



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

*L'ordre des bénéficiaires  
des deuxième et troisième piliers*

Rapport de recherche n° 18/98

**ASPECTS DE LA SECURITE SOCIALE**

L'Office fédéral des assurances sociales publie dans sa nouvelle série „Aspects de la sécurité sociale“ des articles de fond et des rapports de recherches sur des sujets d'actualité dans le domaine de la sécurité sociale pour les rendre accessibles au grand public et encourager la discussion. Les analyses présentées par les auteurs ne reflètent pas forcément l'opinion de l'Office fédéral des assurances sociales.

**Auteur:** Prof. Dr. Thomas Koller  
Zivilistisches Seminar  
Falkenplatz 18  
3012 Berne

**Coordination et renseignements:** Maja Wuerth-Neukomm  
OFAS, Division Prévoyance professionnelle  
Section Droit et législation  
Effingerstrasse 33  
3003 Berne  
Tél. 031/322 92 19

**Diffusion:** Office central fédéral des imprimés et du matériel  
(OCFIM), 3000 Berne, Fax 031 992 00 23

**Copyright:** Office fédéral des assurances sociales  
CH – 3003 Berne  
Reproduction d'extraits autorisée – excepté à des fins  
commerciales – avec mention de la source; copie à  
l'Office fédéral des assurances sociales.

**Numéro de commande:** 318.010.18/98 f 9.98 150

*L'ordre des bénéficiaires  
des deuxième et troisième  
piliers*

*Rapport d'expertise à l'attention  
de l'Office fédéral  
des assurances sociales  
élaboré par le  
Prof. Thomas Koller*

*Berne, avril 1998*

## Préface de l'OFAS

Dans le domaine de la prévoyance, les "bénéficiaires" sont les personnes qui touchent les avoirs de prévoyance au décès de la personne assurée. Or, la notion de "bénéficiaires" ainsi que leurs droits y relatifs, sont définis différemment dans le cadre du 2e et du 3e pilier. Ainsi, seuls la veuve, les orphelins et la femme divorcée sont considérés comme bénéficiaires dans le cadre de la prévoyance professionnelle obligatoire. Dans le cadre de la prévoyance surobligatoire du 2e pilier et de l'ordonnance sur le libre passage, le cercle des bénéficiaires peut être étendu, au-delà des survivants au sens de la LPP, au veuf, aux personnes entretenues de manière substantielle par la personne assurée et aux héritiers légaux. Dans le pilier 3a, il est en outre possible de désigner les héritiers institués comme bénéficiaires.

Il se pose la question de savoir si, au vu des différentes définitions des bénéficiaires, il ne serait pas opportun voire nécessaire de trouver une définition identique et de formuler des objectifs de prévoyance communs dans le 2ème et dans le 3ème pilier a. En particulier, la question de savoir si le sens et le but de la prévoyance devaient être étendus ou si, au contraire, il conviendrait de réduire la prévoyance à sa conception primaire est ouverte.

Dans ce même ordre d'idées, si la désignation de "bénéficiaires" en faveur des personnes vivant en ménage commun hors mariage va bien dans le sens du développement de la politique sociale, les possibilités d'une telle désignation sont très limitées dans le cadre du droit actuel. Celui-ci ne correspond plus, ni aux différentes formes actuelles de la vie en commun, ni à la conception moderne de l'égalité entre les partenaires.

Les rapports réciproques entre prétentions découlant du droit de la prévoyance, du droit de la famille et surtout des droits successoraux posent des problèmes de coordination à différents égards (par exemple, les règles de partage en droit successoral, les exigences formelles de l'attribution du bénéficiaire, la réduction du niveau de la prévoyance) et sont la cause d'insécurité juridique.

Une étude concernant ce thème a été réalisée, sur mandat de l'OFAS, par le Professeur Thomas Koller de l'Université de Berne. Il a, en particulier, élaboré des propositions de modification de la loi.

Maja Wuerth-Neukomm,  
Division prévoyance professionnelle  
Section droit et législation

## Table des matières

<b>I.</b>	<b>Situation initiale.....</b>	<b>1</b>
1.	Introduction.....	1
a)	Importance économique de la prévoyance en Suisse.....	1
b)	Liens existant en général entre le droit de la prévoyance et le droit privé.....	2
c)	Liens existant en particulier entre le droit de la prévoyance à l'égard des survivants et le droit privé.....	5
2.	Mandat d'expertise.....	7
a)	Situation de départ selon la LPP.....	7
b)	Éléments du mandat.....	7
c)	Procédure.....	8
<b>II.</b>	<b>Analyse du problème .....</b>	<b>9</b>
1.	Remarques préliminaires.....	9
2.	Cercle des bénéficiaires en vertu du 2e pilier et du 3e pilier a (Questions 1 et 2 du mandat).....	9
a)	Droit en vigueur.....	9
aa)	Cercle des bénéficiaires en vertu de la prévoyance professionnelle obligatoire.....	10
bb)	Cercle des bénéficiaires en vertu de la prévoyance professionnelle surobligatoire.....	10
cc)	Cercle des bénéficiaires en vertu des institutions de libre passage.....	12
dd)	Cercle des bénéficiaires en vertu de la prévoyance individuelle liée.....	12
b)	Appréciation du droit en vigueur.....	13
aa)	En général.....	13
bb)	Problèmes formels.....	14
cc)	Problèmes matériels.....	15
c)	Variantes de solution possibles.....	16
aa)	Orientation d'une éventuelle révision, du point de vue de son contenu.....	16
bb)	Appréciation des variantes de solution proposées.....	17
d)	Problèmes juridiques liés à la reconnaissance de la qualité de bénéficiaires des concubins.....	19
aa)	Inclusion des concubins du même sexe ?.....	19
bb)	Définition du concept de concubin.....	21
cc)	Dispositions régissant l'ordre des bénéficiaires.....	25
dd)	Réglementation uniforme des bénéficiaires pour l'ensemble du droit de la prévoyance ?.....	26
e)	Niveau normatif approprié.....	28
3.	Effets d'une éventuelle extension du cercle des bénéficiaires dans le cadre de la prévoyance et dans d'autres domaines du droit (questions 3 et 4 du mandat d'expertise).....	30
a)	Droit actuel.....	30

aa)	Dispositions légales sur les relations entre le droit de la prévoyance et le droit patrimonial privé.....	30
bb)	Prises de position de la jurisprudence et de la doctrine sur les questions des relations entre le droit de la prévoyance et le droit patrimonial privé .....	32
cc)	Conclusion.....	38
b)	Effets d'une extension du cercle des bénéficiaires sur le droit patrimonial privé.....	39
4.	Compétence en matière de contestations entre les institutions de libre passage et les ayants droit (question 5 du mandat d'expertise)....	41
a)	Situation de départ .....	41
b)	Exposé du problème.....	43
<b>III.</b>	<b>Propositions de réforme.....</b>	<b>45</b>
1.	Remarques préliminaires.....	45
2.	Propositions de modifications législatives.....	46
a)	Dans le cas de l'obligation d'aménager un droit aux prestations pour les concubins.....	46
b)	Dans le cas d'une simple possibilité d'un droit aux prestations pour les concubins.....	47
c)	Autres modifications de loi, envisageables ou nécessaires.....	48
d)	Modification de la voie de droit pour les contestations avec des institutions de libre passage et (le cas échéant) avec des institutions de prévoyance individuelle liée .....	50
3.	Propositions de modifications au niveau de l'ordonnance.....	50
<b>IV.</b>	<b>Remarque finale .....</b>	<b>52</b>

## I. Situation initiale

### 1. Introduction

#### a) Importance économique de la prévoyance en Suisse

En vertu de l'article 34quater premier alinéa de la constitution fédérale, la Confédération prend 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. Notre système de prévoyance se fonde donc sur le principe communément appelé des trois piliers<sup>1</sup>, qui est réalisé par l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité (AVS/AI) pour l'ensemble de la population, premier pilier, par la législation sur la prévoyance professionnelle (LPP), deuxième pilier, enfin, par un certain nombre de dispositions, rudimentaires il est vrai, sur la prévoyance individuelle liée pour les personnes qui exercent une activité lucrative, troisième pilier (plus précisément 3e pilier a).

La structure de prévoyance dont il est ici question, revêt une importance économique considérable. A lui seul, le deuxième pilier a accumulé à ce jour des fonds de prévoyance pour un montant de plus de trois cents milliards de francs<sup>2</sup>. Selon des estimations de l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS), le troisième pilier a, qui existe depuis 1985, comprenait, fin 1996, quelque 24,5 milliards de francs, soit 4,8% des avoirs du deuxième pilier ou 5,8% du produit intérieur brut 1995<sup>3</sup>. La progression annuelle des fonds du troisième pilier a est évaluée à environ trois à quatre milliards de francs, ce qui correspond, approximativement, à 10 % de l'épargne annuelle (consentie spontanément) par la population<sup>4</sup>. On le voit,

<sup>1</sup> Pour la création de l'art. 34quater *est.* et le principe des trois piliers, voir absolument PIERRE-YVES GREBER, Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 29 mai 1874, Bâle/Zurich/Berne; commentaire de l'art. 34quater, avec réf. et JÜRIG BRÜHWILER, Die betriebliche Personalvorsorge in der Schweiz, Berne 1989, p. 85 ss et 137 ss.

<sup>2</sup> Cf. statistique des assurances sociales publiée, dans Sécurité sociale, 1998, p. 54, qui chiffre, pour fin 1995, à 305,5 milliards de francs le capital accumulé par le deuxième pilier.

<sup>3</sup> Ces données sur la prévoyance individuelle liée émanent de CLAUDE SCHAFER, La prévoyance individuelle comme 3<sup>e</sup> pilier de notre système de prévoyance, Sécurité sociale, 1997, p. 334/335. Il résulte toutefois des informations fournies que les capitaux accumulés par le 2<sup>e</sup> pilier à fin 1995 devraient approximativement s'élever à 500 milliards de francs (un montant nettement supérieur à celui de 300 milliards indiqué dans la statistique des assurances sociales). En regard du montant indiqué par la statistique des assurances sociales pour le deuxième pilier, les ressources affectées à la prévoyance individuelle liée atteindraient environ 7,5 – 8 %.

Ces différences ne prêtent pas à conséquence dans le cadre du présent rapport.

<sup>4</sup> SCHAFER [note 3], p. 334/335.

l'ensemble de la prévoyance a une importance certaine à la fois pour l'économie, les ménages et les particuliers. Au cours des dernières décennies, les prétentions à l'égard d'institutions des deux premiers piliers de la prévoyance et de celles de la prévoyance individuelle liée (pilier 3a) sont devenues une composante importante de la fortune pour pratiquement toute la population suisse. Pour une large part de la population, les prestations de la prévoyance constituent même le seul élément de fortune d'une certaine importance. Tout porte d'ailleurs à croire que la situation ne changera guère.

### **b) Liens existant en général entre le droit de la prévoyance et le droit privé**

L'implication juridique de cette matière en regard des droits patrimoniaux est relativement négligeable et n'est rien face à l'importance macro et micro-économique des prétentions de prévoyance. Certes, nombre d'aspects organisationnels, procéduraux et matériels du droit de la prévoyance au sens propre, tout comme les aspects " techniques ", sont réglementés par des lois, des ordonnances et d'autres normes<sup>5</sup>. En outre, les textes correspondants renferment des dispositions relativement claires en ce qui concerne les ayants droit. Par contre, il n'existe que très peu de normes, celles-ci étant d'ailleurs souvent libellées avec un certain laxisme<sup>6</sup>, sur l'éventuel sort juridique réservé aux prestations de prévoyance qui ont été versées et sur le rapport entre les prétentions de prévoyance d'une part et les prétentions relevant du droit de la famille et du droit successoral d'autre part. Si on considère que le droit des assurances sociales (pris au sens le plus large qui soit et incluant donc le droit de la prévoyance professionnelle et de la prévoyance individuelle liée<sup>7</sup>) et le droit privé, en particulier le droit de la famille et le droit des successions, sont investis d'une mission commune dans la réalisation d'une véritable prévoyance et qu'ils constituent l'interface par excellence de ces deux domaines du droit<sup>8</sup>, on ne peut qu'être surpris par cet état de fait.

Sous l'angle historique, les lacunes existantes sont relativement simples à expliquer. A l'origine, les prestations du premier pilier (AVS/AI) étaient peu conséquentes et

<sup>5</sup> Cf. les nombreux textes normatifs publiés sous RS 831, Recueil systématique des lois fédérales.

<sup>6</sup> Cf., par exemple, le libellé français peu clair de l'art. 197, 2<sup>e</sup> al., ch. 2, CC et l'ATF du 12.8.1997, Pra 1998, no 23, p. 160 ss (non encore publié officiellement; voir également le commentaire de cet article par PAUL-HENRI STEINAUER paru dans PJA 1998, p. 349/350).

<sup>7</sup> Le concept "droit des assurances sociales" est ici sciemment pris au sens large et utilisé comme synonyme de "droit de la prévoyance". Les ouvrages de référence accordent généralement à l'expression "droit des assurances sociales" un sens plus restrictif (cf. ALFRED MAURER, *Bundessozialversicherungsrecht*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle et Frankfurt a. M, 1994, p. 12ss, et THOMAS LOCHER, *Grundriss des Sozialversicherungsrechts*, 2<sup>e</sup> éd., Berne 1977, p. 1ss).

<sup>8</sup> Voir à cet effet et pour ce qui suit THOMAS KOLLER, *Familien- und Erbrecht und Vorsorge*, Studienheft recht Nr. 4, Berne 1997.



servaient pratiquement toujours à couvrir des besoins essentiels. Dans l'ensemble, les prestations alors versées par les assurances sociales ne permettaient pas de réaliser des économies. La situation n'a changé qu'avec la 8e révision de l'AVS, entrée en vigueur le 1.1.1973, à l'issue de laquelle les rentes ont sensiblement augmenté. Quant au deuxième pilier de la prévoyance, qui a permis selon les circonstances d'accumuler des prétentions conséquentes pendant un grand nombre d'années, le législateur ne s'y est attelé que relativement tard (1.1.1985). L'objectif était la concrétisation du principe des trois piliers qui avait été inscrit dans la constitution au début des années 70, autrement dit une opération délicate tant sur le plan du droit que de l'économie. Il s'agissait avant toute chose de codifier les rapports existant entre les institutions de prévoyance et les preneurs de prévoyance (aspects verticaux du droit de la prévoyance), les conséquences de ce droit sur le droit privé et le droit patrimonial (aspects horizontaux) étant laissées de côté par faute de ressources suffisantes de la part du législateur (et sûrement aussi du fait qu'il n'y avait pas, à l'époque, de véritable prise de conscience du problème). Les lacunes s'expliquent aussi, sans être excusables pour autant<sup>9</sup>, en regard de la prévoyance individuelle liée. En effet, l'ordonnance y relative<sup>10</sup> a dû être promulguée encore avant fin 1985 (vraisemblablement en un temps record) afin de permettre aux banques et aux assurances de prendre les mesures qui s'imposaient avant la fin de l'année et faire en sorte que les assujettis, sur le plan fiscal, puissent effectuer leurs premiers versements au troisième pilier a déjà pour l'année de calcul 1985. Au demeurant, il semble que seuls l'Office fédéral des assurances sociales et l'Administration fédérale des contributions, mais non l'Office fédéral de la justice<sup>11</sup>, aient participé à l'élaboration de l'OPP 3, raison pour laquelle cette norme ne renferme que des dispositions du droit de la prévoyance et (essentiellement) des dispositions fiscales, à l'exclusion d'éléments relevant du droit privé.

<sup>9</sup> La prévoyance individuelle liée soulève de nombreuses questions, parfois délicates, notamment dans le domaine du droit privé (cf., entre autres, THOMAS KOLLER, *Privatrecht und Steuerrecht, Eine Grundlagenstudie zur Interdependenz zweier Rechtsgebiete*, Berne 1993, p. 189 ss et, plus généralement, MEME AUTEUR, *Privatrecht und Steuerrecht – Ein erschöpftes Thema?*, RJB 1995, p. 92 ss, en particulier p. 103ss).

<sup>10</sup> Ordonnance du 13.11.1985 sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance (OPP 3; RS 831.461.3).

<sup>11</sup> J'ignore si cela est effectivement exact. Il est toutefois surprenant de constater d'une part, que les travaux préparatoires ont été effectués par une commission OPP instituée par le Conseil fédéral et par un groupe de travail mandaté par le chef du Département fédéral de l'intérieur et, d'autre part, qu'il a essentiellement été question de tenir compte des réflexions de la Conférence des directeurs cantonaux des finances, donc d'aspects fiscaux (voir à cet effet le communiqué de l'Office fédéral des assurances sociales [sic !] "Ordonnances concernant les dispositions d'ordre fiscal en matière de prévoyance professionnelle [OPP 3, OPP 4], décisions du Conseil fédéral du 13 novembre 1985", Archives de droit fiscal suisse 54, p. 378 ss).

Cet aperçu historique, qui explique les atteintes indésirables que le législateur a infligé, par voie de conséquence, au droit patrimonial, ne doit pas faire perdre de vue l'importance pratique des questions qui se posent. Les prétentions de prévoyance issues des trois piliers de la prévoyance inscrits dans la constitution ont fatalement une incidence sur le droit privé de versement d'aliments<sup>12</sup> et sur le droit patrimonial privé<sup>13</sup>. Lorsque les prestations de prévoyance étaient peu élevées (notamment au début du système AVS), il se peut que cet aspect du sujet ait été considéré comme de la pure théorie. Il en va tout autrement aujourd'hui où les prestations de prévoyance ont atteint depuis longtemps déjà un niveau élevé pour d'importantes couches de la population.

Le lien entre les prétentions de prévoyance d'une part et les prétentions résultant du droit privé d'autre part, notamment droit de la famille et droit successoral, peut être considéré comme un problème de coordination. Au cours des dernières décennies, les ouvrages spécialisés et la jurisprudence ont accordé une importance croissante à ce sujet, sans répondre pour autant à toutes les questions qui se posent dans ce domaine<sup>14</sup>. Le législateur a lui aussi compris le besoin d'une coordination entre droit privé et droit de la prévoyance et, ces dernières années, a érigé ponctuellement les normes correspondantes<sup>15</sup> ou envisagé de le faire prochainement. La compensation de prévoyance<sup>16</sup> qu'il est prévu d'introduire dans la nouvelle loi, encore en suspens, sur le divorce fournit un très bon exemple à ce propos. A l'heure qu'il est, une réglementation législative exhaustive de tous les éléments qui doivent faire l'objet d'une coordination n'est pas (encore) en vue. Aussi l'élaboration de solutions pour les problèmes à venir et la justification des mesures préconisées continueront-elles à incomber à la jurisprudence et aux ouvrages spécialisés. Cela dit, la situation actuelle engendre une incertitude juridique que l'on ne saurait minimiser puisque le domaine en question concerne une part relativement importante de la population.

<sup>12</sup> La question se pose notamment de savoir dans quelle mesure des prétentions relevant du droit de la prévoyance doivent être prises en compte dans le calcul d'aliments dus en vertu du droit civil (TH. KOLLER, *Familien- und Erbrecht und Vorsorge* [n. 8], p. 4 ss et p. 14 ss, avec réf.; exemple de jurisprudence, voir, p. ex : ATF 117 II 519 ss).

<sup>13</sup> La question se pose notamment de savoir comment il convient de traiter des prétentions de prévoyance dans le régime des biens et du droit des successions (cf. TH. KOLLER, *Familien- und Erbrecht und Vorsorge* [note 8], p. 7 ss et p. 21 ss, avec de nombreuses références).

<sup>14</sup> Voir les ouvrages mentionnés dans mon *Studienheft recht Nr. 4*, (p. 51 ss) [note 8] ainsi que les commentaires de jugements qui y figurent.

<sup>15</sup> Ainsi, parallèlement à l'art. 197, 2<sup>e</sup> al., ch. 2, CC, l'art. 22 LFLP et le (malencontreux) art. 285, 2<sup>e</sup> al., CC (pour ce dernier, voir également THOMAS KOLLER, art. 285, 2<sup>e</sup> al., CC - Eine gesetzgeberische Fehlleistung an der Schnittstelle zwischen Sozialversicherungsrecht und Kindesrecht [commentaire de l'ATF 113 II 6 ss], recht 1988, p. 35 ss).

<sup>16</sup> Révision déjà acceptée en principe par les deux chambres fédérales.

### c) Liens existant en particulier entre le droit de la prévoyance à l'égard des survivants et le droit privé

Un des fondements du droit de la prévoyance en Suisse est la prévoyance à l'égard des survivants. Cet aspect du droit de la prévoyance a, de toute évidence, de nombreuses connexions avec le droit successoral et, dans la mesure où un preneur de prévoyance est marié, avec le droit des régimes matrimoniaux. On constate que les zones d'influence de ces deux domaines juridiques font l'objet d'approches antinomiques.

S'agissant des prétentions des survivants résultant du droit des assurances sociales et celles issues du droit successoral, la principale controverse résulte du fait que les deux domaines juridiques prévoient des ordres différents de bénéficiaires, s'expliquant d'abord, par l'histoire propre à chacun de ces deux secteurs de droit, ensuite, par l'évolution du droit de la prévoyance, qui, pour l'essentiel, s'est développé indépendamment de l'ancien droit des successions<sup>17</sup>. La qualité d'héritier légal se fonde sur un système de parentèles et ne tient nullement compte des besoins de prévoyance des survivants<sup>18</sup>. A l'opposé, les dispositions concernant les bénéficiaires instituées par chacun des domaines de l'assurance sociale et de la prévoyance poursuivent un autre but : elles visent, conformément au mandat inscrit à l'article 34quater de la constitution, à satisfaire généralement les besoins en matière de prévoyance de tous les ayants droit<sup>19</sup>.

