



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

## **Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 53**

du 5 octobre 2000

### **TABLE DES MATIERES**

#### ***Indications***

- 310 Nouvelles dispositions légales sur la protection des données dans la LPP
- 311 Fonds de garantie LPP: taux de cotisation 2001

#### ***Prise de position de l'OFAS***

- 312 Précisions concernant l'article 59 OPP 2
- 313 Calcul de la prestation de sortie au moment de la conclusion du mariage
- 314 Age de la retraite des femmes dans la LPP dès 2001
- 315 Limitation du nombre de comptes de libre passage ou de polices de libre passage

#### ***Jurisprudence***

- 316 Réticence
- 317 Prescription et affiliation d'office
- 318 Contestation entre ayant droits et employeurs
- 319 Conversion de la rente d'invalidité en rente de vieillesse
- 320 Droit applicable à la prestation de sortie
- 321 Récusation et adaptation des rentes au renchérissement
- 322 Absence de choix entre la prestation de libre passage et la rente de vieillesse
- 323 Compétence du tribunal selon l'article 73 LPP en cas de non-versement des contributions par l'employeur
- 324 Interruption du lien de connexité temporelle
- 325 Liquidation partielle; répartition des fonds libres
- 326 Cession du droit aux prestations; compétence du juge selon l'article 73 LPP; qualité pour recourir; moment où les prestations deviennent exigibles
- 327 Surindemnisation et activité indépendante sans la survenance de l'invalidité

Le bulletin est un simple moyen d'information de l'OFAS. Son contenu n'a valeur de directives que lorsque cela est indiqué expressément.

## Indications

### 310 Nouvelles dispositions légales sur la protection des données dans la LPP

Actuellement, la communication des données ainsi que les exceptions à l'obligation de garder le secret dans la prévoyance professionnelle sont régies dans une ordonnance du Conseil fédéral, du 7 décembre 1987<sup>1</sup>. Cette ordonnance s'appuie sur l'article 86 LPP qui a trait à l'obligation de garder le secret en matière de prévoyance professionnelle et qui donne au Conseil fédéral le soin de régler les exceptions, ainsi que sur l'article 87 LPP où ce dernier peut obliger les organes de l'AVS/AI à fournir tous les renseignements nécessaires aux institutions de prévoyance notamment. En résumé, sur la base de l'ordonnance, les institutions de prévoyance peuvent être libérées du maintien du secret à l'encontre d'une liste de personnes et d'autorités, comme c'est le cas en particulier dans les réglementations parallèles de l'AVS/AI. Réciproquement, il en est de même pour d'autres organes des assurances sociales en faveur des institutions de prévoyance et autorités chargées de l'application de la LPP. Comme on peut le constater, cette levée du secret et les renseignements délivrés de part et d'autre entre les différents organes de l'assurance sociale peuvent s'avérer indispensables à une bonne application de la LPP.

**La loi fédérale sur la protection des données (LPD)**, entrée en vigueur le 1er juillet 1993,  **vise à protéger la personnalité et les droits fondamentaux** des personnes qui font l'objet d'un traitement de données personnelles et elle exige surtout que de telles données ne peuvent en principe être communiquées que s'il existe une base légale, en d'autres termes que si une loi au sens formel le prévoit expressément. Pour la sécurité du droit et la simplification des textes, il est en outre nécessaire d'harmoniser des matières -comme le maintien du secret et ses exceptions- qui sont traitées dans toutes les lois et ordonnances sur les assurances sociales. C'est pourquoi, les Chambres fédérales ont adopté, le 23 juin 2000, les différentes modifications de lois d'assurances sociales dans le domaine du traitement de données personnelles, dont la teneur, en règle générale, pour ce qui est des principes généraux, est identique d'une assurance à l'autre, au vu des considérations ci-devant. Ces nouvelles dispositions entreront en vigueur le 1er janvier 2001. Pour la prévoyance professionnelle, elles font l'objet des nouveaux articles 85a ss. LPP<sup>2</sup>. Vous trouverez en annexe, pour toutes informations utiles, le texte légal des dispositions précitées. Pour l'essentiel, nous pouvons relever ce qui suit:

---

<sup>1</sup> Cf Ordonnance sur les exceptions à l'obligation de garder le secret dans la prévoyance professionnelle et sur l'obligation de renseigner incombant aux organes de l'AVS/AI (OSRPP; RO 831.462.2).

<sup>2</sup> Cf. Modification de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP), du 23 juin 2000; FF 2000 3352 ([http://www.bk.admin.ch/ch/ff/2000/index0\\_26.html](http://www.bk.admin.ch/ch/ff/2000/index0_26.html) ).

L'article 85 atouche **le traitement de données personnelles**, y compris les données sensibles et les profils de la personnalité que les organes chargés d'appliquer la LPP doivent pouvoir connaître et traiter **dans des buts particuliers**. Par exemple, pour les institutions de prévoyance, afin de calculer et percevoir les cotisations ou calculer le montant des prestations, voire de les coordonner avec celles d'autres assurances sociales en vue d'éviter une surassurance.

L'article 85b règle la **consultation du dossier** et, par conséquent, la levée du secret à **l'égard de personnes ou autorités expressément habilitées**, en premier lieu l'assuré lui-même.

L'article 86 concerne **l'obligation de garder le secret** et n'apporte pas d'éléments nouveaux par rapport à l'article 86 LPP actuel, seule la formulation est quelque peu différente.

L'article 86a vise la **communication des données** et il correspond en bref à l'article 1, alinéa 1, de l'OSRPP. Il distingue cependant les cas où des données ne peuvent être communiquées **que si le destinataire en a fait la demande écrite et motivée dans un cas d'espèce**, des cas où les communications circulent spontanément ou sur demande. En outre, dans les cas où la communication de données personnelles à des tiers n'est pas expressément prévue, le **consentement de la personne concernée** est nécessaire.

L'article 87 régit **l'obligation de renseigner** les organes chargés d'appliquer la LPP et correspond en quelque sorte à l'article 2 OSRPP et l'article 93 LAVS (l'entraide administrative).

Vous trouverez de plus amples détails sur ces modifications de la LPP dans le message du Conseil fédéral.<sup>3</sup>

## 311 Fonds de garantie LPP: taux de cotisation 2001

L'Office fédéral des assurances sociales a approuvé les taux de cotisation pour l'an 2001 que lui a soumis le conseil de fondation du fonds de garantie LPP. Ces taux sont de 0,05% en ce qui concerne les subsides pour structure d'âge défavorable et de 0,03% pour les prestations pour insolvabilité et les autres prestations. Ainsi, ces taux demeurent inchangés.

