

# SCHNEIDER TROILLET

Anne Troillet  
Avocate  
LL.M. Toronto  
Spécialiste FSA droit du travail

Jacques-André Schneider  
Avocat  
Docteur en droit  
Professeur UNIL

Violaine Landry Orsat  
Avocate  
Diplôme fédéral de gérante  
de caisse de pensions

Pascal Giorgis  
Avocat  
Spécialiste FSA droit du travail

Alexia Raetzo  
Avocate

Céline Moullet  
Avocate

OFFICE FÉDÉRAL DES ASSURANCES SOCIALES OFAS  
Madame Colette NOVA  
Effingerstrasse 20  
3003 Berne

Genève, le 25 octobre 2017  
JAS/cm

## Avis de droit

Maintien de la prévoyance auprès d'institutions de libre passage et  
imputation d'intérêts négatifs sur les comptes de libre passage sous  
forme d'épargne pure par la banque gestionnaire

SCHNEIDER TROILLET  
100 rue du Rhône  
1204 Genève

+41 22 818 3000  
www.schneider-troillet.ch  
info@schneider-troillet.ch

 Global HR Lawyers  
**lus Laboris**  
www.luslabors.com

## **SOMMAIRE**

I.	Maintien de la prévoyance acquise en cas de libre passage .....	3
A.	Le compte de libre passage sous forme d'épargne pure .....	3
1.	Les objectifs poursuivis par le libre passage .....	3
2.	Le compte de libre passage .....	4
3.	Le dépôt d'épargne bancaire et sa garantie en cas d'insolvabilité .....	4
B.	La garantie du montant de la prestation de libre passage apportée et les intérêts .....	6
1.	Les termes de la loi .....	6
2.	La confirmation des termes par le Tribunal fédéral .....	7
3.	Conclusion .....	9
II.	Conséquences du prélèvement indu d'intérêts négatifs .....	9
1.	La cessation de l'offre d'une solution d'épargne pure .....	9
2.	L'annonce aux assurés .....	10
3.	La restitution du montant prélevé au titre d'intérêts négatifs .....	10

Chère Madame,

Vous avez sollicité notre avis sur la problématique des taux d'intérêts négatifs et, en particulier, sur la possibilité d'imputer des intérêts négatifs sur les comptes de libre passage sous forme d'épargne pure gérés auprès d'une banque.

Dans ce cadre, vous nous demandez d'examiner de manière approfondie les conséquences qui résulteraient du prélèvement indu d'intérêts négatifs pour les institutions de libre passage, les banques et les assurés.

L'avis de droit s'appuie sur une analyse détaillée des dispositions légales pertinentes, ainsi que de la doctrine et la jurisprudence développées à ce propos.

# # #

## **I. MAINTIEN DE LA PREVOYANCE ACQUISE EN CAS DE LIBRE PASSAGE**

### **A. LE COMPTE DE LIBRE PASSAGE SOUS FORME D'EPARGNE PURE**

#### **1. Les objectifs poursuivis par le libre passage**

1. Entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1995, la loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LFLP) régit le maintien de la prévoyance professionnelle en cas de libre passage.
2. Dans ce contexte, la volonté du législateur était d'assurer qu'en cas de passage répété d'une institution de prévoyance à une autre, l'assuré conserve l'ensemble de la protection acquise en matière de prévoyance professionnelle, aussi bien obligatoire que facultative, sans aucune perte pour la prévoyance acquise<sup>1</sup>.

*Un des buts visés par la loi était de « permettre à l'assuré de continuer d'édifier sa prévoyance professionnelle sur la base de la prévoyance déjà acquise – pour autant que le plan de prestations de la nouvelle institution de prévoyance permette une prévoyance équivalente ou supérieure. L'objectif visé par la loi va donc plus loin que le simple "maintien des droits acquis": la prévoyance acquise jusque-là ne doit être réduite ni par des réserves pour*

---

<sup>1</sup> Jacques-André SCHNEIDER, La loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle (LFLP) et son ordonnance (OLP), in : RSAS 1994 p. 403 ; Message concernant le projet de loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 26 février 1992, in : FF 1992 III 529, 553.

raisons de santé ni par des délais d'attente ou de carence. Il s'agit en effet de maintenir autant que possible "la prévoyance acquise"»<sup>2</sup> (mises en évidence ajoutées).

