration fiscale cantonale genevoise.

105 Voir le Chapitre 8 pour la notion de travail atypique.

106 Voir le Chapitre 8, litt. f.

107 Art. 2 et 7 LPP.

trois mois[108]. Dans la mesure où les femmes seraient majoritaires, par rapport aux hommes, à être engagées dans des relations de travail atypiques, il faudrait s'interroger sur les discriminations indirectes qui pourraient résulter d'une absence d'affiliation au régime complémentaire. Pour résoudre la difficulté, il faudrait sans doute envisager de prescrire que le travailleur à temps partiel ou temporaire bénéficie de la même possibilité de couverture par l'institution de prévoyance que le travailleur à temps plein, mais proportionnée à la durée de son engagement. Il en va de même pour les contrats de travail de durée déterminée. Cela entraînerait également la modification de la réglementation actuelle relative à l'activité lucrative au service de plusieurs employeurs[109].

g) La convergence[110]

Le droit communautaire n'a pas ici d'impact direct. Les critères de convergence les plus directement intéressants sont doubles:

- le maintien du niveau de vie
- la perte indue de droits en cas de mobilité professionnelle.

La réforme actuelle sur le libre-passage[111] constitue, à n'en pas douter, un effort significatif en direction de la convergence souhaitée par la Communauté.

h) L'impact du droit communautaire sur le libre-passage: la coordination[112]

1. Seule la prévoyance obligatoire est concernée par les règles de coordination communautaires. Elle est en effet considérée, au titre des Règlements CE 1408/71 et 574/72, comme un régime de sécurité sociale, ce qui a soulevé de fortes controverses[113]. Cela aurait entraîné trois modifications.

2. La première - et la plus controversée - concernait le versement en espèces de la prestation de libre-passage découlant de la prévoyance obligatoire pour les ayant droits qui quittent définitivement la Suisse[114]. Un tel versement est incompatible avec le

---

108 Art. 1 alinéa litt. b OPP2.
109 Art. 46 LPP.
110 Voir le Chapitre 9.
111 Voir le Chapitre 17.
112 Voir le Chapitre 10.
113 Voir ce chapitre, litt. a ci-dessus, sur le thème des régimes complémentaires face à la sécurité sociale.
114 Art. 30 alinéa 2 litt. a LPP. Voir le Chapitre 17, litt. e, ch. v), pour la notion de libre-passage et de versement en espèces.

principe du maintien des droits acquis ou en cours d'acquisition consacré par l'article 10 alinéa 2 du Règlement CE 1408/71 et repris dans l'acquis par l'article 29 de l'Accord EEE. En revanche, un ayant droit qui quittait définitivement le territoire de l'EEE aurait toujours pu obtenir ce versement en espèces. Il avait été prévu d'introduire cette règle avec effet immédiat au 1er janvier 1993, date de l'entrée en vigueur de l'Accord. Devant les protestations vigoureuses des travailleurs ressortissants des Etats membres de l'EEE, qui comptaient sur le paiement en espèces, la Suisse décida que la règle ne s'appliquerait qu'à partir du 1er janvier 1998, date qui marquait la fin de la période transitoire pour la mise en oeuvre de la liberté de circulation des travailleurs[115]. Cette règle ne valait toutefois pas pour la prévoyance facultative[116], qui ne tombe pas dans le champ d'application de la coordination communautaire. La possibilité du paiement en espèces de la prestation de libre-passage offerte dans le cadre de la prévoyance facultative aurait été maintenue sans limitation dans le temps. Cette controverse a fait jaillir le besoin d'appropriation qui est attaché au capital de prévoyance.

3. La deuxième modification portait sur le maintien de la couverture d'assurance pour le salarié qui cesse d'être assujetti à l'assurance obligatoire. L'article 47 LPP dispose que 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. Cette disposition entre en conflit avec l'article 9 alinéa 2 du Règlement CE 1408/71 qui prévoit qu'il faut tenir compte de périodes d'assurance accomplies sous la législation de tout autre Etat membre de l'EEE. Cela signifie, en d'autres termes, qu'il faudra prendre en considération des périodes d'assurance étrangères dans le calcul des 6 mois d'affiliation. Outre les complications administratives que cela suppose, cette disposition créée une manifeste inégalité de traitement entre assurés, si ces derniers n'ont jamais travaillé à l'étranger, alors qu'un assuré étranger ou ayant travaillé à l'étranger en serait dispensé. Pour toutes ces raisons, il y avait lieu de supprimer cette restriction de 6 mois.

4. La troisième modification portait sur la création d'un organisme chargé de la coordination et de la liaison avec les organismes compétents des autres Etats membres tel qu'il est prévu par le Règlement CE 574/72. Cette tâche devait revenir à l'Institution supplétive[117].

5. Le détachement de travailleurs en libre prestation de services n'aurait pas entraîné de problème d'eurocompatibilité, aucune directive n'étant adoptée. Même si cela avait été le cas, une révision législative n'aurait pas été nécessaire. La prévoyance obligatoire ne

---

115 Art. 28 Accord EEE.

116 Art. 331c alinéa 4 litt. b chiffre 3 CO.

117 Message du Conseil fédéral relatif à l'approbation de l'accord sur l'Espace économique européen, *op. cit.*, p. 243.

s'applique en effet qu'aux personnes qui sont aussi assurées à l'AVS[118]. Or, si l'affiliation à l'AVS est obligatoire pour les personnes physiques qui exercent en Suisse une activité lucrative[119], une exemption est prévue pour les personnes qui ne remplissent cette condition que pour une période relativement courte[120]. Il faut entendre par là un détachement en Suisse de personnes rémunérées par un employeur à l'étranger pour une activité lucrative pendant trois mois consécutifs au plus[121]. Il y a toujours, par ailleurs, la possibilité d'accorder une exemption pour cause d'un cumul de charges trop lourdes pour les personnes affiliées à une institution officielle étrangère d'assurance-vieillesse et survivants[122].

6. Enfin, le droit suisse est conforme aux dispositions communautaires en matière de transferts d'entreprise et de faillite de l'employeur. L'obligation légale de transférer toutes les contributions pour la prévoyance professionnelle à une institution juridiquement indépendante de l'employeur[123], l'obligation de ladite institution de créditer les avoirs de vieillesse des cotisations échues[124] et l'existence d'un Fonds de garantie répondent manifestement aux exigences communautaires.

i) La libéralisation de l'assurance-vie[125]

1. Il ne peut être question d'examiner ici les conséquences de la libéralisation communautaire pour le droit suisse des assurances. Nous nous bornerons à quelques remarques partielles relatives à la prévoyance professionnelle. Le point de départ de la réflexion[126] est l'article 67 alinéa 1 LPP qui dispose que les institutions de prévoyance décident si elles assument elles-mêmes la couverture des risques ou si elles chargent une institution d'assurance soumise à la surveillance des assurances ou, aux conditions fixées par le Conseil fédéral, une institution de droit public de les couvrir, en tout ou partie.

L'article 68 alinéa 1 LPP précise les conditions mises par la loi à l'intervention de l'assurance privée en indiquant que les institutions d'assurance qui veulent se charger de la couverture des risques assumés par des institutions de prévoyance enregistrées conformément à la présente loi doivent assortir leurs offres de tarifs qui ne couvrent

---

118 Art. 5 alinéa 1 LPP.
119 Art. 1 litt. b LAVS.
120 Art. 2 litt. c LAVS.
121 Art. 2 alinéa 1 litt. b RAVS.
122 Art. 1 alinéa 2 litt. b LAVS. Dans quelle mesure un régime complémentaire étranger constitue une institution officielle au sens de cette disposition est une question qui devra être examinée de cas en cas.
123 Art. 11 LPP.
124 Art. 15 alinéa 1 et 66 alinéa 2 LPP.
125 Voir le Chapitre 11.
126 Voir SCHOOP Katharina: «Die berufliche Vorsorge in der Schweiz und das Recht der Europäischen Gemeinschaft», *Revue suisse d'assurances,* 1991, p. 275-279.

que les risques de décès et d'invalidité légalement prescrits. Le Conseil fédéral a été chargé d'édicter les prescriptions de détail, ce qu'il n'a pas fait.

2. L'institution de prévoyance professionnelle peut donc conclure une assurance-vie de groupe. La question est de savoir si elle aurait pu le faire avec une entreprise d'assurance-vie étrangère agissant en libre prestation de services en vertu des deuxième et troisième Directives vie. En effet, il n'est pas discutable qu'elle pouvait conclure un tel contrat avec une entreprise d'assurance étrangère établie en Suisse en vertu de la première Directive vie[127]. Il faut partir, à cet égard, du constat que le but de la libéralisation de l'assurance-vie est de créer un grand marché unique entraînant un recul des particularismes juridiques nationaux, sauf lorsque des critères d'intérêt général au sens de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes imposent le contraire[128].

3. En vertu de la deuxième Directive vie, la libre prestation de services passive est acquise pour l'assurance-vie de groupe dès le 1er janvier 1995[129]. Une institution de prévoyance professionnelle aurait-elle pu conclure dès cette date un contrat de groupe avec une entreprise d'assurances étrangère qui n'est pas établie en Suisse? Ou faut-il considérer qu'une telle opération tombe sous le coup de la clause excluant du champ d'application de la directive les opérations dépendant de la vie humaine définies ou prévues par la législation des assurances sociales, lorsqu'elles sont pratiquées ou gérées en conformité avec la législation d'un Etat membre par des entreprises d'assurance et à leur propre risque[130]? A notre sens, la libre prestation de services aurait été acquise, car cette dernière clause ne vise pas l'hypothèse prévue par les articles 67 et 68 LPP. En effet, ce sont les institutions de prévoyance enregistrées au sens de l'article 48 LPP et non les entreprises d'assurances qui assument les opérations découlant de la prévoyance professionnelle obligatoire et donc des assurances sociales[131]. Le contrat de groupe conclu avec une institution de prévoyance enregistrée n'est qu'un moyen à disposition de celle-ci, qu'elle peut éviter en assumant elle-même la couverture des risques. Telle est l'interprétation qui a été retenue également par le Conseil fédéral[132].

4. Le problème serait devenu purement théorique en raison de l'adoption de la troisième Directive vie. La libre prestation de services active est effective pour l'ensemble des opérations couvertes par la première Directive vie, y compris celles relevant des assurances sociales. Les entreprises d'assurances étrangères pourront activement chercher la conclusion de contrats avec des institutions de prévoyance

---

127 Art. 11 alinéa 1 litt. a ou article 1 alinéa 3 de la première Directive vie 79/267, *JOCE* du 13 mars 1979, No L 63/1.

128 Voir le Chapitre 11, litt. d.

129 Voir le Chapitre 11, litt. d, chiffres 5 et 6.

130 Art. 10 alinéa 3 deuxième Directive vie 90/619 en lien avec l'article 1 alinéa 3 première Directive vie 79/267.

131 Dans le même sens SCHOOP, *op. cit.*, p. 277.

132 Message du Conseil fédéral relatif à l'approbation de l'accord sur l'Espace économique européen, *op. cit.*, p. 283.

suisses, le cas échéant aux conditions fixées par le Conseil fédéral en vertu de l'article 67 LPP.

j) La libéralisation des capitaux des fonds de pensions[133]

1. La proposition de directive concernant la liberté de gestion et d'investissement des fonds collectés par les institutions de retraite[134] a connu des retards dans sa promulgation. Elle s'inscrit néanmoins dans le courant de libéralisation des marchés financiers ouvert par la perspective du Marché unique le 1er janvier 1993. Nous pouvons donc examiner les conséquences probables qu'elle aurait, dans sa version actuelle, pour la prévoyance professionnelle suisse dans la mesure où elle lui aurait été applicable. Au préalable, il convient de rappeler que le projet de directive ne s'applique pas aux institutions de retraite relevant de la sécurité sociale au sens du Règlement (CE) 1408/71 et donc au régime complémentaire légal LPP. Mais il est difficilement concevable que le législateur helvétique adopte des normes différentes pour les régimes légal et facultatifs pour se conformer à la directive.

2. La première conséquence - et la plus importante - de la directive aurait trait aux normes de placement de la fortune des institutions de prévoyance, pour autant que la directive soit adoptée sans modifications sensibles sur ce point. Les exigences de sécurité des placements, de rendement raisonnable, de la répartition appropriée des risques et de la couverture des besoins prévisibles de liquidités formulées par l'article 71 LPP correspondent aux principes prudentiels communautaires. Par contre, la mise en oeuvre de ces critères par les articles 49 à 60 de l'Ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 18 avril 1984 (OPP2) aurait dû subir quelques modifications, le critère essentiel étant d'assurer l'égalité de traitement entre actifs suisses et actifs de l'EEE.

L'article 53 OPP2 définit les placements autorisés. Chaque fois qu'un placement n'est autorisé qu'en Suisse ou que des cautèles sont mises pour des placements à l'étranger, il conviendrait d'admettre que la limitation à la Suisse est étendue à l'EEE et que l'étranger est l'aire géographique extérieure aux frontières de l'EEE. Ainsi, les placements seraient autorisés dans les maisons d'habitation ou à usage commercial situées dans l'EEE[135] et dans les sociétés immobilières de l'EEE[136]. De même, le placement sous forme de participations à des sociétés ayant leur siège hors de l'EEE serait admis, lorsque ces titres sont cotés en bourse[137].

---

133 Voir le Chapitre 12.
134 Voir le Chapitre 12, litt. c.
135 Art. 53 litt. c OPP2.
136 Art. 53 litt. d OPP2.
137 Art. 53 litt. e OPP2.

L'article 54 OPP2 fixe les limites de placement. De telles limites ne sont pas en tant que telles contraires au droit communautaire, car elles appliquent les principes prudentiels définis par la directive[138]. Par contre, chaque fois que ces limites indiquent un domicile ou un siège en Suisse, l'indication géographique devrait être remplacée par l'EEE[139]. L'étranger deviendrait la zone extérieure à l'EEE[140]. Une réserve doit être faite pour les règles de congruence des monnaies dans la mesure où les actifs ne sont pas libellés en écus[141].

Il faudrait également adapter les règles de l'article 56 OPP2 sur les placements indirects, soit les parts des fonds de placement et les droits envers les fondations qui servent uniquement à placer la fortune d'institutions de prévoyance. Il est, en effet, prévu de réviser le droit suisse sur les fonds de placement afin de le rendre compatible avec la législation communautaire.

3. La deuxième conséquence aurait trait à la gestion et au dépôt de la fortune. Un gestionnaire et un dépositaire dûment agréés en vertu de la législation communautaire pourront être choisis partout dans l'EEE. Cela est évidemment déjà le cas aujourd'hui, mais des obstacles indirects limitent un tel choix. Le premier de ceux-ci a été l'absence d'une véritable liberté de circulation des capitaux. Si une institution de prévoyance choisissait de déposer sa fortune mobilière à Londres ou au Luxembourg, en raison par exemple des coûts d'intermédiation plus faibles sur ces places financières, elle encourrait le risque que l'Etat étranger prenne des mesures de contrôle des changes ou de blocage des transferts de capitaux. La sécurité ou la liquidité des placements en auraient souffert, ce qui, en cas de dommage, engagerait la responsabilité des personnes ou organes chargés de la gestion de la fortune. Ces risques sont aujourd'hui atténués en raison de la libéralisation financière.

4. La troisième conséquence serait la possibilité d'une gestion des actifs en pool à l'échelle communautaire pour les entreprises transnationales. Les règles de placement suisses et la gestion paritaire de la fortune devraient être respectées pour la part des actifs déposés par l'institution de prévoyance dans ce pool.

5. La quatrième conséquence aurait trait à l'interdiction communautaire adressée aux Etats membres d'imposer les placements dans certaines catégories d'actifs. Le droit suisse n'a pas de règles de ce type en raison de l'autonomie des institutions de prévoyance.

6. Le Conseil fédéral n'a pas attendu, d'ailleurs, l'entrée en vigueur du droit communautaire pour libéraliser certains placements à l'étranger. Ainsi, par Ordonnance du 28 octobre 1992, entrée en vigueur le 1er janvier 1993, il a modifié les normes de

---

138 Voir article 4 alinéa 5 de la proposition de directive sur les fonds collectés par les institutions de retraite.

139 Art. 54 litt. a et d OPP2.

140 Art. 54 litt. e et g OPP2.

141 Art. 54 litt. f OPP2.

placement légales pour éliminer certaines discriminations entre actifs suisses et étrangers. Les limites pour les placements immobiliers à l'étranger sont passées de 0 à 5%, de 30 à 50% pour la limite globale des actions suisses et étrangères et de 20 à 30% pour la limite globale des placements en monnaie étrangère (actions et créances)[142].

k) Conclusions

L'incidence du droit communautaire n'est pas directe. Celui-ci exerce néanmoins son influence sur l'évolution du droit suisse des régimes complémentaires. L'influence majeure immédiate portera, à notre sens, sur l'harmonisation en matière d'égalité entre hommes et femmes et la libéralisation financière. Les autres aspects du droit communautaire serviront toutefois de point de référence pour cette branche du droit en pleine évolution.

[142] *RCC* 1992, p. 459.

PARTIE IV

LA TENDANCE A LA COORDINATION ET LA LIBRE CIRCULATION DANS LES REGIMES COMPLEMENTAIRES SUISSES

CHAPITRE 16

LES ASPECTS GENERAUX DE LA TENDANCE A LA COORDINATION

a) Introduction

i) La mobilité professionnelle et l'insolvabilité face à la notion classique de la coordination

1. Nous l'avons vu, la coordination a pour objectif essentiel de corriger les vicissitudes de carrière[1]. Elle veille à ce que le travailleur mobile ne soit pas indûment désavantagé dans l'acquisition et le maintien de la valeur de son droit à des prestations d'un régime complémentaire de retraite. A ce titre, elle cherche à favoriser:

- la transférabilité ou la préservation des droits acquis[2];
- la limitation des délais de stage nécessaires à l'acquisition de droits[3];
- le maintien de la valeur des droits acquis[4] et, dans une perspective internationale,
- le maintien de l'affiliation en cas de détachement ou d'expatriation de l'assuré[5].

L'objectif de la libre circulation ne peut être atteint si les régimes complémentaires contiennent des limites à la transférabilité ou la préservation des droits acquis, et soumettent l'acquisition de droits à des délais de stage. Toutefois, cette notion classique de la coordination doit être complétée par une approche spécifique aux régimes complémentaires lorsque ceux-ci sont fondés sur des institutions privées et décentralisées, financées en capitalisation. En effet, de tels régimes connaissent un risque spécifique ayant trait à la remise en cause des droits acquis par la gestion hasardeuse ou franchement déloyale de la fortune de prévoyance. Une telle vicissitude relève de la carrière professionnelle, l'assuré perdant ses droits en raison de son attachement à l'entreprise dont le régime complémentaire s'effondre[6].

---

1 Chapitre 3, litt. b, ch. i).
2 Chapitre 3, litt. b, ch. ii).
3 Chapitre 3, litt. b, ch. iii).
4 Chapitre 3, litt. b, ch. iv).
5 Chapitre 3, litt. h.
6 Les milliers de salariés fidèles des entreprises du magnat de la presse britannique Robert MAXWELL ont ainsi perdu l'essentiel de leurs droits acquis en raison du pillage des caisses de pensions auquel leur employeur s'est livré.

2. Par conséquent, et à notre sens, la tendance à la coordination s'exprime également par les mesures légales et organisationnelles qui ont été adoptées pour assurer la solidité financière des régimes complémentaires liés à l'entreprise, décentralisés et privés. La préoccupation du maintien des droits acquis ou en cours d'acquisition en cas de mobilité professionnelle n'a pas de sens si la garantie des droits acquis n'est pas assurée par les régimes en l'absence de mobilité professionnelle[7]. A ce titre, il convient de passer en revue les principales institutions destinées à favoriser le maintien du droit aux prestations des régimes complémentaires, soit:

- la protection contre l'insolvabilité du régime complémentaire[8];
- la sécurité des placements;
- l'interdiction de la cession ou de la mise en gage des prestations futures;
- l'indexation des prestations;
- la notion des droits acquis et la protection contre une modification du rapport de prévoyance[9];
- l'affectation irrévocable de la fortune de l'institution à son but de prévoyance[10].

ii) Le droit suisse et la tendance à la coordination

1. L'expression de la tendance à la coordination en droit suisse est ancienne, notamment par l'usage systématique qui a été fait de l'institution de la fondation qui est l'affectation irrévocable d'un patrimoine à un but[11]. Les contributions de l'entreprise à un régime complémentaire devaient être transférées à une institution juridiquement distincte de l'entreprise, notamment la fondation. On a ainsi cherché à assurer la constitution de la fortune de prévoyance et à la protéger contre le risque de l'insolvabilité de l'employeur par la dévolution des tâches de prévoyance à une institution juridiquement distincte de l'entreprise. Il fallait en effet permettre au subventionnement indirect que constitue l'exonération fiscale d'atteindre son but qui est de verser des prestations sociales. Dès le départ, la sécurité financière des régimes complémentaires a été une préoccupation importante, et qui se retrouve dans l'organisation du régime légal[12].

2. Les éventualités classiques des régimes complémentaires ont été construites en vue de garantir une sécurité contre les vicissitudes de la vie: invalidité, mort et vieillesse. La sécurité contre les vicissitudes de la vie était offerte tant que le salarié faisait partie

---

7 Voir le Chapitre 3, litt. b, ch. iv).
8 Chapitre 3, litt. b, ch. iv).
9 Chapitre 3, litt. g, ch. vi).
10 Chapitre 3, litt. g, ch. viii).
11 Art. 80 ss CCS.
12 Voir le Chapitre 14, litt. c, ch. iii), sur l'harmonisation organisationnelle robuste.

de la communauté formée par l'entreprise. La nature essentiellement contractuelle des régimes les destinait à récompenser la fidélité à l'entreprise. Il n'est donc pas étonnant que la coordination se soit depuis toujours heurtée à la transférabilité du droit aux prestations et aux délais de stage mis à son acquisition. Comme le relevait à l'époque Hans Gerold WIRZ, les institutions de prévoyance complémentaires *"bringen Konstanz und Ruhe in die Unternehmungen. Sie halten das Personal im Betriebe fest. Arbeitsfreude und Zufriedenheit als Folge der Sicherheit werden sich auch auf die Qualität der Arbeit und die Produktionsziffern auswirken. Einer Unternehmung mit gut ausgebauten Personal-Wohlsfahrtseinreichtungen wird es eher gelingen, qualifiziertes Personal anzuziehen. Dier Ueberalterung eines Betriebes kann gesteuert werden durch rechtzeitige Pensionierung. Es eröffnet sich ein weites Feld, um mit dem Arbeitnehmer zusammenzuarbeiten und ihn für den Betrieb zu interessieren."*[13].

3. Les progrès de la tendance à la coordination expriment l'admission progressive de la nécessité de garantir une sécurité face à une éventualité particulière: les vicissitudes de carrière. Le droit à la transférabilité apparaît ainsi comme une nouvelle prestation dont les contours seront définis pas à pas, au gré des réformes législatives jusqu'à ce jour, avant-veille de l'adoption d'une loi fédérale sur le libre-passage dans la prévoyance professionnelle. Ces mutations placent au centre de la réflexion la transférabilité intégrale des droits - ou libre-passage - dans les régimes complémentaires. Mais l'approche synthétique de la tendance à la coordination est facilitée par la distinction entre le maintien des droits acquis sans mobilité professionnelle et le maintien des droits acquis en cas de mobilité professionnelle. Il se justifie dès lors de présenter brièvement les aspects généraux de la tendance à la coordination en l'absence de mobilité professionnelle pour ensuite aborder la mutation vers une meilleure transférabilité des droits acquis. Il est en effet difficile d'aborder la question de la transférabilité sans avoir au préalable présenté succinctement ces aspects généraux.

b) La protection contre l'insolvabilité du régime complémentaire

i) L'insolvabilité de l'institution de prévoyance

1. L'insolvabilité est un risque certain pour tout système de protection sociale fondé sur des institutions de prévoyance décentralisées et non étatiques. Il a déjà été relevé que le régime complémentaire légal est caractérisé par une harmonisation organisationnelle robuste[14], destinée à assurer le maintien des droits acquis ou en cours d'acquisition.

---

13 WIRZ Hans Gerold: *Die Personal-Wohlfahrtseinreichtungen der Schweizerischen Privatwirtschaft,* 1955, p. 110.

14 Chapitre 14, litt. c, ch. iii).

Les traits essentiels de la protection ainsi accordée se résument ainsi:

- la séparation des patrimoines de l'entreprise et de l'institution de prévoyance[15] ;
- la responsabilité juridique directe de l'institution de prévoyance pour le versement des prestations aux bénéficiaires[16] ;
- l'exigence d'un contrôle annuel financier par un organe indépendant[17] ;
- l'exigence d'un contrôle régulier de l'équilibre technique par un expert actuariel[18] ;
- l'existence de normes prudentes de placement[19] ;
- la responsabilité civile des personnes chargées de la gestion et du contrôle des institutions de prévoyance[20] ;
- la surveillance de ces institutions par l'Etat[21] .

A ces instruments s'ajoutent la gestion paritaire, examinée plus loin, et le Fonds de garantie. Celui-ci a trois fonctions[22] :

- verser des subsides aux institutions de prévoyance dont la structure d'âge est défavorable;
- garantir des prestations légales dues par les institutions de prévoyance devenues insolvables;
- couvrir les éventuelles dépenses de l'Institution supplétive.

Les prestations de l'Institution supplétive sont versées si l'institution de prévoyance est réputée insolvable car elle ne peut fournir les prestations légales dues et qu'une procédure de faillite ou de liquidation a été ouverte contre elle[23]. Il y a donc une réassurance du risque d'insolvabilité de l'institution de prévoyance dans le régime complémentaire légal.

2. Une difficulté particulière surgit, toutefois, dans le cadre des fondations collectives[24]. L'employeur est affilié dans ce cas à une institution faîtière par l'intermédiaire d'une caisse de prévoyance sans personnalité juridique disposant d'un plan de prestations et d'un financement spécifiques à l'entreprise. L'insolvabilité de la

---

15 Art. 48 LPP.
16 Chapitre 14, litt. d, ch. ii).
17 Art. 53 al. 1 LPP.
18 Art. 53 al. 2 LPP.
19 Art. 71 LPP; art. 49-60 OPP2.
20 Art. 52 LPP.
21 Art. 62 LPP; art. 84 al. 2, 85 et 86 CCS.
22 Art. 56 à 59 LPP et art. 2 al. 1 Ordonnance sur la création de la fondation "fonds de garantie LPP" (OFG 1).
23 Art. 7 al. 1 Ordonnance sur l'administration du "fonds de garantie LPP" (OFG 2).
24 Voir Chapitre 14, litt. d, ch. i), 4, pour la définition des fondations collectives, et le Chapitre 14, litt. f, 4, sur l'importance de ces fondations.

caisse peut certes être constatée. Celle-ci ne peut par contre être mise en faillite vu son absence de personnalité juridique. Par ailleurs, l'affiliation étant conclue avec la fondation collective, celle-ci doit répondre de l'ensemble de ses engagements, même si son organe interne, la caisse de prévoyance, est en déficit. Aussi a-t-il fallu adopter des normes particulières pour régler ce cas. Une caisse de prévoyance est réputée insolvable lorsqu'elle ne peut fournir les prestations légales dues et qu'une procédure de faillite ou une procédure analogue a été ouverte contre l'employeur ou l'association concernée[25].

3. Une difficulté analogue surgit pour les fondations communes[26]. A la différence toutefois de la fondation collective, l'affiliation de l'employeur n'entraîne pas la constitution d'une caisse de prévoyance spécifique, car le propre de cette institution est d'affilier l'ensemble des employeurs sur la base d'un plan de prestations et d'un financement communs. Le problème essentiel de ces institutions est le non-paiement par l'employeur insolvable des contributions de l'entreprise et de celles prélevées sur les salaires. Une telle défaillance n'entraînera pas, pour les salariés, une remise en cause de leurs prestations, la fondation commune disposant de suffisamment de réserves pour affronter ce déficit de financement propre à l'entreprise affiliée, et non à l'ensemble de l'institution. Aucune norme n'a été prévue pour résoudre ce problème, ce qui créée de fait une inégalité avec les fondations autonomes ou collectives. La pratique de l'Institution supplétive supplée à la difficulté en admettant le remboursement des contributions pour le régime complémentaire légal qui n'ont pas été versées par l'employeur. Cette pratique ne repose toutefois sur aucune base légale. Le législateur est donc contraint d'envisager une réglementation particulière.

4. Les régimes complémentaires facultatifs obéissent pour leur part à deux régimes distincts:

- Si le régime est instauré dans le cadre d'un plan de prévoyance enveloppant, l'institution de prévoyance sera enregistrée[27]. Son organisation sera encadrée par les mêmes normes que celles régissant le régime légal, à l'exception des prestations du fonds de garantie.
- Si, par contre, le régime complémentaire facultatif est assuré - sous la forme du *splitting* - par une institution de prévoyance non enregistrée[28], il sera régi par les normes de la LPP uniquement en ce qui concerne la responsabilité civile, le contrôle et la surveillance étatique[29]. La gestion paritaire n'est pas exigée et les normes de placement applicables relèvent non pas de la LPP, mais des règles édictées par les autorités cantonales ou fédérales chargées de la surveillance de ces institutions.

---

25 Art. 7 al. 2 OFG 2.
26 Voir le Chapitre 14, litt. d, ch. i), 4, pour la définition des fondations communes.
27 Chapitre 14, litt. d, ch. i), 2.
28 Chapitre 14, litt. d, ch. i), 3.
29 Art. 89bis al. 6 CCS.

La différence essentielle entre les régimes légaux et facultatifs réside dans l'absence de réassurance du risque de l'insolvabilité par le fonds de garantie pour les seconds. En cas d'insolvabilité de l'institution de prévoyance, les prestations facultatives devront être réduites ou supprimées. Cela pose le problème d'une réassurance du risque de l'insolvabilité également pour les régimes complémentaires facultatifs.

Cela est d'autant plus vrai que les fondations collectives et communes doivent actuellement assurer le paiement de l'ensemble des prestations facultatives, même lorsqu'il y a eu défaillance grave de l'employeur dans le paiement des contributions, sauf si elles sont dans l'incapacité de faire face à l'ensemble de leurs engagements, c'est-à-dire qu'elles soient elles-mêmes insolvables. Elles consacrent ainsi une solidarité interprofessionnelle. Une telle solidarité n'est pas assumée par les fondations autonomes liées à un seul employeur[30].

ii) La non-affiliation de l'employeur au régime complémentaire légal et son insolvabilité

Dans le cadre du régime complémentaire légal, l'employeur a l'obligation de s'affilier auprès d'une institution de prévoyance[31]. L'obligation d'affiliation a pour objet de garantir l'assurance obligatoire des salariés. L'employeur négligent ou velléitaire qui omet de s'affilier met en péril le droit des bénéficiaires aux prestations légales. Le législateur a donc précisé que les salariés et leurs survivants ont droit aux prestations légales même si l'employeur ne s'est pas encore affilié à une institution de prévoyance. Ces prestations sont servies par l'institution supplétive[32]. Dans ce cas, l'employeur doit à l'institution supplétive non seulement les cotisations arriérées, en principal et intérêts, mais encore une contribution supplémentaire à titre de réparation du dommage[33]. Les prestations sont versées par l'institution supplétive même en cas d'insolvabilité de l'employeur.

iii) Le non-paiement des contributions par l'employeur et son insolvabilité

1. Dans le cadre du régime complémentaire légal, l'employeur a l'obligation de transférer à l'institution de prévoyance ses propres contributions ainsi que l'ensemble de celles prélevées auprès de ses salariés[34]. Cette règle vaut également, en règle générale, pour les régimes facultatifs. Le non-paiement des contributions peut entraîner un déficit technique de l'institution de prévoyance, susceptible d'entraîner une

---

30 Voir le Chapitre 23, litt. f, ch. iii) à vi), sur les institutions collectives et la gestion paritaire avec quelques réflexions sur leurs tendances de développement.

31 Art. 11 LPP; voir le Chapitre 14, litt. d, ch. vi).

32 Art. 12 al. 1 LPP.

33 Art. 12 al. 2 LPP.

34 Art. 66 al. 2 LPP.

réduction des prestations facultatives. La protection accordée par le régime complémentaire légal contre ce risque est suffisante, grâce au Fonds de garantie.

2. Par contre, l'absence de protection contre le non-paiement des contributions par l'employeur est patente pour les régimes facultatifs. Un tel déficit ne peut être comblé que si l'institution de prévoyance dispose de réserves suffisantes. Par ailleurs, la créance de l'institution de prévoyance n'est colloquée qu'en deuxième classe en cas de faillite de l'employeur[35]. L'expérience montre qu'il est difficile de récupérer les contributions impayées en cas de faillite.

3. Outre l'extension de la garantie contre l'insolvabilité aux prestations des régimes facultatifs, la protection de l'institution de prévoyance contre l'impécuniosité de l'employeur justifie un resserrement du contrôle sur le paiement effectif des contributions. Des travaux sont en cours visant à introduire par voie d'ordonnance une obligation de l'institution de prévoyance d'informer l'autorité de surveillance du retard dans le paiement des contributions dans un délai de trois mois à partir de la date d'échéance fixée par le contrat d'affiliation.

iv) Conclusions

Les lacunes essentielles de la protection contre le risque de l'insolvabilité sont comblées, à l'exception de la protection contre le risque d'insolvabilité affectant la prévoyance facultative. Il faut également mentionner à ce titre le risque d'insolvabilité lié au placement de la fortune de prévoyance chez l'employeur, examiné plus bas.

c) La sécurité des placements

i) Les normes de placement

Les institutions de prévoyance administreront 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[36]. Ces normes, applicables aux institutions de prévoyance enregistrées, sont concrétisées par des règles de placement qui définissent la fortune[37], la notion de la sécurité et de la répartition des risques[38], le rendement[39], la notion de liquidité[40], les catégories des placements

35 Art. 219 al. 4 Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite. Il est prévu d'améliorer la protection en colloquant ces créances en première classe dans le cadre de la révision législative en cours.

36 Art. 71 al. 1 LPP.

37 Art. 49 OPP2.

38 Art. 50 OPP2.

39 Art. 51 OPP2.

autorisés[41], les limites de placements par catégories[42] et globales[43], les placements indirects[44] et les écarts autorisés[45]. Destinées à assurer le maintien et la croissance de la fortune de prévoyance, ces normes constituent un cadre légal contraignant. Les institutions de prévoyance non enregistrées sont soumises à des normes largement analogues édictées par les autorités de surveillance fédérales et cantonales compétentes. Les placements chez l'employeur méritent une réflexion particulière car ils représentent un risque notable.

ii) Le risque des placements chez l'employeur

1. La possibilité de placer une part de la fortune de la fondation de prévoyance en créances envers l'employeur a joué historiquement un rôle non négligeable dans le développement des régimes complémentaires fondés sur la capitalisation. Ajoutés aux incitations fiscales, de tels placements rendaient les transferts à l'institution de prévoyance attractifs pour l'employeur. Il lui était possible de diminuer sa charge fiscale, en gardant des liquidités à disposition, tout en répondant aux besoins de sécurité des salariés. Le désavantage d'une telle incitation est de faire subir à la prévoyance le risque économique de l'entreprise, alors que la promesse de prestations est destinée à assurer un revenu de substitution lorsque le travail cessera en raison de l'âge, voire de l'invalidité ou du décès. La pérennité de la promesse se concilie difficilement avec la précarité inhérente au risque de l'entreprise.

2. Les créances envers l'employeur peuvent prendre plusieurs formes[46] :

- les contributions de l'employeur ne sont pas versées, l'institution de prévoyance étant mise au bénéfice d'une créance sous la forme d'une reconnaissance de dette de l'employeur;
- l'institution de prévoyance réinvestit une partie de ses biens chez l'employeur;
- l'institution participe au capital de l'entreprise, souvent par la transformation d'une créance préexistante en une participation.

Ces trois hypothèses doivent être distinguées de la suspension temporaire du paiement des contributions de l'employeur et des salariés, en cas de crise économique de l'entreprise.

3. Si l'employeur n'est pas en mesure d'honorer ses engagements, une part de la fortune de l'institution de prévoyance disparaîtra dans la crise de l'entreprise, au détriment des

---

40 Art. 52 OPP2.
41 Art. 53 OPP2.
42 Art. 54 OPP2.
43 Art. 55 OPP2.
44 Art. 56 OPP2.
45 Art. 59 OPP2.
46 FURRER, *op. cit.*, p. 128.

bénéficiaires. Etant donné le caractère particulier des relations entre l'employeur, l'institution de prévoyance et les salariés, il y a un risque que la fortune de l'institution de prévoyance soit placée chez l'employeur *"sans l'attention nécessaire, voire par pure complaisance"*[47]. Aussi, cette modalité de placement a-t-elle été soumise à des limitations sévères, accompagnées d'un recul continu dans la réalité[48]. Si, en 1941, 27% du capital total des institutions de prévoyance privées (somme au bilan) consistaient en créances envers l'employeur, cette part a régulièrement diminué pour atteindre 9,9% en 1977, et 5,7% en 1984[49]. Cette évolution illustre l'importance pratique de l'affectation irrévocable des ressources de la prévoyance professionnelle à l'assurance du revenu social de substitution, que rien ne semble devoir freiner. Quelle est la réglementation juridique de tels placements ?

4. Dans le passé et en vertu de l'art. 57 al. 1 OPP2, pour la part correspondant aux créances de libre-passage des salariés[50], la fortune de l'institution de prévoyance ne pouvait, en règle générale, consister en une créance contre l'employeur, que si cette créance est garantie. Il était admis que la règle s'étendait aux obligations de rente, dont le paiement doit être entièrement garanti[51]. En vertu de l'art. 58 OPP2, la garantie des créances envers l'employeur devait être efficace et suffisante. La même règle est reprise pour les institutions de prévoyance non enregistrées[52].

5. Quelles étaient ces garanties ? De manière générale, on considérait que la garantie était suffisante lorsque, en cas de réalisation forcée (poursuites ou faillite de l'entreprise), le résultat net de la liquidation équivalait au montant garanti[53]. Plusieurs formes de garanties étaient possibles, notamment les gages hypothécaires grevant des immeubles de l'entreprise[54]. Elles nécessitaient un examen attentif de la part de l'autorité de surveillance, qui se fondera sur le rapport d'un expert immobilier, établi sur la base de la valeur nette de liquidation[55]. Les garanties personnelles, notamment le cautionnement, étaient également envisageables. De telles garanties étaient toutefois exclues de la part de l'employeur ou d'autres personnes qui sont juridiquement tenues d'assumer les obligations de l'entreprise[56]. Ces garanties devaient être vérifiées chaque année par l'organe de contrôle dans son rapport à l'autorité de surveillance.

---

47 *OFAS-BPP*, No 11 du 28 décembre 1988, chiffre 50, p. 12.

48 HELBLING: *Personalvorsorge und BVG, op. cit.*, p. 322, en appelle à une séparation financière complète entre l'entreprise et l'institution de prévoyance.

49 HELBLING, *op. cit.*, p. 320.

50 Art. 28 LPP.

51 *Séminaire OPPF*, 1988, p. 17.

52 Art. 89[bis] al. 4 CCS.

53 FURRER, *op. cit.*, p. 137; LANG Bruno: «Anlagen beim Arbeitgeber: wann und wie ist die Ausscheidung oder Sicherstellung zu verlangen», *SZS* 1987, p. 77.

54 On sait que de tels gages comportent un risque particulier en cas de faillite de l'entreprise.

55 LANG, *op. cit.*, p. 77.

56 LANG, *op. cit.*, p. 77; FURRER, *op. cit.*, p. 138.

6. La loi permet également des placements sans garantie, règle qui n'a pas changé. En vertu de l'art. 57 al. 2 LPP, les placements sans garantie chez l'employeur ne sont admis que jusqu'à 20% au plus de la fortune de l'institution de prévoyance, et pour autant qu'ils ne grèvent pas la part de la fortune correspondant aux prestations de libre-passage et de rente[57]. Si les placements dépassent cette limite, l'institution de prévoyance doit joindre à son rapport à l'autorité de surveillance une attestation de qualité certifiant la solidité financière et la solvabilité de l'employeur[58]. Enfin, la participation financière chez l'employeur est limitée à 10%[59], car elle ne bénéficie pas de privilèges dans la faillite.

7. Les créances de l'institution de prévoyance envers l'employeur doivent être rémunérées au taux normal d'intérêt, c'est-à-dire au même taux que si elles étaient placées ailleurs[60]. Le taux de référence sera généralement le taux hypothécaire de premier rang[61]. Le réinvestissement de la fortune de l'institution de prévoyance auprès de l'employeur est assimilé juridiquement aux créances de l'employeur envers l'institution, nées du non-transfert, de la non-séparation matérielle entre la fortune de l'institution et celle de l'employeur[62].

8. Si, en dépit d'une mise en demeure, la solidité financière n'est pas attestée, ou si les garanties légales exigées par la loi ne sont pas fournies, l'autorité de surveillance devra intervenir en exigeant de l'employeur le paiement de la créance ou la fourniture d'une garantie suffisante[63]. L'employeur pourra toutefois tenter d'éviter une telle issue, en établissant que des circonstances spéciales justifient de tels écarts envers les limites de placement, et que le but de prévoyance n'est pas mis en péril[64]. La question s'est souvent posée concrètement lors de difficultés financières majeures de l'employeur, entraînant, par exemple, la suspension du paiement des contributions dues à l'institution de prévoyance ou l'octroi de liquidités par l'institution. Un conflit d'intérêts apparaît alors entre le maintien de l'emploi, assuré par une diminution momentanée des charges de la prévoyance sur l'entreprise, et le maintien du but de prévoyance, assuré par le paiement régulier des contributions.

9. En vertu du principe de la proportionnalité, l'autorité de surveillance ne doit pas exiger le paiement immédiat de la créance, ou sa garantie, si l'intérêt au maintien de l'emploi pèse plus lourd que l'intérêt momentané à une séparation entre les biens de

---

57 FURRER, *op. cit.*, p. 141; *Séminaire OPPF* 1988, p. 17; *OFAS-BPP*: No 11 du 28 décembre 1988, chiffre 50, p. 12.

58 Art. 59 al. 3 OPP2.

59 Art. 57 al. 3 OPP2.

60 *SZS* 1983, p. 305-306 et *SZS* 1984, p. 271-272 (Décision du Conseil d'Etat zurichois du 23.6.1982).

61 *Séminaire OPPF*, 1986, p. 62. Ceci constitue un avantage par rapport aux taux plus élevés pratiqués par les banques pour des crédits commerciaux.

62 LANG, *op.cit.*, p. 76.

63 LANG, *op.cit.*, p. 75-76.

64 Art. 59 al. 1 OPP2.

l'employeur et ceux de l'institution de prévoyance[65]. Si, par contre, il n'existe pas de chances sérieuses que les moyens accordés par l'institution de prévoyance à l'employeur permettront le rétablissement de l'entreprise, la séparation devra être exigée, au risque de la ruine[66]. Le but de prévoyance prime.

10. Devant la croissance des cas d'insolvabilité partielle ou totale des institutions de prévoyance dus à des placements hasardeux ou illicites chez l'employeur, ou au non-paiement des contributions par celui-ci, le Conseil fédéral a adopté, avec effet au 1er juin 1993, de nouvelles règles particulières dans ce domaine. Dorénavant, il est expressément interdit de placer sans garantie chez l'employeur la part de la fortune liée à la couverture des prestations de libre-passage et à celle des rentes en cours[67]. Comme auparavant, la garantie doit être efficace et sérieuse[68]. Toutefois, la loi définit celle-ci de manière beaucoup plus prudente que la pratique antérieure. Sont réputés garantie, 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[69] et 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[70].

Par ailleurs, une nouvelle obligation d'informer a été introduite. 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[71]. Par ailleurs, 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 la loi, l'institution de prévoyance doit informer son autorité de surveillance des nouveaux placements en les justifiant de manière suffisante[72]. L'organe de contrôle doit également être avisé[73].

iii) Responsabilité et contrôle

1. 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. Ce principe de la responsabilité est applicable à

---

65 RIEMER: *Die Stiftungen,* Commentaire, *op. cit.*, p. 735.

66 *SZS* 1984, p. 307-309 (Décision du Conseil d'Etat zurichois du 7.7.1982).

67 Art. 57 al. 1 OPP2; la règle codifie l'opinion doctrinale.

68 Art. 58 al. 1 OPP2.

69 Art. 58 al. 2 litt. a OPP2.

70 Art. 58 al. 2 litt. b OPP2; l'autorité de surveillance peut autoriser d'autres sortes de garantie dans les cas particuliers.

71 Art. 58a al. 1 OPP2.

72 Art. 58a al. 2 OPP2.

73 Art. 58a al. 3 OPP2.

l'ensemble des institutions de prévoyance[74]. Outre le respect de la loi, statuts et règlements, il implique en matière de gestion de la fortune l'observation des principes de diligence et de fidélité par les organes de l'institution de prévoyance[75]. Ce principe de responsabilité est une incitation permanente à la gestion prudente et avisée de la fortune de prévoyance; il acquiert une dimension nouvelle devant la complexité croissante des stratégies de placement.

2. L'organe de contrôle est tenu, par ailleurs, de vérifier chaque année la gestion, les comptes et les placements[76]. Son rapport annuel doit être adressé à l'autorité de surveillance et confirmer que les placements sont conformes aux directives[77].

d) La surveillance de l'Etat

1. Les institutions de prévoyance sont autonomes, dans les limites des obligations découlant de l'ordre juridique. L'intervention étatique dans leur organisation concrète n'a donc qu'un caractère subsidiaire, mais exerce un rôle important pour assurer le maintien des droits acquis ou en cours d'acquisition. A ce titre, l'autorité compétente pour exercer la surveillance sur l'institution de prévoyance doit s'assurer que celle-ci se conforme aux prescriptions légales[78], veiller à un emploi des biens conforme à leur destination[79], donner son autorisation préalable dans la modification de l'organisation et des buts de l'institution[80] et autoriser la liquidation de l'institution en fixant le plan de répartition et l'affectation du reliquat de la fortune[81]. Le caractère subsidiaire de l'intervention de l'autorité se remarque dans le fait que seul le contrôle de la légalité, et non celui de l'opportunité, des décisions de l'institution est exercé, l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation étant assimilé à une violation de la loi[82].

2. Selon Bruno LANG, l'autorité de surveillance examinera généralement les points suivants dans les règlements des institutions[83] :

---

74 Art. 52 LPP et 89bis al. 6 CCS.

75 Pour un exposé détaillé du thème de la responsabilité voir HIRSCH Alain: *La responsabilité civile des administrateurs des caisses de pensions,* 1975; LANTER Marco: *Die Verantwortlichkeit von Stiftungsorganen,* 1984; GREBER Pierre-Yves: *La responsabilité civile des personnes chargées de l'administration et de la gestion d'une institution de prévoyance,* 1986; SCHNEIDER Jacques-André: «Liberté et responsabilité dans la gestion de la fortune de prévoyance», *SZS* 1993, No 4.

76 Art. 53 al. 1 LPP.

77 Art. 36 al. 1 OPP2.

78 Art. 62 al. 1 LPP.

79 Art. 62 al. 2 LPP, 84 al. 2 CCS.

80 Art. 62 al. 2 LPP, 85/86 CCS.

81 Art. 62 al. 2 LPP, 88/89 CCS.

82 RIEMER: *Die Stiftungen,* Commentaire, p. 649-650.

83 LANG Bruno: «Prüfung der Reglemente der Personalvorsorgestiftung durch die Aufsichtsbehörde», *SZS* 1982, pp. 57-63.

- le respect de la codécision[84];
- le maintien des droits acquis;
- la parité des contributions;
- la réglementation du libre-passage;
- la réduction des prestations en cas de surindemnisation;
- le respect du principe de l'égalité de traitement;
- l'interdiction de la compensation;
- la conformité du cercle des bénéficiaires avec les éventualités définies par le but de l'acte de fondation;
- la clarté et la sécurité juridiques de la rédaction.

3. L'autorité de surveillance accomplit ses tâches par un contrôle préventif: elle vérifie la conformité du règlement avec la loi, elle exige des rapports périodiques et prend connaissance des rapports de l'organe de contrôle et de l'expert agréé[85]. Son pouvoir est également répressif: elle prend les mesures propres à éliminer les insuffisances constatées[86]. Les moyens répressifs sont la sommation et l'amende d'ordre[87], les directives à l'institution de prévoyance, l'annulation ou la modification d'une décision de l'institution, la destitution et la nomination des organes de l'institution, la plainte pénale et l'action en dommages-intérêts contre les organes de l'institution ou des tiers, et l'exécution d'office de directives non suivies par l'institution[88]. L'autorité de surveillance peut également prendre des mesures provisionnelles: directives, suspension de décisions, demande de curatelle[89], nomination d'organes provisoires, saisie des biens et de la comptabilité, directives aux débiteurs et créanciers de l'institution[90].

---

84 Art. 89bis al. 3 CCS; 51 LPP.

85 Art. 62 al. 1. litt. a, b et c LPP.

86 Art. 62 al. 1 litt. d LPP.

87 Art. 79 LPP pour le régime légal.

88 RIEMER: *Die Stiftungen,* Commentaire, *op. cit.*, p. 577-586; RIEMER Hans Michael: «Allgemeine Rechtsanwendungsfragen des BVG», *SZS* 1983, p. 152.

89 Art. 393 al. 4 CCS.

90 RIEMER: *Die Siftungen,* Commentaire, *op. cit.*, p. 586-589.

e) L'interdiction de la cession, de la compensation ou de la mise en gage des prestations futures

1. Le droit aux prestations ne peut être ni cédé ni mis en gage aussi longtemps que celles-ci ne sont pas exigibles[91]. Par ailleurs, le droit aux prestations ne peut être compensé avec des créances cédées par l'employeur à l'institution de prévoyance que si ces créances ont pour objet des cotisations non déduites du salaire[92]. Tout acte juridique contraire à ces dispositions est nul[93]. Applicables au régime légal, ces règles ont été largement reprises pour les régimes facultatifs[94], la créance en prestations futures ne pouvant être valablement cédée ni mise en gage avant d'être exigible. Toutefois, dans ce cas, la loi ne précise pas expressément que l'interdiction vaut également pour la compensation avec des créances cédées par l'employeur. Malgré les hésitations de la doctrine sur ce point[95], le Tribunal fédéral des assurances[96] relève que le silence de la loi n'autorise pas une telle compensation.

2. Les prestations en cours, et donc exigibles, peuvent être cédées, saisies[97] et mises en gage. Toutefois, les prestations du régime légal LPP ne peuvent être réduites en vertu d'une compensation, son interdiction légale ne faisant pas la distinction entre les prestations futures ou exigibles[98]: Les prestations en cours des régimes facultatifs peuvent, par contre, être compensées avec des créances antérieures de l'institution de prévoyance avec l'accord du salarié ou, à défaut, dans les limites de l'article 125 al. 2 CO[99]: ces créances ne peuvent en principe consister en des prétentions cédées à l'institution par un tiers, en particulier l'employeur[100].

3. Les cas de cession ou de compensation du droit aux prestations avec des créances cédées à l'institution de prévoyance ont malheureusement souvent été la conséquence d'une félonie du salarié envers son employeur. Or, les prestations des régimes complémentaires sont destinées à l'assurance d'un revenu social de substitution qui ne doit pas dépendre des vicissitudes de carrière du salarié, objectif qui s'accorde mal

---

91 Art. 39 al. 1 LPP, qui réserve toutefois la possibilité d'une mise en gage partielle pour financer la propriété du logement en vertu de l'article 40 LPP, disposition qui sera totalement transformée par l'adoption de la future loi sur l'accession à la propriété d'un logement.

92 Art. 39 al. 2 LPP.

93 Art. 39 al. 3 LPP.

94 Art. 331c al. 3 CO; ATF 111 II 164ss; 112 II 38ss.

95 Voir BEROS: *Die Stellung des Arbeitnehmers im BVG,* 1993, p. 112-115, pour la présentation des débats doctrinaux.

96 ATF 111 II 168; 114 V 41-42.

97 Sous la réserve du minimum vital non saisissable en vertu de l'art. 93 de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP).

98 Art. 39 al. 2 LPP; BEROS, *op. cit.*, p. 162.

99 Qui réserve le minimum vital au sens de l'art. 93 LP; BERROS, *op. cit.*, p. 163.

100 BEROS, *op. cit.*, p. 163-164, qui résume la doctrine dominante; *contra*: BRÜHWILER: *Die betriebliche Personalvorsorge, op. cit.*, p. 460-464. Si la compensation est admise il faut l'accord du salarié ou, à défaut, exclure le minimum vital de la compensation en vertu des art. 125 al. 2 CO et 93 LP.

avec la cession, la saisie, la mise en gage ou la compensation des prestations futures. A cela s'ajoute le fait que la subvention importante de l'effort de prévoyance que constitue l'exonération fiscale pourrait être détournée de son but au profit d'intérêts privés lorsque, par exemple, la collectivité publique (et donc les contribuables) se verrait contrainte de verser des prestations complémentaires ou d'assistance soit à l'ex-salarié félon mais néanmoins démuni, soit encore à sa famille sans ressources. Ces interdictions servent donc les finalités de la coordination et de l'intérêt public.

f) L'indexation des prestations de rente

1. L'indexation des prestations de rente est l'une des difficultés majeures pour les régimes fondés sur la capitalisation. C'est la raison pour laquelle il a été renoncé - en tout cas provisoirement - à l'indexation obligatoire des prestations de vieillesse dans le régime légal[101], car cela aurait nécessité la mise sur pied de systèmes financiers fondés sur la répartition. Toutefois, le législateur a prévu que l'institution de prévoyance est tenue d'établir des dispositions en vue d'adapter les rentes de vieillesse du régime légal en cours à l'évolution des prix, dans les limites de ses possibilités financières[102]. Le devoir d'indexer est donc prescrit, mais de manière limitative. La loi a fixé, à cet égard, quelques règles minimales.

2. L'institution de prévoyance a le devoir de consacrer 1 pour cent des salaires coordonnés de tous les assurés tenus de payer des cotisations pour les prestations de vieillesse à l'amélioration des prestations pour la génération d'entrée[103] et à l'adaptation des rentes de vieillesse en cours à l'évolution des prix[104]. Dans la mesure où l'institution de prévoyance ne peut utiliser ce 1 pour cent, ni ne constitue une réserve dans ce but, elle emploiera ces ressources pour accroître les bonifications de vieillesse des assurés ou pour améliorer les rentes nées avant l'entrée en vigueur de la loi[105]. L'affectation du 1 pour cent à l'amélioration des prestations prévues par loi pour la génération d'entrée est prioritaire, et l'indexation subsidiaire[106]. Au-delà de cette limite, l'institution de prévoyance est libre de choisir plutôt l'indexation que les mesures en faveur de la génération d'entrée. Le financement de l'indexation peut être assuré par des réserves constituées spécialement à cet effet ou par une répartition des fonds

---

101 Voir Chapitre 14, litt. b, ch. i), 3, et litt. b, ch. ii).

102 Art. 36 al. 2 LPP.

103 En vertu des art. 32 et 33 LPP, l'institution de prévoyance doit prendre des dispositions spéciales pour financer des prestations spéciales en faveur de la génération d'entrée, qui n'aura pas une durée complète de contributions lors de l'avènement des éventualités assurées, notamment les assurés d'un certain âge et plus particulièrement ceux d'entre eux qui ne disposent que de revenus modestes.

104 Art. 70 al. 1 LPP.

105 Art. 70 al. 2 LPP.

106 BRÜHWILER: *Die betriebliche Personalvorsorge in der Schweiz, op. cit.*, p. 232.

libres[107]. Si les fonds libres sont suffisants, l'institution de prévoyance a le devoir de prendre des dispositions quant à leur utilisation pour l'indexation des rentes de vieillesse. L'absence d'adaptation des rentes de vieillesse nuit à l'objectif constitutionnel du maintien du niveau de vie approprié.

Jean-Pierre BEAUSOLEIL relève, à cet égard, que *"dans les institutions de prévoyance de droit privé, qu'elles soient en primauté des prestations ou en primauté des cotisations, où l'indexation des rentes en cours n'est jamais garantie, l'affectation d'une partie des fonds libres à l'adaptation des rentes est essentielle. En conséquence, le bénéfice d'intérêt réalisé sur les capitaux de couverture des rentes en cours doit au moins être affecté à ce but, afin d'être équitable à l'égard des pensionnés et éviter ainsi d'amener de l'eau au moulin de ceux qui préconisent le versement d'un capital en lieu et place de la rente à l'âge de la retraite"*[108].

3. Rappelons[109] que les rentes d'invalidité et de survivants du régime légal en cours depuis plus de trois ans doivent être adaptées à l'évolution des prix, conformément aux prescriptions du Conseil fédéral[110]. Cette règle vaut jusqu'au jour où le bénéficiaire a atteint l'âge de la retraite de 65 ans pour les hommes ou de 62 ans pour les femmes, âge à partir duquel l'adaptation des rentes suit les règles applicables aux rentes de vieillesse[111]. Dans son Ordonnance sur l'adaptation des rentes de survivants et d'invalidité en cours à l'évolution des prix, du 16 septembre 1987, le Conseil fédéral a précisé les règles applicables à l'indexation. La première adaptation intervient au début de l'année civile qui suit les trois premières annuités de rentes[112] et le taux d'adaptation correspond à l'indice suisse des prix à la consommation entre le mois de septembre de l'année durant laquelle la rente a commencé à courir et le mois de septembre qui précède l'année au début de laquelle l'adaptation doit intervenir[113]. Les adaptations subséquentes ont lieu en même temps que les adaptations de l'assurance-accidents, soit en règle générale tous les deux ans, au début d'une année civile[114] avec des règles particulières en cas d'inflation plus ou moins élevée que la moyenne et sur le calcul du taux de l'adaptation[115].

Ces règles ne valent pas pour les rentes d'invalidité et de survivants versées à titre facultatif, dont l'adaptation dépend des dispositions de la convention de prévoyance et donc du règlement ou des décisions de cas en cas de l'institution de prévoyance. Signalons également que dans les *"régimes enveloppants"*[116], le versement de rentes

---

107 *Ibid.*, p. 232-233.
108 BEAUSOLEIL: «Les fonds libres des institutions de prévoyance», *op. cit.*, p. 37.
109 Chapitre 14, litt. b, ch. ii).
110 Art. 36 al. 1 LPP.
111 Art. 36 al. 1 LPP.
112 Ordonnance sur l'adaptation des rentes de survivants et d'invalidité, art. 1 al. 1.
113 *Ibid.*, art. 1 al. 2.
114 *Ibid.*, art. 2 al. 1.
115 *Ibid.*
116 Voir le Chapitre 14, litt. d, ch. i), sur la notion de régime enveloppant.

d'invalidité et de survivants au titre de la prévoyance facultative permet d'éviter l'adaptation des rentes du régime légal, tant que celles-ci n'ont pas atteint le niveau des prestations facultatives. L'institution de prévoyance doit néanmoins apporter la preuve que ce niveau n'est pas atteint[117].

g) La notion des droits acquis

i) Introduction

1. La protection des droits acquis est une question éminemment complexe[118]. Situés à cheval entre le droit public et fiscal, d'une part, et le droit privé et du travail, d'autre part, les régimes complémentaires sont soumis à de multiples tensions. Ainsi, si les bénéficiaires souhaitent, et cela est légitime, la garantie que leur droit aux prestations ne soit pas modifié à leur désavantage, les régimes subissent pour leur part les mutations multiples liées à l'évolution économique et démographique et à l'environnement juridique. La notion des droits acquis se situe donc aux confluents de ces pressions parfois contradictoires. Il n'est donc pas étonnant qu'elle soit mouvante et souvent incertaine.

2. Le problème essentiel est donc de définir la notion des droits acquis. L'approche la plus aisée consiste à circonscrire les droits acquis en rapport avec l'affiliation passée à un régime complémentaire, pour ensuite en préciser leur portée pour l'avenir. Cela permet de définir la protection accordée en cas de mutation du régime complémentaire en raison d'une modification de la loi ou de la convention de prévoyance pour les régimes facultatifs.

ii) La naissance de la notion des droits acquis

1. Les droits acquis ont une assise juridique particulière car ils ne peuvent être retirés sans l'accord de leurs bénéficiaires[119]. Né pour protéger les personnes contre les immixtions excessives de l'Etat dans leurs prérogatives, l'impératif de la sauvegarde des droits acquis a été admis progressivement dans le domaine des régimes complémentaires pour renforcer la position des bénéficiaires.

2. La protection des droits acquis en matière de prévoyance professionnelle fut, en premier lieu, une oeuvre jurisprudentielle. Le Tribunal fédéral a en premier stipulé que

---

117 BEROS, *op. cit.*, p. 158-159.

118 Voir les premières réflexions consacrées à ce sujet au Chapitre 3, litt. g.

119 BEURRET-FLÜCK Fabia/MEIER Christoph: «Die Wahrung der erworbenen Rechte von Destinatären bei Neuordnung der Personalvorsorge, insbesondere bei Anpassung an das BVG», 1988, p. 169.

le droit à la rente devenait un droit acquis dès la réalisation de l'éventualité assurée[120], lorsque le retrait ou la péjoration de la rente serait contraire aux bonnes moeurs[121]. Il a fallu par contre attendre des modifications législatives pour que des droits acquis soient reconnus avant la survenance de l'éventualité.

La première étape fut la loi du 21 mars 1958 qui introduisit, pour les fondations de prévoyance, des droits d'information et de participation minoritaire[122] et, par ailleurs, le droit du bénéficiaire d'exiger par la voie judiciaire les prestations de la fondation, lorsqu'il lui avait versé des contributions ou que les dispositions régissant la fondation lui donnait un droit aux prestations[123]. Un autre progrès fut consacré par la révision en 1971 du titre 10 du Code des obligations relatif au contrat de travail. L'employeur était dorénavant tenu de verser des contributions au moins égales à celles incombant au travailleur[124]. Par ailleurs, le travailleur s'était vu reconnaître, dès la cessation des relations de travail, un droit à la restitution de ses propres contributions à l'institution de prévoyance et au remboursement d'une part équitable et progressive des contributions de l'employeur[125] ou de la réserve mathématique constituée[126], de la cinquième à la trentième année de service. Toutefois, ces droits nouveaux étaient accompagnés d'une restriction nouvelle au paiement en espèces, la prestation de l'institution de prévoyance devant être versée sur un compte bloqué jusqu'à la survenance de l'éventualité. La caractéristique essentielle de ces droits était leur nature semi-impérative; ils ne pouvaient être diminués au détriment du travailleur ou du bénéficiaire.

3. La jurisprudence fut ensuite la première à reconnaître l'existence d'un droit acquis protégeant le bénéficiaire contre les conséquences d'une modification législative[127]. Le législateur avait fixé un délai transitoire de cinq ans pour la mise en oeuvre des nouvelles dispositions du CO adoptées en 1971. Or, l'institution de prévoyance avait prétendu, dans le cas d'espèce, pouvoir refuser un paiement en espèces à la cessation des relations de travail, sans modifier au préalable ses dispositions réglementaires et statutaires pour les adapter au nouveau droit. Le Tribunal fédéral considéra que le droit au paiement en espèces restait acquis durant la période transitoire, tant que les dispositions susvisées n'avaient pas été modifiées. Il a voulu ainsi protéger la confiance du travailleur envers les promesses réglementaires de son institution de prévoyance.

4. Il faut souligner, à cet égard, que les régimes facultatifs sont fondés sur un rapport contractuel lorsqu'ils offrent des prestations réglementaires. Ce rapport est de nature collective dans les régimes conventionnels et de nature individuelle dans les régimes

120 ATF 60 II 171ss; 80 II 123ss.
121 Art. 19 et 20 CO.
122 RIEMER: *Die Siftungen, op. cit.*, p. 721-722; voir Chapitre 19, litt. b et c.
123 Art. 89bis al. 2, 3 et 5 CCS.
124 Art. 331 al. 3 CO.
125 Art. 331a CO.
126 Art. 331b CO.
127 ATF 100 Ib 137ss.

contractuels[128]. Or, les prestations réglementaires des régimes facultatifs se sont vu octroyer le bénéfice de la garantie de la propriété[129]. Les droits et obligations stipulés unilatéralement par le règlement de l'institution de prévoyance sont acceptés expressément, voire tacitement, par le salarié et les autres bénéficiaires pour former le contenu de la convention de prévoyance. Dès cet instant, les droits réglementaires des bénéficiaires ne peuvent, en principe, être modifiés sans leur accord[130].

5. Le législateur ratifia, en la complétant, cette conception des droits acquis lorsqu'il adopta la LPP, en précisant à son article 91 que la LPP ne portait pas atteinte aux droits acquis par les assurés avant l'entrée en vigueur de la loi. Il faut préciser que l'adoption de l'article 34quater de la Constitution fédérale le 3 décembre 1972 avait été accompagnée d'une disposition transitoire nouvelle, l'article 11, alinéa 2, qui déclare que la loi *"tiendra compte, par des dispositions adéquates, de la situation des assurés en faveur desquels un employeur avait pris des mesures de prévoyance avant l'entrée en vigueur de la loi"*. Dans son message, le Conseil fédéral apporta les précisions suivantes[131] :

> "Le projet dispose tout d'abord que la nouvelle loi ne portera pas atteinte aux droits acquis par les assurés avant son entrée en vigueur. Ces droits ne peuvent être modifiés que dans la mesure où le règlement de l'institution de prévoyance contient une disposition expresse à ce sujet. Les personnes appartenant déjà à une institution de prévoyance n'ont donc pas à craindre que l'entrée en vigueur de la loi nouvelle n'entraîne une réduction des prétentions acquises grâce à des contributions antérieures.
>
> En admettant le principe selon lequel la loi ne doit pas porter atteinte aux droits acquis avant son entrée en vigueur, on interdit ainsi que la fortune déjà accumulée, destinée à la couverture de droits et d'expectatives, ne soit détournée de son but primitif et utilisée au profit d'institutions de prévoyance nouvellement créées."

