

---

## **BULLETIN DE LA PREVOYANCE PROFESSIONNELLE NO. 74**

30 avril 2004

### **Table des matières**

#### ***Indications***

428 Union Européenne - Attestation du droit à une rente, formulaire E 121

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

429 Prélèvement des avoirs du pilier 3a - âge terme

430 Produits destinés à compléter le régime de retraite, fondés sur l'art. 339b CO

#### ***Jurisprudence***

431 Accession à la propriété du logement: peut-on également englober dans un contrat de mise en gage les intérêts de retard, les frais de réalisation du gage ou divers autres frais?

432 Durée des réserves de santé dans le domaine surobligatoire et procédure

433 Obligation de verser des prestations suite à une admission expresse et sans réserve

434 Obligation de verser des prestations sur la base de renseignements erronés (protection de bonne foi)

435 Réserves de santé rétroactives ou dénonciation du contrat?

436 Moyens de droit lors de la détermination du droit au fonds libres

437 Divorce et prévoyance professionnelle : confirmation par le Tribunal fédéral de la prise de position de l'OFAS citée sous chiffre 401 dans le bulletin de la prévoyance professionnelle no 66, du 17 janvier 2003

438 Adaptation au renchérissement dans les rapports de prévoyance de droit public

439 Dans le cadre de la procédure de divorce, la voie de droit selon art. 73 LPP est également ouverte pour les litiges avec une institution de libre passage

440 Versement en espèces sans le consentement du conjoint, suivi d'un divorce

441 Une institution de prévoyance doit réparer le dommage résultant d'un paiement en espèces effectué à tort

442 Invalidité, surindemnisation et versement anticipé pour le logement

443 Distribution des fonds libres et résiliation du contrat de travail par l'employé

#### ***Erratum***

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**

### **428 Union Européenne - Attestation du droit à une rente, formulaire E 121**

Depuis l'entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> juin 2002 de l'Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP), en particulier de son annexe II qui prévoit l'application du règlement (CEE) n° 1408/71 relatif à la coordination des régimes de sécurité sociale<sup>1</sup>, les personnes qui perçoivent une rente ou pension suisse (rentiers) et qui résident dans un Etat membre de l'Union européenne (UE) sans percevoir une rente ou pension de cet Etat peuvent bénéficier dans cet Etat pour le compte de l'assurance-maladie suisse des prestations en nature en cas de maladie. Pour cela, elles sont tenues d'être assurées auprès d'une caisse-maladie suisse et doivent être au bénéfice du formulaire E 121.

Ce formulaire atteste de leur droit à une rente ou pension. Il est délivré par la caisse-maladie compétente en Suisse qui complète la partie A (chiffres 1, 2, 5, 6 et 7). La caisse-maladie le transmet ensuite à l'institution débitrice de la rente ou pension, habilitée à compléter les rubriques sous chiffres 3 et 4 de la partie A. Il s'agit le plus souvent de la Caisse suisse de compensation (CSC), à Genève, dès lors que le rentier perçoit une rente de l'assurance-vieillesse et survivants ou de l'assurance-invalidité (AVS/AI, 1<sup>er</sup> pilier). Il peut également s'agir de l'institution de prévoyance à laquelle est affilié le dernier employeur du rentier, si ce dernier ne perçoit qu'une rente ou pension de la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (PP, 2<sup>ème</sup> pilier). Dans ces cas, les institutions de prévoyance sont donc tenues de remplir le formulaire E 121, partie A, chiffres 3 et 4.

Cette situation peut notamment se produire lorsque les assurés perçoivent une prestation de vieillesse anticipée de la PP. Cela concerne non seulement les bénéficiaires d'une rente anticipée mais également les assurés qui ont choisi le versement d'un capital en lieu et en place de la rente; en effet, il faut considérer le bénéficiaire du capital comme un rentier puisque le versement en capital est uniquement une modalité de paiement de la prestation de retraite et ne change pas la nature de la prestation. En revanche, les bénéficiaires de la prestation de sortie ne sont pas considérés comme des rentiers et n'ont pas droit à un formulaire E 121. A noter également, que les bénéficiaires de rente ou pension de la PP qui exercent parallèlement une activité lucrative (p. ex. les personnes qui présentent un taux d'invalidité inférieur à 40%) ne sont pas non plus considérés comme rentiers au sens du règlement (CEE) n° 1408/71. En effet, ces personnes gardent la qualité de travailleurs et ne sont pas mis au bénéfice du formulaire E 121. Les travailleurs sont assujettis à la législation de sécurité sociale de l'Etat dans lequel ils exercent leur activité lucrative et sont affiliés à l'assurance-maladie de cet Etat.

---

<sup>1</sup> Règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, adapté selon l'annexe II à l'Accord sur la libre circulation des personnes entre la Communauté européenne et ses Etats membres d'une part, et la Suisse d'autre part, RS 0.831.109.268.1: [http://www.admin.ch/ch/fr/rs/c0\\_831\\_109\\_268\\_1.html](http://www.admin.ch/ch/fr/rs/c0_831_109_268_1.html).

