
BULLETIN DE LA PRÉVOYANCE PROFESSIONNELLE NO. 85

8 septembre 2005

Table des matières

Prise de position de l'OFAS

- 490 Versement de la prestation de libre passage et Accord CH-UE sur la libre circulation des personnes - Quelques cas particuliers
- 491 Versement de la prestation de la prévoyance professionnelle à l'étranger
- 492 Versement anticipé et propriété commune des conjoints avec une tierce personne

Jurisprudence

- 493 Compétence du tribunal de l'art. 73 LPP, action en responsabilité par l'assuré et critères de répartition des fonds libres
- 494 En l'absence d'une situation de liquidation totale ou partielle, l'employeur n'a pas à répondre du découvert technique en cas de sous-couverture envers l'institution de prévoyance
- 495 Incidence du changement d'institution de prévoyance par l'employeur sur l'incapacité de travail d'une salariée
- 496 Le fait que l'un des conjoints ait atteint l'âge à partir duquel il peut prendre une retraite anticipée en vertu des dispositions réglementaires de son institution de prévoyance n'empêche pas le partage de la prestation de sortie en cas de divorce
- 497 Une réglementation dérogeant à la LPP qui ne prévoit pas pour les rentes de vieillesse des rentes pour enfants recueillis et du premier lit ne porte pas atteinte aux principes constitutionnels de l'égalité de traitement et de l'interdiction de l'arbitraire
- 498 Prévoyance professionnelle obligatoire pour les collaborateurs libres travaillant dans l'informatique
- 499 Encouragement à la propriété du logement et divorce: Prise en compte du versement anticipé dans le partage de la prestation de sortie
- 500 Pas de droit à une part des réserves de fluctuation lorsque des avoirs sont transférés en espèces dans le cadre d'une liquidation partielle

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

Prise de position de l'OFAS

490 Versement de la prestation de libre passage et Accord CH-UE sur la libre circulation des personnes - Quelques cas particuliers

Ces derniers temps, plusieurs informations, souvent inexactes, ont circulé autour du versement en espèces de la prestation de sortie lorsque l'assuré quitte la Suisse pour un Etat de l'UE ou de l'AELE, après mai 2007. Nous vous rappelons les informations données dans le bulletin no 61 du 22 mai 2002, ch. 373, que nous confirmons ci-après.

Les assurés qui quittent la Suisse pour un Etat de l'UE ou de l'AELE, après le 31 mai 2007, pourront continuer de toucher en espèces la partie correspondant à la prévoyance minimale obligatoire de la prestation de libre passage, sauf s'ils sont assujettis à l'assurance-pensions obligatoire d'un pays de l'UE/AELE. La part éventuelle restante de la prévoyance surobligatoire pourra faire l'objet d'un remboursement dans tous les cas. La prestation sera ainsi partagée et une partie du capital devra rester en Suisse. Le *transfert* du capital de prévoyance qui reste en Suisse doit obligatoirement être effectué à une institution de libre passage en Suisse (compte bancaire ou police d'assurance); un transfert à une institution étrangère est exclu, exception faite pour le Liechtenstein où le deuxième accord complémentaire à la convention de sécurité sociale permet le transfert de la prestation de libre passage dans une institution de prévoyance du Liechtenstein lorsqu'on commence une nouvelle activité salariée au Liechtenstein¹.

Quelques cas particuliers:

1. Une personne quittant la Suisse pour s'établir comme indépendante dans un pays de l'UE ou de l'AELE a-t-elle droit au versement en espèces de sa prestation de libre passage minimale légale (ci-après: PLP) conformément à l'art. 5, al. 1, let. b, LFLP?

Non si cette personne est assurée à titre obligatoire à l'assurance-pensions d'un pays de l'UE ou de l'AELE. Autrement dit, le critère déterminant en l'espèce n'est pas l'établissement ou non à son propre compte, mais l'assujettissement ou non à l'assurance-pensions d'un pays de l'UE ou de l'AELE.

2. Une personne quittant la Suisse pour s'installer dans un pays de l'UE ou de l'AELE ou qui est déjà installée dans ce pays a-t-elle droit aux prestations en vue de l'acquisition d'un logement?

Oui, car «l'accord n'a pas d'effet (...) sur l'encouragement à la propriété du logement. Il sera toujours possible de transférer de l'argent à l'étranger afin d'y acquérir un logement en propriété» (message relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF 1999 5440, ch. 273.233.3²).

¹ Voir Bulletin de la prévoyance professionnelle no. 56, du 29 décembre 2000, ch. 333 (<http://www.bsv.admin.ch/publikat/mbv/f/mbv56.pdf>) et Bulletin de la prévoyance professionnelle no. 58, du 10 octobre 2001, ch. 359 (<http://www.bsv.admin.ch/publikat/mbv/f/mbv58.pdf>).