La loi consacra ainsi une conception plus précise des droits acquis, qui fournit une réponse à l'interrogation sur le sort de la fortune de prévoyance déjà accumulée en cas de modification du droit aux prestations pour l'avenir. En dépit de cette précision, des débats surgirent quant à la possibilité pour les institutions de prévoyance d'utiliser une partie de la fortune accumulée avant l'entrée en vigueur de la loi pour alimenter les avoirs de vieillesse LPP; des solutions transitoires furent admises tolérant une telle approche[132]. Par ailleurs, l'art. 91 LPP ne s'appliquant pas à des institutions de

---

128 Voir le Chapitre 2, litt. e et f, sur la distinction entre régimes conventionnels et contractuels, et le Chapitre 14, litt. d, ch. iii), sur la convention de prévoyance qui fonde le droit aux prestations réglementaires et sur les expectatives qui fondent le droit aux prestations discrétionnaires en droit suisse.

129 BRÜHWILER, *op. cit.*, p. 298; BEURRET-FLÜCK/MEIER, *op. cit.*, p. 169.

130 BRÜHWILER, *op. cit.*, p. 298; RIEMER: *Das Recht der beruflichen Vorsorge, op. cit.*, p. 103. Les problèmes plus spécifiques liés à la modification de la convention de prévoyance sont examinés plus loin.

131 Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de loi sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, du 19 décembre 1975, p. 52-53.

132 BEURRET-FLÜCK/MEIER, *op. cit.*, p. 182-183.

prévoyance non enregistrées[133], il ne pouvait protéger la situation acquise dans la convention de prévoyance conclue avec de telles institutions lorsque celle-ci était modifiée en raison de l'entrée en vigueur de la loi[134].

iii) La définition des droits acquis

Sont en principe protégés, au titre des droits acquis, le droit aux prestations dont les éventualités sont réalisées ainsi que la fortune déjà constituée pour assurer, lors de la réalisation de l'éventualité, les droits et expectatives[135] de prévoyance futurs. La protection des droits acquis n'est pas absolue; elle dépend des possibilités ouvertes à leur restriction, notamment en cas de difficultés financières de l'institution de prévoyance.

A ce titre, les prestations de rente ou de capital en cours doivent être maintenues, tandis que pour les prestations futures, les droits acquis correspondent soit au capital d'épargne, soit à la réserve mathématique[136] correspondant aux droits réglementaires, soit encore à une part équitable de la fortune destinée à la couverture des expectatives de prévoyance. La notion des droits acquis a donc une nature largement patrimoniale[137] et elle n'inclut pas, sauf disposition réglementaire contraire, le droit au maintien des prestations finales promises lorsque l'éventualité assurée ne s'est pas réalisée.

En cas de mobilité professionnelle, la garantie des droits acquis n'est pas absolue. Le droit à une prestation de transfert ou de libre-passage n'équivaut pas dans ce cas nécessairement à la totalité du capital d'épargne ou de la réserve mathématique[138]. La protection des expectatives n'est pas non plus assurée, sauf en cas de licenciements économiques collectifs ou de liquidation partielle ou totale de l'institution de prévoyance.

---

133 Car l'article 89bis al. 6 CCS définissant les normes LPP applicables aux institutions non enregistrées ne reprend pas l'article 91 LPP.

134 ATF 117 V 226-227.

135 Voir le Chapitre 14, litt. d, ch. ii) 2, pour la notion des expectatives dans le cadre de la prévoyance discrétionnaire.

136 Voir le Chapitre 14, litt. d, ch. iii), pour les différents systèmes de financement.

137 La conception patrimoniale des droits acquis soulève des problèmes particuliers dans les institutions de prévoyance des agents des collectivités publiques. En effet, le financement de ces institutions se situe entre la répartition et la capitalisation grâce à la garantie des prestations fournie par la collectivité publique. La jurisprudence du Tribunal fédéral est très prudente dans l'admission des droits acquis dans ce cas, essentiellement en raison du fait que les rapports de service dans la fonction publique relèvent de la loi et suivent donc l'évolution de la législation, notamment en ce qui concerne leurs aspects patrimoniaux: ATF 106 Ia 166; 107 Ia 195; 108 V 119; 113 Ia 101; *SZS* 1989, p. 319.

138 Voir le Chapitre 16.

h) Les droits acquis et la modification du droit aux prestations

i) Introduction

L'amélioration du droit aux prestations ne suscitera guère, on s'en doute, l'opposition des bénéficiaires. Par contre, dès l'instant où le droit aux prestations est modifié, l'inquiétude quant à la perte des acquis surgit, même s'il s'agit de modifications mineures ou formelles. La garantie des droits acquis vise à éviter de telles pertes. Mais il n'est pas toujours possible de les éviter. Les règles sur la modification du droit aux prestations permettent de définir les limites et la procédure qui doivent être observées dans un tel cas.

ii) La modification du droit aux prestations du régime complémentaire légal

1. Les droits acquis, bénéficiant de la garantie de la propriété, se conçoivent difficilement dans un régime légal de sécurité sociale. Garantis par l'Etat, ces régimes bénéficient en théorie de la meilleure protection concevable. Or, ce qui a été créé par la loi peut également être défait par la loi. A défaut d'instaurer expressément un droit imprescriptible, la loi ne créée dès lors jamais de droits acquis. Même dans ce dernier cas, la situation financière du régime peut imposer une remise en cause des droits déclarés imprescriptibles. Le Tribunal fédéral le relève d'ailleurs en indiquant qu'en matière de sécurité sociale il est possible de modifier la législation en cours, au détriment ou à l'avantage de l'assuré, pour tenir compte de l'évolution de la situation, tout particulièrement lorsqu'il s'agit de procéder à une consolidation financière de l'institution concernée[139].

2. Ce constat doit être nuancé. Le régime complémentaire légal étant fondé sur la primauté des contributions et l'équivalence individuelle, ses prestations sont pré-financées; elles sont de plus réassurées par le Fonds de garantie. L'avoir de vieillesse acquis[140] bénéficie, à notre sens, tant de la garantie de la propriété que de la protection de la confiance mise par les bénéficiaires dans la bonne foi de l'Etat. La vraie difficulté réside toutefois dans l'absence de contrôle de la constitutionnalité des lois[141]. Ces droits acquis peuvent donc être remis en cause par une nouvelle loi fédérale, la seule sanction possible étant politique. D'ailleurs, l'Etat peut modifier par ordonnance du Conseil fédéral le taux d'intérêt applicable à cet avoir pour l'avenir et diminuer ainsi l'avoir final lors de la réalisation de l'éventualité[142]. Il peut également modifier par ordonnance le taux de conversion de l'avoir en rente qui est déterminé sur la base des données actuarielles connues[143]. Ainsi, le régime complémentaire légal peut non

---

139 ATF 108 V 119; *SZS* 1989, p. 325.
140 Art. 15 LPP.
141 Art. 113 al. 3 Cst. féd.
142 Art. 15 al. 2 LPP et 12 OPP2.
143 Art. 14 al. 1 LPP et 17 al. 1 OPP2.

seulement être soumis à une diminution de la rémunération future de l'avoir de vieillesse en cas d'évolution défavorable des taux intérêts sur les marchés financiers, mais ses prestations futures peuvent également être atténuées par une diminution du taux de conversion due à l'évolution démographique défavorable[144].

3. Par ailleurs, l'Etat ne saurait diminuer le droit acquis aux prestations en cours par une modification législative. Ces prestations sont déterminées, lors de la réalisation de l'éventualité, par la conversion de l'avoir de vieillesse acquis au taux en vigueur à cette date[145]. Mais également ici, l'absence de contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales par les tribunaux limite la portée de la protection.

4. En conclusion, la protection des droits acquis du régime légal relève de la compétence politique du législateur fédéral. Le droit de référendum législatif[146] et le droit d'initiative constitutionnelle[147] constituent, à cet égard, un moyen de protection adéquat.

iii) La modification du droit aux prestations des régimes facultatifs

1. Les régimes complémentaires facultatifs sont fondés sur la convention de prévoyance[148]. Leur nature contractuelle les protège contre les modifications unilatérales décidées par l'institution de prévoyance, voire par l'employeur. Toutefois, il est admis que le règlement de l'institution de prévoyance puisse contenir une clause dite "*de modification*", autorisant les modifications décidées unilatéralement par les organes de l'institution[149], qui doit toutefois avoir été admise expressément ou par actes concluants lors de la conclusion de la convention de prévoyance, notamment par l'acceptation sans réserves du règlement lors de sa remise à l'assuré ou le paiement des contributions correspondantes. Une telle clause est néanmoins soumise aux limites découlant de la protection de la personnalité[150] et de la bonne foi[151]. Les limites découlant de la protection de la personnalité[152] dans un domaine existentiel aussi important que la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité doivent être prises

144 Le taux de conversion est fondé sur la longévité moyenne des hommes et des femmes après l'âge de la retraite. Si la longévité augmente, ce qui est le cas actuellement, la solidité mathématique du taux de conversion est progressivement mise en cause.

145 Art. 14 LPP.

146 Art. 89 al. 2 et 89bis al. 2 Cst. féd.

147 Art. 121 Cst. féd.

148 Voir le Chapitre 14, litt. d, ch. ii), sur la nature juridique de la convention de prévoyance.

149 BEURRET-FLÜCK/MEIER, *op. cit.*, p. 189; RIEMER: *Das Recht der beruflichen Vorsorge, op. cit.* p. 103; ATF 117 V 226.

150 Art. 27 CCS.

151 Art. 2 CCS; RIEMER: *Das Recht der beruflichen Vorsorge, op. cit.*, p., 103; BEURRET-FLÜCK/MEIER, *op. cit.*, p. 189.

152 Au sens des articles 27 et suivants CCS.

particulièrement au sérieux[153]. A ce titre, la modification unilatérale ne doit pas aboutir à une péjoration importante de la position juridique des destinataires à l'avenir; la prestation de rente ne doit pas être diminuée arbitrairement[154]. Cela n'exclut pas une acceptation tacite de la modification. La faiblesse de la position des bénéficiaires[155] est quelque peu compensée par le contrôle que l'autorité de surveillance doit exercer sur la légalité des modifications réglementaires et qui peut l'amener à un refus, notamment au regard de la protection de la personnalité. De manière générale, lorsque le plan de prestations est modifié, l'autorité de surveillance veillera à ce qu'il ne soit pas porté atteinte à l'avoir de prévoyance déjà acquis. Dans les cas complexes, où la comparaison entre l'ancien et le nouveau plan n'est pas aisée, l'avis d'un expert en prévoyance professionnelle devra être requis. Seule une crise financière grave de l'institution de prévoyance et l'absence de fonds libres ou de réserves de contributions de l'employeur peuvent justifier, de bonne foi, une réduction sensible des droits acquis.

2. En effet, la crise financière de l'institution de prévoyance pose un problème particulier. Son assainissement peut s'avérer nécessaire, justifiant le cas échéant une diminution des droits acquis. L'autorité de surveillance, et non l'institution de prévoyance, est alors autorisée à prendre les mesures nécessaires pour modifier les charges et conditions qui compromettent le but de l'institution[156]. L'absence de réassurance du risque de l'insolvabilité dans les régimes facultatifs constitue, à cet égard, une limite certaine à la protection des droits acquis.

3. Le lien entre la convention de prévoyance et le contrat de travail mérite quelques remarques. Certes, les deux contrats sont distincts. Mais que se passe-t-il en cas de refus d'un salarié-bénéficiaire d'accepter une révision de la convention de prévoyance, même lorsqu'une clause réglementaire autorisant sa modification unilatérale est prévue ? S'il ne manifeste pas son désaccord, il sera censé avoir admis tacitement la modification. En cas d'opposition, il s'expose au risque d'une résiliation de son contrat de travail, quitte à ce que l'employeur lui offre la possibilité d'un réengagement aux nouvelles conditions de la convention de prévoyance décidées par l'institution de prévoyance. Le congé-modification de l'employeur, même s'il a un caractère de masse, est licite[157]. Si l'employé refuse la modification proposée, il est licencié. On peut dès lors se demander s'il bénéficie, à ce titre, de la protection contre les licenciements offerte par le Code des obligations[158], en particulier la protection contre les licenciements abusifs[159], s'il est en mesure de prouver le lien entre le licenciement et la modification de ses droits réglementaires. Lorsque celle-ci est autorisée par la convention de prévoyance, l'obligation d'indemnisation ne naîtra que de l'abus de ce

---

153 RIEMER Hans Michael: «Fusionen bei klassischen und Personalvorsorgestiftungen», *SZS* 1991, p. 175.

154 *SZS* 1982, p. 271; *SZS* 1984, p. 268.

155 BEURRET-FLÜCK/MEIER, *op. cit.*, p. 189.

156 Art. 86 al. 2 CCS.

157 BARTH Beat: *Die Änderungskündigung im Arbeitsrecht,* 1990, p. 35.

158 *Ibid.*, p. 91-93.

159 Art. 336 CO.

pouvoir. Si la modification nuit ainsi à sa personnalité, ou de manière plus générale, aux principes de la bonne foi, le salarié pourra - à notre sens - réclamer une indemnité, pouvant aller jusqu'à six mois de salaire[160], pour licenciement abusif[161]. Certes, la distinction entre le contrat de travail et la convention de prévoyance a pour conséquence que le droit aux prestations de prévoyance ne naît pas du contrat de travail. Mais le lien étroit entre les deux contrats et le motif du licenciement dans ce cas font apparaître que la prétention au maintien inchangé de la convention résulte du contrat de travail. Une telle solution correspond d'ailleurs à l'évolution observable du droit du travail dans d'autres pays[162].

4. Le lien entre la convention de prévoyance et la LPP soulève des questions particulières. La LPP peut rendre nécessaires des modifications de cette convention, par exemple en cas d'extension de son champ d'application obligatoire. Si l'institution de prévoyance est au bénéfice d'une clause de modification unilatérale, elle pourra changer son plan de prestations et son financement en conséquence, sous la réserve que la position des destinataires ne soit pas péjorée de manière significative et qu'il ne soit pas porté atteinte aux droits acquis. En l'absence d'une clause de modification, il lui faudra obtenir l'accord tacite ou explicite des bénéficiaires. Dans la mesure où le niveau de la prévoyance n'est pas sensiblement diminué, l'employeur pourra recourir à un congé-modification, sans s'exposer à l'obligation de verser une indemnité pour licenciement abusif.

iv) La protection des expectatives de prévoyance[163], notamment en cas de fluctuations du personnel et de fusions d'institutions de prévoyance

1. Les expectatives acquièrent le caractère d'un droit subjectif lorsque l'institution de prévoyance accorde, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, le droit à une prestation. Il peut s'agir de la prestation d'une fondation patronale, de bienfaisance ou de caisses de bienfaisance distinctes à l'intérieur d'institutions de prévoyance réglementaires, voire de la distribution de fonds libres. Dès l'instant où le droit est accordé, il bénéficie de la même protection que les droits réglementaires des régimes facultatifs.

2. Mais il existe un autre cas de figure où les expectatives sont protégées. Les bouleversements économiques peuvent entraîner la transformation et la liquidation partielle ou totale des institutions de prévoyance. Des groupes de salariés peuvent se retrouver dans l'obligation de quitter le champ d'activité d'institutions de prévoyance

---

160 Art. 336a CO.

161 Art. 336 al. 1 litt. a et d CO.

162 Voir le Chapitre 3, litt. g, ch. vi).

163 Voir le Chapitre 14, litt. d, ch. ii), 2 et le Chapitre 16, litt. d, ch. iii) pour la notion des expectatives.

offrant des expectatives de prévoyance. Ces fluctuations de personnel peuvent prendre plusieurs formes[164] :

- des licenciements de masse, entraînant la dispersion des salariés;
- le transfert en groupe de la totalité des rapports de travail à un nouvel employeur;
- le transfert en groupe d'une ou de plusieurs parties importantes des rapports de travail à un ou plusieurs employeurs et, dans ces trois cas, les salariés partants peuvent être ou ne pas être remplacés.
- Des engagements en nombre important par l'employeur.

Les modifications du côté de l'employeur peuvent être purement formelles, notamment en cas de changement de sa forme juridique, et n'entraîner aucun changement de fait dans la structure de la prévoyance. Les difficultés surgissent lorsque les conditions d'une liquidation partielle ou totale de l'institution de prévoyance sont réunies. Un autre cas de figure analogue concerne les fusions d'institutions de prévoyance[165].

3. Le principe essentiel dans ce genre de cas est que la fortune de prévoyance suit le personnel[166]. L'employeur fera souvent référence à cette fortune lors de l'engagement ou à d'autres occasions, de sorte que le salarié-destinataire comptera sur cette expectative. Il en va de même pour les prestations discrétionnaires accordées à d'autres collègues de travail et qui suscitent l'espoir d'un traitement similaire. Il ne se justifie pas, en cas de fluctuations importantes du personnel, de décevoir ces expectatives pour en faire profiter les travailleurs restants, de nouveaux travailleurs à l'avenir, voire même des tiers. Le même principe vaut en cas d'arrivée de nouveaux groupes de travailleurs dans l'entreprise, lorsqu'ils n'apportent pas des avoirs correspondants dans l'institution de prévoyance. En cas de fusion d'institutions de prévoyance, il se justifie d'appliquer le principe de la succession universelle qui doit assurer la continuité de l'ensemble des rapports pécuniaires malgré le changement de sujet[167].

4. Dans ces différents cas, il faut procéder à une distribution de la fortune correspondant aux expectatives de prévoyance, sous la forme d'une liquidation partielle ou totale de l'institution de prévoyance. La fortune correspondant aux expectatives inclut les fonds libres, de même que les fonds de bienfaisance et autres fonds spéciaux. La réserve de contributions de l'employeur[168] ne sera pas incluse dans la répartition,

---

164 RIEMER Hans Michael: «Die Auswirkungen grösserer Personalfluktuationen beim Arbeitgeber auf dessen Personalvorsorgestiftung», *SZS* 1982, p. 3.

165 RIEMER: «Fusionen bei klassischen und Personalvorsorgestiftungen», *op. cit.*, p. 169, pour l'exposé complet des principes applicables en cas de fusion.

166 RIEMER: «Die Auswirkungen grösserer Personalfluktuationen», *op. cit.*, p. 7; RIEMER: «Fusionen bei klassischen und Personalvorsorgestiftungen», *op. cit.*, p. 172; MANHART, *op. cit.*, p. 155; BEURRET-FLÜCK/MEIER, *op. cit.*, p. 177; ATF 110 II 443/444, 115 II 419, 115 V 368.

167 RIEMER: «Fusionen bei klassischen und Personalvorsorgestiftungen», *op. cit.*, p. 173.

168 Art. 331 al. 3 CO.

sauf s'il s'agit d'une liquidation totale de l'institution de prévoyance, tant que la solvabilité de l'employeur pour assurer les paiements courants n'est pas en cause[169]. Le plan de répartition de la fortune, voire la fusion, devront être décidés par l'autorité de surveillance, en prenant en considération divers critères, notamment celui de l'égalité de traitement. De manière générale, on ne tiendra pas compte uniquement des salariés en poste lors des changements, mais également de ceux ayant quitté l'entreprise par anticipation dans le passé, durant une période variable selon les cas d'espèce[170]. Une fois ce plan adopté, l'expectative se transforme en un droit subjectif[171]. Le maintien du but de prévoyance devra être toutefois assuré, ce qui exclut le paiement en espèces si l'éventualité assurée ne s'est pas réalisée.

v) L'affectation irrévocable de la fortune de prévoyance

1. La protection des expectatives permet d'illustrer le principe de l'affectation irrévocable de la fortune à son but de prévoyance qui est caractéristique des régimes complémentaires légaux et facultatifs helvétiques[172]. L'employeur ne peut obtenir la restitution des surplus financiers de l'institution de prévoyance; tout au plus pourra-t-il obtenir de sa part un financement dans les limites imposées par la loi[173]. L'évolution vers une telle affectation irrévocable s'est accentuée avec l'adoption de la LPP.

2. La LPP a entraîné la modification de l'art. 331 al. 3 CO, applicable aux régimes obligatoire et facultatif[174], qui introduit l'obligation pour l'employeur de financer 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[175]. En d'autres termes, l'employeur ne peut plus financer ses contributions au moyen des fonds librement disponibles accumulés dans l'institution de prévoyance[176]. Les fonds librement disponibles sont tous les fonds de l'institution de prévoyance qui ne sont pas liés à des prestations dues aux bénéficiaires (capitaux d'épargne, capitaux de couverture)[177]. Outre les dotations propres de l'employeur, ces fonds proviennent, en règle générale,

---

169 RIEMER: «Fusionen bei klassischen und Personalvorsorgestiftungen», *op. cit.*, p. 174.

170 Des périodes de trois à cinq ans sont fréquemment utilisées comme critère.

171 Voir à ce sujet les développements de BEURRET-FLÜCK/MEIER, *op. cit.*, p. 184ss et de MANHART, *op. cit.*, p. 155-160 et 184-187.

172 Voir les réflexions consacrées à cette question au Chapitre 3, litt. g, ch. viii).

173 Voir ce chapitre, litt. b, ch. iv), sur les limites aux placements chez l'employeur.

174 RIEMER: *Das Recht der beruflichen Vorsorge, op. cit.*, p. 99.

175 HELBLING, *op. cit.*, p. 129-132.

176 A titre d'exemple de l'évolution, HELBLING, *op. cit.*, p. 133, va jusqu'à admettre dans la pratique que les fonds librement disponibles d'une fondation patronale, de même que les réserves de cotisations de l'employeur, ne peuvent guère être utilisés aujourd'hui pour financer les contributions réglementaires de l'employeur. Dans leur plus grande partie, ces contributions serviront à améliorer le niveau de la prévoyance, en particulier, selon l'auteur, lorsqu'il s'agit des cadres.

177 HELBLING, *op. cit.*, p. 426.

des surplus techniques, des ristournes de bénéfices sur les contrats d'assurance et des gains de mutation. Le gain de mutation provient de l'absence de transférabilité intégrale dans le régime facultatif. Le salarié sortant qui ne remplit pas les conditions de durée de la loi ou du règlement de l'institution de prévoyance donnant droit à la totalité des contributions de l'employeur perd ces contributions qui sont attribuées - sous forme de gain de mutation - à l'institution de prévoyance.

3. Avant la révision de l'art. 331 al. 3 CO, l'employeur pouvait prétendre financer ses propres contributions courantes, pour d'autres salariés, au moyen des fonds constitués par les fonds librement disponibles, pour autant que ceci soit conforme à l'acte et au règlement de la fondation, et qu'une convention privée n'impose pas une contribution fixe, versée en pourcentage sur le salaire. Le Tribunal fédéral protégea expressément ce droit[178], ce qui suscita des critiques. D'où la naissance de l'art. 331 al. 3 CO, qui prescrit l'affectation irrévocable des contributions de l'employeur et des salariés destinées à l'assurance du revenu social de substitution. Les fonds librement disponibles étant alimentés par ces contributions, ils ne sauraient être utilisés à d'autres fins, en particulier au financement des contributions non échues de l'employeur. Ce dernier garde, toutefois, la possibilité de constituer une réserve pour ses propres contributions futures, en faisant des dotations à un compte spécifique de l'institution de prévoyance ou à une fondation patronale distincte. La loi maintient ainsi une flexibilité, qui permet à l'entreprise de moduler le coût de la prévoyance professionnelle. L'employeur peut verser sa contribution soit directement, soit par l'intermédiaire de la réserve de cotisations qu'il a constituée au sein de l'institution de prévoyance. Pendant les années grasses, l'employeur alimentera sa réserve par des versements supplémentaires, qui sont des charges d'exploitation fiscalement déductibles; cela lui permettra, durant les années maigres, de payer sa contribution au moyen de ces réserves accumulées[179].

4. Ces remarques sur l'affectation des fonds librement disponibles illustrent l'évolution intervenue dans le domaine de la prévoyance professionnelle. Le passage de l'assurance facultative à l'assurance obligatoire a confirmé, tout en la renforçant, l'attribution irrévocable des contributions à la prévoyance professionnelle au revenu social de substitution destiné au salarié et à ses proches[180]. Ce faisant, le droit a limité

---

178 ATF 101 Ib 231 ss ; ATF 103 Ib 161 ss.

179 L'OFAS souligne à ce sujet: *"...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 de l'employeur"*. (*OFAS-BPP*: No 5 du 1er octobre 1987, p. 2-4)

180 Il est également possible de citer, à l'appui de cette évolution, l'art. 39 al. 2 LPP qui stipule que le droit aux prestations ne peut être compensé avec des créances cédées par l'employeur à l'institution de prévoyance que si ces créances ont pour objet des cotisations non déduites du salaire. La possibilité pour l'employeur de céder, à titre onéreux, une créance qu'il aurait envers

le pouvoir de disposition, et donc de décision, de l'employeur sur ces contributions, au profit des bénéficiaires.

i) Les droits acquis et la résiliation des contrats d'affiliation dans les institutions collectives et communes

i) Introduction

1. La constitution d'un régime implique la création d'une institution spécifique par l'employeur ou, dans la grande majorité des cas, son affiliation conventionnelle à une institution existante[181], souvent auprès des grandes institutions de prévoyance collectives et communes[182]. L'impact croissant de ces institutions, notamment pour les petites et moyennes entreprises, créée une distance beaucoup plus grande que dans le passé entre l'institution de prévoyance et l'entreprise, qui n'est plus liée à une institution qu'elle a fondée. Cela conduit à une concurrence entre grandes institutions, plus particulièrement entre les institutions collectives qui, à la différence des institutions communes fondées par les régimes conventionnels, n'expriment pas une solidarité professionnelle.

2. La taille atteinte par ces institutions et les phénomènes de concurrence ont eu deux conséquences:

- les entreprises rompent plus facilement leurs attaches, s'affilient et se désaffilient en fonction de leurs intérêts particuliers[183] ou de leur perception des coûts et de la qualité du service de telle ou telle institution;

---

le travailleur, à l'institution de prévoyance, à charge pour celle-ci de se rembourser lorsqu'elle attribue une prestation, a été réduite à la portion congrue. La jurisprudence a joué également son rôle dans cette évolution vers l'interdiction de la compensation. On consultera les considérants des ATF 106 II 157, 111 II 165 ss et, en particulier, 112 II 38 ss, qui relève (p. 40) l'idée de base du législateur : "*die Versorgung des Arbeitnehmers und seiner Angehörigen sicherzustellen und die Zweckentfremdung der dafür geäufneten Mittel zu verhindern*". Le principe a été confirmé par l'ATFA 114 V 33 ss, qui accorde la priorité au maintien de la prévoyance également dans la prévoyance professionnelle facultative. Par conséquent, une compensation avec une créance en dommages-intérêts de l'employeur est exclue, même lorsqu'il s'agit d'un dommage intentionnel (ATF 114 V 33 ss; PFITZMANN Hans J: «Jurisprudence dans le domaine des caisses de pension», *Séminaire OPPF,* 1988, p. 24).

181 Art. 11 LPP; voir Chapitre 14, litt. d, ch. vi) sur le rapport juridique d'affiliation et Chapitre 22, litt. c sur le droit de codécision des salariés en matière d'affiliation dans le régime légal.

182 Voir les Chapitre 14, litt. d, ch. i), sur la définition de ces structures, Chapitre 14, litt. e sur les fondations communes érigées par les régimes conventionnels, Chapitre 14, litt. g, ch. i), sur l'importance croissante des institutions collectives et communes dans le cadre de la rationalisation centralisatrice des régimes complémentaires et Chapitre 23, litt. f sur la gestion paritaire dans ces institutions.

183 Par exemple, le crédit bancaire accordé en contrepartie de l'affiliation à l'institution collective créée par le même institut bancaire.

- la disparition d'une entreprise, surtout lorsque cela est peu visible en raison de la petitesse de sa taille, n'entraîne pas *ipso facto* la liquidation de l'institution de prévoyance qui lui était liée mais uniquement la fin de son affiliation

Il en découle un manque de transparence sur le maintien des droits acquis ou en cours d'acquisition des salariés chaque fois qu'une affiliation se termine pour être suivie d'une réaffiliation ou d'une liquidation de la prévoyance. Fabia BEURRET-FLÜCK soulignait en 1989 les difficultés rencontrées par les autorités de surveillance avec les fondations collectives. Les assurés n'ont de rapports qu'avec la fondation collective, alors que l'administration est assumée par une tierce personne, la société d'assurances ou la banque. Cette institution et ses caisses internes disposent d'une plus grande liberté que la fondation autonome rattachée à une seule entreprise[184]. Le droit à l'information des bénéficiaires est plus difficile à faire respecter, car ceux-ci se trouvent le plus souvent confrontés à la société d'assurances ou à l'employeur, au lieu des organes de la fondation. Enfin, l'absence de personnalité juridique propre des caisses de prévoyance internes entraîne des difficultés importantes, notamment lorsqu'il s'agit de leur liquidation ou de leur transfert à une autre institution de prévoyance. Le plan de répartition de la fortune libre doit-il être obligatoirement approuvé par l'autorité de surveillance, sous la réserve du contrôle de sa légalité par l'organe de contrôle[185] ? L'Office fédéral des assurances sociales - OFAS - a répondu dans un premier temps par l'affirmative, en prévoyant toutefois une procédure sommaire pour les caisses dont la fortune est inférieure à 500'000 francs et qui ne reçoivent pas des contributions annuelles supérieures à 50'000 francs[186]. Fabia BEURRET-FLÜCK estimait dès lors incontournable l'adoption de dispositions spéciales sur les fondations collectives, que ce soit par la loi ou par des directives administratives.

3. L'Office fédéral des assurances sociales - OFAS - a donné suite à cette recommandation en adoptant, en sa qualité d'autorité de surveillance des institutions collectives et communes d'importance nationale[187], des instructions concernant l'examen de la résiliation des contrats d'affiliation et de la réaffiliation de l'employeur, avec entrée en vigueur le 1er janvier 1993. L'accent essentiel de ces Instructions est de codifier les règles applicables en cas de résiliation du contrat d'affiliation, tout en déléguant beaucoup plus largement que par le passé la vérification de la mise en oeuvre des règles à l'organe de contrôle. Ainsi, l'adoption d'un plan de répartition de la fortune libre en cas de liquidation partielle ou totale de l'entreprise affiliée ne nécessite plus l'approbation préalable de l'autorité de surveillance, qui se bornera à exercer un contrôle *a posteriori*. Il semble bien que la taille même de ces institutions excède les capacités de contrôles détaillés des autorités. Les responsabilités des organes de ces institutions s'en trouvent singulièrement renforcées.

---

184 BEURRET-FLÜCK, *op. cit.*, p. 212.
185 BEURRET-FLÜCK, *op. cit.*, p. 211.
186 *OFAS-BPP*, No 8, *op. cit*, p. 9.
187 Art. 61 al. 2 LPP, art. 3 al. 1 litt. a OPP1.

4. La présentation des Instructions de l'OFAS permet d'illustrer tant l'impact de la tendance à la coordination, qui vise ici non pas le cas de la mobilité professionnelle, mais celui de la mobilité des régimes complémentaires, que les subtilités de la comptabilité des droits acquis, notamment en ce qui concerne les expectatives de prévoyance. Ces Instructions obéissent aux principes de la coordination examinés plus haut, tout en les codifiant. Leur impact juridique est donc important, y compris pour les institutions de prévoyance autonomes qui ne sont pas rattachées à une institution collective ou commune. De manière générale, en cas de résiliation de l'affiliation:

- Il ne peut être porté atteinte aux droits acquis.
- 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 pensions, en fonction de la fortune qu'ils ont apportée et de leurs cotisations. De même, l'effectif des assurés sortants a droit à une part correspondante des réserves constituées pour les mesures spéciales.
- En ce qui concerne ce droit, le principe de la proportionnalité implique que si les fonds non liés sont peu élevés en comparaison des frais qu'entraînerait leur évaluation, on peut renoncer à les restituer.
- L'affiliation à une institution collective ou commune enregistrée nécessite le consentement du personnel[188].
- Avant tout changement d'institution de prévoyance ou avant toute décision concernant un plan de répartition des fonds libres, les assurés doivent être informés et entendus suffisamment tôt.

Les mêmes principes s'appliquent, par analogie, en cas de résiliation partielle, qui équivaut au cas de la liquidation partielle lors de licenciements économiques collectifs, par exemple en raison d'une 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, toutefois, 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.

ii) La procédure en cas de changement d'institution de prévoyance

1. L'institution de prévoyance auprès de laquelle le contrat d'affiliation a été résilié doit donner à l'institution de prévoyance à laquelle l'employeur s'est réaffilié des informations complètes sur les points relevés par les Instructions. Ces informations doivent également être tenues à disposition de l'organe de contrôle de l'institution de prévoyance jusqu'alors compétente.

---

[188] Voir le Chapitre 22, litt. c.

2. L'information obligatoire porte sur le nom ou numéro d'assuré AVS, respectivement les autres données d'identification de chaque assuré. Pour chaque assuré actif, il faut fournir les données sur le capital d'épargne ou de couverture, la valeur de rachat (dans le domaine facultatif) en cas d'écart avec ces valeurs, l'avoir de vieillesse LPP, l'avoir de vieillesse à 50 ans, la somme des cotisations des salariés 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., les éventuelles mises en gage en vertu de l'article 40 LPP, les éventuelles demandes de versement en capital et les éventuelles clauses de bénéficiaires.

Pour chaque bénéficiaire de prestations, dans la mesure où il est concerné par la résiliation du contrat d'affiliation, il faut fournir les données sur le montant et la nature des rentes en cours, les rentes selon la LPP, le capital de couverture des rentes (y compris valeur d'expectative des rentes d'orphelins et de survivants), la valeur de rachat en cas d'écart avec la valeur précitée, le début de la rente, respectivement de l'invalidité, la dernière adaptation au renchérissement, pour les rentes d'invalidité en cours, les données nécessaires à la poursuite du compte-témoin LPP.

3. En plus de ces données individuelles, les informations globales suivantes doivent être fournies pour chaque contrat d'affiliation: le montant de la fortune à transférer, les cas de prévoyance en suspens et la confirmation de l'accord du personnel concerné ou d'une délégation représentative de ce personnel au sujet du changement prévu.

Les différentes composantes de la fortune doivent également être détaillées: montant total des capitaux d'épargne ou de couverture des assurés actifs et des rentiers, valeur de rachat (dans le domaine facultatif) en cas d'écart avec les valeurs précitées, réserves constituées pour les mesures spéciales, réserves de contributions de l'employeur, autres réserves[189], les fonds non liés[190], les déficits techniques éventuels et les éventuelles contributions impayées et créances analogues.

4. 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).

---

189 Sont notamment visées les réserves techniques, par exemple pour l'augmentation de l'espérance de vie, les réserves pour la compensation du renchérissement, et autres, les réserves pour l'entretien d'immeubles, les autres réserves liées au but et les autres passifs liés (y compris les passifs transitoires).

190 Sont notamment visées les réserves de fluctuation pour la valeur des actifs et les fonds libres. A notre sens, ces réserves sont liées, car les actifs évalués à leur valeur vénale à une date déterminée peuvent varier.

5. L'institution de prévoyance à laquelle se réaffilie l'employeur au terme de la procédure de résiliation d'un ancien contrat d'affiliation est tenue de mettre à disposition de son organe de contrôle les informations, respectivement les documents suivants:

- les documents reçus de l'ancienne institution de prévoyance, ainsi que l'éventuelle convention régissant la reprise;
- la preuve du maintien des droits acquis 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 sociales.

iii) La procédure en cas de cessation d'activité de l'employeur

1. La réglementation adoptée par les Instructions s'applique à 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. Elle 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.

2. L'institution de prévoyance doit fournir à l'organe de contrôle les informations suivantes:

- S'agissant des assurés individuels, toutes les informations nécessaires en cas de résiliation du contrat d'affiliation, ainsi que sur la prestation de libre-passage, la part éventuelle aux mesures spéciales et la part éventuelle aux fonds non liés ou, en cas de déficit, la diminution proportionnelle du droit aux prestations de prévoyance. Il n'est, en revanche, pas nécessaire d'indiquer les éventuelles demandes de versement en capital.
- Les informations sur le montant total de la fortune à répartir (dans les institutions collectives, les actifs seront évalués à leur valeur vénale) et la composition des passifs: 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 à d'autres réserves ou le déficit.
- 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.
- Une pièce justificative de la perte d'une institution de prévoyance ou d'assurance quant à la poursuite du versement des rentes en cours.

iv) Détermination de la part aux mesures spéciales, aux réserves et aux fonds non liés dans les institutions communes et mixtes

1. Les institutions communes ne comptabilisent pas séparément pour chaque employeur affilié les fonds destinés aux mesures spéciales, les fonds non liés et les

réserves. Des principes spécifiques sont donc nécessaires pour évaluer les parts sur ces actifs.

2. Le groupe d'assurés sortants a droit à une part des mesures spéciales prévues pour le régime légal[191], soit le 1 pour cent des salaires coordonnés pour les améliorations en faveur de la génération d'entrée et l'adaptation des rentes de vieillesse en cours au coût de la vie[192]. La part revenant à un contrat d'affiliation peut être estimée à l'aide des critères de la structure d'âge des assurés, de la somme des salaires coordonnés et de la durée du contrat.

3. Les fonds non liés et les réserves posent des problèmes un peu plus trapus. Tout d'abord, les Instructions indiquent qu'un groupe d'assurés 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 compte). 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 assimilée 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 disposition de l'organe de contrôle. Pour déterminer la part appropriée, on peut considérer 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 toutefois de compenser le droit aux fonds non liés à 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.

---

191 Art. 70 LPP.

192 Voir ce Chapitre 16, litt. f.

v) Dispositions communes

L'organe de contrôle vérifie l'observation des Instructions dans le cadre de son contrôle annuel de la légalité de la gestion[193], et confirme à l'attention de l'OFAS la conformité à la loi de la conclusion et de la résiliation des contrats d'affiliation. L'OFAS doit toutefois être immédiatement informé lorsque l'application des Instructions nécessite une intervention rapide[194]. Par ailleurs, les droits à l'information et de codécision des salariés et bénéficiaires doivent être respectés.

j) La prescription du droit aux prestations

Les actions en recouvrement de créances dirigées contre une institution de prévoyance se prescrivent par cinq ans lorsqu'elles portent sur des cotisations ou des prestations périodiques, par dix ans dans les autres cas[195]. D'apparence claire cette règle n'est pas exempte de certaines subtilités. Si le droit aux prestations débouche sur un versement en capital (prestation de libre-passage ou prestation de prévoyance sous forme de capital), la prescription n'intervient que dix ans après l'échéance de la prestation. S'agissant de la prestation de libre-passage, l'échéance du droit n'est pas la sortie de l'institution mais l'avènement de l'éventualité assurée. Par ailleurs, s'agissant des prestations de rentes, il faut distinguer entre l'ouverture du droit aux prestations de rente, d'une part, et le droit au paiement de chaque rente. L'ouverture du droit dépend d'un événement unique, soit l'avènement de l'invalidité, du décès ou de l'âge donnant droit à la retraite, ce qui ouvre un délai de prescription de dix ans. Le droit au paiement de chaque rente, qui est une prestation périodique, se prescrit par contre après cinq ans. Ainsi, une personne invalide peut agir neuf ans après la survenance de l'incapacité de gain permanente ou de longue durée, mais n'aura droit qu'aux rentes non prescrites, c'est-à-dire des cinq dernières années.

k) Conclusions

Le développement du droit des régimes complémentaires helvétiques confirme l'importance de la tendance à la coordination, en tant que loi sociologique exprimant l'évolution de ces régimes sur le plan international dans les pays industrialisés. L'une des limites de la coordination reste la protection insuffisante contre le risque de l'inflation dès la retraite. Par ailleurs, l'harmonisation légale favorisant le maintien des droits acquis ou en cours d'acquisition par leur transférabilité intégrale en cas de mobilité professionnelle a révélé l'autre faiblesse sans doute majeure qui affectait la coordination des régimes complémentaires suisses. Les étapes qui ont conduit à la

193 Art. 35 al. 2 OPP2.
194 Art. 36 al. 2 OPP2.
195 Art. 41 al. 1 LPP qui précise que les articles 129 à 142 CO sont également applicables.

transférabilité constituent d'ailleurs une illustration frappante des tensions entre la fidélité à l'entreprise et la fidélité au travail, qui surgissent lorsque les régimes se généralisent, sans disposer d'une médiation par la fidélité à la profession que procurent les régimes conventionnels.

CHAPITRE 17

LA TRANSFERABILITE OU LIBRE-PASSAGE

a) Introduction

i) Transférabilité et préservation

1. La transférabilité et la préservation des droits sont les deux techniques issues de la tendance à la coordination pour assurer le maintien des droits acquis ou en cours d'acquisition dans les régimes complémentaires de retraite[1]. La transférabilité, dans sa forme primitive, se bornait à assurer le remboursement en espèces des cotisations du salarié, voire de l'employeur à la cessation des rapports de travail. Son désavantage majeur réside dans l'impossibilité d'assurer le maintien des droits acquis jusqu'à la réalisation de l'éventualité de la retraite, ou de l'invalidité et du décès. D'où l'évolution vers une forme plus avancée de transférabilité: le transfert des cotisations au nouveau régime auquel le salarié est affilié, voire au salarié avec l'interdiction d'en disposer avant la réalisation des éventualités.

2. Le stade ultime, celui de la transférabilité achevée est le transfert des cotisations au nouveau régime avec la charge de prestations leur correspondant. Cela implique que le nouveau régime accorde l'égalité de traitement aux assurés entrants, notamment en ce qui concerne le rachat de la couverture de prévoyance avec la prestation de transfert et la suppression des réserves d'assurance éventuelles dues à l'état de santé initial.

3. L'évolution historique des régimes complémentaires helvétiques est une confirmation exemplaire de la tendance à la coordination. Au fil du temps, le droit des régimes complémentaires a franchi, prudemment mais avec constance, les paliers successifs conduisant vers un maintien intégral des droits acquis ou en cours d'acquisition en cas de mobilité professionnelle. Notre propos n'a pas l'ambition de présenter l'histoire juridique détaillée de ce développement[2], mais plutôt d'en souligner les traits marquants.

---

1 Voir le Chapitre 3, litt. b, ch. ii).

2 On consultera à ce sujet HUMMEL-PUERTA Willi: *Die Freizügigkeit in der freiwilligen beruflichen Vorsorge,* 1983 et SCHWEIZER Thomas: *Die Freizügigkeit in der beruflichen Vorsorge seit dem Inkrafttreten des BVG,* 1992.

ii) Coordination et délais de stage[3]

Il existe deux catégories de stage: le stage préalable à l'acquisition de droits et le stage atténué applicable aux travailleurs mobiles. En règle générale, les délais de stage pour l'affiliation au régime n'ont pas été imposés, exception faite des éventuelles réserves pour un état de santé déficient préexistant. Assez tôt, il a été admis que le droit réglementaire[4] à une prestation de retraite bénéficiait, en raison de sa nature contractuelle et en vertu du principe de la confiance, de la garantie des droits acquis[5]. L'essentiel de l'évolution du droit helvétique a donc visé l'élimination des délais de stage en cas de mobilité professionnelle. Ces délais n'ont été limités que très progressivement, essentiellement en raison de la prédominance des régimes contractuels et de la fidélité à l'entreprise qui les empreint. Or, le droit suisse est marqué actuellement par une évolution rapide en matière de délais de stage, expression de l'atténuation de la fidélité à l'entreprise au profit de la fidélité au travail.

iii) Fidélité à l'entreprise et au travail[6]

L'un des facteurs essentiels de l'évolution du droit helvétique en matière de transférabilité réside dans la tension entre la fidélité au travail et la fidélité à l'entreprise. La faiblesse des régimes conventionnels et la prédominance des régimes contractuels ont empêché des solutions fondées sur la fidélité à la profession, qui auraient pu atténuer cette tension. Avant d'entrer dans le vif du sujet, il vaut la peine de situer brièvement les facteurs contemporains qui atténuent la fidélité à l'entreprise pour ensuite aborder les différentes étapes du développement du droit à une prestation de transfert.

b) Les facteurs atténuant la fidélité à l'entreprise

i) L'impact de la mobilité professionnelle

1. Des études récentes ont analysé la mobilité des travailleurs masculins et féminins; elles relativisent l'image d'une stabilité professionnelle s'exprimant essentiellement par une longue fidélité à l'entreprise.

Ainsi, les femmes de 25 à 50 ans changent trois fois d'employeur au cours de leur vie professionnelle, tandis que les hommes de la même classe d'âge occupent quatre

---

3 Voir le Chapitre 3, litt. b, ch. iii).
4 Voir le Chapitre 14, litt. d, ch. ii).
5 Voir le Chapitre 16, litt. d.
6 Voir le Chapitre 3 sur les notions de la fidélité au travail, à la profession et à l'entreprise.

emplois pour une durée minimale de six mois[7]. 61% des femmes n'ont pas travaillé dans plus de trois emplois, tandis que 67% des hommes n'en ont pas occupé plus de quatre. La majorité des changements d'emplois s'effectue avant la 30e année. En d'autres termes, chaque année ce sont environ 460'000 relations de travail qui sont dissoutes, chiffre actuellement en augmentation en raison de la progression du chômage. Chaque septième salarié change d'emploi en cours d'année. La durée moyenne d'engagement s'élève donc à sept ans. La mobilité diminuant avec l'âge, les salariés mobiles plus jeunes sont exposés aux pertes causées par l'existence de délais de stage pour l'acquisition de droits dans les régimes complémentaires.

2. Selon Hans SCHMID, les relations de travail de longue durée apparaissent à première vue comme le résultat d'une satisfaction réciproque des parties au contrat de travail, l'employeur et le salarié[8]. Il est donc tout à fait plausible que la constitution d'un marché du travail interne à l'entreprise, et la diminution correspondante de la mobilité externe, soit le moyen le plus efficace pour répondre à la nécessité de constituer un réservoir de capital humain. Cela conduit de fait à une plus grande sécurité de l'emploi, qui motive et renforce à son tour l'engagement dans l'entreprise. Les dépenses de transfert et les incertitudes sont ainsi limitées pour les deux parties.

Toutefois, ce qui est vrai au plan micro-économique ne l'est pas nécessairement dans une approche plus globale. Le maintien de longs délais de stage peut faciliter l'existence de trop longues relations de travail, ce qui soulève deux objections relatives au fonctionnement du marché du travail sur le plan macro-économique. Des barrières peuvent s'ériger autour de tels emplois les rendant inaccessibles pour des personnes extérieures à l'entreprise. Par ailleurs, une bonne mobilité permet d'absorber les chocs provenant du marché par des départs volontaires réguliers[9].

3. Le marché suisse du travail a ceci de particulier qu'il associe des efforts importants des entreprises en matière de formation professionnelle, notamment par la filière de l'apprentissage en emploi, à une grande facilité de résilier le contrat de travail, y compris en cas de licenciements collectifs économiques[10]. Il est donc logique que la tension entre la stabilité et la mobilité professionnelle s'exprime plus vivement en cas de difficultés économiques. L'employeur peut dans ce cas se séparer facilement et sans frais particuliers d'une partie de ses effectifs. Si le régime complémentaire en vigueur est fondé sur la fidélité à l'entreprise et qu'il contient des délais de stage[11], les salariés

---

7 SCHMID Hans: «Ökonomische Überlegungen zum Problem der Freizügigkeit der Arbeitnehmer», in: *Freizügigkeit in der beruflichen Vorsorge,* 1992, p. 5.

8 *Ibid.*, p. 10.

9 *Ibid.*, p. 10.

10 Les délais légaux de résiliation du contrat de travail sont en principe d'un mois durant la première année, de deux mois de la deuxième à la neuvième année et de trois mois dès la dixième année. Il n'y a pas d'indemnité de licenciement proportionnelle à la durée de l'engagement; la seule indemnisation prévue est celle due en vertu du caractère abusif du congé ordinaire ou injustifié du congé immédiat.

11 Voir le Chapitre 3, litt. b, ch. iii).

licenciés sont appelés à supporter tant le risque de l'entreprise que le risque de prévoyance. Cela d'autant plus qu'avec l'âge, le taux des bonifications de vieillesse pour le régime légal LPP augmente, ce qui constitue une certaine incitation au licenciement et un relatif obstacle à l'embauche.

4. L'exigence d'une meilleure coordination des régimes complémentaires, notamment en ce qui concerne les délais de stage, est ainsi issue tant de la mobilité volontaire des salariés plus jeunes et de la mobilité contrainte des salariés licenciés que de l'exigence plus générale d'un marché du travail flexible. A cela s'ajoutent les pertes en matière de prévoyance subies par les femmes du fait de délais de stage impossibles à accomplir lorsque l'activité professionnelle est interrompue pour s'occuper du foyer et des enfants. L'impératif de la fidélité à l'entreprise s'en trouve relativisé. Ce d'autant que la prédominance nouvelle de la primauté des contributions dans les régimes complémentaires helvétiques suscite à l'évidence une volonté d'appropriation du capital de prévoyance[12] conçu comme la somme pour l'individu des contributions de l'employeur et du salarié.

ii) L'individualisation du droit à l'avoir de prévoyance

1. Ce rêve d'appropriation est moins marqué dans les régimes en primauté des prestations[13]. Devenus minoritaires, ces derniers subissent maintenant la pression à l'individualisation du droit aux prestations, conçu comme un capital individuel dont l'échéance est fixée par l'avènement des éventualités de la retraite, de la vieillesse ou du décès. On en retrouve l'expression dans l'initiative populaire fédérale *"pour l'extension de l'AVS et de l'AI"*, déposée le 30 mai 1991 par le Parti socialiste suisse et l'Union syndicale suisse, qui fournit une définition du capital devant être transféré en cas de mobilité professionnelle: *"la prestation de libre-passage correspond au moins au double du montant des contributions du salarié à la prévoyance professionnelle vieillesse, augmentée des intérêts."*

Or, ce sont précisément les éléments de solidarité propres à la primauté des prestations qui permettent actuellement leur financement. Les contributions de l'entreprise ne sont pas en effet immédiatement réparties de manière égalitaire sur la tête de chaque salarié assuré; elles sont attribuées de manière sélective en fonction de l'âge[14]. Une telle solidarité heurte le besoin d'appropriation qui s'exprime chez les salariés mobiles plus jeunes, qui estiment subir une discrimination par rapport à leurs aînés. Il y a donc un conflit de générations qui est stimulé par le choc entre la primauté des contributions et des prestations.

---

12 Voir les Chapitre 2, litt. c, ch. i), Chapitre 13, litt. b, ch. ii), 3 et Chapitre 14, litt. d, ch. iv), 7 sur la notion de primauté des contributions et le besoin d'appropriation individuelle du capital de prévoyance.

13 Voir les Chapitre 2, litt. c, ch. i), 4, Chapitre 14, litt. d, ch. iv).

14 Chapitre 14, litt. d, ch. v), 2.

2. Ce conflit est aiguisé par le fait qu'un plan en primauté des prestations constitue également un instrument de la politique du personnel de l'entreprise, notamment pour attirer et garder des salariés qualifiés grâce à la sécurité sociale offerte par de tels régimes. Mais la pression des besoins de mobilité et d'individualisation des droits tendent à s'exercer au détriment des solidarités dans les régimes complémentaires contractuels[15], ceux-ci étant associés à une certaine fidélité à l'entreprise, et non à une fidélité à la branche ou à la profession comme c'est le cas dans les régimes conventionnels. La remise en cause de ces solidarités entraîne logiquement un coût plus important et le maintien d'un plan en primauté des prestations peut en être rendu plus difficile, voire aléatoire. L'entreprise pourra alors préférer atténuer le rôle des prestations de retraite réglementaires pour sa politique du personnel, en ayant plutôt recours à des prestations de prévoyance discrétionnaires ou à des arrangements salariaux individuels.

La tendance à concevoir le droit aux prestations comme un avoir individuel attribué à chaque salarié affilié fait son chemin dans deux autres domaines, soit ceux du droit du divorce et de l'accession à la propriété. L'évolution en matière de coordination exerce à cet égard une influence manifeste.

iii) L'individualisation des droits favorisée par l'accession à la propriété et le divorce

1. L'accession à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle a été conçue en parallèle à la réforme sur le libre-passage entre institutions de prévoyance. L'idée essentielle est de permettre l'utilisation directe de l'avoir de prévoyance pour acquérir la propriété du logement destiné à un usage personnel, sous forme d'un droit légal au capital épargné dans une institution de prévoyance[16]. Le but est de permettre soit la mise en gage, soit le versement anticipé de tout ou partie de la prestation due en cas de départ de l'institution durant la vie active. En d'autres termes, l'augmentation des prestations transférées en cas de mobilité professionnelle permet d'envisager une individualisation accrue de l'usage du droit aux prestations, envisagé comme un capital d'épargne.

2. Le partage de l'avoir acquis auprès d'une institution de prévoyance en cas de divorce fait également l'objet de projets de réforme. Si dans le passé les biens hérités ou épargnés pendant le mariage représentaient les principales valeurs patrimoniales d'une famille, ce rôle est aujourd'hui souvent dévolu au capital d'épargne issu de la prévoyance professionnelle[17]. Or, tant les prestations légales pour la femme divorcée[18]

---

15 Voir le Chapitre 2, litt. f, à propos de la notion de régime contractuel.

16 Message du Conseil fédéral concernant l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle, du 19 août 1992, p. 12.

17 *Rapport explicatif et avant-projet pour une révision du code civil (conclusion du mariage et divorce, état civil, filiation, dette alimentaire, tutelle, asiles de famille et courtage matrimonial)*, Chancellerie fédérale, 1992, p. 58.

que la réglementation actuelle en matière d'indemnisation des expectatives perdues en cas de divorce[19] sont largement insuffisantes pour pallier les lacunes de prévoyance. Ce sont notamment les femmes divorcées âgées qui font partie des cercles de population économiquement les plus défavorisés en Suisse[20]. D'où la proposition de partager à égalité entre les époux divorcés les capitaux équivalents aux prestations de sortie dues en cas de mobilité professionnelle[21]. Le divorce serait ainsi assimilé à un cas de sortie de l'institution.

c) La transférabilité primitive et son évolution

i) La transférabilité primitive et ses défauts

1. La transférabilité est née sous sa forme primitive avant la seconde guerre mondiale. Le 18 décembre 1936, le législateur modifia les dispositions légales applicables aux fondations de prévoyance des sociétés coopératives et anonymes[22] envers lesquelles le travailleur disposait d'un droit acquis à la restitution de ses propres contributions, tant qu'il ne bénéficiait pas de prestations conformément aux dispositions de la fondation. Le remboursement reposait sur le besoin éthique d'éviter une injustice[23]. Le remboursement fut étendu, par la nouvelle loi du 21 mars 1958, à l'ensemble des fondations de prévoyance, mais uniquement dans le cadre des conventions de prévoyance conclues en rapport avec les contrats de travail de droit privé.

2. Le défaut que représente le remboursement en espèces - la perte de la couverture de prévoyance - mit longtemps à pénétrer les esprits. Dans la plupart des cas, ces sommes furent vraisemblablement affectées à d'autres buts que la préparation de la retraite. D'ailleurs, durant la période de haute conjoncture, il n'était pas rare que le travailleur résiliât formellement son contrat, afin de permettre le remboursement, pour ensuite se réengager immédiatement auprès du même employeur. Certains esprits éclairés, notamment des employeurs et des syndicalistes, commencèrent à revendiquer l'interdiction du paiement en espèces tout en étant conscients de l'attachement de nombreux salariés à ce genre de versements[24] !

3. Une telle interdiction pouvait faciliter une solution partielle à l'autre défaut essentiel, la perte des droits acquis grâce aux efforts distincts de l'employeur. La fidélité à l'entreprise était alors conçue de manière absolue, le droit aux prestations

---

18 Art. 19 LPP et 20 OPP2.

19 Art. 151 Code civil suisse (CC).

20 *Rapport explicatif et avant-projet pour une révision du Code civil, op. cit.*, p. 59.

21 *Rapport explicatif et avant-projet pour une révision du Code civil, op. cit.*, p. 59 et article 126.

22 Art. 673 al. 2 et 4, 862 al. 2 et 4 CO; HUMMEL-PUERTA, *op. cit.*, p. 80.

23 WIRZ: *Die Personal-Wohlfahrtseinrichtungen der schweizerischen Privatwirtschaft,* 1955, p. 247.

24 HUMMEL-PUERTA, *op. cit.*, p. 84-85.

réglementaires n'étant garanti par la loi que si le travailleur était encore au service de l'employeur lors de la réalisation de l'éventualité assurée. Conscients de la nécessité d'assouplir cet obstacle, les milieux concernés commencèrent à étudier de nouvelles solutions.

ii) Les premières tentatives d'amélioration

Dans cette perspective, certaines institutions de prévoyance commencèrent à introduire l'interdiction du paiement en espèces de la prestation de libre-passage dans leurs dispositions statutaires et réglementaires, interdiction rendue possible sur le plan juridique par l'inclusion dans cette prestation d'une part supplémentaire prélevée sur les contributions de l'employeur[25] et qui n'était pas due en vertu de la loi. Par ailleurs, certaines institutions offrirent la possibilité d'une préservation des droits acquis par la création d'un statut d'assuré externe offert aux salariés ayant quitté l'entreprise. Enfin, sur demande des milieux intéressés de la prévoyance professionnelle, les compagnies d'assurance privées mirent sur pied une nouvelle institution, la police d'assurance de libre-passage exigible lors de la retraite, avec une limitation du paiement en espèces aux cas de l'invalidité et du départ définitif de la Suisse et une définition non modifiable du cercle des bénéficiaires en cas de décès[26]. Ces polices avec leurs limitations furent approuvées par une Ordonnance du Conseil fédéral du 1er avril 1966[27].

iii) Les efforts des partenaires sociaux

1. Ces efforts débouchèrent, le 30 juin 1967, sur un accord entre les associations centrales d'employeurs et de salariés relatif au libre-passage[28]. L'accord postulait une amélioration du libre-passage par l'octroi au travailleur mobile d'une partie des contributions de l'employeur, sous la réserve que le but de prévoyance soit maintenu. Il s'agissait toutefois d'une déclaration de principe qui n'avait pas d'effet obligatoire pour les institutions de prévoyance. Cet accord fut concrétisé par un accord du 19 juillet 1969 entre partenaires sociaux dans la branche de l'industrie des machines et de la métallurgie[29]. Bien que l'accord n'eût pas d'effet obligatoire sur les institutions de prévoyance, ses principes directeurs ont servi de base à des améliorations non négligeables et ont inspiré le législateur par la suite. L'accord recommandait, en cas de financement paritaire de la prévoyance par l'employeur et les travailleurs, le versement d'un montant supplémentaire aux contributions du travailleur mobile dès la cinquième année de service, selon l'échelle suivante: 3% par année durant les 15 premières années de service, 5% de la 16e à la 20e année de service et 6% pour les années suivantes. En

25 *Ibid.*, p. 84-88.
26 *Ibid.*, p. 92-101.
27 *Ibid.*, p. 94.
28 *Ibid.*, p. 105-107.
29 *Ibid.*, p. 107-108.

définitive, le travailleur devait toucher le double de ses propres contributions après 25 ans de service. Si les contributions de l'employeur étaient plus élevées que celles du travailleur, la part supplémentaire en pourcentage devait être calculée en proportion du rapport entre les contributions.

2. La fidélité à l'entreprise fut ainsi relativisée et la coordination renforcée grâce à l'action des partenaires sociaux. Ces premiers efforts ne débouchèrent pas, toutefois, sur une généralisation de la coordination par la voie conventionnelle. D'où l'accent mis par la suite sur la voie légale, accompagnée de nouveaux efforts des partenaires sociaux.

d) L'amélioration de la transférabilité dans les régimes complémentaires facultatifs

i) Introduction[30]

1. Devant l'insatisfaction due aux insuffisances de la transférabilité, le Conseil fédéral décida de saisir l'occasion d'une révision d'ensemble du Titre X du Code des obligations relatif au contrat de travail pour apporter des améliorations applicables aux rapports de travail relevant du droit privé. Le projet de loi qu'il soumit aux Chambres fédérales par son message du 25 août 1967 prévoyait l'interdiction du paiement en espèces au profit d'un droit à des prestations futures; le remboursement en espèces n'était maintenu que dans l'hypothèse où le droit du travailleur à une prestation de transfert se limitait à ses propres contributions. L'employeur avait ainsi la possibilité facultative d'améliorer la prestation de transfert en sachant que ses propres contributions ne seraient pas détournées de leur but de prévoyance. Le projet ne consacrait donc pas une obligation, mais uniquement une incitation légale pour l'employeur d'améliorer la prestation de transfert.

2. Les Chambres fédérales décidèrent d'aller plus loin et de rendre obligatoire le transfert d'une part des contributions de l'employeur, en s'inspirant des accords antérieurs entre partenaires sociaux et en particulier de l'accord précité du 19 juillet 1969 dans la branche de l'industrie des machines et de la métallurgie. Entrés en vigueur le 1er janvier 1972, les articles 331 à 331c CO constituèrent la nouvelle réglementation impérative de la transférabilité dans les régimes facultatifs jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur le libre-passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LFLP), le 1er janvier 1995[31]. Les traits essentiels de cette réglementation étaient les suivants:

---

30 *Ibid.*, p. 116-119.

31 Voir ce Chapitre 17, litt. f, *infra* pour la présentation de la LFLP; la date d'entrée en vigueur est celle annoncée, mais n'a pas encore été décidée lors de l'impression.

a) La réaffirmation de l'obligation contenue dans l'ancien droit de transférer les contributions pour un régime complémentaire de retraite (et d'invalidité et de décès) à une institution juridiquement distincte de l'entreprise, soit à une fondation, à une société coopérative ou - ce qui était nouveau - à une institution de droit public[32].

b) L'obligation de la contribution paritaire de l'employeur lorsque le travailleur était lui-même tenu de verser des contributions à une institution de prévoyance[33]. La parité n'est pas nécessairement individuelle, car l'employeur peut répondre à l'exigence en versant une prime collective qui est égale à la somme des contributions des travailleurs[34].

c) L'obligation de l'employeur de renseigner le travailleur sur ces droits envers une institution de prévoyance[35].

d) La définition de la prestation de transfert dans les régimes complémentaires constitués sous la forme de fonds d'épargne[36].

e) La définition de la prestation de transfert dans les régimes complémentaires constitués sous la forme d'une institution d'assurance[37].

f) L'obligation d'assurer le maintien du but de prévoyance avec certaines exceptions permettant le remboursement en espèces[38].

3. Ces dispositions furent largement maintenues pour les régimes complémentaires facultatifs après l'entrée en vigueur du régime complémentaire légal, qui a consacré comme on le verra plus loin une transférabilité intégrale des contributions pour le régime légal, c'est-à-dire sans délai de stage. Mais elles furent condamnées à la disparition par le projet de la loi fédérale sur le libre-passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, invalidité et survivants, applicable à l'ensemble des régimes complémentaires offrant des prestations réglementaires. Leur brève présentation se justifie néanmoins pour illustrer l'évolution de la tendance à la coordination.

ii) L'atténuation de la fidélité à l'entreprise avec le maintien de délais de stage

1. Le principe fondamental de ces dispositions fut d'accorder au travailleur, outre ses propres contributions, le droit à une part équitable et croissante à l'effort accompli par l'employeur de la cinquième à la trentième année de service. Il fallait, toutefois, que ces contributions aient été destinées à l'assurance-vieillesse, survivants ou invalidité, ce qui exclut les contributions versées en vue de prestations discrétionnaires.

---

32 Art. 331 al. 1 CO; voir le Chapitre 19, litt. b, sur le droit à l'information.
33 Art. 331 al. 3 CO.
34 HUMMEL-PUERTA, *op. cit.*, p. 186.
35 Art. 331 al. 4 CO.
36 Art. 331a CO.
37 Art. 331b CO.
38 Art. 331c CO.

2. La règle valait qu'il s'agisse d'un régime sous la forme d'un fonds d'épargne ou d'une institution d'assurance. La période de vingt-cinq ans ainsi consacrée impliquait logiquement une progression en paliers vers la transférabilité complète. L'institution de prévoyance était libre de déterminer elle-même l'échelle de la progression sous la réserve de l'équité. Il était, par exemple, possible d'admettre une progression linéaire de 4% par année jusqu'à 100% de la part constituée par l'employeur. Il était également possible de prévoir une échelle avec une croissance progressive plus forte durant les dernières années[39]. Le Tribunal fédéral des assurances ne vérifiait pas si une réglementation statutaire du libre-passage satisfaisait dans tous ses éléments aux exigences de la loi. Il se bornait à examiner si la prestation de libre-passage qui en résulte dans un cas donné est appropriée[40]. Des difficultés pouvaient surgir dans la détermination du nombre d'années sur lesquelles les contributions ont porté lorsque le salarié a interrompu pendant quelque temps son activité chez l'employeur pour la reprendre ensuite. Fallait-il que le calcul porte sur les années d'engagement cumulées, ou uniquement sur celles qui correspondent à l'ultime période d'engagement ? Le Tribunal fédéral des assurances se montra prudent dans l'admission d'un cumul, retenant comme critères la courte durée de l'interruption, l'absence de nouveau contrat de travail écrit lors du deuxième engagement, la longue durée du premier engagement, l'absence de décompte de sortie intermédiaire de l'institution de prévoyance et la poursuite de la tenue du compte de prévoyance[41].

iii) La prestation de sortie dans les fonds d'épargne[42]

1. La notion de fonds d'épargne implique que les prestations de vieillesse sont constituées sur la base d'une épargne individuelle pour chaque travailleur, sans la planification et la mutualisation propres à un plan de prestations fondé sur l'assurance. Les prestations d'invalidité et de décès peuvent, par contre, être assurées, mais alors sur la base de l'assurance et non de l'épargne[43].

