



12 août 2008

---

## Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 107

---

### Indications

- 652 Amélioration pour les travailleurs atypiques : modification de l'ordonnance OPP 2 (dès le 1.1.2009)
- 653 Invalidité: renvoi de l'art. 26 al. 1 LPP aux art. 28 al. 1 et 29 al. 1 à 3 LAI
- 654 Internet : table chronologique : liens avec chaque bulletin de la prévoyance professionnelle

### Prise de position

- 655 Questions sur les art. 1j et 1k OPP 2 concernant les travailleurs atypiques (dès le 1.1.2009)

### Jurisprudence

- 656 Pas de consentement du conjoint pour le versement en capital de prestations de vieillesse provenant d'un compte de libre passage
- 657 Divorce, cas de prévoyance et droit au maintien du salaire
- 658 Droit de la femme divorcée en cas de perte de soutien
- 659 Aucun droit à des dépens pour la procédure interne à la caisse de pensions
- 660 Compensation du versement en espèces de la prestation de sortie avec une créance en dommages-intérêts contre l'assuré en qualité d'administrateur

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

### **652 Amélioration pour les travailleurs atypiques : modification de l'ordonnance OPP 2 (dès le 1.1.2009)**

Le 25 juin 2008, le Conseil fédéral a décidé de modifier l'ordonnance OPP 2 afin d'assujettir à la prévoyance professionnelle les personnes qui effectuent des engagements pour le même employeur pour une durée totale supérieure à 3 mois. L'entrée en vigueur est fixée au 1<sup>er</sup> janvier 2009.

Suite au rapport de l'OFAS sur la prévoyance professionnelle des travailleurs atypiques publié le 2 avril 2008, le Conseil fédéral a décidé, en date du 25 juin 2008, que les personnes qui effectuent deux ou plusieurs engagements pour le même employeur seront aussi assurées au deuxième pilier lorsque les périodes de travail pour le même employeur se succèdent à trois mois ou moins d'intervalle et qu'il n'y a pas plus de 3 mois d'interruption entre les engagements.

Actuellement, il n'y a pas de totalisation des différentes périodes de travail pour le même employeur : il faut que chaque période de travail ininterrompue soit supérieure à 3 mois et une interruption de quelques jours suffit à faire repartir à zéro le décompte des 3 mois. Jusqu'à présent, seules les personnes employées par des agences de travail temporaire bénéficiaient d'un régime totalisant les différentes missions.

Cette modification d'ordonnance permettra à un plus grand nombre de travailleurs atypiques d'accéder à la prévoyance professionnelle.

Nous publions ci-après cette modification d'ordonnance avec un commentaire.

Seule fait foi la version publiée dans le Recueil officiel du droit fédéral :  
RO 2008 3551 (<http://www.admin.ch/ch/f/as/2008/3551.pdf>)

**Ordonnance**  
**sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité**  
**(OPP 2)**  
**Modification du 25 juin 2008**

---

*Le Conseil fédéral suisse*

*arrête:*

**I**

L'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité<sup>1</sup> est modifiée comme suit:

*Art. 1j, titre médian et al. 1, let. b*

Salariés non soumis à l'assurance obligatoire

(art. 2, al. 2 et 4, LPP)

<sup>1</sup> Les catégories suivantes de salariés ne sont pas soumises à l'assurance obligatoire:

- b. les salariés engagés pour une durée limitée ne dépassant pas trois mois; l'art. 1k est réservé;

*Art. 1k* Salariés engagés pour une durée limitée

(art. 2, al. 4, LPP)

Les salariés dont la durée d'engagement ou de mission est limitée sont soumis à l'assurance obligatoire, lorsque:

- a. les rapports de travail sont prolongés au-delà de trois mois, sans qu'il y ait interruption desdits rapports: dans ce cas, le salarié est soumis à l'assurance obligatoire dès le moment où la prolongation a été convenue;
- b. plusieurs engagements auprès d'un même employeur ou missions pour le compte d'une même entreprise bailleuse de service durent au total plus de trois mois et qu'aucune interruption ne dépasse trois mois: dans ce cas, le salarié est soumis à l'assurance obligatoire dès le début du quatrième mois de travail; lorsqu'il a été convenu, avant le début du travail, que le salarié est engagé pour une durée totale supérieure à trois mois, l'assujettissement commence en même temps que les rapports de travail.

