

Bulletin de la prévoyance professionnelle N° 63

du 17 juillet 2002

TABLE DES MATIERES

Indications

--

Prise de position de l'OFAS

379 Divorce et retraite

Jurisprudence

- 380** Partage de la prestation de sortie en cas de divorce lorsque le lieu de résidence du conjoint bénéficiaire est inconnu
- 381** Encouragement à la propriété du logement et divorce : Sort du versement anticipé effectué antérieurement au mariage
- 382** Responsabilité pour des prêts et des crédits sur compte courant accordés peu de temps avant l'ouverture de la faillite de la société employeur
- 383** Compensation et cession de créances - exception de l'inexécution de la prestation
- 384** Résiliation d'un contrat d'affiliation à une fondation collective: les rentiers sont transférés à la nouvelle institution de prévoyance conformément au contrat d'affiliation

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

Prise de position de l'OFAS

379 Divorce et retraite

1. Introduction

L'OFAS a eu l'occasion d'examiner les deux questions suivantes :

- Comment traiter la retraite partielle en cas de divorce ?
- Le fait d'atteindre l'âge réglementaire de la retraite (anticipée) constitue-t-il un cas de prévoyance ?

2. Retraite partielle

Selon le règlement de certaines institutions de prévoyance, l'assuré a la possibilité de prendre une retraite partielle à partir de 55 ans, en réduisant simultanément son taux d'activité professionnelle. Il subsiste alors une prestation de libre passage réduite.

Le principe est le suivant en cas de divorce : tant qu'un cas de prévoyance (âge de la retraite, invalidité et décès) n'est pas encore survenu, chaque époux a droit à la moitié de la prestation de libre passage de l'autre conjoint, conformément à l'art. 122 du Code civil (CC) et à l'art. 22 de la loi fédérale sur le libre passage (LFLP).

Lorsqu'un cas de prévoyance est déjà survenu au moment du divorce, par exemple, si l'un des conjoints est déjà à la retraite, il n'y aura alors plus de partage de la prestation de libre passage, mais par contre, le juge du divorce fixera une indemnité équitable, conformément à l'art. 124 CC. Lorsqu'un époux reçoit une rente de vieillesse, l'indemnité équitable se basera sur la valeur capitalisée de la rente : la rente périodique sera convertie en un certain capital à partager entre les époux.

La retraite partielle, avec le maintien simultané d'une prestation de libre passage réduite, constitue un cas-limite. L'OFAS est d'avis que la retraite partielle constitue un cas de prévoyance. Il ne sera donc plus possible de procéder au partage selon l'art. 122 CC. Le juge du divorce fixera alors une indemnité équitable (art. 124 CC) en disposant d'un certain pouvoir d'appréciation. Le juge tiendra compte de la valeur capitalisée de la rente partielle, du montant de la prestation de libre passage restante et de la situation de prévoyance de l'autre conjoint. Pour le paiement de cette indemnité, le juge de divorce pourra ordonner le transfert d'une partie de la prestation de libre passage restante (art. 22b LFLP).

3. Age réglementaire de la retraite

Il s'agit de déterminer quelles sont les conséquences liées au fait que l'assuré a atteint l'âge minimum réglementaire pour la retraite (anticipée), mais il n'a pas pris effectivement sa retraite. S'agit-il là d'un cas de prévoyance ?

Le Message du Conseil fédéral du 15 novembre 1995 concernant la révision du Code civil suisse mentionne « *l'âge de la retraite* » comme étant un cas de prévoyance (FF 1996 I 1 ss, ch. 233.433.1).

De plus, le partage de la prestation de sortie entre les époux présuppose l'existence du droit à une prestation de sortie selon l'art. 2 LFLP. Or, selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, il n'existe plus de droit à une prestation de sortie lorsque l'assuré a déjà atteint l'âge minimum fixé par le règlement de prévoyance à partir duquel l'assuré peut demander des prestations de vieillesse, en particulier une retraite anticipée (ATF 120 V 306, ATF 126 V 89 ; dans ce dernier arrêt, l'âge minimum réglementaire pour la retraite anticipée était fixé à 60 ans).

