

Bulletin de la prévoyance professionnelle N° 66

du 15 janvier 2003

TABLE DES MATIERES

Indications

- 397** Modifications dans la prévoyance professionnelle suite à l'entrée en vigueur de la LPGA
- 398** Modification de l'OPP 2 concernant les rentes pour couples AVS/AI
- 399** Chiffres repères dans la prévoyance professionnelle
- 400** Droit international et art. 1^{er}, al. 2, OPP 2

Prise de position de l'OFAS

- 401** Divorce et prévoyance professionnelle

Jurisprudence

- 402** Le transfert d'une entreprise au sens de l'art. 333 (a)CO n'implique pas une dissolution des rapports de travail susceptible d'entraîner un cas de libre passage
- 403** La demande de restitution de prestations de la prévoyance professionnelle obligatoire versées à tort par une institution de prévoyance relève-t-elle de l'art. 47 LAVS ou convient-il d'appliquer les règles du CO ?
- 404** Détermination du salaire coordonné pour le calcul de la rente d'invalidité LPP alors que les rapports de travail ont duré moins d'une année et que les conditions d'engagement ont été fondamentalement modifiées. Absence d'éléments probants pour le calcul du revenu déterminant et application de la convention collective

Errata

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

397 Modifications dans la prévoyance professionnelle suite à l'entrée en vigueur de la LPGA

La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA) est entrée en vigueur le 1er janvier 2003. La LPP n'est en principe pas soumise à la LPGA. Il y a cependant application ponctuelle de certaines dispositions de la LPGA.

Coordination et prise en charge provisoire des prestations

D'après l'art. 34a LPP, les dispositions sur le versement en cascade des prestations (art. 66 al. 2 LPGA) et sur la prise en charge provisoire des prestations (art. 70 et 71 LPGA) s'appliquent aussi à la prévoyance professionnelle.

Texte de loi (*version non officielle*)

LPP:

Art. 34 al. 2: abrogé

Art. 34a Coordination et prise en charge provisoire des prestations

¹ Le Conseil fédéral édicte des dispositions afin d'empêcher que le cumul de prestations ne procure un avantage injustifié à l'assuré ou à ses survivants.

² En cas de concours de prestations prévues par la présente loi avec des prestations prévues par d'autres assurances sociales, l'art. 66, al. 2, de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA) est applicable. Les prestations prévues par la présente loi ne peuvent pas être réduites lorsque l'assurance militaire verse des rentes au conjoint et aux orphelins et que leurs prestations de prévoyance sont insuffisantes au sens de l'art. 54 de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur l'assurance militaire.

³ Les art. 70 et 71 LPGA s'appliquent à la prise en charge provisoire des prestations.

LPGA:

Art. 66 Rentes et allocations pour impotents

¹ Sous réserve de surindemnisation, les rentes et les indemnités en capital des différentes assurances sociales sont cumulées.

² Les rentes et indemnités en capital sont, selon les dispositions de la loi spéciale concernée et dans l'ordre suivant, versées par:

- a. l'AVS ou l'AI;
- b. l'assurance militaire ou l'assurance-accidents;
- c. la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité au sens de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP).

Art. 70 Prise en charge provisoire des prestations

¹ L'ayant droit peut demander la prise en charge provisoire de son cas lorsqu'un événement assuré lui donne droit à des prestations d'une assurance sociale mais qu'il y a doute sur le débiteur de ces prestations.

² Sont tenues de prendre provisoirement le cas à leur charge:

- a. l'assurance-maladie, pour les prestations en nature et les indemnités journalières dont la prise en charge par l'assurance-maladie, l'assurance-accidents, l'assurance militaire ou l'AI est contestée;
- b. l'assurance-chômage, pour les prestations dont la prise en charge par l'assurance-chômage, l'assurance-maladie, l'assurance-accidents ou l'AI est contestée;
- c. l'assurance-accidents, pour les prestations dont la prise en charge par l'assurance-accidents ou l'assurance militaire est contestée;
- d. la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité au sens de la LPP, pour les rentes dont la prise en charge par l'assurance-accidents ou l'assurance militaire ou par la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité au sens de la LPP est contestée.

³ L'ayant droit adresse sa demande aux institutions d'assurances sociales entrant en ligne de compte.

Art. 71 Remboursement

L'assureur tenu de prendre provisoirement le cas à sa charge alloue les prestations selon les dispositions régissant son activité. Lorsque le cas est pris en charge par un autre assureur, celui-ci lui rembourse ses avances dans la mesure où elles correspondent aux prestations qu'il aurait dû lui-même allouer.

OPP 2:

Art. 24-27: nouveaux renvois à l'art. 34a LPP.

**Ordonnance
sur la prévoyance professionnelle vieillesse,
survivants et invalidité
(OPP 2)**

Modification du 11 septembre 2002

*Le Conseil fédéral suisse
arrête:*

I

L'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité¹ est modifiée comme suit:

Art. 24, titre médian et al. 3

Avantages injustifiés
(art. 34a LPP)

³ Les revenus de la veuve et des orphelins sont comptés ensemble.