**II**

La présente modification entre en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2009.

25 juin 2008

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Pascal Couchepin  
La chancelière de la Confédération, Corina Casanova

**Travailleurs atypiques : commentaire de la modification de l'art. 1j, al. 1, let. b, OPP 2 et du nouvel art. 1k OPP 2 :**

En date du 2 avril 2008, le Conseil fédéral a pris acte du rapport de l'OFAS « Analyse de solutions éventuelles en vue d'améliorer l'assujettissement au régime obligatoire LPP des travailleurs atypiques, conformément à l'art. 2, al. 4, 1<sup>re</sup> phrase, LPP ». Il a chargé le Département fédéral de l'intérieur d'élaborer une modification de l'OPP 2 afin de tenir compte, pour calculer le délai de trois mois déterminant pour l'assujettissement à la LPP<sup>2</sup>, de tous les engagements auprès d'un même employeur et de toutes les missions pour le compte d'une même entreprise bailleuse de services au sens de l'art. 2 OPP 2.

Selon l'art. 1j, al. 1, let. b, OPP 2 en vigueur jusqu'à présent, les salariés engagés pour une durée limitée ne dépassant pas trois mois ne sont pas soumis à l'assurance obligatoire ; en cas de prolongation des rapports de travail au-delà de trois mois, le salarié est assujetti à l'assurance obligatoire dès le moment où la prolongation a été convenue.

---

<sup>1</sup> RS 831.441.1

<sup>2</sup> Lien internet du communiqué de presse avec le rapport : <http://www.admin.ch/aktuell/00089/index.html?lang=fr&msg-id=18048>

## Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 107

Avec la présente modification, une personne devra dorénavant être assujettie à la LPP si la durée totale des engagements ou des missions qu'elle effectue pour le même employeur dépasse trois mois et qu'il n'y a pas plus de trois mois d'interruption entre ces engagements. Lorsqu'une personne a plusieurs employeurs, le calcul de la durée des engagements doit être effectué séparément pour chaque employeur.

Jusqu'à présent, pour les personnes engagées par des employeurs autres que des entreprises de location de services<sup>3</sup>, le calcul du délai de trois mois repartait à zéro à la fin de chaque contrat de travail de durée déterminée, quelle que soit la durée de l'interruption jusqu'au prochain engagement éventuel chez le même employeur.

La présente modification fixe à trois mois le délai maximal d'interruption entre deux engagements ou missions, au lieu de l'actuel délai de deux semaines applicable aux travailleurs dont les services sont loués<sup>4</sup>. L'allongement du délai à 3 mois permettra de réduire sensiblement le risque d'abus lié aux contrats en chaîne<sup>5</sup>. En effet, l'actuel délai d'interruption de 2 semaines s'est avéré insatisfaisant, car avec un tel délai, le risque est plus grand qu'un employeur cherche à se soustraire à l'assurance obligatoire en imposant une brève interruption d'un peu plus de deux semaines au travailleur qui a déjà effectué un engagement ou mission de trois mois avant de le réengager juste après.

Le nouvel art. 1k OPP 2 règle l'assujettissement des salariés engagés pour une durée limitée. Il complète l'art. 1j, al. 1, let. b, OPP 2 en vigueur jusqu'à présent. L'art. 1j, al. 1, let. b, OPP 2 est adapté pour réserver expressément cette nouvelle disposition.

La lettre a de l'art. 1k reprend la formulation actuelle de l'art. 1j, al. 1, let. b, OPP 2 en ajoutant les termes « sans qu'il y ait interruption desdits rapports », afin de distinguer clairement le cas où une personne travaille sans interruption de celui où elle travaille avec une ou plusieurs interruptions. La lettre a traite du cas où une personne commence à travailler pour une durée initiale ne dépassant pas 3 mois mais continue ensuite de travailler sans interruption pour une durée totale supérieure à 3 mois. Dans ce cas-là, la personne doit être assujettie à partir du jour où la prolongation a été convenue.