Selon l'OFAS, le fait d'atteindre l'âge minimum réglementaire de la retraite constitue un cas de prévoyance, même si l'assuré n'a pas encore pris effectivement sa retraite. Il n'est dès lors plus possible de procéder au partage de la prestation de sortie selon l'art. 122 CC. Par contre, le juge du divorce accordera une indemnité équitable à l'autre époux, conformément à l'art. 124 CC.

Jurisprudence

380 Partage de la prestation de sortie en cas de divorce lorsque le lieu de résidence du conjoint bénéficiaire est inconnu

(Note sur un arrêt du TFA du 14.5.2002 en la cause P.K., B 18/01; arrêt en langue allemande)

(Art. 22 LFLP, art. 122 CC)

Le TFA retient ce qui suit: lorsqu'il s'agit d'appliquer l'article 122 CC et que les conjoints ne sont pas parvenus à un accord quant au partage des prestations de sortie et aux modalités de son exécution (voir art. 141 al. 1 CC), c'est le juge du divorce qui fixe, en vertu de l'article 142 alinéa 1 CC, les proportions dans lesquelles les prestations de sortie doivent être partagées. Dès que ce jugement est entré en force, il transmet d'office le litige au tribunal du lieu du divorce, qui est compétent selon l'article 73 alinéa 1 LPP et qui doit procéder au partage (art. 142 al. 2 CC; art. 25a LFLP).

Le recourant demande que, au cas où son épouse divorcée, dont le lieu de résidence est inconnu, ne s'annonce pas dans un certain délai à fixer, la part de la prestation de sortie lui revenant soit à nouveau créditée sur son avoir à lui auprès de sa caisse de pension. Le TFA argumente de la manière suivante: selon l'article 22 alinéa 1 LFLP, les articles 3 à 5 LFLP sont applicables par analogie à la prestation de sortie à transférer. Ainsi, celle-ci doit soit être transférée à l'institution de prévoyance du conjoint bénéficiaire (art. 3 LFLP) soit servir à maintenir une prévoyance sous une autre forme (art. 4 LFLP). Le capital de prévoyance et le droit aux prestations non exigibles ne peuvent alors être ni cédés ni mis en gage (art. 17 OLP). Ces dispositions, qui sont l'expression du principe du maintien de la prévoyance, interdisent autant une compensation de la prestation de sortie revenant à l'épouse par d'éventuelles créances du recourant établies par le jugement du divorce (telles que des émoluments de justice ou des primes d'assurance pour un véhicule) que le retour, après un certain délai, de la prestation de sortie de l'épouse divorcée, dont le lieu de résidence est inconnu, à l'autre conjoint (voir art. 24 a-f LFLP et art. 19 a-f OLP concernant les avoirs oubliés).

Détermination du gain assuré: éléments de salaire de nature occasionnelle

(Note sur un arrêt du TFA du 30.4.2002 en la cause E.B., B 58/00; arrêt en langue allemande)

(Art. 3 al. 1 let. a OPP2, art. 5 al. 2 LAVS et art. 7 RAVS)

Les parties n'étaient pas d'accord sur le point de savoir s'il fallait considérer les indemnités touchées par la recourante pour des heures supplémentaires et du travail de nuit et du dimanche comme des éléments de salaire de nature occasionnelle dont on ne tient pas compte dans le calcul du gain assuré.

