



11 juillet 2006

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 93

Indications

- 538 Nouvelle affiliation auprès de l'institution supplétive LPP
Transfert de l'avoir de prévoyance / de fonds libres

Prises de position

- 539 Précision au sujet du bulletin No. 91 ch. 530
540 Précision au sujet du bulletin No. 88 ch. 511
541 Versement anticipé dans le cadre d'une copropriété et usufruit croisé

Jurisprudence

- 542 Divorce : partage possible en cas de retraite anticipée après l'entrée en force de la décision de partage
543 Seconde prestation de sortie annoncée après l'entrée en force du jugement de divorce
544 Prévoyance professionnelle des prêtres catholiques dans le canton de Vaud
545 Paiement en espèces de la prestation de libre passage sans l'accord du conjoint avant un divorce ; montant des dommages-intérêts à verser
546 Début de l'incapacité de travail : conséquences de l'absence de preuve ; frais de procédure lorsque plusieurs institutions de prévoyance participent à la procédure
547 Légitimation passive de l'institution de prévoyance dans la procédure visant à fixer le montant de la prestation de sortie lorsque le litige ne porte pas sur l'obligation de l'employeur relative aux décomptes mais sur la compensation de cotisations impayées de l'employeur avec la prestation de sortie
548 Imputation de la rente d'invalidité LPP à la perte de gain du droit de la responsabilité civile, position de l'institution de prévoyance dans l'action récursoire, calcul du préjudice ménager et de son augmentation en salaire réel
549 Interprétation de la disposition de l'art. 1, al. 1, let. b, OPP 2 (depuis le 1er janvier 2006 = art. 1j OPP 2) : « engagés pour une durée limitée ne dépassant pas trois mois »
550 La prestation de sortie à partager en cas de divorce doit être calculée pour le moment de l'entrée en force du jugement de divorce

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

538 Nouvelle affiliation auprès de l'institution supplétive LPP Transfert de l'avoir de prévoyance / de fonds libres

La fondation institution supplétive LPP a informé l'OFAS que des avoirs de prévoyance lui ont souvent été transférés ces derniers temps alors que les fonds libres n'avaient pas encore été répartis. L'institution supplétive LPP rappelle qu'elle ne gère pas de comptes où peuvent être déposés des avoirs collectifs, mais uniquement des comptes personnels. C'est pourquoi elle répartit les fonds libres qui lui sont versés entre les comptes de vieillesse des assurés proportionnellement aux prestations de sortie ou aux capitaux de couverture. L'opération est effectuée sans que la caisse de pensions affiliée ou la commission administrative ne se soient préalablement prononcées à ce propos, parce que l'institution supplétive ne dispose pas d'organes paritaires au niveau de la caisse de pensions affiliée. Etant donné les tâches particulières de l'institution supplétive et l'obligation de contracter à laquelle elle est soumise, rien ne s'oppose à ce que la procédure soit simplifiée de cette manière.

L'OFAS tient à préciser les points suivants :

L'institution supplétive doit pouvoir partir du principe qu'elle peut répartir de la manière décrite les fonds qui lui sont versés. C'est ainsi l'institution de prévoyance qui a versé les fonds qui porte la responsabilité s'il s'avère après coup qu'une liquidation partielle aurait dû être effectuée avant l'affiliation à l'institution supplétive, par exemple parce que cette affiliation n'inclut pas toutes les personnes précédemment assurées ou parce que la commission administrative avait l'intention de procéder à une répartition. La règle s'applique aussi lorsque la commission administrative ne peut plus être convoquée, parce que dans ce cas le conseil de fondation la remplace et c'est lui qui doit prendre la décision concernant la répartition des fonds libres.

Nous recommandons par conséquent aux institutions de prévoyance d'établir soigneusement si les fonds libres peuvent effectivement être transférés à l'institution supplétive sans être répartis, pour que celle-ci puisse répartir ces fonds sur-le-champ selon la procédure décrite plus haut.

Prises de position

539 Précision au sujet du bulletin No. 91 ch. 530

Quels sont les salaires maximaux assurable et assuré dans la prévoyance surobligatoire, si le minimum LPP est déjà couvert par une caisse dite de «base» (dans une solution splittée, c.a.d. une IP de «base» pour la partie obligatoire et l'autre, «complémentaire», pour le surobligatoire) ?

(Art. 79c LPP)

La réponse donnée dans le cadre du point 530 de notre bulletin no 91 vaut sous la condition qu'une même composante de salaire n'est assurée que dans un seul plan d'assurance. Il est admissible d'assurer simultanément les mêmes composantes de salaire dans plusieurs institutions de prévoyance dans la mesure où le principe d'adéquation de l'art. 1a OPP 2 est respecté.