---

<sup>3</sup> Cf Message concernant l'adaptation et l'harmonisation des bases légales pour le traitement de données personnelles dans les assurances sociales, du 24 novembre 1999; FF 2000 219; [http://www.bk.admin.ch/ch/ff/ff/2000/index0\\_5.html](http://www.bk.admin.ch/ch/ff/ff/2000/index0_5.html)

Comme pour l'année précédente, ces taux ont été calculés sur la base du nouveau système de financement selon lequel toutes les institutions de prévoyance soumises à la loi sur le libre passage (LFLP) ont l'obligation de cotiser.

Les subsides pour structure d'âge défavorable sont financés par les cotisations des institutions inscrites au registre de prévoyance professionnelle. La base de calcul est la somme des salaires coordonnés de tous les assurés tenus de cotiser pour leurs prestations de vieillesse.

Les prestations pour insolvabilité et les autres prestations sont financées par les cotisations de toutes les institutions de prévoyance soumises à la LFLP. La base de calcul est composée de la somme des prestations de sortie réglementaires de tous les assurés calculée selon l'article 2 LFLP au 31 décembre et de la somme, multipliée par dix, de toutes les rentes selon le compte d'exploitation.

## Prise de position

### **312 Précisions concernant l'article 59 OPP 2:**

- **Extension des possibilités de placement;**
- **Précision du rapport explicatif sur le devoir de l'organe de contrôle dans le cadre de la révision de l'article 59 OPP 2**

La description relative au devoir de l'organe de contrôle dans le rapport explicatif de la révision de l'OPP 2 du 1<sup>er</sup> avril 2000 concernant l'article 59 (Bulletin no. 50, p.10ss.) n'est pas assez précise et conduit de ce fait à des questions.

Les institutions de prévoyance (IP) qui désirent étendre les possibilités de placements au-delà des limites inscrites dans l'ordonnance peuvent le faire, conformément à l'article 59, sur la base d'un règlement de placement fondé sur l'article 49a et pour autant que l'application de l'article 50 soit établie de façon concluante dans un rapport annuel, c'est-à-dire que les buts de la prévoyance ne soient pas mis en péril ou, en d'autres termes, que la réalisation actuelle et future des buts de la prévoyance soit assurée. Le condensé de ce rapport doit figurer dans l'annexe aux comptes annuels.

Conformément à l'article 35 OPP 2, l'organe de contrôle doit vérifier chaque année la conformité à la loi, aux ordonnances, aux directives et aux règlements (légalité) des comptes annuels et des comptes de vieillesse. Il doit également examiner chaque année la légalité de la gestion, notamment en ce qui concerne la perception des cotisations et le versement des prestations ainsi que la légalité du placement de la fortune.

L'organe de contrôle examine s'il existe un règlement de placement et si les dispositions réglementaires pour une extension des placements sont conformes à l'article 59 OPP 2. L'organe de contrôle est responsable de vérifier si le rapport est concluant, tout en examinant la méthodologie utilisée, les conditions appliquées (pour l'existence de réserves de fluctuations de cours par exemple) et la consistance du rapport. De plus, il vérifie si le condensé dans l'annexe correspond au contenu du rapport. Puis il établit son propre rapport recommandant d'approuver les états financiers de la fondation (rapport de l'organe de contrôle).

L'autorité de surveillance reçoit les comptes annuels ainsi que le rapport de l'organe de contrôle. Pour son travail de surveillance, l'autorité se base sur les documents reçus, c'est-à-dire le bilan, le compte d'exploitation et l'annexe, ainsi que le rapport de l'organe de contrôle. Elle ne reçoit pas le rapport concluant établi par les experts. L'autorité de surveillance ne le contrôle donc pas. Elle analyse les documents reçus et prend des mesures dans les cas où des dispositions légales ne sont pas respectées. L'autorité de surveillance agira dans les cas suivants: restrictions dans le rapport de l'organe de contrôle, appréciations manifestement erronées ou absence de règlement de placement.

Le choix de la stratégie des placements demeure clairement dans la sphère de responsabilité de l'organe supérieur de l'institution de prévoyance. L'organe de contrôle porte la responsabilité quant à l'exactitude de la comptabilité annuelle et, par là même, quant à la légitimité des éléments mentionnés dans les annexes, condensé y compris.

Cette pratique s'inscrit dans la procédure normale de contrôle des IP. La délimitation des responsabilités est ainsi précise et ne prête pas à confusion.

### **313 Calcul de la prestation de sortie au moment de la conclusion du mariage**

Le nouveau droit du divorce a donné lieu à de nombreuses demandes de précisions quant à l'application, notamment, des tableaux du Département fédéral de l'intérieur (DFI). L'OFAS publiera au fur et à mesure ses prises de positions pouvant intéresser la pratique, dans le bulletin.

*Cas d'un assuré d'abord affilié à une première institution de prévoyance (IP) qui s'est ensuite marié avant de changer d'IP et qui est toujours affilié à la seconde institution de prévoyance, alors qu'il est en instance de divorce.*

***Comment calculer la prestation de sortie au moment de la conclusion du mariage à l'aide des tableaux du DFI?***

**Deux hypothèses sont envisageables:**

- a.** Le montant de la prestation de sortie au moment du mariage est connu. La prestation de sortie à partager entre les époux correspondra alors à la différence entre la prestation de sortie, augmentée des avoirs de libre passage existant éventuellement au moment du divorce, et la prestation de sortie, augmentée des avoirs de libre passage existant éventuellement au moment de la conclusion du mariage, conformément à l'article 22 alinéa 2 LFLP.
- b.** Le montant de la prestation de sortie au moment du mariage est inconnu, soit que la première IP n'a jamais calculé une telle valeur, soit que l'assuré ne dispose pas de décompte de libre passage au moment du mariage.

Dans ce second cas, le calcul au moyen des tableaux du DFI doit être basé sur la **dernière** prestation de sortie connue avant la date du mariage et la **première** prestation de sortie connue après la date du mariage. Il faut donc prendre les montants connus des prestations de sortie aux dates les plus proches possibles avant et après la célébration du mariage.

**Si on connaît le montant de la prestation de sortie à une date antérieure au mariage**, c'est ce montant qui servira de base de calcul. Il pourra s'agir soit du montant à la date d'entrée dans la première IP, soit du montant de la prestation de sortie à une date située entre l'entrée dans la première IP et le mariage. L'autre montant déterminant sera la valeur de la prestation de sortie à une date postérieure au mariage. Il faudra rechercher le montant de la prestation de sortie à la date la plus proche de celle du mariage, qui pourra correspondre le cas échéant à la date de la sortie de la première IP ou celle de l'entrée dans la nouvelle IP (voir **exemple 1**)

**Si aucune prestation de sortie n'est connue entre la date d'entrée dans la première IP et la date du mariage**, il faut effectuer le calcul en se basant sur une prestation égale à **zéro lors de la date d'entrée dans la première IP**. Les deux données du calcul seront, d'une part, zéro à la date d'entrée dans la première IP et, d'autre part, le montant de la première prestation de sortie connue après la date du mariage (voir **exemple 2**).