Moins marquées, mais néanmoins existantes, sont les oppositions entre le droit de la prévoyance et le droit des régimes matrimoniaux. Les prestations à l'égard du conjoint survivant, en particulier à l'égard de l'épouse survivante, ont toujours constitué un élément fondamental du droit de la prévoyance<sup>20</sup>. Il en va de même en droit civil – en particulier depuis l'entrée en vigueur, le 1.1.1988, du nouveau droit matrimonial, lequel améliore sensiblement la position du conjoint survivant sur le

<sup>17</sup> Voir à cet effet et pour ce qui suit TH. KOLLER Familien- und Erbrecht und Vorsorge [note 8], p. 22.

<sup>18</sup> Exception (mineure), l'art. 631, 2<sup>e</sup> al., CC qui prévoit que les enfants non encore élevés ou les enfants infirmes ont droit à une indemnité équitable au moment du partage (voir également PAUL PIOTET, Stipulations pour autrui, prévoyance professionnelle et droit successoral, PJA 1997, p. 537 ss, qui va même jusqu'à dire que grâce à la souplesse de cette disposition [et à la faculté de disposer du testataire], le droit successoral est davantage en accord avec les besoins de la prévoyance que ne le sont les dispositions rigides de la législation sur la prévoyance professionnelle [op. cit. p. 547]).

<sup>19</sup> Excepté le droit régissant les prestations complémentaires, les besoins réels de prévoyance ne jouent aucune rôle, contrairement à ce qui se passe dans le cadre du droit de l'aide sociale (qui lui est du ressort des cantons) (idem MAURER [note 7], p. 12).

<sup>20</sup> Ainsi, par exemple, la teneur première de la loi sur l'AVS de 1946 prévoyait déjà une réglementation exhaustive (et très large) de la rente de veuve (voir notamment à ce sujet THOMAS KOLLER, Die eidgenössische Alters- und Hinterlassenversicherung im Verhältnis zum schweizerischen Eherecht, Eine Darstellung der Entwicklung von Gesetzgebung und Praxis in den Jahren 1948 bis 1982, Diss. Berne 1983, p. 148 ss).

plan du droit des régimes matrimoniaux et du droit successoral<sup>21</sup>. Cela dit, il existe ici aussi d'importantes différences entre le droit privé et le droit de la prévoyance puisque le droit de la prévoyance actuellement en vigueur tend à privilégier l'époux survivant par rapport aux descendants<sup>22</sup> du preneur de prévoyance. La différence de traitement réservée au conjoint survivant et aux autres héritiers légaux est encore plus frappante dans le domaine de la prévoyance (les héritiers légaux n'ayant en principe aucun droit ou ne devenant bénéficiaires qu'en l'absence de conjoint survivant) ainsi que dans le droit des régimes matrimoniaux et en droit successoral (les héritiers participant à la part de la fortune conjugale, devenue masse successorale, selon le régime matrimonial, dans la mesure où ils appartiennent à la souche parentale, selon leur ordre successoral et pour autant que le défunt ne laisse pas d'héritiers de première parentèle<sup>23</sup>). Cette différence de traitement ne revêt toutefois qu'une importance juridique mineure, les autres héritiers légitimes (parents exceptés) ne jouissant plus de parts réservataires depuis 1988<sup>24</sup>.

Dans la pratique, on constate que dans les litiges portant sur des questions de droit des régimes matrimoniaux et de droit successoral, les prétentions issues du droit des assurances sociales (prétentions à l'égard d'institutions de la prévoyance individuelle liée incluses) sont souvent supérieures aux prétentions résultant du régime matrimonial "ordinaire"<sup>25</sup> et surtout de celui des successions<sup>26</sup> et que celles-ci sont souvent l'unique patrimoine qui revient aux survivants à la suite du décès d'un preneur de prévoyance ou d'un testateur (le cas échéant d'une preneuse de prévoyance ou d'une testatrice<sup>27</sup>). Les divergences entre le droit de prévoyance des survivants d'une part et le droit des régimes matrimoniaux et le droit successoral d'autre part revêtent donc une importance considérable, même si le législateur n'y a

21 En particulier par le biais d'une amélioration de la position de l'épouse, grâce à la participation au bénéfice instituée par le régime matrimonial ordinaire de la participation aux acquêts (cf. art. 215 CC et art. 214a CC) et au relèvement de la part successorale revenant légalement à l'époux survivant (art. 462 CC et art. 462a CC).

22 En ce sens notamment que dans de nombreux domaines, seul l'époux survivant, à l'exclusion des descendants adultes du défunt, a droit à des prestations de survivant (art. 23 ss LAVS teneur du 7.10.1994 relatif à la rente de veuf et de veuve / art. 25 LAVS relatif à la rente d'orphelin / art. 19 ss LPP) ou encore en ce sens que l'époux survivant exclut même purement et simplement la qualité de bénéficiaires des descendants (majeurs ou non) du défunt (art. 2, let. 1, ch. 1, OPP 3).

23 Art. 462, ch. 2, CC.

24 Art. 471 CC, teneur du 5.10.1984.

25 Le traitement, en droit des biens, de prétentions résultant de la prévoyance individuelle liée fait l'objet de controverses dans les ouvrages de référence. Le Tribunal fédéral n'a pas encore été amené à se pencher sur cette question pourtant extrêmement importante (voir également TH. KOLLER, Familien- und Erbrecht und Vorsorge [note 8], p. 10 s. avec réf.).

26 Idem aussi PETER BREITSCHMID, Entwicklungen im Erbrecht / Le point sur le droit successoral, RSJ 1997 p. 83 ss, en part. p. 85.

27 Les termes génériques utilisés ici, et dans ce qui suit, désignent évidemment les hommes et les femmes. Dans le souci d'éviter une formulation trop lourde, nous avons sciemment renoncé à mentionner expressément les deux sexes.

guère prêté attention jusqu'ici. Il n'est dès lors guère surprenant qu'elles aient donné lieu à des controverses dans les ouvrages juridiques et parfois aussi dans la jurisprudence<sup>28</sup>.

## 2. Mandat d'expertise

L'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) connaît la problématique ici présentée. Par ailleurs, tant dans la pratique que dans les ouvrages de référence, les voix se font toujours plus pressantes pour demander une révision de certains aspects de la prévoyance en regard de la qualité de bénéficiaire, en particulier dans le sens d'une plus grande souplesse<sup>29</sup>. C'est pour cette raison que l'OFAS m'a confié le présent mandat<sup>30</sup>.

### a) Situation de départ selon la LPP

Les régimes du 2e pilier (domaine obligatoire, surobligatoire et libre passage) et du 3e pilier a n'instituent pas uniformément la qualité des bénéficiaires. Par exemple, les concubins ne peuvent être pris en considération que dans le domaine surobligatoire et dans le 3e pilier a, sous la rubrique " autres héritiers ". La situation résultant du droit successoral demeure peu claire. Plusieurs interventions parlementaires ont été déposées à ce sujet (voir question ordinaire Rechsteiner - Bâle du 2 octobre 1996). Partant, le Conseil fédéral envisage une révision générale des dispositions régissant les bénéficiaires, dans le cadre plus large de la prévoyance professionnelle. La commission LPP a approuvé la proposition de l'OFAS d'élaborer un projet de solution, avec la participation d'experts et d'offices spécialisés.

### b) Éléments du mandat

1. a. Comment faut-il définir le cercle des bénéficiaires dans le cadre du 2e pilier, de l'ordonnance sur le libre passage et du 3e pilier a ?

b. Est-il judicieux, dans l'optique du principe des trois piliers, d'étendre le cercle des bénéficiaires du 2e pilier aux concubins alors qu'à ce jour aucun domaine du droit

<sup>28</sup> Voir TH. KOLLER, Familien- und Erbrecht und Vorsorge [note 8], p. 21 ss, avec réf. ainsi que la dissertation de PIOTET, Stipulations pour autrui [note 18], parue pratiquement en même temps.

<sup>29</sup> Ainsi dans la pratique, on entend régulièrement dire que la législation sur la prévoyance professionnelle devrait prévoir la possibilité d'instituer le concubin survivant en qualité de bénéficiaire (voir, p. ex : K-Tip du 20.9.1995, p. 6/7).

S'agissant de la reconnaissance de la qualité d'ayant droit pour le concubin dans le cadre du droit sur le libre passage, voir également THOMAS KOLLER, Die neue Begünstigtenordnung bei Freizügigkeitspolice und Freizügigkeitskonti – Ein verkannter Handlungsbedarf in einem Milliardengeschäft?, PJA 1995, p. 740 ss.

<sup>30</sup> Extrait du contrat du 18.12.1997 / 20.12.1997 passé entre l'OFAS et moi-même.

n'a prévu le cas de figure de concubins du même sexe ? Quelles seraient les conséquences d'une telle mesure sur le 2<sup>e</sup> pilier ?

c. Est-il plus judicieux d'élaborer une réglementation uniforme applicable à la fois aux 2<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> piliers en ce qui concerne les problèmes énoncés sous a et b ou de prévoir des solutions distinctes pour les différents domaines du droit ?

2. Quels scénarios peut-on envisager dans le contexte des dispositions bénéficiaires (coordination avec l'AVS, avec le domaine surobligatoire, égalité de traitement entre le libre passage et le 3<sup>e</sup> pilier a, etc.) et quelles en seraient les conséquences ?

3. Quelles sont les conséquences d'un éventuel élargissement du cercle des bénéficiaires à l'égard de la prévoyance et en ce qui concerne d'autres domaines du droit (droit de la famille, droit matrimonial, régime des biens matrimoniaux, droit successoral, droit du divorce, LP) ?

4. Comment peut-on tenir compte du droit successoral ou le délimiter ?

5. A la lumière de l'ATF 122 V 320, il y a lieu d'analyser la position des institutions de libre passage par rapport aux institutions de prévoyance, en particulier dans l'optique des voies de droit.

### **c) Procédure**

L'auteur du présent rapport traite les questions qui ont été convenues (aspect fiscal excepté) et propose une base de discussion en vue d'élaborer une décision de principe et une réglementation ad hoc. Il propose deux variantes à l'OFAS, l'une se fondant sur une modification au niveau de la loi, l'autre au niveau de l'ordonnance.

## **II. Analyse du problème**

### **1. Remarques préliminaires**

Les éléments d'analyse arrêtés par l'OFAS donnent l'impression que l'objet de l'étude est relativement limité. Le chapitre premier du présent rapport, intitulé "Situation initiale", indique cependant clairement qu'il serait faux de se lancer dans une analyse restrictive de la question des bénéficiaires du 2<sup>e</sup> et du 3<sup>e</sup> pilier (en fait 3<sup>e</sup> pilier a), en particulier celle de l'extension du cercle des bénéficiaires aux concubins. Comme nous l'avons déjà vu, la question de savoir qui bénéficiera de prestations de prévoyance en cas de décès d'un preneur de prévoyance ne relève pas uniquement du droit de la prévoyance ; elle présente aussi une importance certaine en regard du droit privé, notamment en ce qui concerne le droit de la famille et le droit successoral. Il est de ce fait pertinent que l'OFAS cherche à connaître toutes les conséquences d'un éventuel élargissement du cercle des bénéficiaires et qu'il ait inclut ces questions dans le rapport d'expertise (questions 3 et 4). Seule la question n° 5, qui porte sur un aspect procédural du droit de la prévoyance et qui revêt une importance pratique de premier plan, occupe une place un peu particulière dans la liste des questions à étudier.

La question de savoir s'il y a lieu d'élargir le cercle des bénéficiaires institué par le 2<sup>e</sup> pilier (institutions de libre passage incluses) et la prévoyance individuelle liée, notamment en faveur des concubins, relève de considérations politiques et juridiques. La réponse à cette question s'inspire aussi de multiples réflexions, les motifs religieux n'étant peut-être pas les moins importants. Pour cette raison, il incombe en premier lieu au législateur de se prononcer à ce propos et de procéder aux aménagements qui lui semblent nécessaires. En ce qui nous concerne, nous nous bornerons à analyser les aspects juridiques d'une éventuelle redéfinition du cercle des bénéficiaires et à les argumenter.

### **2. Cercle des bénéficiaires en vertu du 2<sup>e</sup> pilier et du 3<sup>e</sup> pilier a (Questions 1 et 2 du mandat)**

#### **a) Droit en vigueur**

Les dispositions actuelles du droit de la prévoyance proposent les réglementations suivantes en matière de bénéficiaires :

aa) Cercle des bénéficiaires en vertu de la prévoyance professionnelle obligatoire

Les prestations pour survivants en rapport avec la partie obligatoire de la prévoyance professionnelle (2e pilier a) sont définies aux articles 18 et suivants LPP. Conformément à ces dispositions, l'épouse est considérée comme ayant droit à une rente si elle a un ou plusieurs enfants à charge au moment du décès du conjoint ou si elle a atteint l'âge de 45 ans et que le mariage a duré au moins cinq ans<sup>31</sup>. La femme divorcée est assimilée à la veuve en cas de décès de son ex-mari à la condition que le mariage ait duré dix ans au moins et que celle-ci ait bénéficié, en vertu du jugement de divorce, d'une rente ou d'une indemnité en capital en lieu et place d'une rente viagère<sup>32</sup>. Les enfants du défunt ont droit à une rente d'orphelin jusqu'à l'âge de 18 ans ou jusqu'à 25 ans s'ils sont (encore) en apprentissage ou en études ou s'ils sont invalides à raison des deux tiers au moins<sup>33</sup>. Les enfants recueillis n'ont droit à une rente que dans la mesure où le défunt était tenu de pourvoir à leur entretien<sup>34</sup>.

bb) Cercle des bénéficiaires en vertu de la prévoyance professionnelle surobligatoire

La LPP ne prévoit pas de dispositions particulières en ce qui concerne la partie surobligatoire de la prévoyance professionnelle (pilier 2b). Partant, il incombe aux institutions de prévoyance de définir, dans leurs règlements de prévoyance, statuts et dispositions diverses de droit public ou privé, le cercle des personnes qui peuvent prétendre à des prestations. Les institutions de prévoyance sont libres d'aménager la prévoyance comme elles l'entendent<sup>35</sup>, pour autant qu'elles respectent les principes fondamentaux de la prévoyance, à savoir : la collectivité (solidarité), la conformité aux buts et la proportionnalité<sup>36</sup>. Par ailleurs, dans le cadre de la prévoyance plus étendue, les institutions de prévoyance sont tenues de respecter les principes d'égalité de droit, de proportionnalité et d'interdiction de l'arbitraire<sup>37</sup>. En particulier, elles doivent assurer une égalité de traitement pour tous les destinataires<sup>38</sup>. Le droit de la prévoyance n'autorise donc pas les institutions de prévoyance et les preneurs de prévoyance à convenir d'arrangements individuels dans le domaine des prestations pour survivants<sup>39</sup>. Dans le domaine de la prévoyance

<sup>31</sup> Art. 19 LPP.

<sup>32</sup> Art. 20, 1<sup>er</sup> al, OPP 2. L'institution de prévoyance peut néanmoins réduire ses prestations dans la mesure où, ajoutées à celles d'autres assurances, en particulier AVS et AI, elles dépassent le montant des prétentions découlant du jugement de divorce (Art. 20, 2<sup>e</sup> al. OPP 2).

<sup>33</sup> Art. 20, 1<sup>ère</sup> partie, et art. 22, 3<sup>e</sup> al. LPP.

<sup>34</sup> Art. 20, 2<sup>ème</sup> partie LPP.

<sup>35</sup> Art. 49, 2<sup>e</sup> al., LPP; MAURER [note 7], p. 205.

<sup>36</sup> A propos de ces principes, voir ATF 120 Ib 202 ss, cons. 3c et d ainsi que MARTIN STEINER, Steuerliche Grenzen einer Individualisierung der zweiten Säule, RF 1997, p. 379 ss; idem ATF 113 Ib 13 ss.

<sup>37</sup> ATF 115 V 109, cons. 4b.

<sup>38</sup> Voir aussi à ce propos HANS MICHAEL RIEMER, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, Berne 1985, p. 101, avec réf.

<sup>39</sup> Cf. aussi ATF du 31.1.1995, RSAS 1997, p. 405 ss en particulier p. 406, cons. 1b in fine.



obligatoire, une extension générale du cercle des bénéficiaires est par contre parfaitement envisageable. Cette possibilité d'extension revêt une importance de premier plan dans la pratique (et, dans l'optique de l'art. 4, 2e al. cst., au niveau constitutionnel) en ce sens que ces dernières années, les institutions de prévoyance (surtout les institutions de droit public) ont été toujours plus nombreuses à introduire une rente de veuf<sup>40</sup>. Au demeurant, le droit de la prévoyance accorde aux caisses de retraite la faculté d'inclure des parents en ligne collatérale, frères et sœurs par exemple, dans le cercle des bénéficiaires<sup>41</sup>.

Les dispositions d'ordre fiscal posent pour leur part une limite de facto<sup>42</sup>. Les institutions de prévoyance dotées d'une personnalité juridique propre sont exonérées des impôts directs de la Confédération, des cantons et des communes dans la mesure où leurs revenus et leurs éléments de fortune sont exclusivement affectés à des fins de prévoyance professionnelle<sup>43</sup>. L'Administration fédérale des contributions (AFC) a publié deux circulaires portant sur les conditions auxquelles doivent satisfaire les institutions de prévoyance pour bénéficier de l'exonération fiscale prévue par le droit fédéral<sup>44</sup>. L'exonération fiscale prévoit notamment que le cercle des bénéficiaires ne saurait être trop étendu<sup>45</sup>. Selon la circulaire correspondante, seules les personnes suivantes peuvent être désignées en qualité de bénéficiaires en cas de décès du preneur de prévoyance<sup>46</sup>: 1) les ayants droit conformément aux articles 18 à 22 LPP, autrement dit la veuve, les orphelins et la femme divorcée (voir art. 20 OPP 2); 2) le veuf ainsi que les personnes à l'entretien desquelles le preneur de prévoyance a contribué dans une large mesure au moment de son décès ou pendant les dernières années qui ont précédé; 3) les enfants, les parents, les frères et les sœurs ainsi que les enfants des frères et des sœurs du défunt,

---

PIOTET, Stipulations pour autrui [note 18], p. 538, notamment, ignore cette considération lorsqu'il prétend que le preneur de prévoyance peut désigner lui-même son bénéficiaire dans le domaine de la prévoyance professionnelle surobligatoire.

40 Voir, pour exemple, art. 44 du règlement de la Caisse de retraite bernoise du 27.9.1993/5.1.1994/15.12.1994 sur la qualité d'assuré et les prestations.

41 Voir à cet égard ATF du 31.1.1995 non publié officiellement (extraits publiés dans RSAS 1997, p. 405 ss. Le jugement de l'instance précédente [Cour suprême du canton de Lucerne] a été publié dans LGVE 1994 I No 5, p. 3 ss).

42 Autres limites posées par le droit fiscal en matière de prévoyance, cf. STEINER [note 36], p. 379 ss.

43 Art. 80, 2<sup>e</sup> al., LPP; voir également art. 56, let. e, LIFD et art. 23, let. d, LHID.

44 Circulaire no 1 de l'Administration fédérale des contributions du 30.1.1986: loi fédérale adaptant l'AIFD à la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle (Archives de droit fiscal suisse 54, p. 510 ss; également publiée dans Prévoyance professionnelle et impôts, édité par la Conférence des fonctionnaires fiscaux d'Etat/Commission LPP, Muri/Berne 1992, p. 294 ss) et Circulaire no 1a de l'Administration fédérale des contributions du 20.8.1986: loi fédérale adaptant l'AIFD à la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle; modification de la circulaire no 1 (Archives de droit fiscal suisse 55, p. 201 ss; également publiée dans Prévoyance professionnelle et impôts, Muri/Berne 1992, p. 308 ss).

45 Ici aussi PIOTET, Stipulations pour autrui [note 18], p. 538, ne dit mot de la limitation du cercle des bénéficiaires prévue par le droit fiscal.

46 Voir chiffre II, 2.f) Circulaire no 1, teneur modifiée selon Circulaire no 1a.

dans la mesure où ces personnes n'ont pas déjà qualité de bénéficiaires en vertu du chiffre 1 ou 2. A défaut de bénéficiaires selon les chiffres 1 à 3, les cotisations versées par le preneur de prévoyance ou 50% du capital de prévoyance peut être versé aux autres héritiers légaux, à l'exclusion des collectivités publiques. A défaut d'héritiers légaux, le capital de prévoyance revient intégralement à l'institution de prévoyance.

Les réglementations fiscales varient d'un canton à l'autre. De toute évidence, certains ont une pratique plus libérale en matière de bénéficiaires<sup>47</sup> et s'écartent des recommandations de la Conférence des directeurs cantonaux des finances qui préconisaient une solution relativement restrictive<sup>48</sup>.

#### cc) Cercle des bénéficiaires en vertu des institutions de libre passage

En ce qui concerne les polices et les comptes de libre passage, en vertu de l'article 15, 1er alinéa, lettre b de l'ordonnance du 3.10.1994<sup>49</sup> sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, sont considérés comme bénéficiaires en cas de décès du preneur de prévoyance, dans l'ordre, d'abord les survivants au sens de la LPP ainsi que le veuf, ensuite, les personnes physiques à l'entretien desquelles l'assuré subvenait de façon substantielle, enfin, les autres héritiers légaux, à l'exclusion des collectivités publiques. Les assurés ont la faculté de préciser par contrat les droits de chacun des bénéficiaires et d'inclure dans le cercle des personnes définies au 1er alinéa, lettre b, chiffre 1, celles qui sont mentionnées au chiffre 2<sup>50</sup>.

