
BULLETIN DE LA PREVOYANCE PROFESSIONNELLE NO. 70

27 octobre 2003

Table des matières

Indications

- 408 Adaptation des rentes de survivants et d'invalidité du régime obligatoire à l'évolution des prix au 1^{er} janvier 2004
- 409 Fonds de garantie LPP; taux de cotisation pour l'an 2004
- 410 Compensation des prestations d'assurance-chômage avec des prestations de prévoyance professionnelle

Prise de position de l'OFAS

- 411 Fin de l'assujettissement à l'assurance obligatoire et maintien de la prévoyance professionnelle
- 412 Promesse de vente et versement anticipé pour la propriété du logement

Jurisprudence

- 413 Intérêts sur la prestation de sortie
- 414 Invalidité partielle et divorce
- 415 Compétence de l'institution de prévoyance et résiliation anticipée des rapports de travail
- 416 Légitimation passive de l'ancien employeur
- 417 Versement de la prestation de sortie en cas de divorce
- 418 Invalidité partielle lors de deux emplois à mi-temps
- 419 Résiliation des rapports de travail à un âge où il existe un droit à la rente de vieillesse
- 420 Compétence du juge de l'art. 73 en cas de divorce
- 421 Affiliation d'office par l'institution supplétive

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

408 Rentes de survivants et d'invalidité de la prévoyance professionnelle obligatoire: adaptation à l'évolution des prix au 1^{er} janvier 2004

Au 1^{er} janvier 2004, les rentes de survivants et d'invalidité de la prévoyance professionnelle obligatoire en cours depuis trois ans seront pour la première fois adaptées à l'évolution des prix. Le taux d'adaptation est de 1,7 % pour les rentes de risque LPP qui ont donc pris naissance en 2000.

Les rentes de survivants et d'invalidité du régime de la prévoyance professionnelle obligatoire doivent être périodiquement adaptées à l'évolution de l'indice des prix à la consommation, selon la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP). L'Office fédéral des assurances sociales est chargé de calculer et de publier le taux d'adaptation correspondant à l'augmentation de l'indice.

Ces rentes de survivants et d'invalidité en cours doivent être adaptées pour la première fois après trois ans, puis subséquemment en même temps que celles des rentes de l'AVS, soit, en règle générale, tous les deux ans.

Dès le 1^{er} janvier 2004, les rentes obligatoires de survivants et d'invalidité qui ont pris naissance en 2000 doivent être adaptées au renchérissement des trois dernières années. Le taux d'adaptation, calculé sur la base des indices des prix à la consommation de 102.4 en septembre 2003 (base mai 2000=100) et de 100.7 en septembre 2000, s'élève à 1,7%. Aussi longtemps que le montant des rentes dépasse le minimum légal prescrit par la LPP, leur adaptation à l'évolution des prix n'est pas obligatoire.

Les adaptations dites subséquentes s'effectueront simultanément aux adaptations des rentes de l'AVS. Cela signifie que les rentes de survivants et d'invalidité de la LPP, qui ont pris naissance avant 2000, ne seront pas adaptées au 1^{er} janvier 2004.

Les rentes de vieillesse de la LPP sont adaptées à l'évolution des prix si les capacités financières de l'institution de prévoyance le permettent. La décision d'adapter les rentes au renchérissement revient à l'organe paritaire de l'institution de prévoyance.

409 Fonds de garantie LPP; taux de cotisation pour l'an 2004

L'Office fédéral des assurances sociales a approuvé les taux de cotisation pour l'an 2004 que lui a soumis le conseil de fondation du fonds de garantie LPP. Ces taux sont de 0,06% en ce qui concerne les subsides pour structure d'âge défavorable et de 0,04% pour les prestations pour insolvabilité et les autres prestations. Ainsi, ces taux demeurent inchangés. Toutes les institutions de prévoyance soumises à la loi sur le libre passage (LFLP) ont l'obligation de cotiser.

410 Compensation des prestations d'assurance-chômage avec des prestations de prévoyance professionnelle

Assurance-chômage

Le 22 mars 2002, la loi fédérale sur l'assurance-chômage et l'indemnité en cas d'insolvabilité a été modifiée avec effet au 1er juillet 2003. Depuis cette date, les prestations de l'assurance-chômage pourront être compensées avec des prestations de la prévoyance professionnelle.

