



28 janvier 2010

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 116

Indications

- 720 Actualisation du mémento 6.06 du Centre d'information AVS/AI : assurance facultative
- 721 Partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce : ouverture de la consultation
- 722 Situation financière des institutions de prévoyance en 2008
- 723 Compilation des Bulletins 101-116

Prise de position

- 724 Institutions de libre passage : retrait intégral de la prestation de vieillesse, au lieu d'un versement anticipé partiel pour le logement, dans les cinq ans avant l'âge ordinaire de la retraite

Jurisprudence

- 725 Personne exerçant une activité indépendante : pas de versement anticipé partiel possible pour des investissements dans l'entreprise
- 726 Début du délai de prescription de la créance de cotisations après l'affiliation à l'institution supplétive selon l'art. 12 LPP
- 727 Divorce : conditions permettant de déroger au partage par moitié des avoirs du 2^e pilier
- 728 Participation de l'institution de prévoyance à la procédure devant l'autorité précédente selon l'art. 25a LFLP en tant que condition de la qualité pour recourir dans la procédure devant le TF
- 729 Répartition de la perte d'intérêts sur un versement anticipé intervenu pendant la durée du mariage pour l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle
- 730 Obligation de l'institution de prévoyance d'exiger le jugement de divorce avant de procéder à un versement anticipé à un conjoint divorcé et de contrôler l'exécution du partage de la prévoyance éventuellement ordonné ?

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

720 Actualisation du mémento 6.06 du Centre d'information AVS/AI : assurance facultative

Le [mémento 6.06](#) du Centre d'information AVS/AI relatif à l'obligation de s'affilier à une institution de prévoyance conformément à la LPP a été complété. La nouvelle version (état au 1^{er} janvier 2010) contient désormais un paragraphe sur l'assurance facultative (chiffre 4), dont la teneur est la suivante:

Peuvent se faire assurer à l'assurance facultative:

- *les indépendants (cf. mémento 2.09);*
- *les salariés dont l'employeur n'est pas tenu de cotiser à l'AVS;*
- *les membres de la famille d'un exploitant agricole qui travaillent dans son entreprise;*
- *les salariés au service de plusieurs employeurs, dont le salaire annuel total dépasse 20 520 francs, s'ils ne sont pas déjà obligatoirement assurés. Sont assimilés à des salariés au service de plusieurs employeurs, les salariés ayant un ou des contrats de travail de durée limitée ne dépassant pas trois mois et ceux qui exercent une activité accessoire et sont déjà soumis à l'assurance obligatoire pour une activité lucrative exercée à titre principal ou qui exercent une activité lucrative indépendante à titre principal.*

Celui qui veut se faire assurer à titre facultatif doit en faire la demande à l'institution supplétive ou à une autre institution de prévoyance compétente.

L'employeur d'une personne assurée à titre facultatif est tenu à contribution à la condition et à partir du moment où l'employé l'a avisé de son adhésion à l'assurance facultative.

721 Partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce : ouverture de la consultation

Le Conseil fédéral a mis en consultation le 16 décembre 2009, à la demande du Département fédéral de justice et police, un avant-projet et son rapport explicatif en consultation jusqu'au 31 mars 2010. Le Conseil fédéral entend améliorer la réglementation relative au partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce par la voie d'une révision du code civil et d'autres lois (LPP et LFLP). Le but est notamment d'améliorer la protection des couples qui divorcent après la survenance d'un cas de prévoyance.

Le lien suivant permet de consulter le projet mis en consultation :

<http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=30713>

722 Situation financière des institutions de prévoyance en 2008

Le 16 décembre 2009, le Conseil fédéral a pris connaissance du rapport annuel de l'Office fédéral des assurances sociales sur la situation financière, fin 2008, des institutions de prévoyance et des assureurs-vie. Cette dernière s'est fortement détériorée en 2008, comme on pouvait s'y attendre, en raison de la crise qui a frappé les marchés financiers. Le nombre de caisses en découvert a nettement augmenté. Depuis lors la situation s'est améliorée à nouveau, comme l'indique une estimation récente.

Lien internet pour le communiqué de presse :

<http://www.news-service.admin.ch/NSBSubscriber/message/fr/30703>

723 Compilation des Bulletins 101-116

Une compilation des Bulletins depuis le numéro 101 jusqu'au numéro actuel est disponible sur la page internet suivante :

<http://www.bsv.admin.ch/vollzug/documents/index/category:158/lang:fre>

Prise de position

724 Institutions de libre passage : retrait intégral de la prestation de vieillesse, au lieu d'un versement anticipé partiel pour le logement, dans les cinq ans avant l'âge ordinaire de la retraite

(Art. 16 OLP)

Selon l'art. 16 de l'ordonnance sur le libre passage (OLP), relatif au paiement des prestations de vieillesse, « les prestations de vieillesse dues en vertu des polices et des 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 et au plus tard cinq ans après ».

