
BULLETIN DE LA PREVOYANCE PROFESSIONNELLE NO. 76

22 juillet 2004

Table des matières

Indications

- 446 Obligation de s'affilier à une institution de prévoyance (art. 11 LPP) pour les employeurs de l'UE sans établissement stable en Suisse

Prise de Position de l'OFAS

- 447 Pratique de certaines assurances en cas de résiliation des contrats d'assurance collective
- 448 Vente forcée du logement et remboursement du versement anticipé

Jurisprudence

- 449 En cas de réticence de la part de l'assuré, l'institution de prévoyance est fondée, dans les quatre semaines après avoir pris connaissance du fait, à exclure la prévoyance surobligatoire prévue dans le contrat de prévoyance. Le délai commence à courir le jour où l'institution de prévoyance a reçu le dossier de l'assurance-invalidité
- 450 Calcul de surindemnisation et comparaison avec le revenu du frère de l'assuré dans l'entreprise familiale
- 451 Compétence pour statuer sur l'action en responsabilité civile contre l'institution de prévoyance
- 452 Pas de droit à la prise en compte d'avoirs provenant d'une institution de libre passage après la survenance d'un cas de prévoyance
- 453 Droit de recours du fonds de garantie contre un canton dont l'autorité de surveillance a contribué par sa faute à l'insolvabilité d'une institution de prévoyance
- 454 Annonce d'un salaire inexistant
- 455 Divorce et partage de la prévoyance
- 456 Compensation de la créance en dommages-intérêts contre le mari divorcé avec la créance de l'épouse divorcée

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

446 Obligation de s'affilier à une institution de prévoyance (art. 11 LPP) pour les employeurs de l'UE sans établissement stable en Suisse

L'accord sur la libre circulation des personnes est entré en vigueur le 1er juin 2002. Il s'applique à la Suisse et aux Etats suivants membres de l'Union européenne (UE) :

- Belgique
- Danemark
- Allemagne
- Finlande
- France
- Grèce
- Grande-Bretagne
- Irlande
- Italie
- Luxembourg
- Pays-Bas
- Autriche
- Portugal
- Suède
- Espagne

En ce qui concerne les 1^{er} et 2^e piliers, cet accord rend applicable les règlements 1408/71 et 574/72, en tenant compte de la jurisprudence pertinente de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE). Ces actes juridiques s'appliquent à la Suisse comme « Etat membre » (art. 1, al. 2, de l'annexe II de l'accord sur la libre circulation des personnes, RO 2002 p. 1552).

Selon l'art. 13, al. 2, let. a, du règlement 1408/71, la personne qui exerce une activité salariée sur le territoire d'un Etat membre est soumise à la législation de cet Etat, même si elle réside sur le territoire d'un autre Etat membre ou si l'entreprise ou l'employeur qui l'occupe a son siège ou son domicile sur le territoire d'un autre Etat membre. Par conséquent, le droit suisse des assurances sociales s'applique aux personnes qui travaillent en Suisse pour une entreprise ayant son siège dans un des 15 Etats susmentionnés.

D'après l'arrêt 61975J0008 de la CJCE du 24 juin 1975 (chiffre 2), un employeur qui est établi dans un autre Etat membre que celui dont la législation de sécurité sociale est applicable au travailleur est certes exonéré du paiement des cotisations aux organismes de sécurité sociale de son propre Etat ; il est par contre tenu de verser les cotisations prévues par la législation dont le travailleur relève. Par conséquent, les employeurs établis dans l'un des 15 Etats susmentionnés et qui n'ont pas d'établissement stable en Suisse seront traités, en règle générale, comme s'ils avaient un établissement stable en Suisse et seront donc tenus de cotiser dans le 1^{er} pilier [cf Directives de l'OFAS sur l'assujettissement aux assurances AVS et AI (DAA), chiffre 2041, sur internet: www.sozialversicherungen.admin.ch, rubrique AVS, données de base].