La lettre b vise le cas où une personne effectue deux ou plusieurs engagements ou missions avec une ou plusieurs interruptions. Il faut alors examiner si la durée totale des différents engagements ou missions est supérieure à 3 mois et si chaque interruption ne dépasse pas 3 mois. Si ces deux conditions cumulatives sont remplies, il y aura assujettissement à l'assurance obligatoire. Par exemple, si une personne effectue une première mission d'un mois, puis arrête de travailler pendant deux mois avant de recommencer à travailler pour le même employeur avec un second engagement de trois mois, elle doit être assujettie à la LPP dès le début du quatrième mois de travail. Toutefois, il peut arriver que l'employeur et la personne salariée aient décidé à l'avance, c'est-à-dire avant que la personne ne commence à travailler, que la durée totale des engagements sera supérieure à 3 mois. Dans ce cas-là, l'assujettissement commencera en même temps que les rapports de travail.

La limite des 3 mois s'applique à chaque interruption prise individuellement et non pas à la durée totale des interruptions. Les périodes d'interruption ne se cumulent donc pas. Par exemple, si une personne travaille d'abord pendant 2 mois avant une interruption de 1 mois, retravaille ensuite 1 mois pour le même employeur avant une nouvelle interruption de 3 mois, puis effectue finalement un

---

<sup>3</sup> Selon l'art. 2 OPP 2, les travailleurs occupés auprès d'une entreprise tierce dans le cadre d'une location de service au sens de la loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services sont réputés être des travailleurs salariés de l'entreprise bailleuse de service.

<sup>4</sup> Directive du Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) 2006/2 du 31 mai 2006 sur la validité de l'affiliation à la LPP pour les travailleurs dont les services sont loués : [http://www.espace-emploi.ch/dateien/Private\\_Arbeitsvermittlung/Validite\\_de\\_affiliation\\_a\\_la\\_LPP\\_pour\\_les\\_travailleurs\\_dont\\_les\\_services\\_sont.pdf](http://www.espace-emploi.ch/dateien/Private_Arbeitsvermittlung/Validite_de_affiliation_a_la_LPP_pour_les_travailleurs_dont_les_services_sont.pdf)  
Voir aussi le Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 91, du 6 avril 2006, chiffre 529 : [http://www.assurancesociales.admin.ch/storage/documents/2530/2530\\_1\\_fr.pdf](http://www.assurancesociales.admin.ch/storage/documents/2530/2530_1_fr.pdf)

<sup>5</sup> Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 91, chiffre 529 et ATF 119 V 46 consid. 1c p. 48.

## Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 107

troisième engagement de 2 mois pour le même employeur, elle doit être assujettie à la LPP, car aucune des interruptions n'est supérieure à 3 mois.

### 653 Invalidité: renvoi de l'art. 26 al. 1 LPP aux art. 28 al. 1 et 29 al. 1 à 3 LAI

La 5<sup>e</sup> révision de l'AI est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2008. Elle a notamment modifié l'art. 29 LAI. L'ancien al. 1 de l'art. 29 LAI est devenu l'actuel art. 28 al. 1 LAI. L'actuel art. 29 al. 2 LAI a repris la 2<sup>e</sup> phrase de l'al. 2 de l'ancien art. 29 LAI tandis que la 1<sup>re</sup> phrase de l'al. 2 de l'ancien art. 29 LAI figure désormais à l'al. 3 de l'actuel art. 29 LAI. L'al. 1<sup>er</sup> de l'ancien art. 28 LAI est devenu l'al. 4 de l'actuel art. 29 LAI.

Selon l'al. 1 de l'actuel art. 29 LAI, le droit à la rente prend désormais naissance au plus tôt 6 mois après que la personne assurée a fait valoir son droit aux prestations conformément à l'art. 29 al. 1 LPGA.