² <http://www.admin.ch/ch/f/ff/1999/5440.pdf>

3. Y a-t-il un âge-terme à partir duquel le versement en espèces de la PLP est toujours possible?

Non. En revanche, selon l'art. 16, al. 1, OLP, les prestations de vieillesse dues en vertu de polices et de comptes de libre passage peuvent être versées au plus tôt cinq ans avant que l'assuré n'atteigne l'âge ordinaire de la retraite visé à l'art. 13, al. 1, LPP. Pour autant que les conditions prévues par la police ou le compte de libre passage le permettent, l'intéressé aura donc droit à la prestation de vieillesse - soit presque toujours une prestation en capital - à 60 ans pour les hommes et à 59 ans pour les femmes (en 2005). Il s'agit bien sûr d'une prestation de vieillesse et non à proprement parler d'une PLP, mais le résultat est sensiblement le même.

4. Une personne qui touche une pension de vieillesse dans un pays de l'UE ou de l'AELE a-t-elle droit au versement en espèces de sa PLP?

Non si cette personne est assurée à titre obligatoire à l'assurance-pensions d'un pays de l'UE/AELE (art. 25f, al. 1, LFLP). La loi ne contient à cet égard aucune exception ou réserve en faveur des pensionnés.

491 Versement de la prestation de la prévoyance professionnelle à l'étranger

L'OFAS a été saisi de plaintes d'assurés à qui des institutions de prévoyance avaient refusé le versement de leur prestation de prévoyance à l'étranger. A cet égard, il y a lieu de rappeler que l'Accord sur la libre circulation des personnes prévoit l'égalité de traitement entre ressortissants suisses et ressortissants étrangers, de même qu'il consacre le principe de l'assimilation des territoires. Ces règles ont été étendues aux pays de l'AELE. Tant du point de vue de la prévoyance obligatoire que de la prévoyance plus étendue, les dispositions de droit européen, à savoir pour la prévoyance obligatoire, le Règlement 1408/71 de sécurité sociale et pour la prévoyance plus étendue, la Directive 98/49 prirent le droit national. Ces textes prévoient notamment que les rentes versées ne peuvent pas être réduites ou suspendues du fait que les assurés résident dans un autre Etat que celui qui sert la prestation. En d'autres termes, la prestation doit être versée sur un compte bancaire dans le pays de l'UE/AELE où réside le bénéficiaire si ce dernier en fait la demande. Ainsi la prestation sera servie au bénéficiaire sans être amputée des frais inhérents au transfert de sommes d'une banque en Suisse à une banque à l'étranger.

492 Versement anticipé et propriété commune des conjoints avec une tierce personne

L'OFAS a été consulté sur la question de savoir si un conjoint a droit au versement anticipé lorsque le logement est en propriété commune entre les époux et un tiers.

Selon l'art. 2, al. 2, de l'ordonnance sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle (OEPL), les formes autorisées de propriété du logement sont:

- a. la propriété;
- b. la copropriété, notamment la propriété par étages;

- c. la propriété commune de la personne assurée avec son conjoint;
- d. le droit de superficie distinct et permanent.

D'après la lettre c de cette disposition, seule la propriété commune entre les époux est admissible. Par conséquent, sont exclus les autres cas de propriété commune où une autre personne que les époux est également propriétaire en commun (cf. Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 32 du 21 avril 1995, p. 12 ch. 2.8 et p. 14 ch. 2 avant-dernier paragraphe : instruction et directive de l'Office fédéral chargé du droit du registre foncier). Contrairement à la copropriété, il n'y a pas de quote-part pour chacun des propriétaires en commun (art. 653, al. 3, CC), de sorte que le montant du versement anticipé ne peut être individualisé pour chacun d'entre eux.

Ce principe s'applique non seulement au 2e pilier mais également au pilier 3a. En effet, l'art. 3, al. 5, de l'ordonnance OPP 3 renvoie pour les notions de propriété du logement, de participation et de propres besoins aux art. 2 à 4 OEPL.

