



12. Mai 2014

Massnahmen zur Sicherung von Vorsorgeguthaben bei Vernachlässigung der Unterhaltspflicht

1 Ausgangslage

Im Bericht des Bundesrats „Harmonisierung Alimentenbevorschussung und Alimenteninkasso“ vom 4. Mai 2011¹ wurde aufgezeigt, dass in der Praxis verschiedene Probleme bei der Durchsetzung von Alimentenforderungen bestehen. Unter anderem wurde festgehalten, dass eine Verbesserung der Möglichkeiten der Inkassostellen im Bezug auf die Auszahlungen von Leistungen der 2. Säule in Kapitalform an Personen, die beharrlich ihre Alimentenpflichten vernachlässigen, angezeigt ist. Nach geltendem Recht zeigt sich folgende Situation:

Vor der Fälligkeit ist in der beruflichen Vorsorge ein Leistungsanspruch grundsätzlich nicht pfändbar (vgl. Art. 39 Abs. 1 BVG und Art. 92 Abs. 1 Ziff. 10 SchKG). Daher haben die Inkassobehörden vor dem Eintritt der Fälligkeit eines Anspruchs, d.h. bevor ein Gesuch für die Auszahlung des Vorsorgekapitals vorliegt und die Bedingungen dafür erfüllt sind, keinerlei Zugriff auf Ansprüche der unterhaltspflichtigen Person aus der beruflichen Vorsorge.

Nach der Auszahlung der Austrittsleistung oder des Vorsorgekapitals besteht grundsätzlich die Möglichkeit, eine gerichtliche Anordnung von Sicherheitsleistungen für künftige Unterhaltszahlungen (Art. 132 Abs. 2 und Art. 292 ZGB) zu veranlassen oder – sofern die Unterhaltsansprüche bereits fällig sind – ein Arrestbegehren (Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG) zu stellen. Diese Massnahmen sind zwar bereits unter geltendem Recht möglich, die praktische Schwierigkeit besteht allerdings darin, dass gegen das Vermögen nicht vollstreckt werden kann, solange kein fälliger Auszahlungsanspruch gegen die Vorsorge- und Freizügigkeitseinrichtung besteht. Kommt es dagegen zu einer Auszahlung der beruflichen Vorsorge in Kapitalform, hat die Inkassobehörde in vielen Fällen keine Kenntnis von diesem Anspruch, was es der unterhaltspflichtigen Person ermöglicht, den ausbezahlten Betrag beiseite zu schaffen und auf diese Weise der Erfüllung der Unterhaltspflichten zu entziehen. Das ist für die alimentenberechtigte Person umso gravierender, als durch die Auszahlung in Kapitalform auch allfällige zukünftige Hinterlassenenleistungen aus der beruflichen Vorsorge dahinfallen, die den Unterhalt des Alimentengläubigers im Fall des Todes der versicherten Person hätten sicherstellen sollen.

Bei der Barauszahlung des Vorsorgeguthabens aufgrund des endgültigen Verlassens der Schweiz ist der Unterhaltsanspruch am stärksten gefährdet. Aber auch die Barauszahlung aufgrund der Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit kann dazu führen, dass Vorsorgegelder dem Zugriff der Alimentengläubiger sowie der Inkassobehörde entzogen werden. Es gibt keinerlei Sicherheit oder rechtliche Verpflichtung, dass diese Mittel, die aus der Vorsorge in das Vermögen der versicherten Person geflossen sind, wirklich in den Aufbau einer selbständigen Erwerbstätigkeit investiert werden.

Das gleiche Problem stellt sich grundsätzlich auch bei anderen Auszahlungen in Kapitalform: Hat eine versicherte Person das frühestmögliche Rentenalter einer Vorsorgeeinrichtung bereits erreicht und ermöglicht das Reglement die Auszahlung des gesamten Guthabens in Kapitalform, kann diese Person unter Umständen kurzfristig das Arbeitsverhältnis auflösen und so die Fälligkeit der Altersleistung in

¹ Dieser Bericht wurde vom Bundesrat in Erfüllung des Postulats 06.3003 'Harmonisierung Alimentenbevorschussung und Alimenteninkasso' der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates (SGK-N) erstellt (Fundstelle: <http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=38967>).

Kapitalform auslösen. Dies ist möglich, indem die versicherte Person die Kapitaloption bereits früher gewählt hat, oder indem das Reglement nur eine kurze Frist zur Wahl der Kapitaloption verlangt. Hat die Person, die beharrlich die Alimente nicht bezahlt, ein Guthaben der beruflichen Vorsorge bei einer Freizügigkeitseinrichtung, ist die Kapitalform der Auszahlung sogar die Regel. Die versicherte Person kann nach Vollendung des 60. Altersjahres (59. Altersjahr für Frauen) auch ohne Beendigung der Erwerbstätigkeit jederzeit die Auszahlung verlangen (Art. 16 FZV).

Selbst beim Vorbezug von Vorsorgegeldern für die Wohneigentumsförderung (WEF) besteht im Endeffekt die gleiche Problematik: Zwar wird das Vorsorgeguthaben nicht direkt in das Vermögen der versicherten Person überführt, sondern an den Verkäufer oder den Hypothekargläubiger überwiesen. Leider ist es über Umgehungsgeschäfte mit Dritten möglich, das Vorsorgeguthaben aus der Vorsorge herauszulösen und es trotzdem dem Zugriff von Alimentengläubigern und Inkassobehörden zu entziehen. Auch das Instrument der Verpfändung von Vorsorgegeldern für die Wohneigentumsförderung kann mit ähnlichem Resultat missbraucht werden, indem Hypotheken errichtet und mit der Verpfändung von Vorsorgegeldern gesichert werden und danach dieses Pfand verwertet wird. Bei einer Pfandverwertung von verpfändeten Vorsorgegeldern werden diese in das Wohneigentum investiert und sind gegenüber dem Zugriff der Gläubiger nicht mehr geschützt. Ohne Meldung kann die Inkassostelle nicht tätig werden und die bestehenden rechtlichen Instrumente einsetzen.

2 Grundzüge der beantragten Neuregelung

2.1 Zusammenhang mit der Vorlage zum Kindesunterhalt

Die vorgeschlagenen Gesetzesänderungen folgen der im Bericht ‚Harmonisierung Alimentenbevorschussung und Alimenteninkasso‘ (vgl. Fussnote 1) skizzierten Lösung. Sie bilden die vorsorgerechtliche Ergänzung zu den Bestrebungen, die Qualität der Arbeit derjenigen Stellen zu vereinheitlichen und zu verbessern, die in den Kantonen mit der Inkassohilfe und der Alimentenbevorschussung betraut sind. In der Vorlage zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesunterhalt) vom 29. November 2013 wurde vorgeschlagen, dem Bundesrat die Kompetenz zu erteilen, die für diese Verbesserungen notwendigen Regelungen zu erlassen².

2.2 Meldung an die Vorsorge- oder Freizügigkeitseinrichtung

Vernachlässigt eine Person ihre Unterhaltsverpflichtungen und ist einer mit der Durchsetzung der Unterhaltsansprüche betrauten Fachstelle bekannt, in welcher Vorsorge- oder Freizügigkeitseinrichtung der Schuldner Vorsorgeguthaben hat³, meldet die Fachstelle dieser Einrichtung, dass sie die Fachstelle vor der Durchführung einer Kapitalauszahlung informieren muss. Artikel 40 Absatz 1 E-BVG definiert die Voraussetzungen, bei deren Vorliegen eine entsprechende Meldung gemacht werden kann: Sobald die versicherte Person mit einem Unterhaltsbetrag, welcher vier Monatszahlungen entspricht, in Verzug ist, soll die Meldung an die Vorsorge- oder Freizügigkeitseinrichtung gemacht werden können. Mit einer solchen im Gesetz klar definierten Schwelle wird vermieden, dass Alimentenschuldner bereits bei kleinen Zahlungsrückständen ihrer Vorsorge- oder Freizügigkeitseinrichtung gemeldet werden müssen, und auch für die Fachstelle wird die Handhabung der Bestimmung in der Praxis massgeblich erleichtert.