Art. 25, titre médian

Coordination avec l'assurance-accidents et l'assurance-militaire
(art. 34a LPP)

Art. 26, titre médian

Droits contre le tiers responsable
(art. 34a, al. 1, LPP)

Art. 27, titre médian

Indemnités journalières de l'assurance-maladie en lieu et place du
salaire
(art. 34a, al. 1, et 26, al. 2, LPP)

II

La présente modification entre en vigueur le 1^{er} janvier 2003.

11 septembre 2002

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Kaspar Villiger
La chancelière de la Confédération, Annemarie Huber-Hotz

¹RS 831.441.1

Commentaire sur la modification de l'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2; RS 831.441.1)

Modification de l'OPP 2

La législation sur la prévoyance professionnelle n'est en principe pas soumise à la LPGA. C'est pourquoi, à la différence de ce qui est le cas des autres lois sur les assurances sociales, on n'a pas introduit dans la LPP de nouvel art. 1 qui réglerait l'étendue du champ d'application de la LPGA dans la prévoyance professionnelle. Il existe néanmoins un lien entre la LPP et la LPGA en ce qui concerne la coordination avec les autres assurances sociales. C'est la raison pour laquelle une modification de la LPP figure dans l'annexe de la LPGA. La coordination avec les autres assurances sociales, inscrite actuellement à l'art. 34, al. 2, LPP, a été intégrée dans un nouvel art. 34a LPP, avec un renvoi explicite aux dispositions de la LPGA qui ont un lien avec la LPP.

Les titres des articles de l'OPP 2 renvoient systématiquement à la base légale. Du fait que la réglementation actuelle sur la coordination a été transférée de l'art. 34, al. 2, LPP à l'art. 34a LPP, il faut également modifier les renvois dans les titres des art. 24, 25, 26 et 27 OPP 2.

Par la même occasion, il y a lieu de corriger la version actuelle de l'alinéa 3 de cet article 24. En effet, depuis l'entrée en vigueur de la 10^{ème} révision de la LAVS, les rentes pour couples n'existent plus, chaque conjoint percevant une rente simple. La LPP n'avait pas encore été adaptée jusqu'à présent ; désormais, il y a abrogation de la première phrase de l'art. 24, alinéa 3, relative aux rentes pour couples. Il faut dorénavant prendre en compte le montant effectif de la rente versée à l'assuré, c'est-à-dire la rente plafonnée selon l'art. 35 LAVS. Si le montant effectif de cette rente (plafonnée) est sensiblement modifié, il faudra alors revoir le calcul de surindemnisation pour la prévoyance professionnelle. Cette nouvelle réglementation sur la prise en compte des rentes versées aux conjoints assurés concorde ainsi avec la réglementation de l'assurance-accidents (cf art. 33 de l'ordonnance sur l'assurance-accidents du 20 décembre 1982, OLAA).

Il y a lieu de préciser ici que l'obligation de prendre en charge provisoirement des prestations, conformément à l'art. 70 LPGA, concerne uniquement les prestations de l'assurance obligatoire.

Procédure d'assurance sociale

Les offices AI doivent notifier leurs décisions à l'institution de prévoyance professionnelle (IP) compétente (art. 49 al. 4 LPGA, art. 76 al. 1 RAI). L'IP peut attaquer la décision de l'AI dans la mesure où elle est touchée par cette décision et a un intérêt digne de protection à l'annulation ou à la modification de celle-ci (art. 59 LPGA).

Texte de loi (*version non officielle*)**LPGA:****Art. 49, al. 4 Décision**

¹ L'assureur doit rendre par écrit les décisions qui portent sur des prestations, créances ou injonctions importantes ou avec lesquelles l'intéressé n'est pas d'accord.

² Si le requérant rend vraisemblable un intérêt digne d'être protégé, l'assureur rend une décision en constatation.

³ Les décisions indiquent les voies de droit. Elles doivent être motivées si elles ne font pas entièrement droit aux demandes des parties. La notification irrégulière d'une décision ne doit entraîner aucun préjudice pour l'intéressé.

⁴ L'assureur qui rend une décision touchant l'obligation d'un autre assureur d'allouer des prestations est tenu de lui en communiquer un exemplaire. Cet autre assureur dispose des mêmes voies de droit que l'assuré.

Art. 59 Qualité pour recourir

Quiconque est touché par la décision ou la décision sur opposition et a un intérêt digne d'être protégé à ce qu'elle soit annulée ou modifiée a qualité pour recourir.

RAI:**Art. 76, al. 1, let. i**

¹ La décision sera notifiée en particulier:

...

- i. à l'institution de prévoyance professionnelle compétente si la décision concerne son obligation d'allouer des prestations conformément aux art. 66, al. 2, et 70 LPGA. Si la compétence de l'institution n'est pas établie, la décision sera notifiée à la dernière institution à laquelle la personne assurée était affiliée ou à l'institution à laquelle un droit à des prestations avait été annoncé.