#### dd) Cercle des bénéficiaires en vertu de la prévoyance individuelle liée

Enfin, en cas de décès du preneur de prévoyance, la prévoyance individuelle liée reconnaît la qualité de bénéficiaires, dans l'ordre, premièrement, au conjoint survivant, deuxièmement, aux descendants directs et aux autres personnes à l'entretien desquelles le défunt subvenait de façon substantielle, troisièmement, aux parents, quatrièmement, aux frères et sœurs et cinquièmement aux autres héritiers<sup>51</sup>. Le preneur de prévoyance a le droit de modifier l'ordre des bénéficiaires selon le 1er alinéa, lettre b, chiffres 3 à 5 OPP 3 et de préciser les droits de chacune de ces personnes.

<sup>47</sup> Cf. HEINZ WEIDMANN, Berufliche Vorsorge und gebundene Selbstvorsorge – Ungelöste Steuerprobleme, RF 1987, p. 95 ss, en part. p. 98.

<sup>48</sup> Cf. art. 13 des recommandations de la Conférence des directeurs des finances à propos de l'exonération fiscale des institutions de la prévoyance professionnelle du 17.1.1986 (publié dans Prévoyance professionnelle et impôts [note 44], S. 266 ss).

<sup>49</sup> OLP; RS 831.425.

<sup>50</sup> Art. 15, 2<sup>e</sup> al., OLP.

<sup>51</sup> Art. 2, 1<sup>er</sup> al, let. b, OPP 3.

## b) Appréciation du droit en vigueur

### aa) En général

Les considérations qui précèdent montrent clairement les différentes possibilités qui existent dans chacun des domaines du droit de la prévoyance en ce qui concerne la définition du cercle des bénéficiaires. On observe tout d'abord que les prétentions de survivants des personnes les plus proches du preneur de prévoyance (le veuf, par exemple) ne sont pas partout réglementées de la même manière. Les différences de traitement réservées au concubin sont encore plus flagrantes. Le fait que celui-ci ne puisse prétendre à aucune prestation dans le cadre de la prévoyance professionnelle obligatoire résulte directement de la LPP. Il en va tout autrement en ce qui concerne la partie surobligatoire de la prévoyance et les institutions de libre passage. Dans le cadre de la prévoyance professionnelle surobligatoire, rien ne s'oppose à ce que les concubins soient légalement institués en qualité de bénéficiaires. En revanche, le droit fiscal pose certains freins aux caisses de retraites. En effet, une institution qui reconnaîtrait comme bénéficiaire un concubin à l'entretien duquel le preneur de prévoyance n'a pas contribué de manière essentielle, ne pourrait pas, en vertu de la circulaire no 1 a de l'AFC, se prévaloir de l'exonération fiscale prévue par le droit fédéral et les employeurs et employés ne pourraient pas davantage déduire de leur revenu imposable les versements effectués à la caisse de retraite. Il va de soi qu'aucune institution de prévoyance n'envisagera de procéder à un élargissement du cercle des bénéficiaires non reconnu par l'autorité fiscale et de perdre par la même occasion le privilège de l'exonération fiscale sur les revenus et la fortune. Pour cette raison (et indépendamment du critère d'entretien), l'institution du concubin en qualité de bénéficiaire est pratiquement exclue dans le domaine surobligatoire de la prévoyance. La pratique montre également que les caisses de retraites, pour autant qu'elles admettent l'institution d'autres bénéficiaires que le cercle restreint de la famille, ont inscrit dans leurs règlements le principe d'entretien usuel et que, dans des cas particuliers, elles refusent, à juste titre, comme l'a reconnu récemment le Tribunal fédéral des assurances (TFA), le versement de prestations de prévoyance aux concubins de preneurs de prévoyance décédés si, au moment de l'échéance du versement des prestations, cette condition supplémentaire n'est pas effectivement remplie<sup>52</sup>. Ce faisant, le soutien est compris comme une voie à sens unique puisqu'il ne suffit pas que les concubins aient subvenu approximativement à parts égales aux dépenses communes d'entretien pour être reconnus comme ayants droit<sup>53</sup>.

<sup>52</sup> Voir l'arrêt, non publié, du TFA du 2.7.1997 en la cause B. (no B34/96), publié dans RSJ 1998, p. 162.

<sup>53</sup> Arrêt cité du TFA [note 52], cons. 2c in fine, en référence à une prise de position (en français) de l'OFAS, RCC 1987, p. 302 s.

Les mêmes remarques valent pour les institutions de libre passage. L'institution en tant que bénéficiaire d'un concubin à l'entretien duquel le preneur de prévoyance n'a pas contribué de manière décisive n'est pas possible en vertu de l'ordonnance sur le libre passage actuellement en vigueur, contrairement à ce que prévoyait l'ordonnance du 12.11.1986, aujourd'hui abrogée, sur le maintien de la prévoyance et le libre passage<sup>54</sup>. Les institutions d'assurances et les fondations de libre passage qui dérogeraient à l'article 15 OLP risqueraient de perdre leur qualité d'institution de libre passage (risque qu'aucune d'entre elles ne serait évidemment prête à courir). Une "libre institution du concubin en qualité de bénéficiaire" est uniquement possible sous le régime de la prévoyance individuelle liée. Cela suppose toutefois, outre une déclaration expresse de la part du preneur de prévoyance, d'une part, que celui-ci ne laisse ni conjoint, ni descendants directs (même majeurs), ni quelque personne que ce soit à l'entretien de laquelle il contribuait de manière décisive et, d'autre part, qu'il institue le concubin en qualité de bénéficiaire par disposition testamentaire ou pacte successoral<sup>55</sup>.

#### bb) Problèmes formels

En regard de la prévoyance professionnelle surobligatoire et du droit des institutions de libre passage, l'exclusion des concubins du cercle des bénéficiaires potentiels pose d'emblée un problème formel. Comme nous l'avons déjà vu, le seul élément qui empêche les institutions de prévoyance d'inscrire dans leurs règlements, statuts et autres textes régissant la prévoyance professionnelle la possibilité d'accorder en toute liberté et indépendamment de la notion de soutien apporté durant la vie commune, la qualité de bénéficiaire à un concubin est une circulaire de l'Administration fédérale des contributions. Cette disposition de droit fiscal n'a aucun fondement légal. Sur un plan constitutionnel, il est pour le moins surprenant qu'une question d'une telle importance, à l'heure actuelle, ne soit régie que par circulaire, donc par un acte mineur dans la hiérarchie des normes. Au demeurant, il n'est pas certain que la circulaire en question, expression du seul point de vue de l'AFC est sur ce point, conforme à la loi. Théoriquement, on pourrait parfaitement envisager de soumettre cette circulaire à une expertise judiciaire, même si, concrètement, cette possibilité est pratiquement exclue. Pour qu'un tel examen ait lieu, il faudrait impérativement qu'une institution de prévoyance inscrive dans son règlement la possibilité absolue de désigner un concubin en qualité de bénéficiaire et

<sup>54</sup> Voir, avec ciconspection, TH. KOLLER, *Begünstigtenordnung* [note 29], passim

<sup>55</sup> L'institution en qualité d'héritier est nécessaire, indépendamment de la nature juridique (controversée d'ailleurs) de la disposition bénéficiaire du droit de la prévoyance (cf. TH. KOLLER, *Privatrecht und Steuerrecht* [note 9], p. 205 ss) en ce sens que, selon art. 2, 1<sup>er</sup> al., let. b, chiff. 5 OPP 3, les "autres héritiers" pourraient être pris en considération. La qualité d'héritier est donc nécessaire et diffère, par exemple de la pratique en vigueur dans le cadre d'assurances sur la vie classique (voir. Art. 78 et 85 LCA).

qu'elle dépose un recours auprès de l'autorité judiciaire fiscale compétente au cas que les autorités fiscales seraient amenées à lui refuser l'exonération fiscale. Une institution qui agirait de la sorte s'exposerait à une longue procédure et, partant, risquerait d'être soumise à l'impôt sur le revenu, voire à l'impôt sur la fortune pendant de longues années (en fait, jusqu'au moment où les tribunaux compétents auraient déclaré que la désignation d'un concubin en qualité de bénéficiaire est irrecevable). De toute évidence, aucune institution de prévoyance ne se risquera dans une telle voie.

Les mêmes considérations s'appliquent au droit sur le libre passage. Il est un fait que l'exclusion ou la restriction de la qualité de bénéficiaire du concubin est ici régie par une norme hiérarchique de plus grand poids, à savoir par l'ordonnance sur le libre passage. Il n'en demeure pas moins que la légitimité constitutionnelle de la norme serait plus grande si la non-reconnaissance du concubin était inscrite dans une loi, par exemple, dans la loi sur le libre passage.

#### cc) Problèmes matériels

La possibilité de subordonner la qualité de bénéficiaire du concubin à la condition expresse que le preneur de prévoyance a contribué dans une large mesure à son entretien durant la vie commune pose également un certain nombre de problèmes matériels<sup>56</sup>. D'abord, le concubin survivant risque souvent d'avoir bien du mal à prouver que le défunt a subvenu dans une large mesure à son entretien. Ensuite, nombre de concubins risquent fort de vouloir se privilégier mutuellement. Une assistance réciproque majeure (de type croisé pourrait-on dire) ne peut toutefois guère être retenue et est carrément exclue selon le TFA et l'OFAS<sup>57</sup>. Encore, et il s'agit très certainement de l'élément le plus important, le principe de soutien prépondérant n'est plus véritablement de mise parmi les concubins. En principe, du moins chez les couples hétérosexuels, le concubinage suppose, comme dans le cas de couples mariés, des partenaires égaux, qui ne dépendent pas l'un de l'autre mais qui contribuent ensemble, chacun selon ses facultés, aux besoins communs<sup>58</sup>. En fait, lorsque les conventions et règlements prévoient des clauses bénéficiaires du type de celles de la circulaire ou de l'ordonnance<sup>59</sup>, il en résulte que les concubins sont pratiquement contraints de revenir à une forme de vie paternaliste, dont ils ne

<sup>56</sup> Voir TH. KOLLER, ouvrage cité, *Begünstigtenordnung* [note 29], p. 741.

<sup>57</sup> Voir ATF déjà cité du 2.7.1997 en la cause B. [note 52], cons. 2c in fine, et la prise de position de l'OFAS publiée dans RCC 1987, p. 302/303 (voir ci-avant note 53).

<sup>58</sup> Voir, pour le droit du mariage, art. 163, 1<sup>er</sup> al., CC.

<sup>59</sup> Il va de soi que les institutions de prévoyance et de libre passage n'ont pas l'obligation de prévoir, mais seulement de permettre, la désignation, comme bénéficiaires, de personnes à l'entretien desquelles le preneur de prévoyance a contribué de manière essentielle. (voir à propos du "non-self-executing-character" de l'art. 15 OLP, TH. KOLLER, *Begünstigtenordnung* [note 29], p. 742/743).

veulent généralement pas et qui leur sert de façade pour pouvoir s'accorder mutuellement des prestations de prévoyance équitables en cas de décès. Enfin, le droit en vigueur trahit une erreur d'appréciation élémentaire. En effet, tant la prévoyance professionnelle surobligatoire que les dispositions sur le libre passage permettent à des héritiers relativement éloignés, par exemple à des héritiers de la souche des grands-parents<sup>60</sup>, de bénéficier de prestations de prévoyance. Ceux-ci se verront donc gratifiés de prestations même s'ils n'ont pas besoin d'assistance et s'ils n'ont pas été entretenus par le preneur de prévoyance du temps de son vivant, tandis que le concubin qui aura vécu en étroite relation avec lui (mais à l'entretien duquel celui-ci n'a pas contribué de manière essentielle) n'aura droit à rien. Pareille contradiction est incompatible avec le but que la constitution a assigné au 2<sup>e</sup> pilier.

### c) Variantes de solution possibles

#### aa) Orientation d'une éventuelle révision, du point de vue de son contenu

La direction dans laquelle doit aller une modification éventuelle des dispositions du cercle des bénéficiaires relève en premier lieu d'aspects politiques et juridiques, donc des instances ou autorités compétentes. Trois variantes peuvent être envisagées pour corriger ces antinomies.

D'abord, on peut envisager de restreindre le cercle des bénéficiaires autorisés. Comme nous l'avons déjà vu, la prévoyance professionnelle surobligatoire et le droit sur le libre passage permettent à des parents relativement éloignés de bénéficier de prestations de prévoyance. Quant à la prévoyance individuelle liée, elle reconnaît même la qualité de bénéficiaire à toute personne physique ou morale (donc aussi à des institutions d'utilité publique ou à une commune), si celle-ci a dûment été instituée comme héritière par le preneur de prévoyance<sup>61</sup>. Il serait donc envisageable de limiter à la famille, au sens étroit du terme, le cercle des survivants ayant droit à des prestations, par analogie à ce qui se pratique dans le cadre du domaine obligatoire de la prévoyance professionnelle, étant entendu que le principe de l'égalité entre les sexes inscrit à l'article 4, 2<sup>e</sup> alinéa de la constitution devrait être respecté en introduisant une rente de veuf (également dans le domaine obligatoire)<sup>62</sup>.

<sup>60</sup> Voir à cet effet art. 459 et 460 CC.

<sup>61</sup> Voir supra II. 2. a).

<sup>62</sup> Le Tribunal fédéral des assurances (TFA) a déclaré qu'il était inconstitutionnel de limiter le droit à des prestations de survivants aux conjoints des assurés de sexe masculin (ATF 116 V 198 ss; libellé de manière moins précise, ATF 120 V 312 ss et 123 V 189 ss [où on peut toutefois toujours lire, p. 192, cons. 4f, "kaum zweifelhaft"]. Toutefois, le TFA a estimé qu'il était uniquement compétent pour demander aux institutions de prévoyance de droit public, à l'exclusion des institutions de droit privé, de procéder aux rectifications voulues. Les rectifications en question sont limitées et fonction de la conception des statuts (cf. les trois arrêts cités et Thomas Koller, Witwerrente und Geschlechtergleichbehandlungsgebot – Zur Tragweite von Art. 4 Abs. 2 BV für priva-

Dans la mesure où cela est juridiquement souhaité, une limitation de ce type du cercle des bénéficiaires pourrait être complétée par une réglementation sur la reconnaissance de la qualité de bénéficiaire des concubins.

On peut aussi prévoir d'inclure dans le cercle des bénéficiaires du 2<sup>e</sup> pilier (dispositions régissant le libre passage incluses) – simultanément à la modification du droit du 3<sup>e</sup> pilier a – toute personne désignée, par testament ou pacte successoral futur, comme héritier par le preneur de prévoyance. Le preneur de prévoyance pourrait ainsi librement faire bénéficier un concubin, mais aussi toute autre personne physique ou morale, de prestations de prévoyance. Dans ce cas de figure, il resterait alors uniquement à définir la question de l'ordre des bénéficiaires au cas où le preneur de prévoyance laisserait plusieurs ayants droit potentiels (par exemple, un concubin et des enfants d'un précédent mariage).

Troisième solution, enfin, on peut envisager de laisser l'ordre juridique tel quel et, dans le sens d'une mini-réforme, se borner à inclure le concubin dans le cercle des bénéficiaires.

#### bb) Appréciation des variantes de solution proposées

A mon sens, une extension par trop large du cercle des bénéficiaires du 2<sup>e</sup> pilier est incompatible avec le but visé par la prévoyance professionnelle. Par ailleurs, une mesure de ce type aurait fatalement des conséquences sur d'autres domaines du droit (par exemple, droit successoral, droit fiscal<sup>63</sup> et LP<sup>64</sup>). Pour ces raisons, j'estime que cette variante ne doit pas être retenue.

Une limitation de la qualité de bénéficiaire aux membres la famille, au sens étroit du terme, par analogie au domaine obligatoire de la prévoyance professionnelle (veufs inclus), est, à mon sens, une solution digne d'être examinée. Cette variante permettrait d'une part de mieux réaliser le but de prévoyance assigné au 2<sup>e</sup> pilier et, d'autre part, de renforcer la légitimité du traitement particulier de prétentions issues de la prévoyance professionnelle à la fois dans le régime des biens matrimoniaux, le droit successoral, le droit fiscal et la LP. Quoi qu'il en soit, si l'introduction d'une clause bénéficiaire en faveur des concubins devait, au plan de la politique sociale, être considérée comme inopportune, cette variante permettrait déjà de supprimer l'erreur d'appréciation dont il a précédemment été question et seules des personnes

---

trechtlich organisierte Vorsorgeeinrichtungen [commentaire de l'ATF 120 V 312 ss], PJA 1995, p. 784 ss).

<sup>63</sup> Pour d'autres obstacles fiscaux à une individualisation du droit de la prévoyance (en tout cas de lege lata) voir également STEINER [note 36], p. 379 ss.

<sup>64</sup> Voir infra II. 3.

vivant en étroite relation (codifiées par des dispositions du droit de la famille) avec le preneur de prévoyance<sup>65</sup> seraient alors considérées comme bénéficiaires. Une solution de ce type – que l'on rencontre d'ailleurs dans nombre d'institutions de prévoyance<sup>66</sup> – aurait toutefois pour conséquence que bien souvent, le preneur de prévoyance ne laisserait aucun ayant droit (en particulier lorsque les dispositions applicables excluent la possibilité de verser des prestations à des descendants adultes). En l'occurrence, le capital de prévoyance reviendrait à l'institution de prévoyance ou à l'institution de libre passage, ce qui poserait des problèmes non pour les institutions d'assurance (au contraire, cela correspondrait parfaitement au principe du risque propre aux assurances) mais pour les institutions d'épargne, comme par ex. pour les fondations de libre passage<sup>67</sup>).

Dans le cadre d'une éventuelle réforme générale des dispositions bénéficiaires du droit de la prévoyance, il y aurait lieu d'examiner par ailleurs dans quelle mesure il faudrait aussi restreindre le cercle des bénéficiaires institués par le 3<sup>e</sup> pilier a, dans l'optique de mieux mettre en évidence la vocation de prévoyance des polices et conventions de prévoyance liée par rapport au simple caractère de capitalisation du 3<sup>e</sup> pilier b. Une décision de ce type ne manquerait pas d'avoir une portée économique et politique considérable, car une éventuelle limitation du cercle des bénéficiaires institués, par exemple une limitation du cercle des bénéficiaires aux membres de la famille au sens étroit du terme, le cas échéant avec reconnaissance de la qualité d'ayants droit des concubins (hétérosexuels ou homosexuels), risquerait de réduire considérablement l'attrait que suscite actuellement le 3<sup>e</sup> pilier a. (Il s'agit là d'un aspect économique important dont il faut être conscient)<sup>68</sup>. Il y aurait lieu également de se prononcer sur le sort réservé au capital de prévoyance accumulé par

<sup>65</sup> Le traitement différencié des couples mariés et non mariés qui en résulterait n'est, à mon sens, pas en contradiction avec l'art. 4 cst. Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral admet en effet un traitement différencié pour les couples mariés et non mariés dans de nombreux domaines (voir notamment au sujet de l'imposition des successions ATF 123 I 241 ss et pour l'imposition des revenus ATF 118 Ia 1 ss).

<sup>66</sup> Par exemple, la Caisse de retraite bernoise ne verse des prestations pour survivants qu'aux conjoints mariés (sous certaines conditions aux conjoints divorcés) et aux orphelins jusqu'à l'âge de 18 voire 25 ans (art. 44 du Règlement no 1 de la Caisse de retraite bernoise sur la qualité de membre et les prestations).

<sup>67</sup> Des situations de ce type peuvent actuellement déjà se présenter, notamment lorsque le preneur de prévoyance ne laisse aucun héritier légitime. En l'occurrence, l'OLP ne dit pas ce qu'il advient du capital de prévoyance (voir à ce propos et pour les solutions présentées dans différents ouvrages TH. KOLLER, *Begünstigtenordnung* [note 29], p. 741, en part. rem. 9).

<sup>68</sup> Au sujet des problèmes liés à l'attrait considérable exercé par le 3<sup>e</sup> pilier a en Suisse, on peut lire, dans le troisième Rapport national du Fonds monétaire international, une position critique du FMI à l'égard de la pratique suisse (voir articles publiés dans NZZ du 28.11.1995, p. 21, et dans "Bund" du 28.11.1995, p. 14). Pour d'autres aspects résultant de la dynamique de la prévoyance individuelle liée, voir aussi THOMAS KOLLER, *Die gebundene Selbstvorsorge (Säule 3a) in der Zwangsvollstreckung, ou Der Fiskus als Zaublerlehrling des 20. Jahrhunderts?*, commentaire de l'ATF 121 III 285 ss, PJA 1995, p. 1626 ss.



le preneur de prévoyance au cas où celui-ci ne laisserait aucun bénéficiaire (dûment reconnu). En ce qui concerne les assurances de prévoyance liée, le fait que le capital reste acquis à l'institution d'assurance pourrait, juridiquement, parfaitement se justifier à la lumière de considérations relevant de la technique d'assurance. Il en irait tout autrement pour les fondations bancaires (de même que dans le domaine du droit du libre passage) étant donné que les conventions de prévoyance liée constituent une forme d'épargne par excellence et non une forme d'assurance.