Texte de la modification :

Art. 94 Compensation

¹ Les restitutions et les prestations dues en vertu de la présente loi peuvent être compensées les unes par les autres ainsi que par des restitutions et des rentes ou indemnités journalières dues au titre de l'AVS, de l'assurance-invalidité, de la prévoyance professionnelle, du régime des allocations pour perte de gain en faveur de personnes astreintes au service militaire, au service civil ou à la protection civile, de l'assurance-militaire, de l'assurance-accidents obligatoire, de l'assurance-maladie, ainsi que des prestations complémentaires de l'AVS/AI et des allocations familiales légales.

² Si une caisse a annoncé la compensation à une autre assurance sociale, cette dernière ne peut plus se libérer en versant la prestation à l'assuré. Cette règle vaut également dans le cas inverse.

Prises de position de l'OFAS

411 Fin de l'assujettissement à l'assurance obligatoire et maintien de la prévoyance professionnelle

Aux termes de l'art. 47, al. 1, LPP, l'assuré qui cesse d'être assujéti à l'assurance obligatoire peut maintenir sa prévoyance professionnelle ou sa seule prévoyance vieillesse, dans la même mesure que précédemment, auprès de la même institution de prévoyance, si les dispositions réglementaires le permettent. Si ce n'est pas possible, il peut maintenir sa prévoyance en s'affiliant à l'institution supplétive. Cette dernière propose deux plans de prévoyance : le premier, ou plan WA, prévoit les prestations suivantes : rente de vieillesse, rente de veuve, ainsi que capital au décès. Les prestations du deuxième, ou plan WG, sont : rente de vieillesse, rente d'enfant de pensionné, rente d'invalidité, rente d'enfant d'invalidé, rente de veuve, rente d'orphelin, ainsi que capital au décès.

Toute personne qui cesse de toucher des indemnités journalières de l'assurance-chômage et qui n'est donc plus affiliée à l'assurance obligatoire selon l'art. 2, al. 1^{bis}, LPP, peut maintenir sa prévoyance dans la même mesure que précédemment auprès de l'institution supplétive (art. 47, al. 2, LPP). Sont comprises dans l'assurance la rente d'invalidité, la rente d'enfant d'invalidé, la rente de veuve ainsi que la rente d'orphelin (plan de prévoyance WR) ; la rente vieillesse et le capital au décès ne sont pas compris.

Etant donné que la loi utilise l'expression « maintenir la prévoyance », on part de l'idée qu'il n'est pas possible de s'affilier en tout temps auprès de l'institution supplétive. Il est vrai que l'institution supplétive exige de son futur assuré qu'il s'annonce immédiatement. Ses règlements contiennent la disposition suivante : « La couverture de prévoyance débute le jour où le salarié cesse d'être assujéti à l'assurance obligatoire, au plus tôt cependant à la réception de l'annonce par l'agence ». C'est pourquoi il est absolument nécessaire que les institutions de prévoyance et les caisses de chômage préviennent les personnes auxquelles ne s'applique plus l'assurance obligatoire qu'elles peuvent rester assurées auprès de l'institution supplétive moyennement le respect du délai pour en faire la demande.

412 Promesse de vente et versement anticipé pour la propriété du logement

La question suivante a été soumise à l'OFAS : l'institution de prévoyance peut-elle payer le montant du versement anticipé pour la propriété du logement déjà au moment de la promesse de vente ou bien faut-il attendre l'acte définitif de vente ?

Selon l'art. 6, al. 2, de l'ordonnance sur l'encouragement à la propriété du logement (OEPL), l'institution de prévoyance paie le montant du versement anticipé, après production des pièces justificatives idoines et avec l'accord de la personne assurée, directement au vendeur, à l'entrepreneur, au prêteur ou aux bénéficiaires selon l'article 1^{er}, al. 1, lettre b, OEPL.

L'octroi d'un versement anticipé déjà au moment de la promesse de vente serait prématuré. En effet, tant que l'acte de vente n'est pas définitif, il n'est pas encore sûr que l'assuré deviendra propriétaire de son logement. Il s'agit donc d'éviter que le montant du versement anticipé diminue l'avoir de prévoyance de la personne assurée, alors qu'il n'y a pas encore eu acquisition du logement. De plus, l'institution de prévoyance ne dispose d'aucune garantie pour récupérer ce versement dans le cas où la promesse de vente n'aboutissait finalement pas à l'acquisition du logement, car l'art. 30d ne prévoit pas le remboursement du versement anticipé dans cette situation. Il ne faut en outre pas négliger le risque d'une éventuelle faillite du promettant-vendeur. C'est pourquoi, l'art. 6, al. 2, OEPL exclut le paiement du versement anticipé directement au promettant-vendeur.