Commentaire sur la modification du règlement du 17 janvier 1961 sur l'assurance-invalidité (RAI; RS 831.201)**Art. 76, al. 1, phrase introductive et let. b, e, h et i**

La définition du cercle des destinataires d'une décision doit tenir compte de diverses dispositions nouvelles de la LPGA. En théorie, ce cercle est déterminé, d'une part, par les questions d'organisation de l'AVS et de l'AI et, de l'autre, par la qualité de partie définie par la LPGA (art. 34), par la qualité pour recourir (art. 59 LPGA) et par la disposition spéciale de l'art. 49, al. 4, LPGA. Toutefois, la pratique exige une concrétisation qui, sans pouvoir énumérer tous les destinataires dans chaque cas

particulier, serve de ligne directrice. En conséquence, la phrase introductive de l'al. 1 précise que la liste qui suit n'est pas exhaustive. Pour les règles contenues dans les let. b, e et h (dans leur teneur en vigueur jusqu'à présent), une adaptation rédactionnelle s'imposait à des fins d'harmonisation avec l'art. 49, al. 4, LPGA.

Cette même disposition de la LPGA, qui traite de manière générale des décisions qui touchent «l'obligation d'un autre assureur d'allouer des prestations», requiert l'ajout d'une let. i nouvelle à l'al. 1 de l'art. 76 RAI. En effet, le lien entre l'AI et la prévoyance professionnelle nécessite que la décision soit également notifiée à l'institution de prévoyance concernée lorsque son obligation de verser des prestations est touchée. La LPGA ne concerne la prévoyance professionnelle que de manière très ponctuelle, à savoir au sujet des prestations en cascade (art. 66, al. 2, LPGA) et de la prise en charge provisoire (art. 70 LPGA). Même s'il n'appartient pas à l'AI, dans des cas peu clairs ou litigieux, d'engager une procédure pour déterminer quelle institution de prévoyance est effectivement touchée par sa décision, il y a cependant lieu de préciser comment la notification sera effectuée dans les cas litigieux. Lorsque l'institution de prévoyance compétente pour un éventuel versement de la prestation n'a pas été identifiée, l'office AI est prié d'adresser une copie de sa décision à l'institution auprès de laquelle l'intéressé était assuré en dernier lieu ou à l'institution auprès de laquelle il a fait valoir ses prétentions (directives concernant les rentes (DR) de l'assurance vieillesse, survivants et invalidité fédérale, ch. 9320 ; à voir prochainement sous l'adresse électronique suivante : www.bsv-vollzug.ch, AVS, données de base AVS).

398 Modification de l'OPP 2 concernant les rentes pour couples AVS/AI

A l'art. 24, al. 3, OPP2, la première phrase concernant les rentes pour couples de l'AVS/AI a été abrogée en raison de la 10^{ème} révision de l'AVS.

Texte de la loi et commentaire : voir chiffre 397

399 Chiffres repères dans la prévoyance professionnelle

Catégories en francs ou en pour-cent Age de retraite LPP :	2001	2002		2003	
	62/65	62/65	63 pour les femmes	62/65	63 pour les femmes
1. Rente de vieillesse de l'AVS					
minimale	12'360	12'360		12'660	
maximale	24'720	24'720		25'320	
2. Salaire					
Déduction de coordination (valeur-seuil)	24'720	24'720		25'320	
Salaire annuel AVS maximal formateur de rente	74'160	74'160		75'960	
Salaire coordonné minimal	3'090	3'090		3'165	
Salaire coordonné maximal	49'440	49'440		50'640	
3. Avoir de vieillesse (AV)					
Taux minimal LPP	4%	4%		3,25%	
AV min. à l'âge de 62/65 resp. 63 ans pour les femmes	10'010	10'859	10'966	11'658	11'782
AV min. à l'âge de 62/65 resp. 63 ans avec les BCU (cf. 4.)	20'020	21'718	21'932	23'316	23'564
en % du salaire coordonné	647,9	702,9	709,8	736,7	744,5
AV max. à l'âge de 62/65 resp. 63 ans	160'106	173'634	175'409	186'410	188'392
en % du salaire coordonné	323,8	351,2	354,8	368,1	372,0
4. Bonifications complémentaires uniques pour la génération d'entrée (BCU)					
Limite inf. du salaire pour les bonifications compl. uniques	9'960	9'960		10'200	
- Montant min. de l'AV à 62/65 resp. 63 ans correspondant	32'298	35'034	35'382	37'614	38'010
Limite sup. du salaire pour les bonifications compl. uniques	19'920	19'920		20'400	
- Montant max. de l'AV à 62/65 resp. 63 ans correspondant	64'596	70'068	70'764	75'228	76'020
5. Rentes de vieillesse et expectatives de survivants					
Taux de conversion de la rente à l'âge de 62/65 ans	7,2%	7,2%		7,2%	
Rente annuelle min. à l'âge de 62/65 resp. 63 ans	1'441	1'564	1'579*	1'679	1'697*
- en % du salaire coordonné	46,6	50,6	51,1	53,0	53,06
Rente min. expectative de veuve	865	938		1'007	
Rente min. expectative d'orphelin	288	313		336	
Rente annuelle max. à l'âge de 62/65 resp. 63 ans	11'528	12'502	12'629*	13'422	13'564*
- en % du salaire coordonné	23,3	25,3	25,6	26,5	26,79
Rente max. expectative de veuve	6'917	7'501		8'053	
Rente max. expectative d'orphelin	2'306	2'500		2'684	
6. Versement en espèces des prestations					
Montant-limite de l'AV pour le versement en espèces	17'100	17'100		17'500	
7. Adaptation au renchérissement					
pour la première fois après une durée de 3 ans	2,7%	3,4%		2,6%	
après une durée supplémentaire de 2 ans	2,7%	*		1,2%	
après une durée supplémentaire de 1 an	1,4%	*		0,5%	
8. Cotisations au Fonds de garantie					
au titre de subsides pour structure d'âge défavorable	0,05%	0,05%		0,06%	
au titre de prestations pour insolvabilité et d'autres prestations	0,03%	0,03%		0,04%	
Limite du salaire maximale pour la garantie des prestations	111'240	111'240		113'940	
9. Prévoyance professionnelle obligatoire des personnes au chômage					
Salaire journalier minimal	94,90	94,90		97,25	
Salaire journalier maximal	284,80	284,80		291,70	
Salaire journalier assuré (coordonné) minimal	11,90	11,90		12,15	
Salaire journalier assuré (coordonné) maximal	189,90	189,90		194,45	
10. Montant-limite non imposable du pilier 3a					
Montant-limite supérieur du pilier 3a, si affiliation au 2e pilier	5'933	5'933		6'077	
Montant-limite supérieur du pilier 3a, sans affiliation au 2e pilier	29'664	29'664		30'384	