2. Si le travailleur ne recevait pas de prestations réglementaires lors de la fin du contrat de travail, il bénéficiait d'une créance envers le fonds correspondant au moins à ses propres contributions, avec les intérêts[44]. Si les cotisations du travailleur et de l'employeur ou, en vertu d'un accord, de l'employeur seulement, avaient porté sur cinq années ou davantage, la créance du travailleur comprenait, en plus de ses contributions, une part équitable des contributions de l'employeur, eu égard aux années de cotisations, y compris les intérêts[45]. Si les cotisations avaient porté sur trente années ou davantage, la créance correspondait à la totalité du capital constitué par les

39 BRÜHWILER: *Die betriebliche Personalvorsorge, op. cit.*, p. 515.
40 *SZS* 1989, p. 250ss.
41 ATF 115 V 111.
42 Art. 331a CO.
43 Art. 331a al. 4 CO.
44 Art. 331a al. 1 CO.
45 Art. 331a al. 2 CO.

contributions du travailleur et de l'employeur, y compris les intérêts[46]. Si, toutefois, le fonds d'épargne se combinait avec une assurance de risque, les montants affectés à la couverture du risque pour la durée des rapports de travail étaient imputés sur cette créance[47]. L'exigence des intérêts correspondait à la préservation des droits acquis pendant le contrat de travail.

iv) La prestation de sortie dans les institutions d'assurance

1. Les régimes complémentaires constitués sous une base d'assurance posent des problèmes techniques plus délicats, car les prestations de vieillesse, d'invalidité et en cas de décès sont déterminées par la réserve mathématique constituée selon les données actuarielles du plan d'assurance. Sur le plan de l'assurance, la réserve est un capital de couverture déterminé selon la méthode dite prospective[48]. Or, la loi consacrait, après la cinquième année de service, le droit du travailleur à une part équitable, eu égard aux années de cotisation, de la réserve mathématique calculée au moment où le contrat prend fin[49].

2. Le calcul de la prestation de transfert obéissait donc à deux règles différentes, selon que le contrat de travail avait duré plus ou moins de cinq ans:

a) Si le contrat de travail avait duré moins de cinq ans, le travailleur avait droit au moins à ses propres cotisations, déduction faite des prestations versées en couverture d'un risque d'invalidité ou de décès pour la durée des rapports de travail[50]. Selon Willi HUMMEL-PUERTA, malgré le silence de la loi, le travailleur pouvait également solliciter les intérêts sur ses propres contributions[51].

b) Si le contrat de travail avait duré plus de cinq ans, la réserve mathématique devait être calculée de manière telle que la contre-valeur des contributions futures du travailleur et de l'employeur fixées par règlement vienne en déduction de la contre-valeur des prestations futures. La prestation de transfert pouvait toutefois être limitée en cas de déficit technique[52]. La règle apparaissait inéquitable en ne prévoyant pas son corollaire, à savoir que la prestation de transfert doit être augmentée en cas de bénéfice technique[53]. Si les contributions avaient porté sur trente années ou davantage, la créance du travailleur correspondait à la totalité de la réserve mathématique[54]. Enfin,

---

46 Art. 331a al. 3 CO.
47 Art. 331a al. 4 CO.
48 HUMMEL-PUERTA, *op. cit.*, p. 183.
49 Art. 331b al. 2 CO.
50 Art. 331b al. 1 CO.
51 HUMMEL-PUERTA, *op. cit.*, p. 139.
52 Art. 331b al. 4 CO; ATF 117 V 299.
53 HUMMEL-PUERTA, *op. cit.*, p. 147-151; SCHWEIZER: *Die Freizügigkeit in der beruflichen Vorsorge seit dem Inkrafttreten des BVG, op. cit.*, p. 13.
54 Art. 331b al. 3 CO.

l'institution de prévoyance pouvait prévoir une réglementation différente pour déterminer la créance du travailleur, à condition qu'elle soit au moins équivalente pour lui, par exemple par une échelle fixe contenue dans son règlement[55].

3. Lorsque la réserve mathématique est calculée sur la base de l'équivalence individuelle propre à l'assurance collective privée proposée par les compagnies d'assurance soumises à la surveillance, la base de calcul de la réserve mathématique est toujours fondée sur les primes ou cotisations versées pour chaque assuré individuel[56]. Le calcul de la valeur actuelle de la réserve mathématique recèle dans ce cas peu de difficultés. La liberté d'organisation des institutions de prévoyance leur permet toutefois de recourir à d'autres modes de financement de l'assurance, notamment le financement collectif par des primes qui ne varient pas selon l'âge[57] ce qui peut conduire à des réserves mathématiques négatives pour les salariés jeunes[58]. Une telle liberté permet de grandes variations entre institutions dans le calcul de la réserve mathématique[59]. Le risque de manipulations abusives fut néanmoins limité par le contrôle des experts actuariels et des autorités. De plus, l'obligation de l'employeur de verser la contribution paritaire lorsque les travailleurs sont également tenus à un paiement[60] constituait un frein important à de telles manipulations[61]. Enfin, l'obligation de verser au travailleur au moins ses propres contributions au sens de la loi[62] était une prestation minimale devant être respectée en tous les cas, même après les cinq premières années de service, ce qui écartait le risque d'une réserve mathématique négative pour les travailleurs plus jeunes lorsqu'il est recouru à un financement collectif[63]. Malgré ces limites, l'insatisfaction suscitée chez les salariés plus jeunes devant les pertes subies dans les régimes à primauté des prestations ou en financement collectif en cas de mobilité fut l'un des motifs importants de la nouvelle réglementation introduite par la loi sur le libre-passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LLP).

v) Le maintien du but de prévoyance

1. Afin d'assurer le maintien du but de prévoyance, le législateur imposa l'obligation de transfert au nouveau régime tout en admettant, à titre subsidiaire, l'instrument de la

---

55 Art. 331b al. 5 CO.

56 HUMMEL-PUERTA, *op. cit.*, p. 187.

57 Voir le Chapitre 16, litt. c, ch. iii), sur la distinction entre la capitalisation individuelle et collective.

58 HUMMEL-PUERTA, *op. cit.*, p. 190-193.

59 HUMMEL-PUERTA, *op. cit.*, p. 184-186, indique les principales différences pouvant surgir en raison de la variation des hypothèses actuarielles utilisées.

60 Art. 331 al. 3 CO.

61 HUMMEL-PUERTA, *op. cit.*, p. 186.

62 Art. 331b al. 1 CO.

63 HUMMEL-PUERTA, *op. cit.*, p. 193-194.

police de libre-passage imaginé par les assureurs privés[64] qui fut généralisé avec une ouverture aux solutions bancaires. L'impératif propre à la coordination d'une continuité de l'effort de prévoyance tout au long de la carrière professionnelle trouvait ainsi sa première concrétisation légale.

2. Pour s'acquitter de son obligation correspondant à la créance du travailleur, l'institution de prévoyance constituait en faveur de celui-ci une créance en prestations futures envers l'institution de prévoyance d'un autre employeur, une compagnie d'assurance soumise à surveillance, ou également, moyennant le maintien intégral de la protection acquise au titre de la prévoyance, envers une banque ou une caisse d'épargne satisfaisant aux conditions fixées par le Conseil fédéral[65]. Le travailleur avait donc l'obligation de transférer sa prestation de transfert à la nouvelle institution de prévoyance, lorsque cela était nécessaire à la poursuite de la prévoyance en vertu des dispositions statutaires et réglementaires de cette dernière. Le Tribunal fédéral des assurances précisa que les dispositions réglementaires ou statutaires de la nouvelle institution ne pouvaient limiter les droits de l'assuré que dans la mesure nécessitée par une exécution matériellement correcte des rapports de prévoyance[66]. Ce n'est que si la prestation de transfert était sans importance au regard de la prévoyance prévue par ces dispositions que le travailleur était autorisé à se constituer une police ou compte de libre-passage. Enfin, lointain écho de la technique de la préservation, l'institution de prévoyance était dispensée de constituer une créance envers un tiers lorsque le travailleur restait affilié une fois que le contrat de travail avait pris fin[67]; une telle solution ne pouvait toutefois être imposée au travailleur en raison de la liberté de choisir une prestation de transfert.

3. L'obligation du transfert ne signifiait pas, pour autant, l'obligation pour la nouvelle institution d'assumer la charge des prestations correspondantes. Cela impliquait, notamment, que le transfert pouvait ne pas se réaliser si le régime fixait un délai de stage avant l'admission. Par ailleurs, des réserves liées à l'état de santé déficient de l'assuré pouvaient être imposées à l'entrée par la nouvelle institution de prévoyance[68]. Sur la base de questionnaires plus ou moins détaillés, la nouvelle institution de prévoyance pouvait poser au nouvel assuré des questions d'ordre personnel et médical. Il en découlait que des réponses inexactes ou incomplètes (réticences) pouvaient être fournies par l'assuré. Le Tribunal fédéral des assurances jugea que pour déterminer s'il l'on est en présence d'une réticence, et pour en fixer les conséquences, il faut se rapporter aux dispositions statutaires ou réglementaires de l'institution de prévoyance.

---

64 Voir ce chapitre, litt. c, ch. ii) ci-dessus. Les assurances privées ont innové sous la pression de la tendance à la coordination. Cela confirme que leur rôle majeur dans le domaine des régimes complémentaires les conduit par la force des choses à se faire l'expression des besoins de leurs "clients" que sont les bénéficiaires, dans les limites imposées par leurs principes d'organisation.

65 Art. 331c al. 1 CO.

66 ATF 115 V 106-109.

67 Art. 331c al. 3 CO.

68 ATF 115 V 215; VIRET: «La jurisprudence récente du Tribunal fédéral des assurances en matière de prévoyance professionnelle», *op. cit.*, p. 10-12.

A défaut, il faut appliquer par analogie la loi fédérale sur le contrat d'assurance ce qui autorisait la résiliation de la convention de prévoyance en cas de réticence avérée[69]. Une atténuation des conséquences d'une réserve relative à l'état de santé initial a été introduite par le Tribunal fédéral des assurances en cas d'invalidité partielle lors de l'entrée dans la nouvelle institution[70].

vi) La limitation du remboursement en espèces

1. Le délai transitoire de cinq ans admis par le législateur pour la mise en oeuvre de la nouvelle réglementation suscita des conflits auxquels il a déjà été fait mention[71]. Durant ce délai, et tant que les dispositions statutaires et réglementaires n'étaient pas modifiées, le paiement en espèces de la prestation de transfert restait autorisé. Cette période d'adaptation mise à part, le législateur précisa les cas où un remboursement en espèces restait possible.

2. Tout d'abord, le versement en espèces fut rendu obligatoire lorsque le travailleur avait été affilié à des institutions de prévoyance pendant moins de neuf mois en tout, ou que sa créance ne représentait qu'un montant insignifiant[72]. Le but de la norme était d'éviter les complications administratives fastidieuses. La durée de neuf mois s'appréciait eu égard à l'ensemble de la carrière de prévoyance, et pas seulement à la durée de l'affiliation auprès de la dernière institution. La notion de montant insignifiant présentait plus de difficultés car elle est indéterminée. A cet égard, le Tribunal fédéral des assurances[73] indique que savoir ce qu'est un montant insignifiant ne doit pas être tranché une fois pour toutes en fonction d'une limite exprimée en francs. Il faut, bien plutôt, tenir compte de l'ensemble des circonstances, notamment de l'âge du travailleur et du niveau de son revenu. Le critère de la cotisation annuelle réglementaire peut servir d'indicateur, tout comme une limite maximale correspondant à l'équivalent de cinq années de cotisations personnelles, mais avec un plafond maximum. Les institutions de prévoyance avaient aussi la possibilité de définir dans leurs statuts ou règlements la notion de créance de peu d'importance et il convient, à cet égard, de leur réserver une certaine latitude de jugement. Le contrôle du juge devait veiller néanmoins tout particulièrement à ce que le principe de l'interdiction du versement en espèces ne soit affaibli ou détourné au moyen d'une interprétation trop extensive des dispositions légales.

3. Le versement en espèces fut également rendu obligatoire dans trois autres cas, lorsque la demande en est faite par le travailleur. En ce qui concerne la preuve du fait

---

69 Art. 4 et suivants de la loi fédérale sur le contrat d'assurance.
70 ATF 118 V 36; voir ce Chapitre 17, litt. e, ch. iii) ci-dessous.
71 Chapitre 16, litt. f, ch. ii).
72 Art. 331c al. 4 litt. a CO.
73 ATF 116 V 110-111.

invoqué, et afin d'éviter des abus, il y avait lieu d'exiger des actes officiels, voire le cas échéant de fixer un délai d'attente[74]. Les trois cas étaient:

a) Le travailleur qui quitte définitivement la Suisse[75], la preuve du départ étant généralement fondée sur une attestation de la police des étrangers et un certain délai d'attente.

b) Le travailleur qui s'établit à son propre compte[76], la preuve du statut d'indépendant n'étant généralement pas liée à son admission par les organes de l'AVS, les fonds débloqués devant servir de capital initial à l'activité projetée. Un temps d'attente ne s'impose pas, dès l'instant où le travailleur a démontré le sérieux de ses intentions[77].

c) La femme mariée ou sur le point de se marier qui cesse d'exercer une activité lucrative[78]. Contradictoire avec le principe de l'égalité entre hommes et femmes, cette disposition a été protégée par le Tribunal fédéral des assurances, notamment en raison de l'absence de contrôle de la constitutionnalité des lois[79]. La plaignante était une femme et elle souhaitait ce paiement en espèces, tout comme le travailleur qui s'était plaint de ne pas avoir reçu sa prestation de transfert en espèces durant le délai transitoire pour la mise en oeuvre de la nouvelle réglementation du Code des obligations en 1972[80]. Des réactions identiques furent enregistrées devant la perspective d'une interdiction de tout paiement en espèces de la prestation de transfert du régime complémentaire légal en cas de ratification de l'Accord sur l'espace économique européen[81]. Ces oppositions montrent que les progrès de la coordination éprouvent de la peine à s'harmoniser avec le besoin d'appropriation du capital de prévoyance, conçu comme un avoir d'épargne individuel.

vii) Les efforts des partenaires sociaux

Les partenaires sociaux poursuivirent leurs efforts, soit par les régimes conventionnels constitués sous la forme de fondations communes ou collectives de branche[82] et qui instaurèrent une libre circulation dans la branche, soit par des accords particuliers à la prévoyance professionnelle dans le cadre des conventions collectives et qui créèrent des obligations entre les parties, notamment en matière de coordination. Un bon exemple de ce dernier type de convention fut l'Accord du 1er octobre 1977 sur le

74 BEROS, *op. cit.*, p. 135.
75 Art. 331c al. 4 litt. b 1.
76 Art. 331c al. 4 litt. b 2.
77 BEROS, *op. cit.*, p. 138.
78 Art. 331c al. 4 litt. b 3 CO.
79 ATF 113 V 126ss.
80 ATF 100 Ib 137ss.
81 Chapitre 15, litt. g.
82 Chapitre 15, litt. d.

régime de prévoyance professionnelle vieillesse et survivants dans l'industrie horlogère suisse, abrogé en 1986[83]. Signé par les partenaires sociaux, il améliorait la prestation légale minimale en stipulant qu'après cinq ans la prestation de transfert devait correspondre à la valeur actuelle des prestations acquises et au moins à la somme des cotisations personnelles des assurés sans les intérêts. Par ailleurs, le délai de stage de cinq ans pouvait être calculé par rapport au nombre total d'années de travail dans la branche et non pas uniquement à celles accomplies auprès du dernier employeur, à la condition toutefois que le travailleur eût apporté une prestation de transfert acquise lors de son précédent emploi dans la branche. Par ailleurs, des dispositions particulières étaient prévues pour le cas des mesures exceptionnelles de licenciement prises pour des raisons économiques, technologiques et structurelles; la prestation de transfert devait dans ce cas correspondre au moins au 150% des contributions du travailleur.

viii) Le projet de LPP en 1975 et la pression de la fidélité au travail

Malgré les améliorations apportées par cette réforme, de nouvelles propositions législatives visant à l'instauration d'une transférabilité intégrale sans délais de stage et avec maintien de la charge de prestations virent rapidement le jour. Le 19 décembre 1975 déjà, le Conseil fédéral publiait son Message à l'appui du projet de LPP dans lequel les prestations de libre-passage figuraient en tête des différents genres de prestations prescrits par la loi.[84] Cela correspondait au rôle primordial attribué par le projet à ce genre de prestations dans le cadre de la prévoyance. La prestation prévue était calculée selon le principe de la primauté des contributions qui étaient échelonnées selon l'âge et le sexe[85], afin d'atteindre une équivalence avec les autres prestations calculées en primauté des prestations. Les délais de stage étaient ainsi supprimés et, compte tenu d'une évolution économique et démographique normale, la prestation finale devait être comparable à l'objectif fixé par la loi pour les prestations de vieillesse, survivants et invalidité. L'harmonisation étendue envisagée par le projet facilitait une telle approche, qui sera ensuite largement reprise par la LPP, mais uniquement dès le 1er janvier 1985 et uniquement pour le régime complémentaire légal. Par conséquent, les dispositions applicables à la transférabilité des prestations des régimes complémentaires facultatifs furent maintenues pour l'essentiel. Dans la mesure où ces prestations représentaient une part plus importante que celles du régime légal durant sa phase initiale, des problèmes trapus de coordination entre les régimes apparurent, marquant la tension entre la fidélité à l'entreprise et au travail.

---

83 L'accord ne fut pas renouvelé à la demande des employeurs qui reprochaient aux syndicats de travailleurs d'avoir préféré l'harmonisation légale au développement des régimes conventionnels.

84 *Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de loi sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, du 19 décembre 1975,* p. 24.

85 Les articles 26 et 27 du projet fixaient le taux de ces bonifications à un pourcentage du salaire assuré, croissant selon l'âge et le sexe. Le taux minimal était de 8% de 25 à 29 ans pour les hommes et de 25 à 26 ans pour les femmes, et le taux maximal de 19% de 50 à 64 ans pour les hommes et de 49 à 61 ans pour les femmes.

e) Le régime complémentaire légal entre la fidélité à l'entreprise et au travail

i) La fidélité au travail et la prestation de sortie du régime légal

1. La LPP a consacré le principe de la fidélité au travail, en supprimant les délais de stage dans le cadre de son champ d'application matériel. Pour la première fois, la transférabilité avait atteint son stade ultime, soit le transfert des cotisations au nouveau régime avec la charge de prestations leur correspondant. Cela implique que ce régime accorde l'égalité de traitement aux assurés entrants, en ce qui concerne le rachat de la couverture de prévoyance et la suppression des réserves d'assurance éventuelles dues à l'état de santé initial[86].

2. La prestation de transfert - ou de libre-passage - doit garantir à l'assuré le maintien de la prévoyance en cas de dissolution des rapports de travail[87]. Le droit à la prestation était ouvert lorsque les rapports de travail de l'assuré avaient été dissous avant la survenance d'un cas d'assurance et qu'il quittait l'institution de prévoyance[88]. Les modalités d'ouverture du droit à la prestation de sortie ont été modifiées par l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur le libre-passage (LLP), qui renonce au critère de la dissolution des rapports de travail pour se limiter à celui du départ de l'institution de prévoyance[89]. La loi n'interdit donc pas le recours à la technique de la préservation, mais consacre la liberté de l'assuré de choisir le transfert. Dès la fourniture de la prestation, l'institution de prévoyance est libérée de l'obligation de servir les prestations de vieillesse[90]. Le versement de la prestation devait s'effectuer immédiatement, un intérêt moratoire étant dû dès l'exigibilité, calculé selon les dispositions de l'institution de prévoyance ou, à défaut, à un taux de 5 pour cent conformément au Code des obligations[91]. Cette règle formulée par la jurisprudence à été reprise par la LLP[92] qui s'applique dorénavant à la prestation de sortie du régime légal[93].

3. Le montant de la prestation équivaut à l'avoir de vieillesse acquis par l'assuré au moment du transfert[94]. L'avoir de vieillesse[95] est celui acquis depuis le 1er janvier 1985, date de l'entrée en vigueur de la LPP. Il comprend donc toutes les bonifications de vieillesse afférentes à la période durant laquelle l'assuré a appartenu à l'institution de prévoyance, avec les intérêts, ainsi que l'avoir de vieillesse versé par les institutions

---

86 ATF 115 V 215.
87 Art. 27 al. 1 LPP.
88 Art. 27 al. 2 LPP.
89 Art. 2 al. 1 LLP; voir ce Chapitre 17, litt. f, ch. ii).
90 Art. 27 al. 3 LPP.
91 Art. 104 al. 1 CO; ATF115 V 37.
92 Art. 1 al. 3 LLP.
93 Art. 27 LLP qui amende l'article 27 LPP ancien.
94 Art. 18 LLP qui remplace l'article 28 al. 1 LPP ancien.
95 Voir le Chapitre 14, litt. b, ch. ii), 2 pour la définition de l'avoir et des bonifications de vieillesse.

précédentes et porté au crédit de l'assuré, avec les intérêts[96]. Le taux d'intérêt minimal est fixé à 4% l'an[97]. Une controverse eut lieu au sujet des rachats de la couverture de prévoyance financés par l'employeur lors de l'entrée dans le régime: devaient-ils être assimilés à une prestation de libre-passage portée au crédit du salarié et donc exigible lors de son départ, ou pouvaient-ils être déduits de cette prestation ? En procédant à ce genre de versement, l'employeur accorde un avantage particulier destiné généralement à un cadre ou un spécialiste dont il tient à s'assurer les services et la fidélité. Le Tribunal fédéral des assurances a tranché la dispute grâce à la distinction entre la convention de prévoyance et le contrat de travail. Si le rachat découle de la convention conclue avec l'institution de prévoyance, celle-ci peut par voie réglementaire ou par accord particulier la déduire de la prestation de libre-passage. Si le rachat découle par contre d'une disposition du contrat de travail qui par définition ne lie pas l'institution de prévoyance, son montant ne pouvait plus être déduit de la prestation de libre-passage[98]. Exprimé autrement, la fidélité à l'entreprise exigée en contrepartie de la prestation de rachat versée à l'entrée dans le régime doit découler des dispositions du régime facultatif.

ii) La coordination avec la prestation de sortie des régimes facultatifs

1. La question de la coordination ne se posait pas pour le régime facultatif distinct du régime légal lorsque la solution du *splitting* des institutions de prévoyance avait été choisie[99]. La prestation de transfert était alors calculée séparément pour chaque régime. Par contre, lorsque au régime légal s'ajoutait un régime facultatif dans le cadre d'une institution de prévoyance *"enveloppante"*[100], la prestation de transfert ne pouvait difficilement être envisagée autrement que comme un tout. La difficulté résidait toutefois dans l'application de deux séries de règles différentes à la même prestation, obéissant pour les unes à la fidélité au travail sans délais de stage, et pour les autres à la fidélité atténuée à l'entreprise avec le maintien de délais de stage. La loi est restée assez discrète sur la solution de cette difficulté. Elle s'est bornée à indiquer que la prestation de libre-passage devait être calculée selon les règles applicables aux régimes facultatifs[101], si celles-ci donnent un montant plus élevé[102].

2. Deux solutions s'offraient dans l'interprétation de cette règle. La première était de procéder dans les institutions *enveloppantes* de la même manière que dans le cas du *splitting* des institutions, par la méthode du *split*. Les prestations de transfert étaient calculées séparément dans les deux régimes pour être ensuite additionnées[103]. L'autre

---

96 Art. 15 al. 1 LPP.
97 Art. 15 al. 2 LPP et 12 OPP2.
98 Arrêt TFA du 25 septembre 1992, publié par *Prévoyance professionnelle suisse*, 4/1993, p. 115.
99 Voir le Chapitre 14, litt. d, ch. i), sur la notion de *splitting* des régimes.
100 Voir le Chapitre 14, litt. d, ch. i), sur la notion d'institution de prévoyance "*enveloppante*".
101 Art. 331a ou 331b CO.
102 Art. 28 al. 2 LPP.
103 RIEMER: *Das Recht der beruflichen Vorsorge, op. cit.*, p. 111.

interprétation consacrait la méthode comparative. La prestation de transfert du régime légal était comparée à la prestation de transfert calculée selon les règles du régime facultatif mais appliquées à la totalité de l'avoir de prévoyance des deux régimes. Le montant le plus élevé était alors accordé à l'assuré. Devant l'incertitude créée par ces deux interprétations, le Tribunal fédéral des assurances fut amené à se prononcer. La jurisprudence consacra une troisième méthode de calcul, intermédiaire entre les deux premières[104].

3. Le nouveau critère retenu par le TFA a trait à la garantie, consacré par la LPP[105], des droits acquis au 31 décembre 1984. La prestation de transfert apportée dans le nouveau régime et issue d'un rapport de prévoyance antérieur à la LPP, de même que le droit à une prestation de transfert acquis au 31 décembre 1984 dans un régime facultatif doivent rester acquis. Dès lors, la méthode comparative pouvait être retenue mais uniquement pour les droits acquis dès le 1er janvier 1985. Cela signifie concrètement que les droits acquis avant l'entrée en vigueur de la LPP doivent être calculés séparément et transférés. On a ensuite procédé à la comparaison entre les droits acquis dès le 1er janvier 1985 dans le régime légal et ceux découlant de l'application des règles du régime facultatif, le plus élevé de ces deux montants devant également être transféré[106]. La tension entre la fidélité à l'entreprise et la fidélité au travail a été ainsi atténuée par la garantie des droits acquis. La complexité de la solution retenue est une expression inattendue de la tendance à la coordination. Ces règles ont été abrogées par la LLP.

iii) La prestation de sortie en cas de licenciements économiques collectifs

En dépit de ces améliorations apportées par la LPP et la jurisprudence, l'atténuation de la fidélité à l'entreprise trouva un terrain fertile dans les contestations relatives à la prestation de transfert en cas de licenciements économiques. La fidélité à l'entreprise se heurta ici à une objection majeure, car l'absence d'une transférabilité intégrale faisait porter au salarié tant le risque de l'entreprise que celui d'une diminution de ses droits acquis en matière de prévoyance. Le fait qu'une institution de prévoyance puisse réaliser des gains de mutation à la faveur de licenciements économiques fut à juste titre considéré comme un abus de droit[107]. A cela s'ajoutait le fait que les licenciements collectifs dus à une restructuration économique doivent entraîner une liquidation partielle de l'institution de prévoyance de manière à assurer, au moins, un libre-passage intégral[108]. Le Tribunal fédéral des assurances[109] considéra que le libre-passage intégral devait être accordé en cas de licenciement individuel lié à une restructuration,

---

104 ATF 114 V 250ss; 115 V 32.

105 Voir le Chapitre 16, litt. g, ch. ii), 5, sur la notion des droits acquis garantis par l'art. 91 LPP.

106 Voir SPIRA: «La jurisprudence du Tribunal fédéral des Assurances sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle», *op. cit.*, p. 12-17, pour de plus amples développements.

107 RIEMER: *Das Recht der beruflichen Vorsorge, op. cit.*, p. 111.

108 Voir le Chapitre 16, litt. g, ch. iii); *SZS* 1989, p. 334ss.

109 ATF 117 V 30s.

lorsque les dispositions de l'institution de prévoyance accordaient une telle prestation en cas de licenciements et de restructurations économiques. Par contre, en l'absence de telles dispositions statutaires ou réglementaires, le libre-passage ne doit en principe pas être accordé. Il a néanmoins, dans le même arrêt, entrouvert la porte à la solution contraire, c'est-à-dire à l'octroi d'un libre-passage intégral malgré l'absence de telles dispositions, lorsqu'il s'agissait d'un licenciement économique qualifié. Celui-ci existerait en cas de liquidation partielle ou totale de l'entreprise, ou de limitation importante de son activité, avec pour conséquence que la fortune de prévoyance ne serait pas dans sa totalité nécessaire au maintien des droits acquis des salariés restants. La LLP a apporté des précisions sur cette question[110].

iv) Le maintien de la prévoyance en cas de décès et d'invalidité

La mobilité professionnelle peut entraîner une perte du droit aux prestations d'invalidité et de décès[111]. Aussi, le législateur a-t-il prévu, dans le cadre du régime légal, la règle selon laquelle le salarié demeure assuré auprès de l'ancienne institution de prévoyance pour ces éventualités durant un mois après la dissolution des rapports de travail[112]. Par contre, si elle doit verser ultérieurement des prestations pour survivants ou d'invalidité, elle pouvait en déduire la prestation de transfert déjà fournie[113]. En cas de nouvel engagement du salarié avant l'expiration de ce délai, c'est la nouvelle institution de prévoyance qui est compétente[114]. Ces règles ne sont pas obligatoires pour les régimes facultatifs. Le Tribunal fédéral des assurances a renforcé la coordination en matière d'invalidité en stipulant que l'institution de prévoyance qui verse une prestation d'invalidité pour une incapacité de travail survenue pendant une période d'assurance reste tenue de fournir des prestations si l'invalidité se modifie après la dissolution du rapport de prévoyance[115]. Cela permet d'éviter que le salarié soit privé de prestations en cas d'aggravation de son invalidité alors qu'il est assuré auprès d'une nouvelle institution de prévoyance qui aurait introduit une réserve relative à son état de santé initial, ceci dans le cadre d'un régime facultatif. Des travaux sont également en cours afin d'assurer la poursuite de la couverture de ces éventualités en cas de chômage, par des contributions du chômeur et de l'assurance-chômage à l'institution supplétive.

---

110 Art. 23 LLP; voir ce Chapitre 17, litt. f, ch. vii).

111 Voir le Chapitre 14, litt. b, ch. ii), sur les prestations d'invalidité et de survivants du régime légal, et le Chapitre 14, litt. c, ch. ii), 2, sur la notion de l'invalidité dans le cadre des régimes facultatifs.

112 Ce délai était auparavant de 30 jours, mais il a été porté à un mois par un amendement à l'art. 10 al. 1 LPP dans le cadre des modifications du droit en vigueur entraînées par l'art. 27 de la loi sur le libre-passage dans la prévoyance professionnelle, vieillesse et invalidité (LLP).

113 Art. 27 al. 3 LPP.

114 Art. 10 al. 3 LPP.

115 ATF 118 V 36.

v) L'obligation de transfert, le maintien du but de prévoyance et le remboursement en espèces

1. Dans le régime légal, la prestation de libre-passage doit être transférée à la nouvelle institution de prévoyance, qui la porte au crédit de l'assuré[116], sans pouvoir imposer des réserves liées à l'état de santé déficient de l'assuré entrant[117]. La possibilité de la préservation du droit aux prestations auprès de l'ancienne institution n'est possible que si les dispositions réglementaires de celle-ci le permettent et si le nouvel employeur y consent[118]. Dans le régime facultatif, ou par la part qui lui correspond, les règles déjà indiquées continuent à s'appliquer[119], l'obligation de transfert n'existant que dans la mesure prescrite par les dispositions de la nouvelle institution pour une exécution matériellement correcte des rapports de prévoyance. La part de la prestation de transfert qui reste disponible peut être affectée à l'une des formes de prévoyance reconnues par la loi en cas d'impossibilité de transfert[120].

2. A défaut de transfert ou de préservation, le maintien de la prévoyance doit être assuré au moyen d'une police de libre-passage, soit une assurance-vie, invalidité ou décès sous forme de capital ou de rente, affectée exclusivement et irrévocablement à la prévoyance, conclue avec l'une des institutions énumérées par la loi. Le maintien peut également être assuré aux mêmes conditions par un compte spécial de libre-passage[121]. La loi fixe notamment des règles précises sur la transmissibilité du capital de prévoyance afin d'en assurer le maintien[122], l'étendue et la forme des prestations[123], les bénéficiaires[124], le versement des prestations[125], l'interdiction de la cession et de la mise en gage[126] et le financement[127]. Ces règles s'appliquent indistinctement aux régimes légal et facultatifs. Elles synthétisent tout en développant les premières solutions imaginées vingt ans auparavant par les assureurs privés[128]. Elles ont le défaut, toutefois, de ne pas assurer le maintien de la protection à l'égard des éventualités du décès et de l'invalidité, sauf lorsque le bénéficiaire décide individuellement de conclure une couverture complémentaire dans le cadre d'une police de libre-passage[129].

---

116 Art. 27 LPP et 18 LLP.
117 ATF 115 V 215.
118 Art. 29 al. 2 LPP.
119 Voir ce Chapitre 17, litt. d, ch. v).
120 ATF 115 V 108ss.
121 Art. 29 al. 4 LPP et 2 Ordonnance sur le maintien de la prévoyance et le libre-passage (OMPLP), du 12 novembre 1986.
122 Art. 4 OMPLP.
123 Art. 5 OMPLP.
124 Art. 6 OMPLP.
125 Art. 7 OMPLP.
126 Art. 8 OMPLP.
127 Art. 9 OMPLP.
128 Voir ce Chapitre 17, litt. c, ch. ii).
129 Art. 7 al. 2, litt. a OMPLP.

3. Enfin, la LPP n'avait rien modifié aux règles antérieures sur le remboursement en espèces[130], ce qui a été corrigé par la LLP[131].

vi) Les efforts des partenaires sociaux[132]

1. L'amélioration de la transférabilité a incité les partenaires sociaux de quelques branches économiques d'adopter par la voie conventionnelle de nouvelles dispositions allant au-delà des minimaux légaux.

2. Ainsi, la convention collective du 1er juillet 1988 dans l'industrie des machines a-t-elle adopté des directives non contraignantes pour les institutions de prévoyance de ce secteur. Au sein d'une même institution, les prestations de sortie et d'entrée doivent être identiques. Dans les fonds d'épargne, l'assuré doit recevoir la totalité de son capital d'épargne, y compris les intérêts composés. Dans les institutions d'assurance, la prestation de sortie doit correspondre à la réserve mathématique, calculée au jour de la sortie, et à laquelle le travailleur a droit selon les bases actuarielles utilisées. Dans les institutions à primauté des prestations, la prestation de sortie doit faire l'objet d'un double calcul comparatif. Elle doit, d'une part, être supérieure à l'avoir de vieillesse LPP. D'autre part, elle doit être supérieure à un montant minimal qui est composé des prestations de libre-passage apportées et les cotisations versées par le travailleur, le tout augmenté d'un supplément de 5 pour cent par année d'âge, mais au maximum de 100 pour cent, les cotisations affectées uniquement à la couverture des risques et les participations aux frais d'administration et de gestion de l'institution de prévoyance pouvant être déduites.

3. Par ailleurs, les régimes conventionnels Wirte et Hotela de l'industrie hôtelière introduisirent, par la convention collective du 6 septembre 1988, le principe du libre-passage intégral. La convention dispose que le salarié partant peut emporter la totalité de son capital d'épargne vieillesse, y compris les intérêts.

vii) L'initiative constitutionnelle des employés de commerce pour le libre-passage intégral

Mais ces efforts conventionnels ne suffirent pas. A peine la loi était-elle améliorée que des voix s'élevèrent pour demander l'introduction d'un libre-passage intégral applicable de manière uniforme aux régimes légal et facultatifs. La Société suisse des employés de commerce déposa le 7 juillet 1989 une initiative populaire constitutionnelle *"pour un libre-passage intégral dans le cadre de la prévoyance professionnelle"*[133]. Sans

---

130 Voir ce Chapitre 17, litt. d, ch. vi).

131 Voir ce Chapitre, litt. f, ch. xv).

132 *Message du Conseil fédéral concernant le projet de loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (Message LLP),* du 26 février 1992, p. 10-11.

133 *Feuille fédérale* 1989 III 146.

doute ses membres étaient-ils sociologiquement plus sensibles que d'autres à la perte des droits en cas de mobilité professionnelle, les salaires des cols blancs étant plus élevés que la moyenne et donc moins bien couverts par le régime légal[134]. Bien que conçue en termes généraux, ce qui laissait une marge importante dans sa mise en oeuvre législative, son rejet fut proposé par le Conseil fédéral[135]. D'autres propositions virent le jour venant des milieux les plus divers[136], inspirés par une volonté plus ou moins grande d'harmonisation. Toujours est-il que l'initiative fournit l'impulsion décisive pour l'élaboration d'une loi spécifique sur le libre-passage dans la prévoyance professionnelle. Les principes d'une transférabilité achevée[137] en cas de mobilité professionnelle pouvaient se concrétiser par la voie légale. Notre ambition n'est pas de présenter un commentaire fourni de cette nouvelle loi fort détaillée[138], mais plutôt d'en souligner les principales articulations juridiques qui reflètent, faut-il s'en étonner, un nouveau compromis entre les tendances à l'harmonisation légale de la coordination et à la diversité.

f) La mutation vers une transférabilité achevée (libre-passage intégral)

i) Les principes de la loi sur le libre-passage (LFLP)[139]

1. L'ambition essentielle de la loi sur le libre-passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LFLP) est d'assurer qu'en cas de passage d'une institution à une autre l'assuré conserve toute la protection acquise en matière de prévoyance, eu égard à la diversité des régimes. Ceux-ci sont distingués selon trois types:

- les régimes en primauté des contributions sous la forme de fonds d'épargne;
- les régimes en primauté des contributions sous la forme d'institutions d'assurance;
- les régimes en primauté des prestations.

Ces trois types peuvent toutefois se dédoubler, car le financement des prestations de retraite peut être conçu sur une base d'équivalence individuelle stricte ou avec une part de financement collectif. C'est la raison pour laquelle il a fallu prévoir une prestation

134 Voir les statistiques salariales au Chapitre 14, litt. b, ch. ii).
135 *Feuille fédérale* 1991 III 869.
136 *Message LFLP, op. cit.*, p. 5-26; SCHWEIZER Thomas, *op. cit.*, p. 67-91.
137 Voir les Chapitre 3, litt. b, ch. i) et Chapitre 17, litt. a, ch. i), sur la notion de transférabilité achevée.
138 Les travaux parlementaires viennent de se terminer et une présentation détaillée dépasse le cadre du présent ouvrage.
139 *Message LFLP, op. cit.*, p. 2-4.

de sortie minimale, en plus de la définition des prestations de sortie dans les trois types de régimes.

La coordination par une nouvelle législation des réglementations des institutions doit permettre d'éviter les pertes dues aux différences techniques entre ces catégories de régimes, qui peuvent d'ailleurs revêtir des formes mixtes.

2. Rappelons que les pertes en cas de mobilité professionnelle étaient dans le passé dues à plusieurs insuffisances de la législation. La prestation de sortie dépendait largement de la durée de contribution, la réglementation de la prestation d'entrée était inexistante, les réserves de santé n'étaient pas limitées dans les régimes facultatifs et il était admis qu'un découvert technique puisse entraîner une réduction de la prestation de transfert, même en l'absence d'une menace pour les prestations des travailleurs restant dans l'entreprise. Pour atténuer les pertes liées à la diversité, il a fallu dessiner un fil conducteur. La méthode choisie réside dans l'harmonisation des prestations d'entrée et de sortie, en généralisant et en améliorant la voie inaugurée en 1988 par les partenaires sociaux de la branche des machines[140].

3. Le point de départ de la réflexion fut de créer une symétrie entre les prestations d'entrée et de sortie d'un régime complémentaire. Exprimé en d'autres termes, l'assuré sortant doit pouvoir se réaffilier le même jour au régime complémentaire sans payer de supplément à titre de rachat de la couverture de prévoyance. Le nouvel assuré ne doit pas être tenu à verser plus que le salarié resté fidèle à l'entreprise pour bénéficier, à salaire égal, du même niveau de prestations. Par conséquent, lors de la sortie, il faut calculer la valeur actuelle des prestations acquises. Dans les régimes en primauté des contributions, il s'agit de l'avoir d'épargne ou de la réserve mathématique. Dans les régimes en primauté des prestations, il s'agit de la valeur actuelle des prestations eu égard à la durée d'affiliation prévue jusqu'à la réalisation de l'éventualité. Une fois cette opération faite, il faut vérifier que les prestations de sortie et d'entrée sont calculées de la même manière.

Jusqu'à ce stade de la réflexion, le consensus régnait. Par contre, les avis divergèrent sur un point essentiel ayant trait au degré d'harmonisation souhaitable. Les milieux proches des grandes institutions de prévoyance privées souhaitaient que l'harmonisation soit limitée à chaque régime complémentaire. La prestation d'entrée et de sortie de chaque régime devait dorénavant être calculée de manière identique, selon la technique dite de la porte tournante. L'harmonisation se limitait ainsi aux dispositions internes à chaque régime, mais ne s'appliquait pas entre régimes. Cela signifiait qu'il n'y avait pas d'identité nécessaire entre la prestation d'entrée et de sortie lorsque l'assuré changeait de régime complémentaire. Par opposition, le Conseil fédéral et ensuite le Parlement décidèrent qu'une véritable coordination en cas de mobilité professionnelle impliquait une harmonisation minimale des dispositions

[140] Voir ce Chapitre 17, litt. f, ch. vi).

applicables à l'ensemble des régimes et définissant les prestations tant de sortie que d'entrée.

4. Dans un premier avant-projet, il avait été prévu d'harmoniser complètement les bases techniques pour le calcul des prestations d'entrée et de sortie et ceci par des tables actuarielles unifiées pour l'ensemble des régimes. L'opposition décidée des institutions de prévoyance, qui défendaient leur autonomie et donc leur diversité, fit échouer cette tentative d'harmonisation étendue. La loi a donc maintenu mais atténué l'obligation de calculer les prestations d'entrée et de sortie de manière identique à l'échelle de l'ensemble des régimes complémentaires. En d'autres termes, la nouvelle institution de prévoyance devra en principe exiger une prestation d'entrée identique à la prestation de sortie versée par la précédente institution de prévoyance, dès l'instant où les deux institutions assurent le même niveau de prestations. Mais cette harmonisation a été adoucie en prévoyant que le taux d'intérêt technique applicable par les institutions de prévoyance peut varier à l'intérieur d'une limite de 1% qui sera fixée par le Conseil fédéral[141]. Une harmonisation complète supposerait donc que les deux institutions de prévoyance appliquent le même taux d'intérêt technique. La loi complète cette obligation de symétrie des prestations d'entrée et de sortie par une prestation minimale améliorée devant être assurée en tous les cas.

Il va de soi que cette harmonisation des prestations d'entrée et de sortie ne supprime pas les différences dans le niveau des prestations offertes par les régimes complémentaires,. Si un salarié quitte une institution pour entrer dans une nouvelle offrant un niveau plus élevé de prestations, sa prestation de sortie sera toujours inférieure à la prestation d'entrée nécessaire pour bénéficier de l'intégralité des prestations de la nouvelle institution, ceci même si les bases techniques des deux institutions sont identiques.

5. La LFLP règle également d'autres questions, notamment le transfert de la prestation de sortie à la nouvelle institution, le droit de racheter des années d'assurance, la suppression des délais de stage dans les régimes facultatifs, l'introduction de restrictions aux réserves en matière de santé, la limitation des déductions à la prestation de sortie en raison d'un déficit technique, l'information de l'assuré, les droits en cas de liquidation partielle ou totale de l'institution de prévoyance et - fait nouveau - l'assimilation du divorce à un cas de sortie.

6. La LFLP est structurée en 8 sections:

- but et champ d'application,
- droits et obligations de l'institution de prévoyance lors du départ de l'assuré,
- droits et obligations de l'institution de prévoyance lors de l'entrée d'un assuré,
- calcul de la prestation de sortie et de la prestation d'entrée,

[141] Art. 26 al. 2 Loi fédérale sur le libre-passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LFLP).

- maintien de la prévoyance dans des cas particuliers,
- information de l'assuré,
- contentieux et dispositions finales.

La logique formelle de la loi n'est pas d'une clarté particulière. Par conséquent, notre présentation succincte vise à cerner les nouveaux principes juridiques applicables au schéma pratique de la mobilité professionnelle, soit celui du salarié qui quitte son emploi pour un autre, voire pour cesser momentanément son activité lucrative.

ii) Le champ d'application matériel de la loi[142]

La loi s'applique à tous les rapports de prévoyance où une institution de prévoyance de droit privé ou de droit public accorde, sur la base de ses prescriptions (règlement), des prestations lors de l'atteinte de la limite d'âge, ou en cas de décès ou d'invalidité (cas de prévoyance)[143]. L'inclusion des régimes facultatifs relevant du droit public est une nouveauté. Autre innovation, la loi est applicable par analogie aux régimes de retraite où l'assuré a droit à des prestations lors de la survenance d'un cas de prévoyance[144]. Sont visés, notamment, le cas des régimes de certains hauts magistrats ou de cadres dans lesquels l'employeur est l'auteur de la promesse de prévoyance[145]. Ces personnes doivent également pouvoir bénéficier du maintien d'une partie de la prévoyance[146], quand bien même leurs droits ne correspondent pas à la structure classique de la promesse de pensions d'une institution de prévoyance.

Par contre, et contrairement au projet du Conseil fédéral, il a été décidé d'exclure du champ d'application de la loi les autres réglementations analogues accordant des prestations en cas de survenance d'un cas de prévoyance. Le législateur a voulu ainsi protéger la possibilité pour l'employeur d'accorder des avantages individuels liés au contrat de travail et destinés à récompenser la fidélité du travailleur[147]. Dans le doute sur la nature de la prestation, le critère essentiel sera de déterminer si celle-ci découle de l'existence ou non d'un régime complémentaire, soit d'un plan de prestations accordées sur une base égalitaire à une collectivité de salariés.

iii) Le champ d'application temporel et les déficits techniques

1. Selon le projet de loi initial, le Conseil fédéral était compétent pour fixer l'entrée en vigueur de la loi et, selon son Message, il avait prévu une entrée en vigueur immédiate de la loi, vu l'urgence de l'amélioration du libre-passage. Il estimait donc inutile de

---

142 Art. 1 LFLP.
143 Art. 1 al. 1 LFLP.
144 Art. 1 al. 2 LFLP.
145 Voir le Chapitre 14, litt. d, ch. ii) sur la diversité du droit aux prestations.
146 *Message LFLP, op. cit.*, p. 40.
147 BO CE 1993, p. 560.

prévoir une réglementation transitoire qui permettrait aux institutions de prévoyance d'adapter leurs règlements à la nouvelle situation[148]. Les Chambres fédérales ont admis ces principes mais avec quelques précisions. Les prestations de sortie et d'entrée sont déterminées selon le droit en vigueur au moment de l'entrée dans une institution de prévoyance ou de la sortie d'une institution[149]. Par contre, l'adaptation formelle des contrats et des règlements doit être terminée au plus tard cinq ans après l'adoption de la loi[150]. Le nouveau droit est applicable immédiatement à la date fixée par le Conseil fédéral, mais les institutions de prévoyance ont cinq ans pour adapter leur batterie réglementaire.

2. Toutefois, sur un point matériel important, les dispositions transitoires de la loi ont apporté un certain soulagement aux institutions de prévoyance. La crainte essentielle était que certaines d'entre elles, et notamment les plus petites, voient apparaître un déficit dans leur bilan technique en raison des coûts engendrés par la nouvelle loi, surtout en raison de l'introduction de la prestation minimale[151]. L'employeur ne pouvant être contraint de financer cette brèche, la conséquence logique d'un tel déficit actuariel serait la liquidation partielle ou totale de l'institution.

3. Plutôt que de réduire ainsi les prestations de sortie à due concurrence afin de combler le trou technique, les Chambres préférèrent mettre le Fonds de garantie à contribution pendant une durée de cinq ans. Le Fonds de garantie doit ainsi couvrir, en cas de liquidation totale ou partielle survenant pendant les cinq années qui suivent l'entrée en vigueur de la loi, le défaut de capital de couverture résultant de l'application de celle-ci[152]. Fait remarquable, cette disposition fait entrer pour la première fois la garantie de l'insolvabilité dans le domaine de la prévoyance facultative.

Par ailleurs, les institutions de prévoyance disposent d'un délai de dix ans pour assainir les découverts techniques résultant de l'adoption de la loi[153]. En d'autres termes, durant ce délai il est possible de déroger partiellement à l'établissement du bilan en caisse fermée. A cet égard, il conviendra d'exiger de l'expert agréé[154] qu'il établisse de manière transparente ce déficit en démontrant qu'il découle directement de l'application de la LFLP. Il devra, par ailleurs, indiquer les mesures qui sont nécessaires au rétablissement de l'équilibre financier de l'institution. L'autorité de surveillance gardera un pouvoir d'appréciation sur l'avis de l'expert eu égard aux principes généraux de la bonne foi et de l'égalité de traitement découlant de l'article 4 Cst. féd.

4. Des problèmes délicats ne manqueront pas de surgir sur la délimitation entre le découvert technique justifiant une liquidation partielle ou totale, et donc une

148 *Message LPP, op. cit.*, p. 74.
149 Art. 27 al. 1 LFLP.
150 Art. 27 al. 2 LFLP; BO CN, 1992, p. 2461-2464.
151 Art. 17 LFLP; BO CN, 1992, p. 2461-2464.
152 Annexe LFLP, Modifications du droit en vigueur, art. 56 al. 1 litt. d LPP.
153 Art. 27 al. 3 LFLP.
154 Art. 53 al. 2 LFPP.

intervention du Fonds de garantie, et celui devant être assaini durant dix ans. De manière générale, il y aura lieu d'être attentif aux risques d'abus dans la sollicitation du Fonds de garantie. Avant d'admettre l'*ultima ratio* de l'intervention de celui-ci, il y aura lieu d'exiger que l'expert établisse de manière crédible pourquoi un assainissement sur une période de dix ans s'avère impossible. Il devra également démontrer que le déficit est issu uniquement de l'application de la LFLP. Car la couverture des déficits par le Fonds de garantie ne doit pas se substituer à la responsabilité pour l'équilibre financier de l'institution des personnes chargées de sa gestion et de son contrôle.

iv) L'exigibilité de la prestation de sortie

1. Si l'assuré quitte l'institution de prévoyance avant la survenance d'un cas de prévoyance, il a droit à une prestation de sortie[155]. La survenance de l'éventualité du libre-passage est ainsi définie de manière nouvelle. Le libre-passage survient lors du départ de l'institution de prévoyance. Dans la formulation antérieure de l'article 27 LPP, le cas du libre-passage survenait lors de la dissolution des rapports de travail avant la survenance d'une éventualité assurée. Cela signifiait que le rapport de prévoyance pouvait subsister, sa fin n'étant pas automatiquement liée à celle du contrat de travail. Il était dès lors plus clair de prévoir que les rapports de prévoyance prennent fin lors du départ de l'institution de prévoyance, ce qui renforce l'étanchéité juridique entre le régime complémentaire et le contrat de travail. Selon cette définition, il n'y a pas de cas de libre-passage lorsque l'assuré quitte l'employeur mais demeure dans l'institution de prévoyance en tant qu'assuré externe[156], porte qui est ainsi ouverte à la technique de la préservation.

2. La prestation de sortie est exigible lorsque l'assuré quitte l'institution de prévoyance et elle est affectée d'intérêts moratoires[157] à partir de ce moment-là[158], même lorsqu'elle est versée dans le mois qui suit[159]. Le taux d'intérêt moratoire est fixé par le Conseil fédéral[160].

---

155 Art. 2 al. 1 LFLP.

156 *Ibid.*; on notera qu'en vertu de l'art. 47 LPP actuel, l'assuré qui cesse d'être assujetti à l'assurance obligatoire, après l'avoir été 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. Le délai de stage de six mois était destiné à être supprimé dans le cadre de l'adaptation du droit suisse au droit communautaire, car il constitue une discrimination prohibée du travailleur migrant.

157 La précision qu'il s'agit d'intérêts moratoires est issue des travaux parlementaires, le projet du Conseil fédéral n'ayant prévu que des intérêts.

158 Art. 2 al. 3 LFLP.

159 *Message LFLP, op. cit.*, p. 42.

160 Art. 26 al. 2 LFLP.

v) Les principes de calcul de la prestation de sortie

1. L'institution de prévoyance fixe dans son règlement le montant de la prestation de sortie, qui doit être au moins égale à l'une des cinq - voire six - prestations définies par la loi[161], mais jamais inférieure à la prestation minimale:

- la prestation dans le système de la primauté des cotisations, dans un fonds d'épargne ou une institution d'assurance[162];
- la prestation dans le système de la primauté des prestations[163];
- le montant minimum lors de la sortie d'une institution de prévoyance[164], définie selon deux variantes à choix;
- le montant de l'avoir de vieillesse LPP[165].

2. Pour définir la prestation dans les systèmes à primauté des contributions, la loi a repris la distinction de l'ancien droit entre les fonds d'épargne et les institutions d'assurance[166]:

- Dans les fonds d'épargne, le montant de la prestation correspond à la somme, augmentée des intérêts, de toutes les cotisations de l'employeur et de l'assuré créditées en vue de l'octroi de prestations de vieillesse, ainsi que des autres versements[167].
- Dans les institutions d'assurance, le montant de la prestation correspond à la réserve mathématique calculée selon les règles actuarielles reconnues pour la méthode de capitalisation d'après le principe de l'établissement du bilan en caisse fermée[168]. La réserve est calculée de manière prospective et comporte souvent la couverture des éventualités du décès et de l'invalidité[169].

3. Dans les régimes à primauté des prestations, le montant du droit à une prestation de transfert est calculé selon la méthode de sa valeur actuelle, et non plus sur la base de la réserve mathématique comme cela était le cas dans l'ancien droit[170]. Si tous les régimes assuraient les mêmes prestations, s'ils déterminaient leurs cotisations selon des

---

161 Art. 2 al. 2 LFLP.
162 Art. 15 LFLP.
163 Art. 16 LFLP.
164 Art. 17 LFLP.
165 Art. 15 LPP; art. 18 LFLP.
166 Voir ce Chapitre 17, litt. e.
167 Art. 15 al. 2 LFLP; les autres versements visent notamment les prestations de libre-passage apportées, et une disposition particulière, l'article 7 LFLP, règle la question de la prestation d'entrée financée par l'employeur.
168 Voir le Chapitre 14, litt. d, ch. iii), sur la notion de bilan en caisse ouverte ou fermée valant, respectivement, pour les régimes des agents de collectivités publiques et pour les régimes des entreprises privées.
169 *Message LFLP, op. cit.*, p. 57.
170 Art. 331b CO.

principes uniformisés, et s'ils utilisaient les mêmes bases techniques et les mêmes taux d'intérêt techniques, il n'aurait pas été nécessaire d'établir un nouveau mode de calcul; la notion de la réserve mathématique aurait suffi. Or, dans nombre d'institutions, cette réserve peut être - selon le taux de cotisation - négative jusqu'à l'âge de 35 ans ou plus. D'où la nécessité de trouver une nouvelle unité de mesure qui n'aboutisse pas à un résultat négatif[171]. On remarquera que cette approche correspond à la recommandation de la Communauté européenne, formulée au titre de la convergence des régimes complémentaires de retraite, que des règles actuarielles équitables soient utilisées pour calculer le montant de la prestation de transfert[172].

La valeur actuelle des prestations acquises est fondée sur la méthode au prorata du temps: l'assuré acquiert les prestations qui lui sont promises pour la retraite proportionnellement à la durée de cotisations[173] eu égard à la limite d'âge ordinaire prévue par le règlement[174]. La méthode prorata temporis est une technique éprouvée en matière de coordination[175]. La loi fixe les règles pour déterminer les prestations acquises dont la valeur actualisée dépendra de l'application des règles actuarielles reconnues. Les valeurs actuelles doivent figurer sous forme de tableau dans le règlement[176].

4. Comme cela a déjà été indiqué, le Conseil fédéral s'est vu attribuer la compétence de fixer le taux d'intérêt applicable au calcul des prestations d'entrée et de sortie[177] qui doit permettre une variation d'un pour-cent au moins. Selon le montant plus ou moins élevé de ce taux, la prestation de sortie sera - à contributions égales - plus petite ou plus importante. En dépit donc de cet ensemble de règles de calcul, les hypothèses actuarielles utilisées peuvent - à contributions égales - faire varier la prestation de sortie d'une institution à l'autre.

5. De plus, il arrive dans les régimes à primauté des prestations que la valeur actuelle des prestations acquises soit inférieure à la somme des contributions de l'assuré et/ou de l'avoir de vieillesse LPP. Un autre point faible peut surgir en cas de transfert d'un régime à primauté des prestations vers celui à primauté des contributions[178], voire de transfert d'un régime à capitalisation collective vers celui à capitalisation individuelle[179]. Un jeune salarié ayant quitté un régime à primauté des prestations apporte en règle générale un montant inférieur à celui qui aurait été constitué par des cotisations égales durant la même période dans un régime à primauté des

---

171 *Message LFLP, op. cit.*, p. 58.
172 Voir le Chapitre 9, litt. f.
173 Art. 16 al. 1 et 2 LFLP; *Message LFLP, op. cit.*, p. 58-59.
174 Art. 16 al. 5 LFLP.
175 Voir le Chapitre 10, litt. b, sur son application dans le cadre de la coordination de la sécurité sociale communautaire.
176 Art. 16 al. 3 LFLP.
177 Art. 26 al. 2 LFLP.
178 Voir le Chapitre 14, litt. d, ch. iv), sur cette distinction.
179 Voir le Chapitre 14, litt. d, ch. iii), sur cette distinction.

contributions[180]. Dans les institutions à caractère d'assurance, mais également dans les fonds d'épargne, qui incluent une part de solidarité[181] dans un financement collectif, la prestation de transfert peut être amputée de la part des cotisations destinées aux mesures de solidarité[182]. L'assuré jeune risque à nouveau de ne même pas recevoir l'équivalent de ses propres contributions. D'où la nécessité de prévoir une prestation minimale dans tous les cas.

6. Ces différences de traitement entre salariés jeunes et plus âgés sont d'ailleurs l'une des raisons qui ont amené les organisations faîtières de travailleurs à s'opposer aux transferts de solidarité dans les régimes à primauté des prestations ou à financement collectif[183]. La nature essentiellement contractuelle[184] des régimes facultatifs et l'abandon par le législateur de la primauté des prestations pour le régime légal[185] les a amenés à considérer que la mobilité doit avoir la priorité sur la solidarité. L'entreprise ne peut en effet concrétiser la solidarité promise à la retraite lorsqu'elle licencie le travailleur avant. Cette conception du libre-passage a le mérite de la simplicité: le salarié sortant devrait recevoir le montant équivalent à l'ensemble des cotisations versées - les siennes et celles de son employeur - y compris les intérêts. Seules les cotisations ayant déjà servi à couvrir des prestations de risque seraient déduites. Conclusion logique, les contributions doivent être considérées comme du salaire, et non comme des primes destinées au financement d'une rente d'inspiration viagère[186] qui constitue un revenu social de substitution dans le cadre du système de sécurité sociale. Dès lors, il n'est plus nécessaire de se référer aux techniques propres à la coordination, notamment la totalisation des droits acquis au prorata de l'affiliation à chaque régime.

Or, l'amélioration apportée par la LFLP entraînera certains coûts, notamment pour les régimes à primauté des prestations[187] ce qui risque bien d'accentuer la tendance constatable à leur abandon[188]. Dans ce contexte, la renonciation explicite à la solidarité dans les régimes complémentaires n'est pas sans conséquences; on peut notamment penser qu'elle est susceptible de favoriser l'évolution des conceptions en faveur des pensions personnelles, voire de l'appropriation immédiate de tout ou partie des contributions à l'avoir de prévoyance au détriment d'un revenu de substitution versé à

---

180 *Message LFLP, op. cit.*, p. 61-62.

181 Voir le Chapitre 14, litt. d, ch. v), sur la solidarité dans les régimes complémentaires.

182 Art. 15 al. 4 LFLP.

183 *Message LFLP, op. cit.*, p. 25-26.

184 Voir le Chapitre 2, litt. f, sur la notion de régime contractuel.

185 Voir le Chapitre 14, litt. b, ch. i) et ch.ii).

186 Voir le Chapitre 15, litt. d, sur la controverse relative à la nature salariale des régimes complémentaires.

187 *Message LFLP, op. cit.*, p. 4.

188 Voir le Chapitre 3, litt. c, ch. ii), et Chapitre 14, litt. d, ch. iv).

long terme[189]. Car, si les syndicats avec les salariés plus jeunes s'opposent à la solidarité, notamment entre les âges, pourquoi les employeurs s'y intéresseraient-ils, notamment par un effort volontaire accru ? L'espoir est évidemment que ce renoncement pourra être compensé par une élévation des prestations du régime de base AVS de manière à assurer le maintien du niveau de vie antérieur pour la moyenne des salariés[190]. Dans ce cas, le régime complémentaire légal disparaîtrait de lui-même, et les régimes facultatifs retrouveraient leurs finalités initiales, notamment de favoriser la fidélité à l'entreprise avec une grande liberté réglementaire. Outre le fait que ce débat a été tranché une première fois en faveur d'un système de protection à trois étages[191], d'ailleurs avec l'appui des organisations faîtières des employeurs et des travailleurs, les augures d'un tel déplacement des frontières entre régimes ne sont aujourd'hui guère encourageants[192], sauf pour ce qui a trait à l'amélioration des prestations du minimum vital en faveur des femmes ayant une carrière professionnelle discontinue ou des personnes à bas revenus[193]. Plutôt que de renoncer ainsi à la solidarité, il eût été plus convaincant de concevoir la prestation de transfert comme une éventualité nouvelle devant être couverte par les régimes complémentaires selon les méthodes techniques propres à leur coordination et destinées à assurer le maintien des droits acquis ou en cours d'acquisition. C'est en définitive l'approche qui a été choisie par la LFLP, notamment par l'harmonisation légale de la prestation minimale de coordination entre les régimes.

vi) La prestation de sortie minimale, sans déductions

1. Ainsi, lorsqu'il quitte l'institution de prévoyance, l'assuré a droit au moins à la prestation de sortie qu'il a apportée et aux éventuelles sommes de rachat, y compris les intérêts; s'y ajoutent les cotisations qu'il a versées pendant la période de cotisation, majorées de 4 pour cent par année d'âge suivant la 20e année, jusqu'au maximum de 100 pour cent[194]. L'âge résulte de la différence entre l'année civile en cours et l'année de naissance. Si l'employeur a assumé seul le paiement des cotisations et des versements, au minimum un tiers des cotisations versées sont réputées être les cotisations du salarié[195]. La prestation minimale est versée lorsqu'elle est la plus

---

189 Voir les Chapitre 3, litt. b, ch. v) et Chapitre 14, litt. g, ch. ii); la thèse récente de SCHWEIZER Thomas, *op. cit.*, p. 103-105, se fait l'écho de ce genre de mutation qui implique évidemment que l'on renonce à toute définition préalable de l'objectif final en termes de prestations.

190 Voir le Chapitre 13, litt. a, sur l'initiative populaire fédérale "*pour l'extension de l'AVS et de l'AI*" lancée notamment par l'Union syndicale suisse.

191 Voir le Chapitre 13, litt. a, et Chapitre 14, litt. a.

192 Voir le Chapitre 2, litt. b, ch. v).

193 Voir le Chapitre 13, litt. b, et Chapitre 14, litt. a, ch. i).

194 BO CN, 1992, p. 2443-2448; BO CE, 1993, p. 567-568. Le Conseil national avait choisi de retenir la solution consistant à majorer les prestations versées de 5% par année d'âge suivant la 25e année, jusqu'au maximum de 100%, ce qui aurait diminué la prestation de sortie des assurés plus jeunes. Le Conseil des Etats a rétabli la proposition du Conseil fédéral précisément pour améliorer cette prestation.

195 Art. 17 al. 1 et 3 LFLP.

importante[196]. Un calcul comparatif doit donc toujours être fait par l'institution de prévoyance entre la prestation de sortie telle qu'elle découle du système de financement choisi et la prestation minimale.

Grâce à ce système, un assuré qui entre dans l'institution ne subit pas en principe de préjudice par rapport à celui qui est fidèle à l'entreprise[197]. Ceci est certes vrai dans la perspective du maintien de la prévoyance à long terme. Par contre, à contributions égales, le salarié jeune qui quitte un régime à financement collectif des prestations de retraite recevra moins que celui qui quitte un régime fondé sur un financement individuel de ces prestations[198].

2. Autre élément d'harmonisation, le Conseil fédéral s'est vu accorder la compétence de fixer le cadre pour le taux d'intérêt actuariel applicable au calcul de la prestation de sortie qui ne doit pas permettre une variation d'un pour cent[199]. Selon le montant plus ou moins élevé de ce taux, la prestation de sortie sera - à contributions égales - plus petite ou plus importante. Malgré les règles de calcul fixées par la loi, les hypothèses actuarielles utilisées peuvent donc faire varier la prestation de sortie.

vii) Les déductions autorisées sur la prestation de sortie

1. Des déductions sont autorisées dans toutes les catégories de prestations de sortie. Dans les régimes à primauté des contributions, les cotisations en vue de mesures spéciales et de mesures de solidarité doivent être prises en considération dès lors qu'elles ont accru le montant de l'épargne personnelle ou la réserve mathématique[200]. Ce système permet aux régimes à primauté des contributions d'introduire ou de maintenir certains frais ventilés affectés, par exemple, à la compensation du renchérissement ou au Fonds de garantie[201].

2. Dans les régimes à primauté des prestations, le Conseil fédéral n'avait prévu aucune déduction de ce type. Selon lui les prestations assurées formaient le point de départ du calcul de la prestation de sortie et elles comprenaient la totalité des prestations réglementaires offertes par l'institution de prévoyance, y compris celles pour les survivants et invalides[202]. Le législateur a introduit une nuance sur ce point. La loi précise que les prestations temporaires peuvent être omises lors du calcul de la valeur actuelle, si elles ne sont pas financées selon le système de la capitalisation. Ces prestations sont les rentes d'invalidité versées jusqu'à l'âge ordinaire de la retraite, les rentes de survivants survenant avant l'âge ordinaire de la retraite, de même que les

196 Art. 2 al. 2 LFLP.
197 *Message LFLP, op. cit.*, p. 61; c'est également l'opinion de SCHWEIZER Thomas, *op. cit.*, p. 91.
198 SCHWEIZER Thomas, *op. cit.*, p. 112.
199 Art. 26 al. 1 LFLP.
200 Art. 15 al. 4 LFLP.
201 *Message LFLP, op. cit.*, p. 57.
202 *Message LFLP, op. cit.*, p. 58.

droits à des rentes transitoires jusqu'à l'âge ordinaire de la retraite, selon les modalités fixées par le Conseil fédéral[203]. Selon la rapporteuse du Conseil national, Christiane BRUNNER, il n'aurait pas été judicieux d'appliquer un financement en capitalisation à ces prestations dans les systèmes en primauté de prestations. Ceux-ci ont en effet souvent recours au financement selon la méthode de la répartition des capitaux de couverture qui présente l'avantage d'exiger une constitution de capital moins élevée[204].