Jurisprudence

493 Compétence du tribunal de l'art. 73 LPP, action en responsabilité par l'assuré et critères de répartition des fonds libres

(Référence à l'arrêt du TFA du 25 juillet 2005, en la cause M. contre le Fonds de prévoyance en faveur du personnel de la fiduciaire des arts et métiers SA en liquidation et A., G., C. et Z. SA ; arrêt B 6/05 en français)

(art. 52, 73 et 74 LPP)

L'assuré M., licencié par Z. SA, a intenté devant le Tribunal des assurances du canton de Vaud une action en responsabilité contre 3 membres du conseil de fondation A., G. et C. ainsi que contre la société Z. SA et le Fonds lui-même en raison des actes de ses organes. M. prétend que A., G., C., Z. SA et le Fonds seraient responsables d'avoir soi-disant versé indûment une rente de vieillesse à R., ancien administrateur de Z. SA ainsi qu'une rente de veuve à l'épouse de R après le décès de celui-ci. De plus, M. conteste devant ce même tribunal les critères de répartition des fonds libres.

Selon l'art. 52 LPP, les personnes chargées de l'administration, de la gestion et du contrôle de l'institution de prévoyance répondent du dommage qu'elles lui causent intentionnellement ou par négligence. Le tribunal désigné par l'art. 73 al. 1 LPP statue sur les prétentions en responsabilité émises à ce titre (art. 73 al. 1, 2e phrase, LPP). La créance en responsabilité contre les personnes mentionnées appartient toutefois uniquement à l'institution de prévoyance. Les assurés eux-mêmes ne peuvent faire valoir aucune prétention à ce titre. La voie de l'art. 73 LPP n'est donc pas ouverte contre une action en responsabilité d'un assuré fondée sur le droit de la prévoyance professionnelle (art. 52 LPP). Plus généralement, la responsabilité de l'institution de prévoyance à l'égard des assurés ou de tiers relève de la responsabilité des organes d'une personne morale selon l'art. 55 CC et ressortit en conséquence aux juridictions civiles (arrêt H. du 10 mars 2004, B 37/03). Quant à la prétention en responsabilité dirigée contre l'employeur, elle ne relève pas non plus des juridictions désignées par l'art. 73 LPP (cf. ATF 120 V 26).

Les décisions de l'autorité de surveillance relatives à l'approbation d'un plan de répartition, en cas de liquidation totale ou partielle, sont sujettes à recours selon l'art. 74 LPP

(ATF 119 Ib 50 consid. 1c; consid. 1.2 non publié de l'arrêt ATF 128 II 394 du 10 septembre 2002, 2A.54/2002; cf. aussi RSAS 1995 p. 377 consid. 3). Par conséquent, les griefs à l'encontre d'un plan de répartition ne peuvent pas être invoqués par la voie de l'action, mais par la voie du recours administratif à la Commission de recours LPP, puis au Tribunal fédéral (cf. ATF 128 II 394). En revanche, le point de savoir si une personne remplit les critères adoptés dans le plan de répartition entré en force est une question qui relève de l'exécution même du plan de répartition et qui doit être examinée selon la voie de droit de l'art. 73 LPP (arrêt R. du 14 novembre 2003, B 41/03; arrêt K. du 3 mars 2005, B 107/04). Dès lors, même si le plan de répartition est entré en force, un assuré peut faire valoir à l'encontre de l'institution de prévoyance, par la voie de l'action selon l'art. 73 LPP, une prétention tirée du fait que l'institution lui aurait refusé le droit à tout ou partie des fonds libres au motif qu'il ne remplit pas les critères prévus par le plan de répartition.

494 En l'absence d'une situation de liquidation totale ou partielle, l'employeur n'a pas à répondre du découvert technique en cas de sous-couverture envers l'institution de prévoyance

(Référence à l'arrêt du TFA du 30 juin 2005 dans l'affaire Caisse de pensions de l'ASCOOP contre M. SA en liquidation et N. SA en liquidation, B 82/04; arrêt en allemand)

(Art. 19 LFLP, art. 23 LFLP dans sa version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2004)

L'assemblée générale de M. SA a décidé le 11 octobre 2002 de dissoudre la société. N. SA a pris une décision identique le 11 avril 2003. Un grand nombre d'employées des deux entreprises de chemins de fer est entré au service des CFF.

Le 18 mars 2003, l'OFAS a informé la Caisse de pensions de l'ASCOOP qu'il renonçait à ordonner une liquidation partielle en relation avec M. SA. Dans sa lettre du 22 avril 2003, sous la remarque "Sorties de l'ASCOOP et dissolution du contrat d'affiliation M. et N.", l'ASCOOP a informé que, dès lors que l'OFAS ne demandait pas la liquidation partielle dans le cas de M. elle avait décidé, de son côté, de transférer les prestations de sortie non réduites aux collaborateurs des deux sociétés. En même temps toutefois, elle chiffrait le déficit actuariel qui en résultait à 1'774'640.50 francs et demandait aux entreprises de chemins de fer de lui transférer ce montant dans les 30 jours.