#### **d) Problèmes juridiques liés à la reconnaissance de la qualité de bénéficiaires des concubins**

Si les autorités compétentes devaient renoncer à assouplir dans son ensemble la réglementation applicable aux bénéficiaires mais souhaitaient néanmoins compléter le droit existant en instituant les concubins comme ayants droit, indépendamment du critère de soutien déterminant, il y aurait lieu alors de résoudre toute une série d'autres problèmes.

##### aa) Inclusion des concubins du même sexe ?

Une question essentielle qui se poserait alors est celle de savoir si les nouvelles dispositions bénéficiaires doivent s'appliquer uniquement aux couples non mariés (concubins) de sexe opposé ou aussi à des concubins du même sexe. Nous nous trouvons là indéniablement face à une question relevant de la politique sociale (qui, en tant que telle, devrait être tranchée par le législateur). En ce qui me concerne, j'estime que le fait qu'aucun autre domaine du droit n'ait à ce jour "réglementé" le cas de figure des concubins du même sexe (question 1b du mandat d'expertise) ne saurait constituer un obstacle à une normalisation. Il convient plutôt de rappeler ici que les dispositions applicables en matière de prévoyance surobligatoire et d'institutions de libre passage reconnaissent la possibilité d'instituer un concubin du même sexe en qualité de bénéficiaire, pour autant que le preneur de prévoyance ait, de son vivant, contribué exclusivement et dans une large mesure à l'entretien du survivant<sup>69</sup>.

<sup>69</sup> En ce sens, il existe déjà dans le droit actuel une "réglementation" concernant des concubins du même sexe (limitée il est vrai à une situation dans laquelle les partenaires ne sont pas en situation d'égalité, l'un dépendant de l'autre). L'ATF précédemment cité (note 52) du 2.7.1997 en la cause B. se fondait sur une communauté de vie entre femmes (le cas échéant faisant simplement ménage commun). On peut toutefois supposer que l'Administration fédérale des contributions, au moment d'élaborer la disposition correspondante de sa circulaire no 1a, et le Conseil fédéral, par ses articles 15, 1<sup>er</sup> al., let. b, ch. 2, OLP et 2, 1<sup>er</sup> al., let. b, ch. 2, OPP 3 n'ont pas d'emblée envisagé le cas de concubins du même sexe mais plutôt celui d'une "assistance de type courant" (p. ex : un oncle riche qui subvient aux frais d'entretien et de formation d'une nièce dans le besoin). C'est naturellement, et à juste titre, que les dispositions bénéficiaires du 3<sup>e</sup> pilier a connaissent une "réglementation indirecte" applicables aux concubins du même sexe en ce sens que tout héritier (également l'héritier institué par testament) est en droit de bénéficier de prestations de prévoyance (art. 2, 1<sup>e</sup> al., let. b, ch. 5, OPP 3).

Toutefois, en vertu de l'ordre juridique actuel, ni l'Etat, ni les institutions privées n'ont l'obligation de prévoir des dispositions bénéficiaires spéciales en faveur de concubins du même sexe, quand bien même des dispositions de ce type ont été introduites pour les concubins hétérosexuels. Actuellement du moins, le droit ne prévoit pas (encore) la possibilité, pour les concubins du même sexe, de prétendre à une égalité de traitement (fondée par exemple sur l'art. 4, 1<sup>er</sup> alinéa cst.) et de revendiquer les mêmes droits que les concubins hétérosexuels. En effet, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, une norme fondée sur un traitement juridique différencié ne viole pas l'article 4 de la constitution lorsque la mesure en question fait référence à une différence de fait majeure. L'appréciation de cette différence s'effectue à la lumière des principes dominants sur lesquels repose l'ordre juridique<sup>70</sup>. Le Tribunal fédéral lie donc simultanément la recevabilité constitutionnelle de traitements juridiques différenciés à une interprétation tenant dûment compte de l'évolution de la société et de celle du droit en général<sup>71</sup>. Étant donné que l'on ne perçoit pas (encore) dans notre ordre juridique de volonté "véritablement ancrée dans la conscience juridique"<sup>72</sup>, en faveur d'une égalité de traitement entre les concubins de même sexe et les concubins de sexe différent, la différence de traitement résiste actuellement encore à l'article 4, 1<sup>er</sup> alinéa de la constitution. Dans le même sens, la Cour européenne de justice est récemment arrivée à la conclusion qu'en l'état actuel du droit, un traitement différencié des concubins homosexuels et hétérosexuels ne violait ni le droit communautaire ni la Convention européenne des droits de l'homme<sup>73</sup>.

---

Au demeurant, d'autres domaines du droit traitent du concubinage de personnes du même sexe. Par exemple, la jurisprudence du droit de la famille admet qu'un conjoint marié qui vit maritalement avec un partenaire du même sexe ne peut pas faire valoir une prétention de prestation d'entretien à l'égard de son conjoint marié (HEINZ HAUSHEER/ANNETTE SYPCHER, Handbuch des Unterhaltsrechts, Berne 1997, note marg. 10.21 ; ZK-BRÄM, art. 163 CC, note 18/19).

<sup>70</sup> ATF 100 Ia 328, cons. 4b.

<sup>71</sup> Voir par exemple ATF 103 Ia 517 ss (à propos du droit des femmes et des hommes de revendiquer un salaire égal pour un travail égal fondé sur l'art. 4, 1<sup>er</sup> al, cst.) avec référence à l'évolution de la jurisprudence et ATF 118 Ia 3 cons. 3a ("... une réponse différente selon les époques et suivant les conceptions, idéologies et situations du moment"); 116 Ia 323 cons. 3c; 116 Ia 368 (jugement sur le droit de vote dans le canton d'Appenzell avec référence à l'évolution permanente de l'approche constitutionnelle); 112 Ia 244 cons. 4a; 110 Ia 14; 106 Ib 189 cons. 4c.

La jurisprudence critique parfois la *fonction conservatrice* de l'égalité en droit (voir GEORG MÜLLER, Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 29 mai 1874, Bâle/Zurich/Berne, art. 4, note 3, avec référence).

<sup>72</sup> ATF 116 Ia 368.

<sup>73</sup> Jugement du 17.2.1998 en la cause S. Grant, résumé dans Pra 1998, no 63, p. 395 ss.

### bb) Définition du concept de concubin

Il y a lieu également de trouver une définition pertinente et juridiquement satisfaisante de la notion de “concubin” si l’on veut éviter que le preneur de prévoyance puisse désigner quelque personne (physique) que ce soit au titre de bénéficiaire. (Laisser une entière liberté en la matière serait, à mon sens, incompatible avec le but de la prévoyance du 2e et du 3e pilier a<sup>74</sup>). J’estime à ce propos que les concubins doivent entretenir (de fait) une relation relativement étroite.

Pour définir juridiquement la qualité de ce lien, on pourrait, par exemple, se référer à la pratique du Tribunal fédéral concernant l’extinction du droit à une rente de divorcé lorsque le créancier d’aliments vit en concubinage avec un nouveau partenaire<sup>75</sup>. En vertu de la jurisprudence du Tribunal suprême, l’obligation du débiteur d’aliments s’éteint lorsque l’époux divorcé s’installe dans une relation hors mariage stable qui offre les mêmes avantages que le mariage. La question qui se pose ici est celle de savoir si le créancier d’aliments a instauré avec son concubin une communauté de vie tellement étroite que celui-ci est disposé à lui vouer fidélité et assistance, comme le demande aux époux l’article 159, 3e alinéa, CC. De l’avis du Tribunal fédéral, cette exigence est indépendante de la situation financière des concubins et se fonde exclusivement sur leurs sentiments respectifs et sur l’existence d’une communauté de sort<sup>76</sup>. Est réputé concubinage au sens strict, une communauté de vie durable, si ce n’est à long terme, entre deux personnes de sexe opposé, fondée sur un lien d’exclusivité, dans lequel interviennent des éléments psychiques, physiques et économiques. Cette communauté de vie est souvent aussi désignée par l’expression communauté d’habitation, de table et de lit. La jurisprudence en rapport avec l’article 153, 1er alinéa, CC n’accorde toutefois pas la même importance aux trois éléments cités. Même en l’absence d’union sexuelle ou économique, mais pour autant que les concubins partagent une relation de couple stable et exclusive et qu’ils se vouent réciproquement fidélité et assistance, il convient, estime le Tribunal fédéral, d’assimiler le concubinage au mariage. Pour statuer, le juge est tenu d’apprécier l’ensemble des éléments déterminants; en effet, tous les facteurs en présence ont de l’importance si l’on veut se prononcer valablement sur la qualité d’une communauté de vie<sup>77</sup>. Soucieux de faciliter la procédure de preuve, le Tribunal fédéral a institué une présomption de fait en vertu

<sup>74</sup> Voir supra II. 2. c) bb).

<sup>75</sup> Art. 153, 1<sup>er</sup> al., CC. Voir à ce propos aussi les considérations de HAUSHEER/SPYCHER [note 69], ch. marg. 10.07 ss, en particulier 10.12 ss; ZK-BRÄM, art. 163 CC, n. 12 ss et HANS HINDERLING/DANIEL STECK, Das schweizerische Ehescheidungsrecht, 4<sup>e</sup> éd., Zurich 1995, p. 365 ss et, plus récemment, ZGB-LÜCHINGER/GEISER, art. 153, n. 20/21.

<sup>76</sup> ATF 124 III 54 cons. 2a aa; 118 II 237 cons. 3a, tous deux avec réf.

<sup>77</sup> ATF 118 II 238 cons. 3b, avec réf.

de laquelle tout concubinage durant depuis cinq ans au moins au moment de l'introduction d'une action en modification doit, par définition, être assimilée à une communauté de sort comparable au mariage. En l'occurrence, il incombe au créancier d'aliments de fournir la preuve que sa relation de concubinage n'est pas suffisamment étroite et stable pour en espérer une assistance et un soutien comparables à ce que l'on est en droit d'attendre dans le cadre du mariage<sup>78</sup>.

Partant, le Tribunal fédéral subordonne l'extinction définitive du droit à une rente de divorcé à l'existence d'une communauté de vie qualifiée assimilable au mariage<sup>79</sup>, désignée, dans la jurisprudence, par l'expression concubinage qualifié, lequel se distingue du concubinage usuel<sup>80</sup>. Le droit de la prévoyance pourrait parfaitement se référer à cette distinction pour définir le cercle des ayants droit reconnus et se fonder à cet effet sur les considérations suivantes:

En droit de prévoyance, la qualité d'ayant droit de l'époux survivant se fonde sur la volonté d'assurer à celui-ci, après le décès du preneur de prévoyance, des prestations d'assistance et d'entretien en vue de compenser les prestations reçues pendant le mariage. La reconnaissance de la qualité de bénéficiaire peut ainsi être considérée comme une obligation d'assistance (art. 159 CC) résultant du droit matrimonial qui se "prolongerait" au-delà du décès d'un conjoint<sup>81</sup>. Depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit matrimonial, le 1er janvier 1988, l'obligation d'assistance se fonde, fait nouveau, sur une réciprocité absolue. D'un commun accord, chacun des partenaires s'oblige à assurer la prospérité du mariage<sup>82</sup> et à contribuer, selon ses facultés, à l'entretien convenable de la famille<sup>83</sup>. Les conjoints conviennent de la façon dont chacun apporte sa contribution, notamment par des prestations en argent, son travail au foyer, les soins qu'il voue aux enfants ou l'aide qu'il prête à son conjoint dans sa profession ou son entreprise et tiennent compte des besoins de l'union conjugale et de leur situation personnelle<sup>84</sup>. Contrairement à l'ancien droit, un partage légal des rôles n'est plus prévu et les contributions de chacun des époux sont considérées comme de valeur égale, indépendamment de la manière dont elles ont été apportées (selon le droit fédéral, il en allait déjà ainsi sous le régime de l'ancien droit)<sup>85</sup>. Pour ce

78 ATF 118 II 237/238 cons. 3a.

79 En toutes lettres dans ATF 114 II 298 cons. 1b.

80 HAUSHEER/SPYCHER [Fn. 69], ch. marg. 10.12 ss et ch. marg. 10.11.

81 A raison, la prétention à une rente de veuve n'est pas subordonnée à un dommage au titre de la prévoyance (LGVE 1994 II, no 31, p. 243 ss). Selon l'OFAS, il en va différemment pour le concubinage, dans le cadre duquel la qualité de bénéficiaire ne peut être reconnue que si le preneur de prévoyance a effectivement fourni des prestations financières (RCC 1987, p. 301 à propos des institutions de libre passage).

82 Art. 159, 2<sup>e</sup> al., CC.

83 Art. 163, 1<sup>er</sup> al., CC.

84 Art. 163, 2<sup>e</sup> al. et 3<sup>e</sup> al., CC.

85 ATF 114 II 29 cons. 5a; ZK-BRÄM, art. 163 CC, n. 128 in fine.

qui précède, et abstraction faite du soutien financier apporté par le défunt au conjoint survivant et de la nature de sa contribution à l'entretien de l'union conjugale, il est juste de verser des prestations au conjoint survivant après le décès du preneur de prévoyance. En vertu des principes du nouveau droit du mariage<sup>86</sup>, la prestation au titre de survivants ne se substitue pas aux contributions d'entretien fournies unilatéralement mais relève de l'assistance réciproque (sous quelque forme que ce soit) que se doivent les époux pendant le mariage. Le droit de la prévoyance répercute correctement les principes du droit du mariage en ce sens qu'il ne fait pas dépendre le droit de l'époux survivant du critère du soutien (entendez par-là unilatéral) fourni de son vivant par le preneur de prévoyance<sup>87</sup>.

Si l'obligation d'assistance et d'entretien réciproques selon le nouveau droit du mariage, constitue le critère fondamental d'appréciation du droit aux prestations du conjoint survivant sous le régime du droit de la prévoyance, il est alors légitime, s'agissant de situations de concubinage, de subordonner également le droit à des prestations (et la possibilité d'ouvrir ce droit) aux prestations d'assistance et d'entretien que se sont fournies mutuellement les partenaires de leur vivant. Au même titre que le Tribunal fédéral qui estimait que l'extinction d'une rente de divorcé ne se justifiait que dans la mesure où une communauté de vie s'apparente au mariage en regard des principes d'assistance et de fidélité, j'estime pertinent de subordonner, dans le droit de la prévoyance, un éventuel droit à des prestations en faveur de concubins à la condition que la communauté de vie dissoute par le décès du preneur de prévoyance puisse être assimilée au mariage sur le plan de la fidélité et de l'assistance<sup>88</sup>. Le droit civil et le droit de la prévoyance peuvent ainsi converger et cohabiter en parfaite harmonie, sans qu'une extension par trop accentuée du cercle des bénéficiaires n'entache la vocation de prévoyance voulue par la constitution. Il faudrait alors bien sûr, ce qui serait d'ailleurs absolument justifié, se défaire de l'optique dominant actuellement et selon laquelle les prestations d'entretien entre concubins issues du droit de la prévoyance sont forcément une "voie à sens unique"<sup>89</sup>.

<sup>86</sup> A propos de la vocation de modèle du nouveau droit du mariage, voir aussi TH. KOLLER, *Privatrecht und Steuerrecht* [note 9], p. 411 ss.

<sup>87</sup> Ces considérations prouvent simultanément que l'absence de droit à une rente de veuf dans le domaine obligatoire de la prévoyance professionnelle et les différences régissant les conditions d'obtention d'une rente de veuf sous le régime de l'AVS sont non seulement inconstitutionnelles mais contredisent de manière éclatante les principes du nouveau droit du mariage (voir également THOMAS KOLLER, *Ehescheidung und AHV*, PJA 1998, p. 291 ss, en part. p. 301/302, et même auteur, *Witwerrente* [note 62], p. 788).

<sup>88</sup> Cet exposé ne préjuge en rien la question de savoir si des concubins du même sexe peuvent prétendre à des prestations pour survivants. En effet, des couples du même sexe peuvent vivre une relation tellement étroite que celle-ci peut être assimilée au mariage en regard de la fidélité et de l'assistance réciproques.

<sup>89</sup> Voir à ce propos la note 52 de l'arrêt du TFA, déjà cité, du 2.7.1997 en la cause B.

Une solution de ce type permettrait par ailleurs aussi de résoudre relativement facilement les problèmes de coordination du droit de la prévoyance qui ne manqueraient pas de surgir du fait de l'introduction d'une clause bénéficiaire en faveur des concubins. Dans le domaine obligatoire de la prévoyance professionnelle, la femme divorcée a droit, nous l'avons vu, à une rente de veuve au décès de son ex-mari dans la mesure où le mariage a duré dix ans au moins et si la femme divorcée a été au bénéfice d'une rente ou d'une allocation unique correspondant à une rente viagère. Les prestations versées par l'institution de prévoyance peuvent toutefois être réduites à concurrence du montant excédentaire lorsque les prestations cumulées versées par d'autres assurances, en particulier AVS et AI, dépassent celles prévues dans le jugement de divorce<sup>90</sup>. Il résulte de ce qui précède (comme pour la rente de veuve de la personne divorcée jusqu'à la 8<sup>e</sup> révision de l'AVS<sup>91</sup>) que si un jugement de divorce ou une convention de divorce dûment approuvée par le juge prévoit de limiter dans le temps le versement d'une rente d'entretien ou d'assistance, alors le droit LPP à une rente de veuve pour la personne divorcée sera également limitée dans le temps et disparaîtra même en cas de décès de l'ex-époux<sup>92</sup>. Lorsqu'un preneur de prévoyance vit avec une femme divorcée qu'il désigne comme bénéficiaire, celle-ci pourrait, le cas échéant, jouir de deux rentes pour survivants (ce qui, sous l'angle du droit de la prévoyance, poserait un problème). Si la possibilité d'instituer un concubin comme bénéficiaire de prestations est subordonnée aux critères énoncés, alors l'ex-époux de la femme vivant en concubinage a le droit de demander au juge de le libérer de son obligation de verser des aliments. Il résulte de ce qui précède que le décès du preneur de prévoyance n'ouvre pas de droit à une rente de veuve LPP pour la personne divorcée. On pourrait même prévoir que dans une situation de ce type, l'institution de prévoyance du conjoint divorcé serait habilitée à refuser le versement d'une rente de veuve à la personne divorcée même si le preneur de prévoyance défunt n'a pas introduit d'action en suppression du droit aux aliments selon l'article 153, 1<sup>er</sup> alinéa CC.

En résumé, on peut donc dire :

On pourrait accorder au preneur de prévoyance le droit de désigner expressément son concubin (de sexe opposé, voire du même sexe selon la décision du législateur) en qualité de bénéficiaire. Le concubin survivant n'aurait toutefois droit à

<sup>90</sup> Art. 20 OPP 2.

<sup>91</sup> Voir TH. KOLLER, diss. [note 20], p. 222 (régime applicable jusqu'à la 8<sup>e</sup> révision de l'AVS) et p. 229 (régime applicable depuis la 8<sup>e</sup> révision de l'AVS).

<sup>92</sup> RIEMER [note 38], p. 123, avec réf.

des prestations pour survivants qu'à la condition supplémentaire qu'il ait partagé avec le défunt une relation de couple stable et exclusive, dans laquelle chacun se vouait fidélité et assistance réciproques. Le demandeur de prestations devrait apporter la preuve de l'existence d'une communauté de vie qualifiée, se fondant notamment sur des considérations d'ordre psychique, physique et économique, que les responsables des caisses de retraites concernées et les instances judiciaires seraient appelés à apprécier globalement. Dans le sens de la présomption de fait, on pourrait considérer - en accord avec la jurisprudence du Tribunal fédéral en rapport avec l'article 153, 1er alinéa CC - qu'un concubinage (le cas échéant, un concubinage de personnes du même sexe) qui aurait duré au moins cinq ans au moment du décès du preneur de prévoyance est assimilé à une communauté de sort comparable au mariage.

#### cc) Dispositions régissant l'ordre des bénéficiaires

Dans la mesure où les autorités compétentes pensent qu'il est souhaitable d'ouvrir un droit, au sens du présent rapport, à des prestations pour survivants en faveur de concubins, il y aurait lieu, par ailleurs, d'élaborer des dispositions régissant l'ordre des bénéficiaires pour le cas où le preneur de prévoyance ferait usage de cette possibilité et laisserait, outre un concubin, un conjoint, des enfants et d'autres parents proches.

Si l'on assimile le concubinage au mariage, condition de la reconnaissance du droit aux prestations, il convient de traiter le concubin comme le conjoint marié à l'égard des enfants ou de parents plus éloignés en ce qui concerne l'ordre des bénéficiaires<sup>93</sup>. Il s'avère par contre plus délicat de répondre à la question de savoir comment traiter les prétentions d'un concubin survivant par rapport à celles de l'époux survivant. Dans ce cas, le concubinage qualifié (impliquant un partenaire du même sexe ou de sexe opposé) du preneur de prévoyance constituerait une violation du devoir de fidélité qui lui incombe de par le mariage. Considérant que les prestations de prévoyance versées aux survivants peuvent aussi être considérées comme un

<sup>93</sup> Cela peut avoir pour conséquence qu'une institution de prévoyance doive verser des prestations à la fois au partenaire et à un (voire plusieurs) ex-conjoints. Une situation de ce type peut aussi se présenter sous le régime actuel, notamment lorsqu'un preneur de prévoyance marié laisse également une ou plusieurs ex-épouses. Une institution de libre passage a déjà été confrontée au problème de prestations concurrentes d'une femme mariée et d'une ex-épouse (voir ATF du 6.5.1996, Plaidoyer 1996/3 p. 74 = SVR 1996 BVG no. 51 p. 151).

prolongement de l'obligation d'assistance que se doivent mutuellement les époux, il serait incompatible avec les principes fondamentaux du droit du mariage de réduire les prestations pour survivants de l'époux survivant au profit d'un concubin. S'il se trouvait en concurrence avec un époux, le concubin ne pourrait percevoir de prestations que dans la mesure où l'époux reçoit également l'entier des prestations pour survivants. Cette façon de faire entraînerait toutefois une charge financière supplémentaire pour les institutions de prévoyance. La question de savoir si une solution de ce type est souhaitable ou non relève en fait de la politique sociale et économique et il incombe aux instances concernées de prendre position.

dd) Réglementation uniforme des bénéficiaires pour l'ensemble du droit de la prévoyance ?