3. La déduction due à un déficit technique prévue par l'ancien droit[205] a été limitée pour les régimes complémentaires privés, qui ne peuvent déduire les montants manquants en cas de déficit que lors d'une liquidation, partielle ou totale, et seulement proportionnellement[206]. Ce découvert doit figurer dans le bilan technique. Sous les actifs, ce dernier doit comprendre la fortune de l'institution de prévoyance et les cotisations et intérêts attendus, tandis que dans les passifs figureront les dettes, les provisions ainsi que les engagements envers les salariés. Si le montant des passifs dépasse celui de la fortune y compris les cotisations attendues, il en résulte un découvert[207]. Or, l'estimation des actifs répond à des critères de prudence qui ne correspondent pas toujours à la valeur vénale plus élevée qui serait réalisée en cas de liquidation partielle ou totale, ce qui entraîne la constitution de réserves latentes ne figurant pas au bilan. La sous-évaluation de la fortune réelle peut donc susciter un déficit technique qui serait inexistant ou moindre en cas de liquidation. D'où l'exigence que la comparaison se fasse selon les valeurs d'une liquidation afin d'assurer l'égalité de traitement avec les salariés partants[208] par une diminution proportionnelle des droits réglementaires des salariés restants. Rappelons, par ailleurs, la garantie transitoire de cinq ans accordée par le Fonds de garantie en cas de déficit technique dû à la mise en oeuvre de la loi et entraînant une liquidation partielle ou totale[209], de même que le délai de dix ans pour l'assainissement du découvert technique[210].

Les institutions de prévoyance des corporations de droit public qui s'écartent, avec le consentement de l'autorité de surveillance, du principe de l'établissement en caisse fermée ne sont pas autorisées à prendre en compte le découvert technique dans le calcul des prestations de sortie[211].

4. Des règles nouvelles ont été prévues à propos de certaines imputations en matière de rachat financé par les salariés. Si l'assuré s'est engagé, en entrant dans l'institution de prévoyance, à payer lui-même une partie de la prestation d'entrée, cette partie doit être prise en considération lors du calcul de la prestation de sortie, même si elle n'a pas été

---

203 Art. 16 al. 3 et 17 al. 2 LFLP.
204 BO CN, 1992, p. 2442.
205 Art. 331b al. 4 CO ancien; voir ce Chapitre 17, litt. d, ch. iv).
206 Art. 19 LFLP.
207 *Message LFLP, op. cit.*, p. 64.
208 *Ibid.*
209 Art. 56 al. 1 litt. d LPP, modifié par l'Annexe à la LFLP.
210 Art. 27 al. 3 LFLP; voir ce Chapitre 17, litt. f, ch. iii).
211 Art. 19 LFLP.

acquittée ou si elle ne l'a été que partiellement. La partie impayée, y compris les intérêts, peut cependant être déduite de la prestation de sortie[212].

Si l'assuré doit, suite à une amélioration des prestations, verser des augmentations de cotisations, la prestation de sortie doit être calculée sur la base des prestations améliorées. Les cotisations impayées peuvent cependant être déduites de la prestation de sortie[213]. Rappelons à cet égard que la prestation minimale de sortie comprend les éventuelles sommes de rachat versées[214].

5. Qu'en est-il des rachats financés par l'employeur ? Sous l'égide de l'ancien droit les rachats financés par l'employeur devaient, sauf disposition expresse réglementaire ou conventionnelle dans le cadre du régime complémentaire, être versés à l'assuré en cas de sortie. La loi apporte des précisions sur ce point en consacrant un compromis entre la fidélité à l'entreprise et au travail. Si l'employeur a financé entièrement ou en partie la prestation d'entrée de l'assuré, l'institution de prévoyance peut déduire de la prestation de sortie le montant financé par l'employeur . Cette déduction est toutefois réduite, par année de cotisation, d'au minimum un dixième du montant financé par l'employeur, ce qui introduit un délai de stage progressif de dix ans sur la prestation de rachat versée par l'employeur.

viii) La prestation de sortie minimale, avec déductions

1. Le législateur n'a cependant pas craint d'ajouter à la complexité de la réglementation. Il a, en effet, introduit une prestation de sortie minimale, avec déductions. Dans le calcul de la prestation minimale, les sommes servant à la couverture des risques du décès et de l'invalidité ne peuvent être déduites des cotisations de l'assuré que si le règlement établit la déduction en pour-cent des cotisations et que si ces sommes ont été employées pour financer:

a) les droits à des prestations d'invalidité jusqu'à l'âge ordinaire de la retraite et les droits à des prestations pour survivants qui naissent avant l'âge ordinaire de la retraite[215]. Selon le Message, il faut partir du principe que la déduction - selon la structure de l'institution de prévoyance - ne doit pas dépasser 15 à 20 pour cent des cotisations, mais il y a lieu de laisser aux institutions le soin de déterminer elles-mêmes, dans ce cadre-là, le montant de la déduction pour les risques[216].

b) Les droits à des rentes transitoires jusqu'à l'âge ordinaire de la retraite. Le Conseil fédéral fixe les conditions détaillées de cette éventuelle déduction[217].

---

212 Art. 6 al. 1 LFLP.
213 Art. 6 al. 2 LFLP.
214 Art. 17 al. 1 LFLP.
215 Art. 17 al. 2 LFLP.
216 *Message LFLP, op. cit.*, p. 63.
217 Art. 17 al. 2 litt. c. LFLP.

c) Par ailleurs, si le Règlement établit cette déduction en pour-cent des cotisations, les sommes servant à la couverture des mesures spéciales au sens de l'article 70 LPP peuvent être déduites des cotisations de l'assuré[218].

2. Le Parlement a toutefois précisé que les sommes servant aux prestations susvisées et aux mesures particulières ne peuvent être déduites des cotisations de l'assuré que si la partie des cotisations qui n'est pas employée pour ces prestations et ces mesures rapporte des intérêts[219]. En effet, à défaut d'intérêts sur le capital épargné, les déductions entraîneraient une diminution sensible de la prestation de sortie. La réduction doit donc s'opérer sur le capital épargné avec les intérêts[220]. Ce capital est constitué par les cotisations personnelles de l'assuré destinées à l'épargne-vieillesse.

3. Par conséquent, des débats parlementaires sont issus deux types de prestations minimales: la prestation de sortie sans déductions et sans intérêts sur les cotisations d'épargne-retraite de l'assuré, la prestation de sortie avec déductions et avec intérêts sur les cotisations de l'assuré. Selon le type de financement choisi par l'institution de prévoyance, l'une de ces deux prestations sera forcément plus faible que l'autre. L'institution garde toutefois la liberté de faire son choix entre les deux, par une disposition réglementaire idoine. Il semble bien, toutefois, que la prestation de sortie sans déductions mais sans intérêts soit la plus faible.

ix) La coordination avec la prestation de sortie du régime légal LPP

1. Les institutions de prévoyance doivent remettre à l'assuré au moins l'avoir de vieillesse en vertu de l'article 15 LPP[221], soit les bonifications de vieillesse afférentes à la période durant laquelle l'assuré a appartenu à l'institution de prévoyance, avec les intérêts, de même que l'avoir de vieillesse versé par les institutions précédentes et porté au crédit de l'assuré[222]. Le projet du Conseil fédéral avait prévu que le calcul de la prestation minimale devait également inclure les parties pré- et sur-obligatoires de la prestation de sortie et la somme de rachat, y compris les intérêts[223]. Il aurait donc fallu comparer la prestation de sortie, et éventuellement son montant minimum, à l'avoir de vieillesse LPP, tel qu'il avait été établi par la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances[224]. Le Parlement a expressément renoncé à exiger ce calcul comparatif, car la LFLP entraîne l'abrogation des dispositions de la LPP sur la prestation de libre-

218 Art. 17 al. 3 LFLP.
219 Art. 17 al. 4 LFLP.
220 BO CE, 1993, p. 570.
221 Voir ce Chapitre 17, litt e, ch. i).
222 Art. 18 LFLP; art. 15 al. 1 litt. b LPP, modifié par l'Annexe de la LFLP.
223 Art. 18 LFLP.
224 ATF 114 V 39; 115 V 27; *Message LFLP, op. cit.*, p. 63; voir ce Chapitre 17, litt. e, ch. ii).

passage[225] et l'obligation pour les institutions de prévoyance de procéder à un nouveau calcul comparatif en vertu des articles 15 à 17 LFLP[226].

2. Le certificat de sortie de l'assuré devra donc indiquer trois prestations de sortie lorsque le régime complémentaire comprend un étage facultatif: la prestation de sortie en vertu des articles 15 ou 16 LFLP, la prestation de sortie minimale en vertu de l'art. 17 LFLP et l'avoir de vieillesse acquis en vertu de l'article 15 LPP. Le plus important des trois montants constituera la prestation de sortie.

x) La prestation de sortie en cas de liquidation partielle ou totale

1. Des controverses ont surgi dans le cadre du régime légal LPP sur le montant de la prestation de sortie en cas de licenciements économiques[227]. Par ailleurs, le droit aux expectatives de prévoyance sur les fonds libres des institutions de prévoyance en cas de liquidation partielle ou totale due à des restructurations économiques bénéficiait depuis longtemps de la garantie des droits acquis[228]. La LFLP a apporté une codification de ces règles en précisant leur portée pour la prestation de sortie.

2. Le Conseil fédéral s'était borné à fixer le principe qu'en cas de liquidation partielle ou de liquidation totale de l'institution de prévoyance, l'assuré pouvait, en plus du droit à la prestation de sortie, prétendre à une part des fonds libres[229]. Son Message précisait qu'en cas de licenciement d'une partie ou de la totalité du personnel, il faut veiller à ce que les assurés restants du régime ne soient ni avantagés, ni désavantagés par rapport aux salariés partants. Les actifs et les passifs du régime doivent être évalués à la valeur réelle, c'est-à-dire à la valeur de liquidation, et les fonds doivent être répartis équitablement parmi les ayants droit, de manière à éviter que des tiers ou de futurs salariés de l'employeur puissent profiter de ce patrimoine[230].

Deuxième principe retenu par le Conseil fédéral, les fonds libres devaient être calculés en fonction de la fortune évaluée selon les valeurs de revente, pour être ensuite distribués entre les assurés selon un plan de répartition approuvé par l'autorité de surveillance[231]. La loi laissait une marge de liberté dans la détermination des critères devant s'appliquer à de tels plans, tenus toutefois au respect du principe de l'égalité de traitement[232].

---

225 Abrogation des art. 27, 28 et 29 LPP par l'art. 27 LFLP.

226 BO CN, 1992, p. 2448.

227 Voir ce Chapitre 17, litt. e, ch. iii).

228 Voir le Chapitre 16, litt. g, ch. iii).

229 Art. 23 al. 1 projet LFLP.

230 *Message LFLP, op. cit.*, p. 69-70.

231 Art. 23 al. 2 LFLP.

232 MANHART Thomas: *Die Aufhebung mit Liquidation von Stiftungen, insbesondere von Personalvorsorgestiftungen,* 1986, p. 157; voir aussi Chapitre 14, litt. d, ch. ii), sur les principes applicables à ce genre d'expectatives de prévoyance.

3. Le législateur a voulu apporter des précisions dans ce domaine sensible et qui offre un large terrain de négociation aux partenaires sociaux[233]. Il a tout d'abord précisé qu'en cas de liquidation partielle ou totale de l'institution de prévoyance, un droit individuel ou collectif à des fonds libres s'ajoute au droit à la prestation de sortie. Cette modification est d'ordre rédactionnelle[234]. Le droit collectif s'applique notamment aux assurés qui restent dans l'institution de prévoyance, les fonds libres pouvant par exemple constituer une réserve pour l'adaptation des rentes de vieillesse. Il a en plus précisé que, conformément à la pratique existante, l'autorité de surveillance décide si les conditions d'une liquidation partielle ou totale sont remplies. Elle approuve le plan de répartition[235]. Cela signifie tout d'abord que l'expectative de l'assuré sur une part des fonds libres ne se transforme en droit subjectif individuel qu'une fois la décision d'approbation du plan de répartition entrée en force. Ensuite, sur le plan procédural, l'assuré doit faire valoir son expectative devant l'autorité de surveillance, ce qui lui ouvre la qualité de partie dans le cadre des voies de droit prévues par l'article 74 LPP[236]. L'assuré ne peut par contre utiliser les voies de droit en matière d'assurances sociales ouvertes par l'article 73 LPP. Le juge compétent, au sens de l'article 73 LPP, doit ainsi suspendre la procédure jusqu'au moment où le plan de répartition acquiert force de la chose jugée[237].

4. Les fonds libres doivent être calculés en fonction de la fortune, dont les éléments seront évalués sur la base de la valeur de revente[238]. En adoptant cette formulation légèrement plus souple quant à la référence à la valeur de revente, le législateur a sans doute voulu tenir compte de la difficulté pratique de fixer avec précision la valeur de revente des actifs immobiliers. Mais, et c'est la contrepartie, la loi précise que les institutions de prévoyance qui doivent respecter le principe de l'établissement en caisse fermée peuvent déduire proportionnellement les découverts techniques des fonds libres et de la prestation de sortie, pour autant que cela ne contribue pas à réduire l'avoir de vieillesse LPP[239].

5. Enfin, le législateur a souhaité clarifier à quel moment et à quelles conditions l'institution de prévoyance doit procéder à une liquidation partielle. Plutôt que d'essayer de décrire des conditions exhaustives, le législateur a introduit une présomption lorsque certains états de faits sont réunis. Cette solution flexible tient compte des besoins des assurés qui perdent leur place pour des raisons économiques. L'autorité de surveillance dispose ainsi d'une base légale claire lui permettant de

---

233 Les licenciements collectifs entraînent des plans sociaux parfois d'une grande ampleur, qui sont appelés a connaître un développement encore plus important avec les restructurations continuelles que connaissent tous les secteurs de l'économie.

234 BO CE, 1993, p. 571.

235 Art. 23 al. 1 LFLP.

236 BO CN, 1992, p. 2458.

237 *Ibid.*

238 Art. 23 al. 2 LFLP.

239 Art. 18 et 23 al. 3 LFLP; art. 15 LPP.

trancher la question de la liquidation partielle dans des délais extrêmement rapides[240]. Trois états de faits permettent de présumer l'existence d'une cause de liquidation partielle[241] : l'effectif du personnel est considérablement réduit, l'entreprise est restructurée, un employeur résilie un contrat qui le lie à l'institution de prévoyance et que celle-ci subsiste. Ces présomptions peuvent évidemment être contredites et elles ne manqueront pas de susciter des débats.

6. Le premier débat concernera sans doute le lien entre les deux premières présomptions, car le critère quantitatif de la réduction considérable des effectifs est assez restrictif. Ainsi, si en cas de licenciement l'assuré ne peut faire valoir que l'effectif du personnel a été considérablement réduit, il sera évidemment tenté de soutenir qu'il est la victime d'une mesure de restructuration, notion évidemment plus vaste et plus floue. La jurisprudence a déjà eu à se pencher sur ce genre de questions. Le Tribunal fédéral des assurances, dans un arrêt L. du 28 février 1991[242], a eu l'occasion de se prononcer sur l'application d'un règlement d'une institution de prévoyance qui accordait un libre-passage en cas de licenciement dû à des raisons telles que restrictions, réorganisation ou mesures analogues. Après avoir souligné la largesse du texte réglementaire, le TFA a précisé que son application ne présupposait pas l'existence de graves difficultés économiques et encore moins une liquidation pure et simple ou la menace d'une liquidation de l'entreprise. Il n'était donc point besoin qu'un nombre plus ou moins important de travailleurs soient licenciés en même temps. Il suffisait que les rapports de travail aient été résiliés pour l'une des raisons évoquées par le règlement. Bien entendu, il fallait aussi que le licenciement ne soit pas le signe d'un manquement par le travailleur à ses devoirs contractuels ou d'une insuffisance de prestations. Le TFA admit la réalisation du critère de la réorganisation, car un consultant externe avait été chargé d'une telle mission à la suite de laquelle certaines personnes quittèrent spontanément leur emploi. Ces critères fournissent une bonne base de départ pour juger si la présomption de la restructuration est réalisée.

Un autre débat essentiel portera sur l'existence ou non de fonds libres, et donc sur les méthodes de comptabilisation des actifs et des passifs. Pour ce qui est des actifs, il est probable qu'une évaluation permanente de la fortune à sa valeur vénale fera son chemin, avec pour conséquence nécessaire la constitution de réserves liées destinées à assurer la sécurité de la valeur des avoirs envers les fluctuations inévitables du marché à long terme. Par ailleurs, les arbitrages seront nécessaires entre les intérêts des assurés actifs et ceux des retraités à une indexation de leurs rentes[243].

---

240 BO CN, 1992, p. 2458.

241 Art. 23 al. 4 LFLP.

242 *RSAS* 1992, p. 118, en publie des extraits.

243 En vertu de l'article 36 al. 2 LPP, l'institution de prévoyance est tenue d'établir des dispositions en vue d'adapter les rentes de vieillesse en cours, voire les rentes de survivants et d'invalidité, dans les limites de ses possibilités financières.

xi) L'obligation de transfert

Si l'assuré entre dans une nouvelle institution de prévoyance, l'ancienne institution de prévoyance doit verser la prestation de sortie à cette nouvelle institution[244]. La prévoyance acquise peut ainsi être concentrée en un seul endroit et se poursuivre sans lacune, évitant que l'assuré ne disperse ses avoirs de prévoyance sous forme de polices ou de comptes de libre-passage dans un grand nombre d'institutions différentes et qu'il perde, le cas échéant, sa protection contre les risques de l'invalidité et du décès[245]. Ce transfert obligatoire présuppose, toutefois, que l'affiliation à l'ancienne institution soit immédiatement suivie de celle à la nouvelle institution.

xii) Le maintien de la prévoyance en cas de décès et d'invalidité

1. La loi a repris les règles applicables au régime légal[246], et qui ont été légèrement modifiées, en les généralisant aux régimes facultatifs par une nouvelle rédaction de l'art. 331a CO[247]. La prévoyance facultative prend donc fin le jour où le travailleur quitte l'institution de prévoyance[248]. Le travailleur bénéficie toutefois d'une protection de prévoyance contre le risque du décès ou de l'invalidité jusqu'à la conclusion d'un nouveau rapport de prévoyance, mais au minimum d'un mois[249]. L'institution de prévoyance peut exiger de l'assuré des cotisations de risque pour la prévoyance maintenue après la fin du rapport de prévoyance[250]. La continuité de la protection en cas d'invalidité assurée par l'ancienne institution l'est conformément aux principes dégagés par la jurisprudence[251].

Dès qu'elle a transféré la prestation de sortie, l'ancienne institution est libérée de l'obligation de verser des prestations de vieillesse[252]. Cela laisse ouverte la possibilité, qui doit être prévue par les dispositions propres du régime complémentaire, d'une préservation des droits en faveur de l'assuré externe ayant quitté l'entreprise.

2. Afin de consolider l'obligation de transfert, la loi prévoit que l'assuré doit permettre à la nouvelle institution de prévoyance de consulter les décomptes des prestations de sortie mais uniquement celui provenant du rapport de prévoyance antérieur[253], et non pas de rapports de prévoyance antérieurs comme le prescrivait le projet du Conseil fédéral. Mais cette obligation est atténuée par le fait que la nouvelle institution n'est

---

244 Art. 3 al. LFLP.

245 *Message LFLP, op. cit.*, p. 42.

246 Voir ce Chapitre 17, litt. e, ch. iv); art. 10 al. 3 LPP, qui remplace le délai de trente jours par celui d'un mois pour le maintien de la couverture contre les risques de l'invalidité et du décès.

247 Art. 27 LFLP.

248 Art. 331a al. 1 nouveau CO.

249 Art. 331a al. 2 nouveau CO.

250 Art. 331a al. 3 nouveau CO.

251 ATF 118 V 36; voir ce Chapitre 17, litt. e, ch. iv).

252 Art. 3 al. 1 LFLP.

253 Art. 11 al. 1 LFLP.

pas tenue de réclamer la prestation de sortie provenant du rapport de prévoyance antérieur et de la créditer à l'assuré[254] ; elle peut toutefois le faire.

3. En cas d'impossibilité de transfert à une nouvelle institution, la loi établit les règles sur le maintien de la prévoyance sous une autre forme, examinée plus bas.

xiii) Le maintien de la prévoyance dans la nouvelle institution

1. Réalisée dans le régime légal, le maintien doit également être garanti dans les régimes facultatifs. La nouvelle institution de prévoyance doit permettre à l'assuré qui entre de maintenir et d'augmenter sa prévoyance; elle doit lui créditer les prestations de sortie qu'il a apportées[255] de manière à permettre le rachat des prestations offertes dans la nouvelle institution. Si l'institution de prévoyance fixe ses prestations dans un plan de prestations, elle doit donner à l'assuré la possibilité de racheter toutes les prestations réglementaires[256]. Cela signifie que la prestation de sortie doit être portée au crédit de l'avoir de vieillesse dans les fonds d'épargne, intégrée à la réserve mathématique dans les institutions d'assurance et utilisée dans les régimes à primauté des prestations pour le rachat des droits réglementaires[257]. Si la prestation de sortie est insuffisante pour racheter la totalité des prestations prévues par le plan de prestations, l'institution de prévoyance est tenue d'offrir à l'assuré la possibilité de racheter la part manquante par son effort propre.

2. Afin de renforcer cette obligation et d'assurer l'égalité de traitement, 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[258]. La loi cherche ainsi à éviter qu'une institution de prévoyance ne lèse les salariés mobiles par un traitement inégalitaire[259]. Jusqu'à présent les institutions de prévoyance pouvaient fixer leurs prestations en pourcentage d'un salaire déterminant mais en affectant la prestation d'entrée au rachat d'une rente complémentaire déjà fixée en francs lors de l'entrée. Par ailleurs, certains avantages n'étaient accordés qu'aux salariés ayant déjà un certain nombre d'années de travail, en faisant par exemple dépendre d'une certaine durée de service la compensation du renchérissement financée exclusivement par l'employeur[260]. Ces

---

254 Art. 11 al. 2 LFLP; on notera que le projet du Conseil fédéral prévoyait l'obligation pour la nouvelle institution de réclamer les prestations de sortie provenant de rapports de prévoyance antérieurs.

255 Art. 9 al. 1 LFLP.

256 Art. 9 al. 2 LFLP.

257 *Message LFLP, op. cit.*, p. 49.

258 Art. 9 al. 3 LFLP.

259 Cette disposition a suscité un débat vigoureux, une minorité des conseillers nationaux s'y opposant - voir BO CN, 1992, p. 2437.

260 *Message LFLP, op. cit.*, p. 50.

possibilités d'avantager la fidélité à l'entreprise dans le cadre de l'institution de prévoyance réglementaire sont dorénavant proscrites[261].

3. L'institution de prévoyance fixe le montant de la prestation d'entrée dans son règlement. Celle-ci ne doit pas dépasser le plus élevé des deux montants, soit de la prestation de sortie ordinaire[262], soit de la prestation de sortie minimale obligatoire[263]. La prestation de sortie doit, en effet, être calculée pour le même assuré d'après les mêmes bases techniques, le même taux d'intérêt technique et les mêmes dispositions réglementaires que la prestation d'entrée maximale pouvant être exigée par cette même institution de prévoyance[264]. Cette disposition introduit un élément important d'harmonisation technique entre régimes.

4. La prestation d'entrée est exigible lorsque l'assuré entre dans l'institution de prévoyance et elle est frappée d'intérêts moratoires à partir de ce moment-là[265]. Si, toutefois, la prestation d'entrée est supérieure à la prestation de sortie, l'assuré ou l'employeur devront financer la différence pour permettre une couverture de prestations intégrale. Le législateur a décidé sur ce point d'assouplir le projet du Conseil fédéral qui se bornait à préciser que dès l'entrée de l'assuré dans l'institution de prévoyance, celui-ci est couvert pour les prestations qui lui reviennent, d'après le règlement, sur la base de la prestation d'entrée à payer[266]. En effet, l'amortissement et les intérêts de la partie de la prestation d'entrée qui n'est pas couverte par la prestation de sortie de l'ancienne institution de prévoyance et qui n'est pas immédiatement payée sont réglés par les dispositions réglementaires ou par une convention passée entre l'assuré et l'institution de prévoyance[267]. Les ayant droits peuvent alors en principe, et sous réserve des dispositions réglementaires, décider librement s'ils veulent racheter la prévoyance complémentaire et à quelles conditions. Ils peuvent par exemple passer avec l'institution de prévoyance un contrat portant sur un taux de rendement supérieur ou inférieur au taux des intérêts moratoires[268].

5. A ces conditions, l'assuré est couvert pour les prestations qui lui reviennent, d'après le règlement, sur la base de la prestation d'entrée à payer, dès qu'il entre dans l'institution de prévoyance[269]. Si, en entrant dans l'institution, l'assuré s'est engagé à payer lui-même une partie de la prestation d'entrée, et qu'il ne s'est pas encore acquitté ou qu'il s'en est acquitté partiellement lors de la survenance d'un cas de prévoyance, il a

---

261 Par contre, les prestations discrétionnaires de fondations de bienfaisance patronale ne seront pas affectées.

262 Art. 10 al. 1 LFLP, c'est-à-dire calculée selon les articles 15 ou 16 LFLP.

263 Art. 17 LFLP.

264 *Message LFLP, op. cit.*, p. 51.

265 Art. 10 al. 2 LFLP.

266 Art. 12 al. 1 LFLP.

267 Art. 10 al. 3 LFLP.

268 BO CN, 1992, p. 2440.

269 Art. 12 al. 1 LFLP.

tout de même droit aux prestations réglementaires. Les montants qu'il n'a pas encore versés, y compris les intérêts, peuvent cependant être déduits des prestations[270].

6. Conformément à la jurisprudence[271], le montant de la prestation de sortie qui n'est pas absorbée pour le rachat des prestations réglementaires complètes peut être utilisé pour maintenir la prévoyance sous une autre forme[272]. L'assuré peut affecter la partie restante de la prestation de sortie au financement des futures augmentations réglementaires de prestations. L'institution de prévoyance doit établir un décompte annuel[273].

7. De nouvelles règles ont été prévues par la loi en matière de réserves concernant l'état de santé initial. Rappelons qu'il n'y a pas de réserves de santé dans le régime obligatoire LPP. Par contre, ces réserves constituaient l'un des délais de stage appliqué fréquemment dans les régimes facultatifs et pouvant entraîner l'exclusion ou la réduction des prestations en cas d'invalidité ou de décès[274]. La prévoyance rachetée au moyen de la prestation de sortie apportée ne peut être réduite par une nouvelle réserve pour raison de santé[275]. La réserve fixée par l'ancienne institution peut en revanche être maintenue par la nouvelle. Toutefois, le temps de réserve déjà écoulé dans l'ancienne institution de prévoyance doit être imputé à la nouvelle réserve. Les conditions de la nouvelle institution de prévoyance sont applicables si elles sont plus favorables pour l'assuré[276]. Alors que le Conseil fédéral n'avait rien prévu en ce qui concerne la durée maximale d'une réserve, le législateur a adopté un nouvel article 331c CO qui précise que la durée des réserves dans la prévoyance facultative est de cinq ans au plus.

xiv) Le maintien de la prévoyance sous une autre forme

Si l'assuré n'entre pas dans une autre institution de prévoyance, il doit notifier à son institution de prévoyance sous quelle forme admise il entend maintenir sa prévoyance[277]. Par analogie à la solution stipulée par l'ancien droit, le Conseil fédéral a la compétence de réglementer les formes de maintien de la prévoyance[278]. Les trois formes connues, soit la préservation par l'assurance externe auprès de l'ancienne institution de prévoyance, la police et le compte de libre-passage seront reprises.

A défaut de notification, l'institution de prévoyance verse, au plus tard deux ans après la survenance du cas de libre-passage, la prestation de sortie, y compris les intérêts

---

270 Art. 12 al. 2 LFLP.
271 ATF 115 V 103.
272 Art. 13 al. 1 LFLP.
273 Art. 13 al. 2 LFLP.
274 ATF 115 V 215; voir ce Chapitre 17, litt. d, ch. v).
275 Art. 14 al. 1 LFLP.
276 Art. 14 al. 2 LFLP.
277 Art. 4 al. 1 LFLP.
278 Art. 26 LFLP; voir ce Chapitre 17, litt. e, ch. v); OMPLP.

moratoires, à l'institution supplétive instituée par l'article 60 LPP[279]. Lorsqu'elle exécute cette tâche, l'institution supplétive agit en qualité d'institution de libre-passage chargée de la gestion des comptes de libre-passage[280] Le but de cette disposition est de permettre que l'assuré retrouve ses fonds, par exemple après un long séjour à l'étranger. Si la prestation est maintenue auprès de l'ancienne institution de prévoyance, celle-ci peut subir le sort de l'entreprise et être absorbée dans le cadre de fusions, ou dissoute dans le cadre de liquidations, ce qui rend difficile la réalisation de l'objectif qui est de permettre à l'assuré de retrouver en tout temps son avoir qu'il aurait oublié dans une institution de prévoyance[281]. Il est évidemment possible à l'institution de prévoyance d'éviter de devoir verser des intérêts moratoires. Il suffit de prévoir une obligation réglementaire pour l'assuré de notifier ses intentions au plus tard à la date de cessation de ses rapports de travail, faute de quoi sa prestation de sortie sera transférée à une institution de libre-passage.

xv) Le maintien de la prévoyance en cas de modification du temps de travail (temps partiel) ou de changement au sein de l'institution

1. Le législateur s'est préoccupé du maintien de la prévoyance en cas de modification du temps de travail, notamment pour ce qui a trait au travail à temps partiel. Si l'assuré modifie son degré d'occupation pour une durée d'au moins six mois, l'institution de prévoyance lui établit un décompte comme s'il s'agissait du cas de libre-passage[282]. Si le règlement prévoit une réglementation au moins aussi favorable pour l'assuré ou la prise en compte de l'activité moyenne, il est possible de renoncer à un décompte[283]. En d'autres termes, en cas de réduction de l'activité, l'assuré sort de l'institution qui établit le décompte de sa prestation de sortie, pour y rentrer immédiatement après. La différence entre la prestation de sortie et d'entrée devient une prestation pouvant être affectée à une autre forme de prévoyance[284], voire pour financer de futures augmentations réglementaires de prestations[285]. L'institution de prévoyance peut toutefois prévoir des solutions meilleures, par exemple de tenir compte du degré d'occupation moyen réparti sur toute la période de cotisations[286].

2. Le salarié peut être assuré dans le cadre d'une institution commune ou collective, à laquelle plusieurs entreprises sont affiliées[287]. Dans ce cas, le changement d'entreprise n'implique pas nécessairement un changement de la prévoyance. La loi prévoit qu'un décompte de libre-passage est établi pour autant que l'assuré change de caisse de

---

279 Art. 4 al. 2 LFLP.
280 Art. 4 al. 3 LFLP.
281 *Message LFLP, op. cit.*, p. 44.
282 Art. 20 al. 1 LFLP.
283 Art. 20 al. 2 LFLP; voir aussi BO CN, 1992, p. 2449.
284 Art. 4 LFLP.
285 Art. 13 al. 2 LFLP.
286 *Message LFLP, op. cit.*, p. 66.
287 Voir le Chapitre 14, litt. d, ch. i), sur la diversité des structures.

prévoyance ou de plan de prévoyance. Afin d'éviter des complications administratives inutiles, il est possible de renoncer à établir un décompte si le règlement prévoit une réglementation au moins aussi favorable[288].

xvi) Le remboursement en espèces

1. Les critiques rencontrées par le remboursement en espèces ont entraîné la suppression de celui-ci pour la femme lors de son mariage eu égard au principe de l'égalité de traitement consacré par le droit communautaire et l'article 4 Cst. féd.[289]. Par contre, le paiement en espèces de la prestation de sortie à l'assuré est autorisé[290] :

- a) lorsqu'il quitte définitivement la Suisse[291] ;
- b) lorsqu'il s'établit à son propre compte et qu'il n'est plus soumis à la prévoyance professionnelle obligatoire[292] ;
- c) lorsque le montant de la prestation de sortie est inférieur au montant annuel des cotisations de l'assuré[293]. La formulation est plus précise pour éviter les controverses suscitées par la formulation de l'ancien droit[294].

2. Afin de protéger la famille, le paiement en espèces à l'assuré marié n'est possible qu'avec le consentement écrit du conjoint[295]. 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[296]. Cette disposition est conçue sur le modèle du consentement requis en cas de résiliation du contrat de bail destiné au logement familial[297].

xvii) Le maintien de la prévoyance en cas de divorce

1. Le Message souligne que beaucoup de couples se limitent à une épargne sous la forme d'expectatives envers une institution de prévoyance qui, en règle générale, ne peuvent être partagées en cas de divorce. Or, les prestations de prévoyance serviront à l'entretien de la famille lorsque les éventualités se réaliseront. Cette situation intenable implique un changement du droit civil applicable en la matière, mais la procédure de révision durera encore des années. D'où l'idée d'introduire une disposition qui facilite

---

288 Art. 21 al. 2 LFLP.
289 Voir le Chapitre 15, litt. c, et ce Chapitre 17, litt. d, ch. vii).
290 Art. 5 al. 1 LFLP.
291 Art. 5 al. 1 litt. a LFLP; voir les commentaires dans ce Chapitre 17, litt. d, ch. vii).
292 Art. 5 al. 1 litt. b LFLP.
293 Art. 5 al. 1 litt. c LFLP.
294 Voir ce Chapitre 17, litt. d, ch. vii).
295 Art. 5 al. 2 LFLP.
296 Art. 5 al. 3 LFLP.
297 Art. 266m CO; *Message LFLP, op. cit.*, p. 46.

les choses immédiatement[298] en assimilant le divorce au cas de la sortie d'une institution de prévoyance.

2. En cas de divorce, le tribunal peut décider qu'une partie de la prestation de sortie acquise par un époux pendant le mariage sera transférée à l'institution de prévoyance de l'autre époux et imputée sur les prétentions de divorce destinées à garantir la prévoyance[299]. Le tribunal notifie d'office à l'institution de prévoyance le montant à transférer en lui fournissant les indications nécessaires au maintien de la prévoyance[300], étant précisé que les dispositions de la loi sur le transfert[301] s'appliquent par analogie. Lors des travaux parlementaires, il avait été proposé en vain que le conjoint de l'assuré puisse avoir droit à la moitié de la prestation de sortie[302]. Mme Christiane BRUNNER, rapporteuse de la commission du Conseil national, précisa à cet égard que cette disposition ne crée pas de nouvelles prétentions matérielles à faire valoir en cas de divorce. Elle a seulement pour effet d'atténuer, au profit d'un époux divorcé, l'interdiction de la cession d'expectative dans le domaine du 2e pilier. C'est au tribunal qu'il appartient de fixer la prestation de libre-passage qui doit être transférée d'un conjoint à l'autre. L'institution de prévoyance de l'assuré n'a ni le droit ni le devoir d'examiner la décision du tribunal. La différence entre le montant de la prestation de sortie, au moment de la conclusion du mariage et au moment du divorce, équivaut à la prestation de sortie acquise pendant la durée du mariage. Les prestations de sortie sont calculées conformément à la loi sur le libre-passage. Par ailleurs, l'acceptation de l'article 22 de la loi n'implique pas la renonciation à la rente de veuve de l'épouse divorcée créancière de prestations d'entretien. Les mêmes principes sont applicables dans le cas où une épouse divorcée bénéficie de contributions d'entretien après un divorce en raison des soins qu'elle donne aux enfants[303].

3. L'institution de prévoyance doit accorder au conjoint débiteur la possibilité de racheter la prestation de sortie transférée. Les dispositions sur l'entrée dans une nouvelle institution de prévoyance sont applicables[304]. Le projet du Conseil fédéral prévoyait que, dans le cadre de la prestation de sortie transférée, l'institution de prévoyance accordait un prêt affecté d'intérêts à l'époux débiteur[305]. Si l'assuré n'avait pas totalement remboursé le prêt lors de la survenance d'un cas de prévoyance, il avait droit aux prestations réglementaires sur la base de la part remboursée. En cas de décès ou d'invalidité, les ayants droit pouvaient encore s'acquitter du montant dû[306]. Trop rigides, ces dispositions ont été abandonnées.

---

298 *Message LFLP, op. cit.*, p. 67-69.
299 Art. 22 al. 1 LFLP.
300 Art. 22 al. 2 LFLP.
301 Art. 3 à 5 LFLP.
302 BO CN, 1992, p. 2451-2456.
303 BO CN, 1992, p. 2456.
304 Art. 22 al. 3 LFLP.
305 Art. 22 al. 3 projet LFLP.
306 Art. 22 al. 4 projet LFLP.

xviii) Le remboursement en vue de l'accession à la propriété

1. Parallèlement à l'adoption de la LFLP, le législateur a promulgué une loi fédérale sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle, par une révision partielle de la LPP et du Code des obligations. Cette mutation illustre la tendance à l'individualisation de la prévoyance professionnelle, au moment même où le renforcement de la coordination consolide sa nature collective fondée sur la fidélité au travail. L'une fait contrepoids à l'autre dans ce mouvement de compromis si typique de nos sociétés complexes.

2. Le but de la loi est de permettre un versement en espèces ou la mise en gage de l'avoir de prévoyance pour acheter un logement destiné aux propres besoins de l'assuré. Le montant auquel ce dernier a droit équivaut jusqu'à cinquante d'ans d'âge au montant de la prestation de sortie selon la LLP, et après à la moitié de la prestation de sortie à laquelle l'assuré a droit au moment du paiement. Diverses précautions sont prises pour assurer la garantie du but de la prévoyance, en cas de changement d'institution de prévoyance pour le droit de gage ou pour le remboursement en cas de revente du logement. La perte de droits en cas de réalisation des éventualités assurées est sensible, notamment en cas d'invalidité ou de décès. Mais l'assuré se voit offrir la possibilité de conclure à ses frais une assurance complémentaire pour couvrir cette perte.

xix) L'information et le contentieux

L'institution de prévoyance renseigne l'assuré sur demande, mais au moins tous les trois ans, sur la prestation de sortie réglementaire au sens de l'article 2 LFLP et sur l'avoir de vieillesse au sens de l'article 15 LPP[307]. Les règles sur le contentieux sont les mêmes que celles de la LPP[308].

g) Le détachement et l'expatriation

1. Le détachement et l'expatriation sont des éventualités prévues par les régimes de base AVS/AI. La loi règle le cas du travailleur migrant affilié à la sécurité sociale suisse, tandis que les conventions bilatérales de sécurité sociale entre la Suisse et les Etats étrangers élargissent la protection par l'égalité de traitement des travailleurs qui migrent entre les deux Etats. Nous renvoyons sur ce point à la littérature[309]. Les régimes complémentaires légal et facultatifs n'étant pas inclus dans les conventions

---

307 Art. 24 LFLP; la loi modifie également l'article 331 al. 4 CO quant à la forme en précisant que l'employeur donne au travailleur les renseignements sur ses droits envers une institution de prévoyance professionnelle.

308 Art. 25 LFLP qui renvoie aux art. 73 et 74 LPP.

309 Voir de CUPIS Beatrix/KRATINGER Huguette: «Etrangers, travailleurs migrants et sécurité sociale suisse: où en est l'égalité de traitement dans les prestations à long terme», *Aspects de la sécurité sociale (ASS)*, No 2, 1993, p. 10-21, 13-14.

bilatérales de sécurité sociale, ce sont les règles suisses qui déterminent les possibilités de détachement et d'expatriation. Dans chaque cas pratique, il faut également vérifier les possibilités offertes par le droit étranger applicable.

Sont assurés obligatoirement, en vertu de l'AVS, les ressortissants suisses qui travaillent à l'étranger, pour le compte d'un employeur en Suisse, et qui sont rémunérés par cet employeur[310]. En vertu des conventions bilatérales, les ressortissants allemands, autrichiens, belges, français, luxembourgeois, portugais et yougoslaves qui sont occupés dans un Etat tiers (avec lequel la Suisse n'a conclu aucune convention), et rétribués par un employeur qui a son siège en Suisse, sont assujettis obligatoirement à l'AVS suisse. Ce cas vise le détachement. Par contre, l'expatriation et le maintien de l'affiliation d'un travailleur soumis à l'assurance obligatoire ne sont pas prévus[311].

2. L'assurance par le régime légal LPP n'est pas obligatoire pour les salariés dont l'employeur n'est pas soumis à l'obligation de payer des cotisations à l'AVS[312], notamment les employeurs qui n'ont pas d'établissement stable en Suisse[313]. Par ailleurs, les salariés dont l'activité en Suisse n'a probablement pas un caractère durable, et qui bénéficient de mesures de prévoyance suffisantes à l'étranger, seront exemptés de l'assurance obligatoire à condition qu'ils en fassent la demande à l'institution de prévoyance compétente[314]. A certaines conditions, fixées par la pratique des autorités fiscales, des exonérations fiscales peuvent être accordées pour les contributions versées à un régime complémentaire étranger pour un travailleur détaché en Suisse.

h) Conclusions

1. L'observateur attentif de l'histoire de la coordination ne peut qu'être frappé par sa capacité de se frayer un chemin à travers les méandres des régimes complémentaires et à dialoguer avec leur diversité. Une partie importante des tâches dévolues à la coordination ayant été accomplie, il reste maintenant aux régimes à prouver - si l'on peut s'exprimer ainsi - qu'ils sont en mesure d'assurer le paiement des prestations promises dans des sociétés vieillissantes grâce au maintien à long terme de la valeur de la fortune de prévoyance. La gestion du risque acquiert ainsi des dimensions historiquement inédites qui portent non seulement sur les vicissitudes de la vie humaine, mais également sur les vicissitudes des rendements financiers de l'épargne à long terme.

2. Si nous avons déjà relevé que la gestion paritaire a été assez impuissante dans la prise en charge des tendances à l'harmonisation et à la coordination en cas de mobilité

---

310 Art. 1 al. 1 litt. c LAVS.
311 Art. 1 LAVS.
312 Art. 1 al. 1 litt. a OPP2; voir art. 12 LAVS.
313 Art. 12 al. 2 LAVS.
314 Art. 1 al. 2 OPP2.

professionnelle[315], il y a un domaine où la participation de l'employeur et des salariés à la gestion des régimes complémentaires joue un rôle important. Il s'agit de la fonction de prévention des risques inhérents à la gestion privée et décentralisée de la fortune de prévoyance, fonction que la gestion paritaire assume au titre de la coordination. Elle est analysée, avec les autres aspects de la participation, dans les prochains chapitres.

[315] Voir le Chapitre 14, litt. g, ch. iii), sur le rôle de la gestion paritaire dans les tendances d'évolution des régimes complémentaires.

PARTIE V

LA PARTICIPATION DANS LES REGIMES COMPLEMENTAIRES SUISSES

CHAPITRE 18

INTRODUCTION

a) La participation en Suisse

1. La gestion paritaire du régime obligatoire de la prévoyance professionnelle a été instaurée par l'art. 51 de la Loi sur la prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982. La consécration juridique d'un tel mode de gestion s'insère dans une réflexion plus générale sur la participation, issue du droit social.

2. Le droit social est né des conflits d'intérêts entre employeurs et travailleurs et il structure en permanence les compromis qui en sont issus. Ces conflits sont circonscrits par le pouvoir de décision de leurs acteurs: l'employeur et le marché, d'un côté, les salariés et leur organisation collective de l'autre. Entre ces pôles s'étend le champ du rapport salarial dans lequel l'Etat et la loi interviennent. Car les rapports sociaux se cristallisent dans certaines structures qui définissent la place des individus et des groupes dans la société et qui fixent des principes d'ajustement et donc une certaine régulation de l'ordre économique[1]. Dans cette optique, les facteurs institutionnels, notamment juridiques, ont une place centrale; ils établissent des règles de jeu et des conventions qui structurent les comportements collectifs et individuels. Les normes du droit social ne sont donc pas extérieures aux rapports sociaux qu'elles objectivent et mesurent. Elles sont à la fois ce que leur rapport produit et ce qui est l'enjeu de chacun des acteurs[2]. Résultat de solidarités conflictuelles, ces normes sont l'objet d'une négociation permanente. La réflexion juridique sur la participation part donc du pouvoir de décision dans le cadre du rapport salarial, se centre sur les compétences décisionnelles formellement reconnues par l'ordre juridique aux acteurs de ce rapport. Car entre le pouvoir de décider et la compétence de décider se situe le champ de la négociation, qui n'est saisi que de manière partielle par le droit. Il va de soi que le droit se préoccupe de l'efficacité matérielle de ses normes[3]. Mais, au préalable, il doit se préoccuper de leur contenu juridique spécifique.

3. La définition de la participation a fait l'objet d'une première réflexion sous l'impulsion de l'initiative populaire sur la participation déposée le 25 août 1971 par l'Union syndicale suisse, la Confédération des syndicats chrétiens et l'Association suisse des salariés évangéliques. L'initiative proposait l'adoption d'un article 34ter

---

1 BOYER Robert: «Rapport salarial, croissance et crise: une dialectique cachée», in: *La flexibilité du travail en Europe,* 1986, p. 17.

2 EWALD: *L'Etat-providence, op. cit.*, p. 591.

3 La réflexion sur l'effet horizontal ("Drittwirkung") des libertés individuelles en est un exemple: peut-on imposer le respect du principe de l'égalité de l'art. 4 Cst. à l'Etat et aux privés ?

alinéa 1 lettre bis accordant le droit à la Confédération de légiférer *"sur la participation des travailleurs et de leurs organisations aux décisions dans les entreprises et administrations"*[4]. Le Conseil fédéral refusa l'initiative et proposa un contre-projet prévoyant *"une participation appropriée des travailleurs, qui sauvegarde les possibilités de fonctionnement et une gestion économique de l'entreprise"*[5].

Les Chambres fédérales opposèrent à l'initiative leur propre contre-projet, plus restrictif encore que celui du Conseil fédéral. Seul le droit de la Confédération de légiférer *"sur une participation des travailleurs au niveau de l'exploitation, qui soit appropriée et sauvegarde les possibilités de décision et une gestion économique de l'entreprise"* fut retenu. En outre, seuls *"les travailleurs"* occupés dans l'établissement pouvaient exercer les droits de participation[6].

Le débat fut polarisé par l'étendue des compétences de décision qui peuvent être attribuées aux salariés. Un premier point de contestation était l'extension de la participation aux administrations publiques, refusée par les Chambres fédérales. Ensuite, le droit de participation fut limité à l'exploitation, par opposition à l'entreprise dans son ensemble, dont le niveau le plus élevé était la représentation paritaire au Conseil d'administration des sociétés anonymes avec droit de décision[7]. Les possibilités de décision et la gestion économique devant être sauvegardées, la compétence ultime de décision de l'employeur fut maintenue. Les Chambres fédérales écartèrent les organisations des salariés des structures de participation, alors que le Conseil fédéral avait pour sa part expressément laissé la question ouverte[8]. Enfin, selon les deux contre-projets, la Confédération ne pouvait que légiférer sur une participation *"appropriée"*: sa compétence se limitait à sanctionner par la loi le niveau de participation formalisé par les accords privés entre employeurs et travailleurs[9]. Les clivages se sont ainsi ordonnés autour d'un axe bien défini: les employeurs étaient appelés à céder, sous la pression plus ou moins vigoureuse de la loi, quelques-unes de leurs prérogatives de décision. L'initiative et son contre-projet furent rejetés par le peuple et les cantons lors de la votation du 21 mars 1976.

4. La participation a donc un aspect relativement secondaire dans les rapports de travail en Suisse. Comme le souligne Urs Ch. NEF[10], on peut en effet considérer que la participation se rapporte matériellement aux domaines suivants:

---

4 «Message du Conseil fédéral du 22 août 1973 relatif à l'initiative populaire sur la participation et à un contreprojet», *Feuille Fédérale,* 1973, II, p. 229.

5 «Message du Conseil fédéral sur la participation», *op. cit.*, p. 427.

6 BOIS: *La participation, op. cit.,* p. 35; NEF: «Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der Schweiz», *op. cit.*, p. 241, estime la participation au niveau de l'entreprise irréalisable dans un proche avenir.

7 BOIS, *op. cit.*, p. 32.

8 «Message du Conseil fédéral sur la participation», *op. cit.*, p. 417.

9 BOIS, *op. cit.*, p.33-34; «Message du Conseil fédéral sur la participation», *op. cit.*, p. 414.

10 NEF, *op. cit.*, p. 225 ss.

a) la participation des associations à la procédure d'élaboration des lois et à leur exécution[11] ;

b) l'élaboration du règlement d'entreprise pour les entreprises industrielles[12] ;

c) le droit des salariés de participer, avec l'employeur, au choix de l'institution d'assurance dans le cadre de l'assurance-accidents[13] et la gestion paritaire de la prévoyance professionnelle obligatoire[14] ;

d) les normes de participation, en particulier celles relatives aux commissions d'entreprise, dans le cadre des conventions collectives de travail;

e) les droits des commissions du personnel dans l'administration publique fédérale, voire parfois cantonale et communale.

Cela aurait pu changer avec la ratification du Traité EEE qui devait entraîner l'adoption d'une loi fédérale sur la participation conforme aux normes minimales du droit communautaire en matière de santé et de sécurité au travail, de licenciements collectifs et de transferts d'entreprises ou d'établissements[15]. Il s'agissait essentiellement d'une amélioration de l'information et de la consultation des travailleurs dans l'entreprise en ce qui concerne ces trois domaines. Il n'est pas exclu, toutefois, qu'une telle loi puisse voir le jour, dans une perspective d'adaptation unilatérale du droit suisse au droit communautaire.

b) Sécurité sociale suisse et participation

1. Dès ses origines, la nouvelle institution de sécurité sociale que représentait le régime AVS/AI fut érigée par l'Etat, par du droit fédéral, public et exhaustif. L'administration du régime fut quelque peu diversifiée en la confiant à des caisses de compensation soit publiques, soit professionnelles qui bénéficiaient d'une parcelle de la puissance publique les autorisant à rendre des décisions ayant force de loi. Il n'est donc pas étonnant qu' on n'y retrouve que peu de traces d'une participation effective des assurés et des employeurs. L'AVS s'est conformée aux conceptions dominantes de l'époque en matière d'organisation administrative de la sécurité sociale[16]. A cette époque, pourtant, le droit international de la sécurité sociale insistait sur le développement de modes de

---

11 Art. 32 al. 2 et 3 Cst. féd.

12 Art. 37 à 39 de la Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce, du 13 mars 1964 (LT).

13 Art. 69 de la Loi fédérale sur l'assurance-accidents, du 20 mars 1981 (LAA).

14 Art. 11 LPP.

15 *Message du Conseil fédéral relatif à l'approbation de l'accord sur l'Espace économique européen, du 18 mai 1992,* p. 381.

16 La loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS), du 20 décembre 1946 est entrée en vigueur le 1er janvier 1948.

participation collective et l'élargissement des formules démocratiques d'organisation sociale[17].

2. Ce jugement doit être quelque peu nuancé. La LAVS prévoit en effet, au chapitre des dispositions d'organisation, que l'assurance-vieillesse est appliquée, sous la surveillance de la Confédération, par les employeurs et les employés ou ouvriers, les caisses de compensation professionnelles, les caisses de compensation cantonales, les caisses de compensation de la Confédération, et une Centrale de compensation[18]. La loi concrétise ces principes, pour ce qui a trait aux droits de participation, en réglementant les caisses de compensation professionnelles paritaires[19]. Les caisses de compensation professionnelles sont créées par les associations professionnelles et interprofessionnelles, formées d'employeurs ou de personnes exerçant une activité indépendante. De caisses de compensation des employeurs, elles peuvent devenir caisses de compensation paritaires. Une association d'employés ou d'ouvriers ou plusieurs de ces associations en commun, groupant la moitié au moins des employés ou ouvriers englobés par une caisse de compensation à créer ou existant déjà, ont le droit d'exiger la participation paritaire à l'administration de cette caisse de compensation. Le droit appartient également aux associations groupant un tiers des salariés englobés par la caisse concernée, sous la réserve de l'accord des autres associations regroupant, seules ou ensemble, le dix pour cent au moins des salariés. Est ainsi conféré le droit d'établir en commun avec les associations d'employeurs concernées, *"un règlement de la caisse dans lequel toutes les questions importantes pour sa gestion sont entièrement réglées."*[20]. L'association de salariés souhaitant participer à une caisse de compensation paritaire est tenue à des sûretés [21]. Il faut également ajouter qu'il est prévu la possibilité pour les représentants des associations de salariés de siéger au comité de direction de la caisse de compensation professionnelle, pour autant que lesdites associations regroupent dix pour cent au moins des salariés concernés. Ce droit limité a eu la préférence de la pratique[22].

3. Pascal MAHON rend un verdict précis sur l'échec de la gestion paritaire: *"L'institution des caisses paritaires est restée lettre morte. Cela s'explique par le fait que les associations de travailleurs, tout en devant assumer une partie de la responsabilité et, en conséquence, fournir une partie des sûretés, retirent très peu d'avantages de la création des caisses paritaires, les caisses de compensation n'étant que des organes d'exécution de la loi...."*[23]. Les droits de participation qui ne s'accompagnent pas d'un pouvoir effectif de décision ont tendance à rester lettre morte.

---

17 PERRIN Guy: «La formation du concept de sécurité sociale dans la perspective internationale», Tiré à part de: *Actes du Congrès national des sociétés savantes,* 1985, p. 332-333.

18 Art. 49 LAVS; MAHON Pascal: *Institutions de sécurité sociale, op. cit.*, p. 26.

19 Art. 53 et 54 LAVS.

20 Art. 54 alinéa 2 LAVS.

21 Art. 55 LAVS.

22 Art. 58 alinéa 2 LAVS.

23 MAHON, *op. cit.*, p. 27-28.

4. La loi prévoit également que le Conseil fédéral nomme la Commission fédérale de l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité, dans laquelle seront représentés, dans une proportion équitable, les assurés, les associations économiques suisses, les institutions d'assurance, la Confédération et les cantons. La Commission assume diverses tâches. Elle est notamment chargée de donner son préavis au Conseil fédéral sur l'exécution et le développement ultérieur de l'assurance-vieillesse et survivants[24]. L'activité de cette Commission, en raison de l'importance des négociations qu'elle effectue sur les projets de révision de la loi[25], constitue sans doute le plus important domaine des droits de participation des assurés dans le cadre du régime AVS/AI.

c) Diversité des régimes complémentaires et participation

1. La diversité des régimes complémentaires, leur gestion décentralisée et largement privée[26] fournit une autre dimension à la participation. Leur transparence et la responsabilité des acteurs de la société civile pour leur bon fonctionnement constituent des exigences auxquelles les régimes de sécurité sociale n'ont pas à répondre, ou en tout cas pas avec la même intensité. Il est ainsi aisé de saisir la portée du droit à l'information et à la gestion paritaire, et leurs liens avec les relations de travail.

2. Avant l'entrée en vigueur de la LPP, il existait déjà des droits à l'information[27] et à la cogestion proportionnelle aux contributions de l'employeur et des salariés[28]. La question de la participation a resurgi avec la LPP. Parmi ses exigences figure la gestion paritaire des institutions de prévoyance[29], principal fondement de la participation dans le domaine de la prévoyance professionnelle[30]. Conformément au mandat constitutionnel, le législateur devait se borner à fixer les exigences minimales applicables au régime légal. Or, les droits de participation ne se limitent pas aux normes applicables au régime légal. De plus, certaines normes ou principes découlant de la prévoyance facultative s'appliquent au régime légal et inversement. A ces difficultés, s'ajoute la complexité induite par les structures diversifiées de la prévoyance professionnelle[31], la gestion paritaire n'ayant manifestement pas la même

---

24 Art. 73 LAVS.

25 BERENSTEIN Alexandre: *L'assurance-vieillesse suisse - Son élaboration et son évolution,* 1986, retrace l'historique des neuf revisions successives de la loi, la 10e étant toujours en discussion.

26 Voir le Chapitre 14, litt. b et c à propos de l'harmonisation et de la diversité.

27 Art. 89bis al. 2 CCS; art. 331 al. 4 CO.

28 Art. 89bis al. 3 CO.

29 Art. 51 LPP.

30 *Message du Conseil fédéral du 19 décembre 1975 à l'appui d'un projet de loi sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (Message LPP),* tiré à part de la Chancellerie fédérale, p. 56 .

31 Voir le Chapitre 14, litt. d, sur la diversité des régimes complémentaires.

portée dans une institution de prévoyance enregistrée et autonome que dans les grandes fondations collectives des assurances ou des banques[32].

3. L'exposé des droits de participation s'articulera autour de la distinction classique entre les trois niveaux de la participation: information, consultation et codécision[33]. Les régimes complémentaires facultatifs ont connu les premiers droits à l'information et de codécision. Ceux-ci persistent aujourd'hui notamment pour les institutions de prévoyance qui ont été divisées en deux *(split)* en prévision de l'entrée en vigueur du régime complémentaire légal[34]. Une telle division a souvent été décidée par les employeurs dans les institutions où ils dominaient le conseil de fondation pour éviter l'application de la cogestion paritaire à la prévoyance professionnelle facultative[35]. L'ampleur du droit de participer à la gestion d'un régime dépend donc du statut de ce dernier, s'il est mis en oeuvre ou non par une institution enregistrée[36] ayant pour vocation d'appliquer le régime légal. Par contre, le droit à l'information créé sous le régime facultatif s'applique indistinctement aux deux régimes.

4. Il faut reconnaître qu'un système complexe de ce genre oblige l'esprit - et la pratique - à s'astreindre à quelques contraintes de raisonnement. Une fois qu'il les aura admises, l'esprit sera libre de se consacrer à l'essentiel, à savoir le contenu des droits de participation. Si, sur le plan du droit, l'exercice est indispensable, le praticien pourra s'interroger sur la complexité d'un système auquel le législateur aurait voulu conserver un caractère de milice. L'étude de la genèse des droits de participation permet la définition de leurs fonctions qui sont souvent méconnues. En outre, le passage du régime facultatif au régime obligatoire a marqué un déplacement dans la conception de ces droits.

Afin de tenir compte de la distinction relative à l'enregistrement des institutions de prévoyance, tout en présentant l'évolution historique de la participation, l'exposé s'attache:

- à la présentation de la genèse et des fonctions des droits de participation dans les régimes facultatifs;
- aux césures entraînées par le passage au régime légal;
- aux droits de participation consacrés par la LPP.

L'essentiel de la réflexion sera consacré au contenu des prérogatives d'information et de décision reconnues par l'ordre juridique aux acteurs du rapport de prévoyance, ce

---

32 Voir le Chapitre 14, litt. d ch. i), sur la diversité des structures, et ch. iii), sur la diversité de l'organisation financière.

33 Voir le Chapitre 4, litt. a, ch. iii).

34 Voir le Chapitre 14, litt. d, ch. i), sur la diversité des structures des régimes complémentaires.

35 MOSER Heinrich: *Paritätische Verwaltung von Pensionskassen,* 1987, p. 117.

36 Voir le Chapitre 14, litt. d, ch. i), sur la distinction entre l'institution enregistrée ou non enregistrée.

qui n'exclura pas ci et là quelques constats critiques sur l'efficacité relative de ces droits.

CHAPITRE 19

LE DROIT A L'INFORMATION

a) La nature juridique du droit à l'information

Le droit à l'information est un droit individuel imprescriptible, consacré par des dispositions semi-impératives de la loi, auquel il ne peut être dérogé au détriment de ses bénéficiaires[1]. Le droit à l'information se trouve au carrefour de la participation[2] et des rapports entre le bénéficiaire et l'institution de prévoyance, entre le salarié et son employeur.

b) Les fonctions du droit à l'information.

i) La fonction démocratique

Le droit à l'information exerce une fonction démocratique. Il est le préalable nécessaire à l'exercice du pouvoir de décision dans la cogestion qui, sinon, serait dépourvue de sens[3]. Il est la condition d'une transparence de la prévoyance professionnelle. Pierre-Yves GREBER souligne avec pertinence la nécessité que les intéressés accèdent à une *"vue globale"* des systèmes de sécurité sociale pour réaliser la participation[4]. Cela vaut tout particulièrement pour le système suisse de prévoyance professionnelle qui souffre, vu son foisonnement et sa décentralisation, de défauts évidents liés à son manque de transparence et de rationalisation, tant en matière de prestations servies[5] que d'organisation des institutions de prévoyance.

---

1 BRÜHWILER: *Die betriebliche Personalvorsorge, op. cit.*, p. 352, admet le caractère semi-impératif du droit à la cogestion paritaire, qui comprend logiquement le droit à l'information; dans le même sens, RIEMER: *Das Recht der beruflichen Vorsorge, op. cit.*, p. 71. Cela découle également des art. 331 al. 4 et 362 al. 1 CO.

2 BOIS, *op. cit.*, p. 24, définit ainsi le droit à l'information: "*Relatif au degré de participation. Les travailleurs sont obligatoirement tenus au courant des décisions concernant l'entreprise*". Il s'agit des décisions qui ne relèvent pas du contrat de travail. Le droit à l'information dans le cadre de la prévoyance professionnelle est ancré dans des rapports contractuels, mais va au-delà de ces rapports.

3 BOIS, *op. cit.*, p. 78.

4 GREBER: *Les principes fondamentaux, op. cit.*, p. 528.

5 GREBER: *Droit suisse de la sécurité sociale, op. cit.*, p. 170-182, notamment p. 178.

ii) La fonction de protection

1. Le droit à l'information exerce également une fonction protectrice. Son introduction ne répond pas nécessairement à une motivation altruiste. Il faut éviter les attentes trop élevées des assurés, tout en leur permettant de devenir des consommateurs avisés. C'est en cela qu'elle est protectrice des droits des assurés car elle permet de briser le miroir aux alouettes d'une prévoyance d'autant plus mirifique qu'elle reste mystérieuse. Les propos tenus à cet égard, voici plus de trente ans, par le Conseil fédéral ont gardé toute leur actualité. Dans son Message du 10 décembre 1956, il soulignait que le devoir de l'employeur de renseigner le travailleur sur ses droits envers une institution de prévoyance doit permettre d'éviter *"que l'employé se fasse des idées fausses des avantages que représente pour lui un fonds de prévoyance"*[6].

2. Les besoins de protection ont été stimulés par le passage de l'assurance facultative à l'assurance obligatoire qui a fait naître, phénomène classique, de nouveaux espoirs chez les bénéficiaires de la prévoyance professionnelle[7]. La protection accordée par la diffusion de l'information s'étend au respect des droits des bénéficiaires, qui peuvent d'autant plus facilement exiger les prestations dues qu'ils en connaissent l'existence et l'étendue.

c) Les titulaires du droit à l'information et du devoir d'informer

1. L'article 89bis alinéa 2 CCS dispose que les organes de la fondation doivent donner aux bénéficiaires les renseignements nécessaires sur l'organisation, l'activité et la situation financière de la fondation. Le nouvel article 89bis fut introduit par la révision entrée en vigueur le 1er juillet 1958[8]. La situation juridique *"insuffisamment précise et en partie peu sûre des bénéficiaires des fondations de prévoyance"* n'était pas

---

6 «Message du Conseil fédéral du 10 décembre 1956 à l'appui d'une loi fédérale complétant les dispositions applicables aux contrats de travail et aux fondations (institutions de prévoyance en faveur du personnel)», *FF* 1956, II, p. 845-864, not. 847, entrée en vigueur le 1er juillet 1958. La proposition de l'obligation pour l'employeur de fournir des renseignements émanait des représentants des salariés. La révision portait sur un nouvel art. 343bis CO, dont l'al. 2 était consacré à l'obligation de renseigner. Avec quelques adaptations d'ordre formel, cette obligation a été reprise, dans le cadre de la révision du Titre 10 du CO sur le contrat de travail entrée en vigueur le 1er janvier 1972, par l'art. 331 al. 4 CO.

7 Von DESCHWANDEN Leo: «Freizügigkeit in der beruflichen Vorsorge - Einführung in die aktuelle Problemstellung», Séminaire de PREVISTA S.A. du 30 novembre 1987, multicopié, p. 2: "*Die durch das neue Gesetz stark gefördete Erwartungshaltung traf auf die erste Phase des Übergangs in das BVG-Zeitalter, welche ihr nicht entsprechen kann. Nichts hält jedoch ein Bewusstsein wacher als eine Realität, die seinem Anspruch nicht genügt*". EWALD, *op. cit.*, p. 401 souligne la dynamique des besoins sociaux, dont le caractère illimité rend les politiques de sécurité sociale elles-mêmes illimitées, d'où le recours nécessaire aux notions de *seuil* et de *limite*, qui obéissent à une rationalité propre, *purement* politique.

8 «Message du Conseil fédéral du 10 décembre 1956», *op. cit.*

satisfaisante[9], raison pour laquelle des dispositions spéciales ont dû être prises pour protéger les bénéficiaires[10]. Le législateur a voulu que ce droit à l'information soit très étendu[11]. Bien que la LPP ne contienne aucune disposition spécifique à ce sujet, il est admis que ce droit à l'information s'applique au régime de la prévoyance professionnelle obligatoire[12], car il est le préalable à la cogestion paritaire[13].