3. La volonté du législateur est donc le maintien de la prévoyance acquise sous une autre forme, qui doit également être garantie aux assurés qui n'entrent pas immédiatement dans une nouvelle institution de prévoyance après la fin des rapports de travail (art. 4 LFLP)<sup>3</sup>.
4. Sur la base de l'article 26 al. 1 LFLP, le Conseil fédéral a été chargé d'édicter les dispositions régissant les formes admises du maintien de la prévoyance professionnelle.
5. En vertu de l'article 10 al. 1 de l'ordonnance sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OLP), la prévoyance peut être maintenue au moyen d'une police de libre passage ou d'un compte de libre passage.

## **2. Le compte de libre passage**

6. Le compte de libre passage est défini à l'article 10 al. 3 OLP :

*« Par comptes de libre passage, on entend des contrats spéciaux qui sont affectés exclusivement et irrévocablement à la prévoyance et qui ont été conclus avec une fondation qui remplit les conditions fixées à l'art. 19. Ces contrats peuvent être complétés par une assurance décès ou invalidité ».*

7. Les fonds affectés à un compte de libre passage peuvent être placés auprès d'une banque soumise à la surveillance de la FINMA :
  - sous forme de dépôts d'épargne pure (art. 13 al. 5 et 19 OLP), auquel cas tous les risques de marché et de change doivent être exclus<sup>4</sup> ;
  - sous forme d'épargne-titres (art. 13 al. 5 et 19a OLP), avec les risques liés au placement de fortune.

8. Les fonds des comptes de libre passage sous forme d'épargne pure sont considérés comme des dépôts d'épargne de chacun des assurés (art. 19 al. 2 OLP).

## **3. Le dépôt d'épargne bancaire et sa garantie en cas d'insolvabilité**

9. La législation bancaire a mis en place une protection des dépôts bancaires en cas de faillite, afin d'éviter que les déposants subissent des pertes sur leur épargne d'une part, et prévenir un mouvement de panique en cas de crise financière d'autre part.

---

<sup>2</sup> FF 1992 III 529, 567-568.

<sup>3</sup> FF 1992 III 529, 571.

<sup>4</sup> Commentaire de la modification de l'ordonnance sur le libre passage entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011, in : BPP n° 120, ch. 766.

10. Les fonds d'épargne des comptes de libre passage gérés auprès d'une banque bénéficient ainsi du système de protection des dépôts d'épargne.

En effet, aux termes de l'article 37a al. 5 de la loi sur les banques et caisses d'épargne (LB), les créances des fondations bancaires ainsi que les créances des fondations de libre passage sont privilegiées, indépendamment des autres dépôts de chacun des preneurs de prévoyance ou assurés, à concurrence d'un montant maximal de CHF 100'000.- par créancier, et ainsi attribuées à la deuxième classe au sens de l'article 219 al. 4 de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP).

En revanche, les dépôts de titres ne sont pas privilégiés.

11. En sus du privilège en cas de faillite, les dépôts d'épargne bénéficient également d'une garantie fédérale (art. 37h LB).
12. En cas de faillite d'une banque, les dépôts bancaires sont ainsi immédiatement remboursés, dans les limites des liquidités disponibles (art. 37b al. 1 LB).

Si les fonds disponibles ne permettent pas de couvrir l'ensemble des dépôts privilégiés, la garantie est activée : l'organisme de garantie, l'Association esisuisse, est informé de la faillite par la FINMA et chargé de mettre à disposition les fonds requis pour permettre le remboursement intégral des dépôts privilégiés (art. 37h al. 3 let. a LB).