Enfin, il convient de se demander dans quelle mesure il est judicieux d'élaborer une réglementation uniforme des bénéficiaires pour le 2e et le 3e pilier et comment coordonner les dispositions correspondantes avec les différentes parties du droit de la prévoyance (voir question 1c et 2 du mandat d'expertise de l'OFAS). Cette interrogation ne saurait avoir de sens que dans la mesure où, du point de vue du contenu, l'orientation de la révision des dispositions régissant les ayants droit ne vise pas un élargissement général du cercle des bénéficiaires, mais uniquement un aménagement ponctuel de dispositions en faveur de concubins<sup>94</sup>. Là encore, la question est de nature politique et il incombe aux instances concernées de dire dans quels domaines de la prévoyance il y a lieu d'instituer les concubins en qualité de bénéficiaires.

S'agissant du premier pilier (AVS), il y a peu de chances que cet élargissement soit envisagé. On peut en effet difficilement imaginer que le concubin serait de par la loi (et au même titre que l'époux survivant) considéré comme ayant droit à des prestations pour survivants. De cas en cas, il incomberait au preneur de prévoyance de dire si une communauté de vie, non formelle juridiquement, est suffisamment étroite pour justifier un droit à des prestations de prévoyance. Partant, un concubin ne pourrait, le cas échéant, être considéré comme ayant droit que dans la mesure où le preneur de prévoyance l'aurait expressément désigné en tant que tel<sup>95</sup>. Or, la désignation arbitraire de bénéficiaires est une notion étrangère (actuellement encore du moins) au droit de l'AVS. Au demeurant, pareil élargissement du cercle des bénéficiaires supposerait une charge de travail supplémentaire considérable pour les

<sup>94</sup> Voir supra II. 2. c).

<sup>95</sup> Dans l'optique d'éviter une extension illimitée du cercle des bénéficiaires, l'exigence faite au preneur de prévoyance de désigner un concubin ne saurait suffire. Le demandeur de prestations doit toujours apporter la preuve de l'existence d'une communauté de vie assimilable au mariage au moment du décès du preneur de prévoyance (voir ci-avant II. 2. d) bb).



caisses de compensation<sup>96</sup>. Selon mon analyse, les problèmes de coordination qui se poseraient entre le 1er pilier et les autres domaines du droit de la prévoyance ne résulteraient pas des différentes possibilités de déterminer les bénéficiaires.

En ce qui concerne le deuxième et le troisième pilier, il convient tout d'abord de dire si les institutions de prévoyance, les institutions de libre passage et celles de la prévoyance individuelle liée doivent être contraintes de donner au preneur de prévoyance le droit de désigner un concubin en qualité de bénéficiaire ou, au contraire, s'il suffit de leur accorder la faculté d'inscrire cette possibilité dans leurs règlements, statuts, etc. Chacune des solutions peut parfaitement se défendre. L'avantage d'une disposition contraignante s'explique par le fait qu'il y aurait alors, pour tous les domaines du droit de la prévoyance (AVS excepté) une réglementation uniforme permettant aux concubins de bien planifier leur prévoyance. Cet aspect peut revêtir une importance considérable, surtout pour les personnes qui changent souvent d'employeur (et qui changent par conséquent souvent aussi d'institutions de prévoyance, avec [en cas d'interruption d'une activité lucrative] des incursions dans des institutions de libre passage). Une solution de ce type aurait tendance à favoriser une plus grande mobilité. L'autre solution présenterait l'avantage d'accorder une plus grande marge de manœuvre aux institutions de prévoyance, aux institutions de libre passage et à celles de la prévoyance individuelle liée. Pour diverses raisons, les institutions en question peuvent avoir intérêt à sauvegarder leur autonomie<sup>97</sup>. Ainsi, l'inclusion des concubins dans le cercle des bénéficiaires, engendrerait pour nombre de caisses de retraites une importante charge financière supplémentaire que celles-ci ne seraient peut-être pas désireuses d'assumer. En outre, l'examen de la question de savoir si, dans tel ou tel cas, les conditions d'une communauté de vie assimilable au mariage sont réunies risquerait d'entraîner des frais non négligeables, que certaines institutions préféreraient peut être éviter en raison de considérations financières<sup>98</sup>.

Évoquer des raisons constitutionnelles à l'encontre d'une éventuelle obligation, pour les institutions de prévoyance, d'introduire une possibilité de désigner des concubins en qualité d'ayants droit aussi dans le domaine surobligatoire de la prévoyance professionnelle ne serait à mon sens guère justifié. J'estime en effet que l'article

<sup>96</sup> A ce que l'on dit, l'introduction du splitting dans le cadre de la 10<sup>e</sup> révision de l'AVS surcharge déjà la capacité des caisses de compensation.

<sup>97</sup> On peut par exemple imaginer que dans certains cantons, des institutions de prévoyance de droit public souhaitent, pour des considérations sociales, renoncer à l'introduction de dispositions en faveur de concubins.

<sup>98</sup> Les institutions de prévoyance peuvent aussi vouloir éviter une publicité négative (communiqués défavorables dans la presse) au cas où elles seraient amenées à ne pas reconnaître l'existence d'un concubinage. Elles peuvent se soustraire à ce risque si elles n'inscrivent pas la qualité d'ayant droit dans leurs règlements ou statuts.

34quater de la constitution présente un fondement constitutionnel suffisant pour introduire la réglementation légale correspondante<sup>99</sup>.

Si les autorités compétentes devaient prendre le parti d'exiger des institutions de prévoyance du deuxième pilier qu'elles aménagent la possibilité de désigner les concubins en qualité d'ayants droit, alors cette décision devrait s'appliquer aussi bien à la partie obligatoire qu'à la partie surobligatoire de la prévoyance professionnelle. Politiquement, et au vu de l'importance de cette mesure, on ne saurait en effet justifier que celle-ci s'applique exclusivement à la partie obligatoire de la prévoyance professionnelle<sup>100</sup> et non pas au pilier 2b<sup>101</sup>. Une extension, aux institutions de libre passage et à celles de la prévoyance individuelle liée, des possibilités élargies de désigner des ayants droit ne serait pas absolument nécessaire mais néanmoins souhaitable dans l'intérêt d'une plus grande clarté et d'une meilleure compréhension de la réglementation<sup>102</sup>. Parallèlement, il y aurait lieu de restreindre, conformément à la vocation de prévoyance des institutions de libre passage et du 3e pilier a, le cercle des autres bénéficiaires admis par ces institutions<sup>103</sup>.

#### e) Niveau normatif approprié

Théoriquement, une "mini-réforme" en vue d'aménager dans le droit de la prévoyance des modifications quant aux bénéficiaires selon les considérations ci-avant en accordant des prestations de prévoyance au concubin (le cas échéant en étendant ce droit aux personnes du même sexe vivant en commun) pourrait être appliquée dans le cadre du droit en vigueur et par le biais de l'interprétation. Pour ce faire, il suffirait de réinterpréter le critère du soutien déterminant apporté dans la vie commune. L'énoncé des dispositions déterminantes permettrait de considérer comme ayant droit aux prestations de prévoyance non plus une seule personne recevant le soutien unilatéral du preneur de prévoyance, mais également une personne qui aurait été liée à la personne décédée dans le contexte d'une vie

<sup>99</sup> De toute évidence, BRÜHWILER [note 1], p. 585/586 note 38, apprécie différemment la portée de l'art. 34quater cst. en ce qui concerne la partie surobligatoire de la prévoyance professionnelle. Toutefois, BRÜHWILER ne se prononce pas quant à la question qui nous occupe concrètement ici, celle d'une introduction "forcée" d'une reconnaissance de la qualité de bénéficiaires pour les concubins.

<sup>100</sup> Du point de vue formel, une modification de la LPP s'imposerait.

<sup>101</sup> L'autre solution (à savoir l'obligation, pour les institutions de prévoyance d'élargir le cercle des bénéficiaires uniquement en ce qui concerne le domaine surobligatoire, à l'exclusion du domaine obligatoire de la prévoyance professionnelle) n'entre évidemment plus en ligne de compte.

<sup>102</sup> Comme déjà vu, une disposition de ce type est de lege lata déjà possible dans le domaine de la prévoyance individuelle liée. L'ordre des bénéficiaires nécessiterait cependant d'être revu.

<sup>103</sup> Pour les questions qui se posent à cet endroit, voir ci-avant II. 2. c) bb).

commune exclusive et étroite, en partant de la notion de soutien réciproque et d'obligation d'assistance mutuelle (en analogie avec le droit matrimonial).

Toutefois, pour différentes raisons, une telle manière de procéder n'est pas pertinente. D'une part, il s'agit ici de définir des orientations qui relèvent, ainsi que nous l'avons plusieurs fois souligné, d'importantes considérations de politique sociale et de politique de la famille, de telle sorte que cette définition est plutôt du ressort du législateur que de celui des organes d'exécution et d'application du droit. Par ailleurs, la reconnaissance pratique des concubins en tant que bénéficiaires par le seul biais de l'interprétation rencontrerait plusieurs difficultés concrètes. Par exemple, il ne serait pas certain que les autorités fiscales reconnaissent un nouvel aménagement des clauses bénéficiaires auquel aurait procédé l'une ou l'autre des instances compétentes en matière de prévoyance (tribunaux des assurances sociales, OFAS, institutions de prévoyance, etc.). Le principal problème découle de ce que le TFA, dans sa jurisprudence la plus récente, a consolidé la notion de "soutien" ("Unterstützung") au sens classique et qu'il a donc totalement bloqué la voie menant à une nouvelle interprétation telle que nous l'avons esquissée ici<sup>104</sup>.

La solution de la question au niveau de l'ordonnance poserait des problèmes de politique juridique pour les raisons que nous venons d'exposer. Par ailleurs, elle ne serait juridiquement possible que si elle n'imposait pas aux institutions concernées une obligation d'aménager des dispositions en faveur des concubins, mais qu'elle se contentait d'introduire une possibilité d'ouvrir un droit aux concubins. Dans le droit de libre passage et du 3<sup>ème</sup> pilier a, il serait certes pratiquement possible de procéder facilement à une modification du droit au niveau de l'ordonnance par le biais d'une adaptation de l'OLP, respectivement de l'OPP 3, car les institutions de libre passage et les institutions de la prévoyance individuelle liée sont en concurrence<sup>105</sup> et s'efforceraient en conséquence d'offrir aux preneurs de prévoyance les meilleures conditions possibles (dont font évidemment partie la multiplicité des possibilités accordées). Dans le domaine de la prévoyance professionnelle surobligatoire, où la concurrence entre les institutions de prévoyance ne joue pas dans de nombreux

<sup>104</sup> Voir à ce sujet l'arrêt du TFA du 2 juillet 1997 dans la cause B, non publié et déjà évoqué dans la note 52 ci-avant. Il ne ressort toutefois pas clairement de cet arrêt s'il y avait, entre la preneuse de prévoyance décédée et la demanderesse, une communauté de vie exclusive et étroite, ou une simple communauté d'habitation plutôt large. En conséquence, on ne peut répondre avec certitude à la question de savoir si le TFA aurait exclu de faire bénéficier une partenaire placée sur pied d'égalité au sens étroit du terme (soit non soutenue unilatéralement par la preneuse de prévoyance).

<sup>105</sup> Le preneur de prévoyance bénéficie, dans les deux domaines du droit de la prévoyance, du libre choix parmi les institutions reconnues ainsi que, sous réserve d'autres obligations contractuelles, du droit de changer en tout temps pour une autre institution reconnue (article 12 OLP, article 3, 2<sup>ème</sup> alinéa, let. b, OPP 3).

cas<sup>106</sup>, le simple aménagement du droit à des prestations pour les concubins (par exemple par le biais de l'ordonnance<sup>107</sup>) aurait probablement pour conséquence que de nombreuses caisses de retraites ne modifieraient pas leurs règlements et s'en tiendraient au droit actuellement en vigueur. Par ailleurs, il faut admettre que les autorités fiscales seraient alors tenues de reconnaître une modification de l'ordre des bénéficiaires par voie d'ordonnance<sup>108</sup>.

La solution la plus éclairée serait donc une réforme de la réglementation en matière de droit aux prestations dans le droit de la prévoyance au niveau de la loi, quelles qu'en soient les orientations et les priorités. Aucune autre manière de procéder n'entrerait d'ailleurs en ligne de compte pour le secteur obligatoire de la prévoyance professionnelle; il serait indispensable de modifier les articles 18 ss LPP, par exemple en introduisant un nouvel article 19bis.

### **3. Effets d'une éventuelle extension du cercle des bénéficiaires, dans le cadre de la prévoyance et dans d'autres domaines du droit (questions 3 et 4 du mandat d'expertise)**

#### **a) Droit actuel**

##### aa) Dispositions légales sur les relations entre le droit de la prévoyance et le droit patrimonial privé

Les institutions de la prévoyance professionnelle ont, en Suisse, une tradition de plusieurs décennies. Au cours de ce siècle, de nombreux employeurs, tant du secteur privé que public, ont volontairement institué des caisses de retraites en faveur de leur personnel et n'ont cessé d'en étendre les prestations. Avec l'ancrage de la conception

<sup>106</sup> Il y a ici lieu de songer aux nombreuses institutions de prévoyance de droit public qui ne sont exposées à la concurrence des institutions de prévoyance privées que lorsque le secteur public, en tant qu'employeur, laisse exceptionnellement au salarié le libre choix de sa caisse de retraites (voir à ce sujet l'ATF 120 V 312 ss et 112 Ia 180 ss; remarquons en passant que, dans l'ATF 120 V 312 ss, le droit aux prestations de l'institution de prévoyance de droit public aurait été plus favorable au mari survivant que la réglementation de l'institution de droit privé à laquelle son épouse aurait adhéré [voir à ce sujet TH. KOLLER, Witwerrente [note 62], p. 784 ss]).

<sup>107</sup> Par exemple par le biais d'une modification de l'OPP 2.

<sup>108</sup> De nouvelles difficultés pourraient surgir en pratique, notamment pour ce qui est de l'attitude de l'Administration fédérale des contributions, en relation avec le traitement fiscal des assurances complémentaires dans le cas de l'accession à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle (voir à ce sujet la circulaire n° 23 du 5 mai 1995 relative à l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle [Archives de droit fiscal suisse 64 p. 132 ss] dans laquelle l'Administration fédérale des contributions défend le point de vue (difficilement soutenable à mon avis) que les assurances complémentaires au sens de l'article 30c, 4<sup>ème</sup> alinéa, LPP ne font pas partie, du point de vue fiscal, de la prévoyance collective, mais relèvent de la prévoyance individuelle [à l'endroit indiqué, chiffre 2.4]).

des trois piliers dans l'article 34quater de la constitution fédérale en 1972 et avec l'édiction de la LPP en 1982, le constituant et le législateur ont suivi la pratique en matière de prévoyance qui était jusqu'alors largement autonome et non-touchée par les réglementations fédérales (exceptées quelques rares dispositions du droit des fondations et du contrat de travail<sup>109</sup>). En raison de notre pragmatisme tout helvétique, le législateur a renoncé à une normalisation exhaustive de toutes les questions qui se posent dans le cadre du droit de la prévoyance. En particulier, celui-ci ne contient que peu de dispositions sur l'incorporation du droit de la prévoyance au reste de l'ordre juridique. Voilà qui est stupéfiant, car le droit de la prévoyance compte, comme indiqué au début, de nombreuses relations croisées avec le droit patrimonial privé, dont il résulte que des normes de coordination sont en fin de compte indispensables entre ces deux domaines du droit.

Le législateur a réglé, dans la LPP, le traitement des prétentions en matière de prévoyance professionnelle dans le cadre du droit de la poursuite pour dettes, en introduisant dans l'article 92 LP un chiffre 13 interdisant la mise en gage des prétentions envers une institution de prévoyance professionnelle avant leur échéance<sup>110</sup>. Cette disposition a été supprimée à l'occasion de la grande révision de la LP entrée en vigueur le 1er janvier 1997 et remplacée par un chiffre 10 qui déclare que sont insaisissables les droits aux prestations de prévoyance et de libre passage non encore exigibles à l'égard d'une institution de la prévoyance professionnelle<sup>111</sup>. Selon l'article 93 LP, les rentes payées après la survenance du cas d'assurance sont relativement saisissables.

Lors de l'édiction de la LPP, le législateur n'a pas réglé le traitement des prétentions en matière de droit de la prévoyance ni dans le droit de l'assistance mutuelle au sein du mariage, ni dans le droit des biens matrimoniaux, ni dans le droit successoral, bien qu'en 1982 les problèmes survenant à l'intersection des ordres juridiques fussent d'ores et déjà connus. Ce n'est qu'en 1984 qu'a été adoptée la révision du droit matrimonial, entrée en vigueur le 1er janvier 1988. A cette occasion, le législateur a inscrit dans le code civil des dispositions réglant les prétentions aux droits en matière de prévoyance professionnelle<sup>112</sup>. Le traitement des prétentions en matière de droit

109 Article 89<sup>bis</sup> CC (introduit par la LF du 21 mars 1958 [RO 1958 p. 390/391]); article 343<sup>bis</sup> CO (introduit par la même loi fédérale; supprimé par la LF du 25 juin 1971); articles 331 ss CO (introduit par la LF du 25 juin 1971).

110 RO 1983 p. 824.

111 Selon le message du Conseil fédéral, la nouvelle rédaction a pour objectif d'établir clairement que *l'insaisissabilité absolue* ne s'applique pas seulement dans le domaine obligatoire, mais également dans les domaines sur- et sous-obligatoire de la prévoyance professionnelle (Message concernant la révision de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 8 mai 1991, FF 1991 III p. 1 ss., en particulier p. 94).

112 Art. 197 al. 2 ch. 2, art. 207 al. 2 et art. 237 CC.

de la prévoyance en cas de divorce n'a éveillé que plus tard encore l'attention du législateur, dans le cadre de la révision actuellement en suspens du droit du divorce<sup>113</sup>, et les relations entre le droit de la prévoyance et le droit matrimonial n'ont toujours pas été tirées au clair par le législateur.

bb) Prises de position de la jurisprudence et de la doctrine sur les questions des relations entre le droit de la prévoyance et le droit patrimonial privé

La réglementation absente ou rudimentaire sur les relations croisées entre le droit de la prévoyance professionnelle et le droit patrimonial privé par le législateur a, comme on pouvait naturellement s'y attendre, provoqué nombre de prises de positions dans la jurisprudence et dans la littérature juridique, accompagnées de diverses propositions de solution.

Dans le domaine du droit de la poursuite pour dettes, le Tribunal fédéral a, par exemple, eu à se prononcer sur la question de savoir si les prétentions à la prévoyance individuelle liée selon l'article 92 chiffre 13 LP (depuis le 1er janvier 1997 article 92 chiffre 10 LP) bénéficiaient ou non d'une insaisissabilité absolue. Il a répondu par l'affirmative, motivant sa position en raison du fait que les prétentions à des prestations de la prévoyance individuelle liée reposent sur la LPP<sup>114</sup>. Ce jugement pose de nombreux problèmes, et ceci de divers points de vue. En particulier, il érige de nouveaux privilèges (forcément accompagnés de nouveaux inconvénients pour les créanciers du preneur de prévoyance) pour la prévoyance individuelle (déjà rendue très attrayante par de notables incitations fiscales). Ces privilèges vont au-delà de ceux découlant déjà des conventions de prévoyance liée passées avec des fondations bancaires, qui se caractérisent fondamentalement au niveau de la constitution du capital (sans tenir compte des principes essentiels du droit de la prévoyance professionnelle, tels ceux de la collectivité et de la solidarité)<sup>115</sup>.

Dans le domaine du droit des régimes matrimoniaux, d'importantes questions d'interface avec le droit de la prévoyance professionnelle ont été tirées au clair depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit matrimonial. La jurisprudence ne s'est penchée que sur quelques aspects, par exemple sur un problème marginal en raison de la rédaction française imprécise de l'article 197 alinéa 2 chiffre 2 CC<sup>116</sup> ainsi que

<sup>113</sup> Voir à ce sujet le message concernant la révision du code civil suisse (état civil, conclusion du mariage, divorce, droit de la filiation, dette alimentaire, asiles de famille, tutelle et courtaage matrimonial) du 15 novembre 1995, FF 1996 I 1 ss, en particulier p. 101 ss, ainsi que TH. KOLLER, Familien- und Erbrecht und Vorsorge [note de pas de page 8], p. 14 ss.

<sup>114</sup> ATF 121 III 285 ss.

<sup>115</sup> Voir notamment sur ce jugement la critique de TH. KOLLER, Zauberlehrling [note 68], p. 1626 ss.