En attendant l'acte de vente définitif et la mention au registre foncier de la restriction du droit d'aliéner (art. 30e, al. 2, LPP), l'OFAS est d'avis qu'il est uniquement admissible de bloquer un acompte (financé au moyen du versement anticipé) auprès du notaire instrumentant l'acte de vente (et non pas directement entre les mains du promettant-vendeur). Si la vente n'a finalement pas lieu, l'acompte devra être restitué à l'institution de prévoyance en faveur de la personne assurée. Il serait utile que l'institution de prévoyance et le notaire précisent cela par écrit.

Jurisprudence

413 Intérêts sur la prestation de sortie

La prestation de sortie à transférer dans le cadre d'une procédure de divorce doit être assortie d'intérêts au taux minimal prévu pour l'avoir de vieillesse – pour autant que le règlement de prévoyance ne prévoise pas un taux supérieur. D'éventuels intérêts moratoires sont dus dès le prononcé du jugement du divorce, respectivement après l'écoulement d'un délai de 30 jours à compter de la décision du juge LPP ou dès que l'arrêt du TFA a été prononcé.

(Note au sujet de sept arrêts du TFA du 8 avril 2003 en la cause P.B., B 70/02, en la cause U.G., B 71/02, en la cause U.F., B 73/02, en la cause R.D.J., B 78/02, en la cause F.K.-C., B 88/02, en la cause A.D., B 103/02 et en la cause R.L., B 109/02, au sujet d'un arrêt du TFA du 8 juillet 2003 en la cause G.L., B 113/02; arrêt en langue allemande, au sujet d'un arrêt du TFA du 18 juillet 2003 en la cause M.L.-S., B 36/02, et d'un arrêt du TFA du 4 septembre 2003 en la cause C.C.-S., B 105/02, arrêts en langue française).

(Art. 122, 141 et 142 CC ; art. 2 al. 3 et 25a LFLP, art. 7 OLP)

Lorsque l'un des époux au moins est affilié à une institution de prévoyance professionnelle et qu'aucun cas de prévoyance n'est survenu, l'art. 122 al. 1 CC prévoit, en cas de divorce, que chaque époux a droit à la moitié de la prestation de sortie de son conjoint calculée pour la durée du mariage selon les dispositions de la loi sur le libre passage (LFLP). En cas de désaccord, le litige est transmis au juge compétent selon l'art. 73 LPP qui doit procéder au partage de la prestation de sortie (art. 25a LFLP, art. 141 et 142 CC). Si les deux époux ont créances réciproques, seule la différence doit être partagée. La prestation de sortie partagée doit en principe rester affectée à la prévoyance professionnelle.

La prestation de sortie à partager d'un conjoint correspond à la différence entre la prestation de sortie augmentée des éventuels avoirs de libre passage au moment du divorce et la prestation de sortie augmentée des éventuels avoirs de libre passage au moment de la conclusion du mariage. Dans ce calcul, il faut affecter la prestation de sortie et les avoirs de libre passage au moment de la conclusion du mariage d'intérêts rémunérateurs (compensatoires) jusqu'au moment du divorce au taux minimal va-

lable pendant ce laps de temps selon l'art. 12 OPP 2 (jusqu'au 31 décembre 2002 : 4% et dès le 1^{er} janvier 2003 : 3,25%), pour autant que le règlement de prévoyance ne prévoise pas un taux supérieur.

Selon l'art. 2 al. 3 LFLP, la prestation de sortie est due lors de la sortie de l'institution de prévoyance. Des intérêts moratoires sont également dus sur la partie de la prestation de sortie à l'autre époux. Les intérêts moratoires à payer correspondent au taux minimal prévu à l'art. 12 OPP 2 plus un quart pour cent (art. 7 OLP).

Le moment à partir duquel les intérêts moratoires sont dus est différent si les conjoints sont parvenus à un accord devant le tribunal de divorce quant au partage de la prestation de sortie et aux modalités de son exécution (art. 141 CC) ou si la cause ait été transmise au tribunal cantonal compétent en matière de prévoyance (art. 142 CC). Dans le premier cas, les intérêts moratoires sur la prestation de sortie à compenser sont dus 30 jours après le prononcé du jugement de divorce ; dans le second cas, le jour de référence pour le début du délai de paiement de 30 jours se situe au moment de l'entrée en force de la décision du tribunal cantonal compétent en matière de prévoyance ou, si celle-ci a été déférée au Tribunal fédéral des assurances, au jour du prononcé de l'arrêt.