Dans ce cadre, les dépôts d'épargne privilégiés sont garantis à concurrence de CHF 100'000.-.

Toutefois, les dépôts d'épargne des comptes de libre passage, bien que privilégiés en cas de faillite, ne relèvent pas de la garantie des dépôts, de sorte qu'un désintéressement de ces créances intervient au plus tôt dans le cadre de la procédure de faillite, où elles sont colloquées en deuxième classe jusqu'à CHF 100'000.-, et en troisième classe pour le surplus (art. 37b al. 1 LB).

13. Mis à part les cas d'insolvabilité, les banques n'ont aucune obligation à l'égard des déposants.

Dans le contexte qui nous intéresse, il n'existe en particulier aucune obligation pour les banques de garantir le montant déposé sous forme d'épargne pure et, à l'inverse, aucune interdiction de réduire la créance d'épargne par le prélèvement d'intérêts négatifs.

Précisons encore que pour l'heure, la plupart des banques se limitent à imputer des intérêts négatifs aux dépôts d'épargne ordinaire d'un certain montant.

## **B. LA GARANTIE DU MONTANT DE LA PRESTATION DE LIBRE PASSAGE APPORTÉE ET LES INTERETS**

### **1. Les termes de la loi**

14. Aux termes de l'article 19 al. 1 OLP :

*« <sup>1</sup> Les fonds des comptes de libre passage sous forme d'épargne pure sont placés sous forme de dépôt d'épargne auprès d'une banque soumise à la surveillance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA). Le montant du capital de prévoyance doit en tout temps répondre aux dispositions de l'art. 13, al. 5 » (mise en évidence ajoutée).*

15. Selon l'article 13 al. 5 OLP, le capital de prévoyance maintenu sous forme d'épargne pure équivaut à la prestation de libre passage apportée, majorée des intérêts.

A teneur de cette disposition, la réduction du capital de prévoyance apporté n'est pas autorisée.

Pour le surplus, il convient de se référer aux dispositions du contrat spécial conclu entre l'assuré et la fondation de libre passage<sup>5</sup>. A cet égard, la rémunération de l'avoir de libre passage est en principe convenue par le contrat conclu entre l'assuré et la fondation de libre passage<sup>6</sup>.

16. Il s'agit dès lors de déterminer si une fondation de libre passage peut prévoir contractuellement l'imputation d'un intérêt négatif, compte tenu de la teneur de l'article 13 al. 5 OLP.

17. Selon le texte français, la prestation de sortie apportée est « *majorée d'intérêts* ».

Ces termes sont absolument clairs et ne souffrent d'aucune interprétation.

En effet, le mot « *majorer* » est défini comme suit par le Petit Larousse :

*« Augmenter le montant d'une facture, d'un impôt, etc. ; relever. Majorer les salaires »*<sup>7</sup>.

18. En outre, l'article 13 al. 4 OLP dans sa version au 1<sup>er</sup> janvier 1995 disposait sans ambiguïté que la prestation de libre passage apportée était « augmentée des intérêts ».

---

<sup>5</sup> Hans-Ulrich STAUFFER, Berufliche Vorsorge, 2<sup>ème</sup> éd. 2012, N. 1267 à 1269, p. 469.

<sup>6</sup> ATF 140 V 476, consid. 2.2.3.

<sup>7</sup> Le Petit Larousse illustré, 100<sup>ème</sup> éd., 2004, p. 655.