2. Les titulaires du droit à l'information sont tous les bénéficiaires de la fondation de prévoyance professionnelle. Ce droit est donc distinct du droit à la cogestion, qui n'est ouvert qu'aux salariés-bénéficiaires. S'agissant de la prévoyance professionnelle obligatoire des salariés[14], le cercle des bénéficiaires est formé par les salariés[15] et les ayants droits, à savoir la veuve, les orphelins, la femme divorcée[16]. S'ajoutent également les autres *"personnes à l'entretien desquelles le preneur de prévoyance subvenait de façon substantielle"* à son décès[17]. L'entrée dans le cercle des bénéficiaires coïncide avec le début des rapports de travail[18]. Dans la prévoyance professionnelle facultative, l'entrée dans le cercle des bénéficiaires est déterminée par la conclusion de la convention de prévoyance qui s'effectue généralement lors de la conclusion du contrat de travail[19]. Le cercle des bénéficiaires de l'éventualité décès peut être étendu par le règlement de l'institution de prévoyance à un cercle plus large que celui déterminé par la loi, en prévoyant, par exemple, la possibilité pour le salarié d'instituer des héritiers légaux[20]. Le droit à l'information s'étend également aux

---

9 «Message du Conseil fédéral du 10 décembre 1956», *op. cit.*, p. 852.

10 «Message du Conseil fédéral du 10 décembre 1956», *op. cit.*, p. 853.

11 Bull. Sten., CN, 1958, p. 81: "*Ich möchte betonen, dass die Auskunftspflicht, bzw. das Informationsrecht, sehr weit geht*".

12 HELBLING, *op. cit.*, p. 289: RIEMER: *Das Recht der beruflichen Vorsorge, op. cit.*, p. 93.

13 Art. 51 LPP.

14 Art. 2 LPP.

15 Art. 13-17 et 23-26 LPP.

16 Art. 18-22 LPP.

17 Art. 6 al. 1, chiffre 2 de l'Ordonnance sur le maintien de la prévoyance et le libre-passage du 12 novembre 1986, basée du l'art. 29 al. 4 LPP. Selon *OFAS-BPP*, No 3 du 22 avril 1987, p. 6-7: "*[le preneur de prévoyance (salarié-bénéficiaire)] doit assumer 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*".

18 Art. 10 LPP.

19 RIEMER: *Das Recht der beruflichen Vorsorge, op. cit.*, p. 103.

20 L'Administration fédérale des contributions a circonscrit cette extension possible du cercle des bénéficiaires de la prévoyance facultative. Dans sa circulaire No 1a du 20 août 1986, la Division principale de l'impôt fédéral direct a estimé que, dans l'application de l'impôt fédéral direct en rapport avec la LPP, les personnes qui n'étaient pas entretenues de façon prépondérante par l'assuré avant son décès ne peuvent être instituées héritières légales. Elles peuvent recevoir, cependant, jusqu'à 50 pour cent des cotisations versées par l'assuré ou la moitié de son capital de prévoyance.

bénéficiaires futurs: l'épouse ou la femme divorcée ne devra pas attendre le décès de l'assuré pour en bénéficier[21].

3. Les titulaires du devoir d'informer sont les institutions de prévoyance en faveur du personnel. Il s'agit, pour le régime légal, des institutions enregistrées[22], qui doivent revêtir la forme d'une fondation ou d'une société coopérative, ou être une institution de droit public. Pour le régime, l'article 89bis alinéa 2 CCS limite ce droit aux fondations de prévoyance en faveur du personnel. La fondation de prévoyance en faveur du personnel est une fondation érigée par l'employeur en faveur de ses travailleurs et de leurs familles; à l'occasion de vicissitudes déterminées de la vie (éventualités), cette fondation doit apporter des prestations en argent (ou en nature) à ses bénéficiaires[23], qui peuvent être de nature réglementaire ou discrétionnaire[24]. Sont donc exclues les fondations qui apportent des prestations d'une autre nature, par exemple des installations sportives, une crèche, une cantine d'entreprise ou des logements de vacances[25].

4. Enfin, le droit à l'information s'étend aux rapports contractuels avec les fondations de placement ou d'investissement. La forte accumulation de capitaux pour les régimes complémentaires entraîne pour certaines institutions des difficultés non négligeables de gestion et d'administration, sans parler de responsabilités accrues. Pour résoudre ce problème, certaines banques, assurances ou associations d'employeurs ont créé des fondations particulières qui se chargent de placer collectivement les capitaux qui leur sont confiés par les institutions de prévoyance[26]. RIEMER les qualifie de *"fondations d'appui à la prévoyance professionnelle (Hilfsstiftungen der beruflichen Vorsorge)"*[27]. Le droit à l'information ne s'étend pas au-delà des rapports contractuels entre l'institution de prévoyance et la fondation de placement ou d'investissement[28].

---

21 *OFAS - BPP,* No 10 du 15 août 1988, ch. 54, p. 5. L'Ordonnance du 7 décembre 1987 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) prévoit, à son art. 1 lettre d, la possibilité de levée du secret lorsque les autorités judiciaires doivent examiner, en cours de procédure, une question en rapport avec la prévoyance professionnelle. Cela est une concrétisation du droit à l'information, importante en cas de divorce (art. 19 al. 3 LPP; art. 20 OPP 2).

22 Art. 48 alinéa 2 LPP.

23 Définition donnée par RIEMER: *Das Recht der beruflichen Vorsorge, op. cit.*, p. 51.

24 Voir le Chapitre 14, litt. d, ch. ii), sur la distinction entre la nature discrétionnaire et réglementaire du droit aux prestations.

25 RIEMER: *Das Recht der beruflichen Vorsorge, op. cit.*, p. 52-53; STREIFF Ullin: *Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht,* 1986, p. 188; ATF 108 II p. 352-363. Ces fondations ne sont donc pas l'objet des droits de participation des art. 89bis CCS et 51 LPP.

26 RIEMER: *Das Recht der beruflichen Vorsorge, op. cit.*, p. 92-93; HURNI P. Mark: *Der zivilrechtliche Aufbau der Investment- oder Anlagestiftung für Personalvorsorge,* 1981, p. 52.

27 RIEMER: *Das Recht der beruflichen Vorsorge, op. cit.*, p. 93.

28 *Ibid.*, p. 93; HURNI, *op. cit.*, p. 104, va dans le même sens, en niant le droit du bénéficiaire de s'adresser directement à la fondation de placement ou d'investissement, car il peut obtenir l'information par l'intermédiaire de son institution de prévoyance.

d) Les prescriptions légales sur l'information dans la prévoyance professionnelle

i) Remarques générales

1. Le contenu du droit à l'information n'a pas été défini de manière précise par le législateur. L'entrée en vigueur de l'assurance obligatoire a été l'occasion pour le Conseil fédéral d'édicter, le 11 mai 1988, ses Directives sur l'obligation pour les institutions de prévoyance enregistrées de renseigner leurs assurés. Ces directives ont fait l'objet d'un commentaire de l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS)[29]. L'OFAS souligne qu'elles 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".*

2. En ce qui concerne leur champ d'application, les directives sont destinées aux autorités de surveillance[30] et elles s'appliquent aux institutions de prévoyance enregistrées[31]. L'OFAS souligne cependant que, par ces directives, *"les obligations de renseigner, déjà fixées à l'art. 89bis, al. 2, CC pour les fondations de prévoyance en faveur du personnel, sont concrétisées ou complétées"*[32]. Ces directives s'appliquent, par conséquent, également aux régimes facultatifs. Comme le droit à l'information peut faire l'objet tant d'une demande judiciaire[33] que d'une plainte à l'autorité de surveillance[34], la nature juridique de ces directives doit être éclaircie. S'agit-il d'une loi au sens matériel, qui attribue des droits aux bénéficiaires, ou d'une circulaire interne de l'administration n'ayant pas d'effets externes ? En d'autres termes, les bénéficiaires peuvent-ils se référer à ces directives pour prétendre fonder leur droit à une information déterminée ? Il convient, à cet égard, de se référer à la jurisprudence du Tribunal fédéral qui admet l'effet externe de telles directives administratives, lorsque celles-ci circonscrivent la position juridique du citoyen si ce n'est pas directement, du moins indirectement[35]. L'administration, en particulier les autorités de surveillance des institutions de prévoyance, étant tenue au respect du principe de l'égalité de traitement dans l'application de ces directives[36], elle doit s'y conformer[37]. Le bénéficiaire pouvant, en cas de violation du droit à l'information, s'adresser à l'autorité de surveillance pour en obtenir le respect, ces directives ont à notre sens un effet externe

---

29 *OFAS - BPP,* No 10 du 15 août 1988, ch. 54, p. 4-6.
30 Art. 61 LPP.
31 Art. 48 LPP.
32 *OFAS - BPP,* No 10 du 15 août 1988, p. 4.
33 Art. 73 LPP et 89bis alinéa 4 CCS.
34 Art. 80 et 84 CCS; RIEMER Hans Michael: *Die Stiftungen, op. cit.*, p. 725.
35 ATF 105 Ia. 352.
36 RYSER Simon: *Die Bedeutung der Verwaltungsweisungen für die Bemessung von Invalidität und Hilflosigkeit,* 1986, p.59-64.
37 Directives, *op. cit.*, chiffre 13.

manifeste. Leur étendue - en tant qu'elles prescrivent des normes minimales - est conforme à la volonté du législateur et adéquate aux fonctions démocratiques et de protection. Toute limitation indue du droit à l'information ne pourra qu'aller à fins contraires et alimenter une prise en charge accrue par l'Etat de la fonction de protection attachée au droit à l'information, ce que le législateur a voulu éviter.

ii) Les renseignements obligatoires

1. Les directives prescrivent les renseignements minimums que les institutions de prévoyance doivent donner à leurs assurés. Le droit à l'information est actif ou passif selon la catégorie de renseignements[38]. Dans le premier cas, l'information est diffusée sans que le bénéficiaire en exprime le besoin, dans le second, il devra en faire la demande.

Les renseignements concernant l'institution de prévoyance sont fournis sur demande, soit:

- sa forme juridique et son organisation, ainsi que le genre d'institution (à savoir s'il s'agit de l'institution liée à l'employeur, de l'institution collective d'une assurance ou d'une banque, ou encore d'une institution commune, par exemple d'une association);
- le mode de couverture des éventualités, à savoir si l'institution de prévoyance assume elle-même la couverture de toutes les éventualités (vieillesse, décès et invalidité) ou si elle en a transféré tout ou partie à une institution d'assurance;
- l'élection, la composition et l'organisation de l'organe paritaire[39];
- l'acte de fondation, les statuts et règlements et, le cas échéant, le contrat d'affiliation ainsi que les contrats collectifs d'assurance sur la vie ou de réassurance passés avec des institutions d'assurance;
- le rapport et les comptes annuels ainsi que le rapport de l'organe de contrôle[40];

---

38 Selon la distinction opérée par BOIS: *La participation, op. cit.*, p. 75.

39 Ce qui inclut logiquement la composition du conseil de fondation d'une fondation soumise à une cogestion proportionnelle aux contributions, de même que le conseil d'une fondation patronale. Voir à titre d'illustration de la problématique: ATF 110 II 446, qui admet la nomination au conseil, par l'autorité de surveillance, d'un salarié bénéficiaire d'une fondation patronale, lorsque cette mesure est absolument nécessaire pour conserver les biens ou pour maintenir le but de la fondation (art. 85 CCS).

40 Par contre, le bénéficiaire ne pourra exiger de consulter la comptabilité, les pièces justificatives, et la correspondance, car cela lui permettrait de prendre connaissance de l'ensemble de la structure salariale de l'entreprise (RIEMER: *Die Siftungen,* Commentaire, *op. cit.*, p. 725; HELBLING, *op. cit.*, p. 290). L'application du droit à l'information ne doit pas conduire à la mise à jour de secrets d'affaires importants, ni donner la possibilité au bénéficiaire de prendre connaissance de renseignements concernant la situation personnelle d'autres bénéficiaires (sur leurs maladies, invalidités, causes de décès, etc.) (RIEMER, *ibid.*).

- la désignation et l'adresse de l'organe de contrôle[41], de l'expert[42] et de l'autorité de surveillance compétente[43].

2. Les renseignements qui doivent être fournis sans demande préalable lors de la réalisation de l'éventualité sont les suivants:

- le montant et les bases de calcul du droit aux prestations de prévoyance;
- le montant et les bases de la prestation minimale due en vertu de la LPP.

En cas de libre-passage ou indépendamment d'un tel cas, l'assuré doit être renseigné, sans demande préalable, sur:

- le montant et les bases de calcul du droit à une prestation de libre-passage;
- les possibilités légales et réglementaires prévues pour le maintien de la prévoyance.

A la fin de l'exercice annuel de l'institution de prévoyance, celle-ci doit renseigner, sans demande préalable, sur:

- le montant du salaire assuré;
- le montant des bonifications de vieillesse selon l'article 16 LPP, et l'état de l'avoir de vieillesse selon l'article 15 LPP;
- le montant des prestations d'assurance en cas de décès ou d'invalidité de l'assuré.

3. Les directives instaurent également une protection des données. L'institution doit faire connaître à l'assuré, sur demande, toutes les données qui le concernent et sont conservées par elle. Elle doit, en outre, rectifier les données inexactes ou incomplètes et détruire les données superflues ou traitées de manière illicite. Enfin, les renseignements doivent être donnés par écrit, sur demande. Ils doivent pouvoir être compris par chacun[44] et ils sont donnés gratuitement.

iii) L'information obligatoire en matière de libre-passage

En cas de libre-passage, l'institution de prévoyance doit établir à l'intention de l'assuré un décompte de la prestation de sortie. Ce décompte doit comprendre les indications sur le calcul de la prestation de sortie, et mentionner le montant minimum (art. 17) et le montant de l'avoir de vieillesse (art. 15 LPP)[45]. Par ailleurs, l'institution de prévoyance

41 Art. 53 al. 1 LPP.
42 Art. 53 al. 2 LPP.
43 Art. 61 LPP.
44 BOIS: *La participation, op. cit.*, p. 78-79, souligne: "*Aussi étendu que soit le droit lui-même, il est nécessaire, pour qu'il ait un sens, que les renseignements qu'il permet d'obtenir soient compris par ceux qui en bénéficient*".
45 Art. 8 LLP.

doit renseigner chaque année l'assuré sur la prestation de sortie réglementaire et sur l'avoir de vieillesse LPP[46]. Ces principes concrétisent des principes établis, les institutions de prévoyance étant tenues de fournir à leurs assurés, sur demande, des renseignements sur le montant de la prestation de libre-passage et sur ses bases de calcul, ainsi que sur toutes les possibilités de maintien de la prévoyance, prévues par la loi et le règlement[47].

iv) L'information lors de la résiliation de contrats d'affiliation avec des institutions collectives et communes

Dans ses Instructions concernant l'examen de la résiliation des contrats d'affiliation et de la réaffiliation de l'employeur, entrées en vigueur le 1er janvier 1993[48], l'Office fédéral des assurances sociales relève le catalogue des informations devant être fournies à l'organe de contrôle de l'institution collective ou commune. Ces informations doivent pouvoir être demandées par les salariés et les bénéficiaires à l'institution de prévoyance, à l'organe de contrôle ou à l'autorité de surveillance, sous la réserve de la sphère privée des assurés individuels. En effet, la fin de l'affiliation ou la désaffiliation suivie de la réaffiliation sont des décisions importantes qui peuvent affecter la prévoyance; l'information préalable des assurés est donc obligatoire dans les deux hypothèses couvertes par ces Instructions:

- le choix de l'institution de prévoyance auprès de laquelle l'employeur se réaffilie présuppose l'accord des salariés, et donc leur information préalable, de même que sa décision de mettre fin à son affiliation[49];
- en cas de cessation totale ou partielle de l'activité de l'entreprise, le contrat d'affiliation se termine ou est résilié partiellement, ce qui entraîne la mise sur pied éventuelle d'un plan de liquidation de la fortune de prévoyance, qui doit être présenté au préalable aux assurés concernés afin de les informer et de les entendre[50].

v) L'information sur les expectatives de prévoyance (liquidations et fusions)

1. S'agissant du droit à l'information, il importe peu que le salarié soit tenu ou non de verser des contributions à l'institution de prévoyance, ceci contrairement à l'article 89bis alinéa 3 CCS qui limite la participation des *"travailleurs"* aux fondations qui reçoivent leurs *"contributions"*[51]. Par conséquent, le droit à l'information s'étend également aux

---

46 Art. 24 LLP.

47 Jugement du Tribunal des assurances de Zurich: *SZS* 1992, p. 177ss.

48 *OFAS-BPP,* No 24 du 23 décembre 1992; voir le Chapitre 16, litt. i, pour la présentation détaillée de leur contenu.

49 Art. 11 al. 2 LPP; voir le Chapitre 22, litt. c; Instructions, *op. cit.*, ch. 2.11b.

50 Voir le Chapitre 16, litt. i, ch. i) et iii), Instructions, *op. cit.*

51 Le droit à l'information envers toutes les fondations de prévoyance a été concédé aux travailleurs, en contrepartie de la renonciation de leurs syndicats à la revendication d'un droit de

institutions patronales (fondations de bienfaisance) qui accordent des expectatives de prévoyance[52], celles-ci pouvant également être constituées par les fonds libres d'une institution accordant des prestations réglementaires. Si tous les employés actuels et futurs n'ont donc pas de droits concrets à faire valoir sur la fortune correspondant aux expectatives, ils en sont néanmoins les bénéficiaires potentiels[53]. Par conséquent, le conseil de fondation est tenu - dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation - au respect du principe de la bonne foi: il doit se conformer au principe de proportionnalité[54], s'abstenir de toute décision arbitraire ou abusive et veiller à l'égalité de traitement entre les bénéficiaires[55]. Le Tribunal fédéral a confirmé que le droit actuel des fondations se réclame, de manière générale, du principe de la protection des droits d'expectative des bénéficiaires possibles[56]. Ceux-ci peuvent donc exiger du conseil de fondation qu'il les renseigne sur l'utilisation de la fortune afin de leur permettre, le cas échéant, de se plaindre de décisions arbitraires, disproportionnées ou inégales dans l'attribution de prestations. Le droit à l'information acquiert une signification particulière en cas de licenciements économiques ou de liquidation partielle ou totale de la fondation[57].

2. Selon une décision de la Commission fédérale de recours en matière de prévoyance professionnelle[58], l'obligation d'informer s'étend aux éléments essentiels d'un plan de liquidation d'une institution de prévoyance, notamment lorsqu'une partie de ceux-ci ont confié la représentation de leurs intérêts à une association professionnelle représentative. La violation du droit à l'information, notamment envers l'association mandatée, par l'autorité de surveillance chargée d'autoriser la liquidation partielle entraîne la nullité de ses décisions y relatives[59].

---

cogestion des travailleurs indépendant des contributions («Message du Conseil fédéral du 10 décembre 1956», *op. cit.*, p. 848).

52 Voir le Chapitre 16, litt. c, ch. ii), sur la notion d'expectative.

53 ATF du 30.9.1977 publié dans *SZS* 1982, p. 312 ss, p. 319.

54 SCHWEIZER Kurt: *Rechtliche Grundlagen der Anwartschaft auf eine Stiftungsleistung in der beruflichen Vorsorge, op. cit.*, p. 109.

55 SCHWEIZER Kurt, *op. cit.*, p. 111-121; RIEMER: *Das Recht der beruflichen Vorsorge*, p. 101; ATF 61 II 292.

56 Voir le Chapitre 14, litt. d, ch. ii), sur les expectatives, et le Chapitre 16, litt. g, ch. iii), sur le sort des expectatives en cas de restructurations économiques; ATF 110 II 442; *SZS* 1984, p. 151-157 (Arrêt du Tribunal administratif soleurois du 24.4.1981); *SZS* 1984, p. 221-223 (Décision du Conseil d'Etat zurichois du 2.6.1982).

57 RIEMER: «Die Auswirkungen grösserer Personalfluktuationen beim Arbeitgeber auf dessen Personalvorsorgestiftung», *op. cit.*, p. 6; STOKAR David: «Die Behandlung zwangsweiser Entlassungen durch die berufliche Vorsorge», *SPV*, No 1, 1989, p. 17 ss; MANHART: «Die Aufhebung mit Liquidation von Stiftungen», *op. cit.*, p. 155-164, notamment 162.

58 Statuant dans le cadre de la procédure de plainte et de recours selon l'article 74 LPP; voir à ce sujet le Chapitre 26.

59 Décision de la Commission fédérale de recours en matière de prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité: *SZS* 1991, p. 255ss.

e) Le droit à l'information selon le contrat de travail

1. En vertu de l'article 331 alinéa 4 CO, l'employeur est tenu de donner au travailleur les renseignements nécessaires sur ses droits envers une institution de prévoyance professionnelle[60] ou envers un assureur. Le bénéficiaire du droit est uniquement le travailleur, à l'exclusion d'autres bénéficiaires. Le contenu est restreint aux droits subjectifs du travailleur à exiger des prestations, à l'exclusion des simples expectatives, d'une institution de prévoyance ou de l'assureur des prestations. Le titulaire de l'obligation est l'employeur. L'employeur remplira son obligation, en règle générale, en remettant le règlement de l'institution de prévoyance au travailleur lors de son entrée en fonction et en l'informant périodiquement sur l'étendue de ses droits. A la fin du contrat, l'employeur informera le travailleur sur sa prestation de libre-passage[61].

2. Les travailleurs doivent également être informés en cas de difficultés de l'institution de prévoyance, en particulier lorsque l'employeur cesse de verser ses contributions à la prévoyance professionnelle[62]. Le travailleur a droit de connaître par l'employeur l'organisme de prévoyance et de faire remettre à cet organisme les pièces nécessaires au calcul et au paiement de la prestation de libre-passage qui lui revient[63]. En pratique, Ullin STREIFF reconnaît, dans le cadre de l'obligation de renseigner découlant du contrat de travail, la possibilité pour les représentants des travailleurs de prendre connaissance du montant individuel de tous les salaires versés par l'employeur, sans que l'identité des travailleurs concernés soit révélée. A défaut d'un tel droit, l'activité de contrôle serait rendue impossible[64]. Dans le cadre du droit à l'information, le bénéficiaire individuel ne pourra obtenir de tels renseignements. Par contre, les représentants des salariés-bénéficiaires dans l'organe de cogestion paritaire ou proportionnelle aux contributions[65] pourront obtenir ces renseignements et les transmettre sous une forme générale aux bénéficiaires, dans les limites de leur obligation légale de garder le secret[66].

3. L'employeur qui refuse de communiquer à un salarié assujetti à l'assurance obligatoire le nom de l'institution de prévoyance n'en doit pas moins se conformer aux directives fédérales, du 11 mai 1988, sur l'obligation pour les institutions de prévoyance enregistrées de renseigner leurs assurés. La remise du règlement ne suffit pas; l'employeur doit fournir au salarié des renseignements sur le montant et les bases

---

60 La disposition a subi une légère modification rédactionnelle quant à la forme par l'art. 27 de la loi sur le libre-passage (LLP).

61 STREIFF Ullin: *Leitfaden, op. cit.*, 1986, p. 192; BRÜHWILER Jürg : *Handkommentar zum Einzelarbeitsvertrag,* 1978, p. 156.

62 STREIFF, *op. cit.*, p. 192.

63 *SZS,* 1989, p. 93-98 (Décision du Tribunal cantonal des assurances zurichois du 31.3.1988).

64 STREIFF, *op. cit.*, p. 192.

65 Art. 89bis al. 3 CCS; art. 51 LPP.

66 Art. 86 LPP.

de calcul du droit aux prestations de prévoyance ainsi que sur toutes les possibilités de maintien de la prévoyance, prévues par la loi et le règlement[67].

[67] Jugement du Tribunal des assurances de Zurich: *SZS* 1992, p. 225ss.

CHAPITRE 20

LA CODECISION DANS LES REGIMES COMPLEMENTAIRES FACULTATIFS

a) La codécision proportionnelle aux contributions

1. Avant l'entrée en vigueur de la LPP, l'art. 89bis al. 3 CCS établissait le droit de participation le plus extensif de la législation suisse[1]. Ce droit subsiste: si les travailleurs versent des contributions à la fondation, ils participent à l'administration dans la mesure au moins de leurs contributions. Dans la mesure du possible, ils élisent eux-mêmes des représentants choisis au sein du personnel.

Il avait été précédé par l'art. 79 al. 1 de la loi sur le travail dans les fabriques du 18 juin 1914, entrée en vigueur le 1er janvier 1920, qui prescrivait la participation des ouvriers à l'administration des caisses qui leur sont destinées et auxquelles ils versent des cotisations, au moins en proportion de leurs contributions. La participation avait pour objet d'améliorer la position des travailleurs en tant que bénéficiaires de ces caisses[2].

2. La portée de cette disposition fut étendue par le législateur à toutes les fondations de prévoyance auxquelles les employés versent des contributions. La révision entrée en vigueur le 1er juillet 1958 a introduit à ce sujet l'art. 89bis CCS[3]. Ces fondations avaient connu un fort développement, depuis la Première et surtout durant la Seconde Guerre mondiale. En effet, les autorités accordèrent des exonérations fiscales sur les impôts de guerre pour les attributions des employeurs aux fondations de prévoyance[4]. En outre, les employeurs disposaient de possibilités assez importantes pour obtenir le prêt ou le placement d'une partie de la fortune de la fondation dans l'entreprise[5].

Or une fondation est une institution juridique assez particulière. Elle a pour caractéristique l'affectation de biens en faveur d'un but spécial[6]. Elle est donc dominée

---

1 «Message du Conseil fédéral du 22.08.1973 sur la participation», *op. cit.*, p. 351.

2 RIEMER: *Das Recht der beruflichen Vorsorge, op. cit.*, p. 33.

3 «Message du Conseil fédéral du 10 décembre 1956», *op. cit.*, p. 860.

4 Arrêté du Conseil fédéral du 18 septembre 1916 concernant l'impôt sur les bénéfices de guerre, et les impôts de guerre de la deuxième guerre mondiale (RIEMER: *Das Recht der beruflichen Vorsorge, op. cit.*, p. 33). Le Tribunal fédéral remarquait à ce titre: *"Sodann wurde die Entstehung der Stiftung nicht etwa deswegen beeinträchtigt, weil es der Gesellschaft weniger um das Wohl ihrer Angestellten und Arbeiter, als vielmehr um die Reduktion ihrer Kriegsgewinnpflicht zu tun war.."* (ATF 51 II 469).

5 RIEMER: *Die Stiftungen,* Commentaire, *op. cit.*, p. 731-740.

6 Art. 80 CCS.

par la volonté du fondateur, telle que celle-ci s'exprime dans l'acte de fondation[7]. Comme le souligne le Message, les arts. 80 à 89 CCS sur la fondation ne parlent *"même pas des bénéficiaires. Ils ne font que recevoir des prestations; ils n'exercent aucune influence sur l'administration et l'organisation de la fondation. Mais lorsqu'il s'agit de fondations de prévoyance créées par l'employeur en faveur de son personnel, leur situation n'est pas la même que dans la plupart des autres fondations; les bénéficiaires ont alors des liens plus étroits avec la fondation et ils se trouvent envers elle dans une communauté d'intérêts spéciale. Contrairement à ce qui est le cas pour d'autres fondations, le nombre des bénéficiaires est d'emblée déterminé exactement (ce sont les employés du fondateur ou une catégorie bien délimitée d'entre eux). Très souvent, les prestations que la fondation fera sont, elles aussi, déterminées ou du moins déterminables d'avance; les employés comptent sur les prestations qui doivent leur revenir et prennent leurs dispositions en conséquence. En outre, dans nombre de fondations de prévoyance en faveur du personnel, les employés (bénéficiaires) participent au financement"*[8].

3. Le droit de cogestion proportionnelle aux contributions est un droit subjectif et collectif, à caractère semi-impératif. Institué en faveur des salariés, qui ont le droit à la représentation élue de la collectivité qu'ils constituent dans l'entreprise, ce droit ne peut faire l'objet d'une dérogation en leur défaveur. En outre, si ce droit est violé par l'acte de fondation et le règlement, ou dans son exercice, les titulaires de ce droit, qu'ils soient élus ou électeurs, sont fondés à agir devant les tribunaux[9] ou recourir à l'autorité de surveillance[10]. A ce titre, il exerce des fonctions démocratiques, de prévention et de protection.

b) Les fonctions de la codécision

i) La fonction démocratique

Le Message fait apparaître la fonction démocratique de la codécision. L'institution de la fondation est par nature autoritaire en comparaison des sociétés de personnes ou des personnes morales, dirigées par leurs membres ou associés apporteurs de capitaux. Son caractère autoritaire est d'autant plus marqué si le salarié-bénéficiaire est en même

---

7 Art. 81 al. 1 et 86 al. 1 CCS.

8 «Message du Conseil fédéral du 10 décembre 1956, *op. cit.*, p. 859.

9 Il s'agira du Tribunal cantonal des assurances, en vertu de l'art. 73 LPP, qui s'applique à toutes les institutions de prévoyance, qu'elles soient enregistrées ou non (art. 49 al. 2 LPP, art. 89bis al. 6 CCS), et ensuite du Tribunal fédéral des assurances.

10 RIEMER: *Die Stiftungen,* Commentaire, *op. cit.*, p. 728-729; en vertu de l'art. 74 LPP, et de l'art. 89bis al. 6 CCS, il s'agira de la plainte à l'autorité de surveillance, dont la décision est soumise à recours devant la Commission fédérale de recours en matière de prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, et ensuite devant le Tribunal fédéral par la voie du recours de droit administratif.

temps soumis au pouvoir de directives de l'employeur[11] découlant du rapport de subordination propre au contrat de travail[12]. Il s'agissait donc d'atténuer ce trait spécifique de la fondation de prévoyance en diminuant les droits de décision de l'employeur et en améliorant ceux des salariés-bénéficiaires. La dévolution d'une partie du pouvoir de décision détenu par l'employeur-fondateur a été d'autant plus facilement admise sur le principe qu'elle entrait en résonance avec l'idée libérale que celui qui paie une prestation doit pouvoir la commander, proportionnellement à son effort contributif[13]. Ce principe servit d'ailleurs à combattre une proposition minoritaire qui souhaitait étendre la participation des travailleurs aux fondations de prévoyance ne recevant pas leurs contributions, en instaurant une cogestion indépendante des contributions[14].

ii) La fonction de prévention

1. La question du pouvoir de décision permet d'illustrer la fonction de prévention qu'exerce la cogestion de la prévoyance professionnelle. Les fonds affectés à la prévoyance professionnelle sont destinés à assurer un revenu social de substitution aux travailleurs[15], remplaçant partiellement ou totalement le gain perdu ou diminué. Ces fonds seront donc séparés du patrimoine des parties aux contrats de travail, qui échangent le travail contre le salaire[16], pour être affectés au patrimoine de l'institution de prévoyance. Celle-ci versera le revenu social, pour un montant et à des conditions généralement prédéterminées, aux bénéficiaires, soit le salarié et les autres ayants droits.

2. Qu'elle soit alimentée par les seules contributions de l'employeur ou celles des deux parties au contrat de travail, la fortune est irrévocablement transférée et affectée au but de prévoyance, à l'exclusion de tout autre but. Ainsi, l'employeur ne peut obtenir la restitution de ce qu'il a payé en faveur de la prévoyance des travailleurs. Les institutions de prévoyance sont régies par des impératifs de sécurité à long terme. D'où le dilemme qui s'est assez vite révélé avec le développement d'institutions de prévoyance professionnelle décentralisées et privées. Comment fallait-il assurer une gestion de la fortune exempte de risques et éviter l'attribution arbitraire de prestations[17] ? Outre les techniques propres à l'assurance, on a recouru à l'instrument de

---

11 Art. 321d CO.

12 Art. 319 CO.

13 M. Jacquod, rapporteur de la majorité, Bull. Sten. CN 1958, II, p. 83. Le libéralisme, comme courant de pensée, a toujours exercé une influence importante dans le domaine des assurances sociales, ainsi que le relève l'étude de BOIS Philippe: «Spécificités de la politique sociale en Suisse», in: *Droit et politique sociale,* 1980, p. 34-36.

14 Bull. Sten. CN 1958, II, p. 82-84.

15 La controverse sur la nature salariale des prestations des régimes complémentaires est examinée et conclue négativement au Chapitre 15, litt. d.

16 Art. 319 CO.

17 L'exemple de l'employeur qui a utilisé l'essentiel de la fortune pour une indemnité en faveur de sa secrétaire est cité au Conseil national (Bull. Sten. CN 1958, II, p. 83).

la surveillance étatique de la fondation[18]. Malgré la capillarité conférée à la surveillance par le fédéralisme de l'Etat suisse, la pratique démontra qu'elle ne pouvait maîtriser entièrement les risques inhérents à des institutions de prévoyance décentralisées. En outre, la surveillance est soumise à des restrictions: elle n'équivaut pas à une sorte de tutelle, car fondamentalement la fondation dispose de la pleine capacité civile. L'autorité de surveillance n'a pas simplement le droit d'agir en lieu et place du conseil de fondation[19]. Ces limites ont incité les autorités de surveillance, avant l'entrée en vigueur de l'art. 89bis al. 3 CCS, à conseiller aux fondations de prévoyance d'introduire volontairement un droit de participation[20] des salariés afin de faire contrepoids à l'influence de l'employeur. Historiquement l'évolution a aussi été stimulée par les autorités fiscales qui ont imposé la participation en contrepartie de l'octroi de privilèges fiscaux[21].

3. La jurisprudence publiée des autorités de surveillance contient plusieurs exemples de conseils de fondation révoqués ou suspendus parce qu'ils étaient dominés par un employeur peu respectueux des intérêts des bénéficiaires[22]. Le risque que des décisions soient prises en contradiction avec les buts de la fondation de prévoyance est moins grand si les organes de décision comprennent des membres qui sont à la fois

---

18 Voir le Chapitre 16, litt. d.

19 ATF 108 II 497-502, 500. Les compétences des autorités de surveillance découlent de l'art. 84 al. 2 CCS: l'autorité doit pourvoir à ce que les biens des fondations soient employés conformément à leur destination. Elle doit veiller à ce que les organes de la fondation ne prennent aucune décision contraire au règlement, à l'acte de fondation, à la loi et aux bonnes moeurs (ATF 108 II 499; 106 II 269; 105 II 73). Dans ce cadre, elle peut recourir à des mesures préventives ou répressives, notamment par des instructions aux organes de la fondation, assorties le cas échéant de sanctions (ATF 108 II 499; 101 Ib 235). Pour ce qui a trait aux décisions relevant du pouvoir d'appréciation des organes de la fondation, l'autorité doit faire preuve de retenue (ATF 108 II 500; 100 Ib 135): elle ne peut sanctionner que l'excès du pouvoir d'appréciation ou son illicéité (ATF 106 II 156/157 - considérant 1 non publié dans *SZS* 1982, p. 142-143).

20 WIRZ: *Die Personal-Wohlfahrtseinrichtungen der schweizerischen Privatwirtschaft, op. cit.*, p. 242-243.

21 WIRZ, *ibid.*, p. 244-245, qui résume ainsi l'idée essentielle: "*Wo die Vertreter der Destinatäre in die Verwaltung der Personal-Wohlfahrtseinreichtungen (PWE) uneingeschränkt Einblick haben oder an der Verwaltung mitarbeiten, dürfte sich eine staatliche Aufsicht zum grössten Teil erübrigen. Somit könnte bei einem Ausbau der Mitspracherechte die Aufsichtstätigkeit des Staates abgebaut werden, was im Interesse der PWE und der Unternehmungen liegt. Ein Ausbau der Mitspracherechte würde allseitig befriedigende Auswirkungen zur Folge haben*".

22 ATF 105 II 327: "*Der Stiftungsrat bestreitet nicht, dass er sich aus dem Verwaltungsrats-präsidenten, einem Verwaltungsrat und einem Prokurist der Stifterfirma zusammensetzt. Bei dieser Sachlage ist offenkundig und braucht es keiner weiteren Begründung dafür, dass es zwischen der Stiftung und der sich in finanziellen Schwierigkeiten befindenden Stifterfirma, die beide weitgehend durch dieselben Personen vertreten werden, zu Interessenkollisionen kommen können*" que seule la révocation du conseil de fondation peut éliminer; *SZS* 1983, p. 220-221; *SZS* 1984, p. 51-54 - *suspension d'un conseil de fondation dominé par le seul conseiller d'administration des entreprises affiliées; SZS* 1984, p. 169-172 - *destitution d'un conseil de fondation n'atteignant plus le quorum et dont le président, également propriétaire de l'entreprise fondatrice, avait utilisé illicitement des moyens de la fondation en faveur de son entreprise.*

bénéficiaires et salariés de l'entreprise. Même dans ce cas le danger peut persister, car il est possible que certains membres du conseil exercent une influence prépondérante dans l'administration de la fondation[23]. On approche, à ce stade, les limites matérielles de la fonction de prévention, qui dépend de la qualité des connaissances de chaque membre de l'organe de cogestion et du temps dont il dispose pour se consacrer à sa tâche. La fonction de prévention de la cogestion protège tant l'institution de prévoyance que la réalisation de ses buts, et contribue au maintien d'une surveillance étatique subsidiaire.

iii) La fonction de protection

La fonction de protection se distingue de la fonction de prévention. Son but essentiel est la sauvegarde des droits des bénéficiaires[24]. Cette fonction est donc partisane, par opposition à la fonction de prévention qui vise à la sauvegarde de l'institution. Il convient de souligner que le Parlement a également décidé, en introduisant la cogestion, d'adopter l'art. 89bis al. 4 qui prescrit que, pour la part correspondant aux versements des employés, la fortune de la fondation ne puisse, en règle générale, consister en une créance contre l'employeur que si cette créance est garantie[25].

c) Le champ d'application de la codécision

i) Le champ d'application matériel

1. Le champ d'application de la codécision introduite par l'article 89bis al. 3 CCS est limité aux fondations de prévoyance non enregistrées en vertu de la LPP[26], auxquelles les travailleurs versent des contributions. Les contributions sont des prestations individuelles et chiffrées du travailleur, versées directement ou par l'intermédiaire de l'employeur. Ne peut constituer des contributions le fait que le travailleur ait par son travail aidé l'employeur à gagner le montant des contributions de ce dernier, ou que le

---

23 *JAAC* 18 1946, No 41, p. 79.

24 Les fonctions de prévention et de protection attribuées à la cogestion sont bien illustrées par l'ATF 110 II 437ss. Il s'agit d'un cas où l'autorité de surveillance a imposé la participation de travailleurs au conseil d'une fondation patronale, à laquelle l'art. 89bis al. 3 CCS ne s'appliquait pas car les travailleurs n'avaient versé aucune contribution. Le TF a protégé cette décision, vu les circonstances de fait particulières, car l'autorité de surveillance pouvait modifier l'organisation de la fondation (art. 85 CCS) pour conserver les biens et pour maintenir le but du fondateur. La participation de travailleurs était une mesure *"absolument nécessaire"* (art. 85 CO) en vue d'atteindre ces objectifs. Il s'agissait en outre de protéger les expectatives d'une catégorie particulière de salariés-bénéficiaires en leur accordant le droit de siéger au conseil.

25 A propos des créances de l'institution de prévoyance envers l'employeur, voir la brève présentation au Chapitre 16.

26 Par opposition aux sociétés coopératives ou institutions de droit public (art. 48 al. 2 LPP).

travailleur ait accepté une limitation non définie de son salaire[27]. La codécision se réalisera uniquement dans le conseil de fondation, à l'exclusion de l'organe de contrôle[28].

2. Il arrive que la fondation de prévoyance d'une entreprise comprenne en son sein plusieurs caisses séparées: caisse patronale, caisse des employés, caisse des ouvriers. Dans la pratique et la doctrine, le droit de codécision a été alors généralement restreint à l'administration de la caisse recevant les contributions des salariés[29], à l'exclusion du conseil de fondation qui exerce la surveillance sur les caisses qui lui sont subordonnées. Selon Hans Michael RIEMER, une telle façon de procéder n'est admissible que dans la mesure où ces restrictions imposées aux représentants des bénéficiaires ne portent pas matériellement atteinte aux compétences décisionnelles dont ils disposeraient en qualité de membres du conseil de fondation[30]. Aux restrictions de la représentation dans certains organes ne doit pas correspondre une limitation du pouvoir de décision. Cette critique est partagée par Jürg BRÜHWILER qui estime nécessaire la représentation de l'employeur et des salariés au conseil de fondation[31]. Le problème pourrait être posé différemment: la codécision doit être réalisée dans tous les organes de la fondation qui ont la compétence de prendre des décisions affectant la fortune alimentée par des contributions des salariés, ouvriers ou employés. Une fondation organisée selon le modèle de caisses séparées subordonnées à un conseil de fondation constitué uniquement de représentants de l'employeur ne répond pas à ce critère. Est-il, en effet, concevable de gérer efficacement et rationnellement la fortune de la fondation, en la répartissant en trois caisses séparées, chacune avec son indépendance ? Peut-on imaginer une répartition des produits de la fortune d'ensemble de la fondation qui soit l'oeuvre d'un autre organe que le conseil de fondation ? Peut-on appliquer les directives de placement des autorités de surveillance[32] en faisant abstraction des équilibres globaux dans la répartition des placements de la fortune de la fondation ? La réponse sera vraisemblablement négative, à moins que les caisses subordonnées soient dotées de tels pouvoirs que le conseil de fondation n'ait pratiquement plus de compétence décisionnelle. Il ne faut pas oublier que la prévoyance professionnelle est basée sur une capitalisation dont les rendements assurent les prestations. L'administration de la fortune est donc un attribut essentiel du pouvoir de l'organe de cogestion. En réalité, ce modèle d'organisation

---

27 RIEMER: *Die Stiftungen,* Commentaire, *op. cit.*, p. 726.

28 *Ibid.*, p. 726.

29 *Ibid.*, p. 727. Voir également *JAAC* 31 1962/1963, No 46, p. 93, admettant cette conception, tout en soulignant la pratique variable des autorités de surveillance cantonales, l'autorité genevoise exigeant pour sa part une participation des travailleurs à l'organe supérieur - le conseil de fondation. Dans une décision du 22.10.1980 (*SZS* 1984, p. 205), le Conseil d'Etat zurichois a admis que les travailleurs soient exclus d'un conseil de fondation, pour autant qu'ils puissent participer à une caisse paritaire subordonnée.

30 RIEMER: *Die Stiftungen,* Commentaire, *op. cit.*, p. 728.

31 BRÜHWILER: *Die betriebliche Personalvorsorge, op. cit.*, p. 107-108, note 65.

32 Art. 84 al. 2 CCS.

reflète une structure sociologique de l'entreprise en voie de disparition[33]. Un tel modèle méconnaît par ailleurs la fonction de prévention de la codécision dont l'accomplissement dépend étroitement du contenu matériel des compétences décisionnelles.

3. Le droit à la codécision s'étend-il aux fondations de placement et d'investissement de la prévoyance professionnelle ? Rappelons que ces fondations, généralement créées par les assurances ou les banques, gèrent les fonds qui leur sont confiés par un ensemble de fondations de prévoyance professionnelle. Les salariés-bénéficiaires n'alimentant pas directement par leurs contributions la fortune de ces fondations, ils n'ont en principe pas le droit de participer à leur administration. Par contre, les fondations de prévoyance qui leur confient des fonds se voient régulièrement admettre un droit de participation sur la politique de placements[34], et l'élection des membres du conseil de fondation. A défaut, les organes de la fondation de prévoyance ne rempliraient pas leurs responsabilités dans la gestion de la fortune, conférées par la loi. En outre, le droit de participation des salariés-bénéficiaires de l'art. 89bis al. 3 CCS pourrait tout simplement être écarté dans le domaine de la gestion de la fortune, notamment la politique de placements, en confiant entièrement celle-ci à la fondation de placement et d'investissement[35]. Par conséquent, les salariés-bénéficiaires doivent pouvoir exercer, indirectement, un droit de participation dans ces fondations. C'est la tâche du conseil de la fondation de prévoyance d'exiger son droit de participer à la fondation de placement et d'investissement.

ii) Le champ d'application personnel

1. Les droits de vote et d'éligibilité reviennent exclusivement aux *"travailleurs"*, contrairement au droit à l'information[36] qui est étendu aux *"bénéficiaires"*. La définition de la notion de *"travailleur"* a été laissée à la pratique. En règle générale, est un travailleur, au sens de cette disposition, celui qui est lié par un contrat de travail à l'employeur[37]. Des problèmes de délimitation surgissent en matière de droits de vote et d'éligibilité, lorsque le lien de subordination propre au contrat de travail est distendu au point que le travailleur participe à l'élaboration des décisions essentielles de l'entreprise. Dans ce cas, le travailleur, tout en étant formellement lié par un contrat de travail à l'employeur, fait partie des cercles dirigeants de l'entreprise. Il existe une autre variante qui est celle de l'actionnaire d'une société anonyme, lié à celle-ci par un contrat de travail.

---

33 L'application de la convention collective "phare" de la métallurgie, dite de paix du travail, a été étendue aux employés. La distinction entre cols blancs et cols bleus dans l'industrie tend à disparaître.

34 BRÜHWILER: *Die betriebliche Personalvorsorge, op. cit.*, p. 109-110.

35 Avis concordant de BRÜHWILER, *ibid.*, p. 110.

36 Art. 89bis al. 2 CCS.

37 Art. 319 CO.

2. La pratique a estimé devoir laisser la définition de la notion de *"travailleur"* au cas d'espèce: l'élection d'une personne exerçant des fonctions dirigeantes dans l'entreprise en qualité de représentant des travailleurs ne poserait pas en tant que telle un problème. En effet, les travailleurs élisent eux-mêmes leurs représentants en vertu de l'art. 89bis al. 3 CCS et ils ont le choix[38], notamment, de ne pas réélire leur représentant. On peut se demander si une interprétation aussi large est cohérente avec les fonctions de protection et de prévention dévolues à la codécision. Le fait qu'une personne étroitement associée aux décisions essentielles de l'entreprise puisse valablement représenter les travailleurs ne paraît pas souhaitable[39]. La nécessité d'une représentation des deux parties au contrat de travail et de leur négociation d'égal à égal ne doit en effet pas être négligée. De plus, une interprétation aussi large entre en contradiction avec les principes développés sur cette même question dans le cadre du régime légal. La doctrine relative à l'art. 51 LPP retient des critères plus précis, auxquels il convient de se référer pour l'application de l'art. 89bis al. 3 CCS[40], la différence littérale entre les deux dispositions sur ce point n'étant pas significative.

3. Le législateur s'est également penché sur l'éligibilité de représentants des travailleurs extérieurs à l'entreprise. L'art. 89bis al. 3, 2e phrase CCS prescrit que les travailleurs élisent eux-mêmes des représentants choisis *"au sein du personnel"*, mais *"dans la mesure du possible"*. Le législateur a ainsi voulu que les représentants des travailleurs fassent partie, en règle générale, du personnel de l'entreprise. Des exceptions sont admissibles à la suite de circonstances particulières et pour autant que des motifs valables et concrets le justifient[41]. Le législateur a pensé notamment au cas des ateliers pour handicapés mentaux ou physiques[42] ou encore à celui des fondations collectives ou communes regroupant le personnel de nombreuses entreprises[43]. Il ressort ainsi clairement des débats que la formulation choisie par l'art. 89bis al. 3 CCS visait à limiter la possibilité d'une représentation par des personnes extérieures, notamment des secrétaires syndicaux[44], sans toutefois l'exclure. La question de l'égalité des armes

---

38 *JAAC* 31 1962/1963, No 46, p. 94; *SZS* 1984, p. 220 (Décision du Conseil d'Etat zurichois du 26.8.1981): *"Dans de petites entreprises des actionnaires en minorité faisant partie de la direction peuvent être acceptés comme délégués employés"*.

39 Voir les développements à ce sujet au Chapitre 24, litt. c, à propos de la désignation des représentants des salariés. RIEMER, *Die Stiftungen,* Commentaire, *op. cit.*, p. 726, souligne le droit et le devoir de l'autorité de surveillance de destituer d'office, ou sur plainte, les personnes élues comme représentantes des travailleurs en raison de leur position dans l'entreprise ou parce qu'elles exercent leurs prérogatives en contradiction avec la *ratio legis* de l'art. 89bis al. 3. Voir également *JAAC* 18 1946, No 41, p. 79, qui souligne la fonction de prévention de la cogestion paritaire, qui peut être atténuée par la dépendance des salariés envers l'employeur.

40 Voir le Chapitre 24, litt. c, sur la désignation des représentants de l'employeur et des salariés.

41 RIEMER, *Die Siftungen,* Commentaire, *op. cit.*, p. 730; BRÜHWILER: *Die betriebliche Personalvorsorge, op. cit.*, p. 365.

42 Bull. Sten. CN, 1958, II, p. 81.

43 RIEMER: *Die Siftungen,* Commentaire, *op. cit.*, p. 730.

44 RIEMER: *Die Siftungen,* Commentaire, *op. cit.*, p. 730, cite le cas de l'annulation par le Département fédéral de l'intérieur de l'élection d'un secrétaire syndical, alors qu'un employé de l'entreprise s'était proposé à l'élection. BRÜHWILER: *Die betriebliche Personalvorsorge, op.*

intellectuelles entre les parties à la cogestion, c'est-à-dire la réalisation effective des fonctions de la codécision est ainsi soulevée. Le problème existe également, mais sur des bases différentes, dans le cadre de la gestion paritaire de l'art. 51 LPP[45].

d) La composition et l'élection de l'organe de codécision

1. Le nombre de représentants des travailleurs est fonction du montant de leurs contributions, comparées à celles de l'employeur. Celui-ci peut inclure dans ses contributions les biens affectés lors de la fondation, car il y a lieu de tenir compte non seulement des versements effectués à titre périodique, mais aussi de ceux qui interviennent à titre unique[46]. Si les contributions de l'employeur et celles des travailleurs sont absolument équivalentes, le conseil de fondation sera constitué paritairement. Le président de l'organe chargé d'administrer la fondation pourra être choisi à tour de rôle parmi les représentants de l'employeur et des employés, avec voix prépondérante[47]. Les règles plus précises relatives à la gestion paritaire dans le régime obligatoire pourront s'appliquer à titre supplétif. Il s'agit d'une hypothèse plutôt théorique, car dans l'ensemble de la prévoyance professionnelle les contributions patronales représentent statistiquement les deux tiers des contributions des travailleurs[48].

2. La procédure électorale n'est pas réglée par la loi. Les principes applicables en la matière sont exposés dans le cadre des développements consacrés à la gestion paritaire[49], qui fait référence à la pratique antérieure à l'entrée en vigueur de la LPP.

e) La codécision dans les institutions collectives et communes

La codécision doit être réalisée dans le conseil de fondation de l'institution commune, et dans la caisse de prévoyance interne de l'institution collective. Nous renvoyons, pour le surplus, aux commentaires relatifs à la gestion paritaire dans ces institutions[50].

---

cit., p. 363, est extrêmement catégorique à ce sujet: "*Die Organe der Mitbestimmung dürfen nicht zum verlängerten Arm der Gewerkschaften werden*".

45 Voir le Chapitre 24, litt. c, ch. ii).

46 *JAAC* 29 1959/1960, No 50, p. 99.

47 *Ibid.*

48 En 1987, l'ensemble des institutions de prévoyance (PPO et PPF) ont encaissé 15,8 milliards de francs de cotisations et de donations, montant dont les assurés ont acquitté 36%, tandis que leurs employeurs en finançaient 64%. Communiqué de presse de l'Office fédéral de la statistique de juin 1989: *Statistique Suisse des caisses de pensions 1987.*

49 Voir le Chapitre 24, litt. f.

50 Voir le Chapitre 23, litt. f.

CHAPITRE 21

LE PASSAGE A LA GESTION PARITAIRE DANS LE REGIME LEGAL

a) Genèse et nature d'une participation indépendante des contributions

1. L'assurance obligatoire introduite par la LPP a illustré une transformation et une évolution des concepts en matière de prévoyance professionnelle, notamment en ce qui concerne les droits de participation dont l'épicentre est la gestion paritaire consacrée par l'art. 51 LPP. Celle-ci a signifié une césure conceptuelle: la renonciation à la codécision proportionnelle aux contributions et l'introduction d'un nouveau principe d'égalité. Ces changements seront examinés en premier, ainsi que les autres droits de participation, avant de passer au fonctionnement concret de la gestion paritaire.

2. Lors des débats parlementaires qui ont précédé l'introduction de l'art. 89bis al. 3 CCS, une minorité avait proposé l'introduction d'un droit de participation indépendant des contributions selon la teneur suivante: *"Si la fondation prévoit des prestations déterminées en faveur des employés ou de leurs proches, les employés participent à l'administration. Ils élisent eux-mêmes les représentants choisis dans le sein du personnel. Si les bénéficiaires versent des contributions à la fondation, ils doivent être représentés au moins dans une proportion équitable par rapport à leurs contributions."*[1].

Il ne s'agissait pas de la gestion paritaire, car le nombre des représentants élus au titre de la participation était fonction des contributions des travailleurs. Seul le droit était indépendant des contributions. Le rapporteur de la minorité expliquait ainsi le contenu de cette proposition: *"Nous demandions la gestion paritaire, la participation des travailleurs à la gestion des caisses. A ce moment-là, les employeurs nous disaient: les ouvriers ne participent pas financièrement à la caisse et, par conséquent, il ne peut y avoir de participation ouvrière à la gestion. Nous avons répondu de la manière suivante: il y a toujours participation ouvrière. Les employeurs qui versent leurs contributions au fonds prélèvent en définitive ces fonds sur l'économie générale du pays. Ces fonds sont constitués pour les salariés, pour les employés. Leur destination est déjà déterminée par l'employeur qui dit: Je constitue ce fonds pour la sécurité de mes employés. Il s'agit en définitive d'un salaire dont le versement a été différé"*[2].

---

1 Bull. Sten. CN, 1958, II, p. 80.

2 Déclaration de M. JACQUOD, Bull. Sten. CN, 1958, II, p. 83.

3. La LPP a consacré une rupture conceptuelle avec la codécision proportionnelle aux contributions. En stipulant que les salariés et les 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 la fortune, l'art. 51 LPP a introduit la gestion paritaire indépendante des contributions. La participation doit être réalisée dans l'ensemble des institutions, quels que soient leur forme juridique et le mode de répartition des cotisations[3]. Mais la loi va plus loin. Le Conseil fédéral souligne, dans son Message, qu'en vertu de cette disposition *"le ou les organes supérieurs de l'institution devront être composés d'au moins autant (souligné par nous) de représentants des assurés que de représentants de ou des employeurs."*[4] La parité imposée par la loi est, par conséquent, une règle semi-impérative protectrice des salariés bénéficiaires, à laquelle il ne peut être dérogé qu'en leur faveur[5]. En d'autres termes, l'employeur peut renoncer à être représenté paritairement, en faveur d'une cogestion majoritaire des salariés bénéficiaires[6]. Sa renonciation sera toutefois révocable en tout temps, car il a le *"droit de désigner le même nombre de représentants"*[7]. En définitive, le droit de cogestion paritaire des salariés assurés est légitimé par le droit imprescriptible des bénéficiaires au revenu social de substitution. La légitimité tirée de la capacité contributive a perdu son aspect décisif, raison pour laquelle l'employeur est fondé, s'il le souhaite, à se retrouver minoritaire. Il restera néanmoins maître de l'évolution de ses charges d'exploitation[8] ce qui lui confère un pouvoir de décision et de négociation essentiel.

b) Les fonctions de la gestion paritaire

1. La gestion paritaire exerce, tout comme la codécision proportionnelle aux contributions, les trois fonctions démocratique, de prévention et de protection[9]. La

---

3 *Message du Conseil fédéral du 19 décembre 1975, op. cit.*, p. 56.

4 *Message, ibid.*, p. 56.

5 BRÜHWILER: *Die betriebliche Personalvorsorge, op. cit.*, p. 352; RIEMER: *Das Recht der beruflichen Vorsorge, op. cit.*, p. 71 ; MOSER: *Paritätische Verwaltung, op. cit.*, p. 97. Lors des débats parlementaires, le Conseil national avait proposé une formulation selon laquelle les "*assurés auront au moins autant de représentants que les employeurs*" (Bull. Sten. CN, 1977, p. 1353). Le Conseil des Etats, craignant un poids prédominant des salariés, a proposé le texte qui a été finalement retenu, autorisant l'employeur à renoncer à son droit de représentation (Bull. Sten. CE, 1980, p. 294).

6 La doctrine est unanime à ce sujet: BRÜHWILER: *Die betriebliche Personalvorsorge, op. cit.*, p. 352; RIEMER: *Das Recht der beruflichen Vorsorge, op. cit.*, p. 71; AUBERT Maurice: *Problèmes soulevés par la gestion paritaire des institutions de prévoyance,* Exposé présenté à la Conférence des autorités cantonales de prévoyance des 20/21 septembre 1984, p. 7; *Séminaire ABVS,* 1985, p. 36.

7 Voir la doctrine citée à la note précédente.

8 Art. 66 al. 1 LPP.

9 Voir le Chapitre 20, litt. c.

fonction démocratique a été transformée par l'introduction de la gestion paritaire, basée sur le principe de l'égalité des parties au contrat du travail dans le cadre de l'institution de prévoyance.

2. La LPP a aussi renforcé le rôle des fonctions de protection et de prévention. Comme le souligne le Message du Conseil fédéral, la décentralisation, qui a été maintenue par la prévoyance professionnelle obligatoire, est accompagnée d'un système de contrôle et de surveillance décentralisé mais renforcé. La surveillance des pouvoirs publics doit se limiter en substance à vérifier les rapports de révision des comptes et à intervenir en cas d'inobservation des prescriptions légales[10]. Par conséquent il incombe en tout premier lieu aux organes de l'institution de prévoyance de veiller à l'application des dispositions du règlement. Ils doivent s'assurer que les employeurs, les bénéficiaires et les organes d'exécution y satisfont. Ils interviennent avant tout en cas d'inobservation ou de violation des droits des assurés. Si la réglementation antérieure à la LPP a généralement donné satisfaction, le Conseil fédéral souligne qu'elle *"sera rendue encore plus efficace grâce à la collaboration paritaire des salariés au sein des organes"*[11].

3. La Commission fédérale de recours en matière de prévoyance professionnelle a souligné en ces termes la fonction de prévention: *"La parité imposée par la loi, autrement dit ce droit de participation des salariés, doit permettre d'assurer dans le domaine de la prévoyance professionnelle de l'économie privée une gestion de fortune qui soit exempte de risques et d'éviter l'attribution arbitraire de prestations"*[12].

c) La parité et ses limites

1. Rien n'est plus évanescent que le concept d'égalité. A peine postulé, il disparaît devant les inégalités réelles. Veut-on le mettre en oeuvre qu'apparaissent de nouvelles inégalités, sans parler des anciennes qui perdurent. Le droit social s'est forgé pour atténuer les inégalités sociales, mais en découvrant à chaque étape de sa croissance de nouvelles inégalités, qui remettent sans cesse l'ouvrage en chantier. Le droit assume son rôle particulier dans ce processus. Car avant que la norme légale ne combatte l'inégalité, il faut encore qu'un consensus se dégage dans la société qui permette à l'ordre juridique de désigner l'égalité souhaitée. L'étape suivante - les moyens légaux pour atteindre l'objectif - sera de nouveau l'objet d'une négociation dans la société.

2. Les difficultés de la mise en oeuvre du postulat de l'égalité entre hommes et femmes, ratifié par l'art. 4 al. 2 de la Constitution fédérale, est un bon exemple. Une fois le principe admis, la question de l'inégalité réelle et des moyens pour y remédier a été

---

10 *Message du Conseil fédéral du 19 décembre 1975, op. cit.*, p. 62.

11 *Message, ibid.*, p. 61.

12 Décision de la Commission fédérale de recours en matière de prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité: *SZS* 1991, p. 259.

posée avec une vigueur renouvelée[13]. Il a fallu recourir aux méthodes d'évaluation législative pour rendre compte du fossé entre le principe juridique et la réalité. L'auscultation de la réalité a conduit à distinguer entre les discriminations légales, qui peuvent être facilement éliminées, et les discriminations de fait dont l'élimination suscite les difficultés les plus grandes. Selon la méthodologie adoptée par Jean-Daniel DELLEY[14], l'élaboration d'une politique visant l'égalité passe par trois étapes:

- 1. l'analyse de la situation: promouvoir l'égalité n'est possible que si l'on connaît les manifestations de l'inégalité;
- 2. l'explicitation des objectifs: une bonne analyse de la situation ne suffit pas. L'existence du problème exprime l'insatisfaction que suscite l'écart entre la réalité observée et les objectifs d'un futur qui paraît préférable;
- 3. le choix des moyens: lorsqu'il y a consensus sur la situation à promouvoir, il s'agit de déterminer les moyens à mettre en oeuvre pour y parvenir.

3. La gestion paritaire connaît le même genre de problème. Le choix de la parité, et donc de l'égalité, était destiné à contrebalancer le pouvoir prédominant de l'employeur[15]. La parité vise à atténuer la dépendance économique et juridique du salarié-bénéficiaire envers son employeur[16]. L'égalité dans l'organe paritaire n'a pas pour vertu de supprimer cette dépendance: elle en diminue certains aspects. Ainsi, en cas de divergences trop fortes dans l'institution de prévoyance, l'employeur restera libre de faire usage de son droit de licenciement. Il est vrai que ce droit a été restreint par l'entrée en vigueur, le 1er janvier 1989, du nouveau droit en matière de résiliation du contrat de travail. L'art. 336 al. 2, lettre b CO déclare abusif le congé lorsqu'il est donné pendant que le travailleur, représentant élu des travailleurs, est membre d'une commission d'entreprise ou d'une institution liée à l'entreprise et que l'employeur ne peut prouver qu'il avait un motif justifié de résiliation. La sanction du congé abusif n'est cependant pas la réintégration dans l'entreprise, mais une indemnité fixée par le juge qui ne peut dépasser le montant correspondant à six mois de salaire du travailleur[17]. D'aucuns n'hésitent pas, dans ces conditions, à qualifier la participation active des salariés à la gestion de l'institution de prévoyance comme d'un acte témoignant de "*courage civique*"[18] !

4. L'égalité postulée ne se réduit pas à un critère quantitatif: le nombre égal de représentants dans l'organe paritaire. Elle a également une dimension qualitative. La

---

13 A titre d'illustration, voir l'ouvrage collectif publié sous la responsabilité de MORAND Charles-Albert: *L'égalité entre hommes et femmes - bilan et perspectives,* 1988.

14 DELLEY Jean-Daniel: «La mise en oeuvre de l'égalité des droits - Questions de méthode», in: *L'égalité entre hommes et femmes, op. cit.*, p. 289-296.

15 MOSER: *Paritätische Verwaltung, op. cit.*, p. 50, 57, 68, 66, 74.

16 BRÜHWILER: *Die betriebliche Personalvorsorge, op. cit.*, p. 595-597.

17 Art. 336a CO.

18 MOSER, *op. cit.*, p. 154.

doctrine est en effet unanime pour admettre que l'égalité postulée entre employeurs et salariés doit être réelle et effective[19]. Qu'il ne s'agit pas d'un simple postulat moral ou éthique est bien illustré par l'art. 52 LPP: les personnes chargées de l'administration et de la gestion de l'institution de prévoyance répondent du dommage qu'elles lui causent intentionnellement ou par négligence. Hans Michael RIEMER utilise des formules parlantes pour souligner que les principes de "*l'égalité entre les représentants de l'employeur et des salariés*" et de "*partenariat social*" qui caractérisent la gestion paritaire "*ne se trouveront réellement observés qu'autant aussi que, pour ce qui est des connaissances, il y a, si l'on peut dire, égalité, parité d'armes entre les représentants de l'employeur et ceux des salariés (donc parité non seulement numérique, mais aussi parité intellectuelle)*"[20].

5. L'exigence d'une parité qualitative est d'ailleurs conforme aux fonctions de prévention et de protection assignées à la participation des salariés. Pour être bien gérés, les systèmes complexes comme la prévoyance professionnelle nécessitent des connaissances complexes. Une participation à caractère de milice des salariés est probablement en mesure d'y faire face jusqu'à un certain point à la condition d'admettre l'inégalité existante[21] et la mise en oeuvre de moyens adéquats pour y répondre. Il s'agit d'ailleurs d'un défi majeur lancé au système de prévoyance professionnelle adopté par le législateur. Faute de réponses efficaces, la simplicité robuste qu'offre l'administration publique du régime AVS/AI ou de la CNA aura sans doute la préférence.

6. La Commission fédérale de recours a d'ailleurs résumé l'exigence qualitative de la parité: "*Mais il paraît évident que, pour qu'il y ait un véritable partenariat social, l'égalité numérique ou quantitative entre les représentants de l'employeur et ceux des salariés ne suffit pas: il doit y avoir aussi une égalité qualitative, au sens d'un rapprochement des niveaux de connaissances. En effet, le danger que des décisions soient prises au détriment des destinataires peut subsister même en cas de gestion paritaire...*"[22], notamment en raison de l'influence prépondérante de certains membres du conseil de fondation; par exemple, s'il s'agit de fondations d'entreprises où les

---

19 BRÜHWILER, *ibid.*, p. 600, utilise les termes "*gleichwertige und gleichberechtigte Partner*"; RIEMER: *Das Recht der beruflichen Vorsorge, op. cit.*, p. 64, parle de "*effektiv gleichberechtigten Mitbestimmung*"; MOSER, *ibid.*, p. 106, constate: "*der in Art. 51 BVG postulierten Gleichheit der Sozialpartner*".

20 RIEMER Hans-Michael: «La gestion paritaire selon la LPP des institutions de prévoyance de droit privé et de droit public en faveur du personnel», *SZS* 1985, p. 154.