L'art. 26 al. 1 LPP renvoie à l'art. 29 LAI en ce qui concerne la naissance du droit aux prestations d'invalidité. La modification de la LAI relative à la naissance du droit aux prestations d'invalidité a aussi des répercussions sur le droit aux prestations LPP (voir le Message de la 5<sup>e</sup> révision de l'AI, FF 2005 4215, ch. 3.4 :

<http://www.admin.ch/ch/f/ff/2005/4215.pdf>).

Lors de l'adaptation des dispositions de la LPP, le renvoi de l'art. 26 al. 1 LPP à l'art. 29 LAI n'a pas été modifié. Il s'agit là d'une inadvertance rédactionnelle. Le renvoi exact est le suivant : « (art. 28 al. 1 et 29 al. 1 à 3 LAI) ».

La correction de ce renvoi a été entre-temps effectuée dans le Recueil systématique (RS) : voir la note de bas de page n° 53 relative à l'art. 26 al. 1 LPP : **actuellement «art. 28 al. 1 et 29 al. 1 à 3 LAI»** : <http://www.admin.ch/ch/f/rs/8/831.40.fr.pdf>.

Il en résulte que le droit aux prestations d'invalidité LPP prend naissance au plus tôt à l'échéance d'une période de 6 mois à compter de la date à laquelle la personne assurée a fait valoir son droit aux prestations conformément à l'art. 29 al. 1 LPGA, c.-à-d. en même temps que la naissance du droit à la rente AI.

### 654 Internet : table chronologique : liens avec chaque bulletin de la prévoyance professionnelle

Des liens internet ont été ajoutés dans la table chronologique pour accéder directement à tous les bulletins (voir le document EXCEL sur la page actualité) :

<http://www.bsv.admin.ch/themen/vorsorge/aktuell/index.html?lang=fr>

## Prise de position

### 655 Questions sur les art. 1j et 1k OPP 2 concernant les travailleurs atypiques (dès le 1.1.2009)

#### 1. Quelle est la durée maximale de l'interruption entre deux engagements pour le même employeur ?

La période maximale d'interruption entre deux engagements est fixée à 3 mois, car au-delà de 3 mois, on ne peut plus considérer qu'il s'agit d'une interruption de courte durée. Afin d'éviter des contradictions, des risques de confusion et des difficultés d'application dans la pratique, la limite des 3 mois s'applique à la fois à la durée totale des missions et à la durée de l'interruption entre les missions. Comme les art. 1j et 1k OPP 2 considèrent qu'au-delà de 3 mois, il ne s'agit plus d'un engagement de courte durée non soumis à l'assurance obligatoire, la durée maximale d'interruption

entre les engagements est également fixée à 3 mois, afin d'assurer une concordance entre la notion d'engagement de courte durée et celle d'interruption de courte durée.

**2. Faut-il appliquer le délai de 3 mois par année civile ?**

Non. Si l'on appliquait le délai de 3 mois par année civile, cela risquerait de créer des inégalités de traitement sans motifs objectifs. Par exemple, une personne qui effectue un premier engagement de 2 mois en août-septembre puis un second engagement de 2 mois en novembre-décembre serait assujettie à la LPP. Par contre, si une personne effectue une première mission de 2 mois en octobre-novembre puis une seconde mission de 2 mois en janvier-février de l'année suivante, elle ne serait alors pas assujettie si l'on fixait une limite par année civile, alors même qu'elle a travaillé aussi longtemps que la personne dans le premier cas susmentionné. Le fait que les engagements successifs aient lieu au cours de la même année civile ou qu'ils soient à cheval sur deux années civiles ne constitue pas un motif suffisant pour traiter différemment ces deux personnes en ce qui concerne l'assujettissement à la LPP.

**3. Lorsqu'il y a des engagements successifs avec des interruptions, quand débute l'assurance obligatoire ?**

La personne salariée doit être assujettie à la prévoyance professionnelle lorsque la durée totale de ses différents engagements est supérieure à 3 mois et qu'aucune interruption ne dépasse 3 mois. L'assujettissement commence en principe au début du quatrième mois de travail. Toutefois, lorsqu'il a été convenu d'emblée, avant le premier jour de travail, que la personne salariée va travailler pour une durée totale supérieure à 3 mois, par exemple 3 périodes de 2 mois avec des interruptions de 2 mois, l'assujettissement commencera alors en même temps que les rapports de travail.