19. En comparaison, les versions allemandes et italiennes de l'article 13 al. 5 OLP mentionnent uniquement « avec intérêts » :
- « *Beim Freizügigkeitskonto in Form der reinen Sparlösung entspricht die Höhe des Vorsorgekapitals der eingebrachten Austrittsleistung mit Zins* » (mise en évidence ajoutée) ;
  - « *Per il conto di libero passaggio sotto forma di risparmio puro, l'ammontare del capitale di previdenza equivale alla prestazione d'uscita apportata, unitamente agli interessi* » (mise en évidence ajoutée).
20. La question à résoudre est donc de savoir si les termes « *mit Zins* » (et, en italien, « *agli interessi* ») doivent être interprétés dans le sens donné au texte français, soit d'une majoration par les intérêts.
21. Selon les règles habituelles en matière d'interprétation des lois, la loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre. Il n'y a lieu de déroger au sens littéral d'un texte clair par voie d'interprétation que lorsque des raisons objectives permettent de penser que ce texte ne restitue pas le sens véritable de la disposition en cause. Si le texte n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations sont possibles, il convient de rechercher quelle est la véritable portée de la norme, en la dégagant de tous les éléments à considérer, soit notamment les travaux préparatoires, du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose ou encore de sa relation avec les autres dispositions légales. Le Tribunal fédéral ne privilégie aucune méthode d'interprétation, mais s'inspire d'un pluralisme pragmatique pour rechercher le sens véritable de la norme ; en particulier, il ne se fonde sur la compréhension littérale du texte que s'il en découle sans ambiguïté une solution matériellement juste<sup>8</sup>.
22. A notre sens, l'article 13 al. 5 OLP pouvait aisément prévoir l'absence de rémunération des comptes de libre passage (« *mit oder ohne Zins* »), voire l'imputation d'intérêts négatifs (« *abzüglich Zins* »). Le même raisonnement vaut pour le texte italien.

Par conséquent, il y a lieu d'admettre que le législateur a inscrit dans l'ordonnance une obligation de rémunérer l'avoir de libre passage, même d'un intérêt minime, sans toutefois imposer un taux minimal.

En effet, cette solution est la seule qui soit conforme au but poursuivi par le législateur dans le cadre du libre passage, à savoir le maintien de la prévoyance acquise.

## **2. La confirmation des termes par le Tribunal fédéral**

23. Cette interprétation a été confirmée récemment dans un arrêt rendu par le Tribunal fédéral le 21 août 2014 : à teneur de l'article 13 al. 5 OLP, la

---

<sup>8</sup> TF, arrêt 9C\_674/2014 du 24 avril 2015.

réduction du capital de prévoyance apporté n'est pas admise pour un compte de libre passage en épargne pure.

24. Dans cette affaire, il s'agissait de déterminer si la fondation de libre passage était en droit d'apporter une correction de valeur à la prestation de libre passage, dans le cadre d'un transfert auprès d'une nouvelle fondation, en raison d'un découvert actuariel.

La Haute Cour est parvenue à la conclusion qu'une telle réduction était inadmissible, dans le cas d'un compte de libre passage sous forme d'épargne pure, en raison de la teneur de l'article 13 al. 5 OLP :

« Nach dem Austritt aus seiner Vorsorgeeinrichtung wird der Vorsorgeschutz durch eine Freizügigkeitspolice oder durch ein Freizügigkeitskonto erhalten (art. 10 FZV). Beim Freizügigkeitskonto in Form der reinen Sparlösung entspricht die Höhe des Vorsorgekapitals der eingebrachten Austrittsleistung mit Zins, beim Freizügigkeitskonto in Form der anlagegebundenen Sparlösung (Wertschriftensparen) dem aktuellen Wert der Anlage (art. 13 Abs. 5 erster Satz FZV in der seit Anfang 2011 geltenden Fassung). Hintergrund der strittigen Kürzung der Austrittsleistung ist, dass die Anlagevorschriften in Art. 19 f. FZV mit Wirkung ab Januar 2011 verschärft worden sind. Die Gelder der Freizügigkeitskonten in Form der reinen Sparlösung sind nunmehr bei einer Bank anzulegen, die der Aufsicht der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) untersteht (art. 19 Abs. 1 FZV in der seit Januar 2011 gültigen Fassung). Direktanlagen sind in diesem Bereich nicht mehr zulässig. Sie mussten bis Ende 2011 aufgelöst und durch Spareinlagen bei einer Bank ersetzt werden [...].