21 MOSER, *op. cit.*, p. 153, décrit l'inégalité existante: "*Tatsache ist, dass die heutigen Machtverhältnisse in den Stiftungsräten einseitig zugunsten der Arbeitgeberschaft liegen und das paritätische Organ daher kein ausgewogenes Abbild der verschiedenen Interessen- und Anspruchsgruppen innerhalb der Vorsorgeeinrichtungen widerspiegelt. Die empirischen Untersuchungen verdeutlichen, dass der heutige Zustand in den Stiftungsräten dem Gedanken der Parität nicht zu genügen vermag*".

22 Décision de la Commission fédérale de recours en matière de prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité: *SZS* 1991, p. 259.

destinataires se trouvent en même temps dans un rapport de dépendance vis-à-vis du chef de l'entreprise[23].

7. L'égalité n'implique pas l'absence de désaccords. La parité entraîne la négociation à armes égales entre deux groupes: les salariés-bénéficiaires et les représentants de l'employeur. C'est un pléonasme de constater que les deux groupes n'ont pas toujours les mêmes intérêts, même si leur intérêt commun est d'assurer une mise en oeuvre adéquate de la prévoyance professionnelle. D'ailleurs, celle-ci est caractérisée par de nombreuses catégories de conflits d'intérêts[24]:

- le conflit d'intérêt entre employeur et salariés bénéficiaires[25];
- le conflit entre le rendement nécessaire des capitaux de prévoyance et les conséquences que cela peut avoir, par exemple, sur l'emploi ou la distribution d'avantages aux salariés non retraités;
- le conflit entre la protection de l'épargne et la relance de l'économie par l'inflation en cas de crise;
- le conflit entre les besoins de financement de l'économie régionale ou nationale et la nécessité d'un horizon international des placements pour limiter le risque démographique;
- le conflit entre l'effort collectif et individuel;
- le conflit d'intérêts entre différentes catégories de salariés[26].

La loi règle expressément quelques-uns de ces conflits d'intérêts. Elle cherche à promouvoir la négociation entre employeurs et salariés par les règles sur la parité[27], en y associant le droit de veto de l'employeur sur tout effort dépassant son obligation de fournir une contribution égale à la somme de celle de ses salariés[28] ainsi que la protection contre le licenciement des représentants des salariés[29]. Par ses normes de placement, la loi oriente les placements institutionnels vers le marché national des capitaux. La loi essaie également de parer au risque de conflits entre salariés[30] par la règle de la représentation équitable de leurs différentes catégories. Si le

---

23 *JAAC* 18, 1946/947, No 41.

24 Voir à ce sujet le Chapitre 4, litt. e, ch. vi).

25 Selon une enquête partielle de MOSER auprès de 64 institutions de prévoyance, les conflits d'intérêts constatés entre employeurs et salariés portent, par ordre d'importance décroissante, sur le niveau des prestations, le système de financement (cotisations, contributions de l'employeur), l'octroi de prêts et de crédits hypothécaires aux membres, l'amélioration du libre-passage, les placements de la fortune auprès de l'employeur, l'usage des fonds librement disponibles, etc. (MOSER, *ibid.*, p. 48).

26 Hommes et femmes, jeunes et vieux, licenciés et non licenciés, cadres et salariés subalternes, travail à temps partiel ou temporaire et travail à temps complet, etc.

27 Art. 51 al. 1 LPP.

28 Art. 66 al. 1 LPP.

29 Art. 336 al. 2 litt. b CO.

30 Art. 51 al. 2 litt. b LPP.

fonctionnement de la prévoyance professionnelle n'est pas exempt de conflits, le développement même des régimes complémentaires tend à les rendre plus transparents. Il n'est donc pas étonnant que les regards de la société se tournent de plus en plus vers ces mécanismes de pouvoir et de décision; cette attention nouvelle exprime la prise de conscience de leur impact croissant ainsi que la volonté de les influencer.

CHAPITRE 22

LES AUTRES DROITS DE PARTICIPATION DU REGIME LEGAL

a) Le droit à l'information

Le droit à l'information dans le cadre du régime légal est identique à celui des régimes facultatifs, et nous renvoyons aux développements le concernant[1].

b) Le droit de consultation préalable dans les institutions de prévoyance de droit public

1. Lorsque les dispositions d'une institution de prévoyance sont édictées par la Confédération, le canton ou la commune, conformément à l'art. 50 alinéa 2 LPP, l'organe paritaire sera consulté préalablement[2]. Ce droit de consultation porte sur les dispositions édictées par la Confédération, les cantons et les communes relatives aux prestations, à l'organisation, à l'administration et au financement, au contrôle et aux rapports avec l'employeur, les salariés assurés et les bénéficiaires[3].

2. Le projet de LPP soumis par le Conseil fédéral dans son Message du 19 décembre 1975 ne contenait aucune disposition particulière relative aux droits de participation dans les institutions de prévoyance de droit public. Celles-ci étaient soumises au régime général de la loi, notamment à la gestion paritaire[4]. Les Chambres fédérales ont assoupli le postulat d'une unification du droit de la prévoyance professionnelle s'étendant aux institutions de prévoyance de droit public[5]. La loi laisse une autonomie entière à la Confédération, aux cantons et aux communes pour déterminer les modalités d'adoption (loi au sens formel, ordonnance de l'exécutif...) des normes régissant leurs institutions de prévoyance, notamment pour ce qui a trait à leur nature juridique, leur fondation, leur transformation et leur dissolution[6]. On a renoncé à la

---

1 Voir le Chapitre 19.

2 Art. 51 al. 5 LPP.

3 Art. 50 al. 1 et 2 LPP.

4 Art. 50 et 51 du projet de loi du Conseil fédéral, *Message LPP, op. cit.*, p. 155.

5 RIEMER: *Das Recht der beruflichen Vorsorge, op. cit.*, p. 84-86; PFITZMANN Hans J.: «Die öffentlich-rechtlichen Pensionskassen», *op. cit.*, p. 234-235; SCHWARZENBACH-HANHART Hans Rudolf: «Die Sonderregelung der Beamtenversicherungskassen im BVG», *SZS* 1986, p. 224-225.

6 Art. 50 al. 2 LPP; RIEMER, *ibid.*, p. 85; SCHWARZENBACH-HANHART, *ibid.*, p. 225.

gestion paritaire, car l'étendue de la prévoyance n'est pas décidée par les salariés et l'employeur (l'exécutif), mais par le législatif compétent[7]. Ainsi s'explique la réduction du droit de gestion paritaire au droit de consultation préalable. La logique juridique de la différence de traitement est difficile à suivre car, même avec la gestion paritaire, l'employeur reste maître de l'étendue de la prévoyance[8]. A défaut d'un effort accru des salariés par une augmentation de leurs propres contributions, le montant de la contribution de l'employeur reste un facteur décisif pour étendre la prévoyance au-delà du régime obligatoire. Il n'en va pas autrement dans la fonction publique, à cette différence près que l'employeur - l'Etat - devra obtenir l'accord d'un législatif, si l'exécutif n'a pas la compétence exclusive pour augmenter les contributions de l'Etat à la prévoyance professionnelle. Il est vrai, toutefois, que l'Etat accorde souvent sa garantie aux prestations, ce qui permet une gestion en caisse ouverte au lieu du bilan technique en caisse fermée obligatoire dans le privé[9] pour le régime légal. Cela signifie que les réserves de l'institution de droit public n'équivalent généralement pas au total des engagements actuariels, le contribuable étant appelé à combler la différence, le cas échéant, d'où sans doute le souci de laisser le premier et le dernier mot à l'autorité politique.

3. Il n'est évidemment pas interdit d'instaurer la gestion paritaire dans une institution de prévoyance de droit public, dans la limite des compétences constitutionnelles et légales des autorités concernées[10]. Son introduction dans le cadre des institutions de prévoyance privées a pu néanmoins exercer des effets parfois paradoxaux pour certaines institutions de prévoyance de droit public. Ainsi, le Grand Conseil genevois a pris prétexte de la LPP pour adopter une loi remplaçant la gestion majoritaire, prévue par les statuts de la Caisse de prévoyance des établissements hospitaliers genevois, par la gestion paritaire[11].

c) L'affiliation et la désaffiliation à une institution de prévoyance

1. Dans le cadre du régime légal, tout employeur occupant des salariés est soumis à l'assurance obligatoire de conclure un contrat - ou convention - d'affiliation[12] avec une institution de prévoyance enregistrée[13]. S'il n'est pas encore affilié à une institution de prévoyance, l'employeur est tenu d'en choisir une *"d'entente avec son personnel"*[14].

---

7 PFITZMANN, *ibid.*, p. 236.
8 Art. 66 al. 2 LPP.
9 Art. 69 LPP.
10 SCHWARZENBACH-HANHART, *ibid.*, p. 230-231.
11 Arrêt du Tribunal fédéral du 10 décembre 1986, publié dans *SZS* 1987, p. 299-304.
12 Voir également le Chapitre 14, litt. d, ch. vi), sur le rapport d'affiliation.
13 Art. 11 al. 1 LPP.
14 Art. 11 al. 2 LPP.

Faute d'entente, l'institution de prévoyance doit être choisie par un arbitre neutre, désigné soit d'un commun accord, soit, à défaut, par l'autorité de surveillance[15].

2. Cette disposition a eu son importance lors de l'entrée en vigueur de la LPP pour les salariés qui n'étaient pas déjà assurés auprès d'une institution de prévoyance professionnelle préexistante. L'employeur pouvait en effet être provisoirement affilié à une institution de prévoyance jusqu'au 31 décembre 1987[16]. Pendant cette période transitoire, il pouvait quitter l'institution de prévoyance pour la fin d'une année civile, moyennant un délai de résiliation de six mois[17]. Par contre, le choix définitif de l'institution de prévoyance devait s'accomplir d'entente avec le personnel.

3. L'obligation garde sa signification en cas de changement d'affiliation auprès d'une institution de prévoyance[18] ou lors de la création d'une nouvelle entreprise. Dans ce cas, l'employeur doit choisir l'institution de prévoyance d'entente avec son personnel[19]. La loi accorde un droit collectif au personnel portant sur le choix de l'institution avec laquelle l'employeur conclut un contrat d'affiliation. La décision des salariés pourra être prise par leur représentation en matière de prévoyance professionnelle, quoique l'on puisse soutenir l'idée que la décision doit être prise collectivement par l'ensemble des salariés dans une procédure analogue à celle pour une élection[20]. La consultation de tous les salariés, et leur accord majoritaire, est en tout cas nécessaire là où aucune représentation n'a été élue. La décision pourra être prise par d'autres organes de représentation des salariés que ceux en matière de prévoyance professionnelle[21], à

---

15 Art. 11 al. 2, 2e phrase LPP.

16 Art. 94 LPP et 8 al. 2 OPP2.

17 Art. 8 al. 2 OPP2.

18 Voir à ce sujet le Chapitre 16, litt. i, relatif au changement d'affiliation à des institutions collectives ou communes.

19 BRÜHWILER: *Die betriebliche Personalvorsorge, op. cit.*, p. 386-387, nie cette lecture de l'art. 11 al. 2. Selon lui, cette disposition ne s'applique que si l'employeur décide de s'affilier à une fondation collective ou commune, l'affiliation à une fondation autonome liée à l'entreprise étant du seul ressort de l'employeur. Le raisonnement est erroné. L'art. 11 al. 2 LPP ("*Si l'employeur n'est pas encore affilié.*") s'applique justement à l'hypothèse de la création d'une nouvelle entreprise. Tant que l'employeur n'occupe pas de salariés, il ne peut s'affilier comme tel (art. 2, 11 al. 1 LPP). L'obligation de s'affilier suit la décision d'occuper des salariés: elle est simultanée au début des rapports de travail, ce qui n'est pas le cas de la décision de s'affilier, qui peut intervenir ultérieurement. D'où l'art. 11 al. 3 LPP qui prévoit l'effet rétroactif de l'affiliation.

20 *Le Message du Conseil fédéral du 19 décembre 1975, op. cit.*, p. 58, dit bien: "*Si l'employeur et son personnel ne peuvent se mettre d'accord.*"; *OFAS-BPP,* No 7 du 5 février 1988, p. 2-3: Participation des salariés lors de la dissolution du contrat d'affiliation (art. 11 al. 2 LPP).

21 BRÜHWILER: *Die betriebliche Personalvorsorge, op. cit.*, p. 386-387, estime que la décision du personnel pourrait être prise par une délégation librement élue des travailleurs, par l'application de l'art. 37 al. 4 de la Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (LT). Cette procédure ne s'applique pas en principe à la prévoyance professionnelle. Le contenu du règlement d'entreprise porte sur la protection de la santé, la prévention des accidents et sur l'ordre intérieur et le comportement des travailleurs dans l'entreprise (art. 38. al. 1 LT). Ce contenu peut être étendu, par convention, aux questions relevant du contrat de travail, si cette matière n'est pas réglée usuellement dans la branche par la voie des conventions

condition que ceux-ci en aient reçu le mandat. En outre, le droit à l'information devra être respecté: l'employeur fournira, avant le vote, les principales informations concernant les prestations et les structures de l'institution sur laquelle son choix se sera porté[22]. Il accordera les délais nécessaires au personnel pour qu'il puisse se déterminer valablement sur ces informations. Ceci permettra au personnel de proposer, le cas échéant, une alternative.

4. Afin de combler l'écart possible dans le temps entre l'obligation d'affiliation de l'employeur, qu'il doit exécuter immédiatement dès qu'il occupe des salariés, et la codécision sur le choix de l'institution, l'employeur soumettra son affiliation à la condition de l'acceptation de son choix par le personnel ou par l'autorité appelée à trancher en cas de désaccord, soit l'arbitre neutre nommé par les parties ou par l'autorité de surveillance. La loi prévoit l'effet rétroactif de l'affiliation précisément en raison de cet écart possible dans le temps[23]. L'institution de prévoyance enregistrée sera tenue d'admettre une telle condition en raison de sa soumission à la LPP[24]. L'employeur pourra également s'affilier à l'Institution supplétive, dans l'attente du choix d'une autre institution[25]. Sans doute, une telle approche peut-elle paraître pointilleuse. Mais l'expérience pratique montre que le choix d'une institution de prévoyance plutôt que d'une autre n'obéit pas nécessairement à des motifs de rationalité de la prévoyance, et que d'autres raisons peuvent exercer leur influence. D'où l'importance d'une procédure initiale claire et transparente afin d'éviter les incompréhensions ultérieures.

5. Que se passe-t-il en cas de dissolution du contrat d'affiliation ? La loi ne le précise pas. L'OFAS souligne avec raison que l'employeur doit s'entendre avec le personnel avant de notifier à l'institution de prévoyance la dissolution du contrat[26]. A défaut, l'employeur devrait se mettre d'accord avec le personnel avant la conclusion, mais serait ensuite entièrement libre de décider seul de la dissolution du contrat. Le droit de codécision serait ainsi vidé de son sens. L'OFAS estime qu'une décision collective du personnel n'est pas nécessaire, car *"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"*. Seule suffit une décision de l'organe paritaire, avec une information convenable par les représentants des salariés-bénéficiaires[27]. L'avis de l'OFAS a des justifications pratiques évidentes, même si l'on peut soutenir que la décision devrait être collective de la part de l'ensemble des salariés. Sa motivation est

---

collectives de travail (art. 48 al. 2 et 3 LT). Aussi convient-il que la délégation élue ait reçu le mandat exprès du choix de l'institution de prévoyance.

22 Directives sur l'obligation de renseigner, *op. cit.*, chiffre 2.

23 Art. 11 al. 3 LPP.

24 Art. 48 al. 1 LPP.

25 Art. 60 al. 2 litt. b LPP.

26 *OFAS-BPP*: Participation des salariés, *op. cit.*, p. 2; Instructions de l'OFAS concernant l'examen de la résiliation des contrats d'affiliation et de la réaffiliation de l'employeur, du 1er janvier 1993, *OFAS-BPP* No 24 du 23 décembre 1992 - voir le Chapitre 16, litt. i.

27 *OFAS-BPP, ibid.*, p. 3.

par contre curieuse. L'OFAS confond, en effet, la procédure collective de décision et la majorité nécessaire pour prendre la décision. Une procédure collective majoritaire n'impose aucunement une unanimité du personnel et elle a des avantages de transparence.

6. Les problèmes suscités par l'information des salariés ont d'ailleurs amené l'OFAS à adopter ses Instructions sur la désaffiliation et la réaffiliation auprès des institutions communes et collectives[28], car elle rencontrait des difficultés en tant qu'autorité de surveillance dans ces changements d'institutions. Si les salariés s'intéressaient davantage à leur prévoyance et aux décisions y relatives, grâce à une information donnée en temps utile, il est vraisemblable que ces difficultés seraient moindres.

d) La participation au Fonds de garantie et à l'Institution supplétive

1. Rappelons que le Fonds de garantie a pour tâche de verser des subsides aux institutions de prévoyance dont la structure d'âge est défavorable. Il garantit, en outre, les prestations légales dues par les institutions de prévoyance devenues insolvables[29]. L'Institution supplétive est chargée d'affilier d'office les employeurs qui ne se conforment pas à l'obligation de s'affilier à une institution de prévoyance[30]. Elle doit également affilier les employeurs qui en font la demande, admettre les personnes qui souhaitent se faire assurer à titre facultatif[31] et servir aux salariés et à leurs survivants les prestations auxquelles ils ont droit, même si l'employeur ne s'est pas encore affilié à une institution de prévoyance[32].

2. Ces deux institutions devaient être créées par les organisations faîtières des salariés et des employeurs[33], qui en auraient eu la responsabilité paritaire. Les conseils de fondation devaient se composer d'un nombre égal de représentants des employeurs et des salariés avec une représentation équitable du secteur public et pouvaient faire appel à un président neutre[34]. Ils se constituaient eux-mêmes pour établir les règlements sur l'organisation des fondations, surveiller la gestion de celles-ci, charger un bureau de révision indépendant du contrôle[35] et désigner un organe de direction pour gérer et représenter la fondation[36].

---

28 Voir le Chapitre 16, litt. i; *OFAS-BPP*, No 24 du 23 décembre 1992.
29 Art. 56 al. 1 LPP.
30 Art. 61 al. 2, litt. a LPP.
31 Art. 61 al. 2, litt. b et c LPP.
32 Art. 12 al. 2, 61 al. 2, litt. d LPP.
33 Art. 54 al. 1 LPP.
34 Art. 55 al. 1 LPP.
35 Art. 55 al. 3 LPP.
36 Art. 55 al. 4 LPP.

3. Entre la loi et son application, certaines difficultés ont surgi. La création de l'Institution supplétive n'a pas suscité de difficultés particulières. Elle a pu être érigée comme prévu par les organisations faîtières des salariés et des employeurs. Par contre, ces mêmes organisations n'ont pu s'entendre sur le Fonds de garantie, obligeant le Conseil fédéral à le créer, en vertu de son pouvoir réglementaire[37]. Le conseil de fondation du Fonds est composé 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 pas à ces milieux.

e) La Commission fédérale de la prévoyance professionnelle

1. La Commission est instituée par l'art. 85 LPP. Elle 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 a pour tâche de donner son avis au Conseil fédéral sur l'application et le développement de la prévoyance professionnelle.

2. Reprenant la formule choisie pour la Commission fédérale de l'AVS/AI[38], on peut se demander s'il n'aurait pas été opportun, et plus conforme à la structure de la prévoyance professionnelle de prévoir une représentation paritaire des employeurs et des assurés, disposant de la majorité qualifiée. Dans sa composition actuelle, la représentation des bénéficiaires et des employeurs ne dépasse pas celles de la Confédération, des cantons, de la science et de divers organismes privés gestionnaires des régimes complémentaires. La Commission joue un rôle non négligeable dans la préparation des révisions législatives concernant les régimes complémentaires.

---

37 Art. 54 al. 3 LPP; le Conseil fédéral a dû adopter deux ordonnances (OFG 1 et OFG 2), chacune avec son propre règlement d'application.

38 Art. 73 LAVS.

CHAPITRE 23

LES ORGANES DE LA GESTION PARITAIRE

a) Remarques introductives

1. L'analyse de la codécision proportionnelle aux contributions[1] a mis en évidence quelques problèmes dans la définition des structures internes devant être régies par la gestion paritaire, notamment en raison de l'existence de diverses caisses et de structures à deux étages. La LPP a résolu ces difficultés par le recours à deux critères de définition supplémentaires:

- le critère hiérarchique, *"le ou les organes supérieurs de l'institution de prévoyance"*[2],
- et le critère fonctionnel, *"les organes [...] appelés à établir les dispositions réglementaires ou à statuer sur le financement de l'institution et sur l'administration de la fortune"*[3].

Par ailleurs, le législateur a adjoint à l'organe de gestion paritaire un organe de contrôle et un expert en matière de prévoyance professionnelle[4]. Cela permet de distinguer les tâches de gestion et de contrôle, chacune assumant un rôle spécifique dans le cadre des fonctions de prévention et de protection inhérentes à la gestion décentralisée et non étatique de la prévoyance professionnelle.

2. D'autres questions ont été laissées à la pratique. Ainsi, l'organe de gestion paritaire ne pouvant assumer l'ensemble des décisions et leur exécution, la question de l'étendue possible de la délégation des tâches n'a pas été précisée. La loi n'a pas non plus réglé explicitement la gestion paritaire au sein des fondations communes et collectives[5].

La gestion paritaire tient en un seul article de loi. Aucune disposition d'application n'a été adoptée. Le législateur a voulu ainsi consacrer un droit dont le carcan légal soit le plus mince possible. C'est donc à la pratique d'explorer le contenu de ce droit afin d'en dessiner les traits.

---

1 Voir le Chapitre 20.
2 *Message LPP, op. cit.*, p. 56.
3 Art. 51 al. 1 LPP.
4 Art. 53 LPP.
5 Voir les Chapitre 14, litt. d, ch. i); Chapitre 16, litt. i; ce Chapitre 23, litt. f.

b) L'organe supérieur et ses compétences

1. L'organe supérieur est celui qui est *"appelé à jouer un rôle décisif pour l'institution de prévoyance"*[6]. Il faut entendre par là l'organe habilité à prendre la décision ultime ou définitive sur les questions les plus importantes: élaboration et modification du règlement, décisions au sujet du financement ou de l'administration de la fortune[7]. Afin de ne pas restreindre le droit de codécision à un droit de consultation, l'organe paritaire ne doit pas être soumis à un autre organe non paritaire qui disposerait des compétences prévues à l'art 51 LPP[8].

2. Les différentes caisses qui peuvent exister au sein de l'institution de prévoyance sont soumises à l'organe paritaire. Ainsi, l'employeur ne pourra pas disposer unilatéralement de sa réserve de contributions[9], l'organe paritaire devant veiller à ce qu'elle soit utilisée conformément à son but[10]. Il en va de même pour les fonds libres, qui seront généralement affectés à des mesures spéciales, conformes au but de prévoyance tel qu'il est précisé par le règlement de l'institution, comme la compensation du renchérissement, l'amélioration des prestations pour la génération d'entrée, le rachat d'années de contributions lors d'une élévation générale du niveau des prestations, des prestations de secours dans des cas individuels, etc.[11]. La Conférence des autorités cantonales de surveillance des fondations souligne les exigences légales: *"Les prestations purement "bénévoles" prélevées sur les fonds libres de la fondation doivent être assimilées à la "prévoyance étendue" au sens de l'art. 49 al. 2 CCS. En conséquence, pour une fondation de prévoyance enregistrée, une séparation de la partie réglementaire et la gestion isolée d'un fonds de bienfaisance n'est pas conforme à la loi. L'organe supérieur d'une telle institution "mixte" doit être composé paritairement. Ce point de vue est conforme à l'art. 51 al. 1 LPP car l'administration de la fortune attribuée à la gestion paritaire s'étend bien à l'ensemble de la fortune d'une institution de prévoyance."*[12]

c) L'organe supérieur et le pouvoir réglementaire

1. Le pouvoir réglementaire est une fonction essentielle. Les régimes complémentaires sont régis par deux sources de droit: le droit public (fédéral et souvent cantonal) et le droit autonome édicté par l'institution, l'acte et le règlement de la fondation. Le droit

---

6 *Message LPP, op. cit.*, p. 56.

7 RIEMER: «La gestion paritaire», *op. cit.*, p. 151; *ABVS-Seminar 1985*, p. 32.

8 *ABVS-Seminar, ibid.*, p. 32; RIEMER: *ibid.*, p. 151; BRÜHWILER: *Die betriebliche Personalvorsorge, op. cit.*, p. 370.

9 Art. 331 al. 3 CO.

10 AUBERT: *Problèmes soulevés par la gestion paritaire, op. cit.*, p. 4.

11 HELBLING, *op. cit.*, p. 426-428; BRÜHWILER, *ibid*, p. 221.

12 Communication de la Conférence des autorités cantonales de surveillance des fondations: «Points essentiels concernant la gestion paritaire», *SZS* 1985, p. 278.

civil fédéral régit notamment les fondations de prévoyance non enregistrées[13] ; il est complété, ou remplacé pour les institutions de prévoyance enregistrées, par les dispositions de la LPP. Le droit fédéral fait également l'objet de dispositions cantonales d'application.

2. L'institution de prévoyance privée adoptera généralement la structure de la fondation créée par l'acte de fondation qui est un acte authentique[14]. La fondation est un ensemble de biens affectés par un acte unilatéral, d'une manière exclusive et irrévocable, à un but spécial[15]. L'acte doit contenir les trois éléments essentiels à la création d'une fondation: la volonté du fondateur, l'affectation initiale de biens et les éléments de base du but de la fondation[16]. Il n'est pas nécessaire que l'acte contienne d'autres indications. Cela a son importance, car la loi soumet les modifications de l'acte à des conditions très restrictives, la fondation n'étant pas une société dont les statuts sont l'expression dynamique et changeante de la volonté de ses membres ou associés. Ainsi s'expliquent les compétences étendues de l'autorité de surveillance, qui doit prendre les mesures nécessaires pour assurer l'organisation de la fondation[17], et veiller à ce que les biens de la fondation soient employés conformément à leur destination[18]. L'autorité cantonale compétente, distincte de l'autorité de surveillance, ou le Conseil fédéral, si la fondation relève de la Confédération, ont la compétence exclusive pour modifier l'organisation et le but de la fondation, si les conditions prévues par la loi sont remplies[19]. Enfin, l'autorité de surveillance exerce un pouvoir important lors de la dissolution de la fondation, l'actif devant être réparti selon un plan approuvé par l'autorité de surveillance[20]. Le pouvoir du conseil de fondation est limité par l'acte de fondation, qu'il ne peut modifier lui-même, sauf à susciter une procédure administrative soumise à des conditions légales restrictives.

3. La pratique a résolu le problème de la rigidité juridique de la fondation en accordant une place importante au règlement de la fondation. Le règlement contient les dispositions d'application de l'acte de fondation. Il n'est pas soumis à la forme authentique, la forme écrite suffisant, mais sa promulgation doit être expressément réservée dans l'acte de fondation[21]. Ainsi, il a été admis assez rapidement que les dispositions d'organisation[22] ne devaient pas nécessairement figurer dans l'acte de fondation, pour autant que ce dernier inclue une disposition renvoyant l'organisation au

---

13 Art. 80 à 89bis CCS.
14 Art. 80 CCS.
15 KRAFFT Jean-Louis: *Les fonds de prévoyance et la théorie générale des fondations,* 1956, p. 49.
16 RIEMER: *Die Siftungen,* Commentaire, *op. cit.*, p. 649.
17 Art. 83 CCS et 61 LPP.
18 Art. 84 al. 2 CCS et 62 al. 2 LPP.
19 Art. 85/86 CCS et 62 al. 2 LPP.
20 Art. 88/89 CCS.
21 RIEMER: *Die Stiftungen,* Commentaire, *op. cit.*, p. 649.
22 Art. 83 CCS.

règlement de la fondation[23]. De manière générale, le règlement peut contenir toutes les dispositions applicables à la fondation, à l'exception des éléments essentiels de l'acte de fondation, notamment la description détaillée des buts, toutes les dispositions relatives à l'organisation, à la désignation du siège et du nom, au placement de la fortune et à la liquidation[24]. Dans l'institution autonome, le règlement définira également les droits des bénéficiaires, notamment les conditions d'affiliation à la fondation, le cercle des assurés, le début et la fin de la prévoyance, les prestations, et contiendra les règles relatives à la cogestion paritaire.

4. L'importance du règlement, qui doit toujours se conformer au but de la fondation, réside dans la facilité de son adoption et de sa modification[25]. En effet, il n'est pas soumis aux prescriptions des art. 85 et 86 CCS, soumettant à autorisation administrative la modification des dispositions d'organisation et les buts de l'acte de fondation. Il confère ainsi une grande faculté d'adaptation. L'autorité de surveillance a pour seul devoir d'exiger du conseil de fondation qu'il lui donne connaissance du règlement et de ses modifications. Elle vérifie que les modifications ont été adoptées conformément à la procédure prévue par le règlement, et qu'elles ne contreviennent pas au droit impératif et à l'acte. L'autorité contrôle uniquement la légalité du règlement et non l'exercice du pouvoir d'appréciation par le conseil de fondation, l'excès ou l'abus de ce pouvoir étant toutefois assimilé à une violation de la loi.

5. L'accord de l'autorité de surveillance n'a pas d'effet constitutif sur la validité du règlement[26]. Si celui-ci n'est pas conforme, l'autorité de surveillance le retournera au conseil de fondation, accompagné de directives pour sa modification. Le règlement et ses modifications ultérieures doivent être adressés au Registre du commerce[27].

d) L'organe supérieur et les décisions sur le financement

i) Remarques générales

Ces décisions sont importantes, car l'institution de prévoyance doit offrir en tout temps la garantie qu'elle peut remplir ses engagements. Le système de contributions et le financement des prestations doivent être organisés de telle manière que les prestations prévues par la loi - ou le règlement - puissent être fournies dès qu'elles sont exigibles[28]. Les décisions sur le financement sont nombreuses. On citera, à titre d'exemple pour le régime obligatoire, la répartition des contributions entre employeur

---

23 RIEMER: *Die Stiftungen,* Commentaire, *op. cit.*, p. 500.
24 *Ibid.*, p. 649.
25 *Ibid.*, p. 649-650.
26 *Ibid.*, p. 650.
27 Art. 101/102 de l'Ordonnance du 7 juin 1937 sur le Registre du commerce (ORC).
28 Art. 65 al. 1 et 2 LPP.

et salariés[29], la décision de l'institution de prévoyance d'assurer elle-même les éventualités de l'invalidité et du décès[30], le principe du bilan en caisse fermée[31], à savoir que l'équilibre financier doit se baser sur l'effectif existant des assurés et des rentiers et non sur une prévision de l'évolution future de ces deux catégories, et, enfin, les mesures spéciales en faveur de la génération d'entrée et l'adaptation des rentes en cours d'évolution[32]. Toutes ces décisions visent à assurer la sécurité et la solidité financière du régime[33].

ii) Les rapports avec l'expert en prévoyance professionnelle

1. La gestion paritaire ne porte que sur la *"gestion"* de l'institution et non sur son *"contrôle"*[34], qui relève de l'organe de contrôle[35] et de l'expert agréé en matière de prévoyance professionnelle[36]. Celui-ci doit déterminer périodiquement - tous les trois à cinq ans[37] - si l'institution de prévoyance offre en tout temps la garantie qu'elle peut remplir ses engagements, et si les dispositions réglementaires de nature actuarielle et relatives aux prestations et au financement sont conformes aux prescriptions légales[38]. Par conséquent, l'expert a un rôle dans les décisions relatives au financement. Il est nommé, dans le cadre d'un contrat de mandat, par l'organe de cogestion paritaire[39]. Le Conseil fédéral a fixé les conditions auxquelles l'expert doit répondre, de manière à garantir qu'il exerce ses fonctions convenablement[40].

2. La principale de ces conditions est l'indépendance de l'expert: il ne doit pas être soumis aux directives de personnes responsables de la gestion ou de l'administration de l'institution de prévoyance[41]. Selon l'OFAS, le rôle essentiel de l'expert consiste à donner un avis sur des problèmes techniques d'ordre actuariel ou concernant un cas individuel. Il ne saurait se soumettre à des instructions qui pourraient porter atteinte à l'objectivité de son jugement[42]. L'indépendance doit éviter la concentration du pouvoir autour de la partie économiquement la plus forte dans la cogestion paritaire, à savoir l'employeur, car cela pourrait porter atteinte au but de prévoyance. L'expert exerce ainsi une fonction de prévention[43].

---

29 Art. 66 LPP.
30 Art. 67 LPP.
31 Art. 69 LPP.
32 Art. 70 LPP.
33 Voir le Chapitre 16.
34 RIEMER: «La gestion paritaire», *op. cit.*, p. 151.
35 Art. 53 al. 1 LPP.
36 Art. 53 al. 2 LPP.
37 HELBLING, *op. cit.*, p. 361.
38 Art. 53 al. 2, litt. a et b LPP.
39 RIEMER: *Das Recht der beruflichen Vorsorge, op. cit.*, p. 71.
40 Art. 53 al. 4 LPP.
41 Art. 40 OPP2.
42 *OFAS-BPP*, No 7, du 5 février 1988, p. 15.
43 BRÜHWILER: *Die betriebliche Personalvorsorge, op. cit.*, p. 409.

3. L'expert est-il un organe de l'institution de prévoyance, au sens de l'art. 55 al. 1 CCS ? En d'autres termes, oblige-t-il l'institution par ses actes juridiques[44], en sus de sa responsabilité personnelle[45], en commettant une faute[46]. Hans Michael RIEMER estime que tel est le cas, car l'expert est inclus parmi les dispositions d'"*organisation*" de l'institution de prévoyance[47]. En outre, il est mis sur le même pied que les membres de l'organe de cogestion paritaire, pour ce qui a trait à sa responsabilité envers l'institution de prévoyance[48]. La doctrine est divisée sur ce chapitre[49], l'argument essentiel opposé à une telle qualification étant sa fonction d'appui aux décisions de l'organe paritaire, l'expert n'ayant aucun pouvoir décisionnel propre. La qualité d'organe, au sens de l'art. 55 CCS, revient aux personnes qui agissent de manière externe pour la société. La qualité d'organe leur est attribuée par la loi et les statuts. Toutefois, la complexité et la taille des personnes morales actuelles n'autorisent plus une définition formelle de la qualité d'organe. Doit être considéré comme organe celui qui participe effectivement et de manière décisive à la formation de la volonté sociale, dans la mesure où il dispose de compétences décisionnelles propres dans un domaine essentiel de la personne morale[50]. Or la complexité du système de la prévoyance professionnelle rend les membres de l'organe paritaire dépendants, à de nombreux égards, des spécialistes extérieurs, que ce soit l'organe de contrôle ou l'expert agréé. Ces spécialistes exercent indiscutablement un poids important sur toutes les décisions de l'institution de prévoyance[51], limitant de fait le pouvoir de décision de l'organe paritaire. L'importance des fonctions attribuées à l'expert est illustrée par la reconnaissance à laquelle il doit se soumettre[52], qui présuppose, en principe, l'obtention d'un diplôme d'expert en assurances sociales. L'expert dispose non seulement d'un pouvoir de fait pour influencer les décisions de l'institution de prévoyance; il a également un pouvoir juridique autonome, dans la mesure où il est tenu d'informer immédiatement l'autorité de surveillance si la situation de l'institution de prévoyance l'exige[53]. Il peut donc - et doit - provoquer l'intervention de l'autorité s'il estime que l'institution, par ses décisions, sort du tracé de la loi. Son indépendance, son

---

44 Art. 55 al. 2 CCS.

45 Art. 52 LPP.

46 Art. 55 al. 3 CCS.

47 Art. 48ss LPP.

48 Art. 52 LPP.

49 RIEMER: *Das Recht der beruflichen Vorsorge, op. cit.*, p. 72; LANTER: *Die Verantwortlichkeit von Stiftungsorganen, op. cit.*, p. 35-37, inclut l'expert et l'organe de contrôle parmi les organes de la fondation, sans entrer en matière sur leur responsabilité, car cela sort du cadre de son étude; LÜTHY-ROHRBACH Katharina: «Die Verantwortlichkeit in der beruflichen Vorsorgestiftung», *IST-Schriftenreihe,* 1987, No 15, p. 120-121, ne se prononce pas sur la qualité d'organe, mais admet un devoir de diligence élevé. *Contra* BRÜHWILER: *Die betriebliche Personalvorsorge, op. cit.*, p. 413-414; VIELI Diego: *Die Kontrolle der Stiftungen, insbesondere der Personal-vorsorgestiftung,* 1985, p. 37-38.

50 MEIER-HAYOZ Arthur /FORSTMOOSER Peter: *Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts,* 1989, p. 27-28.

51 BRÜHWILER: *Die betriebliche Personalvorsorge, op. cit.*, p. 598.

52 Art. 33 al. 1 OPP2.

53 Art. 41 OPP2.

pouvoir de décision et son statut légal sont les raisons qui pourraient justifier, le cas échéant, l'octroi de la qualité d'organe à l'expert agréé. Cela signifierait la mise sur pied d'égalité, sous l'angle de la responsabilité civile, des pouvoirs de gestion et de contrôle dans l'institution de prévoyance. Reste à savoir si une telle égalité est souhaitable. La question est difficile à trancher. Une telle égalité peut entraîner l'effet pervers d'une atteinte supplémentaire à la substance du pouvoir décisionnel de l'organe paritaire. La tentation de reconnaître la qualité d'organe à l'expert sera par contre d'autant plus grande lorsque celui-ci aura joué un rôle majeur dans des décisions erronées entraînant un dommage pour l'institution de prévoyance et ses bénéficiaires.

e) L'organe supérieur et l'administration de la fortune

i) Remarques générales

1. L'administration de la fortune est une fonction centrale[54], fondée sur l'exigence prioritaire de la sécurité. Celle-ci ne doit pas conduire à penser que les risques soient exclus. A l'instar de tout système financier, la capitalisation propre à la prévoyance professionnelle comporte des risques qui lui sont inhérents. Sa particularité est de conjuguer le risque et la sécurité, l'aléatoire et la sûreté dans une perspective à long terme de l'économie marchande. Or, l'un des risques du système est sa sensibilité à l'inflation. Il n'échappe pas, non plus, complètement au risque démographique[55]. Dès lors, la stratégie de placements d'une institution de prévoyance doit viser en permanence à assurer la substance de la fortune, ce qui implique la prise de risques calculés selon des stratégies complexes qui ne relèvent pas de l'art du droit[56].

2. C'est ici qu'interviennent la liberté et l'autonomie de l'institution de prévoyance, consacrées par la loi[57], et qui lui permettent d'adopter, dans les limites de la loi, le régime de prestations, le mode de financement et l'organisation qui lui conviennent. Une telle liberté entraîne aujourd'hui une multitude de possibilités tant en ce qui concerne la stratégie que le choix des placements, même à l'intérieur des normes actuelles[58], et qui sont encore augmentées par l'existence d'un marché financier européen de plus en plus unifié. Face à ces développements, la surveillance des choix de placements par les organes de contrôle des institutions et par les autorités devient plus difficile. Il en résulte des responsabilités nouvelles pour les institutions et leurs

---

54 Voir le Chapitre 16, litt. c, consacré à la sécurité des placements.

55 Voir le Chapitre 9, litt. c.

56 Voir à ce sujet les ouvrages de LUSENTI: *Les institutions de prévoyance en Suisse, au Royaume-uni et en Allemagne fédérale, op. cit.*, 1989 et de HEPP Stefan W.: *The Swiss pension funds, op. cit.*, 1990.

57 Art. 49 al. 1 et 65 LPP.

58 Pour la présentation détaillée de ces normes, voir FURRER Ivo: *Die Vermögensanlage-vorschriften gemäss BVG und BVV 2, op. cit.*, p. 51-152.

organes, lorsque ceux-ci décident des placements de manière autonome[59]. Ces responsabilités, notamment en ce qui concerne les devoirs de fidélité et de diligence, sont examinées plus loin, notamment en ce qui concerne la délégation des tâches à des gérants soit internes, soit externes[60].

ii) Les rapports avec l'organe de contrôle

1. Le pouvoir d'administration de la fortune est limité par les pouvoirs de l'organe de contrôle, qui est nommé par l'organe de gestion paritaire pour vérifier chaque année la gestion, les comptes et les placements[61]. Comme pour l'expert, le Conseil fédéral a fixé les conditions auxquelles l'organe de contrôle doit satisfaire de manière à garantir qu'il exerce ses fonctions convenablement[62], l'une des plus importantes étant son indépendance à l'égard de l'institution de prévoyance et, en particulier, de l'employeur. En outre, l'organe de contrôle doit répondre à des critères de qualification personnelle[63]. L'indépendance est définie de manière beaucoup plus stricte encore que pour l'expert[64]. L'organe de contrôle ne doit pas être lié aux instructions des personnes responsables de la gestion ou de l'administration de l'institution de prévoyance[65], de l'entreprise qui lui est proche[66], des organes dirigeants de l'association, s'il s'agit d'une institution de prévoyance d'association[67], et, enfin, du fondateur, s'il s'agit d'une fondation[68].

2. Selon l'OFAS, l'indépendance doit être garantie sur trois points[69]. L'indépendance doit être tout d'abord personnelle: les directeurs, fondés de pouvoir et autres membres de la direction ne peuvent cumuler une fonction dans l'organe de contrôle et dans l'institution à contrôler ou dans l'entreprise liée à celle-ci. Il est interdit de siéger à la fois à l'organe de contrôle et au conseil de fondation, voire à la direction de l'entreprise[70].

L'indépendance est ensuite juridique: l'organe de contrôle ne doit avoir - à l'exception de son mandat - aucun lien juridique direct ou indirect avec l'institution de prévoyance. A titre d'exemple, l'OFAS cite la personne morale ou physique, juridiquement dépendante, qui contrôle, en qualité de bureau de révision interne d'un fondateur, d'une

---

59 Ce qui n'est généralement pas le cas dans les fondations collectives créées par les banques et assurances privées.

60 Voir le Chapitre 25 sur les devoirs de fidélité et de diligence et la délégation de tâches.

61 Art. 53 al. 1 LPP.

62 Art. 53 al. 4 LPP.

63 Art. 33 OPP2.

64 Art. 34 OPP2.

65 Art. 34 litt. a OPP2.

66 Art. 34 litt. b OPP2.

67 Art. 34 litt. c OPP2.

68 Art. 34 litt. d OPP2.

69 *OFAS-BPP*, No 7 du 5 février 1988, p. 11-15.

70 *OFAS-BPP, ibid.*, p. 11.

association ou d'une entreprise, l'institution de prévoyance[71]. Ceci vaut tout particulièrement pour les personnes liées par un contrat de travail à l'employeur, envers lequel elles sont tenues à un devoir de fidélité[72] et de respect de ses directives[73]. Le conflit peut apparaître si, lors de ses vérifications, l'organe de contrôle constate des irrégularités, imputables par exemple à l'employeur (retard dans le paiement des contributions). Si les irrégularités ne sont pas réparées dans le délai qu'il aura imparti, l'organe de contrôle doit informer l'autorité de surveillance de la situation[74]. Ce devoir peut entrer en conflit avec le devoir de fidélité envers l'employeur, qui, selon l'expérience de la vie, prévaudra. L'OFAS précise que l'existence de *"principes directeurs"* internes à l'entreprise, modifiables à l'insu de l'autorité de surveillance, ne garantissent pas l'objectivité du contrôle[75].

Enfin, l'indépendance est économique. Ce critère est le plus malaisé à cerner. L'OFAS souligne la difficulté d'établir la dépendance économique, compte tenu des liens étroits qui unissent de nombreuses sociétés, associations et autres entreprises[76]. Ces influences économiques sont difficiles à déceler et mettent en question l'efficacité du système de contrôle de la prévoyance professionnelle obligatoire. Il faut tenir compte de toutes les relations économiques qui peuvent intervenir, notamment des mandats permanents de longue durée. La sécurité et le bon usage des ressources de la prévoyance professionnelle peuvent être contrecarrés par l'influence économique sur l'organe de contrôle de l'employeur-fondateur, des consortiums, des cartels ou des associations.

3. L'organe de contrôle a-t-il qualité d'organe au sens des art. 55 CCS et 56 al. 1 lettre b LPP[77] ? La question est la même que pour l'expert[78]. Carl HELBLING souligne que les exigences formulées par la LPP vont largement au-delà de celles fixées par la loi pour l'organe de contrôle de la société anonyme. On ne saurait donc comparer les deux institutions. La prévoyance professionnelle doit gérer une fortune à long terme, qui doit être à disposition lors de la réalisation de l'éventualité. La qualité des vérifications permet de maintenir une surveillance étatique simplifiée[79]. L'organe de contrôle dispose d'un pouvoir de décision encore plus important que celui de l'expert. Si, lors de ses vérifications, il constate des irrégularités, il doit impartir à l'institution de

---

71 *OFAS-BPP, ibid.*, p. 12.

72 Art. 321a al. 1 CO.

73 Art. 321d CO.

74 Art. 36 al. 2 OPP2.

75 *OFAS-BPP, ibid.*, p. 12.

76 *OFAS-BPP, ibid.*, p. 13.

77 Voir les remarques à ce Chapitre 23, litt. d, ch. ii), relatives à la qualité d'organe de l'expert. A quoi on peut ajouter que l'organe de contrôle est responsable s'il néglige ou omet d'exiger de l'employeur les renseignements dont il a besoin pour accomplir sa tâche (art. 10, 2e phrase OPP2).

78 Voir ce Chapitre 23, litt. d, ch. ii).

79 HELBLING, *op. cit.*, p. 335; *contra* BRÜHWILER, *ibid.*, p. 414, qui, de la comparaison, conclut à l'absence de qualité d'organe, au sens de l'art. 55 CCS. L'importance accrue de l'organe de contrôle est relevée par le *Message LPP, op. cit.*, p. 62.

prévoyance un délai approprié pour régulariser la situation[80]. Si ce délai n'est pas observé, il en informera l'autorité de surveillance[81]. En outre, il est tenu d'informer immédiatement et directement l'autorité de surveillance, si la situation de l'institution de prévoyance exige une intervention rapide ou si son mandat prend fin[82]. Ici également on peut se demander dans quelle mesure l'attribution de la qualité d'organe se justifie[83]. En tout état de cause, le choix de l'organe de contrôle est une décision importante de l'organe de gestion paritaire, qui doit, dès l'attribution du mandat, vérifier les conditions de son indépendance. Une vérification insuffisante peut entraîner, en cas de dommage causé à l'institution de prévoyance, la responsabilité des membres du conseil de fondation[84].

f) L'organe supérieur dans les institutions collectives et communes

i) Introduction

Nous avons déjà souligné à plusieurs reprises l'impact de ces institutions dans le cadre de la prévoyance professionnelle, et qui ne font l'objet que d'une codification limitée[85]. Leur taille et leurs spécificités susciteront sans doute encore de nombreuses réflexions, dont celles sur les pouvoirs de décision en leur sein.

ii) L'organe supérieur dans l'institution commune

1. La distinction essentielle entre l'institution commune et la collective a trait à leur structure interne[86]. Dans l'institution commune, communément appelée fondation, l'employeur s'affilie à une structure, un plan de prévoyance et un financement communs pour tous les employeurs affiliés. Dans la plupart des cas, il s'agit d'une structure liée à une branche économique ou à un groupe d'entreprises liées entre elles. Il n'y a donc pas d'institution de prévoyance qui soit particulière à l'entreprise individuelle. La centralisation de la prévoyance implique, dès lors, une centralisation de la gestion paritaire dans le conseil de fondation qui gère l'ensemble.

2. Les salariés-bénéficiaires sont obligatoirement représentés au conseil de fondation, sous une forme ou sous une autre[87], car il n'y a pas d'autres structures internes de codécision. Le principe de la représentation pose moins de problèmes pratiques, vu le

---

80 Art. 36 al. 2 OPP2.
81 Art. 36 al. 2 OPP2.
82 Art. 36 al. 3 OPP2.
83 Voir les conclusions de ce Chapitre 24, litt. d, ch. ii).
84 *OFAS-BPP*, No 7, *op. cit.*, p. 14.
85 Voir le Chapitre 14, litt. d, ch. i), Chapitre 14, litt. g, ch. i), Chapitre 16, litt. i.
86 Voir le Chapitre 14, litt. d, ch. i).
87 Art. 51 al. 3 LPP.

nombre défini d'entreprises affiliées[88]. En outre, vu sa taille économique, l'institution commune sera souvent entièrement autonome, assurera elle-même l'essentiel des éventualités, de même que la gestion de la fortune. Le conseil de fondation ne se verra pas limité dans ses compétences de gestion, même si les problèmes liés à la délégation des compétences et à l'inégalité entre salariés et employeurs peuvent subsister[89], atténués parfois par la nomination de représentants du syndicat de salariés dominant de la branche au conseil de fondation[90]. Enfin, la fondation commune pourra affecter de manière transparente toutes ses ressources à l'assurance des prestations.

iii) Les structures des institutions collectives

1. L'institution, ou fondation collective se distingue par le fait qu'elle gère la prévoyance de manière séparée pour chaque entreprise affiliée, avec une comptabilité et des comptes annuels individualisés. L'instrument de la prévoyance sera généralement une assurance collective (de groupe) couvrant les trois éventualités de la prévoyance professionnelle et conclue entre l'institution et l'entreprise fondatrice, lorsqu'il s'agit d'une assurance-vie. Les grandes sociétés d'assurance-vie dominent, en effet, actuellement le secteur des fondations collectives de prévoyance professionnelle enregistrées. Elles étaient sans doute les mieux préparées à l'application de l'assurance obligatoire pour un grand nombre d'entreprises. Mais la fondation collective peut également être créée par un institut bancaire, dans quel cas elle assumera les prestations de vieillesse sous la forme de l'épargne en réassurant les prestations d'invalidité et de décès auprès d'une compagnie d'assurance.

2. Il n'existe pas, à ce jour, d'enquête précise et détaillée sur le fonctionnement et la structuration juridique des fondations collectives à la lumière des principes d'organisation introduits par la LPP. Nous nous bornerons donc à quelques indications[91]. Les traits caractéristiques de la fondation créée par une compagnie d'assurances privée sont les suivants:

- le fondateur est une compagnie d'assurances, qui nomme le conseil de fondation, composé dans la majorité des cas exclusivement de ses propres cadres, qui assument la représentation des employeurs;
- la fondation transfère l'administration, la couverture des risques et l'activité de placement à la compagnie d'assurances, dans le cadre d'un contrat d'assurance

---

88 BEURRET-FLÜCK: «Die Aufsicht über Sammel- und Gemeinschaftsstiftungen», *Prévoyance professionnelle suisse, op. cit.*, p. 211.

89 Voir le Chapitre 24.

90 FEHLMANN: «Sammel- und Gemeinschaftsstiftungen als Hauptträger der beruflichen Vorsorge», *op. cit.*, p. 82.

91 Essentiellement les deux articles déjà cités publiés par FEHLMANN et BEURRET-FLÜCK; voir également *PREVOYANCE ET ENTREPRISE*/Magazine d'information de la "Winterthur-Vie": Institutions de prévoyance collectives et communes, 1/91, en prenant soin de noter que la traduction française de cet article a par mégarde interverti les termes: collective signifie commune et inversement.

cadre soumis à la loi sur le contrat d'assurance (LCA). Ce contrat prévoit, généralement, un choix entre plusieurs catégories de règlements lors de l'affiliation;

- les cadres de la compagnie d'assurances se trouvent souvent affectés à une double fonction: administrer la compagnie d'assurances et la fondation;
- le contrat, ou convention d'affiliation avec un employeur individuel reprend, de manière précise, les dispositions du contrat d'assurance cadre entre la fondation et la société d'assurances. Il contient l'essentiel des dispositions réglementaires et n'est pas soumis aux conditions de la loi sur le contrat d'assurance. Il s'agit d'un contrat *sui generis* dit "*d'adhésion*", l'employeur qui contracte avec son personnel devant pour l'essentiel adhérer aux termes du contrat proposé;
- chaque affiliation entraîne la création d'une caisse de prévoyance pour chaque entreprise individuelle, gérée par un comité de caisse paritaire. Les pouvoirs de décision de ce comité portent sur le choix de la catégorie de règlement, c'est-à-dire le niveau de la prévoyance[92], la dissolution du contrat d'affiliation[93], l'attribution des prestations relevant de son pouvoir d'appréciation (fonds librement disponibles constitués par les excédents d'exercice et les gains de mutation, les prestations de secours), et quelques tâches administratives de contrôle. Il n'y a aucun pouvoir de décision sur la gestion de la fortune;
- le droit à l'information des membres du comité de caisse est limité: ils ne peuvent prendre connaissance du montant global des salaires assurés[94]. La société d'assurances n'est, par contre, pas en mesure de vérifier que chaque salarié assuré d'une entreprise affiliée est effectivement annoncé;
- l'activité de l'expert n'a qu'une importance formelle, car toutes les éventualités sont couvertes par un contrat d'assurance conclu avec la société d'assurances, qui est, elle, soumise à la surveillance étatique en vertu de la LSA;
- l'organe de contrôle se bornera, pour l'essentiel, à vérifier l'administration des contrats d'affiliation à la fondation par la société d'assurances;
- les fondations collectives connaissent des problèmes administratifs importants, notamment pour le paiement des prestations de libre-passage et l'encaissement des contributions.

---

92 Pour les entreprises d'une certaine taille, il arrive que la compagnie d'assurance accepte un règlement largement individualisé. La pratique admet également qu'une autre compagnie d'assurance soit admise à participer au contrat d'affiliation.

93 Voir les Chapitre 16, litt. i; Chapitre 22, litt. c, sur la question de la résiliation du contrat d'affiliation.

94 Une telle pratique, également répandue dans les fondations de prévoyance autonomes, est un obstacle à l'exercice des fonctions de prévention par les représentants des salariés. Elle est d'autant plus problématique que, dans la fondation collective, l'organe de contrôle peut difficilement vérifier l'affiliation effective des salariés soumis à l'assurance obligatoire.

3. Les fondations collectives créées par les banques sont structurées de manière relativement semblable. Différente est l'assurance des éventualités de l'invalidité et du décès qui seront confiés à une société d'assurances, dans le cadre d'un contrat d'assurance séparé conclu directement avec l'employeur. Le contrat de base entre la fondation et la banque portera donc essentiellement sur un mandat de gestion de la fortune constituée par les avoirs de vieillesse, que l'employeur ratifiera obligatoirement lors de la signature du contrat d'affiliation.

iv) L'organe supérieur dans les institutions collectives

1. La codification de la gestion paritaire est fondée sur le schéma des structures dans la fondation de prévoyance classique, où le conseil de fondation était formé exclusivement par l'employeur, avec un droit de participation des salariés-bénéficiaires aux caisses subordonnées qui reçoivent leurs contributions[95]. La LPP a mis fin à la possibilité d'une telle structure dans l'institution de prévoyance enregistrée. La renonciation à une telle hiérarchie des fonctions était donc novatrice, mais la réalité s'est chargée de la rendre souvent inopérante dans les institutions collectives.

2. La loi a prévu que les salariés devaient désigner leurs représentants directement, mais que si cela ne pouvait être le cas en raison de la structure de l'institution de prévoyance, l'autorité de surveillance peut admettre un autre mode de représentation[96]. Le Conseil fédéral indiquait à ce sujet: *"Dans les grandes institutions d'association et dans les fondations collectives, qui groupent des employeurs disséminés dans toute la Suisse, il serait pratiquement impossible, pour des raisons d'organisation, de procéder à des élections. C'est pourquoi, dans ce cas-là, l'autorité de surveillance peut autoriser un autre mode de représentation des assurés. Le projet de loi laisse ouverte la question de la nomination, en tant que représentants des assurés ou des employeurs, de personnes n'appartenant pas à l'une ou l'autre des entreprises intéressées."*[97]. La règle vise bien ainsi le mode de représentation et non le principe de la représentation dans l'organe qui est, selon les termes du Conseil fédéral, *"appelé à jouer un rôle décisif pour l'institution de prévoyance: modification du règlement, décisions au sujet du financement ou de l'administration de la fortune, par exemple."*[98].

3. L'opinion dominante en a toutefois tiré la conclusion qu'il est licite de restreindre la participation des salariés et des employeurs à la caisse de prévoyance interne de l'institution collective. Ulrich K. FEHLMANN estime pour sa part que cela est licite si les conditions suivantes sont réunies[99]:

---

95 Voir les développements au Chapitre 20.

96 Art. 51 al. 3 LPP.

97 *Message LPP, op. cit.*, p. 57.

98 *Message LPP, op. cit.*, p. 56.

99 FEHLMANN, *op. cit.*, p. 82; EGGERMANN Anton: «Die paritätischen Verwaltung im Rahmen des BVG», *ABVS-Seminar*, 1985, p. 33-34; AUBERT Maurice: *Problèmes soulevés par la gestion paritaire, op. cit.*, p. 9-12; RIEMER: *Das Recht der beruflichen Vorsorge, op. cit.*, p. 91;

- les organes d'administration de la caisse doivent être totalement autonomes et disposer de la compétence exclusive d'édicter les dispositions réglementaires et de décider sur le financement et le placement de la fortune;
- les compétences du conseil de fondation doivent se limiter aux questions générales d'organisation, par exemple la nomination du gérant, de l'organe de contrôle et de l'expert. Le conseil n'adopte pas de règlement mais vérifie la conformité au droit du règlement adopté par la caisse interne;
- le conseil de fondation représente l'institution de prévoyance envers l'autorité de surveillance, mais il est lié par les décisions de la caisse, ce qui peut poser des problèmes de compétence.

La Conférence des autorités cantonales de surveillance des fondations, dans sa prise de position sur la gestion paritaire, n'évoqua pas le problème[100]. Dans les faits, les autorités de surveillance ne s'opposèrent pas à la doctrine majoritaire, même si la solution adoptée n'est pas d'une solidité juridique à toute épreuve, pas plus que les tribunaux n'eurent à s'occuper de la question, expression s'il en faut d'un certain désintérêt pratique. Certaines institutions collectives firent néanmoins le pas d'introduire, de leur propre chef, des représentants des salariés et des employeurs à leurs conseils de fondation choisis généralement parmi les entreprises affiliées, solution qui paraît plus conforme à la lettre, sinon à l'esprit de la loi. La Commission fédérale de recours a considéré pour sa part que l'ensemble des caisses internes de prévoyance d'une institution collective enregistrée sont soumises au principe de la gestion paritaire, même lorsque ces caisses offrent des prestations qui ne relèvent que de la prévoyance facultative. L'absence de personnalité juridique et d'indépendance de telles caisses ne permet pas de leur appliquer la codécision proportionnelle aux contributions[101], l'institution collective étant tenue en vertu de son enregistrement d'appliquer la gestion paritaire à l'ensemble de la prévoyance.

v) Les critiques de la situation actuelle

1. La rationalisation centralisatrice de la prévoyance professionnelle[102] a donc entraîné, pour ce qui a trait aux institutions collectives, un déplacement des centres de décision qui a fortement transformé, dans les faits, le schéma organisationnel retenu pour les régimes complémentaires, soit celui d'une institution de prévoyance autonome ou semi-autonome liée à l'entreprise fondatrice qui emploie les personnes assurées. Ce déplacement est bien moindre pour les institutions communes qui expriment la

---

BRÜHWILER: *Die betriebliche Personalvorsorge, op. cit.*, p. 377-378; seule BEURRET-FLÜCK, *op. cit.*, p. 211, hésite.

100 Communication de la Conférence des autorités cantonales de surveillance des fondations: «Points essentiels concernant la gestion paritaire», *SZS* 1985, p.278-280.

101 Décision de la Commission fédérale de recours en matière de prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité: *SZS* 1992, p. 172ss.

102 Voir le Chapitre 14, litt. g, ch. i).

solidarité professionnelle entre les entreprises affiliées, car elles sont, en règle générale, toujours dirigées par un organe paritaire qui permet la collaboration directe des employeurs et des salariés en matière de prévoyance.

2. Il n'est donc pas étonnant qu'une telle approche ne soit pas restée sans critiques. Le pouvoir réel de la caisse de prévoyance interne d'une institution collective est en effet limité. Comme l'a souligné le Tribunal fédéral des assurances à ce sujet, le comité de la caisse qui fait office d'organe administratif d'une institution de prévoyance, non dotée de la personnalité juridique et affiliée à une fondation collective, n'a ni la jouissance ni l'exercice des droits civils vis-à-vis des tiers et, par voie de conséquence, ni qualité d'être partie ni celle d'ester en justice; la représentation appartient uniquement au conseil de fondation de la fondation collective[103].

Jürg BRÜHWILER tirait déjà les conséquences de la relative impuissance des caisses de prévoyance internes pour souligner qu'à son avis les employeurs et les salariés devaient être représentés au conseil de fondation de l'institution collective, en soulignant que les changements statutaires et l'éventuelle liquidation de l'institution collective relevaient de cette instance et non des caisses de prévoyance[104]. Hans Michael RIEMER, écrivant à propos de la codécision proportionnelle aux contributions dans les institutions de prévoyance non enregistrées[105], estimait pour sa part que la non-représentation des salariés au conseil de fondation pouvait se justifier si les compétences de décision matérielles ne leur étaient pas retirées[106]. Stefano BEROS relevait plus récemment que la gestion paritaire de la fortune, compétence obligatoire selon la loi[107], n'est guère réalisée lorsque l'institution collective décide, dans le cadre d'un organe non paritaire, de réassurer l'ensemble des éventualités par une police d'assurance de groupe auprès d'une compagnie d'assurances concessionnée[108]. Dans les institutions collectives bancaires, qui réassurent les risques de décès et de l'invalidité, la gestion de l'épargne de prévoyance destinée aux prestations de vieillesse se réalise généralement d'une manière collective, chaque caisse de prévoyance disposant d'une part dans le fonds collectif de placement de l'institution. Il n'existe aucune enquête sur la réalisation ou non de la parité dans les comités de placement de tels fonds.

3. Il est vrai que l'on peut rétorquer que le pouvoir de délégation et de sous-délégation de l'organe paritaire, en l'occurrence la caisse de prévoyance, permet une telle renonciation aux prérogatives légales. Sauf qu'évidemment ce pouvoir doit être accompagné - en bonne théorie - de la possibilité d'une révocation en tout temps de la délégation accordée[109]. Mais il est évidemment difficile d'imaginer une telle révocation, que ce soit dans une institution collective bancaire ou d'assurance, sans une

---

103 Arrêt du TFA du 24 avril 1991 - *SZS* 1992, p. 169ss.
104 BRÜHWILER: *Die betriebliche Personalvorsorge, op. cit.*, p. 108.
105 Art. 89bis al. 3 CCS; voir le Chapitre 20.
106 RIEMER: *Die Stiftungen,* Commentaire, *op. cit.*, p. 728.
107 Art. 51 al. 2 litt. c LPP.
108 Chapitre 25, litt. b; BEROS, *op. cit.*, p. 180-181.
109 *Ibid.*, p. 181-182.

rupture du contrat d'affiliation. Car, en définitive, l'adhésion à de telles institutions constitue en soi un choix qui est fait par l'employeur, d'entente avec ses salariés dans le régime légal[110], de déléguer l'ensemble de l'organisation du régime complémentaire à d'autres. Certes, il est souhaitable, et conforme à l'esprit de la loi, de prévoir une représentation paritaire au conseil de fondation d'une telle institution. Mais les problèmes pour organiser la représentation ne sont pas négligeables[111]. De plus, une composition strictement paritaire exclurait du Conseil de fondation les représentants de l'entreprise fondatrice ce qui n'est guère concevable. L'organe supérieur devrait donc avoir une structure tripartite.

4. Au fond le problème posé est assez simple. La loi a établi un numerus clausus des personnes morales pouvant servir d'institution de prévoyance[112] avec le bénéfice d'une exonération fiscale complète[113] en contrepartie de l'affectation irrévocable de leurs ressources à la prévoyance professionnelle. Les dispositions d'organisation de la loi cherchent à renforcer l'autonomie et l'indépendance de l'institution de prévoyance, mais par rapport à l'employeur fondateur. La loi ne s'est par contre pas occupée de l'autonomie de l'institution collective envers ses entreprises fondatrices. Celles-ci sont, en règle générale, des instituts bancaires ou des compagnies d'assurance déjà soumises à une surveillance étatique spécifique. Par ailleurs, les cas de faillite ou de réduction des prestations pour cause de mauvaise gestion sont inconnus à ce jour, contrairement aux institutions de prévoyance autonomes liées à l'employeur affilié et fondateur. Si la gestion de l'ensemble de la fortune constituée par la somme des contrats d'affiliation à l'institution collective est ainsi assumée collectivement par la société fondatrice sur la base d'une délégation quasi irrévocable et sans grand pouvoir de décision des employeurs et des salariés, le risque lié à cette gestion s'est avéré nettement plus faible, voire inexistant jusqu'à présent. La fonction de prévention de la gestion paritaire a donc ici un rôle moindre à jouer[114].

5. Mais comme toujours dans ce genre de situation, il existe le risque objectif d'un conflit d'intérêts entre la société fondatrice et sa fondation de prévoyance qui n'est pas qu'un écran juridique formel. Ulrich K. FEHLMANN souligne d'ailleurs la consistance juridique de la structure de la fondation collective en relevant l'obligation des cadres de la société fondatrice de veiller à ne pas outrepasser les limites fixées par l'interdiction légale de conclure avec soi-même[115]. Quelles sont ces limites ? Selon une jurisprudence établie du Tribunal fédéral, il est permis de *"contracter avec soi-même s'il n'existe, objectivement, aucun conflit d'intérêts entre le représentant et le*

---

110 Art. 11 al. 2 LPP.

111 Organiser la représentation des employeurs et salariés de 20'000 entreprises dans les grandes institutions liées aux assurances privées implique des procédures électorales de taille, même si dans ces procédures la désignation des représentants s'effectue non pas directement, mais par l'intermédiaire des comités des caisses de prévoyance.