En ce qui concerne les modalités d'application, il appartient à l'assuré de soumettre le formulaire E 121 dûment complété par la caisse-maladie à l'institution de prévoyance compétente. En effet, la caisse-maladie n'a pas connaissance de l'institution de prévoyance auprès de laquelle le dernier employeur de son assuré est affilié. Les procédures détaillées sont disponibles sur le site internet Assurances sociales/ Pratique, <http://www.assurancessociales.admin.ch>, sous rubrique "International", "Formulaires", "Indications générales".

### ***Prise de Position de l'OFAS***

#### **429 Prélèvement des avoirs du pilier 3a - âge terme**

L'indépendant qui recourt à un versement du pilier 3a pour amortir une dette hypothécaire ou pour l'achat d'un logement peut faire valoir ce droit au plus tard trois ans avant d'atteindre l'âge lui donnant droit au versement de la prestation du pilier 3a. En l'espèce, les prestations du pilier 3a sont exigibles cinq ans avant que l'assuré n'atteigne l'âge légal de la retraite. Pour un homme, cette date butoir est actuellement de 60 ans alors que pour une femme elle est de 57 ans. Un homme devra donc faire son choix avant l'âge de 57 ans et une femme avant l'âge de 54 ans. Cette disposition permet une certaine coordination avec la réglementation qui s'applique en matière de 2<sup>ème</sup> pilier, car l'article 3 alinéa 3 OPP3 permet à l'assuré de percevoir sa prestation du pilier 3a pour le logement. Si le règlement prévoit que la prestation de vieillesse est exigible avant l'âge légal de la retraite, il y a lieu de compter à partir de cette date réglementaire, ainsi que le prescrit la jurisprudence du TFA (ATF 124 V 276). Dès lors, il n'y a pas de raison de prévoir une réglementation différente s'agissant du pilier 3a.

#### **430 Produits destinés à compléter le régime de retraite, fondés sur l'art. 339b CO**

Certains produits proposés par des assureurs en se fondant sur l'art. 339b CO sous forme d'un versement d'une indemnité consistant à combler des lacunes de prévoyance ne peuvent pas être considérés comme de la prévoyance du pilier 2a et, de ce fait, bénéficiaire des mêmes exonérations fiscales. Si, à l'évidence, l'indemnité au sens de l'art. 339b CO visait avant tout un but de prévoyance, à un moment où la LPP n'existait pas encore, le législateur a néanmoins prévu que cette indemnité pouvait être déduite des prestations de prévoyance éventuellement versées (art. 339d CO), si, par exemple, l'employeur avait déjà introduit une caisse de pensions en faveur de son personnel. Il s'ensuit que, progressivement, la prévoyance professionnelle est appelée à remplacer cette indemnité. Lorsque, pour une raison ou une autre, les salariés ont une lacune de prévoyance, celle-ci ne peut être comblée que par les moyens mis en place par la loi sur le libre passage (rachats, notamment), mais pas par des produits dérivés des assurances et autres formes, pour bénéficier des privilèges fiscaux. Dès lors, ces produits doivent être considérés

comme du pilier 3b et donc non soumis à la loi sur le libre passage ni aux dispositions fiscales applicables au 2<sup>ème</sup> pilier.

### ***Jurisprudence***

#### **431 Accession à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle: peut-on également englober dans un contrat de mise en gage de la prestation de libre passage dans le cadre du 2e pilier ou du pilier 3a les intérêts de retard, les frais de réalisation du gage ou divers autres frais?**

(art. 30b LPP, art. 1, al. 1 OEPL, art. 3 al. 3 et 4 OPP3)

Les articles 1, 1er alinéa, OEPL et 3, 3e alinéa, OPP3, concrétisent les trois buts pour lesquels l'assuré est en droit d'utiliser les ressources de la prévoyance professionnelle en vue d'accéder à la propriété du logement, en l'occurrence pour:

- a. Acquérir ou construire un logement en propriété;
- b. Acquérir des participations à un logement;
- c. Rembourser des prêts hypothécaires.

Dans le commentaire de l'OEPL, il a été précisé concernant la lettre c que pour une annuité, il incombe de veiller à ce que le versement anticipé ne serve qu'à rembourser la part d'amortissement et non pas la part constituée des intérêts hypothécaires à payer. En revanche, la mise en gage peut, à la différence du versement anticipé, servir à garantir les intérêts hypothécaires capitalisés (cf. Bulletin de la prévoyance professionnelle no 30 –édition spéciale-, du 5 octobre 1994, p. 25). En d'autres termes, on peut déduire de ce qui précède que dans un premier temps il n'est pas possible de constituer une mise en gage de la prestation de libre passage uniquement pour couvrir les intérêts d'une dette hypothécaire ou pour garantir en faveur du créancier gagiste, en général un institut bancaire, d'autres créances liées à la conclusion du contrat hypothécaire, tels le paiement des intérêts de retard, les frais de réalisation du gage, les commissions, etc.

En second lieu, d'autres motifs qui ressortissent du droit de la prévoyance s'opposent à cette extension des possibilités de mise en gage.

En effet, faire également bénéficier, au moyen de la mise en gage, d'autres créances que celles qui sont prévues par le législateur en vue de favoriser l'accession à la propriété du logement irait à l'évidence à l'encontre de l'objectif visé par la LPP. Les ressources de la prévoyance professionnelle ne peuvent être utilisées que pour les buts fixés de manière exhaustive aux articles 1, alinéa 1, OEPL et 3, alinéa 3, OPP3, mais non à d'autres fins.