Kennzeichnend für eine anlagegebundene Sparlösung (Wertschriftensparen) im Sinne von Art. 4 lit. b des Reglements ist, dass der Kontoinhaber nach Vereinbarung mit der Freizügigkeitseinrichtung vorgegebene Anlagen wählen kann, in die seine Freizügigkeitsmittel individuell und direkt investiert werden. Das Guthaben bildet ein Sondervermögen und folgt dem Wertverlauf der zugrundeliegenden Anlagen; die versicherte Person trägt das Kursrisiko. Hier kommen die Wertschwankungsreserven denn auch nicht zu Tragen. Der Auflösungs- und Auszahlungswert ergibt sich aus der Erlös der Wertpapierinvestitionen und der Fondsanteile. Diese Merkmale des Wertschriftensparens sind bei der "klassischen Anlageform" nach Art. 4 lit. a des Reglements – auch unter Berücksichtigung der (nebst Zins) vorgesehenen Überschussbeteiligung – nicht gegeben. Hier ist eine Verzinsung des Guthabens vereinbart. Im Hinblick auf die Erfüllung dieser Zinsverpflichtung erwirtschaften die Organe der Einrichtung die dafür erforderlichen Mittel, ohne dass der Kontoinhaber miteinbezogen ist. Zwar tätigte die Vorsorgeeinrichtung A. "für den Zinsertrag der klassischen Anlageform gemeinschaftliche Anlagen". Diese liegen jedoch ausserhalb der Verantwortung des Kontoinhabers und dienen einzig der Freizügigkeitsstiftung, ihre Obliegenheit (der Verzinsung) zu erfüllen. Die von der Freizügigkeitsstiftung praktizierte gemeinsame Anlage der Freizügigkeitsmittel



entspricht dem Modell einer "reinen Sparlösung" nach Art. 13 Abs. 5 FZV»<sup>9</sup>  
(mises en évidence ajoutées).

25. Certes, le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé sur la réduction de l'avoir de libre passage suite à l'imputation d'intérêts négatifs.

Nous sommes toutefois d'avis que les principes retenus par la jurisprudence sont applicables *mutatis mutandis* à la problématique qui nous intéresse.

### 3. Conclusion

26. Vu les considérations qui précèdent, nous considérons que le prélèvement d'intérêts négatifs sur un compte de libre passage sous forme d'épargne pure n'est pas permis, et ce à double titre : d'une part, la réduction de l'avoir de prévoyance apporté lors d'un cas de libre passage n'est pas admise (art. 13 al. 5 et 19 al. 1 OLP), et, d'autre part, le législateur a instauré une obligation de créditer un intérêt, même minime, sur l'avoir de libre passage (art. 13 al. 5 OLP).

## II. CONSEQUENCES DU PRELEVEMENT INDU D'INTERETS NEGATIFS

### 1. La cessation de l'offre d'une solution d'épargne pure

27. Les fondations de libre passage peuvent uniquement proposer des comptes de libre passage sous forme d'épargne pure ou d'épargne-titres. Elles ne peuvent ainsi pas introduire une forme de placement d'épargne-titres, mais avec le maintien de la notion de compte d'épargne pure<sup>10</sup>.

28. Par conséquent, les fondations de libre passage ne peuvent transférer les avoirs de prévoyance de leurs assurés auprès de banques qui prélèvent des intérêts négatifs sur les comptes de libre passage sous forme d'épargne pure.

En effet, si la banque impute des intérêts négatifs sur un compte de libre passage sous forme d'épargne pure, il ne s'agit plus d'un compte d'épargne au sens voulu par le législateur (art. 13 al. 5 OLP).

29. Une problématique similaire s'est posée concernant le choix de la stratégie de placement par l'assuré au sens de l'article 1e OPP2.

Dans ce contexte, l'adoption de l'article 19a LFLP a permis de supprimer la contradiction entre la possibilité d'adopter une stratégie individuelle de placement plus risquée et l'obligation pour l'institution de prévoyance de garantir un montant minimum en vertu de l'article 17 LFLP au titre de la prestation de sortie. Le but poursuivi par l'article 19a LFLP est ainsi d'éviter « que les assurés qui optent pour une stratégie de placement plus risquée profitent à leur sortie, dans le meilleur cas, d'un rendement supérieur à la

---

<sup>9</sup> ATF 140 V 476, consid. 2.2.1 à 2.2.3.