D'après l'art. 5, al. 1, LPP, la personne qui est employée en Suisse par une entreprise ayant son siège dans l'un des 15 Etats de l'UE, doit être assurée à la LPP; l'entreprise en question a l'obligation de s'affilier à une institution de prévoyance dans la mesure où

les exigences de l'art. 11, al. 1, LPP sont remplies (employeur occupant en Suisse un salarié soumis à l'assurance obligatoire). L'exception de l'art. 1, al. 1, let. a, OPP 2 ne s'applique pas, car l'employeur a l'obligation de payer des cotisations à l'AVS.

Ces règles sont déjà en vigueur depuis le 1er juin 2002. Le délai transitoire de 5 ans prévu par le protocole de l'annexe II de l'accord sur la libre circulation des personnes ne concerne que la prestation de sortie de la prévoyance professionnelle (cf RO 2002 p. 1579).

Prise de Position de l'OFAS

447 Pratique de certaines assurances en cas de résiliation des contrats d'assurance collective

Depuis le 1^{er} avril 2004, en cas de résiliation des contrats d'assurance collective, les assureurs ne sont plus autorisés à déduire les risques d'intérêts si les contrats entre les institutions de prévoyance et les entreprises d'assurance ont duré plus de cinq ans. D'autre part, la résiliation des contrats d'affiliation est régie par de nouvelles règles qui tiennent mieux compte de la transparence et de la protection des droits des assurés.

Ces dispositions sont entrées en vigueur en avril de cette année et s'appliquent à tous les contrats existants ou nouveaux. Il n'y a pas de dispositions transitoires pour les contrats en cours. Or, il a été porté à la connaissance de l'OFAS que certains assureurs ont avisé leurs clients que les nouvelles dispositions légales ne touchent pas les contrats en cours mais uniquement les nouveaux contrats. Une telle disposition est non seulement fautive, mais encore viole-t-elle le texte clair de la loi, tel qu'il résulte de la volonté sans équivoque du parlement. Dès lors, tout contrat qui est résilié doit désormais respecter les dispositions du 1^{er} paquet de la 1^{ère} révision de la LPP.

448 Vente forcée du logement et remboursement du versement anticipé

(art. 30d LPP et art. 7 OEPL)

La vente forcée d'un logement et le produit qui en résulte, conformément à l'article 30d, alinéa 5 LPP, n'est pas forcément identique au montant du versement anticipé. On peut dès lors se poser la question de savoir si l'assuré conserve toujours le droit de procéder à des remboursements du versement anticipé. Certes, il a la possibilité de racheter des lacunes d'assurance selon la loi sur le libre passage (LFLP). En principe, il ne peut en faire usage que lors de l'entrée dans une nouvelle institution de prévoyance (art. 9 LFLP), voire ultérieurement si le règlement le prévoit expressément, ce qui n'est pas toujours le cas.

Par contre, dans le cadre de l'encouragement à la propriété du logement, différentes mesures ont été prévues par le législateur destinées à reconstituer le capital de couverture de l'assuré. Ainsi, l'article 30c, alinéa 4, LPP permet à l'assuré de combler les lacunes d'assurance en concluant une assurance complémentaire pour la couverture des risques de décès et d'invalidité. Les remboursements du versement anticipé sont régis aux articles 30d et 7 OEPL. En outre, en vertu de l'article 30d, alinéa 6, LPP, lorsque l'assuré rembourse le versement anticipé, il a droit à des prestations proportionnellement plus

élevées en fonction des remboursements, calculées selon le règlement de la caisse. Enfin, il y a encore lieu de mentionner, lorsque le versement anticipé est entièrement remboursé, la possibilité de racheter la perte d'intérêts résultant de la diminution du capital de prévoyance suite au versement anticipé (cf. art. 60a, al. 2, let. c, OPP2).

A notre avis, si après la vente forcée de l'immeuble, le versement anticipé n'a que partiellement été remboursé, il n'y a aucune raison de priver l'assuré de ses droits, même s'il ne dispose plus de la propriété de son logement. Les lacunes d'assurance subsistent encore et une solution contraire reviendrait à introduire une inégalité de traitement entre assurés selon que le produit de la vente suffit ou non à rembourser le montant du versement anticipé. Il est par conséquent toujours possible de procéder à des remboursements conformément aux dispositions légales, voire de poursuivre ou de contracter une assurance complémentaire pour les risques de décès et d'invalidité. Ces remboursements ne doivent pas être considérés comme des rachats et les articles 79a LPP, respectivement 60a OPP2, ne sont donc pas applicables.