112 Art. 48 al. 2 LPP; art. 331 al. 1 CO.

113 Art. 80 LPP.

114 Voir le Chapitre 20, litt. b.

115 FEHLMANN, *op. cit.*, p. 77.

représenté et que celui-ci, dès lors, ne saurait être lésé. [...] Le contrat que le représentant conclut avec lui-même est en principe illicite et nul en raison de l'habituel conflit des intérêts en présence; il ne l'est pas, exceptionnellement, lorsque la nature de l'acte exclut la possibilité d'une lésion des intérêts du représenté et lorsque celui-ci a autorisé spécialement son représentant ou a ratifié le contrat après coup"[116].

vi) Quelles tendances de développement ?

1. Ce conflit d'intérêts potentiel pourrait être avivé par deux développements. Le premier a trait à la libéralisation communautaire en matière d'assurances-vie et bancaire qui se développera sans doute en Suisse, au titre de l'eurocompatibilité[117]. Celle-ci entraîne une responsabilité accrue du client dans le choix de son assureur ou de sa banque. La surveillance matérielle antérieure étendue se transformera en une surveillance de la solvabilité[118], ce qui accroît le risque de faillite. Si le client important ne rencontrera aucune difficulté majeure à tirer avantage des possibilités nouvelles de choix offertes par la transparence de la concurrence, le client plus petit rencontrera plus de difficultés à se protéger, notamment en raison du coût et de la difficulté d'accès à l'information. Or, les institutions collectives récoltent une clientèle de petites et moyennes entreprises et les salariés de ces entreprises doivent participer au choix de l'institution[119]. Est-ce que ces employeurs et salariés auront besoin, en tant que consommateurs, d'une protection supplémentaire, notamment par le développement de mécanismes de participation interne plus développés et destinés à assumer une fonction de prévention ? Dans l'affirmative, cela signifierait que les institutions collectives verraient leurs structures actuelles, largement formelles car destinées au passage des rapports juridiques liés à la prévoyance professionnelle, évoluer vers une plus grande autonomie avec une participation accrue des employeurs affiliés et salariés assurés.

Une telle perspective n'est pas le fruit d'une imagination fertile. Les faillites de compagnies d'assurances aux Etats-Unis à la fin des années quatre-vingt ont entraîné une réduction des prestations de nombreux régimes complémentaires. L'administration fédérale a alors déclaré que le choix de l'assureur étant le fait de l'employeur, celui-ci pouvait encourir une responsabilité pour les prestations manquantes en raison de son manque de diligence exercé lors de ce choix[120].

2. L'autre développement a trait à la mutation juridique que subiront sans doute ces institutions collectives, par des dispositions juridiques nouvelles du droit fédéral et qui leur seront spécifiques. A la suite d'un postulat ALLENSPACH du 18 septembre 1984,

---

116 ATF 89 II 321: JdT 1964 226.

117 Voir le Chapitre 11, litt. a et f.

118 Voir le Chapitre 20, litt. d.

119 Art. 11 al. 2 LPP.

120 MELBINGER Michael S: «United States insurance company insolvency crisis impacts retirement plans», *International pension lawyer*, November 1991, p. 12.

l'OFAS a mis à l'ordre du jour de la Commission fédérale de la prévoyance professionnelle l'examen d'un statut spécial pour les institutions collectives et communes[121]. Le mandat de la Commission est d'examiner le problème des caisses de prévoyance internes et d'analyser les difficultés qui en résultent, notamment en ce qui concerne le risque d'insolvabilité.

De manière générale, le contrat d'affiliation conclu avec l'employeur limite la responsabilité de l'institution au paiement des prestations contractuelles. Le non-paiement des contributions dues par l'employeur entraîne la suspension de la couverture et la réduction correspondante des prestations. La difficulté juridique surgit avec la structure de la fondation qui doit être utilisée par une institution collective, car la fondation répond de ses obligations sur l'ensemble de ses biens, et non pas uniquement sur la part de la fortune correspondant aux contributions de l'employeur affilié. De ce fait, elle créée une solidarité interentreprises pour le risque de l'insolvabilité des régimes facultatifs, qui n'est pas couvert par le Fonds de garantie[122]. Il y a donc contradiction entre les termes du contrat d'affiliation et les obligations générales de la fondation. D'ailleurs il est significatif que les tribunaux n'aient jamais eu à s'occuper de ce genre de cas jusqu'à présent, les institutions collectives craignant sans doute pour la solidité juridique de leurs clauses contractuelles limitatives de responsabilité.

Cette solidarité pratique a sans doute contribué à l'absence de critique publique à leur égard, mais a entraîné des coûts de gestion supplémentaires auxquels les entreprises sont sensibles, surtout pour celles qui respectent sans exception leurs obligations contractuelles. L'introduction d'une disposition légale autorisant de telles limitations contractuelles de responsabilité mettra fin à la solidarité actuelle découlant de la structure de la fondation, dont la charge est en contradiction avec la sélection des risques propre à la logique de l'assurance privée, fût-elle conduite sous la forme spécifique de la convention d'affiliation en matière de prévoyance professionnelle. Vu la taille majeure atteinte par les institutions collectives, les conséquences de l'insolvabilité de l'employeur en matière de prestations facultatives deviendront beaucoup plus visibles. Cela entraînera probablement des velléités nouvelles d'instaurer une garantie nationale contre ce risque, par une extension des tâches du Fonds de garantie. Par ailleurs, les caisses de prévoyance internes et leurs prérogatives vis-à-vis du conseil de fondation deviendront, plus que par le passé, l'objet d'une réflexion, afin notamment d'assurer le maintien des droits acquis ou en cours d'acquisition par un renforcement de leurs fonctions de prévention et de protection.

3. En tout cas, le transfert à ces structures privées immergées dans le marché de tâches majeures de protection collective ouvre les portes à une réflexion qui n'en est qu'à ses débuts.

---

121 *OFAS-BPP*, No 9 du 5 mai 1988, p. 5.

122 Voir le Chapitre 14, litt. b, ch. i).

CHAPITRE 24

LE BON FONCTIONNEMENT DE LA COGESTION PARITAIRE

a) La notion de *"bon fonctionnement"*

1. L'art. 51 al. 2 LPP prescrit à l'institution de prévoyance de *"garantir le bon fonctionnement de la gestion paritaire"*. La loi cite de manière non exhaustive les points qui doivent être réglés: la désignation des représentants des assurés, la représentation des différentes catégories de salariés en veillant à ce qu'elle soit équitable, la gestion paritaire de la fortune et la procédure à suivre en cas d'égalité des voix. La garantie du bon fonctionnement va donc au-delà de cette énumération. Elle l'englobe. Les fonctions démocratique, de prévention et de protection de la gestion paritaire sont au service du but de prévoyance; leur réalisation implique la mise en oeuvre du principe d'égalité par l'institution de prévoyance.

2. Ceci présuppose, évidemment, un constat préalable des inégalités existantes, notamment entre employeurs et salariés; ce constat n'est guère contesté en pratique en tout cas pour ce qui a trait aux régimes contractuels[1]. En s'inspirant des méthodes appliquées à l'évaluation législative[2], l'institution de prévoyance, de même que les autorités de surveillance, devront distinguer entre les inégalités juridiques, faciles à éliminer, et les inégalités de fait, appelant des mesures positives, plus difficiles à réaliser. De telles mesures correctrices suscitent inévitablement la controverse, car l'enjeu est un pouvoir de décision à répartir conformément aux objectifs de la loi.

3. Parmi les mesures le plus souvent proposées pour améliorer la situation, il y a la formation, comprenant un temps nécessaire mis à disposition pendant l'horaire de travail, la qualité de la représentation des salariés et de l'employeur au conseil de

---

1 Telle est l'une des principales conclusions de MOSER, *op. cit.*, p. 153: "*Tatsache ist, dass die heutigen Machtverhältnisse in den Stiftungsräten einseitig zugunsten der Arbeitgeberschaft liegen, und das paritätische Organ daher kein ausgewogenes Abbild der verschiedenen Interessen- und Anspruchsgruppen innerhalb der Vorsorgeeinrichtung widerspiegelt.*" Le quotidien zurichois *Tages Anzeiger* titrait le 7 juillet 1989: "*Eigentlich könnten die Patrons mit sich selber reden. Inkompetente Arbeitnehmer, schlaue Arbeitgeber - warum die Mitbestimmung bei der zweiten Säule Leerlauf ist.*"; NUSSBAUM Werner: «Die Verantwortlichkeit in der beruflichen Vorsorge gemäss BVG», in: *BVG-Tagung des Forschungsinstituts für Arbeit und Arbeitsrecht 1988*, p. 3, constate: "*Da in der Praxis die Wissens- und damit die Machtverhältnisse im paritätischen Organ einer Vorsorgeeinrichtung meistens auf die Seite der Arbeitgeber tendieren...*".

2 Voir le Chapitre 22, litt. d.

fondation, avec la possibilité de recourir à des tiers extérieurs à l'entreprise, et les règles formelles de procédure, protectrices du fonctionnement paritaire. Ces mesures peuvent être prises sans formalités particulières.

b) La formation

1. La formation implique indiscutablement un effort personnel. Pour être fructueux, cependant, l'effort doit être encouragé et stimulé par des mesures organisationnelles de l'institution de prévoyance. Si certains membres du conseil de fondation, généralement les représentants de l'employeur, auront la possibilité, dans le cadre de leur activité professionnelle, d'exercer des fonctions de gestion financière, il n'en va pas toujours de même des autres, généralement des salariés. Même l'employeur sera parfois dépassé et aura besoin de se former. L'institution doit veiller à corriger ce défaut d'expérience en prenant des mesures adéquates, dans le cadre de son obligation légale de pourvoir au bon fonctionnement de la gestion paritaire. Elle y est d'autant plus tenue que les membres individuels de l'organe paritaire doivent connaître leur travail et s'y préparer, notamment en suivant des cours et en prenant connaissance de la littérature spécialisée[3].

2. L'institution de prévoyance n'aura généralement pas les moyens de dispenser elle-même une formation approfondie. Par contre, elle pourra s'appuyer sur la formation dispensée par des associations représentatives dans le domaine de la prévoyance professionnelle. Ceci implique que l'information sur les possibilités de formation soit diffusée. Souvent, les membres d'un conseil de fondation n'ont même pas connaissance des possibilités de formation existantes. En outre, les associations spécialisées ne savent pas toujours comment atteindre le conseil de fondation, ni ses membres, étant donné la décentralisation organisationnelle qui règne. Il appartient, dans ce cadre, aux autorités de surveillance de prendre à coeur leur tâche, conférée par la loi, qui est de s'assurer que l'institution de prévoyance se conforme aux prescriptions légales[4]. En particulier, les autorités de surveillance s'assureront que les institutions de prévoyance veillent au bon fonctionnement de la gestion paritaire, en facilitant l'envoi direct aux membres des organes paritaires de l'information sur les cours spécialisés.

3. Le coût de la formation est sujet à débat. Le mandat légal d'assurer le bon fonctionnement de la cogestion paritaire implique nécessairement des mesures qui peuvent entraîner des frais administratifs. Traditionnellement, les organes de la fondation exercent leurs fonctions de manière bénévole. Seules les dépenses effectives sont couvertes[5] et l'administration est assumée gratuitement par l'employeur. Le passage à l'assurance obligatoire a indiscutablement entraîné un effet de rationalisation

---

3 HELBLING, *op. cit.*, p. 372.

4 Art. 62 al. 1 LPP.

5 *SZS* 1982, p. 201 (Décision du Conseil d'Etat zurichois du 22.10. 1980).

et de concentration de l'administration de la prévoyance professionnelle, qui suscite des frais supplémentaires. Aussi le législateur a-t-il prévu que ces frais doivent figurer au compte d'exploitation[6]. Il a voulu permettre aux bénéficiaires de vérifier en tout temps que leur institution de prévoyance travaille de manière rationnelle[7]. Jusqu'à quel point les frais de formation peuvent-ils être imputés aux frais d'administration ? C'est une question d'appréciation, qui devra être tranchée, de cas en cas, par l'organe paritaire, en consultant, le cas échéant, l'organe de contrôle et en tenant compte du principe de la proportionnalité. Les frais de peu d'importance, par exemple de cotisations aux associations spécialisées, pourront sans autre être assumés par l'institution de prévoyance, de même que les émoluments d'inscription aux cours, qui restent généralement raisonnables. Si l'institution de prévoyance dispose de fonds librement disponibles, l'organe paritaire pourra envisager leur utilisation partielle pour la couverture de frais plus importants.

4. Le paiement du salaire durant les cours pose une question intéressante. La participation à un organe de gestion paritaire est-elle une fonction publique ? Dans l'affirmative, l'employeur sera tenu au versement du salaire pendant un temps limité[8]. Selon Jürg BRÜHWILER, la prévoyance professionnelle obligatoire doit être considérée sans autre comme une branche de l'assurance sociale suisse, relevant du droit public[9]. La gestion paritaire, si elle est exercée par les parties au contrat de travail de droit privé, doit pouvoir être qualifiée, à notre avis, de fonction publique au sens de l'art. 324a CO, en tout cas pour la durée des séances de l'organe paritaire et leur préparation. Il s'agit d'une fonction publique à laquelle le législateur a voulu conserver un caractère "*de milice*"[10]. Par extension, l'obligation de payer le salaire pendant un cours de formation pourra, à notre sens, être également admise, lorsque l'organe paritaire aura expressément accepté une participation au cours en payant les frais d'inscription. Ceci est conforme à la pratique actuelle, illustrée par l'évolution des conventions collectives qui tendent à consacrer diverses formes de congés-formation, notamment pour les membres d'organes paritaires[11].

---

6 Art. 63 al. 3 LPP.

7 *Message LPP, op. cit.*, p. 117.

8 Art. 324a al. 1 et 2 CO.

9 BRÜHWILER: *Die betriebliche Personalvorsorge, op. cit.*, p. 584.

10 REHBINDER Manfred: *Der Arbeitsvertrag, op. cit.*, p. 332, souligne le lien entre l'activité de milice de certaines fonctions publiques et l'obligation de l'employeur de payer le salaire en vertu de l'art. 324a CO.

11 KELLENBERGER: *Gesamtarbeitsvertrag und berufliche Vorsorge, op. cit.*, p. 60-61.

c) La désignation des représentants de l'employeur et des salariés

i) Les représentants de l'employeur

1. L'employeur désigne lui-même ses représentants. La loi ne précise pas les personnes qu'il est en droit de nommer. Il peut même renoncer entièrement ou partiellement à nommer des représentants, la gestion paritaire étant un droit dont le caractère semi-impératif ne s'étend qu'aux salariés. Il s'agira, généralement, outre l'employeur lui-même, des personnes qui participent de manière décisive à la politique de l'entreprise définie par l'employeur[12]. L'employeur est entièrement libre dans le choix de ses représentants. Il n'existe aucune indication, ni dans la loi (CCS, CO, LPP) ni dans les travaux préparatoires lui interdisant de faire appel à des personnes extérieures à l'entreprise (avocats, experts)[13]. L'employeur peut ainsi confier à des tiers ses intérêts dans l'institution de prévoyance. Est-ce compatible avec la gestion paritaire ? Sur le plan juridique sans doute, certains auteurs font remarquer toutefois que des *"raisons d'ordre psychologique"* s'y opposent ou qu'une telle solution doit être réservée aux *"cas d'exception"*[14]. En effet, on conçoit mal dans un régime de gestion paritaire que l'employeur puisse ainsi se faire aider, sans que les salariés disposent de la même facilité. Si l'employeur recourt à l'appui de tiers extérieurs, il lui sera difficile de s'opposer aux salariés qui en feraient de même[15].

2. L'institution de prévoyance doit régler la désignation des représentants des salariés[16]. La désignation ne soulève pas de difficultés particulières, hormis deux questions sensibles:

- Les salariés peuvent-ils être représentés par des tiers, extérieurs à l'entreprise ?
- Peuvent-ils être représentés par des personnes qui participent étroitement aux décisions prises par l'employeur ?

ii) La représentation des salariés par des tiers

1. La représentation des salariés par des tiers a été soumise, dans le passé, à des conditions restrictives[17]. La LPP a abandonné la règle imposant que les salariés choisissent dans la mesure du possible leurs représentants au sein du personnel, mais ne l'a pas remplacée par une autre, exprimant ainsi la volonté du législateur de laisser

---

12 BRÜHWILER: *Die betriebliche Personalvorsorge, op. cit.*, p. 353.

13 BRÜHWILER, *ibid.*, p. 355; AUBERT Maurice, *op. cit.*, p. 7; MOSER, *op. cit.*, p. 88.

14 AUBERT Maurice, *op. cit.*, p. 7; BRÜHWILER, *op. cit.*, p. 355-356; MOSER, *op. cit.*, p. 88.

15 BRÜHWILER, *op. cit.*, p. 362-367; AUBERT Maurice, *op. cit.*, p. 5-6 s'opposent à la présence de représentants extérieurs des salariés, raison pour laquelle ils recommandent à l'employeur de ne pas y recourir non plus.

16 Art. 51 al. 2 litt. a LPP.

17 L'art. 89bis al. 3 CCS dispose que les salariés doivent choisir leurs représentants dans la mesure du possible au sein du personnel; voir le Chapitre 20.

la question *"ouverte"*[18]. L'article 51 LPP laisse à l'autonomie des institutions de prévoyance de déterminer si des personnes qui n'appartiennent pas au cercle de l'entreprise peuvent être choisies comme représentants des salariés ou des employeurs[19]. Il appartient donc à l'organe paritaire de décider s'il admet de tels représentants. Sauf à refuser la parité qualitative, il est à notre avis tenu de reconnaître ce droit aux salariés, lorsqu'il l'admet pour l'employeur[20]. Il serait également indiqué de l'admettre lorsque les salariés ne sont pas en mesure de déléguer suffisamment des leurs qui soient à parité au niveau des connaissances avec l'employeur[21]. L'opposition à de tels représentants extérieurs vise les mandataires des salariés, rarement ceux de l'employeur. Elle persiste aujourd'hui pour des motifs qui ont trait à la crainte d'une *"syndicalisation"* de la politique de l'entreprise[22], mais l'expérience internationale montre que la présence de représentants qualifiés des salariés aurait pu parfois contribuer à éviter certains scandales désastreux pour l'image générale des caisses de pensions[23].

2. La représentation des salariés et de l'employeur par des tiers qui ne font pas partie de l'entreprise relève, pour certains, du règlement de l'institution de prévoyance. Celui-ci peut expressément l'accepter, la refuser ou la soumettre à des conditions précises, son silence devant être interprété comme un refus[24]. Avec Pierre-Yves GREBER, nous estimons qu'une telle présomption en cas de silence ne repose pas sur une base légale suffisante[25]. On pourra, en cas de silence du règlement, considérer qu'il s'agit d'une lacune et chercher, le cas échéant, la volonté des parties dans les travaux préparatoires. En l'absence de résultat probant, il faut admettre le choix de membres extérieurs [26]. On n'oubliera pas que la parité est une disposition protectrice des salariés, à caractère semi-impératif, à laquelle ces derniers ne peuvent renoncer à leur désavantage. Si, par exemple, l'employeur décide avec l'accord tacite ou exprès de l'organe paritaire de se faire représenter par des tiers, les salariés devront, à notre sens, bénéficier du même droit en vertu du principe de la parité qualitative[27], même en l'absence de disposition réglementaire.

---

18 *Message LPP, op. cit.*, p. 57; RIEMER: «La gestion paritaire», *op. cit.*, p. 154; MOSER, *op. cit.*, p. 88-89; Conférence des autorités cantonales de surveillance: «Points essentiels concernant la gestion paritaire», *op. cit.*, p. 279. *Contra,* mais à tort: BRÜHWILER, *ibid.*, p. 362-367; AUBERT Maurice, *ibid.*, p. 5-6.

19 Conférence des autorités cantonales de surveillance des fondations, *op. cit.*, p. 179.

20 Dans ce sens, voir la décision de l'Office fédéral des assurances sociales: *SZS* 1991, p. 212.

21 RIEMER: «La gestion paritaire», *op. cit.*, p. 154-155; MOSER, *op. cit.*, p. 89.

22 BRÜHWILER: *Die betriebliche Personalvorsorge, op. cit.*, p. 362-363.

23 Pensons notamment au pillage des caisses de pensions de son groupe par le magnat de la presse britannique, Robert MAXWELL. Le montant des pertes s'est élevé à plus d'un demi-milliard de livres sterling.

24 RIEMER: «La gestion paritaire», *op. cit.*, p. 154; RIEMER: *Das Recht der beruflichen Vorsorge, op. cit.*, p. 67; Conférence des autorités cantonales de surveillance, *op. cit.*, p. 279.

25 GREBER: *La responsabilité civile, op. cit.*, p. 20.

26 *Ibid.*, p. 21.

27 Dans le même sens, MOSER, *op. cit.*, p. 89.

3. Il peut également arriver dans certaines circonstances particulières que les salariés ne soient pas en mesure d'assumer correctement l'ensemble de leurs fonctions, notamment en raison de licenciements économiques, de connaissances linguistiques ou pratiques insuffisantes, ou d'autres raisons analogues. Ne pouvant renoncer en leur défaveur au droit de gestion paritaire, ils pourront être tentés de chercher une aide extérieure. Si les motifs invoqués par les salariés concernés sont sérieux, le mandataire extérieur à l'entreprise devrait à notre sens être admis au nom de la parité réelle et effective[28]. Le cas échéant, il appartiendra à l'autorité de surveillance de combler ce défaut d'organisation en admettant, en vertu des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi[29], une telle représentation, par exemple par un mandataire de l'organisation syndicale représentative de la branche économique concernée.

La Commission fédérale de recours a d'ailleurs admis, au nom de la parité qualitative, qu'il fallait nommer un mandataire du syndicat représentatif de la branche au conseil de fondation d'une institution de prévoyance d'une grande entreprise qui était en voie de liquidation partielle: *"L'exigence d'une parité qualitative est d'ailleurs conforme aux fonctions de prévention et de protection assignées à la participation des salariés-bénéficiaires. Au reste, une matière aussi technique que la prévoyance professionnelle nécessite des connaissances étendues, à plus forte raison lorsqu'une entreprise fait l'objet de restructurations économiques importantes. En effet, il n'est pas aisé pour des ouvriers de se prononcer sur une étude actuarielle, où il est question de l'estimation de la fortune (titres, obligations, immeubles), des engagements (réserve mathématique des assurés actifs et des retraités), des réserves forfaitaires, de l'excédent éventuel de la fortune, et ce résumé dans un bilan technique de liquidation. Il ne leur est donc pas facile non plus de se prononcer pour une liquidation partielle ou totale."*[30]

iii) L'éligibilité des salariés

1. Tous les salariés-bénéficiaires sont-ils éligibles ? La question ne se poserait pas si la notion de salarié assuré obligatoirement[31] et celle propre à la gestion paritaire[32] étaient identiques. Tel n'est pas le cas, quand bien même la loi ne dit rien à ce sujet. Dans le système de la gestion paritaire, les représentants des salariés doivent disposer d'un degré d'indépendance envers l'employeur. A défaut, il ne peut y avoir de négociation véritable. Si, sous l'empire de l'ancienne pratique relative à l'art. 89bis al. 3 CCS[33], il était admis qu'un cadre supérieur, proche de l'employeur, représente les *"travailleurs"*,

---

28 Voir dans ce sens la décision de la Commission fédérale de la prévoyance profesionnelle vieillesse, survivants et invalidité: *SZS* 1991, p. 254ss.

29 Art. 62 LPP.

30 Décision de la Commission fédérale de recours en matière de prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité: *SZS* 1991, p. 260.

31 Art. 2 LPP.

32 Art. 51 al. 1 LPP.

33 Voir le Chapitre 20.

cela n'est plus le cas aujourd'hui. Dès lors se pose le problème de la délimitation juridique entre les salariés éligibles et inéligibles.

2. Comme le souligne Heinrich MOSER, quatre critères peuvent entrer en ligne de compte[34] :

- la distinction entre l'organe[35], qui participe aux décisions essentielles de l'employeur, et l'auxiliaire[36] ;
- le critère des travailleurs exerçant une fonction dirigeante élevée[37] ;
- la distinction entre les salariés recevant un salaire et ceux qui participent au résultat de l'exploitation[38] ;
- le critère de la nomination du salarié par le conseil d'administration.

3. Selon la Conférence des autorités cantonales de surveillance, *"il faut se référer, en cas de doute, au critère, développé par le droit de la responsabilité, de la distinction entre organe (art. 55 al. 2 CCS) et auxiliaire (art. 55 CO): Ne peut être un salarié au sens de l'art. 51 LPP qu'une personne qui ne participe pas aux décisions importantes de l'entreprise."*[39]. S'il est recommandé de préciser ce principe dans le règlement de la fondation, sa validité découle directement de l'art. 51 LPP.

iv) Le remplacement et la révocation d'un membre de l'organe paritaire.

1. Il arrive qu'un membre démissionne. Le rapport liant le représentant au représenté est un contrat de mandat[40]. Si un représentant de l'employeur démissionne, celui-ci en nommera un autre. Si un représentant des salariés-bénéficiaires démissionne, une nouvelle élection aura lieu pour le remplacer[41]. L'organe de nomination doit pouvoir remplacer un mandataire en cours de période[42]. La fin des conditions d'éligibilité (par exemple, sortie du cercle des assurés-bénéficiaires, départ de l'entreprise du cadre supérieur) entraînera généralement la démission *de jure,* sauf à admettre une représentation par des tiers extérieurs à l'entreprise.

2. La révocation est une procédure plus délicate. La révocation par les représentés (ou mandants) se fera généralement par la non-réélection à la fin de la période pour

---

34 MOSER, *op. cit.*, p. 85.
35 Art. 55 CCS.
36 Art. 55 et 101 CO.
37 Art. 3 litt. d de la Loi sur le travail dans l'industrie - LT.
38 Art. 322a CO.
39 Conférence des autorités cantonales de surveillance des fondations, *op. cit.*, p. 279. Approuvé par la doctrine: MOSER, *op. cit.*, p. 86; RIEMER: «La gestion paritaire», *op. cit.*, p. 153; BRÜHWILER: *Die betriebliche Personalvorsorge, op. cit.*, p. 353 et 358.
40 Art. 394ss CO.
41 Art. 404 CO.
42 RIEMER: «La gestion paritaire», *op. cit.*, p. 156.

laquelle l'organe paritaire a été nommé; le règlement peut, le cas échéant, prévoir d'autres motifs de révocation, issus de la volonté de l'organe de nomination, et non de celle de l'organe paritaire. Qu'en est-il si l'organe paritaire entend procéder à la révocation ? Salariés-bénéficiaires et employeur ne peuvent révoquer les représentants de l'autre groupe[43] dont ils ne sont pas l'organe de nomination. De plus, les représentants des salariés-bénéficiaires étant en principe élus, leur révocation en dehors d'une procédure de décision collective des salariés représentés porterait atteinte aux droits de participation semi-impératifs consacrés par l'art. 51 LPP. L'annulation d'une telle décision pourra être demandée à l'autorité de surveillance[44]. L'organe paritaire ne peut donc révoquer l'un de ses membres.

3. Il se peut toutefois que l'un des groupes, ou un salarié-bénéficiaire, sollicite la destitution d'un membre de l'organe paritaire par l'autorité de surveillance, en vertu de sa compétence de prendre les mesures nécessaires pour assurer le respect des buts et le maintien des biens de la fondation[45]. L'autorité de surveillance pourra destituer le membre visé, si ses actes ont mis en péril, de manière concrète, les buts ou les biens de la fondation. Elle fera preuve de retenue, le principe de la proportionnalité lui imposant le choix de la mesure la moins contraignante permettant d'atteindre le but visé[46]. Pourra-t-elle également destituer un membre en invoquant un trouble organisationnel ? La jurisprudence a eu tendance à admettre, parfois, de telles exclusions résultant de divergences de vues, voire de comportements inacceptables pour les autres membres du conseil de fondation[47]. Avec Hans Michael RIEMER, il convient d'admettre la destitution lorsque le comportement n'est plus supportable au regard d'une activité de la fondation conforme à ses buts et à la loi[48]. Une telle mesure est soumise à deux conditions: il faut que l'utilisation des biens, conforme au but de la fondation, soit objectivement mise en danger, et que la proportionnalité soit respectée[49]. La destitution ne peut simplement intervenir en raison de divergences de vues, même fortes, au sein de l'organe paritaire. La solidarité qui y règne est conflictuelle. Si l'autorité sera parfois contrainte d'ordonner d'entrée de cause la destitution, elle pourra également adresser, dans un souci de proportionnalité, des instructions à l'organe de

---

43 BRÜHWILER: *Die betriebliche Personalvorsorge, op. cit.*, p. 361, note 66.

44 RIEMER: «Allgemeine Rechtsanwendungsfragen des BVG», *op. cit.*, p. 150. Ceci contrairement à l'ATF 112 II 471, qui a estimé, sous l'empire de la prévoyance professionnelle facultative (art. 89[bis] al. 3 CCS), que l'exclusion d'un membre en désaccord avec la politique de placement de la majorité du conseil de fondation ne portait pas atteinte à l'organisation de la fondation, et que, par conséquent, l'autorité de surveillance ne pouvait intervenir, n'étant compétente qu'en cas de défaut d'organisation de la fondation (art. 83 CCS).

45 Art. 62 LPP, 84 al. 2, 85 et 86 CCS; RIEMER, *ibid.*, p. 148 ss.

46 RIEMER, *ibid.*, p. 152; *Message LPP, op. cit.*, p. 114.

47 ATF 112 II 97, qui admet une exclusion - dans une fondation de famille - en raison d'un comportement et de divergences de vues; ATF 112 II 471: exclusion admise - dans une institution de prévoyance -"... *sofern das Verhalten eines Stiftungsorganes solcherart ist, dass es im Hinblick auf eine gesetzes- und stiftungsgemässe Tätigkeit nicht mehr tragbar ist.*"

48 RIEMER: *Die Stiftungen,* Commentaire, *op. cit.*, p. 581.

49 *Ibid.*, p. 581.

nomination (les salariés-bénéficiaires ou l'employeur), leur enjoignant de procéder à l'élection d'un autre représentant[50]. Une telle solution a l'avantage de la transparence.

d) La représentation équitable des différentes catégories de salariés

i) Introduction

La loi prescrit une représentation équitable des différentes catégories de salariés pour différentes raisons[51]. Il y a des motifs organisationnels: une entreprise peut réunir, en une seule institution de prévoyance, les salariés d'établissements disséminés. Mais il y a également le souci de prévenir les conflits d'intérêts pouvant surgir entre différentes catégories de salariés, par exemple entre salariés jeunes et vieux, hommes et femmes, célibataires et mariés, qualifiés et non qualifiés, stables et précaires, de la production et de l'administration[52]. La procédure électorale doit être organisée de manière à permettre l'expression de cette diversité, les compromis étant toutefois inévitables.

ii) Le respect de la diversité.

1. Les procédures électorales devront respecter cette diversité. Il est possible d'établir des cercles électoraux[53]. Chaque salarié-bénéficiaire élit les candidats présents dans son cercle électoral mais ne peut influencer l'élection des candidats des autres cercles. A l'instar du droit d'éligibilité, le droit de vote n'appartient pas à tous les salariés. Les salariés qui participent aux décisions importantes de l'entreprise ne peuvent élire des représentants. Ils ne peuvent non plus constituer un cercle électoral[54]. Le nombre des membres de l'organe paritaire n'étant pas extensible à volonté, il ne sera pas toujours possible de faire représenter toutes les catégories de salariés. On pourrait alors imaginer un tournus de la représentation, voire l'élection de suppléants ou d'observateurs, pouvant siéger sans droit de vote à l'organe paritaire[55].

2. Qu'en est-il de la représentation des différentes catégories de salariés en cas de liquidation partielle ou totale de l'institution de prévoyance ? Il arrive fréquemment, dans la pratique, qu'une institution de prévoyance soit partiellement ou totalement liquidée, si une entreprise cesse son activité ou est absorbée partiellement ou totalement par une autre. Le cercle initial des salariés-bénéficiaires, jusqu'alors uni par l'appartenance commune à l'entreprise, se dispersera. Or, les expectatives des salariés, touchés par des restructurations économiques décidées par l'employeur (par exemple

---

50 *Ibid.*, p. 582.
51 Art. 51 al. 2 litt. b LPP.
52 MOSER, *op. cit.*, p. 39-41.
53 *Ibid.*, p. 92.
54 Voir ce Chapitre 24, litt. c, ch. iii); MOSER, *op. cit.*, p. 92.
55 MOSER, *op. cit.*, p. 92.

en décidant une fusion avec une autre entreprise), ne doivent pas subir d'amoindrissement substantiel. Au contraire, les salariés ont droit, en vertu du principe de la bonne foi, au maintien de leurs avantages acquis. La fortune de la prévoyance doit suivre le personnel[56]. En outre, la liquidation de la fortune de l'institution de prévoyance doit répondre à des critères précis. L'expert agréé devra établir un bilan d'ouverture de la liquidation, qui pourra comprendre trois postes: les droits réglementaires des bénéficiaires, le bénéfice de liquidation et, éventuellement, une fortune résiduelle[57]. Ces deux derniers postes doivent faire l'objet d'une répartition équitable entre tous les salariés, qu'ils soient ou non toujours employés par l'entreprise[58]. Les problèmes pratiques posés par ce genre de liquidation sont donc importants et, souvent, difficiles à résoudre. Il arrive que certaines catégories de salariés soient lésées, par exemple lorsque l'entreprise diminue ses effectifs par tranches sur plusieurs années, sans procéder à des liquidations partielles et simultanées de l'institution de prévoyance. Les salariés qui restent ont intérêt à ce que la fortune libre serve à améliorer leurs droits aux prestations, tandis que l'employeur verra plutôt d'un bon oeil ces fonds qui lui permettront une politique avantageuse envers certaines catégories de salariés, les cadres par exemple.

Afin d'éviter le conflit d'intérêts suscité par de telles restructurations économiques, il convient à notre sens d'accorder une représentation aux salariés partants. Une telle représentation est d'autant plus justifiée que le plan de répartition en cas de liquidation doit inclure les salariés qui ont quitté l'entreprise antérieurement[59]. Cela implique, pour l'institution de prévoyance, l'obligation de garder la liste des salariés partants, afin qu'ils puissent participer à l'élection de leurs représentants à l'organe paritaire. Une telle mesure facilitera l'information des bénéficiaires, à notre sens obligatoire[60], lors de l'établissement d'un plan de répartition, qui doit être approuvé par l'autorité de surveillance[61], ou lors de la réalisation d'une éventualité.

---

56 ATF, Deuxième Cour de droit civil, du 10 décembre 1984, consid. 6, publié dans *SZS* 1985, p. 194-201, not. p. 200; RIEMER: *Das Recht der beruflichen Vorsorge, op. cit.*, p. 120; RIEMER: «Die Auswirkungen grösserer Personalfluktuationen beim Arbeitgeber», *op. cit.*, p. 3-10.

57 MANHART: *Die Aufhebung mit Liquidation von Stiftungen, insbesondere von Personalvorsorgestiftungen, op. cit.*, p. 134.

58 MANHART, *op. cit.*, p.155-156; *SZS* 1984, p. 221 (Décision du Conseil d'Etat zurichois du 2.6.1982): le plan de répartition doit être refusé s'il déroge au principe de l'égalité de traitement des destinataires, en particulier s'il prévoit des différenciations dénuées de tout fondement; *SZS* 1984, p. 301 (Décision du Tribunal administratif soleurois du 2.7.1984): si, lors de la liquidation d'une institution de prévoyance, les bénéficiaires reçoivent uniquement les montants correspondant aux droits réglementaires, et l'employeur les fonds librement disponibles, le plan de répartition doit être déclaré illicite.

59 RIEMER: «Die Auswirkungen grösserer Personalfluktuationen beim Arbeitgeber», *op. cit.*, p. 10, note 19.

60 Conformément aux Directives du Conseil fédéral sur l'obligation de renseigner en cas de réalisation de l'éventualité (chiffre 22); voir le Chapitre 19.

61 MANHART, *op. cit.*, p. 161 ss; ATF 110 II 437 ss.

e) La gestion de la fortune

La loi prescrit à l'institution de prévoyance de régler la gestion paritaire de la fortune[62]. Les compétences de l'organe paritaire sur ce point ont déjà été examinées à propos du financement de l'institution de prévoyance et l'administration de sa fortune[63], tandis que sa compétence de déléguer ces tâches est examinée au titre de sa responsabilité[64]. En outre, les institutions de prévoyance enregistrées sont soumises à des directives de placement détaillées[65]. Leur application ne soulève pas, en tant que telle, des problèmes particuliers au regard de la gestion paritaire sous réserve évidemment de la question des pouvoirs de l'investisseur institutionnel et de l'éthique des placements[66].

f) Les règles de procédure

i) L'importance des règles de procédure

La loi ne contient que peu de règles de procédure relatives à la gestion paritaire, marquant ainsi une volonté de laisser une marge d'autonomie aux institutions de prévoyance dans l'organisation formelle du pouvoir de décision. D'un autre côté, les droits de participation ainsi accordés aux salariés étant de nature semi-impérative, il faut formuler quelques critères formels, qui contribuent à leur respect. Quatre procédures nécessitent des précisions:

- la procédure d'élection des représentants des salariés à l'organe paritaire;
- la convocation normale des séances de l'organe paritaire;
- la procédure en cas d'égalité des voix dans l'organe paritaire;
- le contact avec les représentés, notamment au regard de l'obligation du secret.

ii) La procédure d'élection des représentants à l'organe paritaire

1. L'expression de la volonté des salariés doit être pleine et entière. L'élection de leurs représentants doit se baser sur le principe d'une élection libre et démocratique[67]. L'élection est, soit directe, soit indirecte par l'intermédiaire de délégués[68]. L'élection directe est le cas normal. L'élection indirecte implique l'élection de délégués avec mandat précis. La décision dans ce cas doit reposer sur une décision majoritaire

---

62 Art. 51 al. 2 litt. c LPP.
63 Voir le Chapitre 23, litt. d et e.
64 Voir le Chapitre 25.
65 Art. 49-60 OPP2.
66 Voir les réflexions générales sur ce point au Chapitre 4, litt. e, ch. vi).
67 BRÜHWILER: *Die betriebliche Personalvorsorge, op. cit.*, p. 359.
68 Art. 51 al. 3, 1re phrase LPP.

émanant de l'ensemble des personnes habilitées à voter, soit les salariés et l'employeur. Par ailleurs, l'introduction du principe d'une représentation indirecte dans le règlement de l'institution de prévoyance nécessite l'autorisation préalable de l'autorisation de surveillance[69]. Les délégués peuvent être, par exemple, des salariés élus à une commission d'entreprise; il faut toutefois que lors de leur élection un tel mandat leur ait été confié expressément. Il y a lieu d'éviter toute cooptation[70], les représentants élus à l'organe paritaire ne pouvant être les délégués pour l'élection de leurs successeurs. L'élection tacite, en dehors d'une procédure de vote, est contraire à la loi. La votation doit être organisée. Les électeurs doivent être convoqués. Les candidats doivent être connus à l'avance. La procédure électorale peut être variée: vote par correspondance, recours aux urnes, ou désignation des représentants lors d'une assemblée réunissant les salariés en droit de voter[71]. Le règlement doit préciser la durée des fonctions du conseil de fondation.

2. D'autres modes de représentation sont possibles, avec l'assentiment de l'autorité de surveillance, si la structure de l'institution de prévoyance ne le permet pas[72]. Il s'agit de tenir compte de la structure particulière de certaines institutions, notamment les fondations collectives ou communes[73]. La représentation des employeurs et des salariés au conseil de fondation peut être nommée et élue par les entreprises, chacune à tour de rôle pour une période. Les représentants peuvent être désignés par les organisations syndicales représentatives de la branche économique concernée ou par les organisations faîtières (fondation commune). La condition d'un tel mode de nomination est cependant l'impossibilité de procéder à une élection, ou les difficultés majeures qu'elle entraînerait. L'autorité de surveillance n'admettra pas à la légère l'existence d'une telle impossibilité.

3. Lors de la création d'une nouvelle institution, l'organe paritaire doit être élu avant que les décisions réglementaires et légales ne soient prises. Ainsi, l'employeur soumettra au personnel l'affiliation à l'institution de prévoyance qu'il a choisie[74] et celui-ci pourra élire, en même temps, ses représentants à l'organe paritaire provisoire[75]. Ce dernier adoptera le règlement, qui inclura les modalités définitives des élections à l'organe paritaire[76].

---

69 Décision de l'Office fédéral des assurances sociales: *SZS* 1991, p. 204ss.

70 RIEMER: «La gestion paritaire», *op. cit.*, p. 155.

71 RIEMER, *ibid.*, p. 155.

72 Art. 51 al. 3 LPP.

73 *Message LPP, op. cit.*, p. 57.

74 Art. 11 al. 2 LPP.

75 BRÜHWILER: *Die betriebliche Personalvorsorge, op. cit.*, p. 361, complique les choses en prévoyant, en contradiction avec la règle de la parité, la nomination d'un organe provisoire non paritaire qui édicterait le règlement définitif sur le fonctionnement de la cogestion paritaire, à la suite de quoi l'organe serait constitué paritairement. Il s'appuie de manière erronée sur RIEMER: «La gestion paritaire», *op. cit.*, p. 155, qui admet un tel mode de faire uniquement pour les fondations non enregistrées qui sollicitaient leur enregistrement durant la période transitoire de la mise en vigeur de la LPP.

76 RIEMER: «La gestion paritaire», *op. cit.*, p. 155-156.

iii) La convocation normale des séances de l'organe paritaire

Les droits de participation n'ont pas grande valeur s'ils ne permettent pas la prise de décisions réfléchies et étudiées. Dans la mesure où l'acte et le règlement de l'institution ne contiennent aucune règle à ce sujet, il convient d'appliquer, à titre analogique, les principes d'organisation de l'association[77]. En règle générale, les séances doivent être convoquées régulièrement et à l'avance par l'organe compétent, avec indication de l'ordre du jour et envoi des documents nécessaires. Un délai de convocation suffisant sera respecté, pour permettre l'étude détaillée des documents. Les salariés doivent être libérés de l'obligation de travailler durant la séance et ses interruptions[78]. Les documents techniques et actuariels, en règle générale très compliqués, ne peuvent être lus et assimilés peu de temps avant la séance[79]. Au début de la séance, l'ordre du jour sera soumis pour approbation. Toutes les motions devront être examinées et, si leur auteur le souhaite, soumises au vote[80]. Une décision pourra, sauf disposition statutaire contraire, être prise par la voie circulaire. Si un membre de l'organe paritaire exige la discussion, une séance devra obligatoirement être convoquée pour prendre la décision[81]. Le non-respect de telles règles porte atteinte au droit des salariés à une participation effective à la gestion de l'institution de prévoyance[82].

iv) La procédure en cas d'égalité des voix dans l'organe paritaire

1. La loi prescrit l'adoption d'une procédure en cas d'égalité des voix[83]. Cette procédure sera généralement fixée dans le règlement de l'institution, adopté par l'organe paritaire. Le principe de la parité devra être scrupuleusement respecté. Il faut éviter que, par les règles internes de l'organe paritaire, l'employeur se voie attribuer une position dominante. L'égalité effective du pouvoir de décision doit être préservée[84], sous la réserve d'une renonciation de l'employeur à une représentation paritaire. Les représentants des banques, assurances et sociétés fiduciaires qui siègent, le cas échéant, à l'organe paritaire doivent représenter et être nommés par l'un des groupes, soit l'employeur, soit les salariés. Il en va de même des éventuels représentants des rentiers de l'institution. La nomination de tiers extérieurs par l'un des groupes ouvre le même droit à l'autre groupe. Mais il ne peut y avoir de tierce partie à l'organe paritaire[85]. Si le législateur avait voulu ouvrir une telle possibilité, il n'aurait pas recouru à la notion de gestion *"paritaire"*. D'ailleurs, l'expérience de la vie enseigne que ces tierces parties, en

---

77 Art. 64-68 CCS; RIEMER: *Die Siftungen,* Commentaire, *op. cit.*, p. 499; *SZS* 1984, p. 149 (Décision du Conseil d'Etat zurichois du 16.11.1983).

78 *SZS* 1984, p. 149 (*ibid.*).

79 *ibid.*

80 HEINI Anton: *Das schweizerische Vereinsrecht,* 1988, p. 79.

81 HEINI, *ibid.*, p. 86.

82 *SZS* 1984, p. 149 (*ibid.*).

83 Art. 51 al. 2 litt. d LPP.

84 BRÜHWILER: *Die betriebliche Personalvorsorge, op. cit.*, p. 372.

85 Du même avis, AUBERT Maurice, *op. cit.*, p. 8. Avis contraire: BRÜHWILER: *Die betriebliche Personalvorsorge, op. cit.*, p. 373.

apparence neutres, sont généralement liées à l'un ou l'autre groupe. En leur accordant une présence indépendante des groupes, on crée des risques réels d'asymétrie. Rien n'empêche, d'ailleurs, une participation, à titre consultatif, de ces tierces parties, si elles ne sont pas nommées par l'un des groupes. Le principe pourra, le cas échéant, souffrir une exception pour la nomination du président par une majorité qualifiée.

2. La loi ne fixe aucune règle précise en cas d'égalité des voix. Il n'y a pas de règle de quorum: la présence obligatoire d'un nombre égal de représentants de l'employeur et des salariés à chaque séance n'est pas prescrite par la loi. Il n'y a pas non plus de règle de majorité: majorité simple, majorité des deux groupes ou majorité qualifiée. En cas de désaccord entre les représentants de l'employeur et ceux des salariés, il peut arriver qu'une décision soit prise par une majorité fortuite, certains membres étant absents. Une telle solution est indésirable[86]. On peut imaginer - à cet égard - une manipulation lors de la convocation, empêchant la participation de certains membres, retenus ailleurs par des tâches professionnelles. Une solution est de prévoir un quorum avec une majorité simple: la décision doit être prise à la majorité d'un nombre minimal de membres présents. Cela implique, cependant, la nécessité de suppléants[87]. Une autre solution est de prévoir un vote séparé à la majorité simple dans les deux groupes salariés et employeur. Elle est plus pratique, car elle évite de recourir au quorum et aux suppléants. Elle est, en outre, plus proche de l'idée de parité, soit la négociation d'égal à égal entre salariés et employeur. Elle stimule la négociation et la recherche d'un consensus. Elle empêche, enfin, les manipulations, aucun groupe ne pouvant tirer avantage de sa supériorité numérique momentanée à l'occasion d'une séance. Dans cette conception, chaque groupe - représentants des salariés et de l'employeur - détermine sa position de manière indépendante, par un vote interne. Si les positions sont identiques, la décision est adoptée, ou refusée.

3. En cas de désaccord, donc d'égalité des voix, diverses solutions peuvent être trouvées: président neutre permanent sans droit de vote mais avec droit de départage; arbitre unique neutre ou tribunal arbitral[88]; président avec droit de vote et de départage, présenté périodiquement et tour à tour par l'employeur et par les salariés. Si le système de vote des deux groupes n'est pas admis, il faut prêter attention aux éventuelles manipulations qui peuvent surgir, comme l'ajournement de décisions importantes jusqu'à l'entrée en fonctions du président *"du bon bord"*[89]. Dans de tels

---

86 RIEMER: «La gestion paritaire», *op. cit.*, p. 156; BRÜHWILER: *Die betriebliche Personalvorsorge, op. cit.*, p. 373.

87 RIEMER: «La gestion paritaire», *op. cit.*, p. 156; BRÜHWILER: *Die betriebliche Personalvorsorge, op. cit.*, p. 373.

88 RIEMER: «La gestion paritaire», *op. cit.*, p. 157, souligne que de telles fonctions ne peuvent revenir à l'organe de contrôle, ni à l'expert agréé, dont le pouvoir de décision doit être indépendant de l'organe paritaire. L'autorité de surveillance ne saurait non plus fonctionner comme arbitre neutre, car elle abdiquerait ainsi ses fonctions légales de surveillance des décisions de l'institution de prévoyance.

89 RIEMER: «La gestion paritaire», *op. cit.*, p. 157.

cas, l'abus de droit pourrait être invoqué[90] . Cependant, le caractère exceptionnel de ce moyen le rend difficile à manier. Enfin, l'institution d'une majorité qualifiée n'est pas forcément un bon moyen pour résoudre l'égalité des voix. Elle peut bloquer la prise de décisions indispensables. Elle peut toutefois entrer en ligne de compte pour la nomination du président, si le principe du vote par deux groupes n'est pas appliqué[91] .Tant qu'une règle sur la procédure de vote n'a pas été adoptée, les deux groupes chercheront le consensus. A défaut, un accord sera recherché sur la nomination d'un arbitre neutre, et, à défaut d'accord, l'arbitre sera désigné par l'autorité de surveillance[92] .

v) Le devoir de secret

1. 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 et des employeurs[93] . Selon le Message du Conseil fédéral, il s'agit, d'une part, *"d'empêcher les indiscrétions"*, tout en permettant, d'autre part, *"aux représentants du personnel d'informer et de consulter les assurés au sujet des problèmes concernant l'institution de prévoyance"*[94] . Le principe vise la protection de la sphère privée des personnes concernées. L'assuré atteint d'une grave maladie doit être protégé dans sa personnalité, l'employeur en difficulté momentanée ne doit pas voir sa situation financière étalée sur la place publique. L'institution de prévoyance a besoin de tels renseignements pour déterminer les prestations ou prendre des décisions de placement. Par contre, les membres de l'organe paritaire ont le droit - et le devoir - de contribuer à la transparence des décisions de l'institution de prévoyance en fournissant des renseignements généraux et non individualisés. Rien ne s'oppose, par exemple, à ce que les membres salariés communiquent la masse salariale globale qui est assurée, ainsi que le montant global des contributions patronale et salariale. En cas de difficultés financières persistantes de l'employeur entraînant le non-paiement des contributions, on admettra la levée du secret. L'obligation du secret ne doit pas porter atteinte à la communication entre les représentants et les représentés.

2. L'obligation du secret ainsi définie est soumise à exceptions, édictées par le Conseil fédéral, en vertu de l'art. 86 al. 2 LPP, dans son Ordonnance du 7 décembre 1987 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) qui définit les personnes et les autorités envers lesquelles l'obligation de garder le secret est levée sans autre, c'est-à-dire sans l'accord des personnes concernées[95] . Elle permet la levée du secret envers d'autres personnes pour autant que la personne concernée ou son

---

90 Art. 2 al. 2 CCS.
91 RIEMER: «La gestion paritaire», *op. cit.*, p. 157.
92 Art. 51 al. 4 LPP.
93 Art. 86 al. 1 LPP.
94 *Message LPP, op. cit.*, p. 125.
95 Art. 1 OSRPP.

représentant légal l'approuve[96]. Les cas de levée du secret sont ainsi énumérés de façon limitative, et sont soumis à l'exigence qu'ils ne lèsent pas un *"intérêt digne de protection de l'assuré, de l'employeur, d'autres destinataires"*[97].

[96] Art. 2 OSRPP.

[97] *OFAS-BPP*, No 8 du 30 mars 1988, p. 19-22.

CHAPITRE 25

REMARQUES SUR LA RESPONSABILITE

a) Introduction

1. Les présentes remarques ne constituent pas un exposé systématique des questions liées à la responsabilité civile des membres de l'organe paritaire[1], mais plutôt l'occasion de présenter des thèmes d'importance pratique dans la pratique de la gestion paritaire:

- le devoir de diligence et la délégation de tâches;
- le devoir de fidélité et les conflits d'intérêts.

2. La LPP contient une disposition particulière pour régler la responsabilité des membres de l'organe paritaire, liés à l'institution de prévoyance par un contrat de mandat ou d'organe[2]. L'article 52 LPP dispose que 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. Il s'agit d'une norme spéciale, qui rend superflue la référence à d'autres normes de responsabilité contractuelle, en particulier la responsabilité du travailleur[3] et la responsabilité du mandataire[4]. Il est toutefois admis que le contrat entre l'institution de prévoyance et les membres de l'organe paritaire relève du mandat.

La responsabilité contractuelle présuppose l'inexécution de l'obligation ou son exécution défectueuse, la faute du débiteur, qu'elle soit intentionnelle, grave ou légère, le dommage et un rapport de causalité adéquate entre l'inexécution et le dommage[5]. La responsabilité extracontractuelle entre en ligne de compte s'il n'y a pas de liens

---

1 Pour un exposé détaillé du thème de la responsabilité, voir HIRSCH Alain: *La responsabilité civile des administrateurs de caisses de pensions,* 1975; LANTER: *Die Verantwortlichkeit von Stiftungsorganen, op. cit.*; GREBER Pierre-Yves: *La responsabilité civile des personnes chargées de l'administration et de la gestion d'une institution de prévoyance,* 1986; SCHNEIDER Jacques-André: «Liberté et responsabilité dans la gestion de la fortune de prévoyance», *SZS* 1993, p. 185-212.

2 Selon GREBER: *La responsabilité civile, op. cit.*, p. 41, le contrat d'organe recouvre le mandat avec un élément en plus, le fait d'appartenir à l'organe faîtier d'une personne morale.

3 Art. 321e CO.

4 Art. 398 CO; RIEMER: *Das Recht der beruflichen Vorsorge, op. cit.*, p. 74.

5 GREBER: *La responsabilité civile, op. cit.*, p. 52.

contractuels entre le lésé et l'auteur du dommage[6]. Elle est soumise à quatre conditions: l'acte illicite, la faute, le dommage et le rapport de causalité adéquate[7].

3. Les tâches confiées à l'organe paritaire, et qui forment le cadre du mandat, sont définies par la loi: établir les dispositions statutaires, statuer sur le financement de l'institution et sur l'administration de la fortune[8]. Mais ce sont essentiellement les règles du mandat qui servent de point de repère pour définir le soin nécessaire que tout membre d'un organe paritaire doit apporter dans l'exercice de ses fonctions. Car le mandat est le contrat par lequel une personne s'oblige à rendre certains services dans l'intérêt d'une autre, conformément à la volonté de celle-ci[9]. Ce mandat peut être rémunéré ou exercé à titre non onéreux, ce qui est souvent le cas pour les membres de l'organe paritaire, et les obligations sont les mêmes dans les deux cas[10].

4. A teneur de ce contrat, le mandataire doit rendre certains services, sur la base d'un rapport de confiance particulier établi avec l'institution de prévoyance. Ces services doivent être rendus en vue d'un certain résultat. Le mandataire doit suivre les instructions que lui donne le mandant ou, à défaut, prendre lui-même toutes les mesures nécessaires pour que le résultat escompté puisse être si possible atteint. A la différence, toutefois, de l'entrepreneur, le mandataire ne promet pas ce résultat. Il peut donc avoir correctement exécuté ses obligations même si le résultat n'est pas atteint; le mandataire assume une obligation de moyens et non une obligation de résultat. Enfin, le mandataire est responsable envers le mandant de *"la bonne et fidèle exécution du mandat"*[11]. Ces deux devoirs méritent un examen plus précis.

b) La diligence

i) La mesure de la diligence

1. Le devoir de diligence des membres de l'organe paritaire implique le respect de la législation et des règles propres de l'institution de prévoyance, l'usage judicieux de son autonomie de décision, l'obligation de remplir ses fonctions avec tout le soin nécessaire, notamment en ce qui concerne l'observation des principes actuariels et techniques, des principes relatifs à la gestion de la fortune, de l'obligation de garder le secret et de l'obligation de fidélité[12].

---

6 Art. 41ss CO; art. 55 al. 3 CCS.

7 GREBER: *La responsabilité civile, op. cit.*, p. 53.

8 Art. 51 al. 1 LPP; voir le Chapitre 23, litt. a à e.

9 TERCIER Pierre: *La partie spéciale du Code des obligations*, 1988, p. 373.

10 Toutefois, en cas de dommage engageant la responsabilité du mandataire agissant sans rémunération, le juge pourra, en vertu de l'article 99 al. 2 CO, apprécier la responsabilité avec moins de rigueur.

11 Art. 398 al. 2 CO.

12 GREBER: *La responsabilité civile, op. cit.*, p. 26-37.

2. La mesure de la diligence requise est importante pour déterminer si le mandataire a commis une faute engageant sa responsabilité. Comme le souligne Pierre Tercier, pour juger du niveau des exigences *"on tiendra compte de l'ensemble des circonstances, notamment du genre de mandat, du temps à disposition, de l'importance de l'affaire et de la qualification des parties (ATF 105 II 284). Le mandataire doit agir comme le ferait toute personne diligente placée dans la même situation"*[13]. Cela présuppose le respect de trois principes élémentaires:

- Un mandataire ne doit accepter un mandat que s'il est en mesure de l'exécuter correctement. Le défaut de compétences, de temps ou de disponibilité n'est jamais une excuse.
- Un mandataire est tenu d'avoir pour exécuter son mandat les compétences qu'on est en droit d'attendre de toute personne diligente. Un professionnel doit se tenir au courant de l'évolution dans les domaines qui le concernent.
- Le niveau des exigences est souvent fixé dans des règles déontologiques ou des règles générales appelées règles de l'art. Elles correspondent aux standards qui ont cours dans la profession concernée.

3. Il faut relever ici les difficultés liées à la gestion paritaire, les représentants des salariés se sentant souvent dépassés par la complexité des décisions à prendre, notamment en raison de leur manque de connaissances et d'expérience, voire de leur dépendance envers l'employeur. Il existe une controverse doctrinale sur ce point qui est de savoir s'il faut appliquer les mêmes exigences en matière de diligence aux représentants qu'à ceux de l'employeur[14]. Selon Moro LANTER, il ne saurait être question d'admettre une appréciation différenciée de la faute commise, selon que son auteur soit un représentant des salariés ou celui de l'employeur[15]. Tous deux doivent répondre de leur faute en vertu d'un critère strictement objectif, à savoir le manquement au devoir de diligence que l'on serait en droit d'attendre d'une personne moyenne exerçant une fonction comparable[16]. Il n'y aurait donc pas lieu de tenir compte d'une inégalité de connaissances ni du rapport de subordination propre au contrat de travail[17]. Pierre-Yves GREBER estime, au contraire, qu'il y a lieu de tenir compte de ces différences, en admettant certains facteurs subjectifs allant dans le sens d'une atténuation de la responsabilité.

4. La participation du salarié-bénéficiaire à l'organe paritaire n'est pas une activité lucrative[18]: il s'agit d'une activité *"de milice"* au service des fonctions de prévention et

---

13 TERCIER, *op. cit.*, p. 384.

14 HIRSCH, *op. cit.*, p. 5; LANTER, *op. cit.*, p. 161-163; GREBER, *op. cit.*, p. 42-45.

15 LANTER, *op. cit.*, p. 161.

16 LANTER, *op. cit.*, p. 158.

17 LANTER, *op. cit.*, p. 160, estime même que la dépendance est encore plus importante pour les cadres qui représentent l'employeur. Ce raisonnement oublie un fait: le cadre est proche de l'employeur et il participe aux décisions essentielles de celui-ci.

18 GREBER, *op. cit.*, p. 44.

de protection de la cogestion paritaire. Le droit de refuser ou d'accepter de participer à l'organe paritaire peut être limité par le cahier des charges du contrat de travail, s'il stipule l'obligation de représenter l'employeur; ceci peut notamment être le cas pour certains salariés exerçant des fonctions liées aux finances de l'entreprise. L'affirmation de l'indépendance des membres de l'organe paritaire à l'égard de l'employeur est, enfin, trop théorique. Mais d'un autre côté, l'atténuation des exigences a l'effet pervers d'inciter tous les membres de l'organe à se déresponsabiliser. Car ce ne sont pas uniquement les salariés qui éprouvent des difficultés; l'employeur et ses représentants peuvent également se sentir dépassés.

5. Il est donc primordial que l'organe paritaire s'interroge sur les moyens à sa disposition pour atténuer ces obstacles et instaurer une parité qualitative fondée sur un plus grand professionnalisme: cours de formation pris sur le temps de travail, acceptation que les salariés puissent mandater un expert lorsque des décisions complexes doivent être prises, instauration le cas échéant de la possibilité d'un représentant extérieur pour les salariés. Si l'institution de prévoyance entreprend tout ou partie de ces mesures en vue de favoriser la parité réelle, les représentants des salariés pourront difficilement s'abriter derrière des facteurs d'atténuation de leur responsabilité.

ii) La délégation des compétences

1. La loi a volontairement laissé une large autonomie d'organisation à l'institution de prévoyance. Il lui revient, en particulier, de régler le problème des délégations de compétences, qui peuvent limiter substantiellement les pouvoirs de l'organe de cogestion paritaire. La complexité des tâches d'administration et de gestion, notamment de la fortune, rend de telles délégations indispensables, mais jusqu'à quel point sont-elles admissibles ?

2. Les tâches de gestion au sens large, soit les compétences administratives centrales et importantes qui assurent le bon fonctionnement de l'institution, relèvent de l'organe de cogestion paritaire. On utilise aussi le terme d'administration, qui a son origine dans le conseil d'administration de la société anonyme, par opposition à celui de gestion, qui relève de la direction[19]. Outre les fonctions accordées par la loi à l'organe supérieur, elles concernent notamment le choix de la direction, les instructions qu'elle reçoit et sa surveillance, l'établissement des directives internes de placement et, de manière générale, les décisions découlant du pouvoir d'appréciation de l'institution de prévoyance, notamment l'affectation des fonds librement disponibles. Ces compétences ne peuvent être déléguées[20].

---

[19] BRÜHWILER: *Die betriebliche Personalvorsorge, op. cit.*, p. 379; GREBER: *La responsabilité civile, op. cit.*, p. 6.

[20] BRÜHWILER, *ibid.*, p. 379.

3. Les tâches de gestion au sens étroit sont la liquidation des affaires courantes, la préparation et l'exécution des décisions de l'organe de cogestion. La gestion quotidienne de la fortune peut être comprise dans les affaires courantes, certaines décisions de placement devant se faire rapidement. Ces tâches peuvent être entièrement déléguées, soit par une disposition réglementaire, soit par une décision ad hoc de l'organe paritaire. Les structures internes d'une institution de prévoyance varieront beaucoup. Dans certaines, le bureau de l'organe paritaire assumera l'essentiel de la gestion au sens étroit, dans d'autres, ces tâches seront déléguées largement à un gérant de caisse, voire à une tierce personne, comme un bureau fiduciaire, une assurance ou une banque.

4. La loi ne trace pas de limites précises à l'étendue d'une telle délégation. Celle-ci doit, en tout cas, être décidée par l'organe paritaire et être soumise à son contrôle effectif; la délégation doit être révocable en tout temps[21]. Pour plus de sûreté, les délégations seront accompagnées d'un cahier des charges précis, adopté par l'organe paritaire, qui vérifiera régulièrement son respect. A cette occasion, il faut être attentif à ce que le salarié de l'institution de prévoyance, voire le gérant de fortune ou l'expert externe, soient rendus attentifs à leur propre devoir de fidélité qui implique, notamment, d'éviter les conflits entre leurs intérêts et ceux de l'institution qu'ils servent[22].

Comme le souligne Alain HIRSCH, dans une étude antérieure à la LPP, les membres de l'organe paritaire ne peuvent *"jamais déléguer toutes leurs responsabilités, en se contentant de choisir des experts compétents dans chaque domaine"*[23]. Il faut exiger des rapports, les examiner, formuler des critiques, notamment s'ils sont rédigés de manière incompréhensible pour un membre moyen d'un organe paritaire, proposer des décisions. En cas de doute sérieux, le rapport d'un autre expert pourra être demandé. L'activité du gérant sera surveillée et des directives précises lui seront données.

5. Un problème intéressant est posé par les fondations d'investissement et de placement, déjà examiné à propos de la cogestion proportionnelle aux contributions[24]. Peut-on contourner la gestion paritaire en confiant la gestion de la fortune à une fondation de placement et d'investissement ? Nous sommes d'avis que cela n'est possible que dans la mesure où l'institution de prévoyance dispose d'un droit de codécision dans la politique de placement de ces fondations et pour la nomination des membres du conseil de fondation[25]. Car une telle délégation va au-delà de la gestion quotidienne et ces fondations gèrent globalement les fonds qui leur sont confiés, selon

---

21 RIEMER: «La gestion paritaire», *op. cit.*, p. 151-152.

22 Les sommes importantes qui sont maniées au titre de la gestion de fortune entraînent des tentations importantes, soit de profiter d'une position privilégiée de gérant de caisse pour réaliser ses propres opérations, soit encore pour exiger des avantages de tiers en contrepartie, par exemple, de l'octroi d'un mandat. C'est la tâche de l'organe d'exercer une surveillance diligente sur ces comportements et de fixer des directives précises.

23 HIRSCH, *op. cit.*, p. 6.

24 Voir le Chapitre 20.

25 BRÜHWILER: *Die betriebliche Personalvorsorge, op. cit.*, p. 109-110, est du même avis.

des directives de placement qui s'appliquent à l'ensemble de la fortune, et non pas séparément pour chaque institution de prévoyance.

c) La fidélité

i) La notion

L'obligation de fidélité contraint le mandataire à agir en toute circonstance dans l'intérêt présumé du mandant: il doit entreprendre tout ce que l'on peut raisonnablement exiger de lui pour le favoriser et s'abstenir de tout ce qui pourrait de quelque façon lui nuire[26]. Ce devoir offre de nombreux aspects. On peut en mentionner trois en particulier[27]:

- Le mandataire doit tenir le mandant régulièrement informé du développement de son activité et lui signaler toute circonstance importante, notamment lorsqu'elle peut avoir une influence sur les instructions données. De même, doit-il rendre le mandant attentif aux risques que comporte le service.
- Le mandataire doit donner régulièrement au mandant des conseils sur le choix des mesures à prendre dans son intérêt. Il doit en particulier le dissuader lorsque celui-ci entend donner ou maintenir des instructions qui pourraient lui être préjudiciables.
- Le mandataire doit, enfin, éviter les conflits d'intérêts[28]. Dès que le mandataire constate que l'exercice de son mandat soulève un conflit d'intérêts dont l'issue pourrait être préjudiciable au mandant, il doit refuser le mandat s'il ne l'a pas encore accepté et, ultérieurement, le signaler au mandant, voire résilier le contrat.

ii) Le conflit d'intérêts

1. Il peut y avoir un conflit d'intérêts entre le mandant et le mandataire. Le cas le plus important est celui du contrat avec soi-même, le mandataire souhaitant conclure un contrat avec le mandant. Selon les conceptions généralement admises, le mandataire ne peut agir ainsi que s'il y a été expressément autorisé ou s'il n'existe aucun risque de préjudice pour le mandant. Ce genre de conflits peut exister lorsque un membre de l'organe paritaire accepte un autre mandat de l'institution, ou qu'il s'engage envers elle par un contrat distinct, par exemple de vente, d'entreprise ou de courtage.