D'autre part, un élargissement de la couverture de la mise en gage diminuerait d'autant la protection de prévoyance de l'assuré. L'article 891 alinéa 2 CCS n'a donc pas son pendant dans la prévoyance professionnelle.

#### **432 Durée des réserves de santé dans le domaine subobligatoire et procédure**

(Réf. à un jugement du TFA du 18.06.03 dans la cause S., B 66/02 ; jugement en allemand)

(Art. 331c CO)

La question délicate que le TFA devait résoudre était celle de déterminer la portée temporelle des effets juridiques de la réserve pour raison de santé. Pour l'examen de ce point, les dispositions réglementaires en vigueur au moment du litige sont déterminantes quant au droit aux prestations de prévoyance (ATF 121 V 97ss). Le règlement applicable dans le cas présent ne contenait aucune disposition en vertu de laquelle les assurés atteints d'une incapacité de travail survenue dans le délai de cinq ans de la réserve de santé ne pouvaient prétendre qu'à des prestations de l'assurance obligatoire. Il s'agit donc de trancher uniquement si ce principe découle de la réglementation en matière de prévoyance professionnelle. On ne peut y répondre que par la négative. La réserve de santé est une limitation individuelle, concrète et temporelle de la protection d'assurance (ATF 127 III 238, consid. 2c). Elle échoit au terme de la période de la réserve avec pour conséquence que l'assuré est réintégré dans son droit, qui était suspendu auparavant. Il en va de même lorsque le risque faisant l'objet d'une réserve se réalise pendant la durée de cette même réserve. Dans ces cas de figures, l'assuré ne doit pas être privé de son droit aux prestations pendant toute la durée d'assurance. C'est dans ce sens que s'est prononcé le Tribunal fédéral des assurances en statuant sur le droit aux indemnités journalières selon les anciens art. 5 al. 3 LAMA et 2 al. 2 de l'ord. III relative à la LAMA et en a déduit que la durée du droit aux indemnités journalières ne débute qu'à partir du moment où la réserve prend fin (ATF 115 V 392 et ss consid. 4b et références citées et consid. 5). Même si le présent litige porte sur un droit aux prestations ayant trait à la prévoyance subobligatoire, toute autre solution n'est guère envisageable. Il ne ressort pas de la teneur de l'article 331c CO que le droit aux prestations s'éteint définitivement lorsque le cas d'assurance survient pendant la durée de la réserve. Au contraire, la faculté de suspendre en général les prestations d'assurance pour les risques de décès et d'invalidité est limitée à cinq ans au plus. Cette jurisprudence a été confirmée depuis.

Le TFA apporte au surplus dans cet arrêt un nouvel élément en considérant que le Tribunal cantonal peut se saisir d'une prétention en procédure qui n'est pas chiffrée et n'examiner que la question du droit à la prestation d'assurance tout en renvoyant l'affaire à l'institution de prévoyance afin qu'elle détermine le montant exact de la prestation.

(Nouveauté par rapport à l'arrêt du 3 juin 2002 résumé dans le bulletin de la prévoyance professionnelle no 64, sous chiffre 389 ou jugement du 7.1.2003 B 49/00).

### **433 Obligation de verser des prestations suite à une admission expresse et sans réserve**

(référence à un arrêt du TFA du 22.08.2003, cause W., B 101/02, en allemand)

W. exerçait une activité professionnelle depuis janvier 1994. Suite à une maladie en juin 1994, elle devint invalide et obtint de l'AI une demi-rente pour cas pénible (avec un degré d'invalidité de 47 %), puis un quart de rente. Durant cette période, l'AI fit effectuer un recyclage à W. qui changea deux fois de place de travail, la seconde fois à fin juillet/début août 1998. W. travaillait à 50 % dans le cadre de ce dernier emploi. Suite à une aggravation de son état de santé survenue en mars 1999, W. obtint une rente entière de l'AI dès le 1<sup>er</sup> juin 1999. W. dut cesser complètement son activité lucrative pour raisons de santé à partir de fin novembre 1999. L'institution de prévoyance où elle était assurée en dernier lieu était une caisse enveloppante qui accordait des prestations d'invalidité en se basant sur les décisions de l'AI. En cas d'état de santé insatisfaisant, il est possible de limiter les prestations conformément au règlement. Lors de son entrée, l'assurée a informé correctement l'institution de prévoyance sur son état de santé. Par la suite, l'institution de prévoyance confirma expressément, sur la base de ses investigations médicales, qu'elle assurait sans réserve W. pour son activité lucrative à 50 %.