L'arrêt B 36/02 mérite une brève analyse, car, tout en reprenant l'argumentation développée jusqu'ici dans les arrêts du 8 avril 2003 et du 8 juillet 2003, le TFA l'a affinée quant au point de départ du calcul des intérêts, notamment si le jugement est partiellement entré en force. Dans cette affaire, le divorce des époux a été prononcé par le Tribunal civil en date du 26 avril 2001 et est devenu définitif le 28 mai 2001. Le montant de la prestation à partager a pour sa part été déterminé par le Tribunal administratif de la prévoyance, par jugement du 26 mars 2002. Il a ensuite été notifié à l'institution de prévoyance en date du 28 mars 2002. L'épouse n'a contesté le montant à partager, mais le fait qu'aucun intérêt sur cette somme n'ait été retenu par le tribunal de la prévoyance. De ce fait et compte tenu des délais de recours et des fêtes judiciaires, ce jugement est entré partiellement en force le 9 mai 2002. La question portait donc sur l'obligation de verser des intérêts rémunérateurs (compensatoires) et éventuellement aussi des intérêts moratoires. Le Tribunal fédéral, compte tenu du fait que le jugement de divorce est entré en force le 28 mai 2001, a admis que les intérêts compensatoires commencent à courir dès cette date. Par contre, l'institution de prévoyance était tenue de verser des intérêts moratoires dès le 31^{ème} jour de l'entrée en force (partielle) du jugement, soit dès le 8 juin 2002, au taux d'intérêt de 4,25% jusqu'à fin 2002 et de 3,5% dès le 1^{er} janvier 2003 (art. 7 OLP en relation avec l'art. 12 OPP2).

414 Invalidité partielle et divorce

(Référence à l'arrêt du TF du 15.5.2003 en la cause K. et B., 5C66/2002 ; en langue allemande)

(Art. 122 et 124 CC, art. 22b al. 1 LFLP)

La prestation de sortie ne peut pas être partagée selon l'article 122 CC dans une procédure de divorce lorsque le cas de prévoyance est déjà survenu chez un des conjoints. Dans le contexte du divorce, par cas de prévoyance, il y a lieu d'entendre l'invalidité et la réalisation de l'âge limite de la retraite. A cet égard, une invalidité partielle suffit.

Le cas de prévoyance « invalidité » est survenu lorsqu'un conjoint est devenu – sous réserve de dispositions réglementaires plus étendues – durablement incapable de travailler à raison d'au moins 50% ou a été incapable de travailler à 50% au moins pendant une année sans interruption notable et qu'il touche une rente d'invalidité de l'institution de prévoyance professionnelle ou a touché d'elle une indemnité en capital.

Lorsque l'assuré touche une demi-rente d'invalidité, l'institution de prévoyance répartit l'avoir de vieillesse en deux parts égales. La moitié qui n'est pas « transformée » en une rente a le même sort que l'avoir de vieillesse d'un assuré ayant une pleine capacité de travail. En cas d'invalidité partielle, il subsiste ainsi une prestation de sortie dont le partage est « techniquement possible ». A la teneur claire de l'art. 122 al. 1 et de l'art. 124 al. 1 CC, la réalisation d'un ou de plusieurs cas de prévoyance excluent le partage selon l'art. 122 al. 1. Les travaux préparatoires ne permettent pas d'interprétation restrictive selon laquelle seul est visé le cas de prévoyance qui « transforme » toute la prestation de sortie en rente.

Pour des motifs également de praticabilité, le Tribunal fédéral refuse de partager selon l'art. 122 CC une prestation de sortie encore existante et d'accorder selon l'art. 124 CC une indemnité équitable pour le solde des prétentions découlant de la prévoyance professionnelle. Se pose la question de savoir comment procéder lorsque le risque invalidité est seulement probable au moment de la procédure de divorce mais qu'il ne s'est pas encore réalisé ou lorsqu'il survient au cours de la procédure de divorce. S'il existe déjà une invalidité partielle, il existe un risque accru que l'invalidité s'aggrave pendant la procédure de divorce. C'est pourquoi, les prétentions découlant de la prévoyance professionnelle en cas d'invalidité partielle ayant conduit à des prestations de l'institution de prévoyance ne

doivent pas être basées sur l'art. 122 al. 1 CC ; il s'agit au contraire de régler ce cas exclusivement par le biais de l'indemnité équitable de l'art. 124 CC.