L'article 16 alinéa 1 du règlement concerné prévoit: „Le gain assuré correspond au revenu soumis à l'AVS déterminant le 1^{er} janvier, respectivement au moment de l'entrée dans l'assurance. Les éléments de salaire de nature occasionnelle ne sont pas pris en considération. ...“. Le revenu soumis à l'AVS qui est déterminant pour le montant du gain assuré comprend également les indemnités pour les heures supplémentaires, pour le travail de nuit et pour le travail du dimanche (art. 5 al. 2 LAVS en relation avec art. 7 RAI; Käser, Unterstellung und Beitragswesen in der obligatorischen AHV, 2^e édition, Berne 1996, p. 149 no 4.110). Pour la détermination du salaire coordonné, l'article 3 alinéa 1 lettre a OPP2 permet à l'institution de prévoyance de s'écarter, dans son règlement, du salaire déterminant de l'AVS en faisant abstraction d'éléments de salaire de nature occasionnelle. Toutefois, une disposition du règlement d'une institution de prévoyance allant dans ce sens ne peut pas se borner à reprendre cette norme de façon abstraite. Pour restreindre le principe qu'il s'agit d'assurer selon la LPP tout le salaire soumis à l'AVS (y compris les heures supplémentaire et le travail de nuit et du dimanche) dans les limites du salaire coordonné, il est au contraire nécessaire de prévoir une disposition réglementaire formulée de manière concrète et précisant les éléments de salaire à ne pas prendre en considération dans le calcul. L'article 16 alinéa 1 du règlement ne satisfait pas à ces exigences, raison pour laquelle il faut, en l'espèce, s'en tenir au

principe et tenir compte, lors de la détermination du gain assuré, des indemnités versées régulièrement pendant des années à la recourante pour les heures supplémentaires, le travail de nuit et le travail du dimanche. Dans ces circonstances, le TFA a laissé ouverte la question de savoir dans quelle mesure une institution de prévoyance pourrait exclure des éléments de salaire de la détermination du gain assuré sans remettre en cause le but de protection de la prévoyance professionnelle.

Compensation inadmissible d'une prestation de libre passage

(Note sur un arrêt du TFA du 30 avril 2002 en la cause A.K., B 95/00; arrêt en langue allemande)

(Art. 39 al. 2 LPP, art. 125 ch. 2 CO)

La caisse de pension refusa de payer la prestation de libre passage en espèces à l'assuré qui quittait définitivement la Suisse (art. 5 al. 1 let. a LFLP) et opéra une compensation avec une créance en dommages-intérêts contre l'assuré, que lui avait cédée l'employeur.

Le TFA jugea la compensation inadmissible. Il se basa à ce sujet sur l'ATF 126 V 314 ss. Dans cet arrêt, le TFA devait trancher la question de savoir si une prestation de libre passage payée en espèces conformément à l'article 5 alinéa 1 lettre b LFLP à l'assuré s'établissant à son compte pouvait être en tout ou partie compensée par une créance en contrepartie – appartenant dès son origine à l'institution de prévoyance ou lui ayant été cédée – et décida qu'il fallait se baser sans autre sur l'article 39 alinéa 2 LPP dans la mesure où la prestation de sortie calculée selon les articles 15 et suivants LFLP doit garantir l'avoir de vieillesse (cons. 3a). En vertu de ce qui précède, le droit aux prestations ne peut être compensé par des créances que l'employeur a cédées à l'institution de prévoyance que si elles se rapportent à des cotisations qui n'ont pas été déduites du salaire. Dans le domaine de la prévoyance dépassant ce qui est obligatoire, le TFA exclut également dans le même arrêt (cons. 3b) le caractère compensable de créances de l'employeur cédées à l'institution de prévoyance. Ce faisant, il s'est laissé guider en premier lieu par la notion de paiement en espèces selon l'article 5 alinéa 1 LFLP. Si le législateur donne tant de poids à l'établissement dans une activité lucrative indépendante que l'affectation des moyens de prévoyance à un but en soit abandonnée, cela signifie aussi en même temps que ces moyens doivent être effectivement versés à l'assuré qui s'établit à son compte. Une compensation n'est pas conciliable avec une telle notion de paiement en espèces. La prestation de libre passage à payer en espèces relève d'une obligation dont la nature spéciale exige le paiement effectif entre les mains du créancier (art. 125 ch. 2 CO dont l'énumération n'est pas exhaustive). Le TFA a estimé que ces considérants s'appliquaient également dans le cas d'espèce où il s'agissait d'un paiement en espèces faisant suite à un départ définitif de Suisse au sens de l'article 5 alinéa 1 lettre a LFLP.