Au vu de la décision de l'OFAS entrée en force selon laquelle les conditions pour une liquidation partielle ne sont pas réalisées, se pose la question de savoir si les conventions d'affiliation conclues entre les parties ont été résiliées et le cas échéant, à quel moment. La cour cantonale a répondu par la négative et a conclu que les conventions d'affiliation n'ont pas été résiliées. Conformément à l'art. 105, al. 2, OJ, le TFA estime être lié par les faits constatés par la dernière instance.

L'instance cantonale a en outre décidé que ni la loi, ni le règlement ne permettent de conclure à une obligation pour les défenderesses de prendre en charge le déficit actuariel. Ce déficit est dû au fait que la prestation de libre passage des assurés sortant ne peut pas être réduite en raison d'une situation de découvert, contrairement à la situation d'une liquidation totale ou partielle (non réalisée ici), à l'occasion de laquelle une per-

sonne assurée peut avoir des prétentions aux fonds libres mais peut aussi voir sa prestation de sortie réduite du fait d'une situation de découvert, auquel cas l'avoir de retraite ne peut pas être diminué (art. 19 LFLP, art. 23 LFLP dans sa version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2004, art. 53d LPP, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2005).

A défaut d'effet rétroactif, le nouvel art. 65d, al. 3 let. a LPP en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2005 n'est pas applicable au présent cas.

495 Incidence du changement d'institution de prévoyance par l'employeur sur l'incapacité de travail d'une salariée

(Référence à un arrêt du TFA du 19 juillet 2005 dans la cause S., fondation collective en liquidation contre P. fondation, B 9/05, arrêt en allemand)

(Art. 23 LPP)

S. était occupée depuis le 1^{er} juin 1995 à titre d'aide infirmière à 60% dans un home médicalisé et était assurée pour la prévoyance professionnelle auprès de la fondation P. L'employeur s'affilia par la suite avec effets au 1^{er} janvier 1999 à la fondation collective S.

Au mois d'août 1998 déjà, S. s'était plainte de douleurs dorsales et s'est annoncée à l'assurance-invalidité qui, par l'intermédiaire de l'office AI du canton de St-Gall, lui a octroyé une demi-rente d'invalidité dès le mois d'août 2000.

Aussi bien la fondation collective S. que la fondation P. ont refusé de lui verser une rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle et l'ont renvoyé à s'adresser à cet effet à l'autre institution de prévoyance.

L'unique question litigieuse en l'espèce porte sur la question de savoir laquelle des deux fondations de prévoyance est tenue à prestations. Il ressort des considérants que la cour cantonale n'a pas examiné si S. a changé de la première institution de prévoyance à la deuxième en tant qu'assurée active ou autrement (à titre d'assurée passive, resp. de bénéficiaire de rentes). A cette question, la recourante n'oppose finalement comme seul argument pertinent que la détermination du début de l'incapacité de travail invalidante selon l'article 23 LPP est facilement reconnaissable «... car le capital de couverture transféré à la fondation S. ne contenait que les avoirs de vieillesse et non la part afférente aux rentes futures. Si l'incapacité de travail déterminante à l'origine de l'invalidité est survenue alors que l'assurée était affiliée à la fondation P, le capital de couverture nécessaire au financement de ce cas devrait être calculé pour cette dernière et non être transféré à la fondation collective S. étant donné que c'est le règlement de la première institution de prévoyance qui détermine le droit à la prestation...».

Cette objection ne change rien au fait qu'à la date de la résiliation du contrat d'affiliation au 31 décembre 1998, la fondation P. a transféré un capital de couverture d'un montant de 1'560'782,85 francs, inclus, selon les indications de la partie défenderesse, «l'ensemble des capitaux de couverture pour les assurés actifs et pour les rentiers». On ne peut pas non plus prendre en considération que seule l'assurée S. est restée affiliée à la fondation P. au cas où l'on avait pris connaissance, lors du changement d'institution de prévoyance, d'une éventuelle incapacité de travail pouvant conduire par la suite à une invalidité. Il n'y a en effet aucun élément permettant de déduire que les parties concernées

par la résiliation du contrat d'affiliation et l'affiliation de l'employeur à la nouvelle institution de prévoyance ont spécialement prévu pour l'assuré S. une telle procédure alors que cependant tous les assurés passifs (rentiers) sont transférés à l'institution de prévoyance recourante.

Traiter différemment les travailleurs dont le cas d'assurance selon l'article 23 LPP –à savoir dont l'incapacité de travail déterminante qui conduit à l'invalidité est déjà survenue– que les autres assurés actifs et les rentiers n'est pas conciliable avec le principe de l'égalité de traitement des destinataires, un élément clef de la prévoyance professionnelle.