Au stade du recours auprès du TFA, il n'était plus contesté que W. n'avait pas droit à des prestations d'invalidité de la part de la dernière institution de prévoyance dans le cadre de la prévoyance obligatoire, car l'incapacité de travail a débuté avant que W. ne soit assurée auprès de cette institution. Dans la prévoyance surobligatoire, les rapports entre l'institution de prévoyance et la personne assurée sont définis par le règlement, qui constitue le contenu préformulé du contrat de prévoyance, respectivement les conditions générales (CG) de celui-ci, et qui doit être interprété selon le principe de la confiance. Il résulte de cette interprétation que W. pouvait se fier à la déclaration de l'institution de prévoyance et considérer qu'elle serait aussi assurée si elle venait à cesser son activité lucrative résiduelle à 50 % à cause de l'aggravation d'une atteinte à la santé préexistante. La dernière institution de prévoyance doit verser des prestations d'invalidité de la prévoyance surobligatoire en cas de cessation de l'activité lucrative résiduelle, alors qu'il n'y a pas une telle obligation de la part de l'ancienne institution de prévoyance, où W. était assurée lorsque son incapacité de travail a débuté.

#### **434 Obligation de verser des prestations sur la base de renseignements erronés (protection de la bonne foi)**

(référence à un arrêt du TFA du 24.10.2003, cause B., B 59/01, en allemand)

En vue d'une éventuelle résiliation anticipée des rapports de travail, B. a demandé à son institution de prévoyance (de droit public) des renseignements sur le niveau de ses attentes de prévoyance ; sur la base de ceux-ci, elle a effectivement quitté son emploi. Par la suite, il fut constaté que le montant des prestations confirmé à plusieurs reprises avait été calculé de manière trop élevée. En l'espèce, le TFA a considéré que B. devait être protégé dans sa bonne foi, car les conditions suivantes étaient remplies :

1. l'autorité était intervenue dans une situation concrète à l'égard d'une personne déterminée;
2. elle était compétente pour donner les renseignements en question;
3. B. ne pouvait sans autre se rendre compte de l'inexactitude des renseignements obtenus;
4. B. s'était fié aux renseignements donnés pour prendre des dispositions qu'il ne pouvait modifier sans subir un préjudice (en l'occurrence, résiliation des rapports de travail);
5. la loi n'avait pas changé depuis le moment où les renseignements avaient été donnés.

Par conséquent, l'institution de prévoyance devait verser à B. une prestation de sortie égale au montant trop élevé qu'elle lui avait communiqué de manière erronée.

**435 Une institution de prévoyance peut émettre des réserves de santé pour les risques décès et invalidité dans le cadre de la prévoyance subobligatoire. Comme il ne peut y avoir de réserve rétroactive, l'institution de prévoyance a le droit de se départir du contrat en cas de réticence.**

(référence à un arrêt du TFA du 28.10.2003, cause A.L., B 15/02 et B 16/02, publié aux ATF 130 V 9, en allemand)

(art. 14 LFLP, art. 331a-c CO et art. 4 ss LCA)

L'art. 331c CO, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1995, permet à l'institution de prévoyance de faire des réserves pour raisons de santé dans la prévoyance subobligatoire. Par conséquent, elle peut exiger de la personne nouvellement assurée de remplir un questionnaire sur son état de santé en relation avec un risque d'assurance d'une certaine importance et de réduire la couverture de ce risque au niveau ordinaire. La durée de réduction de la couverture d'assurance est toutefois limitée à 5 ans.

En ce qui concerne la possibilité de faire des réserves de santé rétroactives, il existe une différence fondamentale entre la prévoyance professionnelle subobligatoire (art. 331c CO), d'une part, et l'assurance-maladie et l'assurance facultative d'indemnités journalières (ancien art. 5, al. 3, LAMA et art. 69 LAMal), d'autre part. La réserve de santé dans l'assurance-maladie entraîne une exclusion temporaire de la couverture d'assurance seulement pour une maladie clairement déterminée, alors qu'il n'y a aucune réduction de l'assurance pour toutes les autres maladies pouvant survenir pendant la durée de couverture de l'assurance. Par contre, dans la prévoyance professionnelle subobligatoire, une réserve pour les risques décès et invalidité (entière) ne peut avoir un effet rétroactif après que le risque en question s'est déjà réalisé. Par conséquent, la jurisprudence sur les réserves rétroactives en relation avec l'art. 5, al. 3, LAMA ne peut pas être appliquée dans le cadre de l'art. 331c CO. Une réserve rétroactive pour les cas de décès et d'invalidité dans le cadre de l'art. 331c CO équivaldrait à une exclusion des prestations dès la survenance du risque. L'art. 331c CO n'admet donc que les réserves qui ont été émises expressément par l'institution de prévoyance lors de l'entrée de l'assuré. Comme correctif à l'interdiction des réserves rétroactives, l'institution de prévoyance a la possibilité de se départir du contrat en cas de réticence. L'art. 331a, al. 1, CO, selon lequel la prévoyance commence le jour où débutent les rapports de travail, ne s'oppose pas à une telle possibilité, cela d'autant plus que l'art. 331c CO permet d'exclure la couverture d'assurance pour un risque de santé élevé durant une certaine période.

La possibilité de se départir du contrat n'est pas non plus exclue par l'art. 14 LFLP. L'art. 14, al. 1, LFLP, empêche certes que la prestation de sortie apportée soit réduite par une réserve en cas de changement d'emploi; toutefois, il n'y a pas de remise en question du

droit de la nouvelle institution de prévoyance de se départir du contrat de prévoyance pour annuler rétroactivement la couverture de prévoyance surobligatoire développée au moyen des cotisations du nouvel employeur et de l'assuré.