381 Encouragement à la propriété du logement et divorce : Sort du versement anticipé effectué antérieurement au mariage

(Référence à l'arrêt du 13.05.02 en les causes C. P. BCV et J.-C. T., B 1+4/01 ; arrêt rendu en français)

(Art. 30c, al. 6, LPP, 22 LFLP, 122, 123 et 141 CC)

Interprété conformément à la lettre, au but et au sens de la loi, l'art. 30c, al. 6, LPP s'applique aussi dans les cas où les fonds de la prévoyance professionnelle ont servi au versement anticipé avant le mariage. En effet, ces fonds demeurant liés à un but de prévoyance, ils n'entrent pas dans le patrimoine à partager selon les règles du régime matrimonial (Thomas Geiser, in : De l'ancien au nouveau droit du divorce, Le nouveau droit du divorce et les droits en matière de prévoyance professionnelle, p. 73). Autrement dit, lorsqu'il y a divorce avant la survenance d'un cas de prévoyance, le versement anticipé antérieur au mariage est également considéré comme une prestation de libre passage et doit être partagé conformément aux art. 122, 123 et 141 CC et à l'art. 22 LFLP (consid. 2c).

En vertu du renvoi de l'art. 30c, al. 6, LPP aux art. 122 CC et 22 LFLP, le versement anticipé ne saurait être partagé séparément mais doit être pris en compte dans le calcul de la prestation de sortie à partager. Dans ce calcul, le montant du versement anticipé qui fait encore l'objet d'une obligation de remboursement au moment du divorce est à comptabiliser dans la prestation de sortie au moment du divorce (Thomas Geiser, in op. cit., p. 73 ; Jacques-André Schneider / Christian Bruchez, in : Le nouveau droit du divorce, La prévoyance professionnelle et le divorce, Travaux de la Journée d'étude organisée le 8 septembre 1999 à l'université de Lausanne, publication CEDIDAC 41, pp. 229 sv.) De la même manière, et conformément à l'art. 22, al. 2, LFLP, le versement anticipé considéré comme prestation de libre passage aux termes de l'art. 30c, al. 6, LPP est ajouté à la prestation de sortie existant au moment de la conclusion du mariage (consid. 3b).

A la différence de la prestation de sortie, le versement anticipé pour l'acquisition d'un logement conserve sa valeur nominale jusqu'au divorce (Thomas Geiser, in op. cit., p. 73 ; Jacques-André Schneider / Christian Bruchez, in op. cit., p. 230). Il ne produit donc pas d'intérêts au sens de l'art. 22, al. 2, 2^{ème} phrase, LFLP. En effet, ces intérêts, échus durant le mariage et qui profitent au conjoint affilié à l'institution de prévoyance, sont destinés à compenser l'inflation (message du Conseil fédéral du 15 novembre 1995 concernant la révision du CC ; FF 1996 I 110) ; voir aussi Rolf Brunner, die Berücksichtigung von Vorbezügen für Wohneigentum bei der Teilung der Austrittsleistung nach Art. 122 ZGB, ZBJV 136/2000, pp. 536 sv.) (consid. 3c).

382 Responsabilité pour des prêts et des crédits sur compte courant accordés peu de temps avant l'ouverture de la faillite de la société employeur

(Note sur un arrêt du TFA du 14.5.2002 en la cause W.H. et R.L., B 85+89/00, arrêt en langue allemande)

(Art. 52 LPP)

L'article 73 alinéa 1 deuxième phrase LPP, qui prévoit que le tribunal désigné par le canton pour connaître des contestations relevant du droit de la prévoyance statue également sur les prétentions en matière de responsabilité selon l'article 52 LPP, est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1997 et est immédiatement applicable dès cette date, c'est-à-dire également aux faits relevant du droit de la responsabilité, qui se sont produits déjà avant cette entrée en vigueur.