**Jurisprudence**

**656 Pas de consentement du conjoint pour le versement en capital de prestations de vieillesse provenant d'un compte de libre passage**

(Référence à l'arrêt du TF du 8 mai 2008 en la cause S. contre Fondation de libre passage d'UBS SA, 9C\_212/2007, ATF 134 V 182 ; arrêt en allemand)

Art. 37 al. 5, LPP, art. 16 OLP

Le litige soumis au TF porte sur le point de savoir si la Fondation de libre passage d'UBS SA a violé le droit fédéral en procédant au versement d'une prestation de vieillesse sous forme de capital à l'époux de S. sans le consentement écrit de cette dernière.

Le TF relève que l'époux de la recourante a eu 60 ans en février 2005 et que, dès cette date, il a atteint la limite d'âge fixée par l'art. 16 OLP pour un versement de l'avoit de vieillesse. Comme l'a constaté à juste titre le Tribunal cantonal, ce versement n'est pas un versement en espèces selon l'art. 5 LFLP. La Chambre des poursuites et des faillites du TF a déjà jugé par arrêt du 21 avril 2005 (7B.22/2005) que l'art. 16 OLP concerne le versement des prestations de vieillesse et que - contrairement à l'art. 5 LFLP en relation avec l'art. 14 OLP pour les versements en espèces prévus dans ces dispositions - la teneur de cet article ne présuppose pas le consentement du conjoint. En outre, selon la doctrine, il n'y a pas non plus de lacune légale dans le fait que le consentement du conjoint ne soit requis que pour les demandes de versement en espèces selon l'art. 5 LFLP mais pas pour le versement des prestations de vieillesse en capital plutôt que sous forme de rente. Dans l'arrêt précité, le TF a laissé ouverte la question de savoir comment se présente la situation juridique sur la base de l'art. 37, al. 5, LPP, introduit par la 1<sup>re</sup> révision de la LPP.

L'introduction progressive de l'exigence du consentement écrit par le législateur et l'auteur de l'ordonnance montre clairement qu'il ne s'agit pas d'une lacune à combler par le tribunal. La

## Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 107

1<sup>re</sup> révision de la LPP n'a pas non plus introduit d'exigence générale du consentement du conjoint pour tous les versements en capital ; il s'agit là cependant d'un silence qualifié du législateur et non pas d'une lacune légale à combler par le juge. Comme le législateur et l'auteur de l'ordonnance n'ont pas entrepris de modifications dans le domaine de la LFLP et de l'OLP à l'occasion de la 1<sup>re</sup> révision de la LPP, la condition du consentement du conjoint pour des versements de prestations de vieillesse sous la forme de capital provenant d'un compte de libre passage manque de base juridique. Le versement de la prestation de vieillesse par l'intimée n'est par conséquent ni contraire à la loi ni contraire à l'ordonnance.

### 657 Divorce, cas de prévoyance et droit au maintien du salaire

(Référence à l'arrêt du TF du 28 mars 2008 en la cause M. et C. contre Caisse de prévoyance en faveur du personnel/Caisse de prévoyance complémentaire S. SA, 9C\_899/2007 et 9C\_900/2007; arrêt en allemand)

Art. 122/124 et art. 141/142 CC ; art. 26 LPP

Le litige soumis au TF porte sur le point de savoir si la répartition entre les époux divorcés en matière de prévoyance doit se faire selon l'art. 122 ou selon l'art. 124 CC ainsi que sur la question de la compétence du juge du divorce ou de celui de la prévoyance professionnelle.

Le TF retient notamment que l'instance inférieure a admis à tort qu'à la date déterminante (entrée en force du jugement de divorce : 13 juin 2007), un cas de prévoyance du mari était clairement prévisible parce qu'il touchait des indemnités journalières de l'assurance-accidents obligatoire en présentant une capacité de travail de 30 %, que pour ladite capacité de travail son employeur l'avait libéré, jusqu'au moment de sa retraite ordinaire et qu'il s'était annoncé à l'assurance-invalidité pour toucher des prestations, ce qui signifiait, avec une vraisemblance confinante à la certitude, l'obligation pour l'institution de prévoyance de fournir des prestations.