**Si l'assuré fournit la preuve** que la prestation de sortie s'élevait à tel montant déterminé à telle ou telle date, ce sont ce montant et cette date qui seront déterminants pour le calcul, et non pas la valeur zéro.

Il pourrait aussi arriver que l'on ne connaisse **que la date du mariage, mais pas celle de l'entrée dans la première institution** (avant le mariage). Dans ce cas -là, il faudrait se baser sur une valeur nulle à la date du mariage. Le calcul reviendrait alors à partager le montant de la prestation de sortie au moment du divorce.

**Exemple 1**

	Date	Montant (fr.)	Montants (fr.) y compris intérêts		
			jusqu'au 15.8.1994	jusqu'au 1.7.1990	jusqu'au 15.9.2000
Dernière prestation de sortie connue avant le mariage (entrée dans la 1ère IP) [1]	9.3.1988	10'000.-	[5] - 12'871.-	[8] 10'948.-	
Mariage [2]	1.7.1990				
1ère prestation de sortie connue après le mariage (sortie de la 1ère IP, entrée dans la 2e IP) [3]	15.8.1994	80'000.-	[5] 80'000.-		
			[5] 67'129.- 26 % de ce montant [7] 17'454.-	[8] 17'454.-	
<b>Prestation de sortie au moment du mariage</b>				[8] <b>28'402.-</b>	
Intérêts 4 % du 1.7.1990 (mariage) au 15.9.2000 (divorce) sur la prestation de sortie au moment du mariage					13'989.-
Prestation de sortie au moment du mariage avec les intérêts					42'391.-
Prestation de sortie au moment du divorce (15.9.2000)				150'000.-	
<b>Prestation de sortie à partager</b>					<b>107'609.-</b>

**Exemple 1: application du tableau [6]:**

1. Détermination des paramètres-durée nécessaires:
  - 1.1 Nombre d'années de cotisations entre la dernière prestation de sortie connue (9.3.1988) avant le mariage et la 1ère prestation de sortie connue (15.8.1994) après le mariage: 6.436 **6**
  - 1.2 Nombre d'années de mariage contenues dans la période 1.1 précédente (1.7.1990-15.8.1994): 4.126 **4**
2. Valeur du tableau: **26 %**

**Exemple 2**

	Date	Montant (fr.)	Montants (fr.) y compris intérêts		
			jusqu'au 15.8.1994	jusqu'au 1.7.1990	jusqu'au 15.9.2000
Dernière prestation de sortie connue avant le mariage (entrée dans la 1ère IP) [1]	9.3.1988	0.-	[5] 0.-	[8] 0.-	
Mariage [2]	1.7.1990				
1ère prestation de sortie connue après le mariage (sortie de la 1ère IP, entrée dans la 2e IP) [3]	15.8.1994	80'000.-	[5] 80'000.-		
			[5] 80'000.- 26 % de ce montant [7] 20'800.-	[8] 20'800.-	
<b>Prestation de sortie au moment du mariage</b>				[8] <b>20'800.-</b>	
Intérêts 4 % du 1.7.1990 (mariage) au 15.9.2000 (divorce) sur la prestation de sortie au moment du mariage					10'245.-
Prestation de sortie au moment du mariage avec les intérêts					31'045.-
Prestation de sortie au moment du divorce (15.9.2000)				150'000.-	
<b>Prestation de sortie à partager</b>					<b>118'955.-</b>

**Exemple 2: application du tableau [6]:**

1. Détermination des paramètres-durée nécessaires:
  - 1.1 Nombre d'années de cotisations entre la dernière prestation de sortie connue (9.3.1988) avant le mariage et la 1ère prestation de sortie connue (15.8.1994) après le mariage: 6.436 **6**
  - 1.2 Nombre d'années de mariage contenues dans la période 1.1 précédente (1.7.1990-15.8.1994): 4.126 **4**
2. Valeur du tableau: **26 %**

### 314 Age de la retraite des femmes dès 2001 dans la LPP

Le 1er janvier 2001, l'âge de la retraite des femmes dans l'AVS passe de 62 à 63 ans. A l'avenir, les femmes percevront leur rente entière de vieillesse dès le mois qui suit leur 63ème anniversaire, et non plus dès 62 ans. Elles auront toutefois la possibilité de prendre une retraite anticipée dès l'âge de 62 ans, moyennant une réduction de leur rente de 3,4% par année. Rappelons que, pour les hommes le taux de réduction est de 6,8%. Par contre, pour éviter une réduction de la rente, de nombreuses femmes continueront à travailler jusqu'à l'âge de 63 ans.

Les dispositions concernant le relèvement de l'âge de la retraite de la 10ème révision de l'AVS n'ont pas été transposées dans la LPP. Le Parlement escomptait alors que la 1ère révision de la LPP aurait déjà abouti au moment de l'élévation de l'âge de la retraite des femmes dans l'AVS. Cette révision a cependant été retardée à cause des recherches préalables sur le besoin de financement de l'ensemble des assurances sociales et des prestations futures (IDA FiSo 1 et 2). Il s'ensuit que, dans la LPP, il subsiste un âge de la retraite "légal" pour les femmes de 62 ans (art. 13 al. 1). Cela signifie que, dès l'année 2001, les femmes prendront leur retraite à 63 ans en matière d'AVS, mais pourront prendre leur retraite dès 62 ans dans le régime obligatoire de la LPP.

Il y a, dans la LPP quelques sensibles différences par rapport à l'AVS en matière d'âge de la retraite. En effet, l'âge de la retraite de la prévoyance professionnelle n'est ni uniforme, ni généralisé. Si le minimum obligatoire selon la loi fixe cet âge à 62 ans pour les femmes, la LPP laisse aux règlements des institutions de prévoyance le soin de fixer l'âge de la retraite déterminant. Ce dernier peut donc être, pour les femmes, soit un âge inférieur à 62 ans, soit, au contraire, un âge plus élevé. Actuellement, une grande majorité d'assurées et d'assurés est soumise à un âge de retraite différent que celui de la loi, et bon nombre d'institutions ont généralisé l'âge de la retraite égal pour hommes et femmes.

Le deuxième pilier est conçu comme un complément au premier pilier. De ce fait, les femmes devraient pouvoir maintenir leur prévoyance professionnelle au moins jusqu'à l'âge ordinaire de la retraite selon l'AVS (ou à un âge plus élevé, si le règlement le prévoit), aussi longtemps qu'elles exercent une activité lucrative. Jusqu'à ce moment-là, les femmes devront être considérées comme des assurés ordinaires: les bonifications de vieillesse et les intérêts continueront à être versés, tandis que le taux de conversion sera augmenté pour tenir compte du raccourcissement de la durée de la retraite. En cas de décès ou d'invalidité, les prestations seront calculées sur la base de la somme des bonifications de vieillesse projetée jusqu'à l'âge de 63 ans révolus. Les dispositions réglementaires devraient être adaptées en conséquence.