540 Précision au sujet du bulletin No. 88 ch. 511

Questions sur l'application des nouvelles dispositions de la LPP concernant le rachat

Art. 79b, al. 3, 1ère phrase

2. Lorsqu'il s'agit des prestations de vieillesse, quels sont les effets de l'interdiction sur les prestations résultant du rachat?

a) Assuré effectuant un rachat plus de 3 ans avant l'âge terme réglementaire, par exemple, à 60 ans, et décidant ensuite de partir à la retraite anticipée à 61 ans.

La réponse donnée dans le cadre du point 511 de notre bulletin no 88 est valable seulement s'il ne s'agit pas d'une retraite complète, car un report du versement en capital n'est pas possible après la survenance du cas de prévoyance. L'art. 79b al. 3 LPP ne règle pas l'exigibilité des prestations mais seulement la forme sous laquelle elles sont versées. En cas de retraite partielle, il serait envisageable que le règlement prévoie un versement partiel en capital qui ne pourra pas dépasser l'avoir de vieillesse acquis avant le rachat.

541 Versement anticipé dans le cadre d'une copropriété et usufruit croisé

Le bulletin de la prévoyance professionnelle (BPP) no 55, du 30 novembre 2000, sous chiffre 329, a traité le problème de l'usufruit croisé dans le cadre du concubinage, à savoir que chaque concubin est propriétaire, à part égale, d'un logement et exerce un droit d'usufruit sur la part de l'autre. Cette opération est destinée avant tout à protéger le concubin survivant au décès de l'autre en lui donnant la possibilité, la vie durant, d'exercer un droit de jouissance sur l'ensemble du bien immobilier.

L'usufruit est une servitude qui confère à l'usufruitier un droit de possession, d'usage et de jouissance sur l'objet de l'usufruit. Il limite donc fortement pour l'un ou l'autre des concubins, voire pour leurs héritiers, la possibilité d'exercer leur droit de propriété sur une part. Une éventuelle vente de cette part serait compromise tant que dure cet usufruit. C'est la raison pour laquelle, la constitution d'un usufruit est considérée comme un «droit équivalant économiquement à une aliénation» au sens de l'article 30d, 1er alinéa, lettre b, LPP (cf également BPP no 32, p 10, ch. 1.5).

Dès lors, à plus forte raison, comme nous l'avons mentionné dans le BPP no 55, l'assuré ne peut exiger de son institution de prévoyance un versement anticipé sur une part de copropriété grevée d'un usufruit. C'est uniquement si le partenaire est désigné comme bénéficiaire par le règlement de prévoyance que le concubin pourrait exceptionnellement demander un versement anticipé sur une part de copropriété grevée d'un usufruit en faveur de sa partenaire.

Avant l'entrée en vigueur, le 1er janvier 2005, du nouvel article 20a LPP ayant trait aux bénéficiaires dans le cadre de la 1ère révision LPP, le concubin n'était, en principe, pas considéré comme un bénéficiaire selon la loi. En vertu de la circulaire no 1a de l'administration fédérale des contributions adaptant l'AIFD à la LPP, pour avoir cette qualité, il fallait que le concubin ait été soutenu de manière substantielle durant les dernières années avant le décès du preneur d'assurance.

Le nouvel article 20a LPP, prévoit désormais l'octroi de prestations de prévoyance pour survivants en faveur des concubins aux conditions fixées par le règlement pour tenir compte de l'évolution sociale dans ce domaine. Il n'est plus nécessaire que le concubin décédé ait pourvu à l'entretien, conformément à la circulaire précitée, mais une communauté de vie ininterrompue d'au moins 5 ans immédiatement avant le décès suffit à le considérer comme un bénéficiaire. Cet assouplissement légal a également des répercussions dans le présent cas d'espèce.

Jurisprudence

542 Divorce : partage possible en cas de retraite anticipée après l'entrée en force de la décision de partage

(Référence à l'arrêt du TF du 16 février 2006, cause X. contre Dame X, 5C.118/2005 ; arrêt en français)

(Art. 122, 123, al. 2, et 124 CC, 25a LFLP)

Par jugement du 27 novembre 2003, le Tribunal de première instance du canton C. a prononcé le divorce des époux X., ordonné le partage par moitié des prestations de sortie des époux et transmis l'affaire au Tribunal cantonal de assurances. Le 19 janvier 2004, Dame X. a fait appel contre ce jugement en concluant à son annulation partielle et au versement par X. d'une certaine somme au titre de la liquidation du régime matrimonial et d'une contribution d'entretien mensuelle d'un certain montant. Par réponse du 10 mars 2004, X. a conclu au rejet de l'appel et à la confirmation du jugement de première instance. La Cour de justice du canton C. a constaté, sur la base des pièces nouvelles produites par les parties, que X. (né en 1942) prendrait dès le 1^{er} avril 2004 une retraite anticipée pour des raisons médicales et qu'il percevrait une rente d'invalidité de sa caisse de pensions. Ladite Cour s'est saisie de la question du partage de la prévoyance professionnelle, nonobstant l'absence de contestation du jugement de première instance à ce sujet. La Cour de justice a annulé le jugement de première instance en ce qui concerne la liquidation du régime matrimonial et fixé un nouveau montant à ce titre. En revanche, le jugement de première instance est resté inchangé en ce qui concerne la prévoyance professionnelle. X. a recouru au TF contre l'arrêt de la Cour de justice en demandant à ce qu'aucune indemnité fondée sur l'art. 122 ou 124 CC ne soit accordée à Dame X. A titre subsidiaire, X. demande qu'il soit condamné à verser une indemnité symbolique selon l'art. 124 CC et demande le partage par moitié de la prestation de sortie acquise par Dame X. durant le mariage.