Pour ce qui est de la restriction du droit d'aliéner selon l'article 30^e, alinéa 2, LPP, celle-ci n'a plus aucun objet et elle peut donc être radiée du registre foncier. En effet, cette restriction du droit d'aliéner selon la LPP n'est pas un moyen qui affecte le droit d'aliéner mais le pouvoir de disposer (cf. «Instructions aux autorités du registre foncier sur la mention d'une restriction du droit d'aliéner et sa radiation» publiées dans le Bulletin de la prévoyance professionnelle no 32, du 21 avril 1995, p. 9, ch. 1.6). L'assuré n'étant plus propriétaire de l'immeuble, il n'est par conséquent plus en mesure d'en disposer librement.

Jurisprudence

449 En cas de réticence de la part de l'assuré, l'institution de prévoyance est fondée, dans les quatre semaines après avoir pris connaissance du fait, à exclure la prévoyance subobligatoire prévue dans le contrat de prévoyance. Le délai commence à courir le jour où l'institution de prévoyance a reçu le dossier de l'assurance-invalidité

(Référence à un arrêt du TFA du 1^{er} décembre 2003, en la cause Z., B 50/02 ; arrêt rendu en allemand)

(Art. 4ss LCA)

La réticence et ses conséquences dans le domaine de la prévoyance plus étendue s'apprécient en premier lieu à la lumière des dispositions réglementaires de l'institution de prévoyance. Lorsque les statuts et les règlements n'en disposent pas autrement, l'institution de prévoyance est fondée, si l'assuré a commis une réticence, à dénoncer le contrat de prévoyance dans les quatre semaines, cela en application par analogie des art. 4ss LCA.

Selon l'art. 6 LCA, si celui qui devait faire la déclaration a, lors de la conclusion du contrat, omis de déclarer ou inexactly déclaré un fait important qu'il connaissait ou devait connaître (réticence), l'assureur n'est pas lié par le contrat, à condition qu'il s'en soit départi dans les quatre semaines à partir du moment où il a eu connaissance de la réticence. Ce délai commence à courir dès le moment où l'assureur est mis au courant de la réticence de façon certaine, c.-à-d. qu'il n'a plus aucun doute à son sujet.

Une personne morale a une connaissance relevante d'un état de fait lorsqu'elle dispose des éléments pertinents au sein de son organisation.

Il s'ensuit que pour l'institution de prévoyance, le délai de quatre semaines selon l'art. 6 LCA commence à courir non à la date où elle reçoit la prise de position de son médecin de confiance, mais à la date où elle reçoit le dossier de l'assurance-invalidité. L'institution doit alors déterminer s'il y a eu réticence. Lorsque cette détermination doit se faire en étroite collaboration avec le médecin de confiance, la caisse de pension est considérée comme informée des faits que ce dernier connaît et dont on peut déduire qu'il y a eu réticence. Si, pour fixer le moment à partir duquel court le délai, on se fonde sur la date de réception du rapport du médecin de confiance par l'institution, indépendamment de la durée pendant laquelle le dossier de l'assurance-invalidité est resté chez ledit médecin, cela reviendrait pratiquement à permettre à l'institution de fixer à bien plaisir le moment où commence à courir le délai. Le délai de quatre semaines suffit pour que l'institution puisse décider si elle veut se départir de la partie subrogatoire du contrat de prévoyance. Dans l'affirmative, cela constitue une mesure grave pour l'assuré, raison pour laquelle l'institution de prévoyance doit se montrer particulièrement attentive au respect du délai.

450 Calcul de surindemnisation et comparaison avec le revenu du frère de l'assuré dans l'entreprise familiale

(référence à l'arrêt du TFA du 22 mars 2004, en la cause S., B 98/03 ; arrêt en français)

(art. 34a LPP et 24 OPP 2)

L'institution de prévoyance (IP) a versé à S. des prestations d'invalidité depuis 1992, sur la base d'une incapacité de gain de 100 %, puis de 50 %. Dans son calcul de surindemnisation, l'IP s'est basée sur un salaire de 70'200 francs en 1991, dans une activité à plein temps. Elle a retenu un gain présumé perdu de 83'263 francs en 2002 après avoir indexé le salaire susmentionné selon la convention collective de la branche professionnelle.