Si le règlement de l'institution de prévoyance ne contient aucune disposition sur la réticence et ses conséquences, les art. 4 ss LCA sont alors applicables par analogie. Dans tous les cas, il faut examiner si l'institution de prévoyance a observé le délai de prescription, étant précisé que les faits connus par le réassureur sont aussi censés l'être par l'institution de prévoyance.

#### **436 Moyens de droit lors de la détermination du droit au fonds libres**

(Référence à deux arrêts du TFA du 14 novembre 2003 en les causes M. R., B 41/03, et A. R., B 53/03 ; arrêts rendus en allemand)

(Art. 23 et 25 LFLP ; art. 73 et 74 LPP)

L'art. 23, al. 1, LFLP dispose qu'en cas de liquidation partielle ou totale d'une institution de prévoyance, un droit individuel ou collectif à des fonds libres s'ajoute au droit à la prestation de sortie. L'autorité de surveillance décide si les conditions d'une liquidation partielle ou totale sont remplies et elle approuve le plan de répartition.

Les décisions des autorités de surveillance concernant l'approbation des plans de répartition en cas de liquidations partielles ou totales sont sujettes à recours conformément à l'art. 74 LPP ; la voie de la contestation selon l'art. 73 LPP n'est donc pas ouverte. Il s'ensuit que les griefs à l'encontre d'un plan de répartition doivent être formulés dans le recours administratif contre la décision d'approbation de l'autorité de surveillance.

Quant aux contestations relatives à la mise en œuvre du plan de répartition, elles opposent le travailleur à l'institution de prévoyance, ce qui signifie que c'est le tribunal institué par l'art. 73 LPP qui est compétent en pareil cas.

#### **437 Divorce et prévoyance professionnelle : confirmation par le Tribunal fédéral de la prise de position de l'OFAS citée sous chiffre 401 dans le bulletin de la prévoyance professionnelle no 66, du 17 janvier 2003**

(Référence à l'arrêt du TF, du 18 décembre 2003 en la cause A., 5C.108/2003 ; arrêt en langue française)

(Art. 2 al. 1 et 2 et art. 22 al. 1, LFLP ; art. 122 et 124 CC)

Dans notre bulletin de la prévoyance professionnelle cité en exergue notre office a précisé qu'à la suite de l'arrêt du TFA du 24 juin 2002 (résumé dans le bulletin no 64, chiffre 390), il y a lieu de partir du principe que si l'assuré ne prend pas de retraite anticipée et qu'il a donc toujours droit à une prestation de sortie, il faudra par conséquent, en cas de divorce, procéder au partage, conformément à l'art. 122 CC, car il n'y a encore aucun cas de prévoyance vieillesse. Par contre, si l'assuré a déjà pris sa retraite anticipée, le juge de divorce accordera une indemnité équitable sur la base de l'art. 124 CC.

Le TFA a par ailleurs rendu un jugement dans la même sens (B 81/01 du 2 décembre 2002).

Le Tribunal fédéral de Lausanne, dans l'arrêt susmentionné, ne s'est pas écarté de ces principes. Dans un premier temps, il a tranché une question de procédure en rappelant que dans le cadre de l'application de l'art. 122 al. 1 CC, la question de savoir si l'un des époux dispose d'un droit à une prestation de sortie est un point qui découle du rapport de prévoyance et qui relève donc de la compétence matérielle du juge des assurances sociales. Toutefois, le juge de divorce, qui doit régler le sort de la prévoyance professionnelle des époux, doit examiner ce problème à titre préjudiciel (ATF 128 V 41 consid. 1b, 2c et 3b).

Quant au partage de la prestation de sortie conformément à l'art. 122 al. 1 CC, le TF a porté l'accent sur le fait que selon la volonté du législateur, chaque époux, a un droit inconditionnel à la moitié des expectatives de prévoyance constituée pendant le mariage. En cas de divorce, la survenance du cas de prévoyance «vieillesse» se produit donc au moment où l'assuré perçoit réellement des prestations de vieillesse de son institution de prévoyance. Dans la procédure de divorce tant que l'assuré ne reçoit pas de telles prestations, il dispose donc d'une prestation de sortie et le partage est possible. Inversement, dès que l'assuré touche des prestations, le droit à la prestation de sortie s'éteint et seule une indemnité équitable peut être fixée selon l'art. 124 al. 1 CC.

#### **438 Adaptation au renchérissement dans les rapports de prévoyance de droit public et voie de droit pour les prestations relevant de la liberté d'appréciation**

(référence à un arrêt du TFA du 31 décembre 2003, B 34/02)

Les statuts d'une caisse de pension d'une commune prévoyaient que les rentes de vieillesse seraient adaptées au renchérissement dans la même mesure que les traitements du personnel actif. Le Conseil communal a mis en vigueur un nouveau règlement dès le 1.1.1998, qui prévoit que l'adaptation au renchérissement ne serait accordée désormais que « dans les limites financières de la caisse ». En 2001, il n'y a pas eu d'adaptation des rentes de vieillesse versées depuis plusieurs années avant l'entrée en vigueur du nouveau règlement.