Selon le TF, le moment déterminant pour décider si un cas de prévoyance est survenu est la date de l'entrée en force du prononcé du divorce. Si, à ce moment-là, un cas de prévoyance futur est prévisible, le juge peut en tenir compte dans le cadre de l'art. 123, al. 2, CC. Mais la survenance d'un cas de prévoyance postérieurement à la décision de partage entrée en force ne peut entraîner une reconsidération de celle-ci. Il importe peu que l'institution de prévoyance - le cas échéant sans savoir que la prestation de sortie est soumise au partage selon l'art. 122 CC - ait déjà versé une rente calculée sur la base de la prestation de sortie non partagée. En l'occurrence, à la date de l'entrée en force du prononcé du divorce le 10 mars 2004, celui-ci n'avait pas encore pris de retraite anticipée. A cette date-là, aucun cas de prévoyance n'était survenu pour l'un ou l'autre des époux. Le Tribunal de première instance a ordonné le partage et sa décision est entrée en force à cette même date. Le fait que le demandeur ait été mis à la retraite anticipée pour des raisons médicales à compter du 1^{er} avril 2004 - date à laquelle le montant des avoirs LPP à transférer n'avait pas encore été fixé par le Tribunal cantonal des assurances - ne peut donc avoir une incidence sur la décision de partage entrée en force. En définitive, le recours de X. s'avère mal fondé et l'affaire peut être transmise au juge des assurances compétent pour exécuter le partage (art. 25a, al. 1, LFLP).

543 Seconde prestation de sortie annoncée après l'entrée en force du jugement de divorce

(Référence à l'arrêt du TFA du 3 avril 2006, cause A. contre caisse de prévoyance X., B 108/04 ; arrêt en français)

(Art. 122, 142 CC, 22 LFLP)

Par jugement de divorce du 6 avril 2004, le Tribunal de première instance du canton C. a ordonné le partage par moitié de la prestation de sortie acquise durant le mariage par l'épouse B. assurée, en tant qu'employée de l'hôpital H., auprès de la caisse de prévoyance X., tandis que l'époux A. n'était affilié à aucune institution de prévoyance. Par jugement du 7 septembre 2004, le Tribunal cantonal

des assurances a invité la caisse X. à transférer du compte de B. un montant de 31'763 francs sur un compte de libre passage en faveur de A. L'époux A. a recouru contre le jugement du Tribunal des assurances en demandant le partage de la prestation de sortie acquise par l'épouse B. auprès de la caisse de prévoyance Z., alors qu'elle travaillait à l'hôpital Y. dans un autre canton. Selon la communication de Z. du 7 novembre 2005, B. a été affiliée à cette caisse jusqu'au 31 juillet 1995 et sa prestation de sortie s'élevait à 4'408 francs au moment du mariage et à 11'614 francs au 31 juillet 1995. Cette prestation de sortie a ensuite été versée sur un compte bloqué auprès de la banque W.

Le TFA constate tout d'abord que le jugement du Tribunal des assurances du 7 septembre 2004 est conforme au jugement de divorce du 6 avril 2004, lequel est muet sur la prestation de sortie de B. auprès de la caisse de prévoyance Z. Si le recourant A. entend demander le partage de la prestation de sortie acquise par B. durant le mariage auprès de la caisse Z., il doit s'adresser au juge du divorce en requérant un complètement ou une modification du jugement du 6 avril 2004. En effet, en l'absence de convention, le juge du divorce communique au juge compétent en vertu de la LFLP, la décision relative au partage, la date du mariage et celle du divorce, les institutions de prévoyance professionnelle auprès desquelles les conjoints ont probablement des avoirs et le montant des avoirs des époux déclarés par ces institutions (art. 142, al. 2, CC). C'est donc au juge du divorce d'examiner à titre préjudiciel si l'époux dispose d'un droit à une prestation de sortie à l'encontre de son institution de prévoyance (ATF 130 III 299 consid. 3.3, 128 V 49 consid. 3b). Ce n'est pas au juge des assurances sociales de modifier sur ces points le jugement de divorce entré en force (RSAS 2004 p. 464 : arrêt S. du 2 février 2004, B 45/00).