Un versement anticipé pour l'acquisition d'un logement n'est logique que s'il est impossible de disposer de la prestation vieillesse. En conséquence, un versement anticipé, dans le cas d'une institution de libre passage, ne peut donc être exigé pour l'acquisition d'un logement ou pour le remboursement d'une dette hypothécaire que jusqu'à l'âge fixé à l'art. 16 al. 1 OLP, soit 59 ans pour les femmes et 60 ans pour les hommes. Une fois cette limite d'âge atteinte, les assurés ne peuvent retirer que la **totalité** de la prestation de vieillesse découlant du rapport de prévoyance considéré.

La situation d'une institution de libre passage (en matière d'exigibilité de la prestation de vieillesse) s'apparente dans ce cas davantage à la position d'un pilier 3a (art. 3 al. 3 let. c OPP 3) qu'à celle d'une institution de prévoyance (Conférence suisse des impôts, Prévoyance et impôts, Cas d'application de prévoyance professionnelle et de prévoyance individuelle, éd. Cosmos, printemps 2009, B. 3. 2. 3., p. 2).

Jurisprudence

725 Personne exerçant une activité indépendante : pas de versement anticipé partiel possible pour des investissements dans l'entreprise

(Référence à un arrêt du TF du 8 octobre 2009 en la cause ASMAC Fondation pour indépendants contre M., 9C_301/2009, publication ATF prévue ; arrêt en allemand)

(Art. 4, 8, 30c, 44 et 45 LPP, art. 5 al. 1 LFLP)

Le docteur M. a ouvert un cabinet de gynécologie-obstétrique en 1998 et a contracté à cet effet un crédit d'investissement de 200'000 francs auprès d'une banque. Il est assuré facultativement pour la prévoyance professionnelle auprès de l'ASMAC Fondation pour indépendants. Par courrier du 6 mai 2008, il a sollicité de son institution de prévoyance le versement d'un montant de 200 000 francs pour pouvoir amortir son crédit d'investissement. La fondation ASMAC a refusé cette demande par lettre du 8 mai 2008 en argumentant qu'il n'y avait pas de base juridique pour une telle opération.

Les personnes exerçant une activité indépendante ne sont légalement pas soumises à l'assurance obligatoire de prévoyance professionnelle. Toutefois, il doit leur être donné la possibilité de s'assurer facultativement (art. 113 al. 2 let. d Cst.). Ce mandat constitutionnel a été repris dans son principe à l'art. 4 LPP et concrétisé aux art. 44 et 45 LPP. L'art. 4 LPP règle l'assurance facultative dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité : les salariés et les indépendants qui ne

Bulletin de la prévoyance professionnelle n°116

sont pas soumis à l'assurance obligatoire peuvent se faire assurer à titre facultatif conformément à la LPP (al. 1). Les dispositions sur l'assurance obligatoire, en particulier les limites de revenu fixées à l'art. 8 s'appliquent par analogie à l'assurance facultative (al. 2).

La 1^{re} révision de la LPP est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005 selon la loi fédérale du 3 octobre 2003 (RO 2004 1700). L'art. 4 al. 3 et 4 LPP contient de nouvelles règles pour l'assurance facultative des travailleurs indépendants :

³ Les travailleurs indépendants ont d'autre part la possibilité de s'assurer uniquement auprès d'une institution de prévoyance active dans le domaine de prévoyance étendue, et notamment auprès d'une institution de prévoyance non inscrite au registre de la prévoyance professionnelle. Dans ce cas, les al. 1 et 2 ne s'appliquent pas.

⁴ Les cotisations et montants versés par des indépendants à une institution de prévoyance doivent être affectés durablement à la prévoyance professionnelle.