Hat ein Alimentenschuldner sämtliche Zahlungen geleistet und kommt er auch seinen laufenden Unterhaltspflichten nach, muss die Fachstelle ihre Meldung an die Vorsorge- oder Freizügigkeitseinrichtung

² Vgl. Artikel 131 Absatz 2 und 290 Absatz 2 E-ZGB und die Ausführungen in der Botschaft des Bundesrates zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesunterhalt) vom 29. November 2013, BBl 2014 529 ff., S. 582 f.

³ In der Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Vorsorgeausgleich bei Scheidung) vom 29. Mai 2013 (BBl 2013, 4887) ist unter anderem eine Ausweitung der Meldepflicht der Vorsorge- und Freizügigkeitseinrichtungen an die Zentralstelle 2. Säule vorgesehen, so dass in Zukunft alle vorhandenen Guthaben dort gemeldet sein müssten.

widerrufen, um zu verhindern, dass für den Versicherten ungerechtfertigte Angaben bestehen. Diese Pflicht wird im Zivilrecht präzisiert werden.

2.3 Meldung der Fälligkeit eines Anspruchs an die Fachstelle und Aufschub der Auszahlung

Tritt bezüglich eines Anspruchs auf Auszahlung bei einer Vorsorge- oder Freizügigkeitseinrichtung die Fälligkeit ein, muss die Einrichtung, welche die Meldung erhalten hat, die Fachstelle umgehend darüber orientieren. Danach muss die Einrichtung eine Frist von 30 Tagen abwarten, bevor die Auszahlung erfolgen kann. Eine solche umgehende Information ermöglicht es den Fachstellen, die notwendigen Massnahmen zur Sicherung der Unterhaltsansprüche der Kinder und Ehegatten einzuleiten. Sie nutzen dazu die bereits bestehenden gesetzlich vorgesehenen Möglichkeiten der Sicherstellung sowie des Arrests. Erfolgt innerhalb der Frist von 30 Tagen keine Anordnung durch ein Gericht, kann die Vorsorge- oder Freizügigkeitseinrichtung die Vorsorgegelder auszahlen beziehungsweise bei einem WEF-Vorbezug überweisen.

Mit der vorliegenden Gesetzesänderung wird *kein eigentliches neues Rechtsinstitut* geschaffen, sondern sichergestellt, dass bereits bestehende rechtliche Mittel rechtzeitig und damit effizienter eingesetzt werden können. Dabei kann nicht verhindert werden, dass andere Gläubiger von diesen rechtlichen Schritten der Fachstelle Kenntnis erhalten und sie für ihre eigenen Forderungen die gleichen Schritte einleiten (z. B. ein Pfändungsbegehren). Dies kann dazu führen, dass die Mittel, die ursprünglich aus der Vorsorge stammen und mit der Fälligkeit des Auszahlungsanspruchs in das frei pfändbare Vermögen des Alimentenschuldners übergegangen sind, im Endeffekt auch zur Deckung anderer Schulden verwendet werden. Das ist zwar sicher nicht das Ziel, kann aber nicht vermieden werden und wie oben erwähnt hat ein Gläubiger bereits heute Zugriff auf diese Mittel. Es wird auch keine neue Gläubigerprivilegierung eingeführt, denn das Gesetz sieht bereits ein Privileg für die Alimentengläubiger vor (vgl. Art. 219 SchKG). Auch in dieser Beziehung soll die Neuerung nur dazu führen, dass dieses Privileg besser geltend gemacht werden kann.

2.4 Haftung der Vorsorge- oder Freizügigkeitseinrichtung

In der Vernehmlassung wurde auf die unklare Haftungslage für die Vorsorge- und Freizügigkeitseinrichtungen hingewiesen. Zusätzlich zum Aufwand und den damit verbundenen Kosten wurde eine all-fällige Haftung für die (unabsichtliche) Missachtung der Meldepflicht oder der darauf folgenden Sperrfrist bis zur Auszahlung befürchtet.

Es kann tatsächlich nicht ausgeschlossen werden, dass eine Vorsorge- oder Freizügigkeitseinrichtung die Auszahlung ein zweites Mal vornehmen muss, wenn die erste Auszahlung pflichtwidrig erfolgt ist. Damit ein solcher Anspruch geltend gemacht werden kann, muss ein rechtlich relevanter Schaden entstanden sein. Im vorliegenden Fall würde dieser darin bestehen, dass aufgrund einer pflichtwidrigen Handlung der Vorsorge- oder Freizügigkeitseinrichtung eine Vermögenseinbusse eingetreten ist: Wäre die Vorsorge- oder Freizügigkeitseinrichtung ihrer gesetzlichen Pflicht nachgekommen, hätte eine entsprechende Massnahme (Arrest oder Sicherstellungsverfügung) erwirkt werden können und die Kapitalauszahlung hätte für die Tilgung der Alimentenforderung (bzw. für deren Sicherstellung) verwendet werden können. Indem dies nicht geschehen ist, bleibt diese Forderung weiter bestehen, was nach der massgeblichen Differenztheorie ein Schaden bedeutet.

Fraglich ist in diesem Zusammenhang, inwieweit sich der Geschädigte (Fachstelle oder Alimentengläubiger) an den ursprünglichen Schuldner der Alimentenforderung (versicherte Person) halten muss bzw. welche Schritte er unternommen haben muss, um das ausbezahlte Kapital von der versicherten Person selber zu bekommen, bevor ein solcher Schaden angenommen werden kann.

Fest steht, dass hier keine Solidarschuld vorliegt; es kann mit anderen Worten nicht bedingungslos gegen die Vorsorgeeinrichtung vorgegangen werden: Der Schaden besteht gerade darin, dass die Forderung gegenüber dem ursprünglichen Schuldner nicht durchgesetzt werden kann. Den Geschädigten trifft eine Schadensminderungspflicht, d.h. er hat alles Zumutbare zu unternehmen, um den Eintritt des Schadens zu verhindern bzw. dessen Umfang klein zu halten. Im vorliegenden Kontext bedeutet dies, dass er alle zumutbaren Anstrengungen unternehmen muss, um die Forderung gegenüber dem Alimentenschuldner direkt durchzusetzen. Erst wenn dies nicht gelingt bzw. ein solches Vorgehen als unzumutbar erscheint, ist damit überhaupt erst ein rechtlich relevanter Schaden entstanden. Über die Zumutbarkeit der Schadensminderung entscheiden die Gerichte im Einzelfall. Gerade in den hier zur Diskussion stehenden Fällen erscheint aber eine solche Situation nicht ausgeschlossen, namentlich bei einem Wegzug des Alimentenschuldners ins Ausland.

Wie festgehalten setzt eine Haftung der Vorsorge- oder Freizügigkeitseinrichtung stets ein Verschulden voraus, d.h. sie muss pflichtwidrig gehandelt haben. Im Gegensatz zur Vernehmlassungsvorlage sieht die vorgeschlagene Gesetzesänderung verschiedene Regelungen vor, mit denen die Pflichten der Vorsorge- und der Freizügigkeitseinrichtung klarer umschrieben werden, damit sie ihr Verhalten besser darauf ausrichten und so eine Haftung vermeiden können.

2.5 Datenschutz

Aus Sicht des Datenschutzes entstehen mit der gewählten Lösung keine Probleme. Die vorgeschlagene Regelung sieht eine explizite gesetzliche Grundlage für die Weitergabe der Daten vor, welche notwendig ist, um das vorgesehene Ziel zu erreichen. Die Vorsorge- und Freizügigkeitseinrichtungen sind darüber hinaus nicht verpflichtet, die betroffene Person zu informieren, da die Bekanntgabe der Daten ausdrücklich im Gesetz vorgesehen wird (Art. 18a Abs. 4 lit. a DSG).

2.6 Auffindbarkeit der Guthaben

Ist der Arbeitgeber einer Person bekannt, kann auch die Vorsorgeeinrichtung, bei der dessen Arbeitnehmende versichert sind, eruiert werden. Schwierigkeiten sind jedoch voraussehbar bei Personen, deren Arbeitgeber der Fachstelle nicht bekannt ist, oder deren Vorsorgeguthaben bei einer Freizügigkeitseinrichtung liegt, die frei gewählt und gewechselt werden kann (Art. 12 Abs. 2 FZV). Ein Teil der Guthaben der 2. Säule wird heute der Zentralstelle 2. Säule gemeldet⁴ und kann dort von den Fachstellen eruiert werden (vgl. Art. 86a Abs. 1 Bst. a^{bis} E-BVG). In der Vorlage zum Vorsorgeausgleich bei Scheidung wird vorgeschlagen, dass generell alle Guthaben gemeldet werden müssen⁵. Sollte diese Neuregelung in Kraft treten, wird die Wirksamkeit der aktuell vorgeschlagenen Massnahme erhöht.