544 Prévoyance professionnelle des prêtres catholiques dans le canton de Vaud

(Référence à l'arrêt du TFA du 13 avril 2006, cause A. contre CPEV et CPCL, B 92/05 ; arrêt en français)

A. a alterné, à plusieurs reprises, les fonctions de prêtre au service de l'Eglise catholique et d'enseignant pour l'Etat de Vaud. Durant ses périodes d'enseignement, A. a été affilié à la Caisse de pensions de l'Etat de Vaud (CPEV), où il est actuellement toujours assuré. Pendant la durée de ses fonctions ecclésiastiques, il avait été affilié à la Caisse de prévoyance du Clergé du Diocèse de Lausanne, Genève et Fribourg (CPCL). Actuellement, A. n'exerce plus la fonction de prêtre mais travaille uniquement comme enseignant.

D'après l'art. 8 de la loi vaudoise sur l'exercice de la religion catholique dans le canton de Vaud (LERC), l'Etat de Vaud prend à sa charge des postes de prêtres, respectivement des postes de pasteurs proportionnellement au pourcentage de la population qui est catholique, respectivement protestante. Selon l'art. 11 al. 1 LERC, le traitement est versé aux prêtres désignés par la Fédération vaudoise des paroisses catholiques. Conformément aux règles imposées à tous les prêtres catholiques dans le canton de Vaud, A. a signé une cession de salaire en faveur de ladite fédération et l'Etat de Vaud a versé son traitement sur un compte au nom de la fédération. Cette dernière reversait ensuite une partie de ce salaire à A. Le salaire assuré par la CPCL est le même pour toutes les personnes affiliées (30'000 fr. en 1986, 36'000 fr. dès 1999 puis 39'000 fr. à partir de 2002).

A titre principal, A. conclut qu'il doit être affilié à la CPEV de manière ininterrompue dès le 1er janvier 1985. Il considère que l'Etat de Vaud était son employeur durant les périodes où il a exercé son ministère de prêtre catholique, étant donné que son salaire et les cotisations AVS étaient versés par l'Etat de Vaud.

A titre subsidiaire, A. conclut au versement d'une prestation de sortie de la part de la CPCL d'un montant plus élevé que celui qui a été effectivement transféré à la CPEV. A. considère que le salaire assuré devrait correspondre à l'intégralité du traitement versé par l'Etat de Vaud à la Fédération, et pas seulement au montant que la Fédération reverse au prêtre à titre de salaire.

Le TFA a rejeté la demande dirigée contre la CPEV pour les raisons suivantes : les prêtres désignés par la Fédération ne sont pas soumis au Statut général des fonctions publiques cantonales (art. 11 al. 2 LERC). Selon la volonté du législateur vaudois lors de l'adoption de la LERC, l'Etat de Vaud ne devenait pas l'employeur des prêtres catholiques. Il était seulement prévu que l'Etat retiendrait les cotisations AVS sur les traitements versés en faveur des prêtres catholiques. En revanche, le législateur a laissé le soin à l'Eglise catholique de pourvoir à la création d'une caisse de pensions. Par ailleurs, comme le pasteur a un statut analogue aux employés de l'Etat et que l'Eglise évangélique réformée conserve ainsi des liens particulièrement étroits avec l'Etat de Vaud, une différence de traitement se justifie quant à l'affiliation des pasteurs à la CPEV par rapport aux membres d'autres communautés religieuses.

Le TFA a rejeté la demande contre la CPCL pour défaut de légitimation passive de celle-ci. Selon le TFA, il est certes exact que les salaires assurés par la CPCL ne prennent que partiellement en compte les traitements versés par l'Etat en faveur des prêtres catholiques et qu'ils sont inférieurs au salaire coordonné qui doit être assuré selon la LPP. Toutefois, le grief du recourant a trait à l'obligation, pour son employeur, de verser des cotisations à la prévoyance professionnelle sur une rémunération plus élevée que les salaires déclarés. En réalité, ce dont se plaint le recourant, c'est d'une violation par son employeur de ses obligations découlant de l'art. 66 LPP. Or, une telle demande du salarié doit être dirigée contre l'employeur, qui est le seul à avoir la légitimation passive, et ce indépendamment du point de savoir si la rupture des rapports de travail donne lieu à des prestations d'assurance ou au versement d'une prestation de sortie (ATF 129 V 320).

545 Paiement en espèces de la prestation de libre passage sans l'accord du conjoint avant un divorce ; montant des dommages-intérêts à verser

(Référence à l'arrêt du TFA du 20 mars 2006 en la cause A-Compagnie d'assurance-vie contre S. ; B 126/04 ; arrêt en allemand)

(Art. 97, al. 1, CO, art. 5, al. 2, et 22 ss LFLP, art. 122, al. 1, et 142 CC)

G. et S. ont divorcé le 31 mai 1999. Au début de septembre 1995, G. avait résilié deux polices de libre passage sans le consentement de son épouse S.