Le TF relève que la naissance du droit à des prestations d'invalidité dans la prévoyance professionnelle peut être différée aussi longtemps que l'assuré reçoit un salaire entier (art. 26, al. 2, LPP). Ainsi, l'instance inférieure commet une erreur de droit en admettant sans autre qu'avec l'octroi attendu d'une rente de l'AI avec effet rétroactif, prendra également naissance un cas de prévoyance au sens de la prévoyance professionnelle ; la question décisive est au contraire celle de savoir si l'assuré a un droit au maintien du salaire. La cause doit dès lors être renvoyée à l'instance inférieure pour qu'elle détermine au sens des considérants s'il y a un cas de prévoyance. S'il existait encore, à la date déterminante (13 juin 2007), un droit au maintien du salaire, le cas de prévoyance n'aurait alors pas pris naissance et il faudrait procéder au partage au sens de l'art. 122 CC selon le jugement du divorce. Sinon, il conviendrait d'admettre que le cas de prévoyance serait déjà survenu et l'instance inférieure devrait transmettre la cause au tribunal civil compétent pour qu'il fixe une indemnité équitable selon l'art. 124 CC.

### 658 Droit de la femme divorcée en cas de perte de soutien

(Référence à l'arrêt du TF du 17 avril 2008 en la cause canton de St-Gall contre G., 9C\_589/2007, ATF 134 V 208 ; arrêt en allemand)

Art. 46 VVK SG / art. 20 OPP 2

G. et L. se sont mariés en 1966. Dans le jugement de divorce de décembre 1990, L. s'est engagé à verser une rente viagère indexée de 1200 francs par mois selon l'art. 151 aCC. Par la suite, il s'avère qu'il a payé un montant mensuel de 1400 francs. Depuis novembre 2002, L. a touché de la caisse d'assurances en faveur du personnel de l'Etat du canton de St-Gall une rente de vieillesse dépassant le montant obligatoire. De son côté, G. est depuis juillet 2004 au bénéfice d'une rente ordinaire de

## Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 107

vieillesse de l'AVS de 1739 francs par mois. Après le décès de L. survenu en août 2004, G. a demandé à la caisse d'assurances de lui accorder une rente de survivante. L'institution de prévoyance a admis un droit de la femme divorcée à une rente selon l'art. 20, al. 1, OPP 2 et lui a accordé une rente mensuelle de 787 fr. 45, calculée selon les critères des prestations obligatoires de la LPP.

Le Tribunal cantonal a admis l'action interjetée par la suite par G. contre la caisse d'assurances en paiement d'une rente mensuelle d'un montant égal à la pension alimentaire du droit du divorce touchée précédemment de 1400 francs par mois, augmentée à 1530 fr. 40 (en raison de l'indexation à 2004 de la pension alimentaire du droit du divorce) et a condamné la caisse à payer à G. une rente mensuelle de 1530 fr. 40 plus intérêts à 5 % depuis le 11 avril 2006. Le canton de St-Gall interjette un recours au TF contre ce jugement.

Il n'est pas contesté qu'en vertu de l'art. 20 OPP 2 (dans sa version en vigueur jusqu'à fin 2004), G. a droit à des prestations pour survivante de la prévoyance obligatoire. En revanche, le litige porte sur la question de savoir s'il existe éventuellement un droit à des prestations de la prévoyance plus étendue sur la base de l'art. 46 de l'ordonnance saint-galloise sur la caisse d'assurances en faveur du personnel de l'Etat (VVK). Or, en cas de grief qualifié, le TF examine librement l'interprétation du droit cantonal public en matière de prévoyance.