⁴ Die Vorsorge- und Freizügigkeitseinrichtungen sind verpflichtet, der Zentralstelle 2. Säule jene Guthaben zu melden, bei denen sie den Kontakt zu den Berechtigten verloren haben. Alternativ können sie periodisch den gesamten Versichertenbestand melden (vgl. Art. 24b FZG).

⁵ Vgl. FN 3.

3 Erläuterung zu den einzelnen Artikeln

3.1 Änderung des BVG

Artikel 40 Massnahmen bei Vernachlässigung der Unterhaltspflicht

Absatz 1 schafft im Vorsorgerecht die Möglichkeit, dass die Fachstelle einer Vorsorgeeinrichtung Meldung erstattet, wenn eine versicherte Person ihre Unterhaltspflicht vernachlässigt. Ob für die Fachstelle diese Meldung nicht nur eine Möglichkeit, sondern eine Pflicht sein soll, ist im Zivilrecht zu regeln.

Die Vorsorgeeinrichtung ist verpflichtet, die Meldung der Fachstelle entgegen zu nehmen.

Damit nicht bereits vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten zu einer Meldung an die Vorsorgeeinrichtung führen, werden die Voraussetzungen, welche für eine Meldung erfüllt sein müssen, umschrieben. Wenn die versicherte Person mit Unterhaltszahlungen in Verzug ist, welche vier Monatszahlungen entsprechen, kann eine Meldung ohne weitere Mahnung an die Einrichtung erfolgen.

Eine solche Lösung, welche auf die Höhe des im Einzelfall geschuldeten Unterhaltsbeitrags abstellt, nimmt Rücksicht auf die unterschiedliche Höhe der zu erbringenden Unterhaltsleistungen. Da kein fixer Betrag, sondern der im Einzelfall geschuldete monatliche Unterhaltsbeitrag massgebend sein soll, muss der die Meldepflicht auslösende Betrag auch nicht an eine allfällige Geldentwertung angepasst werden. Dabei ist es wichtig, dass die Meldung an die Vorsorgeeinrichtung nur erfolgt, wenn die gesetzlichen Bedingungen erfüllt sind, da deren Verarbeitung und Beachtung im Falle einer Auszahlung von Vorsorgegeldern in Kapitalform zusätzlichen Aufwand für die Einrichtungen bringen.

Die Vorsorgeeinrichtung hat keine Pflicht, das Vorliegen der betreffenden Voraussetzungen zu überprüfen. Es ist dabei auch möglich, dass eine Vorsorgeeinrichtung mehr als eine Meldung einer Fachstelle erhält, beispielsweise wenn der Alimentengläubiger seinen Wohnsitz in einen andern Kanton verlegt. Wurden in beiden Kantonen Alimente bevorschusst, bestehen auch in beiden Kantonen Ansprüche gegenüber dem Alimentenschuldner. Daher darf die frühere Meldung beim Eingang der neuen Meldung nicht einfach gelöscht werden. Anders ist die Situation bei der Inkassohilfe, bei der die Forderung beim Alimentengläubiger verbleibt. Auch diese Unterscheidung muss nicht von der Vorsorgeeinrichtung überprüft werden. Es ist vielmehr die Aufgabe der Fachstelle nicht mehr aktuelle Meldungen anzuzeigen.

Die Pflicht, eine Meldung, die keine Berechtigung mehr hat, zu widerrufen, ergibt sich aus dem Datenschutz. Um diese Pflicht zu verdeutlichen, ist es sinnvoll, dies ebenfalls im Zivilrecht klar fest zu halten⁶.

Der Widerruf der Meldung soll nicht bereits bei der Wiederaufnahme der Zahlungen erfolgen, sondern grundsätzlich erst bei einer definitiven Verbesserung der Situation. Andernfalls bestünde das Risiko, dass in absehbarer Zeit erneut eine Meldung durch die Fachstelle erfolgen müsste. Die Verarbeitung der Meldung oder deren Widerruf durch die Vorsorgeeinrichtung ist mit Aufwand verbunden und ist nach Möglichkeit zu vermeiden. Ausserdem würde ein Hin und Her von Meldungen und Widerrufen die Gefahr von Fehlern erhöhen.

Die Vorlage enthält keine besondere Übergangsbestimmung und ist daher auf alle nach Inkrafttreten der Gesetzesänderung fällig werdenden entsprechenden Auszahlungen in Kapitalform anwendbar. Die Fachstellen können daher auch für die Vernachlässigung von Unterhaltspflichten, die ganz oder zum Teil vor dem Inkrafttreten stattfand, Meldung erstatten, sofern die Forderung beim Inkrafttreten der aktuellen Gesetzesänderung noch besteht.

Die Zuständigkeit für die Tätigkeit der Fachstelle ist kantonal unterschiedlich geregelt. Es handelt sich aktuell um jene Behörde, die die Aufgabe nach Artikel 131 Absatz 1 und Artikel 290 (Inkassohilfe) ZGB

⁶ Siehe die Erläuterungen zu Artikel 131 Absatz 2 und Artikel 290 Absatz 2 der vorgeschlagenen Änderungen des ZGB, gemäss denen der Bundesrat einen verbindlichen Leistungskatalog für die Inkassostellen festlegen soll: BBl 2014 529 ff., S. 582 f.

wahrnimmt.⁷ Auch in Zukunft sollen die Kantone die Möglichkeit haben, die kompetente Stelle zu bestimmen. Da Vorsorgeeinrichtungen kaum über sämtliche jeweils aktuellen kantonalen Regelungen informiert sind, sollte sich die Fachstelle bei der Meldung an die Vorsorgeeinrichtung als die zuständige Behörde ausweisen. Dies kann z. B. durch eine Kopie der entsprechenden kantonalen Regelung geschehen.

Absatz 2 präzisiert, dass die Vorsorgeeinrichtung die Meldungen nach Absatz 1 und Artikel 24^fbis Absatz 2 E-FZG unverzüglich zu verarbeiten hat, das heisst, sie muss in ihrem Informatiksystem einen Vorbehalt für allfällige Auszahlungen in Kapitalform oder einen WEF-Vorbezug unverzüglich erfassen. Mit Abschluss der internen Verarbeitung tritt grundsätzlich die Wirkung ein, spätestens jedoch nach fünf Arbeitstagen wird die Meldung so behandelt, also ob sie verarbeitet worden wäre.

Den Vorsorgeeinrichtungen wird mit dieser Vorlage eine neue Pflicht auferlegt, bei deren Missachtung sie allenfalls für den Schaden bis zum Umfang des ausgezahlten Guthabens haften. Als Gegengewicht sollen sie auch in gewissem Umfang geschützt werden, wenn die interne Verarbeitung der Meldung der Fachstelle einige Tage in Anspruch nimmt und deshalb kurz nach Eingang der Meldung doch noch eine Auszahlung vorgenommen wird. Um Streitigkeiten über die Frage, ob eine schnellere Verarbeitung möglich gewesen wäre, vorzubeugen, wird eine klare Frist gesetzt, ab wann die Vorsorgeeinrichtung für die Nichtbeachtung der Meldung der Fachstelle haften soll. Die Frist von fünf Arbeitstagen ist relativ grosszügig und man kann erwarten, dass eine Vorsorgeeinrichtung spätestens nach dieser Frist die Meldung verarbeitet hat. Selbstverständlich soll diese Frist nicht dazu führen, dass die Vorsorgeeinrichtung die Meldung nicht so schnell als möglich verarbeitet und beachtet. Da es sich um eine Schutzfrist für die Vorsorgeeinrichtung handelt, kann auch die versicherte Person von der Vorsorgeeinrichtung nicht verlangen, dass sie die Meldung erst nach Ablauf der Frist von fünf Tagen beachte.

Absatz 3 umschreibt, in welchen Fällen die Fälligkeit eines Anspruchs die Meldepflicht der Vorsorgeeinrichtung an die Fachstelle auslöst.