S. prétend qu'il faudrait se baser sur le revenu brut de 106'100 francs réalisé en 2001 par son frère, qui exerce la même activité que lui au sein de la société, mais à plein temps, tandis que S. a travaillé à mi-temps depuis 1996.

Le revenu sans invalidité doit être évalué de la manière la plus concrète possible; c'est pourquoi il se déduit en principe du salaire réalisé en dernier lieu par l'assuré avant l'atteinte à la santé, en tenant compte de l'évolution des salaires (ATF 129 V 474 consid. 4.1). Cette règle n'est pas absolue, notamment dans le cas d'indépendants, pour lesquels il est parfois nécessaire d'analyser la situation concrète au regard notamment de la situation économique dans la branche considérée, des aptitudes de l'intéressé et des fonctions exercées au sein de l'entreprise (Meyer-Blaser, Bundesgesetz über die Invalidenversicherung [IVG], 1997, p. 208; RCC 1981 p. 40).

En l'espèce, on ignore sur quelle base l'IP s'est fondée pour retenir un salaire de 70'200 fr. en 1991. De plus, on ne dispose d'aucune indication sur le salaire versé au frère de S. avant la survenance de l'invalidité, ni sur l'évolution de ce salaire durant les années ultérieures ou encore sur la répartition entre les deux frères des activités dans la société.

Ces derniers éléments seraient éventuellement aptes à fournir des indices sur l'évolution probable du salaire de S. sans invalidité. Comme S. est actionnaire et administrateur de la société qui l'emploie, il a un statut qui s'apparente, dans les faits, à celui d'un indépendant. Or, il n'est pas d'emblée exclu qu'un indépendant à la tête d'une entreprise familiale d'installation de chauffages et de sanitaires puisse réaliser un revenu sensiblement supérieur à 80'000 francs, même si l'entreprise est exploitée en association avec un autre membre de la famille. Il n'est pas non plus déraisonnable de penser que si le recourant était à même de mettre à profit sa capacité de travail sans restriction, il pourrait espérer un revenu comparable à celui de son frère. C'est pourquoi, le TFA a renvoyé la cause au tribunal cantonal pour complément d'instruction.

451 Compétence pour statuer sur l'action en responsabilité civile contre l'institution de prévoyance

(référence à l'arrêt du TFA du 27 avril 2004, en la cause L., B 93/03 ; arrêt en français)

(art. 73, al. 1, LPP)

L. est au bénéfice d'une rente entière de l'AI depuis le 1er mars 1996. L'institution de prévoyance (IP) de L. a refusé de lui verser toute prestation d'invalidité, car l'incapacité de travail à l'origine de l'invalidité était survenue le 27 mars 1995, alors qu'il n'était plus assuré chez elle, suite à la résiliation des rapports de travail le 21 décembre 1994. L. a ouvert action devant le tribunal cantonal des assurances pour réclamer le paiement d'une somme de 123'834 francs, correspondant selon lui au dommage résultant de la perte des rentes qu'il aurait dû percevoir s'il avait été assuré. L. reproche à l'IP d'avoir omis de l'informer personnellement de toutes les possibilités légales de maintien de la prévoyance. Le tribunal cantonal des assurances a rejeté l'action de L., en considérant que l'IP n'était pas responsable de l'absence de couverture d'assurance lorsque L. a été victime d'un infarctus le 27 mars 1995.

Le TFA constate que L. n'a pas saisi le juge des assurances sociales d'une action dirigée contre l'IP en paiement de prestations de la prévoyance professionnelle, en exécution d'un contrat de prévoyance. En effet, L. a uniquement invoqué la responsabilité de l'IP dans le défaut d'assurance lors de la survenance du risque afin d'obtenir la réparation du préjudice causé, qui correspondrait selon lui aux rentes qu'il ne pouvait pas percevoir.