X. était depuis le 16 juin 1988 président et Y. depuis le 9 septembre 1993 membre du conseil de fondation de la fondation de prévoyance en faveur du personnel de la société Z. SA. A fin 1993, les placements sans garantie de la fondation auprès de la société employeur Z. SA s'élevaient à 409'260 fr. 80 et représentaient ainsi environ le 19% de sa fortune totale de 2'139'427 fr. 75. En février 1994, la fondation de prévoyance en faveur du personnel a accordé à la société fondatrice un prêt de 100'000 francs. Entre le 1^{er} juillet 1993 et l'ouverture de la faillite le 1^{er} avril 1996, le débit du compte courant a en outre augmenté de 55'811 francs. La créance de 474'034 fr. 20 produite par la fondation de prévoyance en faveur du personnel dans la faillite de la société fondatrice a fait l'objet d'un acte de défaut de biens total. Le tribunal administratif a condamné X. et Y. au paiement de Fr. 155'811 francs au titre de leur responsabilité solidaire. Le TFA rejette le recours de droit administratif interjeté contre ce jugement.

Parmi les personnes responsables selon l'article 52 LPP, il n'y a pas seulement les organes formels mais aussi les organes de fait de la fondation. Le fondement et la fin de la position d'organe formel ne dépend pas de l'inscription au Registre du commerce mais de la période où la position d'organe a été effectivement fondée, ce qui, pour Y., a été le cas dès son élection à la séance du conseil de fondation du 9 septembre 1993.

La responsabilité concernant le patrimoine suppose la survenance d'un dommage, une illicéité, une faute et un lien de causalité. En ce qui concerne l'existence du dommage parmi les conditions de la responsabilité, l'objection que la société employeur a remboursé deux fois 30'000 francs, réduisant de 100'000 à 40'000 francs la dette résultant du prêt, est infondée parce que la dette totale est nettement plus élevée et que la société fondatrice n'était pas en mesure de rembourser les montants réclamés de 100'000 francs (prêt) et de 55'811 francs (créances résultant du compte courant y compris les frais accessoires).

Dans le domaine des placements de la fortune, l'illicéité consiste en premier lieu en une violation des dispositions légales (art. 71 LPP, art. 49 ss. OPP 2) et réglementaires (art. 49a OPP 2) en matière de placement. L'article 50 OPP 2 se fait l'expression de la diligence accrue exigée en matière de placements de fortune,

concrétisant ainsi le devoir général de diligence. Selon l'article 57 alinéa 1 OPP 2, la fortune, dans la mesure où elle est liée à la couverture des prestations de libre passage et à celles des rentes en cours, ne saurait être placée sans garantie chez l'employeur. Le bilan de l'année 1992 ne prenait en compte qu'un montant de 172'125 fr. 55 comme fonds libres alors que les créances ouvertes contre la société fondatrice s'élevaient à 291'760 francs. Comme les responsables de la fondation ne disposaient pas encore du bilan de l'année 1993 en février 1994, un autre octroi de crédit n'entraînait tout simplement pas en ligne de compte. Cependant, il s'agit de respecter l'article 57 alinéa 2 OPP 2 qui exige que les placements sans garantie chez l'employeur ne dépassent pas le 20 pour cent de la fortune de la fondation. Au 31 décembre 1993, les créances non couvertes contre la société fondatrice atteignaient 19% (409'260 francs sur 2'139'427) et, à fin 1994, 21,6% (651'575 fr. 10 sur 3'014'221 fr. 20) de la fortune totale. Il est hautement invraisemblable que la limite de 20% ne serait pas dépassée par l'augmentation du crédit de 100'000 francs supplémentaires. Même si la limite ne devait pas être objectivement dépassée par l'octroi du nouveau prêt, il est constant que les membres du conseil de fondation ne savaient subjectivement pas en février 1994 ni ne pouvaient savoir s'il existait une marge pour l'octroi d'un nouveau crédit et qu'ils n'avaient pas le droit de consentir à une augmentation du crédit de 100'000 francs au vu du taux de placement de 19% existant déjà à fin 1993. En outre, le devoir d'informer résultant de l'article 58a alinéas 1 et 2 OPP 2 a été violé.