Jede Auszahlung einer Vorsorgeleistung in Kapitalform von mindestens Fr. 1'000.- fällt unter diese Bestimmung, unabhängig davon, ob sie gestützt auf das Gesetz (Art. 30c und Art. 37 BVG und Art. 5 FZG) oder ausschliesslich aufgrund von reglementarischen Bestimmungen erfolgt. Auch Auszahlungen in Kapitalform, die nur einen Teil des Vorsorgeguthabens betreffen, wie sie zum Beispiel bei WEF-Vorbezügen vorkommen oder bei Altersleistungen, bei denen ein Teil in Rentenform und ein Teil in Kapitalform ausgezahlt wird, fallen unter diese Bestimmung, wenn die Kapitalleistung mindestens Fr. 1'000.- beträgt.

Kapitalleistungen unter Fr. 1'000.- werden von der Meldepflicht ausgenommen. Insbesondere bei der Anwendung von Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe c FZG (die Austrittsleistung beträgt weniger als ein Jahresbeitrag der versicherten Person) können sehr kleine Kapitalleistungen resultieren. In diesem Fall soll ein unverhältnismässiger Aufwand durch eine Meldung vermieden werden.

Die Vorsorgeeinrichtung erstattet ihre Meldung an diejenige Fachstelle, von welcher sie die Meldung gemäss Absatz 1 erhalten hat.

Buchstabe a: Bei der Kapitaloption der Altersleistung ist oft eine längere Frist (ein oder zwei Jahre) vorgesehen, welche die versicherte Person zwischen der Wahl für die Kapitalauszahlung und der Fälligkeit der Leistung mindestens einhalten muss. In diesem Fall ist nicht der Moment der Wahl durch den Versicherten, sondern die Fälligkeit der Leistung massgebend.

Buchstabe b und c: Eine Barauszahlung nach Artikel 5 FZG erfolgt nur aufgrund eines Gesuchs der versicherten Person und die Vorsorgeeinrichtung muss prüfen, ob die Voraussetzungen für eine solche

⁷ Vgl. Art. 131 Abs. 1 und Art. 290 ZGB: Erfüllt die verpflichtete Person die Unterhaltspflichten nicht, so hat die vom kantonalen Recht bezeichnete Stelle der berechtigten Person auf Gesuch hin bei der Vollstreckung des Unterhaltsanspruchs in geeigneter Weise [...] zu helfen.

Auszahlung vorliegen. Kommt sie zum Schluss, dass dies der Fall ist, hat sie Meldung an die Fachstelle zu erstatten. Das Gleiche gilt für den Vorbezug für die Wohneigentumsförderung.

Bei einem WEF-Vorbezug wird das Vorsorgeguthaben zwar nicht bar an die versicherte Person ausbezahlt. Die Mittel werden aber trotzdem in das Eigentum des säumigen Alimentenschuldners investiert und die zukünftigen Hinterlassenenleistungen dadurch empfindlich reduziert. Da die Hilfe zum Alimenteninkasso nicht nur gegenüber bedürftigen Alimentenschuldnern in Anspruch genommen werden muss, rechtfertigt es sich, auch beim Vorbezug von Vorsorgegeldern eine Meldepflicht an die Fachstelle vorzusehen. Diese kann dann rechtliche Massnahmen prüfen, um den Wert des Wohneigentums zur Sicherung der Alimentenschulden heranzuziehen. Andernfalls können andere Gläubiger Massnahmen für ihre bestehenden oder sogar für neue Forderungen einleiten, wodurch die Vorsorgemittel im Endeffekt ihnen zugute kommen und nicht den Alimentengläubigern, deren Hinterlassenenleistungen verlustig gehen.

Absatz 4: Bei der Verpfändung von Vorsorgeguthaben soll bereits die Anzeige der Verpfändung⁸ des Vorsorgeguthabens eine Meldung an die Inkassobehörde auslösen, da die Pfandverwertung selbst, wenn sie vom Pfandgläubiger eingeleitet werden sollte, weder verhindert noch aufgeschoben werden kann. Wird das Pfand später verwertet, löst auch dies wiederum eine Meldung aus. Die Pfandverwertung, kommt in der Wirkung einem Vorbezug der Vorsorgegelder gleich.

Dabei wird weder die Wirksamkeit des Pfandrechts eingeschränkt noch die Pfandverwertung um 30 Tage aufgeschoben, denn die Rechte des Pfandgläubigers sollen nicht eingeschränkt werden. Trotzdem sollen diese Vorgänge gemeldet werden, da sonst Umgehungsmöglichkeiten geschaffen werden. Bei der Verpfändung von Vorsorgegeld für ein neues hypothekarisch gesichertes Darlehen kann die Information wichtig sein, dass der säumige Alimentenschuldner einen grösseren Geldbetrag erhalten hat, für den das Vorsorgeguthaben in Zukunft haften wird. Bei einer Verwertung von verpfändeten Vorsorgeguthaben wird das hypothekarisch gesicherte Darlehen, für das die Vorsorgemittel verpfändet waren, zurückgezahlt. Die Vorsorgemittel fliessen damit an den Darlehensgeber und es entsteht der gleiche Effekt wie bei einem WEF-Vorbezug.

Absatz 5: Sämtliche Meldungen zwischen den Fachstellen und den Vorsorgeeinrichtungen nach den Absätzen 1, 3 und 4 haben im Interesse der Rechtssicherheit schriftlich durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung zu erfolgen. Im Interesse der Klarheit und um Streitigkeiten über Haftungsfragen vorzubeugen, lehnt sich diese Regelung an die Vorschriften der Zivilprozessordnung an (vgl. Art. 138 ZPO). Dies erlaubt es der Fachstelle und der Vorsorgeeinrichtung, den Zugang der Meldung nachzuweisen. Die Fachstelle hat nach dem Zugang die Möglichkeit, die entsprechenden Massnahmen einzuleiten. Für die Vorsorgeeinrichtung ist damit auch sichergestellt, dass sie zweifelsfrei vom Zeitpunkt Kenntnis erhält, in dem die Zustellung an die Fachstelle tatsächlich erfolgt, denn dieses Datum wird auf der Empfangsbestätigung festgehalten. Ab dem Datum des Zugangs bei der Fachstelle beginnt die 30-tägige Frist nach Absatz 6 zu laufen.

Absatz 6 verankert eine Sperrfrist für die Auszahlung der Austritts- bzw. der Kapitalleistung. Die Fachstelle benötigt nach Erhalt der Information eine gewisse Zeit, damit sie die notwendigen Schritte einleiten kann. Sie kann beim Gericht ein Gesuch um eine Sicherstellung bzw. ein Arrestgesuch stellen. Daher darf die Vorsorgeeinrichtung den von der versicherten Person verlangten Betrag nicht auszahlen, bevor die Frist von 30 Tagen seit dem Zugang der Meldung an die Fachstelle abgelaufen ist. Die Fälligkeit ist zwar eingetreten, doch verhindert die Sperrung die Auszahlung. Die Situation ist in dieser Beziehung vergleichbar mit einem Sperrkonto.

Die Wartefrist für die Auszahlung von Vorsorgeguthaben ist einer Person, die vier Monatsbeträge der Unterhaltspflichten schuldet, zumutbar.

⁸ Es handelt sich um die Anzeige der Verpfändung an die Vorsorge- oder Freizügigkeitseinrichtung; eine Verpfändung von Vorsorgeguthaben für die Wohneigentumsförderung ist ohne eine solche Anzeige nicht gültig (vgl. Art. 331d Abs. 3 OR).

Solange die Einrichtung aufgrund der neuen gesetzlichen Sperrfrist die Austritts- bzw. die Kapitalleistung nicht auszahlen darf, ist sie nicht in Verzug und es entsteht somit für die Einrichtung während dieser Frist keine Pflicht, einen Verzugszins zu bezahlen. Hingegen ist das Guthaben wie in anderen Situationen vor dem Verzug zu verzinsen (vgl. Art. 2 Abs. 3 und 4 FZG).