Ce n'est que si aucune solution de ce genre ne peut être trouvée qu'il faudrait, au titre de coordination minimale avec le premier pilier, pratiquer un ajournement pur et simple de la rente LPP jusqu'à l'âge ordinaire de la retraite selon l'AVS.

Et comme l'avoir de vieillesse continue de produire des gains pendant la période d'ajournement, de la même manière que l'avoir des assurés qui n'ont pas encore atteint l'âge de la retraite, il doit également continuer à rapporter des intérêts; en outre, le taux de conversion doit être adapté pour tenir compte de la réduction de la période de perception de la rente.

D'un autre côté, les femmes qui veulent prendre leur retraite à 62 ans (et anticiper, par exemple, leurs prestations AVS) ne peuvent en être empêchées. Selon les dispositions réglementaires en question, différents cas de figure sont envisageables:

- Si le règlement a maintenu l'âge ordinaire de la retraite des femmes à 62 ans, les femmes pourront sans autre percevoir leur rente de vieillesse à l'âge de 62 ans révolus.
- Si le règlement a maintenu l'âge ordinaire de la retraite des femmes à 62 ans, mais qu'il contient une disposition d'application de l'article 13 alinéa 2 LPP, la femme ne pourra alors demander la rente de vieillesse qu'au moment de la fin des rapports de travail.
- Si le règlement a fixé l'âge ordinaire de la retraite des femmes au-delà de 62 ans (par exemple à 65 ans révolus) et s'il a prévu une possibilité de retraite anticipée à partir de 62 ans ou plus tôt, l'assurée aura la possibilité réglementaire de prendre sa retraite anticipée à un âge déterminé et de percevoir la rente à partir de cet âge-là. La rente sera alors réduite conformément aux dispositions réglementaires (les institutions de prévoyance qui ont fixé l'âge ordinaire de la retraite des femmes au-delà de 62 ans ont en règle générale aussi prévu une telle possibilité de retraite anticipée dans leur règlement).
- Si le règlement fixait l'âge ordinaire de la retraite des femmes au-delà de 62 ans pour la prévoyance plus étendue, sans prévoir de possibilité de retraite anticipée au plus tard dès l'âge légal de la retraite, l'assurée pourrait demander le versement de la partie obligatoire de la rente de vieillesse dès 62 ans révolus et elle aurait droit à la partie plus étendue de la rente de vieillesse au moment de l'âge réglementaire de la retraite (cette assurée aurait alors une rente quelque peu réduite en comparaison avec une assurée qui aurait perçu la partie obligatoire de la rente seulement dès l'âge réglementaire de la retraite). Cette solution réglementaire nous semble peu praticable et il faudrait à notre avis y renoncer.

### **315 Limitation du nombre de comptes de libre passage ou de polices de libre passage**

Ces derniers temps, l'OFAS s'est vu souvent poser la question suivante: un assuré peut-il avoir simultanément plusieurs comptes de libre passage ou polices de libre passage?

La loi fédérale sur le libre passage a été créée - comme le précise expressément le Message - pour empêcher la dispersion des avoirs du 2<sup>e</sup> pilier de l'assuré. En application de la loi, le Conseil fédéral a adopté l'article 12 alinéa 1 de l'ordonnance sur le libre passage (OLP), qui stipule que la prestation de sortie peut être transférée de l'institution de prévoyance compétente à deux institutions de libre passage au maximum. D'après l'article 12 alinéa 4 OLP, l'assuré a ultérieurement le droit de changer en tout temps d'institution de libre passage ou d'adopter une autre forme de maintien de la prévoyance. D'après la lettre de cette dernière disposition, le droit de l'assuré de changer en tout temps d'institution de prévoyance ou de forme de prévoyance ne lui permet pas de ventiler son avoir de libre passage en multipliant les comptes de libre passage ou les polices de libre passage.

Il résulte en outre de l'interprétation historique que les aspects fiscaux ont joué un rôle déterminant pour l'adoption de la limitation de l'article 12 OLP (Bulletin n° 30). Il serait donc contraire au sens de cette disposition d'admettre que la prestation de sortie puisse être ventilée sur une multitude de comptes de libre passage au sein d'une seule et même fondation de libre passage.

Cette limitation s'applique à chaque prestation de sortie prise isolément. Il serait donc admissible que chacune des prestations de sortie résultant de plusieurs rapports de prévoyance soit transférée à deux institutions de libre passage.

## Jurisprudence

### 316 Réticence

(arrêt du TFA du 20.4.2000 en la cause Q., B 46/99; en français)

(art. 6 LCA)

Le 12 novembre 1988, Q. a rempli un questionnaire de santé à la demande de sa caisse de pensions M. Par lettre du 15 août 1996, M. a reproché à Q. d'avoir commis une réticence en remplissant le questionnaire de santé. M. a décidé de ne verser à Q. qu'une rente d'invalidité totale réduite au minimum légal, à l'exclusion de toute prestation de la prévoyance plus étendue.

Le chiffre 3 de l'article 57 du règlement de la caisse de pensions M. a la teneur suivante:

*"En cas d'infraction à l'obligation d'information, les prestations sont réduites au niveau obligatoire légal. Lors d'une demande de prestation, la caisse notifiera à l'assuré la réduction de prestation dans un délai de six mois. Ce délai ne commencera à courir que lorsque la caisse a acquis la certitude qu'il y a infraction à l'obligation d'information".*

Cette disposition est entrée en vigueur le 1er janvier 1995. Jusqu'au 31 décembre 1994, l'article 57 du règlement ne comportait aucune disposition sur la réticence et le délai pour invoquer la violation de l'obligation d'informer. En relation avec l'ancienne teneur de cet article (avant le 1er janvier 1995), le TFA a jugé que si les dispositions réglementaires de l'institution de prévoyance sont muettes au sujet du délai dans lequel celle-ci peut invoquer une réticence, il faut appliquer par analogie l'article 6 LCA pour décider si l'assureur s'est départi du contrat ou a introduit une réserve en temps utile (ATF 119 V 287 consid. 5a). D'après l'article 6 LCA, l'assureur n'est pas lié par le contrat, à condition qu'il s'en soit départi dans les quatre semaines à partir du moment où il eu connaissance de la réticence.

**C'est la réglementation applicable lors de la commission prétendue de la réticence, soit le 12 novembre 1988, et non pas lors de la découverte de celle-ci qui est déterminante** (ATF 121 V 100 c. 1a). L'article 57 ch. 3 du règlement de M. est donc inapplicable en l'espèce. L'article 6 LCA s'applique alors à titre supplétif et fixe à l'assureur un délai de quatre semaines pour se départir du contrat à partir du moment où il a eu connaissance de la réticence.

