

# AROMED

AG du 26 septembre 2018

## Les nouvelles dispositions réglementaires sur la clause bénéficiaire et le divorce: planification et fiscalité

**Gladys Laffely Maillard**

Licenciée en droit (Master)

Membre de la Commission LPP fédérale

Membre de l'Association Suisse de droit fiscal

# A. Les bénéficiaires du 2<sup>e</sup> pilier en cas de décès

## 1. Principes généraux

Sous **l'angle civil**, en cas de décès de l'assuré, le bénéficiaire désigné par le règlement de prévoyance (2<sup>e</sup> pilier et libre passage) acquiert la prestation provenant de l'institution de prévoyance ou de libre passage en vertu d'un droit propre (art. 112, al. 2 CO) et non par voie successorale (cf. notamment, ATF 115 V 99; 113 V 287; 112 II 38; 74 I 401).

La prestation de prévoyance lui est ainsi acquise même s'il répudie la succession du défunt.

En outre, les règles relatives aux rapports (art. 626 ss CC) et aux réserves successorales (art. 476 et 529 CC) ne s'appliquent en principe pas.

## A. Les bénéficiaires du 2<sup>e</sup> pilier en cas de décès

Sous **l'angle fiscal**, les prestations de prévoyance (2<sup>e</sup> pilier et libre passage) acquises au bénéficiaire en raison du décès de l'assuré sont exclusivement imposables **à titre de revenu** de la prévoyance (art. 22, al.1 et 2 et 38 LIFD et les dispositions cantonales analogues).

Pour l'imposition, le degré de parenté de l'ayant droit est donc sans importance (par ex., concubin) puisque la prestation de prévoyance n'est pas assujettie à l'impôt sur les successions.

Imposition allégée des capitaux de prévoyance au titre du revenu (env. 13% Vaud et 9% Genève).

alors que

Transfert successoral en faveur des concubins : imposition de l'ordre de 50% (Vaud et Genève).

## A. Les bénéficiaires du 2<sup>e</sup> pilier en cas de décès

Selon l'art. **20a LPP**, les institutions de prévoyance sont libres de déterminer si, dans le cadre de la **prévoyance surobligatoire (2b)** elles veulent ou non prévoir des prestations pour survivants autres que le conjoint/partenaire survivant et les enfants mineurs ou aux études.

Liberté des règlements de prévoyance de prévoir ou non des prestations de survivant en faveur des concubins.

Conditions réglementaires supplémentaires à celles prévues par la LPP peuvent subordonner le droit des concubins

*Droit exclusif du conjoint survivant et des enfants mineurs dans le cadre du 2a uniquement (prévoyance minimale obligatoire).*

*Liberté réglementaire admise par le TF dans le cadre de la prévoyance 2b (sous certaines réserves).*

# A. Les bénéficiaires du 2<sup>e</sup> pilier en cas de décès

## 2. Le règlement de prévoyance

### **Art. 44 : Rente de concubin (rente de conjoint survivant : art. 42)**

#### Conditions cumulatives:

- a) Pas de rente de conjoint survivant
- b) Vie commune similaire au mariage sans interruption pendant les 5 années précédant le décès, sauf si enfants communs entretenus par l'assuré décédé;
- c) Pas de lien de parenté entre les concubins;
- d) Pas de prestation pour survivant obtenue d'une autre institution;
- e) Annonce écrite en recommandé à la Fondation de la communauté de vie du vivant de l'assuré
- f) Preuve du droit à la rente doit être fournie par le concubin survivant (attestations de domicile, extraits d'état civil, etc.)

# A. Les bénéficiaires du 2<sup>e</sup> pilier en cas de décès

## 2. Le règlement de prévoyance

### **Art. 48 : Capital décès (supplémentaire à une éventuelle rente de survivants)**

Si décès avant la prise de la retraite, droit au capital décès composé de :

- l' avoir de vieillesse au décès (rachats, etc.)
- +
- 100% ou 200% du salaire assuré (selon plan de prévoyance)

Si décès d'un assuré invalide avant 65 ans, doit au capital décès composé de :

- l' avoir de vieillesse au décès

# A. Les bénéficiaires du 2<sup>e</sup> pilier en cas de décès

## Ordre des bénéficiaires:

- I. le conjoint ou le partenaire enregistré, à défaut
- II. les enfants ayant droit à une rente d'orphelin, à défaut
- III. le concubin selon l'art. 44 LPP à défaut
- IV. les personnes que l'assuré assistait de manière prépondérante, à défaut
- V. les enfants qui n'ont pas droit à une rente d'orphelin, à défaut
- VI. les parents, à défaut
- VII. les frères et soeurs.