Der Grundsatz, dass der Leistungsanspruch vor der Fälligkeit ausser zur Förderung von selbstbewohntem Wohneigentum nicht pfändbar ist (vgl. Art. 39 Abs. 1 BVG), bleibt auch nach dieser Gesetzesänderung bestehen. Der Schutz der Vorsorgegelder bleibt erhalten. Erst wenn die versicherte Person durch eine Barauszahlung oder durch eine andere Auszahlung in Kapitalform vorzeitig die Fälligkeit auslöst, können Alimentengläubiger, wie andere Gläubiger auch, auf diese nun freien Mittel greifen. Die Fachstelle kann von der Vorsorgeeinrichtung auch weiterhin nicht die Auszahlung an Dritte, insbesondere an die Alimentengläubiger, oder an sich selbst verlangen. Nur wenn eine Anweisung durch ein Gericht erfolgt, wird die Auszahlung an den Versicherten über die Frist von 30 Tagen hinaus gesperrt⁹ oder die Auszahlung an die Alimentengläubiger angewiesen. Wenn keine solchen Schritte durch ein Gericht oder Betreibungsamt erfolgen, kann die Vorsorgeeinrichtung entsprechend dem üblichen Verfahren das Vorsorgeguthaben der versicherten Person auszahlen oder den Vorbezug für Wohneigentum überweisen.

Art. 49 Abs. 2 Ziff. 5a

In umhüllenden Vorsorgeeinrichtungen muss die neue Regelung auch für den über die obligatorische berufliche Vorsorge hinausgehenden Teil Geltung haben.

Art. 86a Abs. 1 Bst. a^{bis}

Die Kindesschutzbehörde oder die andere vom kantonalen Recht bezeichnete Stelle nach Artikel 131 und Artikel 290 ZGB sind als solche keine Sozialhilfebehörden im rechtlichen Sinn. Die Aufgabe kann zwar den Sozialhilfebehörden übertragen werden, doch ist dies nicht zwingend. Damit die Fachstelle auf schriftliches und begründetes Gesuch hin Auskunft erhalten kann, insbesondere von der Zentralstelle 2. Säule, muss in Artikel 86a eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage vorgesehen werden.

3.2 Änderung des ZGB

Art. 89a Abs. 6 Ziff. 4a

Auch in Vorsorgeeinrichtungen, die ausschliesslich die über die obligatorische berufliche Vorsorge hinausgehende Vorsorge betreiben, hat die neue Regelung Gültigkeit.

3.3 Änderung des FZG

Art. 24^f^{bis}

Die Absätze 1 sowie 3 bis 7 sind für die Freizügigkeitseinrichtungen analog zu der Regelung in Artikel 40 E-BVG formuliert.

Absatz 2 soll sicherstellen, dass beim Übertritt einer versicherten Person in eine andere Vorsorge- oder Freizügigkeitseinrichtung die Meldung der Fachstelle von der bisherigen an die nachfolgende Einrichtung weiter geleitet wird. Eine solche Weiterleitung muss auch vorgenommen werden, wenn die Meldung erst eintrifft, wenn die versicherte Person die Einrichtung bereits gewechselt hat. In diesem Fall

⁹ Zum Beispiel durch von einem Gericht angeordnete vorsorgliche Massnahmen.

leitet die Vorsorge- oder Freizügigkeitseinrichtung die Meldung innert 10 Arbeitstagen an jene Einrichtung weiter, an die sie das Vorsorgeguthaben der versicherten Person überwiesen hat.



12 mai 2014

Mesures de garantie de l'avoir de prévoyance en cas de négligence de l'obligation d'entretien

1 Contexte

Dans son rapport du 4 mai 2011 intitulé « Harmonisation de l'avance sur contributions d'entretien et de l'aide au recouvrement »¹, le Conseil fédéral a montré que différents problèmes se posent en pratique pour le recouvrement des contributions d'entretien. Il relevait notamment qu'il serait indiqué d'améliorer les possibilités offertes aux services de recouvrement en cas de paiement de prestations du 2^e pilier sous forme de capital à des personnes qui ne remplissent pas leurs obligations d'entretien. Dans le droit en vigueur, la situation est la suivante.

Avant que les prestations de la prévoyance professionnelle soient exigibles, le droit à ces prestations n'est pas saisissable (cf. art. 39, al. 1, LPP et art. 92, al. 1, ch. 10, LP). Les autorités chargées de l'aide au recouvrement ne peuvent donc pas saisir les prestations LPP de l'assuré tenu à entretien avant le jour où la prétention devient exigible, autrement dit, avant que l'assuré ait déposé une demande de versement de l'avoir de prévoyance et que les conditions requises pour le versement soient remplies.

Après le versement de la prestation de sortie ou du capital de prévoyance, il est en principe possible de requérir une décision du tribunal obligeant le débiteur récalcitrant à fournir des sûretés pour les contributions futures (art. 132, al. 2, et 292 CC) ou – à condition que les créances d'entretien soient déjà exigibles – pour lui demander de prononcer un séquestre (art. 271, al. 1, ch. 6, LP). Ces mesures sont certes déjà possibles dans la législation en vigueur, mais elles butent en pratique contre l'obstacle suivant : il est impossible de procéder à une saisie conservatoire de la fortune constituée auprès de l'institution de prévoyance ou de libre passage tant que les prestations de celle-ci ne sont pas exigibles. Mais en cas de paiement sous forme de capital, le service de recouvrement n'a souvent pas connaissance de la réalisation de cette prétention, ce qui permet à l'assuré tenu à entretien de faire disparaître le montant versé et de le soustraire ainsi à l'accomplissement de son obligation d'entretien. C'est d'autant plus lourd de conséquences pour le créancier d'entretien que le retrait sous forme de capital rend caduques les éventuelles prestations de survivants de la prévoyance professionnelle qui auraient dû garantir plus tard son entretien en cas de décès de l'assuré.

Le paiement en espèces de l'avoir de prévoyance en raison d'un départ définitif à l'étranger constitue certainement le risque majeur pour le droit à l'entretien. Mais le paiement en espèces permettant à un assuré de débiter une activité lucrative indépendante peut lui aussi avoir pour effet que ses avoirs de prévoyance échappent aux créanciers d'entretien et aux autorités chargées de l'aide au recouvrement. Il n'y a pas non plus de garantie que ces fonds, qui sortent du cercle de la prévoyance pour tomber dans la fortune de l'assuré, soient réellement investis par ce dernier dans le démarrage d'une activité indépendante, ni d'obligation juridique qu'il le fasse.

Le même problème se pose d'ailleurs dans d'autres cas de versement sous forme de capital : si l'assuré a atteint l'âge minimum fixé par le règlement de l'institution de prévoyance pour faire valoir le droit aux prestations de vieillesse et que le règlement permet le versement de l'intégralité de l'avoir de vieillesse

¹ Le Conseil fédéral a rendu ce rapport en réponse au postulat 06.3003 « Avances et recouvrement des pensions alimentaires. Harmonisation » de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national (CSSS-N) (cf. <https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=38967>).

sous forme de capital, l'assuré peut, suivant les cas, résilier à bref délai son contrat de travail et provoquer ainsi l'exigibilité de la prestation de vieillesse et son versement sous forme de capital. Cela est possible soit si l'assuré a déjà opté pour un versement en capital, soit si le règlement lui laisse la possibilité de choisir cette option à court terme. Lorsque la personne qui manque à son obligation d'entretien a son avoir de prévoyance auprès d'une institution de libre passage, le versement sous forme de capital constitue même la règle. A partir de 60 ans (59 ans pour les femmes), l'assuré peut le demander en tout temps même sans mettre fin à son activité lucrative (art. 16 OLP).

Le même problème se pose en fin de compte dans le cas du retrait anticipé de l'avoir de prévoyance dans le cadre de l'encouragement à la propriété du logement (EPL). Certes, l'avoir de prévoyance n'est pas transféré directement dans la fortune de l'assuré, mais viré au vendeur ou au créancier hypothécaire. Il est cependant possible, au moyen d'opérations évasives impliquant des tiers, de sortir ses avoirs du 2^e pilier du cercle de la prévoyance tout en les soustrayant à la mainmise des créanciers d'entretien et des autorités chargées de l'aide au recouvrement. Il est aussi possible d'aboutir au même résultat en abusant de la possibilité de mise en gage offerte dans le cadre de l'encouragement à la propriété du logement, en concluant une hypothèque garantie par la mise en gage des avoirs de prévoyance, et en réalisant ensuite ce gage. En cas de réalisation du gage, ces avoirs de prévoyance sont alors investis dans la propriété du logement et ne sont plus protégés de la mainmise des créanciers. Si l'autorité chargée de l'aide au recouvrement n'est pas avisée par l'institution de prévoyance, elle ne peut pas agir et appliquer les instruments juridiques existants.