<sup>116</sup> Cet ATF du 12 août 1997 n'est pas encore officiellement publié. Voir Pra 1998 n° 23 p. 160 ss (voir à ce sujet la note 6 ci-avant).

sur plusieurs effets (parfois peu satisfaisants) de la réglementation en vigueur en matière du droit des régimes matrimoniaux en cas de divorce<sup>117</sup>. Dans la littérature du droit civil, diverses questions de nature plutôt technique ont été traitées qui portent également sur le sort, en droit patrimonial, des prétentions aux prestations de la prévoyance professionnelle découlant du nouveau droit des régimes matrimoniaux. L'unanimité règne dans ce domaine, la plupart du temps<sup>118</sup>. Seul Paul Piotet fait exception : dans de nombreuses publications, il a en effet exprimé de vives critiques à l'encontre du législateur<sup>119</sup>. Il n'est pas pertinent d'examiner ici ces critiques car elles ne sont pas en harmonie avec le droit existant, que j'estime par ailleurs adéquat.

Une importante question de droit patrimonial n'est toutefois pas encore tranchée à l'heure qu'il est. L'incertitude plane sur le régime de droit patrimonial à appliquer aux prétentions issues de la prévoyance individuelle liée. Il ne semble qu'il n'y ait (encore) aucun jugement d'un tribunal sur ce problème très important en pratique. La littérature permet de distinguer dans ce domaine essentiellement quatre points de vue différents. Il semble que l'opinion s'impose de plus en plus que les prétentions issues de la prévoyance individuelle liée nées tant de conventions de prévoyance avec des fondations bancaires que de contrats de prévoyance avec des compagnies d'assurances sont à traiter comme les autres valeurs patrimoniales habituelles dans l'approche des questions de patrimoine matrimonial<sup>120</sup>. Isolément, des avis également récents et qui, pour certains, ne font pas référence scientifique correcte aux diverses opinions soutenues dans la doctrine, reviennent constamment à l'une des trois autres variantes<sup>121</sup> proposées.

Le traitement de certaines prétentions relevant du droit de la prévoyance professionnelle surgissent également dans le domaine du droit successoral. Il s'agit ici de la question de savoir si la reconnaissance du droit à des prétentions issues du droit

---

Voir également par ailleurs l'ATF 118 II 382 ss, concernant *l'union des biens selon le droit ancien*.

117 ATF 124 III 52 ss ; 123 III 289 ss ; 121 III 297 ss ; jugement du tribunal de district de Glaris du 30 novembre 1988, RSJ 1989 p. 229/230 ; voir la critique de ce dernier jugement dans THOMAS KOLLER, *Zur Zweckentfremdung von Leistungen der beruflichen Vorsorge durch ein (gutmeinendes) Zivilgericht*, RSAS 1989 p. 246 ss.

118 Voir à ce sujet : BK-HAUSHEER/REUSSER / GEISER, Art. 197 ZGB n° 50 ss, ainsi que plus généralement : TH. KOLLER, *Familien- und Erbrecht und Vorsorge* [note 8], p. 7 ss, tous deux avec références.

119 Voir à ce sujet TH. KOLLER, *Familien- und Erbrecht und Vorsorge* [note 8], p. 8, avec références.

120 Voir à ce sujet TH. KOLLER, *Familien- und Erbrecht und Vorsorge* [note 8], p. 10 ss, avec une étude de l'état de la discussion dans la littérature juridique.

121 Voir par exemple GLADYS LAFFELY MAILLARD, *Deuxième pilier et troisième pilier, les conséquences fiscales du divorce*, RDAF 1997 2ème partie (droit fiscal) p. 349 ss, en particulier p. 371 ss.

de la prévoyance (et en particulier lesquelles), tombant dans la masse successorale lors du décès du preneur de prévoyance, doit être subordonnée à des dispositions testamentaires, et si enfin les prétentions correspondantes des survivants ne risquent pas de violer les droits d'éventuels héritiers partiellement réservataires<sup>122</sup>. L'état actuel de la discussion de cette problématique peut être résumé comme suit :

- 1 Il n'est pas contesté que les rentes de survivant provenant du premier pilier (c'est-à-dire les rentes de veuf et de veuve AVS, AA et AM), ainsi que les prétentions des survivants ressortant du domaine obligatoire de la prévoyance professionnelle se situent hors du droit successoral et ne touchent pas à la part réservataire<sup>123</sup>. Il n'y a en revanche pas d'unanimité en ce qui concerne le traitement par le droit successoral des prétentions des survivants dans le domaine surobligatoire de la prévoyance professionnelle vis-à-vis d'institutions de libre passage et des prétentions issues de la prévoyance individuelle liée.
- 2 Sur la question de l'importance du troisième pilier a du point de vue du droit successoral, aucun jugement ou arrêt n'est encore connu et, dans la littérature juridique, seuls peu d'auteurs se sont penchés sur cette question. J'ai moi-même défendu dans différentes publications le point de vue selon lequel les prétentions des survivants à l'égard de prestations du 3ème pilier a sont à considérer, de tout point de vue<sup>124</sup>, comme des avoirs patrimoniaux ordinaires du défunt<sup>125</sup>. Il appartiendra à l'avenir de décider si la jurisprudence suivra la thèse selon laquelle la clause bénéficiaire dans le cas de conventions de prévoyance liée avec des fondations bancaires devra revêtir la forme d'une disposition testamentaire non seulement en termes de capital, mais aussi de couverture<sup>126</sup>. Tant en

<sup>122</sup> Voir sur cette problématique TH. KOLLER, Familien- und Erbrecht und Vorsorge [note 8], p. 21/22.

La question du viol des dispositions réservataires se pose, par exemple, lorsque le conjoint obtient des prestations de survivants et se trouve en concurrence (du point de vue du droit successoral) avec des enfants adultes de l'ayant droit qui n'ont droit à aucune prestation de prévoyance. Il est facile de constater que c'est un cas qui survient fort souvent en pratique.

<sup>123</sup> Voir à ce sujet TH. KOLLER, Familien- und Erbrecht und Vorsorge [note 8], p. 22/23, avec références ; voir aussi, plus récemment et pour le domaine obligatoire de la prévoyance professionnelle PIOTET, Stipulations pour autrui [note 18], p. 538.

<sup>124</sup> Les assurances de prévoyance liée sont évidemment également soumises aux dispositions de la loi sur le contrat d'assurance (LCA). Ceci a pour conséquence que, dans le cas d'assurances de prévoyance liée (mais pas dans celui de conventions de prévoyance liée avec des fondations bancaires) les clauses bénéficiaires n'ont pas besoin de revêtir la forme de dispositions testamentaires et que les articles 476 et 539 CC sont applicables lors du calcul des parts réservataires.

<sup>125</sup> TH. KOLLER, Privatrecht und Steuerrecht [note 9], p. 205 ss; le même, RJB 1995 [note 9], p. 110 ss; même auteur, Familien- und Erbrecht und Vorsorge [note 8], p. 26 ss.

<sup>126</sup> Voir à ce sujet TH. KOLLER, Familien- und Erbrecht und Vorsorge [note 8], p. 28 ss, avec d'autres références. PIOTET, Stipulations pour autrui [note 18], p. 541, s'est exprimé récemment et de manière critique sur la possibilité de clause bénéficiaire en cas de décès sans exigences de forme, en dehors des assurances sur la vie et de la prévoyance profes-



jurisprudence qu'en doctrine, il a été soutenu que le droit aux prestations des survivants dans le cadre de la prévoyance professionnelle relevait d'une stipulation pour autrui au sens de l'article 112 CO, et donc d'une relation de droit entre vifs<sup>127</sup>. Si ce point de vue, par ailleurs problématique et quelque peu en conflit avec différents arrêts du Tribunal fédéral en des matières proches mais ne concernant pas directement le droit de la prévoyance professionnelle<sup>128</sup>, devait un jour s'appliquer à la prévoyance individuelle liée, alors une clause bénéficiaire exempte de forme juridique (comme cela est souvent le cas en pratique, en la simple forme écrite) serait possible également pour les conventions de prévoyance liée passées avec des fondations bancaires. Au moyen de la forme juridique de la stipulation pour autrui (de son vivant), on risquerait d'échapper aux dispositions du droit successoral; ceci a été déjà souvent considéré par le Tribunal fédéral, en d'autres types de cas et avec raison, comme inadmissible<sup>129</sup>.

- 3 Le sort réservé en matière de droit successoral aux prétentions des survivants envers les institutions de libre passage n'a apparemment pas encore fait l'objet de décisions judiciaires et il n'y a guère de prises de positions de la doctrine à ce sujet. J'ai personnellement soutenu le point de vue qu'il y a lieu de qualifier en droit successoral les prétentions des survivants découlant des polices et comptes de libre passage comme les prétentions correspondantes issues de la prévoyance individuelle liée; une autre position n'aurait de sens que si l'on modifiait l'article 15 OLP, si le cercle des bénéficiaires possibles était notablement restreint et si, en l'absence de bénéficiaires autorisés du capital de libre passage et par analogie avec les principes qui s'appliquent à la prévoyance professionnelle au sens étroit du terme (collectivité, conformité au but et mesures appropriées), le capital

---

sionnelle. Il indique que les considérations de ANDREAS VON TUHR tirées du droit allemand (concrètement du § 331 BGB) seraient reprises mais ne pourraient être suivies d'effet en droit suisse. PIOTET a donc logiquement exprimé en d'autres circonstances que, en présence d'une stipulation pour autrui pour cause de décès, il faut un testament ou un pacte successoral pour les prestations en capital (PAUL PIOTET, Droit successoral, TDP Vol. IV, Fribourg 1975, p. 180).

<sup>127</sup> ATF 116 V 222 cons. 2; ATF 115 II 248 cons. 1; 115 V 99 cons. 3b; 113 V 289/290 cons. 4b; 112 II 38 ss; 112 II 250 cons. b; ATF du 31 janvier 1995, RSAS 1997 p. 405 ss (IIème cour civile du tribunal fédéral; confirmation de l'arrêt lucernois dans LGVE 1994 I n° 5); ATF du 29 novembre 1988, RSAS 1990 p. 97 ss (TFA); ATF du 18 mai 1981, RSAS 1983 p. 37 ss (Ière cour civile du tribunal fédéral); LGVE 1994 I n° 5. Références chez TH. KOLLER, Familien- und Erbrecht und Vorsorge [note 8], p. 23 note 192.

<sup>128</sup> Voir à ce sujet TH. KOLLER, Familien- und Erbrecht und Vorsorge [note 8], p. 29, avec références.

<sup>129</sup> Voir par exemple : ATF 96 II 90 cons. 7d; 89 II 92/93 cons. 5; 67 II 95 cons. 1c; avec référence chez TH. KOLLER, Familien- und Erbrecht und Vorsorge [note 8], p. 29 note 253.

Ces arrêts sont contredits néanmoins par un ATF non publié officiellement du 4 août 1995 dans la cause H.-B. c. Banque X. et J. (Pra 1996 n° 150 p. 316 ss) qui concerne l'ouverture d'un carnet d'épargne au nom d'une tierce personne et dont la portée pour la question qui nous intéresse ici n'est que difficilement appréciable.

revenait alors aux autres preneurs de prévoyance<sup>130</sup>. Demeure discutable (et doit donc être tiré au clair d'urgence) la question de savoir si, dans le cadre du droit actuel et en présence de contrats avec des fondations le libre passage, la forme de la disposition testamentaire doit être exigée ou non (comme pour les conventions de prévoyance liées passées avec des fondations bancaires)<sup>131</sup>.

- 4 En droit successoral, la portée des prétentions des survivants dans le domaine surobligatoire de la prévoyance professionnelle n'est pas claire. Certes, la littérature et la jurisprudence sont d'accord sur le fait que de telles prétentions sont à traiter sur deux points de la même manière que les prétentions issues d'assurances privées sur la vie : le preneur de prévoyance n'est pas soumis à l'obligation de respecter la forme d'une disposition testamentaire et les prestations de survivants allant au bénéficiaire ne tombent pas dans la masse successorale<sup>132</sup>. Dans la littérature par contre, la question est contestée de savoir si les survivants dans le domaine de la prévoyance professionnelle surobligatoire doivent être pris en considération lors du calcul de la part réservataire des héritiers en application des articles 470 ss CC. Certains auteurs soutiennent, parfois résolument, le point de vue que les prétentions des survivants relevant du droit de la prévoyance doivent être traitées, pour ce qui est du calcul de la part réservataire et de la réduction, comme les contrats d'assurance relevant de la loi sur le contrat d'assurance (LCA), c'est-à-dire que c'est pour l'essentiel leur valeur de rachat qui serait comptée dans la fortune de la personne décédée, ainsi qu'en dispose d'ailleurs l'article 476 CC. Cette valeur de rachat serait soumise à réduction en droit successoral selon l'article 529 CC<sup>133</sup> <sup>134</sup>. Par contre, de

<sup>130</sup> TH. KOLLER, Familien- und Erbrecht und Vorsorge [note 8], p. 25/26.

<sup>131</sup> TH. KOLLER, Familien- und Erbrecht und Vorsorge [note 8], p. 25 et p. 32.

Dans le cas des polices de libre passage, cette question ne se pose pas (de même qu'en cas d'assurances de prévoyance liée du 3<sup>ème</sup> pilier a, car il s'agit d'assurances personnelles soumises à la loi sur le contrat d'assurance (LCA) (article 10, 2<sup>ème</sup> alinéa, let. a, OLP; voir également à ce sujet l'ATF BGE du 28 août 1997, RSAS S. 122 ss). La doctrine et la jurisprudence reconnaissent que, dans le cas des assurances personnelles, le bénéficiaire use de son propre droit à la somme assurée après le décès du preneur d'assurance (*iure proprio*) et non d'un droit acquis en vertu du droit successoral. En conséquence, le droit aux prestations n'est pas soumis aux exigences de forme d'une disposition testamentaire (voir à ce sujet l'ATF 112 II 157 ss ainsi que TH. KOLLER, Familien- und Erbrecht und Vorsorge [note 8], p. 27, avec références). Par contre, les *comptes de libre passage* ne sont pas soumis à la LCA car il ne s'agit pas d'une assurance.

<sup>132</sup> TH. KOLLER, Familien- und Erbrecht und Vorsorge [note 8], p. 23, avec d'autres références. Voir aussi PIOTET, Stipulations pour autrui [note 18] qui ne soutient aucune autre thèse sur cette question (cette étude est parue presque en même temps que mon Studienheft recht Nr. 4 [note 8] et il n'a donc pas été possible d'en tenir compte).

<sup>133</sup> TH. KOLLER, Familien- und Erbrecht und Vorsorge [note 8], S. 23/24, avec références. Ici encore, voir PIOTET, Stipulations pour autrui [note 18], *passim*, qui soutient un point de vue qui s'écarte de la doctrine dominante en matière de calcul de la part réservataire.

<sup>134</sup> En plus de la réduction successorale, le droit en vigueur connaît, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1988, une notion de réduction aux acquêts que l'on pourrait qualifier de *réduction patrimoniale* (articles 208 et 220 CC). Le traitement des assurances sur la vie présente certaines difficultés

nombreux autres auteurs défendent le point selon lequel les prétentions des survivants issues du domaine surobligatoire de la prévoyance professionnelle ne sont pas du tout à prendre en compte du point de vue du droit successoral<sup>135</sup>. A ce jour, le Tribunal fédéral n'a pas encore eu à se prononcer sur cette question.

J'ai moi-même défendu le point de vue que les prétentions de survivants relevant du domaine surobligatoire de la prévoyance professionnelle dont la vocation, conformément à l'objectif fixé dans l'article 34quater cst., et avec les prestations de l'AVS et de l'AI, est d'assurer le maintien de façon appropriée du niveau de vie antérieur pour les personnes concernées, ne devraient pas être soumises à la réduction en vertu du droit successoral, tout comme d'ailleurs les prestations de la prévoyance professionnelle relevant du domaine obligatoire. Étant donné que les principes de collectivité, de conformité au but et d'adéquation, ainsi que les principes constitutionnels d'égalité devant la loi, d'interdiction de l'arbitraire et de proportionnalité qui doivent être respectés par les institutions de prévoyance et qui ne laissent guère de possibilités d'influence aux preneurs de prévoyance, il n'y pas lieu d'accorder trop d'importance au risque parfois évoqué dans la littérature<sup>136</sup> de "deshériter froidement les héritiers réservataires"<sup>137</sup>, sinon pour la prévoyance individuelle liée et les institutions de libre passage. Il en va de même pour l'assurance facultative des personnes exerçant une activité lucrative indépendante<sup>138</sup> et des personnes exerçant une activité lucrative dépendante selon les articles 44 ss LPP, car dans ce domaine également (et surtout pour des motifs relevant de la fiscalité), les preneurs d'assurance n'ont pas non plus de grandes possibilités d'aménagement dans la définition des prestations et des bénéficiaires. En particulier, des plans de prévoyance ne sont pas autorisés pour les cas individuels<sup>139</sup>.

---

dans le contexte de ces dispositions (voir notamment à ce sujet BK-HAUSHEER / REUSSER / GEISER, Art. 208 N 28, avec références). Pour les contributions de l'ayant droit à des institutions de prévoyance, la question de la réunion aux acquêts ne devrait pas se poser, car elles ne sont pas soumises à l'accord du conjoint et les prestations interviennent indépendamment de l'accord de ce dernier (état de fait ressortant de l'article 208, 1<sup>er</sup> alinéa, chiffre 2 CC).

135 TH. KOLLER, Familien- und Erbrecht und Vorsorge [note 8], p. 24, avec références.

136 Ainsi par exemple : WERNER NUSSBAUM, Die Ansprüche der Hinterlassenen nach Erbrecht und aus beruflicher Vorsorge, RSAS 1988 p. 197 ss, en particulier p. 200.

137 TH. KOLLER, Familien- und Erbrecht und Vorsorge [note 8], p. 24.

138 Voir aussi BK-HAUSHEER / REUSSER / GEISER, Art. 197 ZGB N 64, les prétentions en vertu de l'assurance facultative des personnes exerçant une activité lucrative indépendante sont, d'après la LPP, soumises avec raison en droit matrimonial à l'article 197, 2<sup>ème</sup> alinéa, chiffre 2, CC.

139 La jurisprudence fiscale du tribunal fédéral pertinente ici est, avec raison, relativement stricte (voir les ATF 120 Ib 199 ss et 113 Ib 13 ss).

PIOTET, Stipulations pour autrui [note 18], ne tient pas compte de ces conditions marginales (notamment de celles imposées par le droit fiscal) de l'assurance facultative lorsqu'il affirme que l'assuré pourrait aussi bien s'adresser à une société d'assurance privée (p. 538). Ses considérations subséquentes en matière de droit successoral (p. 544 ss) reposent donc

Le traitement différencié en droit successoral des prétentions des survivants (qui s'écarte des principes généraux du droit) relevant des domaines surobligatoire et facultatif de la prévoyance professionnelle repose, ainsi que l'on peut le déduire des considérations qui précèdent, sur le fait que les objectifs particuliers de la prévoyance du deuxième pilier définis dans la constitution, et donc leur aménagement, répondent à des principes spécifiques qui ne s'appliquent pas à la constitution habituelle d'une fortune dans le cadre du 3ème pilier b (non réglementé par le droit de la prévoyance professionnelle). De cas en cas, et dans le cadre d'un problème relevant du droit successoral, on peut également se demander si une assurance du 2ème pilier ou du 3ème pilier b de la personne décédée serait concernée. Au regard de la pratique relativement stricte des instances de la justice fiscale, qui n'admet pas facilement une assurance bénéficiant d'un privilège fiscal, il faudra en cas de conflit relevant du droit successoral (tout au moins actuellement) s'en tenir au traitement fiscal de l'assurance mise en question. Il aura lieu, de toute façon et de lege ferenda, d'examiner si les critères de délimitation ne devraient pas être définis par le législateur.

#### cc) Conclusion

L'aperçu qui précède montre à l'évidence que les relations entre le droit de la prévoyance et le droit patrimonial privé ne sont pas seulement fort complexes, mais que des éclaircissements demeurent nécessaires sur de nombreux points. Il est toutefois possible de cerner une certaine tendance : grosso modo, les prétentions relevant du droit de la prévoyance en droit de la poursuite pour dettes, en droit des régimes matrimoniaux, dans le (futur) droit du divorce et, en partie, dans le droit successoral, occupent une position relativement particulière en comparaison avec les autres prétentions "habituelles" relevant du droit patrimonial. L'étendue de cette position particulière et avant tout la légitimité du traitement spécial du droit de la prévoyance sont contestées de divers points de vue, comme nous l'avons montré. C'est finalement et seulement l'objectif assigné à la prévoyance par l'article 34quater de la constitution qui permet de justifier ce traitement particulier des prétentions relevant du droit de la prévoyance dans les domaines cités de l'ordre juridique, avant tout parce que les principes propres (au sens étroit de ce terme) au droit de la prévoyance de collectivité et de solidarité ne laissent que fort peu de marge de manœuvre au preneur de prévoyance. Ainsi, ce domaine de la prévoyance se distingue nettement de la prévoyance individuelle n'ayant qu'un caractère de

---

sur des bases non pertinentes. Une phrase également est significative dans ce contexte : " Nous ignorons la situation actuelle dans la pratique " (p. 545, colonne de gauche en bas) !

constitution de capital (privé). De la sorte, le traitement particulier des prétentions relevant du droit de la prévoyance constitue, en droit patrimonial privé, à la fois le contrepoids aux limitations que les personnes concernées ont à supporter en droit de la prévoyance et, réciproquement, ces mêmes limitations peuvent être considérées comme le prix qu'il faut payer pour voir traiter les prestations relevant du droit de la prévoyance de façon privilégiée dans d'autres domaines du droit. Toute individualisation du droit de la prévoyance qui irait trop loin remettrait fondamentalement ce traitement privilégié en question<sup>140</sup>. C'est également pour cette raison que l'identification en droit des relations croisées entre le 3ème pilier a et les autres régimes juridiques partiels rencontre des difficultés extraordinaires, car et dans le cas de la prévoyance individuelle liée dans sa forme actuelle, il ne s'agit que d'une sous-catégorie privilégiée de la prévoyance individuelle habituelle. A mon avis, les prétentions issues du 3ème pilier a ne sauraient se voir accorder le même traitement spécial dans d'autres domaines du droit que les prétentions issues de la prévoyance professionnelle qu'à la condition que les principes fondamentaux de la prévoyance individuelle liée se rapprochent notablement des principes qui président à la prévoyance collective.