En l'espèce, lorsque M. a écrit à Q. le 15 août 1996 pour invoquer la réticence, plus de 4 semaines s'étaient déjà écoulées depuis la connaissance de la prétendue réticence, que l'on tienne compte de l'une ou l'autre des deux dates alléguées par M. (le 20 juin ou le 9 juillet 1996). Le TFA a par conséquent admis le recours de Q.

### **317 Prescription et affiliation d'office**

(arrêt du TFA du 1.5.2000 en la cause Fondation institution supplétive LPP, B 54/99; en français)

(art. 41 LPP, 130 CO)

D'après l'article 41 LPP, les actions en recouvrement de créances se prescrivent par cinq ans quand elles portent sur des cotisations ou des prestations périodiques, par dix ans dans les autres cas. Les articles 129 à 142 CO sont applicables, en particulier l'article 130 alinéa 1 CO selon lequel la prescription court dès que la créance est devenue exigible. A titre exceptionnel, la prescription relative aux cotisations des années précédentes court seulement dès l'affiliation (obligatoire) à l'institution supplétive de la LPP, parce que cette décision crée un rapport juridique nouveau (RSAS 1994 p. 390 c. 3b; SVR 1996 BVG N° 46 c. 4 p. 137).

Il n'appartient pas au juge de constater d'office la prescription (art. 41 al. 1 LPP en corrélation avec l'art. 142 CO). Au contraire, ce moyen doit être expressément soulevé (RSAS 1994 p. 389 c. 3a). En l'espèce, comme le moyen de la prescription examiné d'office par le tribunal des assurances du canton de Vaud n'a pas été soulevé par l'intimé P, le jugement entrepris s'avère pour ce premier motif déjà contraire au droit (art. 104 let. a OJ). La juridiction cantonale a aussi violé le droit fédéral en considérant que la créance de la Fondation institution supplétive LPP était prescrite. En effet, le point de départ de la prescription selon l'article 41 alinéa 1 LPP est la décision d'affiliation rétroactive de P du 17 novembre 1995, de sorte qu'à ce jour, la prescription quinquennale n'est pas encore acquise. De plus, la prescription a été interrompue par le commandement de payer notifié par la Fondation à P le 29 juin 1998 et un nouveau délai de cinq ans a commencé à courir dès cette date.

### 318 Contestation entre ayants droits et employeurs

(arrêt du TFA du 6.12.1999 en la cause P.-W. contre Commune de D., B 4/99; en allemand)

(art. 73 LPP)

En date du 24 mars 1995, P.-W. , retraité depuis le 31 juillet 1994, a agi contre son ancien employeur la Commune de D. devant le Tribunal administratif du canton de Zurich, car il estime que D. aurait dû annoncer un salaire plus élevé et par conséquent verser plus de contributions LPP. P.-W. pourrait ainsi obtenir une rente plus élevée de la caisse de pension du personnel du canton de Zurich.

Le Tribunal administratif a transmis l'affaire au Tribunal cantonal des assurances. Ce dernier a nié la légitimation passive de la Commune de D.. P.-W. a alors recouru au TFA contre ce jugement cantonal.

La notion de contestation au sens de l'article 73 LPP comprend notamment les litiges entre les ayants droits et les employeurs. Il s'agira entre autres de contestations concernant les obligations de l'employeur, le montant des cotisations déductible du salaire de l'employé et transférable à l'institution de prévoyance, les prestations pécuniaires de la part de celle-ci ou encore l'accomplissement d'actes déterminés, tels que la remise de documents, la fourniture d'explications ou la communication de renseignements.

Si l'employeur annonce à la caisse de pensions un salaire de l'employé plus élevé (art. 10 OPP 2) et s'acquitte des cotisations proportionnelles à celui-ci (art. 66 al. 2 et 3 LPP), l'assuré dispose alors d'un droit à une rente plus élevée de la part de la caisse de pensions.

Il est possible d'agir devant le Tribunal des assurances au sens de l'article 73 LPP simultanément contre l'employeur et contre la caisse de pensions. L'assuré agira contre le premier pour faire constater que celui-ci aurait dû verser plus de contributions LPP sur la base d'un salaire plus élevé. De la part de la seconde, il exigera une rente plus élevée.

C'est donc à tort que le Tribunal cantonal des assurances a nié la légitimation passive de la Commune de D. en tant qu'ancien employeur de P.-W. Le TFA a par conséquent admis le recours de P.-W.

### 319 Conversion de la rente d'invalidité en rente de vieillesse

(arrêt du TFA du 25.2.2000 en la cause C. contre Fondation de prévoyance en faveur du personnel de S. AG., B 23/99; en allemand)

(art. 26 al. 3 LPP)

C. recevait depuis 1988 une rente d'invalidité LPP de la Fondation de prévoyance en faveur du personnel de S. AG (ci-dessous S) d'un montant annuel de Fr. 37'268.--. En 1997, se fondant sur le règlement de prévoyance de 1988, S. a annoncé à C. que sa rente d'invalidité était remplacée par une rente de vieillesse de Fr. 8'466.-- par an depuis mars 1996 et que C. devait lui restituer Fr. 43'203.-- versés à tort. C. a recouru au Tribunal des assurances du canton de Soleure en concluant au versement d'une rente d'invalidité à vie prévue par le règlement de 1996, d'un montant que le tribunal jugera équitable.

Le Tribunal cantonal a accordé à C. une rente de vieillesse de Fr. 10'274.-- par année à partir du 1er octobre 1997, sur la base du règlement de prévoyance de 1988. C. a recouru au TFA et demande le versement d'une rente d'invalidité annuelle d'au moins Fr. 37'268.--.

Le montant des rentes à partir du 1er avril 1996 se détermine sur la base des dispositions transitoires du règlement de prévoyance du 1er janvier 1996.

*Le chiffre 6.1 de ce même règlement stipule:*

*"1. Les personnes affiliées à la caisse au 31 décembre 1995 sont soumises au présent règlement avec effet au 1er janvier 1996.*

*2. Les rentes actuellement versées sur la base de l'ancien règlement restent inchangées (maintien des droits acquis)."*

Le chiffre 6.1.2 a pour but de protéger le bénéficiaire d'une rente en cours contre une détérioration future de sa situation. Cette disposition n'exclut cependant pas des prestations plus élevées. En outre, selon le chiffre 6.1.1, les personnes affiliées jusqu'alors sont désormais soumises au nouveau règlement. En définitive, le droit à la rente en tant que tel est régi par l'ancien règlement de 1988, tandis que la continuation du versement de la rente après le 1er janvier 1996 dépend du nouveau règlement de 1996. En l'espèce, C. a acquis son droit à une rente d'invalidité sous le régime du règlement de 1988 et conserve un tel droit, conformément au chiffre 6.1.2 du règlement de 1996. Mais comme d'après le chiffre 6.1.1 susmentionné, c'est le nouveau règlement de 1996 qui s'applique en ce qui concerne le versement de la rente après le 1er janvier 1996, C. a droit à l'octroi d'une rente d'invalidité à vie.