2 Dispositif proposé

2.1 Lien avec le projet relatif à l'entretien de l'enfant

Les propositions présentées ci-après reprennent la solution retenue par le Conseil fédéral dans son rapport « Harmonisation de l'avance sur contributions d'entretien et de l'aide au recouvrement » (cf. note 1). Elles viennent compléter, dans le droit de la prévoyance, les efforts entrepris pour améliorer et harmoniser la qualité du travail des services cantonaux chargés des avances sur contributions d'entretien et de l'aide au recouvrement. Le projet de révision du code civil (entretien de l'enfant) du 29 novembre 2013 propose d'octroyer au Conseil fédéral la compétence d'édicter les dispositions nécessaires à ces améliorations².

2.2 Annonce à l'institution de prévoyance ou de libre passage

Si l'office spécialisé chargé de l'exécution des créances d'entretien sait dans quelle institution de prévoyance ou de libre passage la personne qui manque régulièrement à son obligation d'entretien constitue son avoir de prévoyance³, il avise cette institution qu'elle est tenue de l'informer avant d'effectuer tout paiement sous forme de capital en faveur de cet assuré. L'art. 40, al. 1, P-LPP fixe les conditions qui doivent être réalisées pour déclencher une telle annonce : aussitôt que l'assuré est en retard d'un montant de contributions d'entretien correspondant à quatre versements mensuels, l'annonce doit pouvoir être faite à l'institution de prévoyance ou de libre passage. Un tel seuil, clairement défini dans la loi, évite qu'il faille déjà annoncer un débiteur d'entretien à son institution de prévoyance ou de libre passage même pour des retards de paiement de peu d'importance, ce qui simplifiera considérablement pour l'office spécialisé l'application de cette disposition.

² Cf. art. 131, al. 2, et 290, al. 2, P-CC et le commentaire afférent dans le message du Conseil fédéral du 29.11.2013 concernant la révision du code civil suisse (Entretien de l'enfant), [FF 2014 511](#), 563.

³ Le message du 29 mai 2013 concernant la révision du code civil suisse (Partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce, [FF 2013 4341](#)) propose notamment d'obliger les institutions de prévoyance et les institutions de libre passage à annoncer leurs effectifs à la Centrale du 2^e pilier, si bien qu'à l'avenir tous les avoirs existants devraient être annoncés à cette dernière.

Si le débiteur d'entretien règle tous ses arriérés et remplit régulièrement ses obligations d'entretien, l'office spécialisé sera tenu de révoquer son annonce à l'institution de prévoyance ou de libre passage afin d'éviter que des indications périmées ne subsistent. Cette obligation de révocation doit être précisée dans le droit civil.

2.3 Annonce de l'exigibilité d'une prestation à l'office spécialisé et ajournement du paiement

Dès qu'une prestation devient exigible, l'institution de prévoyance ou de libre passage doit en informer immédiatement l'office spécialisé. Elle devra respecter ensuite un délai de 30 jours avant de procéder au paiement. Cette information immédiate permettra aux offices spécialisés d'entreprendre les démarches nécessaires pour garantir les droits des enfants et des (ex-)conjointes aux contributions d'entretien. Ces offices utiliseront pour cela les moyens légaux existants, soit la requête de sûretés ou de séquestre. Sans décision judiciaire dans les 30 jours, l'institution de prévoyance ou de libre passage pourra procéder au paiement ou, dans le cas d'un retrait anticipé EPL, au virement de la somme prévue.

La présente modification de loi ne crée *pas de nouvelle institution juridique à proprement parler*, mais garantit que les moyens juridiques existants puissent être utilisés à temps et donc de façon plus efficiente. Cela n'exclut pas l'éventualité que d'autres créanciers aient connaissance des démarches juridiques de l'office spécialisé et entreprennent les mêmes démarches (par ex. une réquisition de saisie) pour leurs propres créances. Il est donc possible que les fonds de prévoyance, devenus exigibles et transférés dans la fortune désormais saisissable du débiteur d'entretien, servent en fin de compte à rembourser d'autres dettes. Cela n'est certes pas le but poursuivi, mais on ne peut l'éviter ; les créanciers, on l'a vu, ont d'ailleurs accès à ces fonds aujourd'hui déjà. Le projet n'introduit pas non plus de nouveau privilège dans l'ordre des créanciers, puisque la loi prévoit déjà un privilège en faveur des créanciers d'entretien (cf. art. 219 LP). La présente modification aboutira simplement à ce que ce privilège puisse être exercé de façon plus efficace.

2.4 Responsabilité de l'institution de prévoyance ou de libre passage

Plusieurs participants à la consultation ont relevé le flou de la situation touchant la responsabilité de l'institution de prévoyance ou de libre passage. Outre les démarches et les frais qui y sont liés, la crainte a été exprimée que ces institutions puissent devoir répondre du manquement (non intentionnel) à l'obligation d'annonce ou du non-respect du délai de blocage.

De fait, il ne peut être exclu qu'une institution de prévoyance ou de libre passage doive procéder une deuxième fois au paiement, si le premier paiement a été effectué en violation de ses obligations. Pour faire valoir semblable prétention, il faut qu'un préjudice juridiquement pertinent ait été causé. Dans le cas présent, le préjudice consisterait dans le fait qu'un dommage patrimonial serait résulté d'un manquement de l'institution de prévoyance ou de libre passage à son obligation légale. Si l'institution s'était conformée à son obligation, une mesure appropriée (séquestre ou décision de réquisition de sûretés) aurait pu être prise et le versement sous forme de capital, être utilisé pour exécuter la créance d'entretien (ou pour constituer les sûretés requises). Si cela n'a pas été fait, la créance subsiste, ce qui, conformément au principe de la différence, constitue un préjudice.

Sous ce rapport, la question se pose de savoir dans quelle mesure le lésé (l'office spécialisé ou le créancier d'entretien) doit s'en tenir au débiteur d'entretien initial (l'assuré), ou quelles démarches il doit avoir entreprises pour obtenir lui-même de l'assuré le capital versé avant que l'on puisse conclure à un tel préjudice.

Une chose est claire : on n'est pas en présence ici d'une dette solidaire ; en d'autres termes, il n'est pas possible d'agir en justice contre l'institution de prévoyance ou de libre passage sans conditions : le préjudice consiste précisément en ceci que la créance à l'égard du débiteur initial ne peut être

recouvrée. Le lésé est soumis à l'obligation de réduire le dommage, c'est-à-dire qu'il doit entreprendre tout ce qui est raisonnablement exigible de lui pour empêcher la survenance du dommage ou limiter l'ampleur de celui-ci. Dans le présent contexte, cela signifie qu'il doit faire toutes les démarches que l'on peut raisonnablement attendre de lui pour recouvrer directement la créance à l'égard du débiteur d'entretien. C'est seulement s'il n'y parvient pas ou si de telles démarches ne sont pas raisonnablement exigibles qu'il peut y avoir un préjudice juridiquement pertinent. Il appartient aux tribunaux de décider, dans chaque cas d'espèce, si la réduction du dommage est raisonnablement exigible. Mais, précisément dans les cas considérés ici, une telle situation n'est pas exclue, notamment lorsque le débiteur d'entretien a quitté la Suisse.

Comme on l'a vu, l'institution de prévoyance ou de libre passage ne devra répondre du dommage qu'en cas de comportement fautif ; autrement dit, il faut qu'elle ait agi en violation de ses obligations. A la différence du projet mis en consultation, la modification de loi proposée prévoit diverses dispositions qui définissent plus clairement les obligations des institutions de prévoyance ou de libre passage, de sorte que ces dernières pourront mieux s'y conformer et éviter ainsi de devoir répondre du dommage évoqué.

2.5 Protection des données

La solution retenue ne pose pas de problème sous l'angle de la protection des données. La réglementation proposée crée une base légale explicite pour la communication des données nécessaires en vue d'atteindre le but visé. De plus, les institutions de prévoyance ou de libre passage ne seront pas tenues d'informer la personne concernée, puisque la communication est expressément prévue par loi (art. 18a, al. 4, let. a, LPD).