496 Le fait que l'un des conjoints ait atteint l'âge à partir duquel il peut prendre une retraite anticipée en vertu des dispositions réglementaires de son institution de prévoyance n'empêche pas le partage de la prestation de sortie en cas de divorce

(Référence à l'arrêt du TFA du 28 juin 2005 dans l'affaire Caisse de pensions de l'Etat de Vaud contre A. et B., B 19/05; arrêt en français)

(Art. 122, al. 1 et 124, al. 1 CC; art. 47, al. 1, LCP-VD)

Lorsqu'un assuré quitte son institution de prévoyance avant la survenance d'un cas de prévoyance (cas de libre passage), il a droit à une prestation de sortie. En règle générale, le cas de prévoyance « vieillesse » se produit, pour les hommes, dès qu'ils ont atteint l'âge de 65 ans et, pour les femmes, dès qu'elles ont atteint l'âge de 64 ans. Les dispositions réglementaires de l'institution de prévoyance peuvent toutefois prévoir que le droit aux prestations de vieillesse prend naissance dès le jour où l'activité lucrative prend fin. L'assuré n'a ainsi droit à la prestation de sortie que s'il quitte l'institution de prévoyance avant d'avoir atteint l'âge réglementaire pour prendre une retraite anticipée.

En cas de divorce, la situation est toutefois différente. Le fait que l'un des conjoints ait atteint l'âge à partir duquel il peut prendre une retraite anticipée, selon les dispositions de son institution de prévoyance, n'empêche pas le partage de la prestation de sortie en cas de divorce. Par la survenance d'un cas de prévoyance au sens des art. 122 et 124 CC, il faut entendre la naissance d'un droit concret à des prestations de la prévoyance professionnelle qui rend ainsi impossible le partage des avoirs de prévoyance.

Un conjoint ne saurait en effet être privé de la moitié des avoirs de prévoyance à laquelle il a droit en cas de divorce en vertu de l'art. 122 al. 1 CC. Selon la volonté du législateur, chaque époux a un droit inconditionnel à la moitié des expectatives de prévoyance constituées pendant le mariage. En cas de divorce, la survenance du cas de prévoyance « vieillesse » se produit au moment où l'assuré perçoit réellement des prestations de vieillesse de son institution de prévoyance professionnelle, et non pas dès l'instant où il pourrait prendre une retraite anticipée en vertu des dispositions réglementaires de son institution de prévoyance.

497 Une réglementation dérogeant à la LPP qui ne prévoit pas pour les rentes de vieillesse des rentes pour enfants recueillis et du premier lit ne porte pas atteinte aux principes constitutionnels de l'égalité de traitement et de l'interdiction de l'arbitraire

(Référence à l'arrêt du TFA du 30 juin 2005 dans la cause E contre la caisse de pension de l'UBS, B 84/03 ; arrêt en allemand)

(Art. 8 al. 1 et 9 Cst. féd. ; art. 17, 20 et 49 LPP ; montant des rentes pour enfants pour les rentes de vieillesse dans le cadre de la prévoyance professionnelle plus étendue)

Dans les limites de la LPP, les institutions de prévoyance peuvent adopter le régime des prestations, le mode de financement et l'organisation qui leur conviennent (art. 49, 1er al., LPP). Par ailleurs, en vertu du 2e alinéa de cette disposition, une institution de prévoyance peut librement déterminer dans son règlement –à la condition de respecter toutefois les principes constitutionnels de l'égalité de traitement, de la proportionnalité ainsi que de l'interdiction de l'arbitraire- dans quelle mesure les personnes appartenant au cercle de l'assuré peuvent bénéficier des prestations.

Il se pose dès lors la question de la conformité à la loi d'une disposition réglementaire qui ne prévoit des rentes pour enfants pour la prévoyance vieillesse obligatoire que pour les enfants dont le lien parental avec l'assuré ressort de l'article 252 CCS et qui exclut par conséquent les rentes de vieillesse pour les enfants recueillis et ceux du premier lit. Il est particulièrement intéressant d'examiner en premier lieu si cette disposition réglementaire ne contrevient pas aux principes de l'égalité de traitement et de l'interdiction de l'arbitraire.

Il y a lieu de constater avec l'OFAS que l'article 43, 2e alinéa du règlement de la caisse de pension prévoit expressément des prestations de vieillesse seulement pour les enfants ayant un rapport de paternité. L'application par analogie de la formulation contenue à l'article 252 CCS «...force du mariage du père avec la mère...» permet de déduire à partir du texte clair et de l'application du principe de la confiance que seuls sont visés les enfants nés pendant le mariage, ce qui exclut justement les enfants recueillis et ceux du premier lit.