#### **b) Effets d'une extension du cercle des bénéficiaires sur le droit patrimonial privé**

Après les considérations qui précèdent, il semble évident que des extensions du cercle des bénéficiaires en droit de la prévoyance, comme d'ailleurs toute individualisation excessive du 2ème pilier (telle qu'elle est parfois réclamée aujourd'hui<sup>141</sup>) pourraient avoir des effets considérables sur le traitement des prétentions qui en résultent dans d'autres parties de l'ordre juridique. En particulier, l'éventuel aménagement de possibilités de choix (supplémentaires) ne resterait pas sans influence sur le traitement des prétentions issues du droit de la prévoyance dans le droit patrimonial privé. Ainsi par exemple, il serait tout à fait concevable (et en l'espèce compréhensible) qu'à l'avenir les tribunaux traitent en droit successoral les prestations aux survivants en vertu du droit de la prévoyance de la même façon que les prétentions habituelles des survivants issues de polices d'assurance vie relevant du 3ème pilier b (et donc non spécifiquement intégrées au droit de la prévoyance), si l'ayant droit se voyait accorder des droits identiques ou similaires en matière de choix dans la désignation des bénéficiaires, comme c'est le cas avec les assurances

<sup>140</sup> Ceci va également de soi pour ce qui est du traitement en droit fiscal du droit de la prévoyance (voir à ce sujet STEINER [note 36], p. 379 ss).

<sup>141</sup> Voir sur cette tendance ERNST RÄTZER, 2<sup>ème</sup> pilier : un quart de siècle de mutation continue, Sécurité Sociale 1997 p. 330 ss, en particulier p. 332. Il conviendrait également de s'interroger à ce sujet sur la question de savoir si l'on devrait introduire un droit de libre choix de la caisse de retraites (voir à ce sujet le mandat de recherche juridique émis par l'OFAS portant sur le " Libre choix de la caisse de pension " [Sécurité sociale 1997 p. 144]).

“normales”<sup>142</sup>. Une telle évolution, dans la mesure où ce résultat est considéré comme indésirable, ne pourrait être contrée avec des chances de succès que si le législateur, dans le cas d’une éventuelle réforme des possibilités du droit aux prestations de prévoyance, édicte simultanément une réglementation portant sur le traitement, en droit successoral, des prestations aux survivants relevant du droit de la prévoyance. Des dispositions au niveau de l’ordonnance ne suffiraient donc pas, car le Conseil fédéral ne saurait, sans norme de délégation, intervenir sur le droit civil fédéral. Or, une telle norme de délégation est absente du droit en vigueur.

Une extension générale du cercle des bénéficiaires en droit de la prévoyance serait problématique, ainsi qu’il ressort des considérations qui précèdent. Une extension ciblée dans le sens de l’introduction d’un droit aux prestations des concubins (notion éventuellement étendue aux personnes de même sexe) dans le sens indiqué plus haut, n’aurait par contre que fort peu de conséquences matérielles sur le droit patrimonial privé. Si la présence d’une communauté de vie qualifiée avec les obligations étendues d’assistance et d’entretien qui en découlent (comme c’est le cas dans le mariage) constituait la condition préalable à l’admissibilité d’un droit aux prestations relevant du droit de la prévoyance, alors la légitimité du traitement particulier privilégié de telles prétentions des survivants dans d’autres domaines partiels du droit (droit de la poursuite pour dettes et de la faillite, droit fiscal et, surtout, droit successoral) ne soulèverait plus d’objections. Il y a également lieu de considérer que de telles prestations aux survivants seraient à considérer dans l’optique de la satisfaction du but prescrit de la prévoyance, si les instances compétentes, de préférence le législateur, procédaient à la définition des orientations politiques et juridiques correspondantes. Des modifications du droit successoral ne seraient pas indispensables en cas d’introduction d’un droit aux prestations pour les concubins. Ce n’est que pour des raisons de sécurité que je recommanderais tout de même dans ce cas, et dans le sens d’une mesure d’accompagnement, l’édiction d’une réglementation explicite en droit successoral. Simultanément, le traitement en droit successoral des prétentions des survivants relevant de la prévoyance professionnelle surobligatoire (ou volontaire) pourrait être éclairci.

<sup>142</sup> Il en va ainsi de l’argumentation de PIOTET, Stipulations pour autrui [note 18], *passim*, pour le secteur surobligatoire et pour la prévoyance professionnelle facultative des personnes exerçant une activité lucrative indépendante. PIOTET ignore toutefois en cette matière que le preneur de prévoyance, selon le droit actuel, n’a pratiquement pas de possibilités de choix (à ce sujet, consulter la note de pas de bage 139 ci-avant) et qu’une institution de prévoyance qui autoriserait des écarts individuels au régime réglementaire du droit aux prestations violerait le *principe de l’égalité de traitement des destinataires* (ainsi que le précise expressément l’ATF du 31 janvier 1995, RSAS 1997 p. 405 ss, en particulier p. 406 cons. 1b in fine).

Une toute autre question est celle de savoir si, dans le contexte d'une éventuelle réforme du droit des bénéficiaires aux prestations de la prévoyance, les questions ouvertes évoquées plus haut sur le traitement, dans le cadre des régimes matrimoniaux et en droit successoral, des prétentions issues de la prévoyance individuelle liée ainsi que l'importance en droit successoral du sort réservé aux prétentions envers des institutions de libre passage devraient faire l'objet d'une réglementation. Dans ce cas, c'est à mon avis au législateur qu'il appartiendrait d'apporter une solution à tous ces problèmes. Un tel processus législatif dépasserait largement le cadre de la question de l'introduction d'un droit aux prestations pour les concubins et aurait donc besoin d'un plus large débat, avant tout sur la justification matérielle d'un éventuel traitement particulier de ces domaines du droit de la prévoyance<sup>143</sup>.

#### **4. Compétence en matière de contestations entre les institutions de libre passage et les ayants droit (question 5 du mandat d'expertise)**

##### **a) Situation de départ**

Dans l'ATF 122 V 320 ss, le Tribunal fédéral des assurances (TFA) a décidé que la voie de droit prévue par l'article 73 LPP n'était pas ouverte pour traiter des différends entre une institution de libre passage et un preneur de prévoyance, et donc que les instances relevant du droit de la sécurité sociale n'étaient pas compétentes, mais que c'était par contre les tribunaux civils qui disposaient de la compétence matérielle pour connaître des conflits de ce type. Entre-temps, le TFA a confirmé cette jurisprudence dans un jugement non encore officiellement publié<sup>144</sup>.

Pour fonder cet arrêt, le TFA a indiqué pour l'essentiel que la compétence des tribunaux institués par les cantons en vertu de l'article 73 LPP était soumise à deux conditions préalables : du point de vue matériel, il faut que la contestation porte sur la prévoyance professionnelle au sens étroit ou au sens large du terme. Pour l'essentiel, il faut qu'il s'agisse d'un différend concernant des prestations d'assurance, des prestations de libre passage ou des cotisations. La voie de droit selon l'article 73 LPP n'est par contre pas ouverte si la contestation ne trouve pas son fondement juridique dans la prévoyance professionnelle, même si elle a des effets en termes de

<sup>143</sup> Si par exemple les prétentions des survivants en matière de prévoyance personnelle liée étaient entièrement exclues du droit successoral par le législateur, ceci aurait pour conséquence que des milliards de francs provenant de la fortune constituée par la prévoyance liée en faveur de tiers par des ayants droit pourraient échapper au droit successoral du CC (voir notamment TH. KOLLER, *Privatrecht und Steuerrecht* [note 9], p. 208/209).

<sup>144</sup> ATF du 28 août 1997, RSAS 1998 p. 122 ss. Ce jugement porte sur une contestation d'une *police de libre passage*, alors que l'ATF 122 V 320 ss porte sur un *compte de libre passage* auprès d'une fondation bancaire.

droit de la prévoyance. D'un point de vue personnel, la compétence selon l'article 73 LPP est définie de telle sorte que la loi limite le cercle des intervenants possibles à celui légitimé à introduire une procédure de recours selon l'article 73 LPP. Ce cercle est ainsi limité aux institutions de prévoyance, aux employeurs et aux ayants droit. La notion " d'institutions de prévoyance " couvre ici les institutions enregistrées qui participent à l'application de l'assurance obligatoire et qui ont la possibilité d'étendre la prévoyance au-delà des prestations minimales ainsi que les institutions de prévoyance non enregistrées au sens de l'article 89bis CC et qui sont actives dans le domaine de la prévoyance professionnelle<sup>145</sup>. Le TFA a considéré que tant les différends relevant de polices de libre passage que les contestations portant sur les comptes de libre passage ne satisfont pas aux conditions matérielles et personnelles imposées par l'art 73 LPP<sup>146</sup>.

Le TFA n'est pas parvenu à ce résultat en raison d'une seule interprétation formelle des dispositions légales déterminantes, mais bien en tenant compte d'importants points de vue objectifs du droit des institutions de libre passage. L'argumentation du TFA portant sur les comptes de libre passage conclus entre preneurs de prévoyance et fondations bancaires présente ici un intérêt tout particulier. Les fondations bancaires, dans le cadre des institutions de libre passage auraient, selon le TFA, une forte ressemblance avec les fondations bancaires résultant de la prévoyance individuelle liée (3ème pilier a). Cette ressemblance reposerait sur la nature contractuelle des relations qui, dans les deux cas, président aux rapports entre les parties. De plus, ces deux types de contrats relèveraient de la prévoyance personnelle, et, de divers points de vue, le sort du capital de prévoyance poserait les mêmes problèmes dans les deux cas, surtout en cas de décès de l'ayant droit<sup>147</sup>. C'est pour ces motifs que le TFA a refusé une interprétation extensive de l'article 73 LPP qui aurait conduit à "une assimilation des institutions de libre passage, voire des institutions du 3e pilier a, aux institutions de prévoyance..."<sup>148</sup>. Ainsi, notre plus haute instance du droit des assurances sociales a décidé que les institutions de prévoyance d'une part, et les institutions de libre passage et celles du 3ème pilier a d'autre part, se différencient notablement au plan qualitatif. La soumission des institutions de libre passage et des institutions de la prévoyance individuelle liée aux tribunaux civils plutôt qu'aux tribunaux institués en matière d'assurances sociales repose avant tout sur le fait que ces institutions ne s'occupent pas de la prévoyance collective comme c'est le cas des institutions de prévoyance, mais bien de la prévoyance individuelle<sup>149</sup>.

<sup>145</sup> ATF 122 V 323/324 cons. 2b ; ATF du 28 août 1997, RSAS 1998 S. 122 ss, en particulier p. 123 cons. 2b.

<sup>146</sup> Pour les détails, voir surtout la motivation explicite de l'ATF 122 V 320 ss.

<sup>147</sup> ATF 122 V 326 cons. 3b.

<sup>148</sup> ATF 122 V 327 cons. 3c.

<sup>149</sup> Voir à ce sujet TH. KOLLER, Familien- und Erbrecht und Vorsorge [note 8], p. 25.



Le TFA a ainsi finalement fait une simple question de procédure de sa dernière décision portant sur la nature juridique originale des comptes et des polices de libre passage ainsi que des assurances et conventions de prévoyance liée qui se situent entre le droit de la prévoyance au sens étroit et le droit patrimonial classique tout en étant fort éloignés du droit de la prévoyance collective dont ils ne suivent pas les principes fondamentaux. Même celui qui n'est pas d'accord avec l'issue de cette procédure et qui préférerait voir situer les contestations entre preneurs de prévoyance et institutions de libre passage dans le domaine de compétence des tribunaux des assurances sociales, ne manquera pas de devoir accepter au moins le caractère plausible de l'argumentation de la juridiction suprême de Lucerne. Ce faisant, il ne faut pas ignorer que cette argumentation, dont je pense qu'elle éclaire matériellement le problème, doit être considérée à la lumière de l'ATF 121 III 285 ss<sup>150</sup> déjà évoqué ci-avant et avec lequel elle se trouve en très claire contradiction. En effet, le Tribunal fédéral de Lausanne a déjà déclaré que les prétentions non-échues issues de la prévoyance individuelle liée n'étaient pas saisissables pour les motifs que ces dernières relevaient incontestablement de la LPP: "...elles sont ainsi incontestablement, 'fondées sur la LPP'..."<sup>151</sup>.

#### **b) Exposé du problème**

En conséquence, toutes les institutions de libre passage et les institutions de la prévoyance individuelle liée ne devraient pas se réjouir des orientations définies par le TFA. Cette jurisprudence ne devrait pas non plus se révéler en faveur des ayants droit disposant de comptes ou de polices de prévoyance de ce type, car pour eux la voie de droit relevant du droit des assurances sociales, soumise à d'autres principes en matière de procédure, se révélerait infiniment plus avantageuse que celle des instances de droit civil. Particulièrement problématique serait en pratique le sort fait aux personnes qui (en particulier en cas de changement d'emploi avec interruptions de l'exercice d'une activité lucrative) passent souvent d'institutions de prévoyance en institutions de libre passage et vice-versa, et dont les éventuelles contestations relevant du droit de la prévoyance (comprises ici au sens le plus large du terme), soumises en pratique aux lois du hasard, relèveraient une fois d'une voie de droit, une fois de l'autre. Nul doute que cet état de fait ne manquerait pas de poser moult problèmes.

Ces aspects problématiques prendront encore plus de poids lorsqu'une compensation d'entretien sera introduite dans le cadre de la révision actuellement en

<sup>150</sup> Voir à ce sujet ci-avant II. 3. a) bb).

<sup>151</sup> ATF 121 III 289 cons. 1d.

suspens du droit du divorce. Selon la proposition du Conseil fédéral, la part de la prestation de sortie d'un conjoint attribuée à l'autre conjoint dans le cadre d'une procédure de divorce<sup>152</sup> ne doit être qu'exceptionnellement payée en espèces, à savoir quand l'une des conditions prévues par l'article 5 LFLP est satisfaite. Dans les autres cas, l'institution de prévoyance du conjoint débiteur devra verser le montant correspondant à l'institution de prévoyance du conjoint ayant droit ou, si ce dernier n'appartient à aucune institution de prévoyance, à l'institution de libre passage désignée par celui-ci<sup>153</sup>. A l'avenir, le nombre des polices et des comptes de libre passage augmentera considérablement, car ce sont des femmes avec charges d'enfants qui, après le divorce, n'exercent (souvent) pas d'activité lucrative et ne sont donc pas (encore) affiliées à des institutions de prévoyance. Les polices et les comptes de libre passage assumeront donc à l'avenir une simple fonction de transition<sup>154</sup>. Ce sont précisément ces personnes qui risquent d'être spécialement concernées par ces " aller et retours " que nous avons évoqués entre institutions de libre passage et institutions de prévoyance.

Dans ces circonstances, il est fort pertinent d'examiner si des contestations entre preneurs de prévoyance d'une part et institutions de libre passage (ou institutions de la prévoyance individuelle liée) d'autre part doivent être placées sous la juridiction prévue par l'article 73 LPP dans le sens d'une " unité du droit de la prévoyance ". Il s'agit toutefois ici en fin de compte d'une décision de politique juridique qu'il incombe au législateur de prendre. Formellement, ceci pourrait facilement se faire par la modification correspondante de l'article 73 LPP. C'est une autre question que celle de savoir si ceci serait justifié, à la lumière des considérations matérielles sur lesquelles le TFA a fondé son arrêt. L'affectation de telles contestations à la procédure des assurances sociales serait certainement légitime en fait, car le droit des institutions de libre passage et de la prévoyance individuelle liée se rapprocheraient ainsi notablement des principes fondamentaux du droit de la prévoyance au sens étroit (par exemple par l'intermédiaire d'une limitation du cercle des ayants droit<sup>155</sup>). Toutefois, tant que ces domaines conservent leur caractère actuel marqué de prévoyance individuelle, l'affectation aux tribunaux civils de ces contestations, à laquelle à procédé le TFA, semble plus appropriée.

152 Voir à ce sujet l'article 122 (Projet) CC (FF 1996 I 211).

153 Voir l'article 22, 1<sup>er</sup> alinéa, (Projet) LFLP, qui renvoie aux articles 3 – 5 LFLP (FF 1996 I 229).

154 Comme déjà évoqué par TH. KOLLER, *Familien- und Erbrecht und Vorsorge* [note 8], p. 9/10.

155 Une telle limitation générale du cercle des ayants droits n'irait pas, comme déjà exposé, à l'encontre d'un droit aux prestations pour les concubins.

### **III. Propositions de réforme**

#### **1. Remarques préliminaires**

Comme déjà exposé, la question de savoir si le preneur de prévoyance en droit de la prévoyance peut désigner un concubin comme bénéficiaire revêt une importance de politique sociale et doit donc être tranchée plutôt par le législateur que par ordonnance. Une solution au niveau de l'ordonnance n'entrerait par ailleurs en ligne de compte que si les institutions de prévoyance, de libre passage et de la prévoyance individuelle liée se voyaient accorder un simple droit à l'introduction d'une telle possibilité de droit aux prestations, et non une obligation correspondante. Des normes seraient indispensables au niveau de la loi si l'on voulait clarifier, dans le cadre de la réforme actuellement discutée du droit aux prestations, non seulement les aspects relevant du droit de la prévoyance, mais également les problèmes touchant au droit successoral (et des régimes matrimoniaux). Par ailleurs, une modification de la loi est incontournable si les contestations entre institutions de libre et passage et / ou institutions de la prévoyance individuelle liée d'une part et les preneurs de prévoyance d'autre part devaient se voir soumises aux tribunaux institués par le droit des assurances sociales.

Dans le cas d'une simple solution au niveau de l'ordonnance, il y aurait lieu de s'assurer dès le début que l'AFC et les administrations fiscales cantonales accepteraient une extension du cercle des bénéficiaires aux concubins, et que les responsables de la prévoyance qui introduiraient une telle possibilité ne se verraient pas contrecarrer par des obstacles fiscaux. Il est difficile de dire comment une telle coordination (indispensable) du droit de la prévoyance et du droit fiscal pourrait être réalisée en dehors du plan légal. De plus, cette question ne fait pas l'objet du mandat d'expertise.

Les considérations qui précèdent sont clairement en faveur d'une réglementation des questions évoquées au niveau de la loi. C'est pourquoi, dans ce qui suit, nous présenterons aussi bien des propositions de modifications au niveau de la loi qu'au niveau de l'ordonnance, car tel est la portée fixée au présent mandat d'expertise.

## 2. Propositions de modifications législatives

### a) Dans le cas de l'obligation d'aménager un droit aux prestations pour les concubins

#### Art. 19bis LPP Concubins

1 Aux mêmes conditions que pour les veufs et les veuves, le concubin de même sexe ou de sexe différent désigné en tant que bénéficiaire par le preneur de prévoyance a droit à une rente de survivants à condition de prouver qu'il a vécu dans un rapport de couple stable et exclusif dans lequel les concubins se vouaient fidélité et assistance<sup>156</sup>.

2 Un droit aux prestations selon l'alinéa 1 existe également lorsque la personne décédée laisse un conjoint ayant droit ou un ou plusieurs conjoints divorcés ayants droit.

3 Pour les institutions de prévoyance actives dans le domaine de la prévoyance professionnelle surobligatoire<sup>157</sup> ainsi que pour les institutions de libre passage et les institutions de prévoyance individuelle liée<sup>158</sup>, il a lieu de traiter un concubin au sens de l'alinéa 1 de la même façon que le conjoint survivant du preneur de prévoyance. L'alinéa 2 s'applique également dans ces domaines<sup>159</sup>.

4 Une personne ne peut simultanément prétendre à des prestations de survivants selon l'article 19 LPP (et selon l'article 20 OPP 2) et à des prestations de survivants selon le présent article. Ceci s'applique également si les prestations de différentes institutions de prévoyance sont dues. Si une personne a droit à deux prestations de survivants, elle peut choisir à laquelle de ces prétentions elle renonce<sup>160</sup>.

<sup>156</sup> Le fonds de garantie et l'institution supplétive n'ont pas être spécifiquement mentionnés ici. Ces deux fondations (voir l'article 54 LPP) sont automatiquement couvertes par cette disposition, car l'institution supplétive est une *institution de prévoyance* (article 60 1<sup>er</sup> alinéa LPP) et le fonds de garantie doit assurer les *prestations légales* des institutions de prévoyance devenues insolvable (article 56, 1<sup>er</sup> alinéa, let. b, LPP).

<sup>157</sup> Le cas échéant, il y aurait encore lieu d'édicter une norme introduisant une distinction claire entre la prévoyance professionnelle surobligatoire et le 3<sup>ème</sup> pilier b (voir sur ce problème ci-avant II. 3. a) bb) in fine).