Chiffres repères dans la prévoyance professionnelle

Les données pour les années antérieures soit de 1985 à 2000 peuvent être obtenues auprès de l'auteur (par e-mail : marie-claude.sommer@bsv.admin.ch ou par tél au 031/322.90.52)

Explication des chiffres repères :

art.

1. La rente AVS minimale correspond à la moitié de la rente AVS maximale.	34 LAVS
	34 al. 3 LAVS
2. Les salariés auxquels un même employeur verse un salaire annuel supérieur à la déduction de coordination sont soumis à l'assurance obligatoire pour les risques de décès et d'invalidité dès le 1 ^{er} janvier qui suit leur 17 ^{ème} anniversaire et pour la vieillesse dès le 1 ^{er} janvier qui suit leur 24 ^{ème} anniversaire. La déduction de coordination correspond à la rente AVS maximale. Le salaire coordonné minimal correspond à 1/8 de la déduction de coordination.	2, 7, 8 LPP
	8 al. 1 LPP
	8 al. 1 LPP
	8 al. 2 LPP
3. L'avoir de vieillesse comprend les bonifications de vieillesse accumulées durant la période d'appartenance à la caisse de pension et celui versé par les institutions précédentes, avec les intérêts (taux d'intérêt minimal de 4% de 1985 à 2002, de 3.25% en 2003). Dès 2002, la première valeur est celle des femmes qui atteignent l'âge de retraite de 62 ans resp. des hommes qui atteignent 65 ans (âges de retraite légale dans la LPP). La deuxième valeur est celle des femmes qui atteignent l'âge de retraite de 63 ans, âge possible de retraite dès le 1.01.2001 (Loi fédérale relative à la continuation de l'assurance des travailleuses dans la PP du 23.03.01).	15 LPP
	12 OPP2
	21 al. 1 OPP2
	13 al. 1 LPP
4. Selon l'article 11, 2e alinéa des dispositions transitoires complétant la Constitution fédérale, le législateur est tenu de prévoir des mesures particulières pour la génération d'entrée de la prévoyance professionnelle (personnes qui ont plus de 25 ans et qui n'ont pas atteint l'âge de la retraite au 1.1.85). On peut se référer à la brochure "Bonifications complémentaires uniques pour la génération d'entrée" qui paraît chaque année.	31, 32, 33 LPP
	21 al. 2 OPP2
	Brochure BCU
	21 al. 1 OPP2
5. La rente de vieillesse est calculée en pour-cent de l'avoir de vieillesse (taux de conversion) que l'assuré a acquis à l'âge de la retraite. Rente de vieillesse LPP minimale : droit aux prestations qu'a une personne assurée sans interruption depuis 1985, pour un salaire coordonné toujours minimal, compte tenu des bonifications complémentaires uniques. Rente de vieillesse LPP maximale : droit aux prestations qu'a une personne assurée sans interruption depuis 1985, pour un salaire coordonné toujours maximal (* valeur inférieure qui doit être dépassée puisque le taux de conversion doit être adapté en conséquence selon l'art. 13 al. 2 LPP pour les femmes qui poursuivent leur activité lucrative jusqu'à 63 ans). Au décès d'un pensionné, la rente de veuve s'élève à 60% et la rente d'enfant à 20% de la rente de vieillesse. Les prestations risque pour les femmes continuent d'être calculées sur la base de l'avoir de vieillesse acquis et projeté jusqu'à l'âge de retraite de 62 ans.	14 LPP
	17 OPP2
	14 LPP
	18, 19, 21, 22 LPP
	18, 20, 21, 22 LPP
	14 LPP
	18, 19, 21, 22 LPP
	18, 20, 21, 22 LPP
6. A la place d'une rente, l'institution de prévoyance peut verser une prestation en capital lorsque la rente de vieillesse ou d'invalidité est inférieure à 10 % de la rente de vieillesse minimale de l'AVS resp. inférieure à 6 % pour la rente de veuve et à 2 % pour la rente d'orphelin.	37 al. 2 LPP
7. Les rentes de risque, à savoir les rentes de survivants et les rentes d'invalidité, sont obligatoirement adaptées au renchérissement jusqu'à 62 ans pour les femmes resp. 65 pour les hommes. Ces rentes sont adaptées à l'évolution des prix pour la première fois après une durée de 3 ans, au début de l'année civile suivante. Les adaptations suivantes sont effectuées à la même date que celles des rentes de l'AVS.	36 LPP
8. Le fonds de garantie assume entre autres la tâche suivante : il garantit, jusqu'à une limite maximale de salaire, les prestations réglementaires qui vont au-delà des prestations légales et qui sont dues par des institutions de prévoyance devenues insolubles.	14, 18 OFG
	15 OFG
	16 OFG
	56 al. 1c, 2 LPP
9. Les bénéficiaires d'indemnités journalières de l'assurance chômage sont soumis à l'assurance obligatoire de la PP en ce qui concerne les risques de décès et d'invalidité. Les montants-limites prévus aux articles 2, 7 et 8 LPP doivent être convertis en montants journaliers. Ils s'obtiennent en divisant les montants-limites annuels par 260,4.	2 al. 1bis LPP
10. Montants maximaux selon l'ordonnance sur les déductions admises fiscalement pour des cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance : contrat de prévoyance liée conclu avec les établissements d'assurances et convention de prévoyance liée conclue avec les fondations bancaires.	7 al. 1 OPP3