2.6 Recherche des avoirs

Lorsque l'employeur d'une personne est connu, il est possible de déterminer également l'institution de prévoyance auprès de laquelle les salariés de cet employeur sont assurés. On peut cependant s'attendre à des difficultés pour ce qui est des personnes dont l'employeur n'est pas connu de l'office spécialisé, ou dont les avoirs se trouvent auprès d'une institution de libre passage, institution que l'assuré peut en tout temps quitter ou dont il peut changer (art. 12, al. 2, OLP). Une partie des avoirs du 2^e pilier sont annoncés aujourd'hui à la Centrale du 2^e pilier⁴ et peuvent y être retrouvés par les offices spécialisés (cf. art. 86a, al. 1, let. a^{bis}, P-LPP). Dans le projet relatif au partage de la prévoyance en cas de divorce, il est proposé que tous les avoirs du 2^e pilier soient annoncés à la centrale⁵. Si cette nouvelle règle entre en vigueur, l'efficacité de la mesure proposée ici en sera renforcée.

3 Commentaire des dispositions

3.1 Modification de la LPP

Art. 40 Mesures en cas de négligence de l'obligation d'entretien

L'al. 1 introduit dans le droit de la prévoyance la possibilité pour l'office spécialisé d'annoncer à l'institution de prévoyance un assuré qui ne satisfait pas à son obligation d'entretien. C'est dans le droit civil qu'il convient de préciser si cette annonce doit devenir une obligation, et plus seulement une possibilité.

L'institution de prévoyance ne peut pas refuser l'annonce faite par l'office spécialisé.

⁴ Les institutions de prévoyance et les institutions de libre passage sont tenues d'annoncer à la Centrale du 2^e pilier les avoirs des assurés avec lesquels elles n'ont pu maintenir le contact. En lieu et place, elles peuvent transmettre périodiquement à la Centrale du 2^e pilier les données de tous les assurés (cf. art. 24b LFLP).

⁵ Cf. note 3.

Pour éviter que des difficultés de paiement seulement passagères ne soient annoncées à l'institution de prévoyance, il est précisé que l'assuré doit être en retard d'au moins quatre mois dans le paiement des contributions d'entretien pour qu'une annonce puisse être notifiée à l'institution sans qu'une nouvelle mise en demeure soit nécessaire.

Cette solution, fondée sur le montant de la contribution d'entretien due dans le cas d'espèce, prend en compte les différents montants de contribution qui peuvent être dus. Comme il n'y a pas de montant fixe, mais que c'est le montant mensuel dû qui doit prévaloir dans chaque cas particulier, il ne sera pas nécessaire d'adapter à une éventuelle dépréciation monétaire le montant qui déclenche l'annonce. Il est important que l'annonce à l'institution de prévoyance n'intervienne que lorsque que les conditions légales sont remplies, car le traitement et l'observation des prescriptions en cas de versement d'avoirs de prévoyance sous forme de capital entraînent des frais supplémentaires pour les institutions.

L'institution de prévoyance n'est pas tenue de vérifier que les conditions d'une annonce sont remplies. Par ailleurs, il est possible qu'une institution de prévoyance reçoive plus d'une annonce concernant un même assuré, par exemple si le créancier d'entretien déménage dans un autre canton. Si les deux cantons ont accordé une avance sur la contribution d'entretien, ils ont tous deux des prétentions à l'égard du débiteur d'entretien. Ce n'est donc pas parce qu'une deuxième annonce est notifiée que la première peut être effacée. La situation est différente dans le cas de l'aide au recouvrement, car c'est alors le créancier d'entretien qui a des prétentions envers le débiteur. Ce n'est toutefois pas à l'institution de prévoyance d'établir cette distinction, mais à l'office spécialisé de préciser les annonces devenues caduques.

L'obligation de révoquer une annonce qui n'a plus de justification résulte du droit de la protection des données. Pour la rendre explicite, il faut l'indiquer clairement dans le droit civil⁶.

La révocation de l'annonce ne devra pas intervenir dès la reprise des paiements mais, en principe, seulement lorsque la situation sera considérée comme définitivement réglée. Il y aurait sinon un risque que l'office spécialisé doive procéder quelque temps plus tard à une nouvelle annonce. Or, le traitement d'une annonce reçue ou de sa révocation implique une charge de travail supplémentaire pour l'institution de prévoyance. Par ailleurs, la multiplication d'annonces et de révocations pour la même personne serait de nature à augmenter la fréquence des erreurs.

Le projet ne contient pas de disposition transitoire; celui-ci s'appliquera donc à tous les versements en capital exigibles après l'entrée en vigueur de la révision. Les offices spécialisés pourront par conséquent signaler aussi des cas de négligence de l'obligation d'entretien qui se sont produits entièrement ou en partie avant la date de l'entrée en vigueur, pour autant que la créance existe toujours à cette date.

A l'heure actuelle, les offices spécialisés dans l'aide au recouvrement au sens des art. 131, al. 1, et 290 CC⁷ sont désignés par les cantons. Ceux-ci pourront continuer de désigner l'office compétent à l'avenir. Comme il est peu probable que les institutions de prévoyance disposent de l'ensemble des législations cantonales mises à jour, l'office spécialisé devra attester de sa compétence lors de l'annonce à l'institution de prévoyance. Il pourra par exemple le faire en produisant une copie de la réglementation cantonale en vigueur.

L'al. 2 précise que l'institution de prévoyance doit traiter sans délai les annonces au sens de l'al. 1 et de l'art. 24^{fbis}, al. 2, LFLP. Concrètement, elle doit saisir sans délai dans son système informatique une réserve concernant les éventuels retraits en capital ou les versements anticipés dans le cadre de

⁶ Cf. commentaire des art. 131, al. 2, et 290, al. 2, du projet de révision du code civil (Entretien de l'enfant), qui prévoit que le Conseil fédéral définira une liste de prestations contraignantes à l'intention des offices chargés du recouvrement: FF **2014** 511, 563.

⁷ Cf. art. 131, al. 1, et art. 290 CC: lorsque le débiteur néglige son obligation d'entretien, l'autorité de protection de l'enfant ou un autre office désigné par le droit cantonal aide de manière adéquate [...] le créancier qui le demande à obtenir le versement de la contribution d'entretien.

l'encouragement à la propriété du logement. L'annonce déploie ses effets dès que l'institution de prévoyance a fini de la traiter, mais au plus tard après cinq jours ouvrables, qu'elle ait ou non été traitée.

Le présent projet crée une nouvelle obligation pour les institutions de prévoyance qui, si elles ne la respectent pas, devront répondre du dommage éventuel à concurrence du montant versé. Il importe donc aussi de leur fournir une certaine protection afin qu'elles ne soient pas pénalisées s'il leur faut quelques jours pour traiter l'annonce de l'office spécialisé et qu'elles effectuent tout de même un versement à l'assuré dans ce laps de temps. Afin d'éviter tout litige sur la possibilité d'abrégier le traitement, un délai clair est fixé: une fois celui-ci écoulé, l'institution de prévoyance répond des dommages résultant d'une non-prise en compte de l'annonce de l'office spécialisé. Le délai de cinq jours ouvrables est relativement généreux et devrait suffire aux institutions de prévoyance pour traiter les annonces. Les institutions de prévoyance sont naturellement invitées à traiter les annonces aussi vite que possible, sans attendre l'expiration du délai. Par ailleurs, comme ce délai vise à protéger l'institution de prévoyance, les assurés ne peuvent pas exiger de leur institution qu'elle ne tienne compte de l'annonce qu'après cinq jours.

L'al. 3 précise les cas dans lesquels l'exigibilité d'une prestation entraîne l'obligation, pour l'institution de prévoyance, d'aviser l'office spécialisé au moyen d'une annonce.

Tout versement en capital, à partir d'un montant de 1'000 francs, tombe sous le coup de cette disposition, indépendamment du fait qu'il soit basé sur la loi (art. 30c et 37 LPP et art. 5 LFLP) ou exclusivement sur des dispositions réglementaires. Les versements en capital qui ne concernent qu'une partie des capitaux de prévoyance, comme c'est par exemple le cas pour les versements anticipés EPL ou pour les prestations de vieillesse qui sont versées en partie sous forme de rente et en partie sous forme de capital, sont aussi concernés par cette disposition si la prestation en capital s'élève à 1'000 francs au moins.

Les prestations en capital de moins de 1'000 francs ne doivent pas faire l'objet d'une annonce, afin d'éviter une charge disproportionnée: il est fréquent que les versements opérés en vertu de l'art. 5, al. 1, let. c, LFLP (à savoir lorsque le montant de la prestation de sortie est inférieur au montant annuel des cotisations de l'assuré) concernent des prestations en capital très peu élevées.