---

26 TERCIER, *op. cit.*, p. 386.
27 *Ibid.*
28 GREBER, *op. cit.*, p. 35-37; LANTER, *op. cit.*, p. 129ss; TERCIER, *op. cit.*, p. 387.

2. Un autre type de conflit est celui du membre de l'organe qui est lié à un tiers (personne physique ou morale). Cela peut susciter une collision d'intérêts alors qu'une double obligation de fidélité a été souscrite. Tant que les intérêts représentés n'entrent pas en conflit, il n'y a pas de violation du devoir de fidélité. Par contre, lorsque la collision intervient, le membre du conseil doit exceptionnellement s'abstenir de prendre part au processus de décision, si cette situation est unique. S'il s'agit, en revanche, d'une situation durable, seule la voie de la démission demeure, l'accomplissement de la mission d'administration ou de gestion n'étant plus possible[29].

Mais ces règles méritent des précisions. Prenons l'exemple de la commission de courtage[30] versée à un mandataire de l'institution de prévoyance par un tiers en vertu d'un contrat conclu entre ce dernier et l'institution, notamment en matière de ventes d'immeubles ou d'octroi de mandats externes de gestion de la fortune. Dans ce cas, il peut exister un conflit d'intérêts dans la mesure où le courtier doit veiller aux intérêts du tiers qui est son cocontractant avec la diligence requise d'un bon commerçant[31]. Or, l'intérêt du vendeur ou de l'acquéreur d'immeubles, voire du gérant de fortune, n'est pas forcément identique à celui de l'institution de prévoyance. On s'en aperçoit souvent trop tard, lorsque le dommage est intervenu. La question se posera alors de savoir si le courtier et néanmoins membre de l'organe paritaire n'aurait pas dû aller au-delà de son abstention et intervenir pour attirer l'attention sur les risques qu'il aurait pu et dû déceler en vertu de ses devoirs de diligence et de fidélité.

3. Un autre type de conflit peut surgir lorsque le membre de l'organe paritaire est choisi pour représenter en fait un tiers. C'est notamment le cas pour les représentants de l'employeur lorsqu'ils lui sont par ailleurs liés par un contrat de travail ou de mandat. Un tel représentant a les mêmes droits et obligations envers l'institution que la personne *"indépendante"* et son devoir de fidélité n'est en aucune manière limité[32]. Des problèmes délicats peuvent surgir pour de tels représentants, et d'ailleurs également pour ceux des travailleurs, en cas de placements de l'institution chez l'employeur. Le conseil de fondation est confronté ici au cumul du risque de l'entreprise et de celui de l'institution de prévoyance. Marco LANTER souligne de façon précise les risques attachés à de tels placements[33] : *"Ihre Problematik liegt in der Verbindung der wirtschaftlichen Schicksal der Arbeitgeberfirma und der Personalvorsorgestiftung [...]. Für den Organträger birgt sie namentlich das Risiko, dass er eine Gefährdung der Anlage nicht rechtzeitig feststellt. Wenn er hingegen seine Pflicht erkennt, Ausscheidung oder Sicherstellung zu verlangen, wird die Durchführung einer solchen häufig die meist schon kritische Situation der Arbeitgebefirma erheblich verschärfen und möglicherweise zum Untergang führen".*

---

29 GREBER, *op. cit.*, p. 36.
30 Art. 418c al. 2 CO.
31 Art. 418c al. 2 CO.
32 GREBER, *op. cit.*, p. 36; LANTER, *op. cit.*, p. 132-133.
33 Voir le Chapitre 16, litt. c, ch. ii); LANTER, *op. cit.*, p. 107.

d) Conclusions

Les devoirs de diligence et de fidélité illustrent l'importance de l'activité de l'organe paritaire, qui doit conjuguer la prudence et l'efficacité dans son activité, notamment dans la gestion du financement et de l'administration de la fortune pour assurer le versement des prestations à une part croissante de la population. La clarté et la transparence de l'activité de ses membres, leur sens des responsabilités, font partie des conditions de leur réussite à long terme.

CHAPITRE 26

LES VOIES DE DROIT

a) Les voies de droit en général

i) L'action judiciaire (art. 73 LPP)

Les contestations entre institutions de prévoyance, employeurs et ayants droit doivent être portées, en dernière instance cantonale, devant un tribunal désigné par le droit cantonal[1]. La procédure devra être simple, en principe gratuite[2] et soumise à la maxime d'office. La voie judiciaire est ouverte pour les contestations d'ordre pécuniaire: prestations d'assurance, de libre-passage, en capital, contributions. Elle l'est également à d'autres contestations: fourniture à l'institution de documents, informations et attestations de l'institution. Elle est ouverte, enfin, à la constatation de droit[3]. De manière générale, l'action judiciaire est ouverte à celui qui dispose d'un droit subjectif individuel à une prestation. La décision du tribunal cantonal peut être déférée au Tribunal fédéral des assurances par un recours de droit administratif[4].

ii) La plainte et la dénonciation à l'autorité de surveillance (art. 74 LPP)

1. L'autorité de surveillance doit s'assurer que l'institution de prévoyance se conforme aux prestations légales[5]. L'autorité de surveillance veille également à un emploi des biens conforme à leur destination[6]. Elle remplit ses attributions légales dans la modification de l'organisation et des buts de l'institution[7]. Elle contrôle la légalité des décisions de l'institution de prévoyance mais non l'usage par celle-ci de son pouvoir d'appréciation.

2. De manière générale, l'autorité de surveillance est compétente chaque fois que les tribunaux institués par l'art. 73 LPP ne le sont pas, c'est-à-dire chaque fois qu'un

---

1 Art. 73 al. 1 LPP.
2 Art. 73 al. 2 LPP.
3 RIEMER: *Das Recht der beruflichen Vorsorge, op. cit.*, p. 128; SCHWARZENBACH-HANHART Hans Rudolf: «Die Rechtspflege nach dem BVG», *SZS* 1983, p. 183. Cf. aussi ATF 119 V.11.
4 Art. 73 al. 4 LPP.
5 Art. 62 al. 1 LPP.
6 Art. 62 al. 2 LPP; art. 84 al. 2 CCS.
7 Art. 62 al. 2 LPP; art. 85/86 CCS.

bénéficiaire ne dispose pas d'un droit subjectif à une prestation déterminée[8]. Toutefois, l'autorité de surveillance pourra être saisie, parallèlement au tribunal, lorsqu'il n'existe aucun doute sur la justesse des prétentions du bénéficiaire, qui ont été refusées par l'institution de prévoyance[9].

3. L'autorité de surveillance est saisie par une plainte dirigée contre les décisions de l'institution de prévoyance relatives au règlement, à l'organisation, au financement et à l'administration de la fortune. La qualité pour agir par voie de plainte est accordée, en principe, à *"quiconque est touché par la décision et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée"*[10]. Le Tribunal fédéral a toutefois étendu la qualité pour agir. Selon un arrêt de principe, il faut que le plaignant ait un intérêt déterminé au contrôle de l'activité des organes de la fondation. On reconnaît un tel intérêt *"à une personne qui sera effectivement un jour dans une position lui permettant d'obtenir une prestation ou un avantage"*[11]. Le Tribunal fédéral souligne que l'exigence d'un emploi des biens conforme à leur destination[12] a conduit à admettre, depuis toujours, le droit de toute personne intéressée à une intervention de l'autorité de surveillance d'agir par la voie de la plainte[13].

En accord avec cette position, la doctrine a unanimement admis que la légitimation active à agir par la voie de la plainte devait être définie de manière large, tout particulièrement pour inclure les bénéficiaires existants et potentiels[14]. L'exigence d'un intérêt à une décision ne doit pas être soumise à des conditions trop élevées[15]. La plainte à l'autorité de surveillance est un moyen de droit *sui generis,* auquel les principes de procédure administrative ne s'appliquent pas directement, mais uniquement par analogie. Un droit de plainte effectif contribue à une meilleure surveillance, les autorités étant tenues de se prononcer[16]. La dénonciation est également un instrument pour mettre en oeuvre l'autorité de surveillance[17]. A la différence, toutefois, de la plainte, elle ne contraint pas l'autorité à agir. Les mesures ordonnées à la suite de la dénonciation ne sont pas sujettes à recours.

4. La qualité pour agir des associations professionnelles des salariés est également reconnue. Selon le Tribunal fédéral, *"les associations professionnelles peuvent agir par la voie du recours de droit public ou de droit administratif, sans être elles-mêmes touchées par la décision attaquée, si leurs statuts les chargent de défendre les intérêts*

---

8 RIEMER: *Das Recht der beruflichen Vorsorge, op. cit.*, p. 129; SCHWARZENBACH-HANHART, *op. cit.*, p. 173.
9 SCHWARZENBACH-HANHART, *ibid.*, p. 174; ATF 108 II 497.
10 Art. 48 litt. a, de la Loi fédérale sur la procédure administrative (LPA).
11 ATF 107 II 385.
12 Art. 84 al. 2 CCS.
13 ATF 107 II 389
14 ATF 107 II 389.
15 ATF 107 II 391.
16 ATF 61 II 296; 107 II 391.
17 Art. 71 LPA; ATF 107 II 391.

de leurs membres et que ceux-ci sont personnellement lésés par cette décision sinon en totalité, du moins en majorité ou en grand nombre"[18]. Ces principes ont été formulés à l'occasion d'un litige sur la modification du règlement d'une institution de prévoyance à la suite d'un transfert des assurés, pour les prestations de *"l'assurance-pensions"* et *"l'assurance-épargne"*, à une autre institution de prévoyance. En application de ces principes, la qualité pour agir d'une association professionnelle a été admise pour recourir contre les décisions d'une autorité de surveillance approuvant un plan de liquidation d'une institution de prévoyance, ou un plan social financé par une institution de prévoyance[19], voire pour violation des droits à l'information et à la gestion paritaire[20].

5. La décision sur plainte est susceptible de recours à la Commission fédérale de recours en matière de prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité[21], composée d'un président et d'un vice-président à plein temps, de trois juges à temps partiel ainsi que d'un juge suppléant[22]. Les décisions de la Commission de recours peuvent être déférées par la voie du recours de droit administratif au Tribunal fédéral[23].

iii) L'unification des voies de droit

En vertu de l'article 89bis al. 6 CCS, modifié par l'entrée en vigueur de la LPP, les institutions de prévoyance non enregistrées, et qui offrent des prestations de régimes facultatifs, sont régies par les articles 73 et 74 LPP sur le contentieux.

iv) Le for

Le for de l'action, selon l'article 73 LPP, est au choix soit le siège ou domicile du défendeur, soit le lieu de l'activité effective de l'entreprise par laquelle le salarié assuré avait été engagé[24]. Le for de l'action selon l'article 74 LPP est au siège de l'autorité de surveillance compétente.

---

18 ATF non publié du 30.9.1977: *SZS,* 1982, p. 313.

19 *SZS* 1984, p. 148 (Décision du Conseil d'Etat zurichois du 16.11.1983); *SZS* 1984, p. 153-154 (Arrêt du Tribunal administratif soleurois du 24.4.1981).

20 Décision de la Commission fédérale de recours en matière de prévoyance vieillesse, survivants et invalidité: *SZS* 1991, p. 254ss.

21 Art. 74 al. 2 litt. a LPP.

22 Art. 1 de l' Ordonnance du 12 novembre 1984 concernant la commission de recours LPP.

23 Art. 74 al. 4 LPP.

24 BEROS: *Die Stellung des Arbeitnehmers im BVG, op. cit.*, p. 168 et les références.

b) Les voies de droit en matière de participation

i) Le droit à l'information

La violation du droit à l'information, droit subjectif individuel, peut entraîner une action judiciaire[25]. Le bénéficiaire lésé pourra également s'adresser par la voie de la plainte à l'autorité de surveillance[26]. Le droit à l'information est, en effet, au service de la réalisation du but de prévoyance de la fondation. L'autorité de surveillance est tenue, par conséquent, de pourvoir à ce que les biens des fondations soient employés conformément à leur destination[27]. La violation du droit à l'information peut entraîner l'annulation d'une décision du conseil de fondation[28], voire même d'une action en dommages-intérêts pour violation de l'obligation de fournir des renseignements ou pour fourniture de renseignements inexacts[29].

ii) La gestion paritaire

La cogestion, qu'elle soit paritaire[30] ou proportionnelle aux contributions[31], est un droit collectif de participation, à caractère semi-impératif[32]. Les décisions relatives à sa mise en oeuvre, par exemple l'exercice du droit de vote, la convocation de l'assemblée électorale, les règles sur la parité, le respect du bon fonctionnement, les régularités dans le déroulement des séances de l'organe paritaire peuvent faire l'objet d'une plainte devant l'autorité de surveillance[33]. Malgré quelques hésitations[34], ce droit de plainte ne fait pas l'objet de contestations quant à son principe[35].

---

25 Art. 73 LPP; art. 89bis al. 5 CCS.

26 Art. 62 LPP; art. 80/84 CCS.

27 RIEMER: *Die Stiftungen,* Commentaire, *op. cit.*, p. 725.

28 Décision du Conseil d'Etat zurichois: *SZS* 1984, p. 150; Décision de la Commission fédérale de recours en matière de prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité: *SZS* 1992, p. 254ss.

29 Jugement du Tribunal des assurances de Zurich: *SZS,* 1990, p. 205ss.

30 Art. 51 LPP.

31 Art. 89bis al. 3 CCS.

32 Décision de l'Office fédéral des assurances sociales: *SZS* 1991, p. 211.

33 RIEMER: «La gestion paritaire», *op. cit.*, p. 158.

34 *SZS* 1987, p. 110-112 (Décision de la Commission fédérale de recours du 26 septembre 1985), qui a refusé la qualité pour agir d'une partie des membres individuels d'un organe paritaire; ceux-ci se plaignaient d'une violation de l'article 11 al. 2 LPP relatif au droit de codécision pour le choix d'une institution de prévoyance.

35 Arrêt du Tribunal fédéral du 29 septembre 1989: *SZS* 1990, p. 268ss.

CHAPITRE 27

CONCLUSIONS GENERALES

1. Les régimes complémentaires de retraite sont interpellés par les mutations dues au coût de la retraite, au rôle des efforts collectifs et individuels pour fournir un revenu de substitution lors de la retraite et à la mutation des valeurs. En effet, on peut admettre qu'ils ont une propension à suivre de façon mimétique l'évolution des régimes de base de la sécurité sociale. Le développement de l'effort complémentaire est à cet égard étroitement tributaire du niveau des prestations du régime de base; plus celles-ci sont élevées, moins il sera nécessaire de recourir à un effort complémentaire à une large échelle. Toutefois, même lorsqu'ils sont développés, les régimes complémentaires sont plus marqués que les régimes de base par une tendance à la diversité. Toute la question est de savoir si aujourd'hui, en cas de relatif repli des régimes de base, un développement correspondant de l'effort complémentaire professionnel peut faire office de contre-poids, ou si celui-ci ne pourra être assumé que par un effort individuel accru. Cela dépendra des initiatives des entreprises et des partenaires sociaux, mais aussi de la conjoncture économique. En vertu de leur propension au mimétisme envers les régimes de base, les régimes complémentaires ne sont pas nécessairement protégés d'une remise en cause, même si un repli relatif de de la sécurité sociale peut orienter la pression des besoins vers un effort nouveau ou accru de l'entreprise.

2. Sur le plan de leur typologie, les régimes complémentaires sont organisés selon trois types: les régimes légaux, conventionnels et contractuels. Tous expriment un effort professionnel collectif, mais avec des niveaux différents d'harmonisation et de coordination. Cette notion collective tend toutefois à être remise en cause par le développement d'une nouvelle individualisation de l'effort de prévoyance, détaché de l'entreprise ou de la profession.

3. Le développement du rôle des régimes complémentaires met en lumière leurs limites lorsqu'il s'agit d'assurer le maintien des droits acquis ou en cours d'acquisition, notamment en cas de mobilité professionnelle. A cet égard, les régimes légaux et conventionnels démontrent une bien plus grande fiabilité que les régimes contractuels, ceci en raison de la nature essentiellement privée et décentralisée de ces derniers. D'où une intervention législative multiforme visant à améliorer la coordination des régimes complémentaires et assurer leur viabilité financière.

4. Or, l'intervention étatique, aussi justifiée soit-elle, peut également avoir des effets négatifs sur la volonté des entreprises d'améliorer le niveau des prestations complémentaires qu'elles financent. La participation directe des partenaires sociaux à la gestion des régimes complémentaires est une alternative crédible, car efficace, aux difficultés régulatrices de l'Etat en favorisant la création d'un droit souple et flexible,

adapté aux situations particulières tout en assurant une harmonisation et une coordination satisfaisantes. Les régimes conventionnels constituent, de ce point de vue, une solution avantageuse, notamment lorsque la législation nationale favorise leur extension. Par ailleurs, lorsque les régimes complémentaires financent leurs prestations par de l'épargne à long terme leur pouvoir institutionnel devient important. Il se pose alors la question des finalités de ce pouvoir et des modalités de son exercice.

5. Le droit communautaire intègre de plus en plus la dimension de l'effort complémentaire. Que ce soit les objectifs des systèmes de retraite, le domaine de l'égalité de traitement entre hommes et femmes, le phénomène du travail atypique ou le maintien des droits acquis ou en cours d'acquisition, tous ces domaines sont affectés par le droit communautaire. Celui-ci cherche également à stimuler la libéralisation financière dans la gestion des réserves des régimes complémentaires. Les conséquences de ces efforts sont néanmoins assez disparates et il n'y a pas encore d'approche véritablement homogène des régimes complémentaires.

6. L'évolution du droit suisse des régimes complémentaires exprime assez bien les tendances à l'harmonisation, à la coordination et à la diversité, mais également celle à l'individualisation de l'effort de prévoyance, compte tenu d'un régime de base de la sécurité sociale offrant des prestations plafonnées à un niveau relativement bas. Les solutions trouvées pour assurer le maintien des droits acquis ou en cours d'acquisition provenant des régimes complémentaires sont intéressantes par l'effort qui est fait pour concilier leur coordination légale avec leur diversité. La participation est une condition du fonctionnement des régimes et elle est ancrée dans la loi. Son efficacité pourrait toutefois être améliorée.

BIBLIOGRAPHIE

a) Bibliographie générale

ALBOUY, François-Xavier & KESSLER, Denis :

«Un système de retraite européen: une utopie réalisable ?», *Problèmes économiques*, No 2, 1990, p. 15-22.

ALLEN, Steven L., CLARK, Robert J. & McDERMED, Ann A. :

«The pension cost of changing jobs», *Research on Ageing,* Volume 10, Number 4, December 1988, p. 459-471.

ARNOLD, Corinna :

«Die Verantwortungsbewusste Ausübung der Aktionärsrechte in den USA - die Rolle der institutionnellen Investoren», in: *Zwischen Ethik und Rendite,* Verein kritischer Aktionärinnen und Aktionäre der Schweizerischen Bankgesellschaft, Zürich 1991, p. 27-32.

BOIS, Philippe :

La participation, Editions Ides et Calendes, Neuchâtel 1976.

«Spécificités de la politique sociale en Suisse», in: **DE LAUBIER, Patrick & FRAGNIERE, Jean-Pierre** (dir.) : *Droit et politique sociale*, Editions Delta, Vevey 1980.

BLANDIN, Claire :

«Capitalisme à la française. Banquiers et assureurs investissent les entreprises dessinant un nouveau genre d'actionnariat», *Le Monde*, 19 juillet 1991, p.1.

BRUNHES, Bernard :

«La flexibilité de la main d'oeuvre dans les entreprises: étude comparée de quatre pays européens», in: *La flexibilité du marché du travail: Nouvelles tendances dans l'entreprise*, Organisation de coopération et de développement économique (OCDE), Paris 1989.

CLARK, Robert J. & McDERMED, Anna :

«Pension wealth and job changes: the effect of vesting, portability and lump-sum distribution», *The Gerontologist*, Volume 28, Number 4, August 1988, p. 524-531.

CONRAD, Christoph, JOHNSON, Paul & THOMPSON, David :

Workers versus Pensionners. Intergenerational justice in an ageing world, Manchester University Press, Manchester 1989.

CORDOVA, Effren :

Nuevas formas y aspectos de las relaciones de trabajo atipicas, Volume I, IIe Congrès international de la Société internationale de droit du travail et de la sécurité sociale, Caracas 1985.

DOCUMENTATION FRANÇAISE :

"Livre blanc sur les retraites", Paris 1991.

DUMONT, Jean-Pierre :

Les Systèmes Etrangers de Sécurité Sociale, 2e édition, Economica, Paris 1988.

DUPEYROUX, Jean-Jacques :

Droit de la sécurité sociale, 11e édition, Dalloz, Paris 1988.

Droit de la sécurité sociale, 12e édition, Dalloz, Paris 1993.

«La protection sociale complémentaire», *Droit social* (Numéro spécial), avril 1986, p. 279.

DURAND, Paul :

«Des conventions collectives de travail aux conventions collectives de sécurité sociale», *Droit social,* janvier 1960, p. 42-50.

EWALD, François :

L'Etat-Providence, Editions Grasset, Paris 1986.

FERAUD, Lucien :

Les pensions complémentaires: Essai d'analyse comparée, Association internationale de la sécurité sociale (AISS), Genève 1975.

GOLLIER, Jean-Jacques :

Analyse comparative des régimes complémentaires dans les systèmes de protection sociale des Etats membres du Conseil de l'Europe et perspectives d'avenir, Colloque de Lisbonne du Conseil de l'Europe sur le rôle des régimes complémentaires dans le système de protection sociale. 1990.

GREBER, Pierre-Yves :

«Analyse de la conception suisse relative aux régimes de pensions», in: *Fünf Expertenberichte zur Dreisäulenkonzeption der schweizerischen Alters-, Hinterlassen- und Invalidenvorsorge,* Département fédéral de l'intérieur, Confédération suisse, Berne 1991.

«Aperçu sur la compatibilité de la sécurité sociale suisse avec le droit européen», *Cahiers genevois de sécurité sociale,* No 6, 1990, p. 44-47.

Droit suisse de la sécurité sociale. Avec un aperçu de théorie générale et de droit international de la sécurité sociale, Editions Réalités sociales, Lausanne 1982.

Les principes fondamentaux du droit international et du droit suisse de la sécurité sociale, Editions Réalités sociales, Lausanne 1984.

«Sécurité sociale», in: *Le droit suisse et le droit communautaire: convergences et divergences,* Schulthess Polygrapher Verlag, Zürich 1990, p. 617-666.

HECQUET, Paul :

«Le développement et le rôle des régimes complémentaires en Europe», in: *Les salariés et leurs pensions complémentaires,* Association internationale de la sécurité sociale (AISS), Genève 1984.

HORLICK, Max :

«Les relations entre les régimes de pensions publics et privés: examen introductif», in: *L'intégration des régimes publics et privés de pensions,* Association internationale de la sécurité sociale (AISS), Genève 1987, p. 13-31.

INSTITUT EUROPEEN DE SECURITE SOCIALE SOCIAL (EISS-IESS) :

Les régimes complémentaires de sécurité sociale, Annuaire EISS 1972, Louvain 1973.

Les régimes complémentaires de sécurité sociale, Annuaire EISS 1973, 2 volumes, Bruxelles 1975.

Les protections complémentaires en matière de sécurité sociale, Annuaire EISS 1990, Louvain 1991.

KOLM, Serge-Christophe :

Le libéralisme moderne, PUF, Paris 1984.

«Libéralisme classique et renouvelé», in: **ORY Pascal**: *Nouvelle histoire des idées politiques*, Hachette, Paris 1987.

LEBAUBE, Alain :

«La quête d'un nouveau modèle social. Les signes se multiplient d'une redéfinition "à la française" des rapports dans l'entreprise», *Le Monde,* 4 janvier 1992, p. 1 et 17.

LEY, Katharina :

«Flexible Arbeitszeiten. Überlegungen zu ihrer aktuellen Bedeutung und rechtliche Stellung», in: **REHBINDER, Manfred** (Hrsg.): *Flexibilisierung der Arbeitszeit,* Verlag Stämpfli, Bern 1987, p. 15-27.

LUSENTI, Graziano :

Les institutions de prévoyance en Suisse, au Royaume-Uni et en Allemagne fédérale, Georg, Genève 1989.

MOUTON, Pierre & TAMBURI, Giovanni :

«Problèmes de frontières entre régimes privés et régimes publics de pensions», *Revue internationale du travail,* No 2, 1986, p. 143-158.

MORAND, Charles Albert :

«Le droit de l'Etat providence», *Revue de droit suisse,* 1988, p. 528-551.

NOVEMBER, Andràs :

Nouvelles technologies et mutations socio-économiques, Manuel des technologies nouvelles, Institut International d'Etudes Sociales, BIT, Genève 1990.

NOZICK, Robert :

Anarchy, State and Utopia, Basic Books, New York 1974.

OFFE, Claus :

Contradictions of the Welfare State, Hutchinson & Co., London 1984.

PASTRE, Olivier :

Les nouveaux piliers de la finance, La Découverte, Paris 1992.

PERRIN, Guy :

«Cent ans d'assurance sociale», *Revue belge de sécurité sociale,* No 8-9, 1983, p. 837-873.

«Conclusions», Colloque EISS/IESS de 1973 sur les régimes complémentaires de sécurité sociale, *Annuaire EISS/IESS 1973,* Tome 3, Bruxelles 1975.

«Considérations préalables à la réforme de la sécurité sociale», in: **de LAUBIER, Patrick & FRAGNIERE, Jean-Pierre (dir.)**: *Droit et Politique sociale,* Editions Delta, Vevey 1980.

«L'avenir de la sécurité sociale», in: *Mélanges Alexandre Berenstein: Le droit social à l'aube du XXIe siècle,* Payot, Lausanne 1989.

«La fin de l'Etat-Providence en Europe ?», in: **RICQ, Charles** (dir.) : *Droits sociaux et politique sociale en Suisse et en Europe,* Editions Réalités sociales, Lausanne 1986, p. 115-146.

«La formation du concept de sécurité sociale dans la perspective internationale», in: *Actes du Congrès national des sociétés savantes,* Paris 1985, p. 313-335.

«La sécurité sociale dans la perspective du marché intérieur unique de la Communauté européenne», *Cahiers genevois de sécurité sociale,* No 6, 1990, p. 3-48.

«Le plan Beveridge: Les grands principes», *Revue internationale de sécurité sociale,* No 1-2, 1992, p. 45 ss.

«Pour une théorie sociologique de la sécurité sociale dans les sociétés industrielles», *Revue française de sociologie,* juillet-septembre 1967, p. 299-323.

«Rapport de synthèse», in: *Annuaire EISS/IESS 1972,* Colloque EISS/IESS de 1972 sur les régimes complémentaires de sécurité sociale, Louvain 1973, p. 155-168.

«Rationalisation et humanisation, deux objectifs prioritaires pour une réforme de la sécurité sociale», in: **BOIS, Philippe & GREBER, Pierre-Yves (dir.)**: *Emploi et Politique sociale,* Editions Réalités sociales, Lausanne 1982.

«Réflexions préalables à la coordination des régimes complémentaires privés de sécurité sociale dans la Communauté économique européenne (CE)», in: *Annuaire EISS/IESS 1990, "Les protections complémentaires en matière de sécurité sociale",* Louvain 1991, p. 211-260.

PISANI, Edgar :

«A la recherche d'une nouvelle culture», *Cahiers de la Fondation Europe et Société, "L'avenir des retraites en Europe",* No 3, octobre-décembre 1991.

REYNAUD, Emmanuel & apROBERTS, Lucy :

Les systèmes de retraite à l'étranger: Etats-Unis, Allemagne, Royaume-Uni, IRES, Paris 1992.

REYNAUD, Jean-Daniel :

Les règles du jeu: l'action collective et la régulation sociale, Armand Colin, Paris 1989.

ROCARD, Michel :

«Préface», in: *Demain les retraites. Un contrat entre les générations,* Gallimard, Paris 1991.

RODGERS, Gerry et Janine :

Precarious jobs in labour market regulation: the growth of atypical employment in Western Europe, BIT, Geneva 1989.

SCHMÄL, Winfried :

«Labour force participation and social pensions systems», in: **CONRAD, JOHNSON & THOMSON (ed.):** *Workers vs. pensioners: intergenerational justice in an ageing world,* Manchester University Press, Manchester 1991, p. 138-161.

«Le développement futur des régimes complémentaires en Europe. Un aperçu introductif des problèmes». Séminaire de Brême de mars 1990 sur l'avenir des systèmes de retraite de base et des régimes complémentaires dans la Communauté européenne à partir de 1992, in: **SCHMÄL, Winfried (ed.)**: *The Future of Basic and Supplementary Pension Schemes in the European Community - 1992 and beyond,* Nomos, Baden Baden 1991, p. 32-66.

SCHULLER, Tom :

Age, capital and democracy: Member participation in pension scheme management, Gower, Aldershot 1986.

TOFFLER, Alvin :

Les nouveaux pouvoirs, Fayard, Paris 1991.

VIRET, Bernard :

«Assurances privées et protections complémentaires en matière de sécurité sociale», *Annuaire EISS/IESS 1990, "Les protections complémentaires en matière de sécurité sociale"*, Louvain 1991, p. 77-99.

VOIRIN, Michel :

L'organisation administrative de la sécurité sociale: un enjeu social et politique, BIT, 1991.

b) Droit comparé et communautaire

AHREND, Peter & ROESSLER, Norbert :

«Finanzierungs- und Leistungssysteme der betrieblichen Altersversorgung», *Die Angestellten-Versicherung*, Oktober 1986, p. 372-378.

ATKINSON, Anthony B. :

«The development of State Pensions in the United Kingdom», Séminaire de Brême sur l'avenir des systèmes de base et complémentaires dans la Communauté européenne 1990, in: **SCHMÄL, Winfried (ed.)**: *The future of Basic and Supplementary Pension Schemes in the European Community - 1992 and beyond,* Nomos, Baden-Baden 1991, p. 117-134.

BENNET, Philip :

«Sex discrimination and pension schemes under English law», in: **MOK Leo (ed.):** *International Handbook on Pensions Law and similar employee benefits*, Graham and Trotman, London 1989, p. 571-588.

BENOIT, Michel :

«The pension promise as a contract: a civil law perspective», in: **MOK Leo (ed.):** *International Handbook on Pensions Law and similar employee benefits*, Graham and Trotman, London 1989, p. 169-177.

BIRK, Ulrich-Arthur :

Die Mitbestimmung des Betriebsrates bei der betrieblichen Altersversorgung, Bund-Verlag, Köln 1983.

BLOMEYER, Wolfgang & OTTO, Klaus :

Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung, Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1984.

BRIENS, Gilles :

L'entreprise et le droit de la protection sociale complémentaire, LITEC, Paris 1990.

BYRE, Angela :

Leading cases and materials on the social policy of the EEC, Kunner, Amsterdam 1989.

CEREXHE, Etienne :

Le droit européen: la libre circulation des personnes et des entreprises, Editions Nauwerlaerts, Bruxelles 1982.

CHOPART, J. N. & GIBAUD B. :

Concurrences, solidarité: la protection sociale complémentaire depuis 1945, Laboratoire d'étude et de recherche sociales, Canteleur 1989.

CLIFFORD CHANCE :

Pensions in the European Community, London 1991.

COHEN-TANDUGI, Laurent :

«L'Etat dans la construction européenne. Intégration juridique ou politique ?», in: **LENOIR, René & LESOURNE, Jacques (dir.)**: *Où va l'Etat ? La souveraineté économique et politique en question,* Editions Le Monde, Paris 1992, p. 156-167.

COMMISSION DES COMMUNAUTES EUROPEENNES :

Affiliation transfrontalière des travailleurs expatriés à un régime de retraite lié à l'activité professionnelle, XV/2040/FR.

Communication au Conseil sur les régimes complémentaires de retraite de sécurité sociale - La place des régimes complémentaires de retraites dans la protection sociale des travailleurs et leur incidence sur la libre circulation, 17 juillet 1991, SEC(91) 1332/4.

Exposé des motifs et texte de la proposition de Directive du Conseil concernant la liberté de gestion et d'investissement des fonds collectés par les institutions de retraite, 19 novembre 1989, COM(91) 301 final - SYN 363.

L'achèvement du marché intérieur dans le domaine des retraites privées, Document de travail du 9 octobre 1990, XV/224/90-fr.

Recueil des dispositions communautaires sur la sécurité sociale, 3e édition, Bruxelles 1987.

Traité sur l'Union Européenne, Office des publications officielles des Communautés européennes, Bruxelles 1992.

XXVe Rapport général sur l'activité des Communautés européennes 1991, Bruxelles 1992.

DANNBERG, Björn :

National laws on legal structures of pension funds and on employee participation in Sweden, 3e Conférence IPEBLA, 1991.

D'HERBAIS, Pierre-Guillaume :

Mémento des retraites dans la CEE: Analyse comparée des régimes de base et complémentaires des salariés et fonctionnaires dans la CEE, Comité européen de réflexion sur les retraites, Paris, 1990.

DOCKING, Peter :

Pension funds and social investment - the position in England, 3e Conférence IPEBLA, 1991.

DOETSCH, Peter A. :

«Private pension plans in West Germany», *Benefits and Compensation International,* March 1988, p. 6-9.

DROIT SOCIAL :

"La protection sociale complémentaire" (Numéro spécial), avril 1986.

DRUCKER, Peter :

«Pension fund "socialism"», *Public Interest,* 1976.

FERRERAS ALONSO, Fidel :

Die Renten im spanischen Sozialversicherungssystem: ein Überblick, Deutsche Rentenversicherung, 1990.

FINLAYSON, Ann :

Whose money is it anyway? The showdown on pensions, Penguin Books, Canada 1988.

FONDATION EUROPE ET SOCIETE :

«Mobilité professionnelle et solidarités sociales», *La Lettre de la Fondation,* No 22, juin 1991.

FREEMAN, Simon :

Laws on legal structures of pension funds, 3e Conférence IPEBLA, 1991.

GOUGH, Ian :

The political economy of the Welfare State, MacMillan Publishers Ltd, London 1979.

HECQUET, Paul :

«Les prestations complémentaires à la sécurité sociale», in: *Annuaire EISS 1990, "Les protections complémentaires en matière de sécurité sociale",* Louvain 1991, p. 133-149.

HERTIG, Gérard :

«Droit bancaire et boursier (y compris les capitaux)», in: *Le droit suisse et le droit communautaire: convergences et divergences,* Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich 1990, p. 419-460.

HEWITT ASSOCIATES :

International report to clients, May 1991.

HORLICK, Max :

Private pension plans in West Germany and France, US Department of Health and Human Services, Washington 1980.

ISAAC, Guy :

Droit communautaire général, Masson, Paris 1989.

JACOBS, Howard :

«Pensions as contractual entitlements in English law», in: **MOK, Leo (ed.):** *International Handbook on Pensions Law and similar Employee Benefits,* Graham and Trotman, London 1989, p. 184-193.

JACOT-GUILLARMOD, Olivier & MERCIER, Pierre :

La libre circulation des personnes et des services, Helbing & Lichtenhahn, Bâle 1990.

JOLIANS, Alistair :

Le projet de directive sur les fonds de retraite, Institute for International Research, Conférence sur les fonds de pensions, juin 1991.

The Commission's approach to the liberalisation of the pension fund market, 3e Conférence IPEBLA, 1991.

JOLLIFFE, J. A. :

«The portability of occupational pensions within Europe», Document présenté au Séminaire de Brême de 1990 sur l'avenir des systèmes de retraite de base et des systèmes complémentaires dans la CE à partir de 1992, in: **SCHMÄL, Winfried (ed.)**: *The Future of Basic and Supplementary Pension Schemes in the European Community - 1992 and beyond,* Nomos, Baden-Baden 1991, p. 189-222.

KLEIN, James P. :

«Surplus reversion: "Asset recapture"», in: **MOK, Leo (ed)**: *International Handbook on Pensions Law and similar Employee Benefits,* Graham and Trotman, London 1989, p. 287-296.

KOLLIAS, Sofirios & MALDONADO, Victor Andrès :

Financial integration and pension funds, 3e Conférence IPEBLA, 1991.

LANGENFELD, Christine :

Die Gleichbehandlung von Mann und Frau im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Nomos, Baden-Baden 1990.

LAURENT, André :

«Egalité en matière de sécurité sociale», *Europe sociale, "Nouvelles technologies et changement social - Dix ans de politique communautaire en faveur de l'égalité entre les hommes et les femmes"*, No 2, 1986, p. 105-115.

LEBAUBE, Alain :

«L'UNEDIC, premier mécène de France», *Le Monde,* 27 juillet 1992, p. 15.

LENOIR, René & LESOURNE, Jacques (dir.) :

Où va l'Etat? La souveraineté économique et politique en question, Le Monde Editions, Paris 1992.

LEVIE, Guy :

«La liberté de prestations de services en assurance dans la CEE: aujourd'hui et demain», *Revue suisse d'assurances,* 1990, p. 261-278.

LOUIS, Jean-Victor :

L'ordre juridique communautaire, 5e édition, Commission des Communautés européennes, Luxembourg 1990.

LUTJENS, Erik :

«Legal benefits: problems arising on sale and disposal of companies and businesses», in: **MOK, Leo (ed.)**: *International Handbook on Pensions Law and similar Employee Benefits,* Graham and Trotman, London 1989, p. 381-392.

Legal structure of pension funds and of employee participation in the Netherlands, 3e Conférence IPEBLA, 1991.

LYON-CAEN, Gérard & LYON CAEN, Antoine :

Droit social international et européen, 7e édition, Précis Dalloz, Paris 1991.

MARMORSKY, Jeffrey D. :

«Who owns the surplus? Recovery of excess Assets upon Plan termination», in: **MOK, Leo (ed.):** *International Handbook on Pensions Law and similar Employee Benefits,* Graham and Trotman, London 1989, p. 297-311.

MELBINGER, Michael S. :

«United States insurance company insolvency crisis impacts retirement plans», *International Pension Lawyer,* November 1991, p. 10-13.

MEME, Colette :

«Protection sociale complémentaire et marché intérieur européen», *La Documentation française,* Paris, 1989.

MENSON, Richard L. :

Acquisition and divestitures in the United States, 3ème Conférence IPEBLA, 1991.

MERLIN, Sophie :

«La protection sociale des travailleurs migrants», *Liaisons sociales,* Numéro spécial, Paris, 30.08.1990, p. 9-33.

MINNS, Richard :

Pension funds and British capitalism, Heinemann, London 1980.

MIVELAZ, Jean-Michel, ODIER, Patrick & SOLNICK, Bruno :

«Caisses de pensions suisses: l'intérêt d'une diversification internationale», *Dossiers publics,* Hors série "Banque et finance", Genève, hiver 1991-92, p. 44-59.

MOK, Leo (ed.) :

International Handbook on Pensions Law and similar Employee Benefits, Graham and Trotman, London 1989.

MOK, Leo & VAN HUIZEN, Philip :

«The legal framework of Dutch pension plans including the guaranty of private pension plans», in: **MOK, Leo (ed.):** *International Handbook on Pensions Law and similar Employee Benefits,* Graham and Trotman, London 1989, p. 194-202.

MORGAN, Peter :

«Pan-European pension funds - fantasy or reality ?», *Benefits and Compensation International,* March 1991.

NETTER, Francis :

«Evolution historique des régimes privés de vieillesse: les régimes complémentaires de retraites par répartition», *La Documentation française,* 1965, p. 9-19.

«Histoire des retraites complémentaires des salariés», *Droit social,* No 1, janvier 1977, p. 58-63.

NUSBERG, Charlotte :

«The Siren song of private pensions: an international overview», *Ageing international,* Volume XV, No 1, summer 1988, p. 25-30.

OVERBYE, Einar :

Rapport spécifique aux Etats nordiques membres du Conseil de l'Europe et non membres de la Communauté européenne, Colloque de Lisbonne du Conseil de l'Europe sur le rôle des régimes complémentaires dans le système de protection sociale. 1990.

PAULY, Hans Joachim :

«Decisions by the Federal Labour Court and the Court of Justice of the European Communities on the subject of indirect discrimination», in: **MOK, Leo (ed.):** *International Handbook on Pensions Law and similar Employee Benefits,* Graham and Trotman, London 1989, p. 601-609.

«Scope and limits of intervention in company pension commitments in the Federal Republic of Germany as determined by the ruling of the Federal Labour Court», in: **MOK, Leo (ed.):** *International Handbook on Pensions Law and similar Employee Benefits,* Graham and Trotman, London 1989, p. 208-215.

PFUND, Peter :

«Versicherungsaufsicht im Umbruch», *Revue suisse d'assurance*, 1991, p. 111-121.

PHILIP, Christian :

Textes institutifs des Communautés européennes, PUF, Paris 1984, coll. «Que sais-je ?».

PIACENTI, Joseph S. :

«Preservation of pension benefits», *Employee Benefits Research Institute (Etats-Unis),* Issue Brief, No 98, janvier 1990, p. 1-27.

PIERIK, J. M. B. :

«The Dutch perspective», in: **SCHMÄL, Winfried (ed.):** *The Future of Basic and Supplementary Pension Schemes in the European Community - 1992 and beyond,* Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1991, p. 151-160.

PLANTAGENEST, Marie-Renée :

«Les retraites complémentaires», *Liaisons Sociales,* "Retraites complémentaires non cadres - cadres", décembre 1984, p. 21-63.

PLANTAGENEST, Marie-Renée & SCHMIDT, Danielle :

«Les retraites complémentaires», *Liaisons Sociales,* "Retraites complémentaires non cadres - cadres", décembre 1984, p. 8-19.

RIBAS, Jacques Jean, JONCZY, Marie-José & SECHE Jean-Claude :

Traité de droit social européen, PUF, Paris 1978.

ROBINSON, Ann :

«Pensions in the European Community», in: *Régimes complémentaires de retraite et marché unique,* Colloque du Comité européen de réflexion sur les retraites, Bruxelles 1991.

SAINT-JOURS, Yves :

Traité de sécurité sociale, tome I, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris 1984.

SASS, Stephen :

«Pension Bargains: the Heyday of US collectively bargained pension arrangements», in: **CONRAD, JOHNSON & THOMSON (ed.):** *Workers vs. pensioners. Intergenerational justice in an ageing world,* Manchester University Press, Manchester 1991, p. 93-112.

SCHNEIDER, Jacques-André :

«Le droit communautaire et les caisses de pensions suisses», *Questions choisies,* Pictet & Cie, Genève 1992.

«L'égalité des rémunérations entre hommes et femmes et les régimes complémentaires de retraite. Aperçu de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes.», *Cahiers genevois et romands de sécurité sociale,* No 8, 1992, p. 7-16.

SERES, Jonathan :

Pensions: a practical guide, 2nd edition, Longmans, London 1987.

SERVAIS, Dominique :

Un espace financier européen, 2e édition, Commission des Communautés européennes, 1989.

STEINMEYER, Heinz-Dietrich :

Betriebliche Altersversorgung und Arbeitsverhältnis, Beck Verlag, Münich 1991.

Report on vesting, Groupe d'experts de la CEE sur les régimes complémentaires. Document multicopié, Bruxelles 1990.

TIER, Sarah :

National laws on legal structures of pension gunds and on employee participation in England and Wales, 3e Conférence IPEBLA, 1991.

TREU, Tiziano :

«Introduction. New Trends in Working Time Arrangements», in: *Current issues in labour relations. An international perspective,* De Gruyter, Berlin & New York 1989, p. 149-160.

VOGEL-POLSKY, Eliane :

«Les perspectives d'une Europe Sociale pour 1992. Quelle instrumentalisation juridique ?», in: *Europe sociale 1993: illusion, alibi ou réalité ?,* Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles 1991, p. 95-264.

de VLAM, P. R. :

The particular problems with regards to the transferability of rights. Transfer within a country with express reference to the Netherlands, Groupe d'experts de la CEE sur les régimes complémentaires, Document multicopié, Bruxelles 1990.

WEIR, Sean :

Business sales and reorganisations - Pensions considerations in Ontario, 3e Conférence IPEBLA, 1991.

«Pension fund surplus in Ontario, Canada», in: **MOK, Leo (ed.):** *International Handbook on Pensions Law and similar Employee Benefits,* Graham and Trotman, London 1989, p. 340-359.

ZOLLNER, Detlef :

«Un siècle de sécurité sociale 1981-1981. L'évolution en RFA», in: **KÖHLER, Peter A. & ZACHER, Hans F.:** *Un siècle de sécurité sociale 1881-1981,* Editions Réalités sociales, Lausanne 1982.

c) Droit suisse

AMMAN, Dominique S. :

Anlagestrategien für Pensionskassen, Paul Haupt Verlag, Berne et Stuttgart 1990.

AUBERT, Gabriel :

«Le travail à temps partiel irrégulier», in: *Mélanges Berenstein: Le droit social à l'aube du XXIe siècle,* Payot, Lausanne 1989, p. 215-234.

AUBERT, Maurice :

Problèmes soulevés par la gestion paritaire des institutions de prévoyance, Conférence des autorités cantonales de surveillance LPP, Coire 1984.

BARTH, Beat :

Die Änderungskündigung im Arbeitsrecht, ADAG AG, Zürich 1990.

BEAUSOLEIL, Jean-Pierre :

La prévoyance professionnelle, Tomes I et II, Université de Genève, Genève 1992.

«Les fonds libres des institutions de prévoyance», in: *Journée 1991 de droit du travail et de la sécurité sociale. Le droit du travail en pratique.* Volume 4, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1991, p. 25-37.

BERENSTEIN, Alexandre :

L'assurance-vieillesse suisse: son élaboration et son évolution, Editions Réalités sociales, Lausanne 1986.

BEROS, Stefano :

Die Stellung des Arbeitnehmers im BVG, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1993.

BEURRET-FLÜCK, Fabia :

«Die Aufsicht über Sammel- und Gemeinschaftsstiftungen», *Prévoyance professionnelle suisse,* No 6, 1988, p. 209-212.

BEURRET-FLÜCK, Fabia & MEIER, Christoph :

«Die Wahrung der erworbenen Rechte von Destinatären bei Neuordnung der Personalvorsorge, insbesondere bei Anpassung an das BVG», *BJM,* 1988, p. 169-196.

BIGLER, F.-Walter & SCHWEINGRUBER, Edwin :

Commentaire de la convention collective de travail, Union syndicale suisse, Berne 1973.

BLANC, Olivier :

«Suisse 2000. Enjeux démographiques», in: **BLANC, Olivier & GILLIAND, Pierre (dir.):** *Suisse 2000. Enjeux démographiques,* Editions Réalités sociales, Lausanne 1991, p. 11-18.

BOYER, Robert :

«Rapport salarial, croissance et crise: une dialectique cachée», in: *La flexibilité du travail en Europe*, La Découverte, Paris 1986, p. 11-34.

BRÜHWILER, Jürg :

Die betriebliche Personalvorsorge in der Schweiz, Paul Haupt Verlag, Bern 1989.

Handkommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Paul Haupt Verlag, Berne 1978.

COMMUNICATION DE LA CONFERENCE DES AUTORITES CANTONALES DE SURVEILLANCE DES FONDATIONS :

«Points essentiels concernant la gestion paritaire», *SZS,* 1985, p. 278-280.

de CUPIS Beatrix & KRATINGER Huguette :

«Etrangers, travailleurs migrants et sécurité sociale suisse: où en est l'égalité de traitement dans les prestations à long terme ?», *Aspects de la sécurité sociale,* 2/1993.

DELLEY, Jean-Daniel :

«La mise en oeuvre de l'égalité des droits: Questions de méthode», in: **MORAND, Charles-Albert (dir.):** *L'égalité entre hommes et femmes: Bilan et perspectives,* Payot, Lausanne 1988.

DEPARTEMENT FEDERAL DE L'INTERIEUR :

Encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle, Rapport et propositions de réforme, Berne, juillet 1991.

von DESCHWANDEN, Leo :

«Freizügigkeit in der beruflichen Vorsorge - Einführung in die aktuelle Problemstellung», Exposé multicopié présenté au Séminaire de PREVISTA, 30.10.1987.

DUBEY, André :

«Le vieillissement, un danger pour la prévoyance professionnelle ?», in: **BLANC, Olivier & GILLIAND, Pierre (dir.):** *Suisse 2000. Enjeux démographiques,* Editions Réalités sociales, Lausanne 1991, p. 201-203.

DUC, Jean-Louis & GREBER, Pierre-Yves :

«La portée de l'article 4 de la Constitution fédérale en droit de la sécurité sociale», *Revue de droit suisse,* 1992, p. 487-655.

DU PASQUIER, Jean-Noël :

L'Etat englobé, Editions Réalités sociales, Lausanne 1986.

EGGERMANN, Anton :

«Die paritätische Verwaltung im Rahmen des BVG», *ABVS-Seminar*, Bern 1985, p. 30-36.

ENGEL, Pierre :

Traité des obligations en droit suisse, Editions Ides et Calendes, Neuchâtel 1973.

FEHLMANN, Ulrich K. :

«Sammel- und Gemeinschaftsstiftungen als Hauptträger der beruflichen Vorsorge», *SZS,* 1989, p. 74-86.

FORSTMOOSER, Peter & MEIER-HAYOZ, Arthur :

Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts, 6. Auflage, Stämpfli, Berne 1989.

FURRER, Ivo :

Die Vermögensanlagevorschriften gemäss BVG und BVV2, insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Wohneigentumsförderung, Zürich 1987.

GREBER, Pierre-Yves :

La responsabilité civile des personnes chargées de l'administration et de la gestion d'une institution de prévoyance, Conférence des Administrateurs de Caisses de Pensions, PRASA, Peseux 1986.

HARDMEIER, Ulrich :

Rechtsprobleme der paritätischen Personalversicherungseinrichtung, P. G. Keller, Winterthur 1957.

HAUG Werner :

«Evolution démographique et AVS», in: **BLANC, Olivier & GILLIAND, Pierre (dir.):** *Suisse 2000. Enjeux démographiques,* Editions Réalités sociales, Lausanne 1991, p. 177-185.

HEINI, Anton :

Das schweizerische Vereinsrecht, Helbling & Lichtenhahn, Basel 1988.

HELBLING, Carl :

Personalvorsorge und BVG, 4. Auflage, Paul Haupt Verlag, Bern 1989.

HEPP, Stefan W. :

The swiss pension funds, Paul Haupt Verlag, Bern 1990.

HIRSCH, Alain :

La responsabilité civile des administrateurs des caisses de pensions, Pictet, Genève 1975.

HUBER, Josef :

Wer soll das alles ändern: Die Alternativen der Alternativenbewegung, Rotbuch Verlag, Berlin 1981.

HUMMEL-PUERTA, Willi :

Die Freizügigkeit in der freiwilligen beruflichen Vorsorge, Institut für Versicherungswirtschaft an der Hochschule St. Gallen, St. Gallen 1983.

HURNI, P. Mark :

Der zivilrechtliche Aufbau der Investment- oder Anlagestiftung für Personalvorsorge, Verlag Hans Schellenberg, Winterthur 1981.

KAPPELER, Beat :

«Die Verantwortung der Arbeitnehmer in den Pensionskassen», in: *Zwischen Ethik und Rendite*, Verein kritischer Aktionärinnen und Aktionäre der Schweizerischen Bankgesellschaft, Zürich 1991, p. 9-16.

KRAFFT, Jean-Louis :

Les fonds de prévoyance et la théorie générale des fondations, Lausanne 1956.

KELLENBERGER, Thomas :

Gesamtarbeitsvertrag und berufliche Vorsorge, Zürich 1986.

KOHLI, Ulrich :

«L'impact économique de la sécurité sociale», in: *Fünf Expertenberichte zur Dreisäulenkonzeption der schweizerischen Alters-, Hinterlassen- und Invalidenvorsorge,* Département fédéral de l'intérieur de la Confédération suisse, Berne 1991.

KRAFFT, Jean-Louis :

Les fonds de prévoyance et la théorie générale des fondations (Thèse), Lausanne 1956.

KUHN, Moritz :

«Versicherungsrecht», in: *Le droit suisse et le droit communautaire: convergences et divergences*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1990, p. 460-494.

LANG, Bruno :

«Anlagen beim Arbeitgeber: wann und wie ist die Ausscheidung oder Sicherstellung zu verlangen», *SZS,* 1987, p. 72-82.

«Prüfung der Reglemente der Personalvorsorgestiftung durch die Aufsichtsbehörde», *SZS,* 1982, p. 57-63.

LANTER, Marco :

Die Verantwortlichkeit von Stiftungsorganen, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1984.

LÜTHY-ROHRBACH, Katharina :

«Die Verantwortlichkeit in der beruflichen Vorsorgestiftung», *IST-Schriftenreihe, "Bessere Rahmenbedingungen für Pensionskassen",* Nr. 15, 1987.

MAHON, Pascal :

Institutions de sécurité sociale, Presses polytechniques Romandes, Lausanne 1983.

«Les effets du Traité EEE sur le droit des assurances sociales», *Aspects de la sécurité sociale,* No 3, 1992, p. 61-73.

MANHART, Thomas :

Die Aufhebung mit Liquidation von Stiftungen, insbesondere von Personalvorsorgestiftungen, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1986.

MAZZI, Rosanna :

La précarisation de l'emploi, Editions Réalités sociales, Lausanne 1987.

MESSAGES DU CONSEIL FEDERAL :

«Message du Conseil fédéral à l'appui d'un loi fédérale complétant les dispositions applicables aux contrats de travail et aux fondations (institutions de prévoyance en faveur du personnel) du 10 décembre 1956», *Feuille fédérale,* Volume II, 1956, p. 845-864.

«Message du Conseil fédéral à l'appui d'un projet portant sur la révision de la Constitution fédérale dans le domaine de la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité du 10 novembre 1971», *Feuille fédérale,* Volume II, 1971.

«Message du Conseil fédéral relatif à l'initiative populaire sur la participation et à un contre-projet du 22 août 1973», *Feuille fédérale,* Volume II, 1973, p. 229-427.

Message du Conseil fédéral du 19 décembre 1975 à l'appui d'un projet de loi sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, Tiré à part de la Chancellerie fédérale, Berne 1975.

Message du Conseil fédéral concernant le projet de loi fédérale sur le libre-passage dans la prévoyance professionnelle, vieillesse et invalidité du 26 février 1992, Tiré à part de la Chancellerie fédérale, Berne 1992.

Message du Conseil fédéral relatif à l'approbation de l'accord sur l'Espace économique européen du 18 mai 1992, Tiré à part de la Chancellerie fédérale, Berne 1992.

Message du Conseil fédéral concernant l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle du 19 août 1992, Tiré à part de la Chancellerie fédérale, Berne 1992.

MEYER, Daniel :

Der Gleichbehandlungsgrundsatz im schweizerischen Arbeitsrecht, Verlag Stämpfli & Cie AG, Bern 1976.

MORAND, Charles-Albert :

L'égalité entre hommes et femmes: bilan et perspectives, Payot, Lausanne 1988, coll. «Collection juridique romande».

MOSER, Heinrich :

Paritätische Verwaltung von Pensionskassen, Basel 1987.

NEF, Urs C. :

«Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der Schweiz», *SZS,* 1982, p. 225-243.

NUSSBAUM, Werner :

Die Verantwortlichkeit in der beruflichen Vorsorge gemäss BVG, Bundesamt für Sozialversicherung, BVG-Tagung des Forschungsinstitutes für Arbeit und Arbeitsrecht, 1988.

OFFICE FEDERAL DE LA STATISTIQUE :

Les institutions de sécurité sociale en Suisse, Berne 1990.

Institutions de prévoyance en Suisse, Berne 1990.

Statistique suisse des caisses de pensions 1987, Berne 1990.

OFFICE FEDERAL DES ASSURANCES (OFAS-BPP) :

Bulletin de la prévoyance professionnelle.

PFITZMANN, Hans J. :

«Die öffentlich-rechtlichen Pensionskassen im BVG-Obligatorium», *SZS,* 1985, p. 233-239.

«Jurisprudence dans le domaine des caisses de pensions», *Séminaire OPPF,* 1988, p. 20-28.

«Le futur régime obligatoire de la prévoyance professionnelle. Du projet du Conseil fédéral à l'élimination des divergences», *SZS,* 1981, p. 81-93.

PREVOYANCE ET ENTREPRISE (Magazine d'information de la "Winterthur") :

"Institutions de prévoyance collectives et communes", No 1, 1991, p. 9-13.

RAPPORT EXPLICATIF :

Rapport explicatif avec avant-projet pour une révision du code civil (conclusion du mariage et divorce, état-civil, filiation, dette alimentaire, tutelle, asiles de famille et courtage matrimonial), Chancellerie fédérale, Berne 1992.

RECHTSTEINER, Rudolf :

«Die 2. Säule: Stolperstein der modernen Personalpolitik ?», *SZS,* 1988, p. 34-45.

Das 200 Milliarden Geschäft: Pensionskassen in der Schweiz, 2. Auflage, Unionsverlag, Zürich 1985.

REHBINDER, Manfred :

Der Arbeitsvertrag, Stämpfli & Cie, Berne 1985.

RIEMER, Hans Michael :

«Allgemeine Rechtsanwendungsfragen des BVG», *SZS,* 1983, p. 137-157.

Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, Verlag Stämpfli, Bern 1985.

«Die Auswirkungen grösserer Personalfluktuationen beim Arbeitgeber auf dessen Personalvorsorgestiftung», *SZS,* 1982, p. 3-10.

Die Stiftungen (Commentaire), Verlag Stämpfli, Bern 1981.

«Fusionen bei klassischen und Personalvorsorgestiftungen», *SZS,* 1991, p. 169-175.

«La gestion paritaire selon la LPP des intitutions de prévoyance de droit privé et de droit public en faveur du personnel», *SZS,* 1985, p. 148-158.

RIVIER, Jean-Marc :

Droit fiscal suisse: L'imposition du revenu et de la fortune, Ides et Calendes, Neuchâtel 1980.

ROSSINI, Stéphane :

Les institutions de sécurité sociale en Suisse. Panorama statistique 1915-1990, Office fédéral de la statistique, Berne 1992.

RYSER, Simon :

Die Bedeutung der Verwaltungsweisungen für die Bemessung von Invalidität und Hilflosigkeit, Rüegger Verlag, Bern 1986.

SCHMID Hans :

«Ökonomische Überlegungen zum Problem der Freizügigkeit der Arbeitnehmer», in: *Freizügigkeit in der beruflichen Vorsorge,* HSG-Weiterbildungsstufe, Seminar vom 8. Mai 1992, Zürich.

SCHNEIDER, Jacques-André :

«Liberté et responsabilité dans la gestion de la fortune de prévoyance», *SZS,* 1993, p. 185-212.

SCHOOP, Katharina :

«Die berufliche Vorsorge in der Schweiz und das Recht der Europäischen Gemeinschaft», *Revue suisse d'assurances,* 1991, p. 275-279.

SCHWARZ, Jean-Jacques :

«Aspects macro-économiques du capital de réserve dans le cadre de la prévoyance professionnelle ("deuxième pilier")», in: *Zur Verwirklichung der 2. Säule,* Hochschule St. Gallen, St. Gallen 1981, p. 249-269.

SCHWARZENBACH-HANHART, Hans Rudolf :

«Die Rechtspflege nach dem BVG», *SZS,* 1983, p. 169-209.

«Die Sonderregelung der Beamtenversicherungskassen im BVG», *SZS,* 1986, p. 224-236.

«Rechtliche Grundfragen des BVG», *SZS,* 1985, p. 65-91.

SCHWEIZER, Kurt :

Rechtliche Grundlagen der Anwartschaft auf eine Stiftungsleistung in der beruflichen Vorsorge, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1985.

SCHWEIZER, Thomas :

Die Freizügigkeit in der beruflichen Vorsorge seit dem Inkrafttreten des BVG, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1992.

SPIRA, Raymond :

«La jurisprudence du tribunal fédéral des Assurances sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle», in: *Journée 1990 de droit du travail et de la sécurité sociale,* Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1990, p. 5-23.

«La mise en oeuvre du droit social européen: point de vue d'un magistrat», in: *L'Espace social européen,* Colloque de Lausanne 1992, IRAL - Université de Lausanne, 1993, p. 217-230.

STEIGER, Jean :

Le deuxième pilier: service social ou affaire lucrative ?, Editions Grounauer, Genève 1978.

STREIFF, Ullin :

Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 4. Auflage, Organisator Verlag, Zürich 1986.

STOKAR, David :

«Die Behandlung zwangsweiser Entlassungen durch die beruflichen Vorsorge», *Schweizer Personalvorsorge,* Nr. 1, 1989, p. 17.

TERCIER, Pierre :

La partie spéciale du Code des obligations, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1988.

TSCHUDI, Hans Peter :

«Das Drei-Säulen-Prinzip», *SZS,* 1987, p. 1-20.

Geschichte des schweizerischen Arbeitsrechts, Helbing & Lichtenhahn, Basel und Frankfurt 1987.

La Constitution sociale de la Suisse, Documents de l'Union syndicale suisse, Berne 1987.

URBITSCH, Ch. :

«Statistik zur betrieblichen Altersvorsorge», *Betriebliche Altersvorsorge,* Nr. 1, 1991, p. 15-16.

VIELI, Diego :

Die Kontrolle der Stiftungen, insbesondere der Personalvorsorgestiftung (Kontrolstelle und experte für berufliche Vorsorge), Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1985.

VIRET, Bernard :

«La jurisprudence récente du Tribunal fédéral des assurances en matière de prévoyance professionnelle», in: *Journée 1991 du droit du travail et de la sécurité sociale,* Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1991, p. 5-21.

WALSER, Hermann :

«Der Rechtsschutz der Versicherten bei Rechtsansprüchen aus der beruflichen Vorsorge», in: *Le droit des assurances sociales en mutation,* Verlag Stämpfli, Bern 1992, p. 459-482.

WECHSLER, Martin :

Die Einführung der obligatorischen 2. Säule, Basel 1984.

WIRZ, Hans Gerold :

Die Personalwohlfahrtseinrichtungen der schweizerischen Privatwirtschaft, Ausgabe B, Buchdrückerei Stäfa, Stäfa 1955.

ZANETTI, Bernardo :

«Das problem der Verwirklichung der Berufs- und Betriebsgemeinschaft in der Schweiz», in: *Arbeitsrecht und Sozialpolitik,* Internationale Stiftung HUMANUM, Bern 1984, p. 321-328.

«Gedanken über die "Mitbestimmung"», in: *Arbeitsrecht und Sozialpolitik,* Internationale Stiftung HUMANUM, Bern 1984, p. 247-255.



COLLECTION GENEVOISE

Michel Hottelier

L'article 26 CEDH
et l'épuisement des voies de recours
en droit fédéral suisse

Silvia Tevini Du Pasquier

Le crédit documentaire
en droit suisse.
Droits et obligations
de la banque mandataire
et assignée

Henry Peter

L'action révocatoire
dans les groupes de sociétés

Xavier Oberson

Les taxes d'orientation.
Nature juridique et constitutionnalité

Pierre Garrone

L'élection populaire en Suisse.
Etudes des systèmes électoraux
et de leur mise en œuvre
sur le plan fédéral et dans les cantons

COLLECTION GENEVOISE

Présence et actualité de la constitution
dans l'ordre juridique

Mélanges offerts à la Société suisse
des juristes pour son Congrès 1991 à Genève

Charles-Albert Morand
(Editeur)

Les instruments d'action de l'Etat

Christine Chappuis

La restitution des profits illégitimes.
Le rôle privilégié de la gestion d'affaires
sans mandat en droit privé suisse

Gustavo Scartazzini

Les rapports de causalité dans le droit suisse
de la sécurité sociale.
Avec un aperçu des différentes théories de la causalité

Sonja Gafner d'Aumeries

Le principe de la double incrimination.
En particulier dans les rapports d'entraide judiciaire internationale
en matière pénale entre la Suisse et les Etats-Unis

COLLECTION GENEVOISE

Charles-Albert Morand
(Editeur)

La légalité: un principe à géométrie variable

Marie-Claire Pont Veuthey

Le pouvoir législatif dans le canton du Valais

Charles-Albert Morand
(Editeur)

Droit de l'environnement: mise en œuvre et coordination

Daniele Cattaneo

Les mesures préventives et de réadaptation de l'assurance-chômage

Marina Mandofia Berney

Vérités de la filiation et procréation assistée

Elias Kastanas

Les Origines et le fondement du contrôle de la constitutionnalité des lois en Suisse et en Crèce

Sylvie Chavanne

Le retard dans l'exécution des travaux de construction



COLLECTION GENEVOISE

Nicolas Jeandin

Le chèque de voyage

Margareta Baddeley

L'association sportive face au droit

Sylvain Marchand

Les limites de l'uniformisation matérielle du droit de la vente internationale

Les grands jurisconsultes

Dominique Manaï

Eugen Huber
jurisconsulte charismatique

Bruno Schmidlin et Alfred Dufour (Editeurs)

Jacques Godefroy (1587–1652) et l'Humanisme juridique à Genève. Actes du colloque Jacques Godefroy

Helbing & Lichtenhahn

ISB N 3-7190-1358-8

9 783719 013585