400 Droit international et art. 1^{er}, al. 2, OPP 2

Les personnes qui sont soumises à la législation suisse de sécurité sociale en vertu des accords bilatéraux¹ et du droit européen auquel renvoient lesdits accords² ne peuvent pas être exemptées de l'affiliation à la prévoyance professionnelle sur la base de l'art. 1^{er}, al. 2, OPP 2.

Le principe de l'affiliation au lieu de travail, consacré à l'art. 13 du Règlement 1408/71, vise principalement deux objectifs :

- Eviter les doubles assujettissements ;
- Eviter les non-assujettissements.

Lorsqu'une personne est soumise à la législation suisse de sécurité sociale en vertu du titre II (art. 13 ss) du règlement 1408/71, cela signifie qu'elle n'est plus soumise à titre obligatoire au droit d'un autre Etat de l'Union européenne ou de l'AELE. Par conséquent, la prévoyance étrangère ne peut, dans ce cas, être que facultative, volontaire. Or, une telle prévoyance ne saurait être considérée comme suffisante au sens de l'art. 1^{er}, al. 2, OPP 2. Le danger est en effet trop grand qu'après avoir été exemptée de l'affiliation au deuxième pilier suisse, la personne concernée résilie la prévoyance étrangère qui avait fondé son exemption. On se trouverait ainsi dans une situation de non-assujettissement, ce qui reviendrait à vider d'une partie essentielle de leur substance les principes de l'affiliation au lieu de travail et de l'unicité de la législation applicable contenus à l'art. 13 du Règlement 1408/71.

Quant aux conventions de sécurité sociale conclues avec des *Etats tiers*, c.-à-d. avec des Etats autres que ceux de l'Union européenne ou de l'AELE, elles ne s'appliquent pas à la prévoyance professionnelle, de sorte que contrairement à ce qui est le cas du droit européen, elles ne font pas obstacle à l'application de l'art. 1, al. 2, OPP 2.

¹ - Accord du 21 juin 1999 entre la Communauté européenne et ses Etats membres, d'une part, et la Confédération suisse d'autre part, sur la libre circulation des personnes (avec annexes, prot. et acte final) (RO 2002 1529 ; RS 0.142.112.681) ;

- Accord amendant la Convention instituant l'Association européenne de libre-échange (FF 2001 4792 ; <http://www.bk.admin.ch/ch/f/ff/2001/4792.pdf>).

² Il s'agit principalement du Règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté ; ce règlement peut être consulté sur le site WEB de l'Union européenne (EUR-Lex), à l'adresse suivante : <http://europa.eu.int/eur-lex>.