<sup>158</sup> La mention ici des institutions de libre passage et des institutions de la prévoyance individuelle liée est discutable d'un point de vue systématique, car ces institutions ne sont pas réglementées par la LPP. Alternativement, une modification de la loi sur le libre passage (LFLP) entrerait en considération pour les institutions de libre passage. Pour les institutions de la prévoyance individuelle liée, je pense qu'une réglementation complète serait nécessaire au niveau de la loi. Ma proposition d'inclusion n'est faite ici que parce qu'elle serait la plus simple à mettre en oeuvre.

<sup>159</sup> Cette rédaction aurait le mérite de clarifier simultanément l'ordre des bénéficiaires.

<sup>160</sup> Ce paragraphe a deux objectifs : d'une part, il permettrait d'éviter le cumul de rentes de divorcé avec des rentes de concubins dans les cas où le débiteur d'aliments décédé n'a pas introduit d'action en réduction ou en suppression de la pension alimentaire selon l'article 153 CC (voir à ce sujet ci-avant II. 2. d) bb). D'autre part, il convient d'éviter, *pour le bénéficiaire*, un cumul de rente de veuf ou de veuve résultant d'un concubinage.

**Variante:**

2 Toute prétention selon l'alinéa 1 est exclue si la personne décédée était mariée au moment du décès et si elle laisse un conjoint ayant droit à des prestations<sup>161</sup>.

Cette formulation ne rendrait pas indispensable une modification de l'article 15 alinéa 1 let. b chiffre 1 OLP, car les concubins auraient la qualité de survivants en raison de la LPP. Par contre, l'article 2 alinéa 1 let. b chiffre 1 OPP 3 devrait se voir ajouter au conjoint survivant les mots "et le concubin désigné par le preneur de prévoyance selon l'article 19bis LPP".

Simultanément, il y aurait lieu de compléter l'article 49 alinéa 2 LPP et l'article 89bis alinéa 6 CC, en introduisant dans ces deux dispositions un renvoi à l'article 19bis LPP proposé ici.

**b) Dans le cas d'une simple possibilité d'un droit aux prestations pour les concubins****Art. 19bis LPP Concubins<sup>162</sup>**

1 Les institutions de prévoyance, les institutions de libre passage et les institutions de la prévoyance individuelle liée<sup>163</sup> peuvent prévoir, dans leurs statuts, règlements ou contrats, que les preneurs de prévoyance peuvent désigner en qualité de bénéficiaire un concubin de sexe différent ou du même sexe qui aura les mêmes droits aux prestations que les veufs ou les veuves. Ce droit aux prestations n'est admis que s'il est établi que le concubin a vécu dans une relation de couple stable et exclusive dans laquelle les parties se vouaient fidélité et assistance.

2 Les institutions de prévoyance, les institutions de libre passage et les institutions de la prévoyance individuelle liée qui font usage de cette possibilité édictent des dispositions sur les rapports entre plusieurs bénéficiaires. Si le preneur de prévoyance laisse un conjoint et un concubin désigné en qualité de bénéficiaire, les droits du conjoint ne sauraient pas être réduits.

3 Une personne ne peut simultanément prétendre à des prestations de survivants selon l'article 19 LPP (et selon l'article 20 OPP 2) et à des prestations de survivants selon le présent article. Ceci s'applique également si les prestations de différentes institutions de prévoyance sont dues. Si une

<sup>161</sup> Cette variante aurait pour effet d'empêcher un cumul de prestations de survivant en cas de concubinage hétérosexuel ou homosexuel, si le *preneur de prévoyance* laisse aussi bien un conjoint qu'un concubin. Par contre, le cumul de prestations de survivants serait possible pour un ou plusieurs conjoints divorcés d'une part et un concubin d'autre part.

<sup>162</sup> De divers points de vue systématiques, la question de savoir si la disposition proposée est pertinente à cet endroit de la loi, dans le cas d'une simple autorisation d'introduire la possibilité d'étendre le droit aux prestations aux concubins, est discutable. Pour le moment, je ne vois pas de meilleure possibilité d'inclure cette disposition.

<sup>163</sup> Voir également à ce sujet la remarque dans la note 158.

personne a droit à deux prestations de survivants, elle peut choisir à laquelle de ces prétentions elle renonce<sup>164</sup>.

Ces formulations nécessiteraient de compléter l'article 15 alinéa 1 let. b chiffre 1 OLP et l'article 2 alinéa 1 let. b chiffre 1 OPP 3 par les mots "et le concubin désigné en qualité de bénéficiaire par le preneur de prévoyance selon l'article 19bis LPP". De même et simultanément, il y aurait lieu de compléter l'article 49 alinéa 2 LPP et l'article 89bis alinéa 6 CC, en introduisant dans ces deux dispositions un renvoi à l'article 19bis LPP proposé ici.

### c) Autres modifications de loi, envisageables ou nécessaires

#### **Art. 19 LPP Veufs et veuves**

1 Les veufs et les veuves ont droit à une rente de survivants si l'une ou l'autre des conditions suivantes sont remplies au moment du décès du conjoint :

- a) si le conjoint survivant a un ou plusieurs enfants à charge, ou
- b) si le conjoint survivant a atteint l'âge de 45 ans et si le mariage a duré au moins cinq ans<sup>165</sup>.

2 Le conjoint survivant qui ne remplit aucune de ces conditions a droit à une allocation unique égale à trois rentes annuelles.

3 Le Conseil fédéral définit le droit des personnes divorcées à des prestations de survivants.

4 Les institutions de prévoyance doivent respecter l'égalité de traitement des veufs et des veuves également dans le domaine de la prévoyance professionnelle surobligatoire<sup>166</sup>.

#### **Art. 476bis CC 4. Droit aux prestations de survivants résultant de la prévoyance professionnelle**

Lors du calcul de la quotité disponible, il n'est pas tenu compte des prétentions à des prestations de survivants du domaine obligatoire et surobligatoire<sup>167</sup> de la prévoyance professionnelle, ni de la prévoyance professionnelle facultative des personnes exerçant une activité lucrative indépendante et des personnes exerçant une activité lucrative dépendante (articles 44 ss LPP)<sup>168</sup>.

<sup>164</sup> Voir également à ce sujet la remarque dans la note 160.

<sup>165</sup> Il s'agit ici de la mise sur pied d'égalité nécessaire des veufs et des veuves du point de vue du droit constitutionnel et conforme à l'esprit du nouveau droit matrimonial (voir à ce sujet les notes de bas de page 62 et 87 ci-avant). Les conditions objectives des prétentions à une rente de survivants doivent être toutefois examinées et reformulées.

<sup>166</sup> Il y aurait lieu d'inscrire un renvoi à cet alinéa 4 de l'article 19 LPP dans l'article 49, 2<sup>ème</sup> alinéa, LPP et dans l'article 89bis, 6<sup>ème</sup> alinéa, CC.

<sup>167</sup> De toute façon, il faudrait encore une réglementation de la limite entre la prévoyance professionnelle surobligatoire et le 3<sup>ème</sup> pilier b (voir à ce sujet ci-avant II. 3. a) bb) in fine).

<sup>168</sup> Ainsi que le montrent les propositions alternatives qui suivent, cette disposition ne comprend pas les prétentions à des prestations de survivants issues de polices et de comptes de libre passage, ni celles relevant de la prévoyance individuelle liée. Le droit aux prestations d'un partenaire hors du mariage pourrait entraîner dans ce domaine un viol des dispositions en matière de part réservataire. Ceci serait évité par les variantes, notamment en rai-

**Variante:****Art. 476bis CC 4. Droit aux prestations de survivants résultant de la prévoyance professionnelle**

Lors du calcul de la quotité disponible, il n'est pas tenu compte des prétentions à des prestations de survivants du domaine obligatoire et surobligatoire de la prévoyance professionnelle, ni de la prévoyance professionnelle facultative des personnes exerçant une activité lucrative indépendante ou dépendante (articles 44 ss LPP), ni des polices et comptes de libre passage.

**Variante:****Art. 476bis CC 4. Droit aux prestations de survivants résultant de la prévoyance professionnelle**

Lors du calcul de la quotité disponible, il n'est pas tenu compte des prétentions à des prestations de survivants du domaine obligatoire et surobligatoire de la prévoyance professionnelle, ni de la prévoyance professionnelle facultative des personnes exerçant une activité lucrative indépendante ou dépendante (articles 44 ss LPP), ni des polices et comptes de libre passage, ni des assurances de prévoyance liée, ni des conventions de prévoyance liée conclues avec des fondations bancaires.

**Art. 481bis CC Abis. Droit aux prestations en droit de la prévoyance**

Dans le cas des comptes de libre passage, la désignation d'un bénéficiaire n'est pas soumise aux exigences de forme d'une disposition testamentaire ou d'un pacte successoral<sup>169</sup>.

**Variante:****Art. 481bis CC Abis. Droit aux prestations en droit de la prévoyance**

Dans le cas des comptes de libre passage et des conventions de prévoyance, la désignation d'un bénéficiaire n'est pas soumise aux exigences de forme d'une disposition testamentaire ou d'un pacte successoral<sup>170</sup>.

---

son du fait que d'importants éléments du patrimoine seraient soustraits dans le calcul de la part des héritiers réservataires (voir à ce sujet la note 143 ci-avant).

169 Cette disposition permettrait de supprimer une incertitude du droit actuel (voir à ce sujet ci-avant II. 3. a) bb) dans la note 131).

Les polices de libre passage n'ont pas à être évoquées ici, car elles sont soumises au droit du contrat d'assurance et les clauses bénéficiaires de ces polices n'ont, pour cette raison, pas à revêtir la forme d'une clause testamentaire.

170 Cette disposition exposerait en toute clarté que les clauses bénéficiaires des conventions de prévoyance liée ne sont pas soumises à l'exigence de forme de la clause testamentaire. A mon avis, la question de savoir si cette solution est objectivement indiquée est discutable. En effet, comme déjà exposé, des milliards pourraient ainsi échapper au droit successoral du CC et être transmis des preneurs de prévoyance à des tiers (voir à ce sujet ci-avant la note 143).

Les assurances de prévoyance liée n'ont, de nouveau, pas à être évoquées ici, car, comme les polices de libre passage, elles sont soumises au droit du contrat d'assurance (voir ci-avant note 124).

**d) Modification de la voie de droit pour les contestations avec des institutions de libre passage et (le cas échéant) avec des institutions de la prévoyance individuelle liée**

**Art. 73 LPP Contestations opposant institutions de prévoyance, institutions de libre passage, employeurs et ayants droit ; prétentions en matière de responsabilité**

1 Chaque canton désigne un tribunal qui connaît, en dernière instance cantonale, des contestations opposant institutions de prévoyance, institutions de libre passage, employeurs et ayants droit. Le tribunal statue de même sur ... (le reste demeure inchangé).

**Variante:**

**Art. 73 LPP Contestations opposant institutions de prévoyance, institutions de libre passage, institutions de la prévoyance individuelle liée, employeurs et ayants droit ; prétentions en matière de responsabilité**

1 Chaque canton désigne un tribunal qui connaît, en dernière instance cantonale, des contestations opposant institutions de prévoyance, institutions de libre passage, institutions de la prévoyance individuelle liée, employeurs et ayants droit<sup>171</sup>. Le tribunal statue de même sur ... (le reste demeure inchangé).

**3. Propositions de modifications au niveau de l'ordonnance**

**Art. 20bis OPP 2 Prétentions du concubin à des prestations de survivants**

1 Les institutions de prévoyance peuvent prévoir que le preneur de prévoyance pourra désigner un concubin de sexe différent ou du même sexe en qualité de bénéficiaire ayant les mêmes droits que les veufs ou les veuves. Ce droit aux prestations n'est admis que s'il est établi que le concubin a vécu dans un rapport de couple stable et exclusif dans lequel les concubins se vouaient fidélité et assistance.

2 Les institutions de prévoyance qui font usage de cette possibilité édictent des dispositions sur les rapports entre plusieurs bénéficiaires. Si le preneur de prévoyance laisse un conjoint et un concubin désigné en qualité de bénéficiaire, les prétentions du conjoint ne sauraient être réduites.

3 Les institutions de prévoyance peuvent disposer dans leurs règlements qu'une personne ne peut avoir simultanément droit à une rente de survivant pour personne divorcée et une rente de concubin. Elle dispose également de ce droit dans le cas où une personne serait bénéficiaire de plusieurs institutions de

<sup>171</sup> Cette proposition alternative soumettrait également aux tribunaux des assurances sociales les contestations relevant du droit de la prévoyance liée. A mon avis, cette solution serait pertinente dans la mesure où le 3<sup>ème</sup> pilier a se rapprocherait du droit de la prévoyance collective (voir ci-avant II. 4. b) in fine).



prévoyance. La personne bénéficiaire peut choisir à quelle prétention elle renonce.

### **Art. 15 OLP Bénéficiaires**

1 Les personnes suivantes ont qualité de bénéficiaires s'agissant du maintien de la prévoyance:

- a en cas de survie, les assurés;
- b en cas de décès, les personnes ci-après dans l'ordre suivant:
  - 1. les survivants au sens de la LPP ainsi que le veuf<sup>172</sup> et le concubin de sexe différent ou du même sexe désigné par l'assuré en qualité de bénéficiaire;
 (Le reste demeure inchangé.)

2 (Inchangé)

3 Ne peut être désignée en qualité de concubin au sens de l'alinéa 1 let. b chiffre 1 qu'une personne dont il peut être prouvé qu'elle entretenait avec la personne décédée une relation de couple stable et exclusive dans laquelle les concubins se vouaient fidélité et assistance.

### **Art. 2 OPP 3 Bénéficiaires**

1 Les personnes suivantes ont qualité de bénéficiaires :

- a En cas de survie, le preneur de prévoyance;
- b En cas de décès de celui-ci, les personnes ci-après dans l'ordre suivant:
  - 1. Le conjoint survivant et le concubin de sexe différent ou du même sexe désigné par le preneur de prévoyance;
 (Le reste demeure inchangé.)

2(Inchangé)

3 Ne peut être désignée en qualité de concubin au sens de l'alinéa 1 let. b chiffre 1 qu'une personne dont il peut être prouvé qu'elle entretenait avec la personne décédée une relation de couple stable et exclusive dans laquelle les concubins se vouaient fidélité et assistance.

<sup>172</sup>

Les mots " ainsi que le veuf " peuvent être omis si, comme nous le proposons ici, l'article 19 LPP introduit une rente de veuf.

#### **IV. Remarque finale**

Le sujet traité dans cette expertise est extraordinairement complexe. Comme nous l'avons exposé, de nombreuses questions demeurent ouvertes et, pour certaines d'entre elles, font l'objet d'opinions controversées dans la littérature juridique. C'est pourquoi, dans le cadre des présentes considérations, nous n'avons qu'essayé de mettre en lumière certains de ces problèmes et d'ouvrir le débat sur des propositions de solutions.

Il en résulte que la rédaction des modifications de la loi ou de l'ordonnance ne revêt qu'un caractère provisoire et que ces textes pourront encore être révisés, de même que l'agencement systématique de certaines dispositions qui pourrait éventuellement être différent. C'est dans ce sens qu'il y a lieu de considérer les propositions de modifications des lois et ordonnances formulées ici comme de simples bases de discussion pour le nécessaire débat de politique juridique à tenir sur l'ensemble de cette problématique.

Berne, le 28 avril 1998

Prof. Thomas Koller

## Aspects de la sécurité sociale

Sous ce titre, l'Office fédéral des assurances sociales publie des rapports de recherche (signalés en gras) ainsi que d'autres contributions relevant de son champ d'activité. Ont déjà été publiés:

	Source N° de commande
<b>Rapport de recherche:</b> Wolfram Fischer, Possibilités de mesure des prestations hospitalières: considérations sur une réorganisation de la statistique hospitalière. N° 1/94	OCFIM* 318.010.1/94 f
<b>Rapport de recherche:</b> André Bender, M. Philippe Favarger, Dr. Martin Hoesli: Evaluation des biens immobiliers dans les institutions de prévoyance. N° 2/94	OCFIM* 318.010.2/94 f
<b>Forschungsbericht:</b> Hannes Wüest, Martin Hofer, Markus Schweizer: Wohneigentumsförderung – Bericht über die Auswirkungen der Wohneigentumsförderung mit den Mitteln der beruflichen Vorsorge. Nr. 3/94	EDMZ* 318.010.3/94 d
<b>Forschungsbericht:</b> Richard Cranovsky: Machbarkeitsstudie des Technologiebewertungsregister. Nr. 4/94	EDMZ* 318.010.4/94 d
<b>Rapport de recherche:</b> BRAINS: Inventaire du Spitex. N° 5/94	OCFIM* 318.010.5/94 f
<b>Forschungsbericht:</b> Jacob van Dam, Hans Schmid: Insolvenzversicherung in der beruflichen Vorsorge. Nr. 1/95	EDMZ* 318.010.1/95 d
<b>Forschungsbericht:</b> BASS: Tobias Bauer. Literaturrecherche: Modelle zu einem garantierten Mindesteinkommen. Nr. 2/95	EDMZ* 318.010.2/95 d
<b>Rapport de recherche:</b> IPSO: Peter Farago. Prévenir et combattre la pauvreté: forces et limites des mesures prises par l'Etat. N° 3/95	OCFIM* 318.010.3/95 f
Rapport du Département fédéral de l'intérieur concernant la structure actuelle et le développement futur de la conception helvétique des trois piliers de la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité. Octobre 1995	OCFIM* 318.012.1/95 f/i
Universität Zürich, Interdisziplinäre Vorlesungsreihe 1995/96: Das neue KVG – Was ändert sich im Gesundheitswesen? Die Referate. Teil I	BSV** 96.217
Universität Zürich, Interdisziplinäre Vorlesungsreihe 1995/96: Das neue KVG – Was ändert sich im Gesundheitswesen? Die Referate. Teil II	BSV** 96.538
Groupe de travail interdépartemental "Perspectives de financement des assurances sociales" (IDA FiSo): Rapport sur les perspectives de financement des assurances sociales (eu égard en particulier à l'évolution démographique).	OCFIM* 318.012.1/96 f
<b>Rapport de recherche:</b> Laura Cardia-Vonèche et al.: Les familles monoparentales. N° 1/96	OCFIM* 318.010.1/96 f
Rapport du groupe de travail "Protection des données et liste des analyses / assurance-maladie". N° 2/96	OFAS** 96.568

\* EDMZ = Eidgenössische Drucksachen- und Materialzentrale, 3000 Bern

\* OCFIM = Office fédéral des imprimés et du matériel, 3000 Berne

\*\* BSV = Bundesamt für Sozialversicherung, Informationsdienst, 3003 Bern

\*\* OFAS = Office fédéral des assurances sociales, Service d'information, 3003 Berne

## Aspects de la sécurité sociale

Sous ce titre, l'Office fédéral des assurances sociales publie des rapports de recherche (signalés en gras) ainsi que d'autres contributions relevant de son champ d'activité. Ont déjà été publiés:

	Source N° de commande
Prévoyance professionnelle: Nouvelles prescriptions en matière d'établissement des comptes et de placements. Réglementation concernant l'utilisation des instruments financiers dérivés. Texte de l'ordonnance / commentaire / recommandations. N° 3/96	OCFIM* 318.010.3/96 f
<b>Forschungsbericht:</b> Martin Wechsler, Martin Savioz: Umverteilung zwischen den Generationen in der Sozialversicherung und im Gesundheitswesen. Nr. 4/96	EDMZ* 318.010.4/96 d
<b>Forschungsbericht:</b> Wolfram Fischer: Patientenklassifikationssysteme zur Bildung von Behandlungsfallgruppen im stationären Bereich. Nr. 1/97	EDMZ* 318.010.1/97 d
<b>Forschungsbericht:</b> Infrass: Festsetzung der Renten beim Altersrücktritt und ihre Anpassung an die wirtschaftliche Entwicklung. Überblick über die Regelungen in der EU. Nr. 2/97	EDMZ* 318.010.2/97 d
<b>Rapport de recherche:</b> Heinz Schmid: Procédure d'approbation des primes dans l'assurance-maladie. Expertise. N° 3/97	OCFIM* 318.010.3/97 f
<b>Forschungsbericht:</b> Eine Zusammenarbeit zwischen IPSO und Infrass: Perspektive der Erwerbs- und Lohnquote. Nr. 4/97	EDMZ* 318.010.4/97 d
<b>Forschungsbericht:</b> Stefan Spycher, BASS: Auswirkungen von Regelungen des AHV-Rentenalters auf die Sozialversicherungen, den Staatshaushalt und die Wirtschaft. Nr. 5/97	EDMZ* 318.010.5/97 d
<b>Forschungsbericht:</b> Günther Latzel, Christoph Andermatt, Rudolf Walther, BRAINS: Sicherung und Finanzierung von Pflege- und Betreuungsleistungen bei Pflegebedürftigkeit. Band I und II. Nr. 6/97	EDMZ* 318.010.6/97 d
Groupe de travail interdépartemental "Perspectives de financement des assurances sociales (IDA FiSo) 2": Analyse des prestations des assurances sociales; Concrétisation de modifications possibles en fonction de trois scénarios financiers.	OCFIM* 318.012.1/97 f

\* EDMZ = Eidgenössische Drucksachen- und Materialzentrale, 3000 Bern

\* OCFIM = Office fédéral des imprimés et du matériel, 3000 Berne

\*\* BSV = Bundesamt für Sozialversicherung, Informationsdienst, 3003 Bern

\*\* OFAS = Office fédéral des assurances sociales, Service d'information, 3003 Berne