Or, un tel litige ne relève pas spécifiquement de la prévoyance professionnelle, au sens de l'art. 73 al. 1 LPP. En effet, il s'agit-là manifestement d'une action en responsabilité civile du fait d'un dommage, intentée contre l'IP. Une telle action n'est pas recevable devant les autorités juridictionnelles désignées à l'art. 73 LPP (ATF 117 V 42 consid. 3d, ATF 120 V 30 consid. 3 et 4, RSAS 1998 p. 133 consid. 4b, RSAS 1998 p. 53 consid. 2). Le TFA n'est donc pas compétent pour en connaître, pas plus qu'il ne saurait constater en l'état une éventuelle violation d'une obligation de renseigner.

Par conséquent, le Tribunal cantonal des assurances n'était pas habilité, en sa qualité de juge de l'art. 73 LPP, de connaître de la demande portée devant lui. En définitive, le jugement cantonal attaqué doit être annulé d'office (cf. ATF 120 V 32 consid. 4).

452 Pas de droit à la prise en compte d'avoirs provenant d'une institution de libre passage après la survenance d'un cas de prévoyance

(Référence à un arrêt du TFA du 30 avril 2004, en la cause K., B 83/02 ; arrêt rendu en allemand)

(confirmation de l'arrêt du 10.07.2003, B 9/01 = TFA 129 V 440, résumé dans le bulletin LPP N° 71, du 23.12.2003, ch. 424, et délimitation de l'état de fait ayant donné lieu à cet arrêt)

Dans le cas présent, l'assuré a exigé, après la survenance de l'invalidité, que des avoirs de libre passage transférés par des institutions de prévoyance précédentes à une fondation de libre passage et à l'institution supplétive soient pris en compte par son institution de prévoyance et utilisés pour le calcul de la rente d'invalidité. Lors de l'entrée dans l'institution de prévoyance débitrice de la prestation, il n'existait aucune obligation réglementaire d'apporter les avoirs déposés auprès d'institutions de libre passage. En outre, l'institution de prévoyance avait à l'époque attiré l'attention de l'assuré sur son obligation de transférer l'avoir acquis dans l'institution de prévoyance immédiatement précédente et sur la possibilité de racheter des prestations.

En l'espèce, le TFA a jugé que conformément à la jurisprudence rendue à propos de l'art. 4, let. a, de l'ordonnance du 12 novembre 1986 sur le maintien de la prévoyance et le libre passage, en vigueur jusqu'au 31 décembre 1994 (aOLP), qui visait le même objectif que l'actuelle OLP, le droit de pouvoir transférer en tout temps un avoir d'une institution de libre passage à une institution de prévoyance n'existait qu'aussi longtemps qu'un cas d'assurance (vieillesse, décès ou invalidité) n'était pas encore survenu. Cette situation est différente de celle où la prestation de libre passage se trouve encore auprès de l'institution de prévoyance précédente et où par conséquent cette dernière doit en tenir compte même après la survenance du cas de prévoyance (ATF 129 V 440).

453 Droit de recours du fonds de garantie contre un canton dont l'autorité de surveillance a contribué par sa faute à l'insolvabilité d'une institution de prévoyance

(référence à l'arrêt du TFA du 4 mai 2004, en la cause canton de Soleure c. fonds de garantie, B 78/01 ; arrêt en allemand)

(art. 52, 56a, al. 1, 73, al. 1, 2^e phrase, LPP)

Le fonds de garantie qui, d'après l'art. 56, al. 1, LPP, garantit les prestations légales des institutions de prévoyance devenues insolubles, dispose, à concurrence des prestations garanties, d'un droit de recours contre les personnes responsables de l'insolvabilité de l'institution de prévoyance ou du collectif d'assurés (art. 56a LPP dans sa teneur en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1997). Depuis le 1^{er} janvier 1997, le tribunal (cantonal) de l'art. 73, al. 1, 2^e phrase, LPP compétent pour connaître des actions en responsabilité au sens de l'art. 52 LPP est aussi compétent pour statuer sur les actions en remboursement intentées par le fonds de garantie, même lorsque la situation litigieuse a débuté avant le 1^{er} janvier 1997.