C. a ainsi droit à une rente annuelle d'invalidité d'au moins Fr. 37'268.-- également après l'âge de 65 ans. Le TFA admet le recours de C. et lui accorde le droit à une rente annuelle d'invalidité de Fr. 37'268.--.

### 320 Droit applicable à la prestation de sortie

(arrêt du TFA du 17.4.2000 en la cause G. contre Fondation de prévoyance S., B 29/99; en allemand)

(art. 27 LFLP)

G. a travaillé à la clinique S. de novembre 1991 à fin avril 1998 et était affilié à ce titre auprès de la fondation de prévoyance S. Un contrat d'assurance vie collective a été conclu avec l'assurance Z. Ce contrat est entré en vigueur le 1er janvier 1995 et remplace l'ancien contrat du 1er janvier 1992. Le 30 avril 1998, S. a remis à G. un décompte de libre passage de Fr. 26'138.30 (dont Fr. 17'531.70 pour la partie obligatoire), calculé selon l'ancien règlement de prévoyance en vigueur avant le 1er janvier 1998.

G. a ouvert action devant le Tribunal des assurances du canton de St-Gall pour obtenir le versement d'une prestation de sortie de Fr. 32'498.– sur la base d'une attestation de l'assurance Z. Selon G., cette prestation supplémentaire devrait être ajoutée aux Fr. 26'138.30 déjà versés. Débouté par le Tribunal des assurances du canton de St-Gall, G. a recouru au TFA.

Selon l'article 27 alinéa 1 LFLP, les prestations d'entrée et de sortie sont déterminées selon le droit en vigueur au moment de l'entrée dans une institution de prévoyance ou de la sortie d'une institution. En l'espèce, la prestation de sortie doit être évaluée sur la base des dispositions légales et réglementaires en vigueur au moment où G. a quitté la fondation de prévoyance S., soit le 30 avril 1998. C'est donc sur la base du nouveau règlement de S., entré en vigueur le 1er janvier 1998, que doit être calculé le montant de la prestation de sortie. Le fait que S. soit passée du régime de la primauté des prestations à celui de la primauté des cotisations à partir du 1er janvier 1995 n'est pas un cas donnant lieu à une prestation de sortie au sens de l'article 27 LFLP.

Il est par conséquent exclu de déterminer le montant de la prestation de sortie sur la base de l'ancien règlement antérieur au 1er janvier 1998. Le TFA admet le recours de G. Les Juges de Lucerne renvoient l'affaire au Tribunal des assurances de St-Gall pour qu'il applique le nouveau règlement de 1998, obtienne des renseignements complémentaires auprès de l'assurance Z. et rende une nouvelle décision.

### 321 Récusation et adaptation des rentes au renchérissement

(arrêt du TFA du 25.4.2000 en la cause N. contre Fonds de prévoyance en faveur du personnel E., B 60/99; en français).

(art. 36 al. 1 LPP)

N. est au bénéfice d'une rente d'invalidité versée par la compagnie d'assurance vie Z. auprès de laquelle le Fonds de prévoyance E. est réassuré. La rente a été indexée au coût de la vie au début de chacune des années 1991, 1992, 1993 et 1995. Dès le 1er juillet 1995, Z. a réduit le montant annuel de la rente de Fr. 18'463.80 à Fr. 16'524.-- au motif que le contrat entre E. et Z. ne prévoyait pas l'indexation de la part des rentes qui excédait le minimum obligatoire selon la LPP. N. a ouvert action devant le Tribunal vaudois des assurances pour demander une indexation de 2,6 pour cent. Débouté, N. a recouru au TFA. Il conclut principalement à l'annulation du jugement cantonal au motif d'une constitution irrégulière du tribunal, contraire aux articles 58 alinéa 1 aCst et 6 § 1 CEDH, et subsidiairement, à une indexation annuelle de la rente de 2,6 pour cent.

La garantie des articles 58 aCst et 30 nCst permet d'exiger la récusation d'un juge dont la situation ou le comportement est de nature à faire naître un doute sur son impartialité. La suspicion est légitime lorsque l'arbitre est un organe ou un employé de la caisse qui participe à la procédure comme demanderesse ou intimée, même lorsqu'il n'est pas susceptible d'être influencé ou lorsque l'administration ne tire pas avantage du rapport de dépendance dans lequel se trouve l'intéressé (ATF 115 V 264 consid. 5c). Toute participation à une association ou une société commerciale partie au procès ou directement intéressée à celui-ci au sens de l'article 22 alinéa 1 let. a OJ constitue un motif de récusation, alors même que le magistrat intéressé n'a aucun intérêt personnel en cause.

En l'espèce, X. est juge assesseur à temps partiel au Tribunal cantonal des assurances. Il est par ailleurs fondé de pouvoirs de la Société d'assurances S. Or, S. n'a aucun lien connu ni avec le réassureur Z., ni avec la Banque B. qui gère le dossier du Fonds E. Comme X. est objectivement indépendant des parties, le moyen de récusation est rejeté.

L'adaptation de 2,6 pour cent des rentes selon l'article 36 alinéa 1 LPP et l'ordonnance sur l'adaptation des rentes de survivants et d'invalidité en cours à l'évolution des prix du 16 septembre 1987 ne vaut que pour la prévoyance obligatoire (cf BPP n° 37 ch. 212 p.5). Pour la prévoyance plus étendue, il n'existe pas d'obligation légale d'adaptation des rentes au renchérissement. Les dispositions statutaires des institutions de prévoyance sont alors déterminantes.

En l'espèce, le nouveau règlement de 1990, remplaçant celui de 1986, ne prévoit plus l'adaptation des rentes d'invalidité au renchérissement. Dans le cadre de la prévoyance plus étendue, il n'existe de par la loi aucun droit acquis à l'adaptation des rentes au renchérissement. Le TFA a rejeté le recours de N.

### **322 Absence de choix entre la prestation de libre passage et la rente de vieillesse**

(arrêt du TFA du 27.3.2000 en la cause Z. contre caisse de prévoyance A., B 35/99; en français)

(art. 1 et 2 LFLP, 13, 27 et 49 LPP)

Z., né en 1935, a résilié pour le 30 septembre 1998 son contrat de travail avec l'entreprise A. pour s'établir comme indépendant. Z. a demandé à la caisse de prévoyance A. le transfert de la prestation de libre passage à la fondation de libre passage 2e pilier de la Banque C. La caisse A. a rejeté la demande de Z, mais lui a par contre reconnu le droit à une rente de vieillesse à partir du 1er octobre 1998. Débouté en instance cantonale, Z. a recouru au TFA. L'OFAS a proposé l'admission du recours. Le droit à la prestation de libre passage doit être nié lorsque la résiliation du rapport de travail intervient à un âge auquel l'assuré peut, en vertu du règlement de prévoyance, prétendre des prestations de vieillesse au titre de la retraite anticipée. Si le règlement donne droit à des prestations de vieillesse à partir d'une limite d'âge (inférieure à 65 ans) déjà atteinte par l'assuré lorsque les relations de travail prennent fin, la cas de prévoyance est alors donné. Dans cette hypothèse, l'assuré ne saurait se voir reconnaître la faculté de choisir entre l'octroi d'une rente de vieillesse et l'octroi d'une prestation de sortie (ATF 120 V 309 consid. 4 et les références).