Lorsqu'un conjoint se voit allouer une indemnité équitable selon l'art. 124 CC, il peut être précisé dans le jugement de divorce conformément à l'art. 22b al. 1 LFLP qu'une partie de la prestation de sortie est transférée en imputation sur l'indemnité équitable. Cette forme de paiement ne peut cependant être ordonnée que s'il existe une prestation de sortie mais indépendamment du fait qu'un cas de prévoyance soit ou non survenu. Il suffit qu'il existe une prestation de sortie. C'est pourquoi, en cas d'invalidité partielle, l'indemnité équitable peut être payée selon l'art. 124 CC, en application de l'art. 22b al. 1 LFLP.

Lorsqu'il est incertain qu'une incapacité de travail fasse naître une prestation d'invalidité de nature à empêcher le transfert d'une partie de la prestation de sortie, le juge peut – sur demande de la partie intéressée – imposer l'obligation à fournir une prestation de remplacement.

En cas de transfert selon l'art. 22b al. 1 LFLP, la décision du juge civil lie la caisse de pension lorsque celle-ci a confirmé non seulement le montant de la prestation de sortie mais encore la possibilité de procéder au partage et au transfert. Si elle n'a pas confirmé ces points, le jugement pourrait éventuellement ne pas être exécuté à son encontre.

415 Compétence de l'institution de prévoyance lorsque les rapports de travail ont été résiliés de manière anticipée en raison du transfert de l'entreprise selon l'art. 333 CO

(Référence à l'arrêt du TFA du 14 avril 2003 en la cause M.S., B 89/02 ; en langue allemande)

(Art. 10 al. 1 et 2, art. 23, art. 26 al. 1 LPP ; art. 333 CO)

L'art. 333 CO règle le transfert des rapports de travail lorsque l'employeur transfère l'entreprise ou une partie de celle-ci à un tiers. Cette disposition du droit du travail suppose que l'employeur transfère l'entreprise à un tiers qui s'engage à reprendre les rapports de travail. Par entreprise au sens de l'article 333 CO, il faut comprendre le regroupement organisationnel des moyens et droits personnels, réels et immatériels qui forment une unité

économique et qui servent à poursuivre un but relevant d'une technique de travail déterminée. Il n'y a transfert d'entreprise que si l'identité de l'entreprise est la même avant et après le transfert. L'organisation, le but et le caractère individuel de l'entreprise doivent alors être conservés, c'est-à-dire que tous les actifs et passifs sur lesquels repose, pour l'essentiel, la continuation de l'entreprise doivent être transférés. Par contre, il n'est pas nécessaire que tous les actifs et passifs soient transférés ni que l'entreprise continue d'exister. Certaines parties de l'entreprise peuvent être enlevées de l'organisation pour autant que ces parties ne puissent remplir leur ancien but qu'après leur séparation. Le transfert d'entreprise au sens de l'art. 333 CO n'équivaut qu'au transfert contractuel de l'entreprise à un autre sujet de droit.

Pour déterminer quelle institution de prévoyance est tenue de fournir des prestations en cas d'invalidité, il faut se demander selon l'art. 23 LPP, auprès de quelle institution de prévoyance était assuré l'intéressé lors de la survenance de son incapacité de travail. Indépendamment du fait que l'entreprise de l'ancien employeur ait été liquidée ou transférée à un tiers au sens de l'art. 333 CO, il faut se demander, dans le cas d'un travailleur qui a subi une incapacité de travail après la cessation de l'entreprise de son employeur, s'il a conclu ou non un contrat de travail avec l'entreprise reprenante dans le cadre du transfert de l'entreprise. S'il a refusé de le faire, il reste affilié à l'ancienne institution de prévoyance jusqu'à la fin des rapports de travail et celle-ci peut alors être également tenue à fournir les prestations.

416 Légitimation passive de l'ancien employeur

L'ancien employeur d'un travailleur a la légitimation passive seulement lorsque le litige porte sur l'inexactitude d'un décompte avec l'institution de prévoyance, mais pas lorsque c'est le montant de la prestation de sortie qui est contesté.

(Référence à l'arrêt du TFA du 14 mai 2003 en la cause H.O., B 69/01 ; en langue allemande)

(Art. 66 al. 3, 73 al. 1 LPP)

Selon une première jurisprudence, une action portant sur le paiement, après coup, de cotisations d'un précédent employeur était intentée, dans tous les cas, contre la précédente institution de prévoyance ou à la rigueur contre l'institution supplétive mais jamais contre l'ancien employeur même

si celui-ci n'avait jamais versé à une institution de prévoyance les cotisations déduites du salaire pour la prévoyance professionnelle. Cette jurisprudence s'appliquait non seulement à l'exigibilité d'une prestation de sortie mais aussi lors de la survenance du cas de prévoyance comme par exemple pour les prestations de vieillesse.