A défaut de bénéficiaires selon catégories I à VII, les héritiers légaux (à l'exclusion de la collectivité publique) ont droit à 50 % de l'avoir de vieillesse accumulé.

La répartition du capital décès entre plusieurs bénéficiaires d'une même catégorie s'effectue à parts égales.

## A. Les bénéficiaires du 2<sup>e</sup> pilier en cas de décès

Moyennant information écrite adressée de son vivant à la Fondation, l'assuré peut désigner les bénéficiaires du capital décès et déterminer la part de chacun. Toutefois, il ne saurait attribuer une prestation aux personnes des catégories V et suivantes s'il existe un bénéficiaire potentiel des catégories I à IV (conjoint, enfant mineur, concubin).

*(Exclusion de l'enfant majeur si conjoint survivant, enfants mineurs ou concubin par principe).*

Lorsque le conjoint survivant, les orphelins et le concubins bénéficient de prestations de survivants au moins équivalentes aux prestations minimales de la LPP, l'assuré peut inverser l'ordre des priorités des catégories I à V et, à l'intérieur de chacune, désigner la ou les personnes auxquelles il entend que le capital décès soit attribué.

*Capital décès peut être attribué en tout ou partie à l'enfant majeur si des prestations minimales sont versées au conjoint survivant, à l'orphelin ou au concubin (ce que prévoit le règlement).*



# A. Les bénéficiaires du 2<sup>e</sup> pilier en cas de décès

## 3. Le libre passage

### **Art. 15 OLP:**

Les personnes suivantes ont qualité de bénéficiaires:

- a. (...)
- b. en cas de décès, les personnes ci-après dans l'ordre suivant:
  1. les survivants au sens des art. 19 et 20 LPP
  2. les personnes à l'entretien desquelles l'assuré subvenait de façon substantielle, ou la personne qui avait formé avec lui une communauté de vie ininterrompue d'au moins cinq ans immédiatement avant le décès ou qui doit subvenir à l'entretien d'un ou de plusieurs enfants communs,
  3. les enfants du défunt qui ne remplissent pas les conditions de l'art. 20 LPP, les parents ou les frères et sœurs,

## A. Les bénéficiaires du 2<sup>e</sup> pilier en cas de décès

4. les autres **héritiers légaux**, à l'exclusion des collectivités publiques.

<sup>2</sup> L'assuré peut préciser dans le contrat les droits de chacun des bénéficiaires et inclure dans le cercle des personnes défini à l'al. 1, let. b, ch. 1, celles qui sont mentionnées au ch. 2.

*Le preneur peut préciser les droits du conjoint survivant, de l'enfant mineur et de la concubine, mais ne peut pas exclure le conjoint survivant et l'enfant mineur (si conjoint survivant et enfant mineur).*

**En cas de concours entre un concubin et des enfants majeurs**, le règlement du libre passage ne saurait exclure le concubin ni le soumettre à des conditions supplémentaires à celles prévues par l'OLP.

***Le droit du concubin prime celui de l'enfant majeur** (même s'il bénéficie d'une rente de survivant d'un précédent mariage, pas d'application par analogie de l'art. 20a LPP selon la JP du TF).*

## B. Le divorce

### 1. Les principales modifications dès le 1<sup>er</sup> janvier 2017

- Partage de la prévoyance (2a, 2b et libre passage) même lorsque l'un des conjoints touche déjà des prestations du 2e pilier (c'est l'élément central de la révision).
- Date de l'introduction de la procédure de divorce (dépôt d'une requête commune en divorce ou d'une demande unilatérale tendant au divorce (art. 274 CPC) est le moment déterminant pour le calcul

*La prestation de sortie accumulée dès cette date jusqu'à l'entrée en force du jugement de divorce n'est plus partagée par moitié (rachats)*

## B. Le divorce

S'agissant du partage de la prévoyance, trois situations sont à distinguer au moment de l'introduction de la procédure de divorce:

- Divorce et aucun cas de prévoyance n'est survenu : *transfert de la prestation de sortie au conjoint créancier*
- Divorce et l'un des conjoints perçoit une rente d'invalidité sans avoir atteint l'âge réglementaire de la retraite: *transfert de la prestation de sortie hypothétique au conjoint créancier*
- Divorce et l'un des conjoints perçoit une rente (d'invalidité ou de vieillesse) alors qu'il a déjà atteint l'âge (réglementaire) de la retraite: *transfert de la rente au conjoint créancier*

## B. Le divorce

### 2. Les possibilités de rachat suite au divorce

«<sup>1</sup> *En cas de divorce, l'institution de prévoyance doit accorder au conjoint débiteur la possibilité de racheter le montant qui lui est prélevé lors du transfert de la prestation de sortie (...)*».