Prise de position de l'OFAS

401 Divorce et prévoyance professionnelle

1. Retraite anticipée

Suite à l'arrêt du TFA du 24 juin 2002 (résumé dans le bulletin n° 64), l'OFAS est amené à préciser la position exprimée dans le bulletin n° 63 dans le sens suivant : le cas de prévoyance vieillesse (qui exclut le paiement de la prestation de sortie conformément à l'art. 2 al. 1, LFLP) n'est pas automatiquement réalisé lorsque l'assuré a déjà atteint l'âge réglementaire de la retraite anticipée. Le cas de prévoyance vieillesse ne survient que lorsque l'assuré a fait effectivement usage de son droit à la retraite anticipée conformément aux dispositions réglementaires. Si l'assuré n'exerce pas son droit à la retraite anticipée, il a toujours droit à une prestation de sortie dans le cas où les rapports de travail seraient résiliés. Encore faut-il, selon cette nouvelle jurisprudence, que l'assuré ait effectivement la possibilité de choisir de prendre ou non une retraite anticipée. Tel sera, par exemple, le cas lorsque le règlement de l'institution de prévoyance stipule expressément que l'assuré peut prendre une retraite anticipée à partir de 60 ans. L'assuré aura alors le choix entre la prestation de vieillesse anticipée ou la prestation de sortie. Le Tribunal fédéral a toutefois laissé la question ouverte de savoir si la précédente jurisprudence, selon laquelle il n'y a pas de prestation de sortie dans les autres cas, est maintenue.

En résumé, si l'assuré ne prend pas de retraite anticipée et qu'il a donc toujours droit à une prestation de sortie, il faudra, en cas de divorce, procéder au partage conformément à l'art. 122 CC, car il n'y a pas encore eu survenance d'un cas de prévoyance. Par contre, si l'assuré a déjà pris sa retraite anticipée, le juge du divorce accordera une indemnité équitable sur la base de l'art. 124 CC.

(Après la rédaction de la présente prise de position, le TFA a rendu un jugement allant dans le même sens que l'arrêt susmentionné : arrêt du 2.12.2002, B 81/01, publié sur le site internet du TF, arrêts dès 2000 nouveautés, décisions du 27.12.2002 : <http://www.bger.ch/fr/jurisdiction-recht>).

2. Invalidité

Dans les trois cas suivants, le juge devra fixer une **indemnité équitable** conformément à l'art. 124 CC (au lieu du partage des prestations de sortie selon l'art. 122 CC), car il y a survenance d'un cas de prévoyance pour l'un des époux :

- a. un des conjoints n'est pas assuré à la LPP et devient invalide (totalement ou partiellement) ;
- b. les deux conjoints sont invalides (totalement ou partiellement) et l'un au moins est assuré à la LPP ;
- c. les deux conjoints sont assurés à la LPP et l'un des deux devient invalide (totalement ou partiellement).

Il peut également arriver que le cas d'invalidité survienne **en cours de procédure** :

a. Durant la procédure avec accord entre les conjoints :

Si les conjoints apprennent un cas d'invalidité pendant la période de réflexion de 2 mois de l'art. 111 al. 2 CC, ils devront alors soit établir une nouvelle convention, soit présenter des nouvelles conclusions en vue de l'application de l'art. 124 CC. Si le cas de prévoyance est survenu avant l'entrée en force du jugement de divorce mais que les époux en ont connaissance seulement après l'entrée en force du jugement, ils peuvent soit demander la révision de la convention de divorce entrée en force (art. 148 al. 2 CC), soit intenter un recours ordinaire contre le jugement de divorce sur requête commune (art. 149 CC) pour vices du consentement. Par contre, le jugement de divorce ne pourra plus être révisé si le cas de prévoyance survient après l'entrée en force de celui-ci.

b. Durant la procédure devant le juge du divorce, en l'absence d'accord entre les conjoints :

Lorsqu'un des époux annonce un cas d'invalidité et que l'institution de prévoyance s'est déjà prononcée, le juge du divorce doit renoncer au partage des prestations de sortie (art. 122 CC) et fixer une indemnité équitable (art. 124 CC). Par contre, si l'institution de prévoyance ne s'est pas encore prononcée sur le cas d'invalidité, il serait opportun que le juge du divorce suspende temporairement l'instruction du divorce sur cette question avant de décider de faire application de l'art. 122 CC ou de l'art. 124 CC.

c. Durant la procédure devant le juge des assurances :

Lorsque le cas de prévoyance survient ou est annoncé par l'un des conjoints en cours de procédure devant le juge des assurances, celui-ci doit refuser d'exécuter le partage des prestations de sortie et renvoyer la cause devant le juge du divorce pour qu'il statue d'office sur l'application de l'art. 124 CC en procédant soit à la *révision* du jugement de divorce si le cas de prévoyance est survenu avant le transfert de la cause au juge des assurances, soit à la *modification* de ce même jugement si le cas de prévoyance est survenu au cours de la procédure devant le juge des assurances.

d. Survenance du cas d'invalidité après l'entrée en force du jugement de partage consécutif au divorce :

Il peut arriver que les ex-conjoints apprennent – après l'entrée en force du partage – qu'un cas de prévoyance est déjà survenu antérieurement. Dans ce cas, les ex-époux peuvent demander soit la *révision*, soit la *modification* du jugement de divorce et conclure à l'octroi d'une indemnité équitable en lieu et place du partage des prestations de sortie.