Par la suite, le TFA a modifié sa jurisprudence et a reconnu qu'une demande de paiement de cotisations arriérées, c'est-à-dire la prise en compte d'un gain plus élevé à assurer avec le paiement de cotisations supérieures y relatives, constitue un litige entre employeur et travailleur au sens de l'art. 73 al. 1 LPP. Après avoir reconnu la légitimation passive de l'employeur également après la résiliation du contrat de travail et après avoir considéré qu'il était sans importance pour l'obligation de l'employeur de présenter des décomptes que cette obligation soit invoquée après la survenance du cas d'assurance ou de libre passage, le TFA a finalement précisé, dans l'idée d'uniformiser la jurisprudence, que l'ancien employeur a aussi la légitimation passive si le travailleur fait valoir des prétentions basées sur l'art. 66 al. 3 LPP que la résiliation des rapports de travail donne lieu à une prestation d'assurance ou à une prestation de sortie (dans la terminologie de l'art. 2 LFLP). C'est pourquoi, l'ancien employeur a la légitimation passive également lorsque le litige porte sur l'inexactitude d'un décompte d'un ancien employeur avec l'institution de prévoyance. Toutefois, si c'est concrètement le montant de la prestation de sortie qui est contesté, c'est l'institution de prévoyance, à la rigueur l'institution supplétive, qui a la légitimation passive, mais pas l'employeur.

417 Versement de la prestation de sortie en cas de divorce

La prestation de sortie à transférer dans le cadre d'une procédure de divorce doit être en principe versée à l'institution de prévoyance de l'autre conjoint. Si l'ayant droit n'est affilié à aucune institution de prévoyance ou s'il n'a pas besoin du montant en question pour combler des lacunes en vue des prestations réglementaires, sa part sur la prestation de sortie peut être versée sur deux comptes de libre passage au maximum.

(Référence à l'arrêt du TFA du 17 mars 2003 en la cause W. + M.F., B 87/01 ; en langue allemande)

(Art. 122 et 142 CC, art. 3 al. 1, art. 4 al. 1 et art. 22 LFLP, art. 12 al. 1 OLP)

Le tribunal prévu à l'art. 73 LPP, respectivement aux art. 25 et 25a LFLP doit veiller à l'application correcte du droit fédéral dans le domaine de la prévoyance professionnelle. Il doit se saisir d'office du litige qui lui a été transmis par le tribunal du divorce et procéder au partage de la prestation de sortie en se basant sur la clé de répartition définie par le jugement de divorce.

Dès que le jugement de divorce est devenu exécutoire, le tribunal cantonal des assurances sociales doit se prononcer d'office sur l'existence et le montant des prestations de sortie à transférer et sur l'exécution du partage, c'est-à-dire fixer les modalités à quelle institution (caisse de pension, institution de libre passage de l'ayant droit) doit être transféré le montant de la différence à déterminer entre les prestations de sortie.

La prestation de sortie à partager doit servir à maintenir la protection de prévoyance de la personne y ayant droit. Il s'ensuit que la part de la prestation de sortie à transférer doit en principe être versée à l'institution de prévoyance de l'autre conjoint. Le bénéficiaire a le droit de combler des lacunes avec sa part de la prestation de sortie à transférer jusqu'aux prestations réglementaires complètes et ainsi d'augmenter les prestations en cas d'invalidité ou de retraite mais aussi d'éventuelles prestations en faveur des survivants.

Si l'ayant droit n'est affilié à aucune institution de prévoyance ou s'il n'a pas besoin de la somme totale pour combler ses lacunes dans son institution de prévoyance, il doit communiquer à l'institution de prévoyance de l'autre conjoint sous quelle forme il veut recevoir (le solde de) la protection de prévoyance. Celle-ci sera reçue par le biais d'une police de libre passage ou sur un compte de libre passage. La prestation de sortie à transférer peut être versée à deux institutions de libre passage au maximum (art. 12 al. 1 OLP).

418 Invalidité partielle survenant lors de deux emplois à mi-temps

(Référence à l'arrêt du TFA du 18 février 2003 en la cause M.F., B 57/01 ; en langue allemande)

(Art. 23 LPP, art. 1 al. 1 let. c OPP 2)

Une travailleuse avait, depuis plusieurs années, deux emplois à 50% de même fonction et touchait chez chacun de ses deux employeurs un salaire dépassant le salaire minimal de l'art. 2 al. 1 LPP. Elle était assurée chez les deux employeurs dans leur institution de prévoyance respective. Après être devenue invalide à 50% (55% d'incapacité de travail), elle quitta un de ses emplois à mi-temps et conserva l'autre.