L'institution de prévoyance communique son annonce à l'office spécialisé qui en a fait la demande sous la forme d'une annonce au sens de l'al. 1.

Let. a: Lorsque l'assuré opte pour le versement de sa prestation de vieillesse sous forme de capital, il peut s'écouler un délai relativement long (souvent un ou deux ans) entre son choix et l'exigibilité de la prestation. Dans ce cas, le moment déterminant n'est pas celui où l'assuré fait son choix, mais celui de l'exigibilité de la prestation.

Let. b et c: Un versement en espèces en vertu de l'art. 5 LFLP n'a lieu que sur demande de l'assuré et l'institution de prévoyance doit alors examiner si les conditions fixées pour un tel versement sont remplies, auquel cas elle doit en aviser l'office spécialisé. Il en va de même pour les versements anticipés en vue de l'accession à la propriété du logement.

Il est vrai qu'en cas de versement anticipé EPL, les capitaux de prévoyance ne sont pas versés en espèces à l'assuré, mais ils sont investis dans sa propriété immobilière, ce qui entraîne une diminution sensible des futures prestations de survivants. Etant donné que l'aide au recouvrement n'est pas octroyée uniquement lorsque le débiteur est dans le besoin, il est justifié de prévoir aussi une annonce à l'office spécialisé en cas de versement anticipé des capitaux de prévoyance. L'office peut ainsi examiner l'opportunité de prendre des mesures juridiques afin que la valeur du logement puisse servir de sûreté pour garantir les créances d'entretien. Dans le cas contraire, d'autres créanciers pourraient prendre des mesures pour leurs créances existantes ou nouvelles, et bénéficier ainsi des capitaux de

prévoyance au détriment des créanciers d'entretien, qui seraient privés de leurs prestations de survivants.

Al. 4: Lorsque la demande de l'assuré porte sur la mise en gage de capitaux de prévoyance⁸, l'institution de prévoyance devra l'annoncer immédiatement à l'office spécialisé, puisque la réalisation du gage elle-même ne peut être ni empêchée ni différée si le créancier gagiste en fait la demande. La réalisation ultérieure du gage doit également être annoncée, car elle a les mêmes effets qu'un versement anticipé des capitaux de prévoyance.

L'annonce ne limite en rien les effets du droit de gage, et le délai de 30 jours ne s'applique pas à la réalisation du gage, car les droits du créancier gagiste ne doivent pas être limités. Il faut toutefois que ces cas soient annoncés afin de ne pas créer des possibilités de contournement. Lors de la mise en gage de capitaux de prévoyance pour un nouveau prêt hypothécaire, l'information peut être importante, car le débiteur d'entretien a touché une somme importante qui risque de devoir être remboursée au moyen des capitaux de prévoyance. En cas de réalisation du gage grevant les capitaux de prévoyance, ceux-ci sont utilisés pour rembourser le prêt hypothécaire. Ils sont donc versés au prêteur, ce qui produit le même effet qu'un versement anticipé EPL.

Al. 5: Pour des motifs de sécurité du droit, toutes les annonces (au sens des al. 1, 3 et 4) entre les offices spécialisés et les institutions de prévoyance doivent être effectuées par écrit, par envoi recommandé ou d'une autre manière contre accusé de réception. Dans un souci de clarté et pour éviter tout litige relatif à des questions de responsabilité, cette réglementation s'inspire de l'art. 138 du code de procédure civile. L'office spécialisé et l'institution de prévoyance peuvent ainsi prouver que l'annonce est bien parvenue à son destinataire. A la réception d'une annonce, l'office spécialisé a la possibilité d'engager des mesures. Quant à l'institution de prévoyance, elle a connaissance de la date exacte à laquelle l'office spécialisé a pris connaissance de l'annonce, car cette date figure sur l'accusé de réception. Le délai de 30 jours prévu à l'al. 6 court à compter de cette date.

L'al. 6 fixe un délai de blocage pour le versement de la prestation de sortie ou de la prestation en capital. Une fois informé par l'institution de prévoyance, l'office spécialisé a en effet besoin d'un certain temps pour effectuer les démarches nécessaires. Il peut déposer auprès du tribunal une requête de sûretés ou de séquestre. C'est pourquoi l'institution de prévoyance ne peut procéder au versement du montant demandé par l'assuré qu'à l'expiration d'un délai de 30 jours à compter de la date de réception de l'annonce par l'office spécialisé. La prestation est certes déjà exigible, mais le délai de blocage en empêche le versement. Une telle situation est comparable à celle d'un compte bloqué. Ce délai d'attente peut raisonnablement être imposé à une personne qui a, pour sa part, au moins quatre mois de retard dans le versement de contributions d'entretien.

Tant qu'elle n'a pas le droit de verser la prestation de sortie ou la prestation en capital en vertu de cette nouvelle disposition légale, l'institution n'accuse aucun retard et n'est donc pas tenue de payer un intérêt moratoire. L'avoir doit cependant être crédité d'un intérêt ordinaire, comme dans d'autres situations (cf. art. 2, al. 3 et 4, LFLP).

La présente modification ne change rien au principe selon lequel le droit aux prestations ne peut être mis en gage aussi longtemps que celles-ci ne sont pas exigibles (art. 39, al. 1, LPP), la mise en gage dans le cadre de l'encouragement de la propriété du logement étant réservée. La protection des capitaux de prévoyance demeure intacte. C'est seulement à partir du moment où l'assuré lui-même met fin à cette protection en demandant de manière anticipée un versement en espèces de ses capitaux de prévoyance ou tout autre type de paiement sous forme de capital que les créanciers d'entretien peuvent, comme tout autre créancier, faire saisir ces fonds libres. L'office spécialisé ne sera pas davantage habilité qu'aujourd'hui à exiger de l'institution de prévoyance un versement en sa faveur ou en faveur de tiers, notamment des créanciers d'entretien. Une décision judiciaire sera toujours nécessaire pour

⁸ Il s'agit de la disposition obligeant l'assuré à aviser par écrit son institution de prévoyance ou de libre passage pour que la mise en gage de capitaux de prévoyance pour l'acquisition d'un logement soit réputée valable (art. 331d, al. 3, CO).

que le versement demandé par l'assuré soit suspendu au-delà du délai de 30 jours⁹ ou qu'un versement soit effectué aux créanciers d'entretien. Sans l'intervention du tribunal ou de l'office des poursuites, l'institution de prévoyance pourra verser à l'assuré son avoir de prévoyance ou effectuer le versement anticipé EPL selon la procédure usuelle.

Art. 49, al. 2, ch. 5a

Dans les institutions de prévoyance enveloppantes, la nouvelle réglementation devra également s'appliquer à la partie surobligatoire de la prévoyance professionnelle.

Art. 86a, al. 1, let. a^{bis}

Les autorités de protection de l'enfant ou les autres offices désignés par le droit cantonal en vertu des art. 131 et 290 CC ne sont pas des autorités d'aide sociale au sens juridique du terme. Leur tâche peut certes être confiée à des services sociaux, mais ce n'est pas obligatoire. Il est donc nécessaire que l'office spécialisé bénéficie d'une base légale explicite lui donnant le droit d'obtenir des renseignements, sur demande écrite et motivée, en particulier de la Centrale du 2^e pilier.

3.2 Modification du code civil

Art. 89a, al. 6, ch. 4a

La nouvelle réglementation doit également s'appliquer aux institutions de prévoyance pratiquant exclusivement le régime surobligatoire de la prévoyance professionnelle.

3.3 Modification de la loi sur le libre passage

Art. 24^{fbis}

Les al. 1 et 3 à 7 sont formulés de manière analogue aux dispositions de l'art. 40 P-LPP pour s'appliquer aux institutions de libre passage.

L'al. 2 vise à garantir que l'annonce de l'office spécialisé sera transmise à la nouvelle institution de prévoyance ou de libre passage si les avoirs de l'assuré sont transférés dans une autre institution. Cette transmission de l'annonce sera également obligatoire si l'annonce a été reçue juste après le passage de l'assuré dans une nouvelle institution. Dans ce cas, l'ancienne institution transmettra l'annonce dans un délai de 10 jours ouvrables à l'institution dans laquelle l'avoir de prévoyance de l'assuré a été transféré.

⁹ A titre de mesure provisionnelle ordonnée par un tribunal, par exemple.