En accordant l'augmentation du prêt et en laissant augmenter le montant ouvert du compte courant, X. et Y. ont violé à plusieurs titres les prescriptions de l'OPP 2 en matière de placement et ont ainsi agi de manière illicite. Du point de vue de la faute, l'article 52 LPP se contente d'une négligence légère. Mais, en l'espèce, il y a même une violation grossière des devoirs de diligence car les deux membres du conseil de fondation, en leur qualité de représentants de l'employeur, se situaient manifestement dans une position de défense des intérêts de l'entreprise fondatrice et ont ainsi insuffisamment respecté leur devoir d'apprécier la situation financière de manière libre et indépendante, violant diverses prescriptions élémentaires en matière de placement.

Comme il ne s'agit pas en l'espèce de l'octroi ou du refus de prestations d'assurance, la procédure est onéreuse (art. 134 OJ a contrario). Selon l'article 159 alinéa 2 OJ, l'institution de prévoyance n'a en principe pas droit à des dépens en sa qualité d'institution chargée de l'exécution de tâches publiques. Une exception doit cependant être admise pour le procès en responsabilité selon l'article 52 LPP. On ne saurait en effet exiger d'une institution de prévoyance qu'elle supporte elle-même ses frais d'avocat qu'elle a dû engager pour obtenir réparation de ceux qui lui ont causé un dommage.

383 Compensation et cession de créances - exception de l'inexécution de la prestation

(Note sur un arrêt du TFA du 1.5.2002 en la cause DS. A., B 21/01; arrêt en langue française)

(Art. 39 al. 2 LPP, art. 2 al. 1 et 3 LFLP, art. 66 LPP, art. 120ss CO, art. 164ss CO et art. 82 CO)

Dans le cas d'espèces, le salarié a signé une déclaration de renonciation à s'affilier à l'institution de prévoyance de son employeur en août 1988. Dix ans après, il a demandé à son ancien employeur de lui rembourser les cotisations dues. L'institution de prévoyance a accepté de lui rembourser la moitié des cotisations dues et a compensé l'autre moitié avec la créance de l'employeur pour les cotisations non prélevées sur les salaires.

Le litige portait donc sur la question de savoir si l'institution avait le droit de compenser partiellement le droit aux prestations en faveur du salarié avec une créance de cotisations non retenues cédée par l'employeur. L'institution de prévoyance a invoqué l'exception d'inexécution de la prestation (art. 82 CO) pour refuser de s'exécuter. Le TFA a estimé que lorsque l'assuré quitte une institution de prévoyance, celle-ci est tenue de lui verser une prestation de sortie et ne saurait lui opposer l'exception de l'inexécution de l'art. 82 CO, car le versement des cotisations incombe à l'employeur et l'institution ne peut les exiger que de ce dernier. Elle ne détient aucune prétention directe à l'égard de l'assuré.

S'agissant de la cession de créances, elle n'est possible que si l'employeur a effectivement une créance à l'égard de l'assuré. Le droit des assurances sociales admet la compensation de créances réciproques, y compris la LPP (art. 39 al. 2 LPP et ATF 126 V 315, 114 V 33), mais de manière restrictive. Il y a lieu d'appliquer les dispositions du CO sur la compensation de créances, par analogie. A cet effet, il faut que les créances existent de manière réciproque entre elles et que la dette soit exigible.