Le TFA a jugé qu'en cas d'activités de même importance exercées de front et pour lesquelles le salaire minimum est à chaque fois dépassé, il existe une obligation multiple d'être assuré à la prévoyance professionnelle. L'exception prévue pour les activités accessoires (art. 1 al. 1 let. c OPP 2) n'est pas applicable dans ce cas car aucune des activités ne peut être considérée comme accessoire.

L'institution de prévoyance de l'employeur avec lequel les rapports de travail sont poursuivis ne doit actuellement pas verser de prestations d'invalidité. En revanche, l'institution de prévoyance de l'employeur pour lequel l'emploi a cessé doit payer une rente complète d'invalidité d'après le salaire assuré chez elle. Si l'incapacité de travail augmente à 66,6% au moins pour les mêmes raisons de santé que celles qui ont entraîné une incapacité de travail d'environ 50%, cette deuxième institution de prévoyance doit fournir des prestations à cet effet car l'incapacité de travail survient à un moment où la travailleuse est assurée auprès d'elle et où elle touche de l'autre institution de prévoyance une pleine prestation.

419 La résiliation des rapports de travail à un âge auquel il existe déjà un droit à la prestation de vieillesse peut également déclencher des prestations de vieillesse contre la volonté de l'assuré.

(Référence à l'arrêt du TFA du 23 mai 2003 en la cause J.R., B 86/02 ; en langue allemande)

(Art. 13 al. 2 LPP, art. 1 al. 2 et 2 al. 1 LFLP)

Selon l'art. 2 al. 1 LFLP, les assurés qui quittent l'institution de prévoyance avant la survenance d'un cas de prévoyance ont droit à une prestation de sortie. Selon l'art. 1 al. 2 LFLP, la loi sur le libre passage s'applique à tous les rapports de prévoyance où une institution de prévoyance accorde, sur la base de ses prescriptions (règlement), un droit à des prestations lors de l'atteinte de l'âge limite, ou en cas de décès ou d'invalidité (cas de prévoyance). Il résulte de ces deux dispositions qu'un assuré n'a droit à une prestation de sortie que lorsqu'il quitte l'institution de prévoyance avant d'avoir atteint l'âge ouvrant le droit à la rente.

Dans les institutions de prévoyance dont le règlement prévoit la possibilité d'une retraite anticipée, il faut comprendre par survenance du cas de prévoyance vieillesse non pas l'atteinte de l'âge légal de la retraite selon l'art. 13 al. 1 LPP, mais l'atteinte de l'âge limite réglementaire en vue d'une retraite anticipée. Ainsi, en cas de résiliation des rapports de travail à un moment où les conditions d'une retraite anticipée sont remplies, le droit aux prestations de vieillesse prévues dans le règlement prend naissance en principe indépendamment de l'intention de l'assuré de continuer d'avoir une activité lucrative ailleurs.

Ce n'est que dans les institutions de prévoyance dont le règlement fait dépendre la possibilité du versement d'une rente de vieillesse anticipée de l'exercice d'une déclaration de volonté correspondante que le cas de prévoyance vieillesse n'est pas considéré comme survenu, dans tous les cas de résiliation des rapports de travail ou de service, à un moment où l'assuré a atteint l'âge réglementaire ouvrant le droit à la rente pour une retraite anticipée, mais seulement si l'assuré fait usage de la possibilité prévue dans les statuts d'exiger le versement d'une rente de vieillesse anticipée (voir Bulletin de la prévoyance professionnelle no 64 du 28 octobre 2002 ch. 390). Dans les autres institutions de prévoyance, la résiliation des rapports de travail dans cette tranche d'âge peut déclencher une prestation de vieillesse diminuée même contre la volonté du travailleur.

420 En cas de divorce, le juge de l'art. 73 est compétent pour connaître d'un litige issu de l'impossibilité de transfert de la moitié de la PLP de l'un des conjoints à l'institution de l'autre pourtant décidé par le tribunal civil

(Référence à l'arrêt du TFA du 28.01.03 en la cause F.C., B 96/00 ; arrêt en langue italienne)

(Art. 73 LPP, 22 al. 2 LFLP version en vigueur jusqu'au 31.12.99)

Le TFA a été appelé à juger d'un recours de la femme divorcée qui demandait à la caisse de pensions de son mari de transférer la moitié de l'avoir LPP de ce dernier, conformément à ce qui avait été ordonné par le jugement du divorce. Devant le refus de cette dernière, en raison du fait que l'assuré était en incapacité totale de travail et avait réalisé le cas de prévoyance, elle a porté l'affaire devant la juridiction cantonale de l'art. 73 LPP (canton du Tessin). Ce tribunal s'étant déclaré incompétent pour connaître du sort du litige, l'intéressée a recouru devant le TFA qui lui a donné raison, pour les motifs suivants.