Le TF considère que la systématique de la VVK plaide pour une inégalité de traitement voulue par l'auteur de cette ordonnance entre les conjoints veufs et les conjoints divorcés au niveau du montant des rentes de survivants. Une telle inégalité de traitement n'est contraire ni à la loi ni à la Constitution. Il n'est pas inhabituel qu'un règlement limite les droits des survivants divorcés au minimum LPP, même si, par ailleurs, des prestations plus étendues sont accordées. En interprétant l'art. 46 VVK, le TF décide que cette disposition ne confère aux conjoints divorcés aucun droit à une rente dépassant les dispositions minimales de la LPP régissant les prestations en faveur de survivants.

L'existence de la rente AVS de vieillesse de G. pose la question de l'étendue de la réduction possible selon l'art. 46 VVK, respectivement l'art. 20, al. 2, OPP 2. A ce propos, le TF considère, en confirmant la jurisprudence de son arrêt B 6/99, que la prestation à laquelle se réfère l'art. 20, al. 2, OPP 2 sert à compenser la perte de soutien, raison pour laquelle il est conforme au système de ne pas porter en compte la rente AVS de vieillesse du conjoint divorcé ayant droit, respectivement de n'en tenir compte que dans la mesure où son montant est influencé par la survenance de l'événement assuré ; la rente AVS de vieillesse – contrairement à la rente AVS de survivant – ne compense pas la disparition du droit à l'entretien, mais la perte du propre gain de l'assuré en raison de son âge et la personne divorcée y a droit même si elle n'a aucun droit à un entretien selon le droit du divorce. Toutefois, comme la rente de vieillesse ne remplace pas la perte de soutien, ladite perte doit être couverte par les prestations de survivants de la prévoyance professionnelle.

En résumé, il s'avère que le recourant doit à l'intimée une rente correspondant au minimum LPP obligatoire, mais au plus 1530 fr. 40 par mois, dont il ne faut pas déduire la rente AVS de vieillesse de l'intimée.

### 659 **Aucun droit à des dépens pour la procédure interne à la caisse de pensions**

(Référence à l'arrêt du TF du 4 avril 2008 en la cause Caisse de pension de Bâle-Ville contre V., 9C\_422/2007, publication ATF prévue ; arrêt en allemand)

Art. 29, al. 3, Cst., art. 73 LPP

Dans cette procédure, le litige soumis au TF porte sur la question de savoir s'il existe un droit à des dépens pour la procédure interne à la caisse de pension précédant la procédure judiciaire cantonale selon l'art. 73 LPP lorsque se pose le problème du droit à restitution de l'institution de prévoyance et de la dispense de restitution (art. 35a, al. 1, LPP).

Le TF relève que les institutions de prévoyance ne sont pas dotées de la puissance publique, ni les caisses de pension de droit privé, ni celles de droit public. Elles n'ont dès lors aucun pouvoir de rendre des décisions sur des droits et obligations des assurés qui puissent acquérir formellement force de chose jugée ; une procédure ayant force obligatoire et juridiquement exécutoire ne commence, selon l'art. 73 LPP, qu'avec l'action en justice. Faute de base décisionnelle, la procédure d'opposition prévue dans le règlement n'a donc pas d'effet formateur sur le plan juridique mais sert uniquement à la formation interne de la volonté de l'institution de prévoyance.

Selon la jurisprudence, l'art. 29, al. 3, Cst. fonde, à certaines conditions (indigence, cause non dépourvue de toute chance de succès, caractère impératif de l'assistance judiciaire), également pour la procédure non litigieuse, un droit à l'assistance judiciaire gratuite (ATF 125 V 32), qui peut, le cas échéant, être étendu à l'octroi de dépens (ATF 130 V 570). Cette règle jurisprudentielle concerne des procédures servant à préparer des actes administratifs souverains, juridiquement formateurs. Elle ne vaut en revanche pas pour la procédure en cause ici, interne à la caisse, car il ne s'agit pas d'une procédure d'opposition au sens juridique. Cette procédure ne relève ainsi pas du champ d'application de l'art. 29, al. 3, Cst. Il s'ensuit que l'assuré n'a pas droit à des dépens pour la procédure interne à la caisse.