Le législateur n'a pas réglé expressément les conséquences d'un paiement en espèces intervenu sans le consentement du conjoint. L'art. 5, al. 2, LFLP prévoit simplement que si l'assuré est marié, le paiement en espèces « ne peut » intervenir qu'avec le consentement écrit de son conjoint.

Avec la résiliation des deux polices de libre passage et le paiement en espèces au début de septembre 1995 à l'ex-époux de S. sans le consentement de cette dernière, la compagnie d'assurance A. n'a pas versé correctement la prestation de sortie. Basées sur un contrat de prévoyance de droit privé dans le cadre du pilier 2b, les deux polices de libre passage doivent, du point de vue de la dogmatique juridique, être qualifiées de contrats innommés (ATF 129 III 307 avec renvoi aux ATF 118 V 232 cons. 4b et ATF 122 V 145 cons. 4b). En cas d'exécution imparfaite d'un tel contrat de prévoyance, il s'agit, comme l'a jugé le Tribunal fédéral des assurances dans l'ATF 130 V 103, de faire application des règles fixées dans les art. 97 ss CO. Une institution de prévoyance professionnelle doit ainsi, selon l'art. 97, al. 1, CO, réparer le dommage causé du fait de son paiement irrégulier en espèces, à moins qu'elle ne prouve qu'aucune faute, ni même une négligence légère, ne lui est imputable. La question de savoir si une institution de prévoyance professionnelle peut se voir reprocher une violation de son devoir de diligence parce qu'elle n'a pas vérifié la signature (falsifiée) ou d'autres indications figurant sur le formulaire de paiement, doit être appréciée sur la base des circonstances concrètes du cas particulier.

Le paiement a eu lieu pendant le mariage sans le consentement correspondant de l'autre conjoint, de sorte qu'il n'était pas admissible à la lumière de l'art. 5, al. 2, LFLP et qu'il constituait, dans les circonstances du cas d'espèce, une violation du devoir de diligence de l'institution de prévoyance profession-

nelle. Le divorce intervenu après le paiement en espèces ne change rien à ce caractère inadmissible, parce que le juge du divorce a expressément ordonné le partage de l'avoir de prévoyance. Il s'ensuit que même s'il avait eu lieu après le divorce, le paiement en espèces serait demeuré inadmissible à concurrence du partage par moitié ordonné par le juge du divorce, d'autant plus qu'en l'espèce, le risque d'un paiement en espèces entre l'entrée en force du divorce et le règlement du litige sur les effets accessoires du divorce aurait été empêché par une mesure provisoire selon l'art. 137, al. 2, CC.

Est en outre litigieux le montant des dommages-intérêts à fournir par la compagnie A. Il s'agit de partir du principe de l'art. 122, al. 1, CC, selon lequel chaque conjoint a droit, en cas de divorce, à la moitié de la prestation de sortie du conjoint calculée selon les art. 22 ss LFLP pour la durée du mariage et que le partage des prestations de sortie est intervenu dans la procédure de l'art. 142 CC sans la participation de l'institution de prévoyance professionnelle. Pour ce dernier motif déjà, le jugement du juge du divorce ne lie pas la compagnie A. à l'exception de la clé de répartition (ATF 130 III 341 cons. 2.5, 128 V 46 cons. 2c, chacun avec les références citées). Le jugement de divorce a ordonné le partage par moitié de trois avoires de libre passage payés en espèces pendant le mariage. Cette injonction ne déploie en outre des effets que si le tribunal des assurances constate une violation du devoir de diligence de l'institution de prévoyance professionnelle et la condamne à verser des dommages-intérêts. Quant au montant des dommages-intérêts, il ne peut, de prime abord, se rapporter qu'aux sommes de prévoyance constituées pendant le mariage, mais pas aux droits acquis avant le mariage. La cause est donc renvoyée au tribunal cantonal pour qu'il détermine la part de l'avoir de prévoyance acquise auprès de la compagnie A. pendant le mariage et qu'il en attribue la moitié à S. Le montant à rembourser par l'époux sera réduit en conséquence.

546 Début de l'incapacité de travail : conséquences de l'absence de preuve ; frais de procédure lorsque plusieurs institutions de prévoyance participent à la procédure

(Référence à l'arrêt du TFA du 21 mars 2006 en la cause Fondation collective Nationale Suisse LPP contre B. et Fondation Winterthur-Columna de prévoyance professionnelle, Fondation collective LPP de la Zurich et Fondation institution supplétive LPP ; B 38/05 ; arrêt en allemand)

(Art. 134 OJ)

B. a travaillé de 1996 à 1998 pour différents employeurs.

Le 16 décembre 2003, il a actionné quatre institutions de prévoyance en concluant à titre principal au versement par la Winterthur d'une rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle et, à titre subsidiaire, au même versement soit par la Zurich, l'institution supplétive ou la Nationale.