Cette disposition réglementaire ne transgresse pas l'égalité de traitement quant au droit aux prestations pour enfants à l'égard, d'une part, de ceux qui jouissent au sens du droit de la famille d'un lien de parenté avec le père et, d'autre part, les enfants recueillis et les enfants d'un premier lit.

Les prestations du régime obligatoire de la prévoyance professionnelle servent – contrairement à la prévoyance plus étendue- uniquement à garantir le maintien de façon appropriée du niveau de vie antérieur. C'est pourquoi, il paraît justifié pour la prévoyance obligatoire où est instituée une obligation d'entretien dans le cadre légal ou contractuel, d'octroyer au bénéficiaire d'une rente de vieillesse, outre son propre droit à la rente, une rente complémentaire pour enfant. Ce principe vaut en particulier pour les rentes pour enfants qui ne couvrent que la part de revenus de la vie active en remplacement des allocations pour enfants versées par l'employeur (SJZ 2003, p. 432).

498 Prévoyance professionnelle obligatoire pour les collaborateurs libres travaillant dans l'informatique

(Référence à l'arrêt du TFA du 21.07.05 en la cause M. contre fondation de prévoyance du personnel de S. SA, B 22/05 ; arrêt rendu en allemand)

(Art. 1, al. 1, let. b, OPP 2)

Du 1^{er} mai 1988 à fin août 1995, M. a animé des séminaires informatiques internes et externes pour le compte de la société S. SA. Il a exercé cette fonction en tant qu' «instructeur informatique», d'abord sur la base d'un contrat de travail pour la période allant du 1^{er} mai 1988 au 31 décembre 1990, puis sur la base de deux «contrats-cadres sur l'organisation et le développement de la formation» pour les périodes allant du 1^{er} septembre 1991 au 30 août 1992 et du 1^{er} avril 1993 au 1^{er} avril 1994, et, enfin, sur la base de «contrats individuels» en 1994 et 1995 (deux séminaires du 6 au 24 juin et du 7 au 25 novembre 1994 et - en dernier lieu - du 14 au 30 août 1995).

La question qui se pose en l'espèce est celle de savoir si le recourant était soumis à l'assurance obligatoire selon la LPP en qualité de travailleur salarié lorsque est survenue son incapacité de travail invalidante, en février 1995. Tel n'était pas le cas de l'avis des premiers juges, qui ont certes qualifié le recourant de travailleur salarié (au sens de la LPP) pour toute son activité chez S. SA, c.-à-d. également pour la période postérieure à l'expiration de son contrat de travail à la fin de 1990, mais qui ont estimé que la courte durée des engagements intervenus en 1994 et 1995 entraînait une exception à l'obligation d'assurance conformément à l'art. 1, al. 1, let. b, OPP 2 (contrats de travail ne dépassant pas trois mois).

L'intimée et la société S. SA se rangent à l'avis de l'instance cantonale quant au résultat, car elles estiment toutes deux qu'à partir de 1991, le recourant avait le statut de travailleur indépendant et qu'à ce titre, il n'était pas assuré obligatoirement. Le recourant considère que depuis septembre 1991, il faisait, en qualité de salarié, du travail sur appel pour S. SA et qu'il devait être assuré selon la LPP.

Pour la qualification des rapports de travail selon la LPP, les critères juridiques de l'AVS sont déterminants, sans toutefois que le statut de cotisations AVS soit formellement contraignant. La jurisprudence a développé des critères de distinction entre activités indépendante (art. 9, al. 1, LAVS) et dépendante (art. 5, al. 2, LAVS); selon ces critères, les collaborateurs libres travaillant dans l'informatique sont en principe considérés comme exerçant une activité dépendante, à moins que l'ensemble des circonstances du cas particulier ne parle en faveur d'une activité indépendante.

Dans VSI 2001, pp. 55 ss, le TFA a précisé que même en l'absence d'un risque d'entrepreneur, on doit considérer une activité comme indépendante lorsqu'il existe une autonomie qualifiée dans l'organisation du travail. Autrement, le critère d'autonomie dans l'organisation du travail en tant que tel devrait être écarté, avec pour conséquence que les collaborateurs informaticiens, qui n'ont pratiquement pas d'investissements à faire dans le domaine des services, ne pourraient plus du tout être considérés comme des personnes exerçant une activité indépendante, ce qui n'est certainement pas le but ni le sens de la jurisprudence.

La question de savoir si le recourant devait être qualifié de travailleur dépendant ou indépendant est, en l'espèce, controversée et n'a pas à être tranchée. Est en effet seul déterminant ici le fait qu'au printemps 1995 (survenance de l'incapacité de travail invalidante), il n'existait pas de rapport de travail fixe et durable.