A l'ATF 134 V 170 (résumé dans le [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 106 ch. 643](#)), le TF a interprété l'art. 4 al. 4 LPP en fonction du sens qui ressortait des travaux préparatoires de cette disposition par le législateur : celui-ci a eu la volonté claire d'assouplir l'affectation des moyens de la prévoyance professionnelle (réglée sinon très strictement par la LPP et la LFLP) dans le cas de la prévoyance professionnelle facultative des indépendants, en faisant une exception pour le prélèvement à des fins d'investissements dans l'entreprise. Le versement anticipé et le paiement en espèces de cotisations ou de montants accumulés auprès d'une institution de prévoyance sont admissibles dans des limites clairement établies, notamment aux fins d'investissements dans l'entreprise (ATF 134 V 170 consid. 4.4 p. 180). Le remplacement d'une installation surannée de stockage de fourrage par un agriculteur indépendant constitue un investissement classique dans l'entreprise. Il en va de même si la demande porte sur des moyens provenant de l'institution de prévoyance pour payer le partenaire d'affaires, puisqu'il s'agit alors d'investissements dans l'inventaire. L'utilisation de ces moyens sert également à la survie de l'entreprise et à la garantie du minimum vital et doit être considérée comme faisant partie de la prévoyance professionnelle au sens le plus large (ATF 134 V 170 consid. 5 p. 181).

L'art. 4 al. 4 LPP établit désormais aussi pour l'assurance facultative le principe, jusque-là applicable seulement dans l'assurance obligatoire et dans le domaine du 3^e pilier (art. 82 al. 1 LPP), selon lequel les cotisations et les montants versés (par des indépendants) à une institution de prévoyance doivent être affectés durablement à la prévoyance professionnelle. Avec l'ATF 134 V 170, le TF a tenu compte des travaux préparatoires relatifs à l'art. 4 al. 4 LPP, de la systématique ainsi que d'une interprétation conforme à la Constitution pour créer, dans la prévoyance professionnelle facultative des indépendants, une exception à l'affectation (sinon réglée très strictement) des moyens financiers de la prévoyance professionnelle pour les investissements dans l'entreprise.

Dès lors, la première question qui se pose est celle de savoir s'il existe une base juridique pour le versement partiel de l'avoir de prévoyance sollicité par l'intimé si l'assurance facultative est maintenue. Dans l'ATF 134 V 170, le TF n'a pas eu à trancher cette question car, dans l'affaire jugée alors, l'agriculteur indépendant avait résilié son assurance facultative de prévoyance professionnelle (p. 174 consid. 4 au début). Dans le domaine de la prévoyance plus étendue, en particulier dans le cas de l'assurance facultative selon l'art. 4 LPP, le rapport juridique entre l'institution de prévoyance et l'assuré se fonde sur un contrat de prévoyance de droit privé qui, du point de vue de la dogmatique juridique, doit être classé parmi les contrats innommés (ATF 132 V 149 consid. 5 p. 150 avec renvois, 130 V 103 consid. 3.3 p. 109, 116 V 218 consid. 2 p. 221; voir aussi ATF 119 V 283 consid. 2a). Incontestablement, les conditions contractuelles entre les parties ne règlent pas un versement partiel intervenant alors que le rapport d'assurance est maintenu. Quant à la loi, elle ne connaît la possibilité d'un versement anticipé partiel des moyens de prévoyance liés que dans le cadre de l'encouragement

à l'acquisition de la propriété d'un logement (art. 30c LPP). En revanche, la LFLP, en particulier son art. 5 al. 1, ne prévoit pas un versement partiel en espèces lors de la prise d'une activité lucrative indépendante. Un droit à la prestation de sortie existe seulement si l'assuré met fin à ses relations contractuelles avec l'institution de prévoyance, car il ne peut pas sortir partiellement de l'institution de prévoyance. Pour ce motif, un versement partiel pour des investissements dans l'entreprise ne peut dès lors pas être convenu dans les conditions du contrat de prévoyance. Le versement en espèces de l'avoir de vieillesse accumulé dans la prévoyance professionnelle facultative considéré comme admissible par l'[ATF 134 V 170](#) pour des investissements pour l'entreprise n'entre dès lors en ligne de compte que si l'assuré résilie le contrat de prévoyance et met fin à ses rapports avec son institution de prévoyance. Le versement partiel sollicité par l'intimé à concurrence de 200'000 francs n'est donc pas admissible. Compte tenu de l'affectation des moyens de prévoyance contenue à l'art. 4 al. 4 LPP et de l'absence de possibilité d'un versement partiel, l'intimé fait fausse route en invoquant divers droits constitutionnels.

726 Début du délai de prescription de la créance de cotisations après l'affiliation à l'institution supplétive selon l'art. 12 LPP

(Référence à un arrêt du TF du 2 septembre 2009 en la cause S. contre Fondation institution supplétive LPP, 9C_655/2008 ; arrêt en allemand)

(Art. 12 et 41 LPP)

Dans cette procédure devant le TF, le litige porte sur la seule question de savoir si la créance de cotisations de l'institution de prévoyance, mise en poursuite avant d'avoir fait l'objet d'une décision, est prescrite dans la mesure où elle se rapporte à la période du 1er janvier 1985 au 31 juillet 2000.