Sur la base du dossier médical, l'instance inférieure a considéré que l'incapacité de travail, dont la cause a entraîné une invalidité donnant droit à une rente entière de l'assurance-invalidité dès le 1er octobre 1999, n'avait été établie selon une vraisemblance suffisante qu'à partir du 24 septembre 1998. En conséquence, elle a admis l'action dirigée contre la Nationale et condamné celle-ci à verser à B. dès le 1er septembre 1999 une rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle sur la base d'un taux d'invalidité de 100 %, plus intérêts à 5 % pour les rentes dues jusqu'au 17 décembre 2003, et pour les rentes ultérieures dès leur échéance respective. L'instance inférieure a rejeté les actions dirigées contre les trois autres institutions de prévoyance.

Par la voie du recours de droit administratif, la Nationale demande l'annulation du jugement de l'instance inférieure ; elle conclut à titre subsidiaire à la condamnation d'une des trois autres institutions de prévoyance au versement d'une rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle.

Le TFA en arrive à la conclusion qu'au vu des indications divergentes, parfois embrouillées et contradictoires, des médecins, le moment à partir duquel l'assuré est en incapacité de travail dans une mesure à prendre en compte en raison de son atteinte psychique ayant entraîné son invalidité n'est pas établi avec une vraisemblance suffisante, de sorte qu'on ne peut déterminer laquelle des institutions de prévoyance actionnées devant l'instance inférieure doit fournir des prestations d'invalidité. Pour

clarifier cette question, le tribunal cantonal, auquel la cause doit être renvoyée, procédera à des clarifications supplémentaires sur le plan psychiatrique. A cet effet, il demandera de manière adéquate une expertise psychiatrique. L'expert devra se prononcer sur l'apparition et l'évolution de la maladie psychique, sur son degré et sa durée. Pour pouvoir se faire une idée complète, il interrogera également si nécessaire les proches, les employeurs et les autres personnes de confiance de l'assuré. Sur la base des résultats de l'expert, l'instance inférieure rendra un nouveau jugement sur l'action introduite par l'assuré.

Si l'expert judiciaire ne parvient pas à se prononcer de manière concluante sur la question de savoir quand l'incapacité de travail a débuté, il s'agira d'admettre une absence de preuve au détriment de la Nationale qui voulait tirer des droits à partir de faits restés non prouvés, à savoir le fait que l'incapacité de travail significative aurait débuté antérieurement (ATF 131 V 482 cons. 6, 117 V 264 cons. 3b).

En dérogation à l'art. 134 OJ, la procédure introduite par la Nationale, dans laquelle s'opposent plusieurs institutions de prévoyance, est assortie de frais (ATF 127 V 106 et 110 cons. 6, 126 V 192 cons. 6), d'autant plus que l'assuré a renoncé à prendre position sur le recours de droit administratif. Les frais judiciaires doivent être mis à la charge des institutions de prévoyance qui succombent (art. 135 en corrélation avec l'art. 156, al. 1, OJ).

547 Légitimation passive de l'institution de prévoyance dans la procédure visant à fixer le montant de la prestation de sortie lorsque le litige ne porte pas sur l'obligation de l'employeur relative aux décomptes mais sur la compensation de cotisations impayées de l'employeur avec la prestation de sortie

(Référence à deux arrêts du TFA du 6 février 2006 en la cause P. et OFAS contre Caisse de pension Mobil ; B 65/05 et 67/05 ; arrêts en allemand)

Dans l'ATF 129 V 320, le Tribunal fédéral des assurances a procédé à un changement de jurisprudence selon lequel, en cas de griefs soulevés par la personne assurée au sujet de l'obligation de l'employeur relative aux décomptes (par exemple, non prise en compte du salaire total ou de certaines composantes du salaire), c'est l'employeur qui a exclusivement la légitimation passive ; en revanche, seule l'institution de prévoyance a la légitimation passive lorsque la personne assurée demande le versement concret d'une prestation ou lorsqu'elle considère comme insuffisant le montant de la prestation calculée sur la base des cotisations (incontestées).

Dans l'arrêt A. et B. du 9 novembre 2004, B 45 et 46/04, il s'agissait de salariés qui demandaient que des cotisations soient payées à l'institution de prévoyance également sur les bonus reçus, pour obtenir en fin de compte une prestation de sortie plus élevée. Comme préconisé dans l'arrêt précité, les recourants n'ont ainsi pas demandé directement une prestation de sortie plus élevée, mais se sont plaints du fait que leur employeur, de manière inadmissible, n'avait pas présenté à l'institution de prévoyance des décomptes comprenant des cotisations sur les bonus versés. Ainsi, le litige portait en premier lieu sur l'obligation relative aux décomptes et non pas sur le montant de la prestation de sortie, raison pour laquelle, en vertu de l'ATF 129 V 320, c'était l'employeur qui avait exclusivement la légitimation passive, et non pas l'institution de prévoyance. Rien d'autre ne peut être tiré de l'arrêt A. et B. du 9 novembre 2004, B 45 et 46/04.