499 Encouragement à la propriété du logement et divorce: Prise en compte du versement anticipé dans le partage de la prestation de sortie

(Référence à l'arrêt du 22.07.05 en la cause OFAS contre P., B 18/04 ; arrêt rendu en français)

(Art. 22, al. 1 et 2 LFLP, 30c, al. 6, et 30d LPP)

Dans le cas d'espèce, les ex-époux ont tous deux obtenu un versement anticipé pour acquérir ensemble un appartement en co-propriété. Ils ont par la suite acheté une maison, qu'ils ont habitée durant quelques années et qu'ils ont été contraints de vendre aux enchères sans pouvoir désintéresser tous leurs créanciers.

Saisi d'un litige concernant la prestation de libre passage à partager suite au divorce, le tribunal cantonal a estimé qu'il convenait de prendre en compte les versements anticipés obtenus par chacun des ex-époux.

Le recourant conteste ce point de vue. Selon lui, les versements en question auraient été transférés sur la maison et auraient servi de manière indirecte au financement du second immeuble, de sorte qu'ils devraient être considérés comme faisant «partie de la masse en faillite» liée à la vente aux enchères de cet immeuble. Comme la réalisation de celui-ci n'aurait pas permis de rembourser les versements anticipés, ceux-ci ne pourraient plus être partagés.

Le TFA a rejeté ce moyen, jugeant que le dossier de la cause ne permettait pas de conclure que les montants versés par les institutions de prévoyance avaient été réinvestis dans le second immeuble, vendu aux enchères. D'autre part, il a considéré que si l'on suivait le raisonnement du recourant, cela reviendrait à admettre que l'assuré peut soustraire le versement anticipé du circuit de la prévoyance à l'insu et, partant, sans l'accord de l'institution de prévoyance. Dans la constellation évoquée par le recourant - affilié contractant des dettes hypothécaires pour un premier logement, les amortissant en partie grâce au versement anticipé, puis augmentant le montant de l'hypothèque et utilisant l'argent pour l'acquisition d'un second immeuble -, l'affilié aurait la possibilité d'é luder l'annotation de la restriction du droit d'aliéner et les règles sur le remboursement du versement anticipé. Une telle opération permettrait d'utiliser le capital de prévoyance à des fins autres que l'accès à la propriété et ne serait donc pas compatible avec l'exigence que le versement anticipé reste lié à la prévoyance professionnelle et serve à son maintien. Le montant anticipé est d'ailleurs versé au vendeur ou au prêteur sans que l'assuré puisse en bénéficier librement (cf. art. 6, al. 2, OEPL). Si aucune disposition légale n'interdit à l'assuré qui a bénéficié d'un versement pour amortir un prêt hypothécaire de convenir avec sa banque d'augmenter ce prêt et d'utiliser les fonds ainsi libérés pour acquérir des biens mobiliers, cette opération n'a pas, du point de vue de la prévoyance

professionnelle, d'effet sur le versement anticipé effectué précédemment, qui reste lié à l'immeuble acquis (consid. 3).

Le TFA a également rappelé que si l'utilisation du logement «pour ses propres besoins» (art. 30c, al. 1, LPP et 4, al. 1, OEPL) était une condition du droit au versement anticipé, le fait que cette exigence ne soit plus remplie par la suite n'entraînait en revanche pas une obligation de remboursement du montant versé (cf. également à ce sujet le bulletin de la prévoyance professionnelle n° 55, p. 12).

500 Pas de droit à une part des réserves de fluctuation lorsque des avoirs sont transférés en espèces dans le cadre d'une liquidation partielle

(Référence à un arrêt du Tribunal fédéral du 9 juin 2005, dans la cause opposant 10 assurés et la caisse de pensions H., anciennement caisse de pensions V., à la caisse de pensions A., 2A.451/2004 ; arrêt en allemand)

Suite à la vente par A. SA d'une partie de l'entreprise à l'actuelle H. Sàrl, 734 assurés actifs ont quitté la caisse de pensions A. pour être transférés dans la caisse de pensions V. nouvellement fondée et qui est l'actuelle caisse de pensions H. Les autorités cantonales de surveillance compétentes ont considéré qu'il s'agissait là d'une liquidation partielle et ont approuvé le plan de répartition qui leur était présenté. Les différents assurés ainsi que la caisse de pensions repreneuse ont recouru contre cette décision auprès de la Commission fédérale de recours LPP en concluant essentiellement à une part des réserves de fluctuation de la caisse de pensions A. La Commission fédérale de recours LPP a rejeté le recours. Les assurés déboutés et la caisse de pensions H. ont alors recouru auprès du Tribunal fédéral.