Le TF relève que, de manière générale, aucune créance de cotisations pouvant être exigible ne prend naissance avant l'affiliation d'un employeur à une institution de prévoyance mais qu'il faut examiner la question en cas d'affiliation forcée à l'institution supplétive en particulier. La décision de l'institution supplétive sur l'affiliation forcée a un caractère formateur (voir art. 5 al. 1 let. a PA) d'autant que la procédure d'affiliation forcée suppose qu'aucun rapport juridique n'existe encore avec une institution de prévoyance. Selon la jurisprudence constante, en cas d'affiliation forcée à l'institution supplétive selon l'art. 11 al. 6 LPP (depuis l'entrée en vigueur de la 1re révision de la LPP ; al. 5 auparavant), le délai de prescription pour des cotisations d'années antérieures commence à courir au moment de la décision d'affiliation. Cela s'explique par l'effet constitutif de cette décision qui fait naître le rapport juridique sur la base duquel les cotisations de la prévoyance professionnelle sont dues à l'institution supplétive ([ATF 130 V 526 consid. 4.3](#)). Le TF s'en tient à cette jurisprudence en la fondant sur la conception juridique de la LPP qui entend faire dépendre un rapport de prévoyance de l'affiliation à une institution de prévoyance (art. 11 al. 1 LPP). Dans ce contexte et à la différence par exemple de l'AVS (art. 3 al. 1 LAVS), une créance de cotisations ne se fonde pas directement sur la loi mais sur un règlement de prévoyance qui acquiert une force obligatoire sur la base d'un contrat d'affiliation (art. 66 al. 1 et 2 LPP). Sous cet angle, la créance de cotisations n'est clairement pas prescrite.

En tant que première instance, le Tribunal administratif fédéral (TAF) est cependant parti d'une affiliation forcée selon l'art. 12 LPP parce que la sortie de deux salariés avait créé des cas de libre passage. Selon la jurisprudence rendue jusqu'à présent, qui voit un cas spécial d'affiliation forcée dans l'art. 12 LPP en relation avec l'art. 2 al. 1 de l'ordonnance sur les droits de l'institution supplétive en matière de prévoyance professionnelle (RS 831.434), la créance de cotisations de l'institution supplétive est également prescrite comme le TAF l'a finalement retenu de manière conforme au droit fédéral. L'art. 3 al. 1 de l'ordonnance fonde de manière conforme à la loi et à la constitution un droit matériel de l'institution supplétive aux cotisations correspondant à la période pendant laquelle l'employeur, bien que soumis aux obligations de la prévoyance professionnelle, ne s'était toutefois pas

Bulletin de la prévoyance professionnelle n°116

encore affilié à une institution de prévoyance ([ATF 131 II 562 consid. 3.2](#) et autres arrêts). Cela est ici sans conteste le 1^{er} janvier 1985, date de l'entrée en vigueur de la LPP. En outre, l'affiliation selon l'art. 2 al. 1 de l'ordonnance exige, comme celle basée sur l'art. 11 al. 6 LPP, un acte juridique d'autant que le jour de l'affiliation rétroactive résulte non pas de la loi mais, selon les circonstances concrètes, seulement de la décision (ici, justement le 1^{er} janvier 1985). La créance de cotisations prend ainsi naissance également sous l'angle de l'art. 2 al. 1 de l'ordonnance seulement avec la décision d'affiliation (ici, le 23 août 1985), moment où elle est exigible et où la prescription selon l'art. 41 al. 2 LPP commence à courir (art. 130 al. 1 CO).

En ce qui concerne les différenciations entre les procédures d'affiliation selon l'art. 11 LPP et selon l'art. 12 LPP (en relation avec l'art. 1 al. 1 de l'ordonnance), le TF explique ce qui suit sur la signification de la décision d'affiliation pour ce qui est du début de la prescription : la jurisprudence rendue jusqu'à présent part d'affiliations forcées décidées de manière constitutive selon l'art. 11 al. 6 LPP (al. 5 avant la 1^{re} révision de la LPP), d'une part, et d'affiliations intervenant de plein droit selon l'art. 12 al. 1 LPP en relation avec l'art. 2 al. 1 de l'ordonnance avec effet seulement déclaratoire de la décision d'affiliation, d'autre part. Le TF montre ensuite les différences juridiquement essentielles entre ces deux procédures d'affiliation pour finir cependant par conclure que les conséquences qui résultent de l'affiliation forcée doivent être les mêmes dans le droit des cotisations et de la prescription et qu'elles ne sauraient être rendues dépendantes du hasard qu'un cas d'assurance soit intervenu ou non dans le personnel de l'employeur défaillant, raison pour laquelle c'est dans les deux cas la décision d'affiliation elle seule qui peut fonder l'exigibilité de la dette de cotisations.