Selon le TFA, l'adaptation prévue dans le cadre de la prévoyance surobligatoire est régie en l'espèce par des normes de droit public. Par conséquent, l'interprétation des dispositions réglementaires doit s'effectuer selon les règles habituelles d'interprétation de la loi, cela contrairement aux prestations surobligatoires dans les rapports de prévoyance de droit privé, où le contrat de prévoyance doit être interprété selon le principe de la confiance. Cette interprétation aboutit au constat suivant : les anciennes dispositions statutaires ne constituent pas une réglementation fixée « une fois pour toutes » sans tenir compte de l'évolution de la législation, de sorte que les rentes déjà en cours doivent être soumises aux nouvelles dispositions sur l'adaptation au renchérissement dès l'entrée en vigueur de celles-ci.

Le TFA a précisé sa jurisprudence sur la délimitation des voies de droit des art. 73 et 74 LPP : selon la jurisprudence antérieure, une « prestation qui relève exclusivement de la liberté d'appréciation » constituait un critère déterminant pour la voie de droit de l'art. 74 LPP. Selon l'ATF 128 II 386, l'art. 73 LPP était applicable « lorsqu'un assuré a droit de toute façon à des prestations de retraite de la part de son institution de prévoyance (pour faire valoir celles-ci, il faut emprunter la voie de droit de l'art. 73 LPP), mais qu'il y a un désaccord entre l'assuré et l'institution concernant l'octroi de prestations plus étendues, qui seraient par exemple calculées en dérogeant aux règles de la pure technique d'assurance ». Le juge de l'art. 73 LPP est aussi compétent lorsqu'il existe un droit statutaire à la rente mais que le montant de la rente est influencé par une disposition potestative (« Kann-Vorschrift ») ; il n'y a alors pas de fractionnement des voies de droit. Cela ne contredit pas la jurisprudence antérieure selon laquelle le juge de l'art. 73 LPP n'était pas compétent pour les prestations qui relèvent exclusivement de la liberté d'appréciation, car les prestations litigieuses à l'époque n'avaient pas de base statutaire : soit des prestations relevant de la liberté d'appréciation dans un fonds purement patronal, soit la répartition de fonds libres dans le cadre d'une liquidation partielle ou totale, où il existait une grande marge d'appréciation.

**439 Dans le cadre de la procédure de divorce, la voie de droit selon art. 73 LPP est également ouverte pour les litiges avec une institution de libre passage.**

(Référence à deux arrêts du TFA du 6 janvier 2004, dans l'affaire G.S., B 92/02 et dans l'affaire B.+ P.S., B 102/108/02, arrêts en langue allemande)

(Art. 122 et 142 CC, 22 et 25a LFLP)

Selon la jurisprudence du TFA la voie judiciaire selon l'art. 73 LPP n'est pas ouverte en cas de litige entre un assuré et une institution de libre passage (fondation bancaire, institution d'assurance) lorsque ce litige est en relation avec une police de libre passage ou un compte de libre passage et qu'il porte comme par exemple sur l'étendue et le moment de la prétention. Le TFA a toutefois confirmé la compétence du juge de la prévoyance pour la mise en oeuvre du partage des prestations de sortie dans le cadre d'une procédure de divorce.

Avec l'entrée en vigueur du nouveau droit du divorce le 1<sup>er</sup> janvier 2000, le partage des prétentions de la prévoyance professionnelle entre les conjoints et la procédure y afférente, notamment la compétence du juge du divorce et du juge de la prévoyance, ont été nouvellement réglés. Conformément au nouveau droit du divorce (art. 122 al. 1 CC), toutes les prétentions découlant de rapports de prévoyance doivent en principe être partagées, qu'il s'agisse de rapports soumis à la LFLP, de polices ou de comptes de libre passage au sens de l'art. 10 LFLP.

En présence d'un cas d'application de l'art. 122 CC et si les conjoints n'ont rien convenu au sujet du partage des prestations de sorties ni sur la manière dont le partage sera exécuté, le juge du divorce fixe, conformément à l'art. 142 al. 1 CC, les proportions dans lesquelles les prestations de sortie doivent être partagées. Dès que cette décision est entrée en force, le juge du divorce transmet d'office le litige au tribunal compétent selon la LFLP (art. 142 al. 2 CC). L'art. 25a LFLP, introduit avec la révision du droit du divorce, prévoit qu'en cas de désaccord des conjoints sur la prestation de sortie à partager, le juge du lieu du divorce compétent au sens de l'art. 73 LPP doit, après que l'affaire lui a été transmise, exécuter d'office le partage sur la base de la clé de répartition déterminée.

Avec l'introduction du nouveau droit du divorce dans les art. 141/142 CC et 25a LFLP, le législateur a - s'agissant des prestations de sortie provenant de la prévoyance professionnelle à partager selon l'art. 122 CC - coordonné la procédure de divorce avec la procédure sur les prétentions découlant de la prévoyance professionnelle et l'a placée sur une nouvelle base. Il n'a pas voulu uniquement englober les institutions de prévoyance dans cette coordination mais également les institutions de libre passage. Au vu des efforts législatifs de coordination, il ne fait pas de sens de diviser la procédure se rapportant à l'art. 142 CC selon qu'une institution de prévoyance ou une institution de libre passage

(société d'assurance-vie ou banque) gère pour une des parties au divorce un avoir de prévoyance ou une police de libre passage. À côté de la séparation entre tribunal du divorce et le tribunal des assurances, le législateur n'a pas voulu d'autre morcellement de la compétence juridique pour le partage des prestations de sortie.