Il serait aussi envisageable que les ex-conjoints apprennent – après l'exécution du partage qu'un cas de prévoyance est survenu pour l'un des ex-conjoints avant l'entrée en force du jugement de partage, alors que celui devrait en principe partager sa prestation de sortie en vertu de ce même jugement. Cependant, si l'ex-conjoint invalide devait transférer une partie de sa prestation de sortie, il subirait une réduction de ses prestations d'invalidité. C'est pourquoi, la part de la prestation de sortie qui a déjà été transférée doit, dans ce cas, être restituée à l'institution de prévoyance de l'ex-époux invalide. Comme l'autre ex-conjoint (valide) sera

défavorisé par cette restitution, il pourra demander soit la *révision*, soit la *modification* du jugement de divorce pour demander l'octroi d'une indemnité équitable.

Par contre, il ne sera pas possible de modifier le jugement de divorce si le cas de prévoyance se produit après l'entrée en force du jugement de partage, même si l'exécution du partage n'a pas encore eu lieu.

e. Admission de l'invalidité avec effet rétroactif :

Il peut arriver qu'une institution de prévoyance admette que le cas de prévoyance est survenu avant l'entrée en force du jugement de divorce ou du jugement du tribunal des assurances. Par exemple, un jugement du tribunal cantonal des assurances condamne l'institution de prévoyance de Monsieur X à transférer une partie de la prestation de sortie dans l'institution de prévoyance de Madame X. Ce jugement est entré en force le 1^{er} septembre 2002. Or, en date du 1^{er} décembre 2002, l'institution de Monsieur X a reconnu l'invalidité de celui-ci à partir du 1^{er} juillet 2001. Dans ce cas, les conjoints peuvent demander soit la *révision* du jugement de divorce si l'invalidité a débuté avant le transfert de la cause au juge des assurances, soit la *modification* de ce même jugement si l'invalidité a commencé au cours de la procédure devant le juge des assurances. Dans ce genre de situation, il faut en effet accorder une indemnité équitable en lieu et place du partage des prestations de sortie.

Jurisprudence

402 Le transfert d'une entreprise au sens de l'art. 333 (a)CO n'implique pas une dissolution des rapports de travail susceptible d'entraîner un cas de libre passage

(Référence à l'arrêt du TFA du 20.11.02 en la cause S.C., B 24/02 ; arrêt en langue française)

(Art. 27al. 2 et 29 LPP anciens ; art. 333 [a]CO)

Le TFA a été confronté à la question de savoir si dans le cadre d'une reprise d'une entreprise par une autre, l'on se trouve dans un cas de libre passage à l'égard du salarié concerné par ce transfert. Le TFA a considéré en premier lieu qu'aux termes de l'art. 333 CO que ce soit sous l'empire de l'ancien droit ou du nouveau droit, le nouvel employeur, par le transfert des rapports de travail, reprend l'ensemble des droits et obligations découlant du contrat de travail depuis son origine. La jurisprudence a par ailleurs précisé qu'il n'y a transfert au sens de l'art. 333 CO que si l'entreprise reste identique avant et après l'opération. En l'espèce, il n'a pas été contesté que les gestionnaires successifs de l'entreprise cédée ont repris l'exploitation dans sa totalité ainsi que les rapports de travail du personnel, dont ceux du recourant. Il n'y a donc pas eu de dissolution des rapports de travail susceptible d'entraîner la survenance d'un cas de libre passage.

A partir des considérations ci-devant, il y a lieu de constater que le transfert des employés de la société B et la réaffiliation de ces derniers à la nouvelle institution de prévoyance P ont entraîné la résiliation par le nouvel employeur de l'ancien contrat d'affiliation. Dans une pareille situation, l'OFAS a édicté à l'intention des institutions de prévoyance des «instructions concernant l'examen de la résiliation des contrats d'affiliation et de la réaffiliation de l'employeur» (cf. RSAS 1993, p. 361ss). Elles définissent les exigences minimales à respecter, notamment en matière d'information, de respect des droits acquis, de répartition des fonds libres et de tâches de l'organe de contrôle.

Dès lors, la règle du maintien des droits acquis concrétisés dans ces instructions implique nécessairement, pour chaque assuré, que les montants transférés par l'ancienne institution de prévoyance soient pris en compte par la nouvelle institution de prévoyance dans le calcul de ses prestations. Peu importe en l'occurrence que le montant (avoir de vieillesse acquis auprès de l'ancienne caisse) n'ait pas été versé immédiatement à la nouvelle institution de prévoyance.

L'assuré a par conséquent droit à une rente d'invalidité LPP calculé sur l'avoir de vieillesse total découlant de la LPP, comme s'il n'avait pas changé d'institution de prévoyance.

403 La demande de restitution de prestations de la prévoyance professionnelle obligatoire versées à tort par une institution de prévoyance relève-t-elle de l'art. 47 LAVS ou convient-il d'appliquer les règles du CO ?