727 Divorce : conditions permettant de déroger au partage par moitié des avoirs du 2^e pilier

(Référence à un arrêt de la 2e Cour de droit civil du TF du 20 novembre 2009, 5A_458/2009 ; arrêt en français)

(Art. 123 al. 2 CC)

Le Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel a ordonné le partage des avoirs de prévoyance professionnelle accumulés durant le mariage à raison d'un quart en faveur du mari et de trois quarts en faveur de l'épouse. Le mari a déposé un recours en matière civile au TF.

Le TF commence par rappeler que les prestations de sortie de la prévoyance professionnelle des époux doivent en principe être partagées entre eux par moitié (art. 122 CC). Le principe du partage par moitié connaît toutefois des exceptions, prévues par l'art. 123 al. 2 CC. Aux termes de cette disposition, le juge peut, exceptionnellement, refuser le partage, en tout ou en partie, lorsque celui-ci s'avère manifestement inéquitable pour des motifs tenant à la liquidation du régime matrimonial ou à la situation économique des époux après le divorce. L'art. 123 al. 2 CC doit être appliqué de manière restrictive ([ATF 135 III 153 consid. 6.1](#), résumé dans le [Bulletin de la prévoyance professionnelle n°111 ch. 689](#)). S'agissant des motifs de refus liés à la situation économique des époux après le divorce, le TF a jugé que le refus du partage total ou partiel est par exemple justifié lorsque les époux sont séparés de biens et que l'un d'entre eux, salarié, a accumulé obligatoirement un 2e pilier alors que l'autre, qui exerce une activité à titre indépendant, s'est constitué un troisième pilier d'un certain montant. Dans ce cas, il serait inéquitable de partager le compte de prévoyance de l'époux salarié alors que le conjoint qui travaille de manière indépendante pourrait conserver sa prévoyance privée (arrêt 5A_214/2009 du 27 juillet 2009 consid. 2.3). A titre d'exemple de refus de partage justifié, il faut encore mentionner le cas de l'épouse qui, exerçant une activité lucrative, a financé les études du mari, lui donnant ainsi la possibilité de se constituer à l'avenir une meilleure prévoyance que la sienne (FF 1996 I 101 ss, spéc. 107).

Un simple déséquilibre entre les situations financières des parties n'est toutefois pas suffisant pour déroger au droit au partage par moitié, qui dépend de ce qui a été acquis pendant le mariage et

Bulletin de la prévoyance professionnelle n°116

exprime la communauté de destin liée au mariage. Pour y déroger, encore faut-il que le partage par moitié entraîne une disproportion manifeste dans la prévoyance globale des parties.

Il n'apparaît pas que tel soit le cas en l'espèce.

Les époux X ont tous deux travaillé à plein temps pendant la durée du mariage célébré en septembre 1990. Au moment du divorce, l'épouse était âgée de 63 ans; elle travaillait comme expert-comptable pour un salaire mensuel brut de 10'000 fr., versé treize fois par an. Son avoir de 2^e pilier s'élevait au 1^{er} janvier 2008 à 760'363 fr., dont un montant de 119'765 fr. a été constitué avant le mariage. Pendant les années de mariage, elle a, par des prélèvements effectués sur son salaire, racheté des cotisations auprès de son institution de prévoyance. Au moment de sa retraite, sa rente annuelle serait, en l'absence de partage, de 56'423 fr. (4'701 fr. par mois). Elle peut également compter sur un montant de 159'123 fr. provenant de la liquidation du régime matrimonial. Le mari, âgé de 48 ans, dispose d'un avoir de libre passage de 80'392 fr. 65, dont un montant de 13'749 fr. 15 a été acquis avant le mariage. Cet avoir correspondrait à une rente probable à l'âge de 65 ans de 28'332 fr. par année (2'361 fr. par mois). Au terme de la liquidation du régime matrimonial, il obtiendra un montant de 87'220 fr.