#### **440 Versement en espèces sans le consentement du conjoint, suivi d'un divorce**

(référence à l'arrêt du TFA du 30 janvier 2004, en la cause A., B 19/03 ; arrêt en français)

(art. 5 et 22 LFLP, art. 122 CC)

L'examen de la validité du versement d'une prestation de sortie en espèces à un assuré, pendant la durée du mariage, est de la compétence du juge des assurances (ATF 128 V 41 consid. 2d).

Pour les personnes mariées, le versement de la prestation de sortie en espèces constitue un acte juridique soumis à la condition du consentement du conjoint (art. 5, al. 2, LFLP et arrêt du TFA du 10 octobre 2003, cause H., B 19/01). Seule l'institution de prévoyance, à qui une violation de son devoir de diligence ne peut être reprochée dans le versement de la prestation en espèces, s'acquitte valablement de son obligation et ne s'expose pas à devoir verser à nouveau la prestation de sortie. En l'espèce, la fondation W. a violé son devoir de diligence en accordant à son assuré un versement en espèces sans avoir requis le consentement de son épouse A. Par conséquent, W. reste tenue de fournir la prestation de sortie, qui peut dès lors être partagée en cas de divorce, conformément à l'art. 122 CC. C'est donc à tort que le tribunal cantonal des assurances a retenu qu'il était impossible d'effectuer ce partage.

Née le 30 septembre 1938, A. n'a jamais été assurée à la LPP. Le 30 septembre 2000, elle a atteint l'âge de 62 ans, donnant droit à des prestations de vieillesse de la prévoyance professionnelle (art. 13, al. 1, lit. b, LPP). Cet élément à lui seul ne permet pas d'exclure le partage des avoirs de prévoyance (art. 22 LFLP et 122 CC) et d'imposer le versement d'une indemnité équitable (art. 124, al. 1, CC). Ainsi, la survenance de l'âge de la retraite ou du droit à des prestations d'invalidité d'un conjoint qui n'a jamais travaillé ou qui n'a jamais été affilié à la prévoyance professionnelle, dans la mesure où il n'entraîne aucun droit à des prestations d'une institution de prévoyance, permet encore le partage des avoirs de la prévoyance professionnelle de l'autre conjoint en sa faveur.

**441 Une institution de prévoyance doit réparer le dommage résultant d'un paiement en espèces effectué à tort, à moins qu'elle ne prouve qu'aucune faute ne peut lui est imputable ; à cet égard, une négligence, même légère, est assimilée à une faute.**

(Référence à un arrêt du TFA du 2 février 2004 en la cause C. S., B 45/00 ; arrêt rendu en allemand)

(Art. 5, al. 2, et 22 LFLP ; art. 122 CC ; art. 97ss CO et art. 64, al. 1, LDIP)

Lorsqu'un jugement de divorce rendu à l'étranger est reconnu en Suisse, mais que la question des avoirs de prévoyance n'a pas été tranchée, la jurisprudence du TF donne la compétence internationale au juge suisse du divorce de compléter ledit jugement quant à la question de la répartition compensatoire de la prévoyance ; cette jurisprudence se fonde sur l'art. 64, al. 1, LDIP. Il appartient au juge du divorce – et non à celui des assurances sociales – de se prononcer sur le partage de la prévoyance dans le cadre du complément à apporter à un jugement de divorce. Le TFA a laissé ouverte la question de la compétence internationale du tribunal suisse dans le cas où le juge du divorce étranger aurait procédé à un partage de la prévoyance, mais sans se référer expressément à l'avoir de prévoyance suisse, alors que le juge du divorce aurait dû trancher cette question.

Le juge de la prévoyance professionnelle est en revanche compétent pour se prononcer sur la validité d'un paiement en espèces selon l'art. 5, al. 2, LFLP. Afin qu'un jugement du tribunal du divorce fixant une clé de répartition conformément à l'art. 122 CC puisse être rendu exécutoire à l'égard de l'institution de prévoyance, le conjoint ayant droit a un intérêt juridique notable à ce que le juge des assurances sociales déclare - avant le prononcé du divorce et de façon à lier l'institution de prévoyance - que le versement en espèces est nul en raison du défaut de consentement du conjoint selon l'art. 5, al. 2, LFLP. Cela vaut également lorsque la procédure de divorce a été menée devant un tribunal étranger.

Un versement en espèces intervenu dans le cadre de la prévoyance surobligatoire sans l'accord du conjoint prévu à l'art. 5, al. 2, LFLP constitue une exécution imparfaite du contrat de prévoyance et doit, à ce titre, être traité en application des art. 97 ss CO. L'institution de prévoyance est donc tenue de réparer le dommage résultant d'un versement en espèces effectué à tort, à moins qu'elle ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable ; à cet égard, une négligence, même légère, est assimilée à une faute. Il faut en outre juger sur la base des circonstances du cas particulier si l'institution peut se voir reprocher une violation de son devoir de diligence parce qu'elle n'a pas examiné la signature (falsifiée) figurant sur la demande de versement en espèces.