Dans ce cas, l'employeur estime devoir compenser sa créance sur une partie de salaire versée en trop, faute de prélèvement de contributions à la LPP. A cet effet, il doit pouvoir prétendre la restitution de la part de salaire en cause. Les règles générales régissant la formation et l'extinction des obligations s'appliquent. Dès lors, une compensation automatique est exclue et l'art. 39 al. 2 LPP doit être interprété de manière restrictive. Dans le cas d'espèce, toutefois, il ne ressortait pas clairement du dossier si cette compensation était possible, raison pour laquelle le dossier est renvoyé à l'autorité inférieure.

384 Résiliation d'un contrat d'affiliation à une fondation collective: les rentiers sont transférés à la nouvelle institution de prévoyance conformément au contrat d'affiliation

(Note sur un arrêt du TFA du 3.10.2001 en la cause S. Stiftung, B 84/00 et B 86/00; arrêt en langue allemande)

L'employeur a résilié le contrat d'affiliation qui le liait à la fondation collective. Par la suite, l'employeur et la fondation collective ne sont pas parvenus à se mettre d'accord sur la question de savoir si les personnes au bénéfice d'une rente resteraient affiliées auprès de la fondation collective ou si elles devaient être prises en charge par la nouvelle institution de prévoyance. Le TFA a jugé dans ce cas qu'elles devaient être transférées à la nouvelle institution de prévoyance.

La nouvelle institution de prévoyance a été invitée à participer à la procédure en vertu des principes posés dans l'ATF 125 V 94 cons. 8b. D'un point de vue strict, le tribunal cantonal aurait déjà dû le faire. Cette mesure permet d'assurer que la nouvelle institution de prévoyance se laissera opposer le jugement tranchant la question de savoir si les personnes au bénéfice d'une rente restent rattachées à l'ancienne fondation ou si elles la quittent (cons. 3).

La nouvelle institution de prévoyance n'a pas une légitimation active dans la procédure. Entre l'ancienne institution de prévoyance et la nouvelle, il n'existe ni ne naît aucun lien juridique qui puisse fonder des prétentions concernant la restitution des capitaux de couverture pour les assurés actifs et passifs. Dans l'arrêt publié dans SVR 1999, TFA no 11, p. 33, l'ancienne institution de prévoyance et la nouvelle se trouvaient face à face seulement parce que l'employeur avait cédé à la nouvelle institution de prévoyance tous les droits nés du changement qu'elle avait à l'égard de l'ancienne institution de prévoyance (cons. 4b).

La LPP ne règle pas le changement d'institution de prévoyance par l'employeur et en particulier pas non plus la question de savoir si les personnes au bénéfice d'une rente au moment de la résiliation du contrat d'affiliation doivent également sortir de l'ancienne institution de prévoyance. La loi sur le libre passage ne règle pas non plus cette question. Dans l'ATF 125 V 423 ss, le TFA a tiré la conclusion que le droit fédéral n'impose pas de manière absolue à l'institution de prévoyance, en cas de résiliation d'un contrat d'affiliation, de garder les rentiers rattachés à l'employeur sortant. Dans le sens d'une exigence minimale, il a toutefois exigé que le droit interne à la caisse contienne une réglementation correspondante. Il faut qu'on sache clairement comment procéder en cas de changement d'affiliation de l'employeur. A défaut d'une réglementation claire, il faut admettre que les rentiers concernés ont droit à ce que l'ancienne institution de prévoyance continue de fournir les prestations légales et réglementaires (cons. 5b).

La solution dépend de manière décisive de la situation contractuelle d'affiliation existant dans le cas particulier. En l'espèce, la situation se présente de telle sorte que les assurés ne sont pas d'abord membres d'une institution de prévoyance en tant que telle, mais d'une œuvre de prévoyance créée pour chaque employeur et ayant une comptabilité distincte. Leur appartenance à une œuvre de prévoyance