Tout d'abord le TFA relève qu'il est incontestable que le litige concerne un ayant droit et une institution de prévoyance et que la recourante était légitimée à agir en procédure administrative à l'encontre de l'institution du conjoint, étant donné qu'elle devenait cessionnaire légale de la créance contestée sur la base de la décision de transfert émise par le juge civil (art. 166 CO) – cons. 3.1.

Le TFA rappelle ensuite que, sous l'ancien droit, le jugement civil n'a autorité de chose jugée qu'à l'égard des parties (les conjoints) qui ont participé à la procédure ; dès lors, l'institution de prévoyance qui n'a pas participé à la procédure devrait aussi avoir la possibilité de contester un transfert devant le juge de la prévoyance professionnelle compétent. Bien plus faut-il distinguer entre les rapports interne entre conjoints de ceux avec l'institution de prévoyance. Si le conjoint, lié par le jugement de divorce ne peut s'opposer au transfert, en revanche, le tribunal de l'art. 73 LPP doit, d'un autre côté, décider si l'assureur est en mesure d'exécuter ledit jugement, en vérifiant l'existence et la cessibilité du transfert.

Note : cet arrêt prévoit que le tribunal de l'art. 73 LPP est compétent en matière de transfert de la PLP et notamment lorsque la caisse refuse le transfert car les conditions ne sont pas ou plus données, comme par exemple lors de la réalisation du cas d'assurance. Ce jugement concerne le droit en vigueur avant l'application des nouvelles dispositions du droit du divorce. On peut toutefois se poser la question de son application mutatis mutandis au nouveau droit, vu que l'art. 141 CC prévoit certes que le juge du divorce notifie le jugement à l'institution de prévoyance, mais toutefois n'accorde pas à celle-ci la qualité de partie. Cela ressort aussi de l'ATF 128 V 41.

421 Affiliation d'office par l'institution supplétive – rapports entre l'art. 11 et l'art. 12 LPP – prescription

(Référence à l'arrêt du TFA du 28.03.03 en la cause OFAS et Fondation LPP Vaudoise assurance, B 68 et 69/02 ; arrêt en langue française)

(Art. 11, 12, 41 et 60 al. 2 let. d LPP, 142 CO)

Le TFA a été appelé à juger d'un recours conjoint de l'OFAS et de la fondation LPP de la Vaudoise assurances contre un jugement de première instance en matière d'affiliation d'office. L'assurée incapable de travailler a présenté une demande de rente à l'institution de prévoyance de son ex-employeur. Celle-ci, constatant que l'incapacité de travail remontait à une période antérieure à la conclusion du contrat, a refusé toute prestation. Or, durant la période d'emploi, l'assurée n'a pas été affiliée à une institution de prévoyance alors qu'elle aurait dû l'être. L'OFAS, de son côté, a soulevé l'exception de la prescription, tout en soutenant que ni la caisse vaudoise ni l'institution supplétive n'étaient redevables d'une prestation dans le cas d'espèces.

Le TFA n'est pas entré en matière sur la question de la prescription en ce sens que ce moyen n'avait pas été soulevé en procédure cantonale. En revanche, il a estimé que, selon l'art. 12 LPP, les salariés ont droit à une prestation même si l'employeur ne s'est pas affilié. Ces prestations sont servies par l'institution supplétive à laquelle l'employeur est redevable non seulement des cotisations arriérées, mais aussi d'un complément destiné à couvrir le dommage. Par rapport à l'art. 11 LPP, l'art. 12 est un cas spécial qui se présente lorsqu'un cas d'assurance naît avant que l'employeur ait été affilié à une institution de prévoyance. Dès lors, l'assurée a droit à une prestation de l'assurance obligatoire, servie non pas par la Vaudoise assurances, mais par l'institution supplétive.

Le TFA a renvoyé la cause à l'autorité inférieure, car l'institution supplétive a soulevé l'exception de la prescription. Il appartient donc au juge de 1^{ère} instance d'examiner ce point en relation avec le montant du gain assuré.