## 442 Invalidité, surindemnisation et versement anticipé pour le logement

(référence à l'arrêt du TFA du 11 février 2004, en la cause S., B 47/01 ; arrêt en français)

(art. 30c LPP, art. 2 LFLP)

La somme qu'un assuré peut utiliser à titre de versement anticipé pour l'acquisition d'un logement dépend, comme le texte de l'art. 30c al. 2 LPP le spécifie, du montant de la prestation de libre passage à laquelle il a droit. Le versement anticipé est donc directement lié à la réglementation sur le libre passage (LFLP), en particulier l'art. 2 LFLP. L'utilisation d'un même avoir de prévoyance pour l'indemnisation des éventualités assurées d'une part, et pour l'acquisition d'un logement d'autre part, est absolument incompatible avec le système de prévoyance instauré par la LPP. Il s'ensuit qu'à l'instar de la personne qui a atteint l'âge minimum de la retraite (voir l'ATF 124 V 276), l'assuré reconnu totalement invalide ne saurait prétendre un versement anticipé en vertu de l'art. 30c LPP.

Le fait que dans le cas particulier, le recourant (bénéficiaire d'une rente d'invalidité entière de l'assurance-invalidité et de l'assurance militaire) ne perçoit pas de prestations de prévoyance professionnelle de la part de l'intimée pour cause de surindemnisation n'y change rien. Le TFA a déjà eu l'occasion, sous l'ancien droit (art. 27 aLPP), de se prononcer sur la portée des règles de surindemnisation en la matière (cf RSAS 1996 p. 71). La survenance du risque assuré impose que l'avoir de prévoyance existant ne soit pas affecté à un autre but que celui de garantir le versement des prestations prévues dans cette éventualité, car il se peut aussi que la situation à l'origine de la surindemnisation vienne à changer, par exemple à la suite d'une réduction ou d'une suppression des prestations concurrentes des autres assureurs sociaux. Sinon, l'assuré serait placé dans une situation économique plus favorable après la réalisation du cas d'assurance qu'avant, alors que les règles sur la surindemnisation ont justement pour objectif d'empêcher que le cumul de prestations ne procure un avantage injustifié à l'assuré. Ce serait vider de leur sens les dispositions légales sur la surindemnisation.

## 443 Distribution des fonds libres et résiliation du contrat de travail par l'employé

(référence à l'arrêt du TFA du 27 février 2004, dans les causes B. et OFAS, B 59/02 et B 60/02; arrêts en français).

(art. 23, al. 1, LFLP)

Selon l'art. 23, al. 1, 1<sup>re</sup> phrase LFLP, en cas de liquidation partielle ou de liquidation totale de l'institution de prévoyance, un droit individuel ou collectif à des fonds libres s'ajoute au droit à la prestation de sortie. D'après l'al. 4 de cette disposition, les conditions d'une liquidation partielle sont présumées en cas de réduction considérable de l'effectif des assurés, de restructuration de l'entreprise ou de résiliation du contrat d'affiliation avec la fondation collective ou commune. En dehors des cas de liquidation partielle ou totale, les institutions de prévoyance disposent d'un large pouvoir d'appréciation dans l'usage de leurs fonds libres. Lorsqu'un travailleur résilie ses rapports de travail dans des circonstances normales et qu'il sort de la fondation de prévoyance en faveur du personnel, il a droit aux prestations prévues par la loi et les statuts. Il n'a pas droit à une part des fonds libres lorsqu'il n'y a pas de liquidation de l'institution de prévoyance. Lorsqu'il n'y a pas de liquidation totale ou partielle, ce sont les autorités judiciaires selon l'art. 73 LPP qui sont compétentes pour examiner la prétention de l'assuré à bénéficier de la répartition de fonds libres, dans la mesure où il s'agit de l'octroi de prestations discrétionnaires. Le présent litige ne relève donc pas de la compétence de l'autorité de surveillance (art. 74 LPP), ni de celle du Tribunal fédéral.

Comme il ne s'agit pas d'une liquidation au sens de l'art. 23 LFLP, seuls les employés affiliés peuvent prétendre à la répartition des fonds libres. L'unique question de fond est de savoir si le recourant B. peut prétendre à une part de ces fonds libres au vu de la décision du conseil de fondation de Y. L'interprétation d'une décision du conseil de fondation doit se faire selon le principe de la confiance. Or, de l'ensemble des documents écrits et du dossier, il ressort sans doute possible que la décision doit être comprise comme fixant le cercle des bénéficiaires aux employés affiliés le 1<sup>er</sup> janvier 1998, à l'exclusion des employés sortis avant et jusqu'au 31 décembre 1997. En l'occurrence, B. a donné son congé pour le 31 décembre 1997. Il est donc sorti de l'institution de prévoyance à cette même date et ne saurait prétendre à cette distribution dès lors qu'il n'était pas affilié à la fondation au moment déterminant.

### ***Erratum***

*Bulletin no. 72*

*Art. 57 Placements auprès de l'employeur*

**L'alinéa 3 est remplacé par l'ancien alinéa 4.**

*L'al. 4 disparaît ainsi.*