d'un employeur gérée dans le cadre de la fondation collective se basait exclusivement et inconditionnellement sur le contrat d'affiliation qui formait juridiquement un tout avec le contrat d'assurance collective et les règlements de prévoyance. Dans une fondation collective, la prévoyance professionnelle repose directement sur les contrats d'assurance conclus selon l'article 68 LPP et il en va ainsi autrement que dans une caisse fermée ou semi-autonome de droit public qui assume le financement des prestations de vieillesse et/ou en cas de risque au moyen de ses propres ressources financières, alimentées parfois en partie par des subventions étatiques. Il en va tout autrement dans le cas jugé par le TFA: l'institution de prévoyance, c'est-à-dire la fondation collective, qui d'un point de vue organisationnel mettait une œuvre de prévoyance à disposition de l'employeur, n'existait qu'en raison du *numerus clausus* des formes juridiques prévu à l'article 48 alinéa 2 LPP, mais n'était en réalité qu'un instrument intercalé entre l'employeur tenu de s'affilier et la société d'assurances pour pouvoir mettre sur pied la prévoyance professionnelle selon les prescriptions de la LPP. Il n'y avait, dans ce système, pas de contrat d'affiliation sans un contrat collectif d'assurance correspondant. La cessation du contrat d'affiliation avait, selon son article 7 alinéa 5, pour conséquence la résiliation du contrat collectif d'assurance-vie conclu selon l'article 2 entre la fondation et la société d'assurances. Si le contrat d'affiliation venait à être résilié, le contrat collectif d'assurance-vie prenait également fin avec la conséquence prévue contractuellement (selon l'article 7 alinéa 5 deuxième phrase précitée) que la fondation, dans ce cas de résiliation, met à disposition, en tant que valeur de remboursement, le montant qu'elle reçoit de la société d'assurances sur la base du contrat collectif d'assurance-vie. Cette situation contractuelle d'affiliation ne permettait pas d'objecter que le cas des personnes déjà au bénéfice d'une rente n'était pas réglé de manière explicite. Au contraire, les personnes au bénéfice d'une rente étaient englobées sans autre par le contrat d'affiliation et le contrat collectif d'assurance-vie, ce qui signifie qu'il n'y avait, pour elles, aucune autre base juridique entrant en considération. C'est pourquoi, la conséquence juridique prévue contractuellement en cas de résiliation du contrat d'affiliation intervenait pour elles comme pour les travailleurs actifs. L'employeur sortant ne pouvait dès lors pas, à la suite de la disparition des bases contractuelles, prétendre à ce que les personnes au bénéfice d'une rente restent dans la fondation collective (cons. 5c).

Aucune autre solution ne ressort du bulletin de la prévoyance professionnelle de l'OFAS No 24 du 23 décembre 1998, chiffre 148. Ces instructions de l'OFAS ne peuvent pas être comprises comme voulant que les diverses personnes au bénéfice d'une rente doivent donner leur consentement avec le fait de changer d'institution de prévoyance ou de rester dans l'ancienne; au contraire, cette circulaire ne fait que poser l'exigence découlant de l'article 51 LPP (gestion paritaire) que l'organe paritaire ait consenti à la résiliation du contrat d'affiliation et au changement de l'institution de prévoyance (cons. 5d).

Selon la jurisprudence, les droits réglementaires et statutaires aux prestations comptent comme des créances ayant un jour d'échéance déterminé, raison pour laquelle l'institution de prévoyance entre en principe en demeure sans qu'une interpellation de l'assuré ne soit nécessaire. Cela doit valoir également pour le capital de couverture à transférer en cas de dénonciation d'un contrat d'affiliation et l'obligation de payer des intérêts commence à courir dès la date où prend effet la dénonciation. Le taux de l'intérêt de retard doit être fixé à 5%. Cet intérêt porte sur

l'entier du capital de couverture de tous les assurés actifs et passifs et non pas sur la prestation de sortie des assurés en particulier. C'est pourquoi, il se justifie de ne pas déterminer le taux d'intérêt selon l'article 7 LFLP, mais, à défaut de base réglementaire, d'appliquer l'article 104 alinéa 1 CO (cons. 5e).