A la suite du partage par moitié du 2^e pilier des parties, la prévoyance globale de l'épouse se composerait de sa rente AVS, du montant de 159'123 fr. provenant de la liquidation du régime matrimonial et d'un avoir de prévoyance professionnelle légèrement supérieur à 353'755 fr. 75 $[(760'363 \text{ fr.} - 119'765 \text{ fr.}) : 2] + [(80'392 \text{ fr.} 65 - 13'479 \text{ fr.} 15) : 2]$. Quant au mari, il disposerait de sa rente AVS, du solde éventuel de sa fortune (87'220 fr. + 75'000 fr.) et de son avoir de prévoyance professionnelle. Contrairement à son épouse, il aura la possibilité d'augmenter le montant de 353'755 fr. 75 issu du partage par moitié d'ici à l'âge de sa retraite. Cela étant, au vu du montant de son salaire (environ 5'200 fr. net) et du nombre d'années de cotisations qui lui restent (17 ans depuis le jugement de divorce), cette augmentation ne sera pas significative. A titre indicatif, on peut relever que, pendant les 18 ans de mariage, le mari a accumulé un 2^e pilier de 66'913 fr. 50. On ne saurait donc considérer que la prévoyance globale respective des parties présente une disproportion manifeste. Il faut encore observer que le montant élevé de la prévoyance professionnelle accumulée pendant les 18 ans de mariage par l'épouse (640'598 fr.) s'explique non seulement par le montant de ses revenus (10'000 fr. brut par mois) mais aussi par les rachats de cotisations qu'elle a effectués par des prélèvements sur son salaire. En 2002, elle a par exemple versé 25'488 fr. de cotisations LPP sur un salaire de 123'175 fr. A défaut de rachats, ces montants seraient entrés dans le compte d'acquêts de l'épouse (art. 197 al. 2 ch. 1 CC) et auraient ainsi été partagés par moitié dans le cadre de la liquidation du régime matrimonial (art. 215 al. 1 CC). Sous cet angle, le partage par moitié n'apparaît pas manifestement choquant, absolument inique ni encore, complètement insoutenable.

En définitive, le TF considère que la Cour cantonale a abusé de son pouvoir d'appréciation en admettant que les conditions de l'art. 123 al. 2 CC étaient réalisées. L'arrêt attaqué doit par conséquent être réformé en ce sens que les prestations de sortie LPP accumulées par les parties durant le mariage doivent être partagées par moitié.

728 Participation de l'institution de prévoyance à la procédure devant l'autorité précédente selon l'art. 25a LFLP en tant que condition de la qualité pour recourir dans la procédure devant le TF

(Référence à un arrêt du TF du 29 octobre 2009 en la cause Caisse de pensions des sociétés Hewlett-Packard en Suisse contre P., 9C_14/2009 ; arrêt en allemand)

(Art. 25a LFLP en relation avec l'art. 73 LPP, art. 89 al. 1 LTF)

Après l'entrée en force du jugement de divorce des époux P., le juge du divorce a transmis la cause au tribunal cantonal compétent en vertu de l'art. 25a LFLP en relation avec l'art. 73 LPP pour le

partage des prestations de sortie. Ce tribunal a partiellement admis la demande de partage par moitié de l'avoir de l'époux et a astreint la caisse de pensions au versement de 22'014 fr. 95 (plus intérêts) sur un compte de prévoyance ou de libre passage de P. encore à déterminer. La caisse de pensions interjette un recours en matière de droit public au TF contre ce jugement de l'instance précédente en concluant à son annulation.

Le TF examine la qualité pour recourir de la caisse de pensions en s'appuyant sur les critères fixés par l'art. 89 al. 1 LTF, selon lesquels a qualité pour former un recours en matière de droit public quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire (let. a), est particulièrement atteint par la décision ou l'acte normatif attaqué (let. b) et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (let. c). Il retient que, selon des constatations qui lient le TF dans le jugement attaqué (art. 105 al. 2 LTF), la caisse de pensions a été invitée à prendre position par l'instance précédente mais qu'elle n'a pas fait usage de la possibilité qui lui avait été offerte de faire valoir son point de vue. Elle ne conteste du reste pas non plus ne pas avoir pris part à la procédure devant l'instance précédente. De plus, selon les considérants du TF, c'est également à juste titre qu'elle n'invoque pas n'avoir bénéficié d'aucune possibilité de prendre part à la procédure cantonale.

Au vu de ces faits, la caisse de pensions, qui n'a pas participé à la procédure antérieure, ne remplit pas les conditions de recevabilité selon l'art. 89 al. 1 let. a LTF, raison pour laquelle le TF n'entre pas en matière sur son recours.