(Référence à l'arrêt du TFA du 24.09.2002 en la cause fondation de prévoyance V., B 32/01 ; arrêt en langue française)

(Art. 62 à 67 CO ; art. 49 al. 2 LPP; art. 47 LAVS)

Selon la jurisprudence constante, l'obligation de restituer l'indu se fonde en premier lieu sur les dispositions spéciales qui la prévoient, et, à défaut, sur les règles générales de l'enrichissement illégitime au sens des art. 62 à 67 CO. La LPP, qui se rapporte pour l'essentiel de ses dispositions à la prévoyance obligatoire (art. 49 al. 2 LPP), ne renferme pas de norme relative à la restitution de prestations payées à tort par une institution de prévoyance.

A défaut de norme réglementaire, la demande de restitution de prestations de la prévoyance plus étendue versées à tort par une institution de prévoyance se fonde sur les art. 62 ss CO. En revanche, dans la prévoyance obligatoire, la question de savoir s'il y a lieu d'appliquer l'art. 47 LAVS, considéré comme l'expression d'un principe de portée générale ou s'il convient d'appliquer également le CO a été laissée jusqu'à présent ouverte.

Dans son jugement, le TFA relève que l'application de l'art. 47 LAVS ou des art. 63 ss CO n'est pas indifférent quant au sort des prétentions. Outre la base du remboursement de la prestation obligatoire, les deux systèmes divergent sur

l'étendue de la restitution (cf. art. 64 CO en relation avec les art. 47 LAVS et 79 RAVS).

L'art. 47 LAVS, comme fondement de l'obligation de restituer des prestations versées à tort, s'applique dans la plupart des branches du droit des assurances sociales. Néanmoins, la transposition de l'art. 47 LAVS dans la prévoyance professionnelle obligatoire ne va pas de soi, car son application suppose entre le créancier et le débiteur un rapport d'autorité, inconnue de la LPP. En outre, un traitement identique de la même problématique dans la prévoyance obligatoire et dans la prévoyance plus étendue apparaît souhaitable. Une différence de traitement dans le remboursement des prestations versées à tort, selon qu'elles ressortissent à la première ou à la seconde, n'apparaît pas justifiée par une raison objective, sauf à considérer que l'art. 47 LAVS est un principe général dont l'application ne souffre aucune exception dans le domaine des assurances sociales. Et à cet égard, l'art. 25 LPGA qui reprend la teneur de l'art. 47 LAVS ne trouve pas application dans la prévoyance professionnelle.

En définitif, tous ces arguments plaident pour l'application dans la prévoyance obligatoire des règles dégagées par le TFA relatives à la restitution de prestations de la prévoyance plus étendue versées à tort et, par conséquent, de l'application des règles du CO.

404 Détermination du salaire coordonné pour le calcul de la rente d'invalidité LPP alors que les rapports de travail ont duré moins d'une année et que les conditions d'engagement ont été fondamentalement modifiées. Absence d'éléments probants pour le calcul du revenu déterminant et application de la convention collective

(Référence à l'arrêt du TFA du 20.9.2002 en la cause B., B 29/02 ; arrêt en langue française)

(Art. 7, 2^e al., 8, 24, 3e al. et 34,1er al. let. a, LPP; art. 3 et 18 OPP2)

Dans le cas qui occupait le TFA, le travailleur au moment de la survenance de l'incapacité de travail n'était plus au bénéfice des mêmes conditions de travail. Son nouvel engagement portait non seulement sur le degré d'occupation (qui passait d'un horaire de travail de l'ordre du mi-temps à un horaire à plein temps), mais aussi sur la nature des conditions du contrat de travail. Son activité avait de surcroît un caractère durable et l'horaire de travail n'était pas sujet à de sensibles variations. En pareille situation, il y a lieu d'adapter le salaire coordonné et de déroger ainsi à la règle selon laquelle le salaire assuré est calculé au début de l'année et demeure inchangé pour toute l'année civile. Cette adaptation se justifie notamment par le fait que le salaire déterminant doit en principe correspondre au salaire déterminant selon la LAVS. Il importe également que lorsque les conditions d'engagement changent que l'assurance pour les risques d'invalidité et de décès déploie pleinement ses effets dès la modification des rapports de travail, conformément au principe légal selon lequel l'assurance prend effet le jour où le salarié commence le travail (art. 10 al. 1 LPP et art. 6 OPP2).

Ces principes sont donc également applicables lorsque le travailleur commence son activité en cours d'année et qu'il y a lieu de calculer le salaire coordonné sur la base du revenu déterminant annuel pour établir le montant de la rente d'invalidité LPP. En l'absence d'éléments probants pour le calcul du revenu déterminant, il convient d'établir de manière forfaitaire le montant mensuel présumé au début de l'engagement à plein temps de l'assuré. Pour fixer ce montant, on peut se référer à la convention collective régissant la profession, en l'occurrence, dans le cas d'espèce, à la convention nationale pour le secteur principal de la construction en Suisse.

ERRATA

Lors du premier envoi du Bulletin n° 65 du 31 octobre 2002 (ch. 394 p. 9), il était indiqué par erreur un nouveau montant de 20 440 fr. pour le « salaire coordonné maximum donnant droit à une bonification complémentaire (art. 21 OPP 2) ». Le montant correct est de **20 400 fr.** Les exemplaires de ce bulletin qui ont été commandés ultérieurement ont déjà été corrigés.