La question de savoir, s'il est encore possible de soutenir, comme l'a fait la jurisprudence précitée, que la loi manquerait son but de prévoyance si l'assuré était en droit de choisir entre diverses formes de maintien de la prévoyance, alors que la LFLP en organise les modalités, apparaît pour le moins discutable.

Elle peut toutefois rester indécise dès lors que pour les raisons qui suivent le recourant n'a pas droit à une prestation de libre passage en l'espèce.

En effet, le règlement de la caisse A. fixe la limite d'âge pour le droit à la prestation de vieillesse à 60 ans révolus. Cela constitue, au regard de la LFLP également, la limite d'âge pouvant donner lieu à un cas de prévoyance (art. 2 LFLP). Comme Z., âgé de 63 ans et quelques mois lors de la cessation des relations de travail, a droit à une prestation de vieillesse, Z ne peut pas exiger une prestation de libre passage. Le TFA a rejeté le recours de Z.

### **323 Compétence du tribunal selon l'article 73 LPP en cas de non-versement des contributions LPP par l'employeur**

(arrêt du TFA du 15.3.2000 en la cause OFAS contre X., B 36/99; en français)

(art. 73 LPP)

P. a travaillé auprès de X., mais n'a pas été annoncé auprès de l'institution de prévoyance A., où était assuré le personnel de X.. P. a agi devant le Tribunal administratif (TA) du canton de Genève en concluant à ce que X soit condamné à lui payer les sommes LPP non versées par l'employeur. La juridiction cantonale a déclaré la demande irrecevable. L'OFAS a interjeté recours contre le jugement genevois en concluant à ce que le TA genevois soit déclaré compétent pour statuer sur la demande de P..

Selon l'article 4a alinéa 2 OPP 1, l'OFAS a qualité pour recourir.

La compétence des juridictions désignées à l'article 73 LPP est donnée lorsque le litige oppose employeur et employé et soulève une question spécifique au sens étroit ou au sens large, du droit de la prévoyance professionnelle (cf ATF 125 V 168 consid. 2, 122 V 323 consid. 2b). Une contestation entre un employeur et un ayant droit peut porter en particulier sur le versement des cotisations par l'employeur à l'institution de prévoyance (art. 66 al. 2 et 3 LPP). Dans un tel cas, ce ne sont pas les juridictions des Prud'hommes qui sont compétentes, mais le juge désigné en vertu de l'article 73 LPP, même si la question de l'existence d'un contrat de travail doit être tranchée à titre préjudiciel (ATF 120 V 29 consid. 2). Cela ne concerne pas seulement le montant des cotisations mais aussi le principe de l'obligation de cotiser, que celle-ci découle du contrat de travail ou du droit public. Le TA du canton de Genève est donc compétent pour examiner la demande de P., de sorte que la cause lui est renvoyée.

### **324 Interruption du lien de connexité temporelle**

(arrêt du TFA du 21.6.2000 en la cause Institution de prévoyance en faveur du personnel de T. contre P., B 19/98; en allemand)

(art. 23 LPP, 29 LAI, 88a al. 1 RAI)

L'ancienne institution de prévoyance reste tenue à prestations si l'incapacité de travail a débuté à une époque où l'assuré lui était affilié et s'il existe entre cette incapacité de travail et l'invalidité un lien de connexité à la fois matérielle et temporelle (ATF 123 V 265 consid. 1c).

Par contre, en cas d'interruption d'un tel lien, c'est la nouvelle institution de prévoyance qui sera tenue à prestations. La connexité temporelle est interrompue si la capacité de gain d'une personne jusqu'alors invalide s'est améliorée durablement dans une mesure permettant un assujettissement à l'assurance obligatoire LPP (ATF 118 V 166 c. 4e). Une amélioration n'est pas durable du seul fait qu'elle a duré trois mois sans interruption notable. *Le délai de trois mois de l'article 88a alinéa 1 RAI ne doit pas être appliqué schématiquement* (ATF 118 V 167 c. 4e, ATF 123 V 267 c. 2c). Il ne saurait en particulier y avoir de rétablissement de la capacité de gain de l'assuré lorsque la tentative de réinsertion professionnelle de celui-ci, d'une durée même supérieure à trois mois, est essentiellement motivée par des considérations d'ordre social et qu'il apparaît improbable qu'elle aboutisse à une véritable réadaptation (ATF 120 V 118 c. 2c).

En l'espèce, l'assuré P. souffre de maux de dos depuis 1981. Il a travaillé dans l'entreprise de construction automobile C. du 1er mars 1990 au 30 septembre 1991. P. a ensuite été en incapacité de travail totale à partir du 9 septembre 1991 à cause de ses douleurs dorsales. Mais plus tard, le médecin traitant de P. a constaté la pleine capacité de travail de celui-ci dès le 2 décembre 1991. P. a également été reconnu apte au placement par l'assurance-chômage du 1er janvier au 28 février 1992. Après quoi, P. a travaillé pour l'entreprise de transports T. dès 1er mars 1992 jusqu'au 7 juillet 1992, où il a soudain éprouvé de vives douleurs de dos lors du montage du plancher d'un camion. Il est depuis lors dans l'incapacité totale de travailler. P. a été mis au bénéfice d'une rente entière de l'assurance-invalidité à partir du 1er juillet 1993. Il a ainsi été en pleine capacité de travail pendant six mois avant le 7 juillet 1992. Le lien de connexité temporelle est par conséquent interrompu, de sorte que l'institution de prévoyance en faveur du personnel de T. doit verser à P. une rente entière d'invalidité dès le 8 juillet 1992.