Attention: Cette disposition ne s'applique pas aux institutions de libre passage: pas de rachat possible de la prestation de sortie transférée en raison du divorce (cf. BPP n°147 du 19.04.2018, ch. 985).

#### **Art. 79b al. 4 LPP**

*Les rachats effectués en cas de divorce ou de dissolution judiciaire du partenariat enregistré en vertu de l'art. 22c LFLP ne sont pas soumis à limitation.*

- Pas de délai de blocage de 3 ans;
- Pas de restitution préalable du versement EPL.

## B. Le divorce

### Approche fiscale : rachat de la prestation de sortie transférée

La jurisprudence du Tribunal fédéral admet l'examen du fisc sous l'angle de l'évasion fiscale (analyse du cas d'espèce):

- ATF du 8.7.2016, 2C\_966/2015 [admet l'évasion fiscale](#) au regard des circonstances particulières de l'espèce (divorcé depuis plus de 14 ans, délai court entre le rachat et la prestation en capital, prêt sans intérêt et sans échéance de la mère à son fils, etc. );
- ATF du 14.06.2017, 2C\_895/2016 [refuse l'évasion fiscale](#) et admet la déductibilité des rachats versées de 2010 à 2012 (CHF 1'500'000 env.) pour les motifs suivants:
  - Rachats effectués régulièrement dès le divorce et le transfert de la prestation de sortie à l'ex-conjoint;
  - Financement des rachats au moyens de fonds propres;
  - Retraite anticipée imposée par les circonstances

## B. Le divorce

### Approche fiscale: rachat de la prestation de sortie hypothétique transférée

En cas d'invalidité partielle, le rachat de la prestation de sortie disponible (part active de l'assurance) transférée est admis (art. 79b, al. 4 LPP; cf. aussi art. 22d, al. 2 LFLP);

Le rachat de la prestation de sortie hypothétique (invalidité partielle ou totale) transférée au conjoint créancier est admis en déduction aux conditions suivantes (cf. prévoyance et Impôt, cas d'application A. 5.2.5 et Message CF du 29 mai 2013, FF 2013, 4341, p. 4398):

- La rente d'invalidité n'est pas viagère, mais temporaire jusqu'à l'âge de la retraite ordinaire (2b)
- L'avoir de vieillesse continue donc d'être alimenté par les cotisations ordinaires (exemptées de paiement)
- Le rachat est prévu par le règlement

*Cf. règlement de prévoyance : art. 50, al. 6*

## B. Le divorce

### Approche fiscale: rachat dans la caisse de pensions du conjoint divorcé

En cas de divorce après la prise de la retraite, la rente de vieillesse est partagée (art. 51 règlement de prévoyance) .

Le rachat de la réduction de la rente de vieillesse n'est pas possible (réalisation du risque de vieillesse).

En cas de retraite partielle, le rachat de la prestation de libre passage transférée sur la partie active est possible (art. 51, al. 6 règlement de prévoyance).



## B. Le divorce

### Art. 22, lit f, al. 3 LFLP

<sup>3</sup> *Lorsqu'un des époux est redevable d'une prestation en capital au sens de l'art. 124d ou 124e, al. 1, CC, le juge peut fixer dans le jugement de divorce que le montant en sera transféré à l'institution de prévoyance du conjoint créancier ou, si ce transfert est impossible, à une institution de maintien de la prévoyance.*  
(...).

### Art. 124d CC

*Si l'exécution du partage au moyen de la prévoyance professionnelle ne **peut être raisonnablement exigée** compte tenu des besoins de prévoyance de chacun des époux, le conjoint débiteur est redevable au conjoint créancier d'une prestation en capital.*

## B. Le divorce

En cas d'application de l'art. 22f, al. 3 LFLP, soit **si le juge fixe dans le jugement de divorce l'obligation de transfert auprès de l'IP du conjoint créancier** ou, si ce transfert est impossible, à une institution de maintien de la prévoyance (libre passage):

- Montant versé par le débiteur est admis en déduction au titre de contribution prévoyance auprès de ce dernier sur la base de l'art. 33, lit d LIFD (contributions à l'IP fondée sur la loi);
- Apport de libre passage pour le conjoint créancier (cf. art. 52, al. 1 règlement de prévoyance)
- Imposition de la prestation auprès du créancier lors de l'obtention de la prestation sous forme de rente ou de capital à la survenance du cas de prévoyance.

*Cf. Prévoyance impôt, Cas d'application A.5.2.4*