Dans son action du 28 juin 2002, le recourant demande que son employeur présente des décomptes de cotisations en sa faveur à la caisse de pension. Après la faillite de cet employeur, puis sa radiation du registre du commerce, le recourant a modifié ses conclusions dans le sens qu'il a réclamé à la caisse de pension, déjà mise en cause par l'action du 28 juin 2002, le versement de la prestation de libre passage lui revenant. Ainsi, il ne se plaint plus de la violation de l'obligation de son ancien employeur de fournir des décomptes, mais exige de la caisse de pension la prestation de sortie qu'elle a calculée plus les intérêts. La légitimation passive de la caisse de pension doit ainsi être reconnue contrairement aux considérants de l'instance inférieure basés sur l'ATF 129 V 320 et sur l'arrêt A. et B. du 9 novembre 2004, B 45 et 46/04. Dès lors, il s'agit d'annuler le jugement cantonal et de renvoyer

la cause à l'instance inférieure pour que celle-ci, après avoir procédé aux clarifications éventuellement nécessaires, rende un nouveau jugement, dans le cadre de la jurisprudence (ATF 128 V 224), sur le montant de la prestation de sortie ainsi que sur l'admissibilité de la compensation, par la caisse de pension, des cotisations impayées de l'employeur avec la prestation de sortie.

548 Imputation de la rente d'invalidité LPP à la perte de gain du droit de la responsabilité civile, position de l'institution de prévoyance dans l'action récursoire, calcul du préjudice ménager et de son augmentation en salaire réel

(Référence à l'arrêt du TF du 17 janvier 2006 en la cause X. contre Y., société d'assurances; 4C.277/2005; arrêt en allemand)

(Art. 51, al. 2, CO)

En 1990, A. est entré en collision avec sa voiture dans l'arrière de celle conduite par X., qui a subi une distorsion de la colonne cervicale entraînant une incapacité de gain de 100 % et une incapacité de travail de 50 % dans le ménage.

Les points suivants sont controversés: l'imputation de la rente d'invalidité LPP à la perte de gain du droit de la responsabilité civile, la position de l'institution de prévoyance dans l'action récursoire, le calcul du préjudice ménager et de son augmentation en salaire réel. Ni le calcul de la prestation ni le type de position de l'institution de prévoyance dans l'action récursoire ne sont déterminants pour savoir si les prestations LPP sont concordantes ou non. En l'espèce, la position de l'institution de prévoyance dans l'action récursoire se détermine selon l'ancien droit car l'accident s'est produit avant le 1er janvier 2005 (dès le 1er janvier 2005, nouvel art. 34b LPP). Peu importe que l'institution de prévoyance ne prévoie pas d'obligation de cession dans ses statuts. Le recours de l'institution de prévoyance est soumis à l'art. 51, al. 2, CO. Il n'y a pas lieu de trancher la question de savoir si le recours de l'institution de prévoyance est admissible à l'encontre d'une personne dont la responsabilité civile est causale; en effet, en l'espèce, A. répond pour faute. Ainsi, les prétentions récursoires de l'institution de prévoyance entrent en ligne de compte (sans cession) pour les prestations aussi bien passées que futures. Une fois de plus, le préjudice ménager doit être déterminé de façon normative selon les tableaux de l'ESPA. Il s'agit, ce faisant, de rejeter l'opinion de l'instance inférieure qu'une augmentation du salaire réel ne doit être prise en compte que jusqu'à l'âge de 50 ans sous prétexte qu'ensuite, le revenu n'augmente pas de manière significative. Ce phénomène statistique est notamment dû à des mises à la retraite anticipée conditionnées par une invalidité et ne saurait être pris en considération pour les préjudices ménagers. En capitalisant correctement le préjudice ménager à l'aide des tableaux d'activité et en ne tenant pas compte d'une augmentation de salaire réel depuis l'âge de 50 ans, l'instance inférieure a doublement pris en considération la probabilité de devenir invalide, ce qui revient à un exercice incorrect de son pouvoir d'appréciation dans la détermination du dommage. On peut également tenir compte de l'augmentation du salaire réel de 1 % en retenant un taux d'intérêt de capitalisation de 2,5 % et non de 3,5 %.

549 Interprétation de la disposition de l'art. 1, al. 1, let. b, OPP 2 (depuis le 1er janvier 2006 = art. 1j OPP 2) : « engagés pour une durée limitée ne dépassant pas trois mois »

(Référence à deux arrêts du TFA du 21 avril 2006 en la cause OFAS et K. contre entreprise L. ; B 105/05 et B 108/05 ; arrêts en allemand)

(Art. 66, al. 2, LPP, art. 1, al. 1, let. b [dès le 1^{er} janvier 2006 = art. 1j], et 10 OPP 2)

L'employeur L. avait refusé d'annoncer la salariée K. auprès de son institution de prévoyance et de verser les cotisations de prévoyance, raison pour laquelle l'instance inférieure a reconnu à juste titre sa légitimation passive (art. 66, al. 3, LPP et art. 10 OPP 2).