729 Répartition de la perte d'intérêts sur un versement anticipé intervenu pendant la durée du mariage pour l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle

(Référence à un arrêt du TF du 24 novembre 2009 en la cause M. contre W. et Caisse de pensions P. en tant que co-intéressée, 9C_691/2009, publication ATF prévue ; arrêt en allemand)

(Art. 22 al. 2 LFLP)

Dans cette procédure, le litige soumis au TF comprend notamment le point de savoir si et comment la perte d'intérêts consécutive à un versement anticipé effectué pendant le mariage doit être prise en considération dans le cadre du partage de la prévoyance professionnelle.

Le TF relève qu'il faut partir de la réglementation légale de l'art. 22 al. 2 LFLP selon laquelle la prestation de sortie existant au moment de la conclusion du mariage doit être augmentée des intérêts. En raison du choix opéré par la loi que l'avoir de prévoyance antérieur au mariage doit conserver sa valeur pendant le mariage ([ATF 132 V 332 consid. 4.3](#)), il convient ainsi d'entreprendre un calcul d'intérêts au moins dans la mesure où l'avoir de prévoyance existant avant le mariage n'a pas été touché par le versement anticipé.

L'instance précédant le TF a procédé selon cette méthode (prise en compte des intérêts sur la prestation de sortie existant lors de la conclusion du mariage jusqu'au moment du versement anticipé, puis seulement sur le montant résiduel en mains de l'institution de prévoyance). Le TF n'a pas besoin de vérifier en l'espèce si une méthode plus favorable au recourant serait correcte : comme le montant calculé par l'instance précédente selon le droit du partage de la prévoyance a dû être corrigé par le TF (en raison de la perte résultant de la vente de l'immeuble, l'obligation de rembourser du recourant s'est réduite, selon l'art. 30d al. 5 LPP, au produit réalisé ; la perte a déjà été prise en compte dans la liquidation du régime matrimonial intervenue dans la procédure de divorce), il s'ensuit que l'intimée a un droit correspondant exactement au montant voulu par le recourant (Fr. 268'697.80 [prestation de sortie au moment du divorce] – Fr. 134'303.80 [prestation de sortie au moment de la conclusion du mariage, augmentée des intérêts jusqu'au moment du versement anticipé] – Fr. 8'784.10 [intérêts sur

l'avoir restant après le versement anticipé, jusqu'au moment du divorce] = Fr. 126'609.90, divisé par 2 = Fr. 62'804.95). Comme le TF ne peut aller au-delà des conclusions des parties (art. 107 al. 1 LTF), l'application d'une méthode de calcul plus favorable au recourant est d'emblée exclue.

730 Obligation de l'institution de prévoyance d'exiger le jugement de divorce avant de procéder à un versement anticipé à un conjoint divorcé et de contrôler l'exécution du partage de la prévoyance éventuellement ordonné ?

(Référence à un arrêt du TF du 24 novembre 2009 en la cause Fondation de libre passage 2e pilier de la Neuen Aargauer Bank (NAB-2) contre P. et T. (cointéressé), 9C_593/2009, publication ATF prévue ; arrêt en allemand)

(Art. 25a LFLP, 122 CC)

Le mariage de P. (épouse) et T. (époux) a été dissout le 13 mars 2004 en Italie (jugement de divorce entré en force le 16 mars 2004). Pendant la durée de leur mariage, les époux avaient vécu temporairement en Suisse où le mari exerçait une activité lucrative assurée en prévoyance professionnelle. Selon le jugement de divorce, cette prestation de sortie du mari devait être répartie « in parti uguali », ce qui n'a toutefois pas été fait par la suite. A fin mai 2005, T. est sorti de son ancienne institution de prévoyance, sur quoi sa prestation de sortie d'un montant de Fr. 44'647.85 a été virée à la Fondation de libre passage de la Neuen Aargauer Bank (NAB-2). Sur demande de T., la NAB-2 lui a versé le 2 septembre 2005 la totalité de l'avoir de libre passage en tant que versement anticipé dans le cadre de l'accession à la propriété du logement. P. a agi le 5 décembre 2007 devant le Tribunal cantonal des assurances en exécution du partage de la prévoyance. Le Tribunal cantonal a admis l'action, sur quoi la NAB-2 a interjeté un recours en matière de droit public au TF en concluant à l'annulation du jugement cantonal et au rejet de l'action.

Dans cette procédure devant le TF, le litige porte sur la question de savoir si, comme l'admet l'instance précédente, la NAB-2 est tenue de verser à l'intimée P. sa part dans le cadre du partage de la prévoyance bien que la fondation de libre passage ait déjà fourni à l'ex-mari la totalité de l'avoir de libre passage en tant que versement anticipé.