**660 Compensation du versement en espèces de la prestation de sortie avec une créance en dommages-intérêts contre l'assuré en qualité d'administrateur**

(Référence à l'arrêt du TF du 8 mai 2008 en la cause M. contre Caisse X., 9C\_203/2007 ; arrêt en français)

(Art. 39, al. 2, LPP, art. 120 ss et 754 CO)

Un acte de défaut de biens a été délivré à la Caisse X. pour un montant de 17'742 francs correspondant aux cotisations LPP impayées de mars à décembre 1997 par la société B. SA déclarée en faillite en mars 1998. En qualité d'administrateur unique de B. SA, M. était assuré auprès de la Caisse X. En juin 2005, il a demandé le versement en espèces de sa prestation de sortie, car il avait l'intention de s'établir à son propre compte. La Caisse X. a accepté de verser à M. un montant de 14'718 francs correspondant à sa prestation de libre passage résiduelle après déduction de 17'742 francs correspondant à l'arriéré des cotisations LPP de B. SA.

Le litige porte sur le droit de la caisse intimée de compenser le versement en espèces de la prestation de sortie de M. avec une créance en dommages-intérêts qu'elle prétend détenir à l'encontre de ce dernier en sa qualité d'administrateur de B. SA.

Le TF a admis une telle compensation, en reprenant l'argumentation du Tribunal cantonal : en demandant réparation du dommage correspondant à l'arriéré des cotisations LPP de B. SA, la caisse se prévalait d'un dommage direct, respectivement d'une créance propre et non pas cédée par l'employeur, de sorte que l'art. 39 al. 2 LPP était inapplicable au cas d'espèce et que la compensation opérée par la caisse était admissible aux conditions posées par les art. 120 ss CO. Se prononçant à titre préjudiciel sur le bien-fondé de la créance en dommages-intérêts invoquée en compensation, les premiers juges ont considéré le dommage comme étant établi à hauteur de 17'742 francs. Ils ont retenu que M. avait contrevenu par une négligence grave à ses devoirs d'administrateur, en particulier à celui de veiller au respect des prescriptions en matière d'assurances sociales.

Le TF précise que le Tribunal cantonal était compétent pour statuer à titre préjudiciel sur l'action en responsabilité du droit des sociétés anonymes au sens de l'art. 754 CO – en l'occurrence celle de l'administrateur -, en tant que prémisses à la compensation avec la prestation de sortie (arrêt du 1<sup>er</sup> septembre 1998 [B 45/97], RSAS 2002 p. 260 consid. 2b et 4). Dans de tels cas, les restrictions à la compensation prévues à l'art. 39 al. 2 LPP ne sont pas applicables (ATF 126 V 314 consid. 3b p. 315) dès lors que la contre-prestation invoquée en compensation n'est pas cédée par l'employeur – sinon

## Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 107

la compensation serait exclue, même en cas de dommage intentionnel (ATF 126 V 314, 114 V 33 ; RSAS 2004 p. 378, CGSS 1994 n° 12 p. 112) – mais consiste en un droit propre fondé sur l’art. 754 CO dont l’institution de prévoyance est titulaire en qualité de créancière sociale au bénéfice d’un acte de défaut de biens. La jurisprudence a expressément admis la compensation dans les cas de figure tels qu’en l’espèce (arrêt L. du 29 décembre 2000 [B 20/00] et même si dans l’ATF 132 V 127, le TF a exclu toute compensation entre une prestation de sortie et une créance originaire en dommages-intérêts respectivement une action récursoire (selon les art. 52 et 56a LPP), le recourant M. ne saurait rien en déduire en sa faveur dès lors que dans ce cas-là, il ne s’agissait pas du versement en espèces d’une prestation de libre passage mais du transfert de celle-ci à une nouvelle institution de prévoyance, de sorte que la protection du capital de prévoyance demeurerait prioritaire. Les constatations des premiers juges admettant la responsabilité du recourant – qui lient le TF (art. 105 al. 1 LTF) – ne sont pas critiquables, non pas tant en raison de la condamnation pénale de M. pour soustraction fautive des cotisations de prévoyance professionnelle, mais du fait que la violation par négligence des devoirs de diligence suffit pour engager la responsabilité de l’administrateur au regard de l’art. 754 al. 1 CO.