Il ressort de manière incontestée du dossier que K. a été employée par l'entreprise L. du 26 février au 1^{er} juin 2001. Mais la question litigieuse est de savoir si l'employeur de cette époque aurait eu l'obligation d'annoncer et d'assurer K. auprès de son institution de prévoyance. L'entreprise L. avait refusé de procéder à une inscription auprès de son institution de prévoyance en se référant à l'art. 1, al. 1, let. b, OPP 2 pour le motif que les rapports de travail avaient été convenus pour une durée limitée arrondie à trois mois, la première semaine de mars 2001 ayant été « comblée » par les trois derniers jours ouvrables du mois de février 2001 (lundi 26 février à mercredi 28 février 2001) et la dernière semaine de mai (durant jusqu'au jeudi 31 mai 2001) par le premier jour ouvrable du mois de juin 2001 (vendredi 1^{er} juin 2001).

La loi doit en premier lieu être interprétée selon sa lettre. Si le texte n'est pas tout à fait clair et permet diverses interprétations, il faut chercher selon sa portée en tenant compte de tous les éléments d'interprétation, notamment du sens et du but ainsi que de la systématique servant de base au texte. Le sens à attribuer à une norme dans son contexte est également important. Il n'est admissible qu'exceptionnellement de déroger à une teneur claire, c'est-à-dire sans ambiguïté et sans équivoque, soit lorsque des motifs pertinents permettent de conclure que la lettre de la disposition ne restitue pas son sens véritable.

L'art. 1, al. 1, let. b, OPP 2 ne soumet pas à l'assurance obligatoire les salariés engagés pour une durée limitée ne dépassant pas trois mois. La teneur de cette disposition concorde dans les trois langues officielles et est claire, c'est-à-dire qu'elle ne présente aucune ambiguïté ni aucune équivoque. Une dérogation exceptionnelle ne serait – comme exposé ci-avant – admissible que si des motifs pertinents permettaient de conclure que la teneur ne restitue pas le sens véritable de la disposition. Tel n'est pas le cas. La réglementation de l'art. 1, al. 1, let. b, OPP 2 a été édictée avant tout pour décharger l'institution de prévoyance sur le plan administratif. On ne saurait ainsi en aucun cas lui faire dire que l'inscription de salariés engagés pour une durée limitée arrondie à trois mois serait laissée au bon vouloir de l'employeur mais il s'agit uniquement de décharger les institutions de prévoyance des cas d'entrées et de sorties successives à court terme de ses assurés. La limite de ce court terme a ainsi été fixée à trois mois au plus, ce qui, comme toute limite claire, a toujours pour effet qu'il y ait des cas qui se situent très peu au-delà de la limite mais qui ne justifient pas un traitement d'exception.

Comme l'engagement de K. du 26 février au 1^{er} juin 2001 a clairement dépassé la limite de trois mois au plus, point n'était besoin de clarifier plus avant la question de savoir s'il s'agissait d'un contrat de travail de durée limitée (de durée de plus de trois mois) ou de rapports de travail de durée non limitée ayant pris fin lors de la survenance de l'incapacité de travail. Dans les deux cas en effet, l'art. 1, al. 1, let. b, OPP 2 n'est pas applicable, ce qui a pour conséquence que l'employeur doit assurer après coup la travailleuse pour la période du 26 février au 1^{er} juin 2001 auprès de son institution de prévoyance et verser les cotisations correspondantes.

550 La prestation de sortie à partager en cas de divorce doit être calculée pour le moment de l'entrée en force du jugement de divorce

(Référence à deux arrêts du TFA du 28 mars 2006 en la cause X. et Y. contre Publica ; B 16/05 et B 17/05 ; arrêts en allemand)

(Art. 122 CC, art. 22 LFLP)

Selon la définition légale, la période déterminante pour le partage de la prestation de sortie est celle de la durée du mariage. La loi fixe ainsi les valeurs de référence. Le mariage commence au jour de sa conclusion et se termine avec sa dissolution par le jugement de divorce. Or, le moment déterminant du divorce n'est pas la date du jugement de divorce, mais, conformément à l'art. 122 CC et à l'art. 22 LFLP pour la fin du mariage, celle de l'entrée en force formelle de ce jugement.

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 93

Il n'est toutefois pas exclu que, dans une convention ou une transaction judiciaire, les parties déclarent comme déterminante une date antérieure à celle de l'entrée en force du jugement de divorce pour permettre un calcul dans la procédure de divorce.