Le TF commence par relever que le droit au partage de la prévoyance se dirige contre le conjoint obligé. Pour autant que la masse à partager se trouve auprès d'une institution de prévoyance ou de libre passage, ce droit est satisfait si la fondation de prévoyance ou de libre passage du conjoint débiteur transmet le montant correspondant à celle du créancier. Dans la mesure toutefois où, à la suite d'un versement anticipé, il ne subsiste plus assez de fonds auprès de l'institution de prévoyance ou de libre passage du conjoint débiteur pour satisfaire au droit de l'autre conjoint (et où le conjoint débiteur ne procure pas à nouveau ces fonds à son institution par le remboursement du versement anticipé selon l'art. 30d LPP), le droit au partage ne peut pas se diriger contre l'institution sous réserve d'une éventuelle obligation de dédommagement ; au contraire, il appartient au conjoint débiteur de s'acquitter du montant dû en mains de l'institution de prévoyance ou de libre passage du conjoint créancier ([ATF 135 V 324 consid. 5.2.2](#)).

Le TF examine si les faits établis permettent de conclure que le versement anticipé était illicite ou que la fondation recourante a failli à son devoir de diligence. Le versement anticipé n'est pas illicite notamment parce que l'assuré était déjà divorcé au moment de la demande et que, dès lors, le consentement du conjoint n'était plus nécessaire (art. 30c al. 5 LPP, respectivement art. 331e al. 5 CO). En outre, le versement anticipé intervenu seulement après la date de référence (entrée en force du jugement de divorce) ne pouvait d'emblée plus avoir d'influence sur le montant de la prétention revenant à l'intimée (calculée à la valeur de la date du divorce). Le versement anticipé porte atteinte non pas au droit de l'intimée mais tout au plus au substrat d'exécution pour ce droit. Un fait juridique ne saurait être qualifié d'illicite parce qu'il est possible qu'il ait pour effet que le débiteur n'ait plus

suffisamment de moyens pour s'acquitter de ses dettes (demeurent réservées les possibilités d'agir selon les art. 285 ss LP). C'est dire que le versement anticipé n'était pas illicite. En outre, il n'y a pas non plus de violation par la fondation de libre passage de son obligation de diligence. Il n'existe pas de base légale expresse exigeant une vérification du jugement de divorce dans l'optique de l'exécution du partage de la prévoyance éventuellement ordonné par ce jugement, dans les cas où un assuré divorcé demande un versement anticipé de son institution de prévoyance professionnelle. Une telle obligation des institutions de prévoyance ne se justifie pas non plus au nom des principes généraux du droit, du moins pas en l'absence d'indices concrets que le versement anticipé empêcherait l'exécution de la compensation de la prévoyance. Ce qui est ainsi exigé, c'est une vérification de l'état civil et des indications données sur le formulaire de demande, ce que la fondation recourante a fait en l'espèce, mais pas de plus amples recherches sur toutes les situations envisageables qui pourraient éventuellement se présenter en rapport avec le versement. En outre, dans le cadre de la procédure de divorce (art. 137 al. 2 CC) ou de la procédure selon l'art. 25a LFLP, les conjoints peuvent empêcher, par le biais de mesure provisoires, une décision illicite sur l'avoir de prévoyance entre le moment du divorce et l'exécution du partage (en l'espèce, cela n'était guère possible parce que la procédure de divorce a eu lieu à l'étranger et que la procédure selon l'art. 25a LFLP a été introduite seulement après le paiement du versement anticipé). Globalement, on ne voit pas d'indices qui, selon les règles de la bonne foi, auraient dû amener la recourante à envisager un examen plus approfondi. Dans ces conditions, une violation de son devoir de diligence par la recourante ne pourrait être admise que s'il existait en général une obligation de vérifier, dans tous les cas d'assurés divorcés, l'exécution d'une éventuelle décision ordonnant le partage de la prévoyance, ce qui n'est toutefois pas le cas.

Le paiement du versement anticipé à l'ex-mari de l'intimée n'était dès lors pas contraire au droit, ce qui entraîne le rejet de l'action intentée contre la recourante. Cela ne change rien au fait que l'intimée a une créance contre son ex-mari. L'instance précédente aurait ainsi également dû, après l'introduction de la procédure selon l'art. 25a LFLP, examiner une prétention de l'intimée contre son ex-mari et se prononcer sur cette prétention même si la demande ne portait que sur une obligation de la recourante de verser le montant résultant du partage du 2^e pilier. La cause doit donc être renvoyée à l'instance précédente pour qu'elle procède dans ce sens.