En l'espèce, la seule question litigieuse est de savoir si le principe de l'égalité de traitement exige ou non le transfert de 42 (éventuellement 41,2) millions de francs supplémentaires en faveur des assurés qui ont été repris par la caisse recourante H.

Les assurés qui sont touchés par la liquidation partielle de leur institution de prévoyance disposent, en plus de leur droit à la prestation de sortie, d'un droit (individuel ou collectif) à une part des fonds libres. La caisse de pensions intimée A. a calculé les fonds libres revenant aux assurés qui ont quitté A. et dont les droits sont litigieux en l'espèce. A. a ensuite transféré ces fonds en espèces avec la prestation de sortie restante à la caisse de pensions recourante H., comme cela avait été convenu.

Lorsqu'une institution de prévoyance est en liquidation partielle, elle peut se prévaloir de «l'intérêt à la pérennité de l'institution de prévoyance». A ce titre, l'institution de prévoyance constitue les réserves et les provisions dont elle a besoin après la fin de la liquidation partielle, sur le plan des risques actuariels et des risques liés aux placements, pour maintenir la prévoyance des assurés restants dans les mêmes conditions que précédemment; c'est pourquoi les réserves de fluctuation font partie des actifs. En plus de l'intérêt à la pérennité, il faut aussi tenir compte du principe fondamental de l'égalité de traitement en cas de liquidation partielle.

Le Tribunal fédéral considère comme mal fondé l'argument des recourants selon lequel ils seraient dans une situation particulière au motif que la caisse de pensions V. (actuel-

lement H.) est une institution nouvellement créée et qu'elle ne dispose pas de réserves ni de placements. En cas de transfert d'assurés venant d'une autre caisse de pensions, la situation d'une institution de prévoyance nouvellement créée ne diffère pas fondamentalement de celle d'une institution déjà existante; cette dernière dispose certes de réserves mais seulement pour l'effectif des assurés déjà présents. D'autre part, les réserves de fluctuation constituent un poste du bilan servant à la couverture du risque lié aux fluctuations de valeur des placements de l'institution de prévoyance et une correction comptable de ce poste du bilan est également admissible dans le cadre d'une liquidation partielle en raison de l'intérêt à la pérennité de l'institution de prévoyance. Par conséquent, il n'y a rien à objecter au fait que la caisse de pensions intimée ait révisé ses réserves de fluctuation et les ait réduites à 41,2 millions de francs environ.

Comme les réserves de fluctuation constituent un poste particulier à corriger dans les actifs et que, dans la présente affaire, ce correctif reste dans les limites de l'admissible, les recourants auraient dû les déduire lors de leur calcul comparatif des degrés de couverture. Ils auraient alors constaté qu'il n'y avait pas de différence entre les degrés de couverture des deux institutions de prévoyance. Cette comparaison (corrigée) des degrés de couverture constitue un indice que les assurés sortants et les assurés restants ont été traités de manière égalitaire dans le cas d'espèce.

Par contre, les deux caisses de pensions se trouvent dans une situation fondamentalement différente en ce qui concerne les réserves de fluctuation; en effet, la caisse de pensions intimée a des réserves de fluctuation pour 360 millions de francs, tandis que la caisse recourante n'en a pas du tout, puisqu'elle a obtenu en espèces la totalité des avoirs à transférer. Comme les réserves de fluctuation ont pour but de compenser les variations de valeur des placements, il est logique que ces réserves ne soient pas constituées avec des avoirs en espèces, car ceux-ci ne sont pas soumis à des fluctuations de valeur. Par conséquent, il n'y a pas de droit à une part des réserves de fluctuation lorsque des avoirs sont transférés en espèces dans le cadre d'une liquidation partielle.

Le fait que la nouvelle institution de prévoyance procède au placement des avoirs transférés et qu'elle doive ensuite constituer elle-même des réserves de fluctuation pour ses nouveaux actifs ne change rien à ce résultat. L'institution de prévoyance qui a reçu les avoirs transférés en espèces est totalement libre dans le choix de sa stratégie de placements et n'est donc pas liée par celle de l'institution qui a transmis lesdits avoirs. Ce principe reste valable avec l'entrée en vigueur du nouvel art. 27h OPP 2, car celui-ci prévoit certes expressément un droit collectif de participation proportionnelle aux réserves de fluctuation mais seulement dans la mesure où les risques actuariels et les risques liés aux placements sont également transférés; or, tel n'est pas le cas lorsque le transfert des avoirs s'effectue intégralement en espèces.