L'art. 56a, al. 1, LPP régit non pas la responsabilité d'un cercle déterminé de personnes mais le droit au remboursement du fonds de garantie contre les personnes qui ont contribué par leur faute à l'insolvabilité de l'institution de prévoyance ou du collectif d'assurés. Par contre, l'art. 52 LPP prévoit la responsabilité des personnes chargées de l'administration, de la gestion ou du contrôle de l'institution de prévoyance pour le dommage qu'elles ont causé à celle-ci par leur propre faute. D'après la volonté du législateur, le fonds de garantie doit être indemnisé pour les prestations qu'il a garanties, de sorte que le cercle des personnes contre lesquelles il peut se retourner dépasse celui de l'art. 52 LPP. L'art. 56a, al. 1, LPP constitue la base légale pour la responsabilité de toutes les personnes qui ont contribué par leur faute à l'insolvabilité de l'institution de prévoyance. Il vise notamment les personnes dont la responsabilité n'est pas engagée selon l'art. 52 LPP. Sur la base de l'art. 56a, al. 1, le fonds de garantie dispose donc aussi d'un droit au remboursement contre ces personnes.

Le droit de recours du fonds de garantie selon l'art. 56a, al. 1, LPP peut s'exercer également contre les personnes morales du droit public, y compris les cantons. Le législateur a délibérément renoncé à un renvoi à l'art. 52 LPP, qui régit la responsabilité sans mentionner les autorités de surveillance, cela afin d'inclure les autorités de surveillance et leurs cantons respectifs dans le cercle des personnes ayant la légitimation passive. Dans le cadre de l'application du droit fédéral sur la prévoyance professionnelle obligatoire, la surveillance relève de la compétence des cantons (art. 61 ss LPP). C'est pourquoi, le fonds de garantie doit pouvoir agir contre le canton, en tant qu'organe chargé de la surveillance, lorsque l'autorité cantonale de surveillance n'a pas rempli correctement les tâches qui lui incombent selon l'art. 62 LPP et qu'elle a contribué ainsi à l'insolvabilité de l'institution de prévoyance.

454 Annonce d'un salaire inexistant

(référence à l'arrêt du TFA du 28 mai 2004, cause B 91/03 ; arrêt en allemand)

Pendant plusieurs années, un salaire annuel de 40'000 francs avait été annoncé à l'institution de prévoyance au nom de l'intimée, en tant qu'épouse collaborant dans l'entreprise de son mari. Toutefois, aucun salaire n'a jamais été versé et aucune cotisation AVS n'a été prélevée. Lorsque l'intimée atteignit l'âge de la retraite, l'institution de prévoyance versa à celle-ci une prestation de vieillesse sous forme de capital. Par la suite, l'institution de prévoyance exigea le remboursement de cette prestation après avoir constaté qu'il n'y a jamais eu perception de cotisations AVS en faveur de cette assurée.

Le TFA a considéré l'intimée comme une épouse collaborant (occasionnellement) dans l'entreprise de son mari, sans toucher de salaire en espèces, ni d'indemnité au sens de l'art. 165 CC. En l'absence de salaire, elle n'était donc pas assurée obligatoirement. Il n'y avait, par ailleurs, aucun indice que l'intimée était assurée comme indépendante ou facultativement. De plus, l'intimée ne pouvait se prévaloir d'aucun droit en invoquant la protection de la bonne foi, car elle a déclaré qu'elle s'occupait de l'administration, de sorte qu'elle était censée savoir que son mari a fait croire à l'institution de prévoyance qu'un salaire était versé à l'épouse. C'est pourquoi, le TFA a jugé que la prestation de vieillesse

avait été versée à tort et que, dès lors, l'action en remboursement de l'institution de prévoyance était bien fondée.

La question du remboursement des cotisations encaissées peut rester ouverte. En effet, ni les mémoires des parties dans la procédure cantonale, ni le jugement attaqué n'avaient pour objet l'existence et l'étendue d'un éventuel remboursement des cotisations. Par conséquent, cette question ne peut faire l'objet d'un recours devant le TFA.