<sup>10</sup> ATF 140 V 476, confirmé, pour la même institution de libre passage, par l'arrêt 9C\_131/2014 du 10 septembre 2014.

*moyenne sans avoir à supporter intégralement les conséquences d'un éventuel rendement négatif, parce qu'ils ont droit aux prestations d'entrée qu'ils ont apportées, plus les intérêts. La perte subie en cas de rendement négatif doit alors être supportée par l'institution de prévoyance et, en fin de compte, par les autres assurés »<sup>11</sup>.*

Ainsi, l'assuré qui choisit une stratégie de placement plus risquée doit supporter les pertes subies sur son avoir de prévoyance en cas de rendement négatif.

L'article 19a LFLP impose toutefois aux institutions de prévoyance qui offrent plusieurs stratégies de placement de proposer à leurs assurés au moins une stratégie de placement à faible risque.

*En effet, le législateur a considéré qu'une protection devait être garantie aux assurés, puisque « dès lors qu'un employeur propose un tel plan de prévoyance, la participation de tous ses salariés qui remplissent les critères objectifs pour y être admis est obligatoire (conformément au principe de la collectivité, art. 1c OPP2). En d'autres termes, l'employé ne peut pas décider d'être assuré ou non dans cette institution de prévoyance. Ce fait justifie l'obligation pour toute institution de prévoyance proposant un choix entre plusieurs stratégies de placement d'offrir au moins une stratégie de placement à faible risque »<sup>12</sup>.*

30. Transposée au cas qui nous occupe, l'on pourrait imaginer que les fondations de libre passage proposent à leurs assurés une solution de placement à bas risque, à l'instar de ce qui est prévu à l'article 19a LFLP.

Il sied toutefois de préciser qu'il ne s'agirait plus d'une solution dite d'épargne, mais de placement sous forme d'épargne-titres.

## **2. L'annonce aux assurés**

31. Les fondations de libre passage concernées devront avertir leurs assurés sans délai sur le fait que le prélèvement d'intérêts négatifs par la fondation est contraire au cadre légal.
32. Dans ce contexte, il y aura lieu de rappeler aux assurés qu'ils peuvent à tout moment changer d'institution de libre passage ou choisir une autre forme de maintien de la prévoyance (art. 12 al. 2 OLP).

## **3. La restitution du montant prélevé au titre d'intérêts négatifs**

33. Les assurés concernés par l'imputation d'intérêts négatifs sur leur compte de libre passage sous forme d'épargne pure auront une créance en restitution d'un montant correspondant à l'encontre de la fondation de libre passage.

<sup>11</sup> Message concernant une modification de la loi sur le libre passage (Droits en cas de choix de la stratégie de placement par l'assuré) du 11 février 2015, in : FF 2015 I 1669, 1672-1673.  
<sup>12</sup> FF 2015 I 1669, 1675.

34. L'action en restitution du montant prélevé au titre d'intérêts négatifs se prescrit par un an à compter du jour où l'assuré aura connaissance de son droit de répétition, et, dans tous les cas, par dix ans dès la naissance de ce droit (art. 67 al. 1 CO).

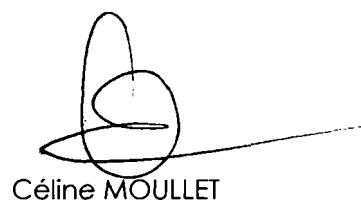
# # #

Nous espérons que nous aurons su répondre à vos questions, et demeurons à votre disposition pour tout complément d'information.

Vous remerciant de la confiance témoignée, nous vous prions de croire, chère Madame, à l'assurance de nos sentiments dévoués.



Jacques-André SCHNEIDER



Céline MOULLET