### 325 Liquidation partielle; répartition des fonds libres

(arrêt du 18.5.2000 de la Commission fédérale de recours en matière de prévoyance professionnelle en la cause H. et B. contre X.; en français)

(art. 23 LFLP)

Le **plan de liquidation partielle** arrêté par le conseil de la Caisse de pensions du personnel de Y. et approuvé par le Service de surveillance des fondations et des institutions de prévoyance du canton de X. (SSF) **comporte les modalités suivantes:**

- a. *Les dates de référence sont, pour la définition du cercle des bénéficiaires, le 1er janvier 1995, et, pour le montant de la fortune libre à répartir, le 1er janvier 1996.*
- b. *La fortune libre disponible au 1er janvier 1996, telle qu'elle a été déterminée par l'expert agréé, se monte à Fr. 12'000'243.34.*
- c. *Le montant à répartir se chiffre à 75 % du montant susmentionné, soit à Fr. 9'000'000.--.*
- d. *Les bénéficiaires sont répartis en trois catégories, 80 %, soit Fr. 7'200'000.-- vont aux assurés actifs présents dans l'entreprise au 1er janvier 1995, 10 %, soit Fr. 900'000.-- vont aux assurés actifs sortis dans le courant de l'année 1995 et 10 %, soit Fr. 900'000.-- vont aux pensionnés à la date du 1er janvier 1995.*
- e. *Le montant maximum des prestations individuelles est limité à Fr. 150'000.--.*

H. et B. contestent la répartition des bénéficiaires en trois catégories et la limite d'attribution individuelle de Fr. 150'000.--.

Le principe de l'égalité de traitement consiste à traiter de manière identique ce qui est semblable et de manière différente ce qui est dissemblable (ATF 118 la 1). En l'espèce, ce principe a été violé. Les assurés partis durant l'année 1995 doivent être traités de la même manière que les assurés présents du 1er janvier 1995 au 31 décembre 1995. La répartition entre les actifs doit par conséquent s'effectuer selon l'effectif global au 1er janvier 1995. Il faut donc modifier en conséquence le plan de liquidation partielle du 31 août 1998 (lettre d).

En ce qui concerne le montant maximum de FR. 150'000.--, il est déterminant de comparer le plan de répartition plafonné avec le plan de répartition sans limitation. Sans limitation, 11 bénéficiaires sur 273 reçoivent à eux seuls 48.8 % des fonds disponibles.

De plus, sur les 11 cas répertoriés par le SSF, seuls 3 assurés ont été amenés à un changement d'emploi en 1995 ou 1996 à la suite du rachat d'Y. par le groupe Z., les 8 autres étant restés au sein de l'entreprise et de la caisse. En outre, la caisse a appliqué le système de la primauté des prestations jusqu'au 31 décembre 1995, qui se caractérise par sa forte solidarité des jeunes assurés envers les plus âgés.

Il faut également relever que la clé de répartition retenue par le conseil de fondation - soit: durée x (salaire + réserve mathématique) - favorise nettement les assurés les plus anciens aux salaires assurés élevés par rapport aux jeunes assurés à faible revenu. La limitation à Fr. 150'000.-- vise à répartir les fonds disponibles de manière plus homogène entre les bénéficiaires potentiels. Elle n'est donc ni arbitraire, ni contraire au principe de la proportionnalité.

**326 Cession du droit aux prestations;  
compétence du juge de l'article 73 LPP;  
qualité pour recourir;  
moment où les prestations deviennent exigibles**

(arrêt du TFA du 14.6.2000 en la cause Fondation collective Z. contre X. et Y., B 2+3/99; en français)

(art. 26, 39 et 73 LPP, 29 LAI, 331b CO)

Les autorités juridictionnelles de l'article 73 alinéa 1 LPP sont compétentes pour connaître du litige portant sur la validité d'une cession du droit à des prestations LPP (en l'espèce une rente d'invalidité) au regard des articles 39 alinéa 1 LPP et 331b CO (ATF 122 V 323 consid. 2).

La Fondation collective Z. a qualité pour recourir au TFA, car X. a agi avec succès en instance cantonale pour faire constater la nullité de la cession et pour faire condamner Z. au versement de prestations d'invalidité. La banque Y., cessionnaire des droits prétendus de l'assuré X., peut également intervenir dans la procédure fédérale en qualité d'intéressée au sens de l'article 110 alinéa 1 OJ en relation avec l'article 132 OJ.

Dans le régime obligatoire, le droit à la rente d'invalidité ne peut naître, et donc être valablement cédé, avant la naissance du droit à la rente de l'AI, c'est-à-dire avant l'échéance de la période de carence d'une année fixée à l'article 29 alinéa 1 let. b LAI en corrélation avec l'article 26 LPP (ATF 123 V 207 consid. 2). Tant que la décision de l'AI concernant le droit de l'assuré à une rente n'a pas été rendue, le droit de celui-ci à une rente d'invalidité LPP n'existe qu'à titre virtuel. En l'espèce, comme la Fondation collective Z. avait accepté d'allouer - à bien plaisir et sous réserve de restitution - une rente à X. avant la décision de l'AI, la rente LPP n'était pas encore exigible lors de la cession de créance par X. en faveur de la banque. Cette cession était donc nulle.

### **327 Surindemnisation et activité indépendante sans la survenance de l'invalidité**

(arrêt du TFA du 24.5.2000 en la cause S. contre Fondation de prévoyance P., B 12/98; en allemand)

(art. 34 al. 2 LPP, 24 et 25 OPP2)

Suite à un accident le 18 mai 1992, l'assuré S, né en 1965, reçoit une rente entière d'invalidité de la CNA et de l'AI. La Fondation de prévoyance P. refuse de lui verser une rente d'invalidité LPP, car la limite de 90 % de l'article 24 alinéa 1 OPP 2 serait déjà atteinte. P s'est basée sur le salaire annuel de Fr. 52'000.-- de S. comme chauffeur pour l'entreprise G. juste avant l'accident. S. estime qu'il faudrait prendre en considération le revenu qu'il aurait pu réaliser comme indépendant dans l'installation d'échafaudages s'il n'était pas devenu invalide.

Le revenu hypothétique que l'assuré aurait acquis comme indépendant peut aussi constituer un "gain annuel dont on peut présumer que l'intéressé est privé" (arrêt B 6/98 du 28 avril 2000 en la cause J., consid. 5).

Le TFA renvoie l'affaire au Tribunal cantonal des assurances pour déterminer si S. aurait pu travailler comme indépendant s'il n'était pas devenu invalide. C'est à l'instance cantonale de régler la procédure probatoire et d'apprécier les preuves fournies. Si le tribunal cantonal retient avec une vraisemblance prépondérante que l'assuré aurait continué à travailler comme employé, il faudra déterminer d'après les caractéristiques personnelles de celui-ci (âge, formation, cursus professionnel, etc.) quel salaire il aurait gagné comme chauffeur ou dans une autre profession adaptée à sa formation.

En l'espèce, il existe un certain nombre d'indices permettant de retenir que l'assuré S. n'aurait pas continué à travailler comme chauffeur après l'accident du 18 mai 1992. En effet, le jeune S. ne travaillait comme chauffeur chez G. que depuis le 4 mai 1992. Par contre, il a travaillé relativement longtemps comme monteur d'échafaudages de février 1988 à octobre 1991 avec un salaire mensuel de Fr. 5'715.--. Dans ces circonstances, il est probable que, sans la survenance de l'accident, S. aurait travaillé comme employé, avec un salaire déterminable sur la base de l'enquête de l'Office de la statistique sur la structure des salaires en Suisse.