455 Divorce et partage de la prévoyance

(Référence à l'arrêt du TFA du 3 juin 2004 en la cause JL et S. M., B 115/03; arrêt rendu en français)

(Art. 22 LFLP ; art. 122, 123, 141 et 142 CC ; art. 7 OLP ; art. 12 OPP2)

Conformément à l'art. 122, al. 1 CC, les prestations de sorties acquises par chaque époux durant le mariage sont partagées par moitié, lorsqu'aucun cas de prévoyance n'est survenu. Chaque époux a droit à la moitié des avoirs de l'autre, tandis que, lorsque les deux conjoints ont des créances réciproques, seule la différence entre ces deux créances est partagée (art. 122 al. 2 CC).

Le TFA rappelle que pour chaque conjoint, on calcule la prestation à partager en déduisant la prestation de sortie existant avant le mariage et on rajoute les intérêts. En revanche, lorsque des sommes ont été transférées au titre de mesures spéciales ou de fortune libre à l'un des époux, avant le mariage, on ne doit pas les prendre en considération dans le calcul de la prestation à partager.

A cette occasion, le TFA rappelle que le calcul de la somme à partager doit s'opérer non pas en additionnant les montants respectifs des époux avant le partage et diviser par deux la somme obtenue, comme le préconisent certains actuaires, puis de transférer le résultat de ce partage, mais bien de déduire du montant le plus élevé des deux avoirs le montant le moins élevé et de partager en deux le montant y résultant. Cette somme ainsi obtenue sera ensuite transférée à l'institution de prévoyance de l'époux créancier (cf. ATF 129 V 254 cons. 2.3). D'autre part, sur la somme de la prestation de sortie à transférer, l'institution de prévoyance débitrice doit verser à la fois des intérêts compensatoires et moratoires. L'intérêt compensatoire est dû dès l'entrée en force du jugement de divorce, au taux fixé par son règlement, ou, à tout le moins, à celui correspondant au taux légal LPP. A cela s'ajoute un intérêt moratoire éventuel dès le 31^{ème} jour après l'entrée en force du jugement de divorce, du jugement du tribunal LPP compétent, respectivement du jugement du TFA. Le taux de l'intérêt moratoire correspond à l'art. 7 OLP en corrélation avec l'art. 12 OPP2.

456 Compensation de la créance en dommages-intérêts contre le mari divorcé avec la créance de l'épouse divorcée

(référence à l'arrêt du TFA du 28 juin 2004, en la cause W., B 76/03 ; arrêt en allemand)

(art. 120 CO)

L'institution de prévoyance a fait valoir une créance en dommages-intérêts contre le mari divorcé dans le cadre de la faillite privée de celui-ci. Il y a lieu d'examiner si l'institution de prévoyance peut compenser sa créance en dommages-intérêts avec le droit de l'épouse divorcée à une part de la prestation de sortie selon le jugement de divorce.

La compensation de créances réciproques constitue selon la doctrine et la jurisprudence un principe général du droit qui est ancré aux art. 120 ss CO en ce qui concerne le droit civil, mais qui s'applique aussi au droit administratif. Le principe de compensation s'applique également au droit des assurances sociales, même lorsqu'il n'est pas prévu expressément. Dans le domaine de la prévoyance professionnelle, la loi régit (de manière restrictive) uniquement le cas de la compensation des créances que l'employeur a cédées à l'institution de prévoyance. La réciprocité des créances constitue une des conditions positives de la compensation d'après l'art. 120, al. 1, CO, ainsi qu'en droit administratif. Il y a réciprocité au sens de cette disposition lorsqu'il y a deux obligations et que deux personnes sont simultanément créancières et débitrices l'une envers l'autre pour chacune des obligations.

L'épouse divorcée dispose, sur la base du jugement de divorce, d'un droit direct sur une part de la prestation de sortie. Dans le cas d'espèce, ce n'est pas la femme divorcée qui est débitrice de la créance à compenser, mais l'époux divorcé, de sorte qu'il n'y a pas de réciprocité, qui est l'exigence fondamentale pour la compensation.

La déclaration de compensation de l'institution de prévoyance à l'égard de l'époux divorcé est sans importance dans le présent cas, car la question litigieuse est de savoir si le jugement de divorce confère à l'épouse divorcée le droit de faire transférer une partie de la prestation de sortie de son ex-mari. Par conséquent, c'est uniquement la déclaration de compensation à l'égard de l'épouse divorcée qui entre en considération, laquelle s'avère inadmissible en l'absence de réciprocité des créances.