



2 juin 2010

---

## Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 118

---

### Indications

- 741 Application des nouveaux règlements communautaires n° 883/2004 et 987/2009 au sein de l'UE depuis le 1<sup>er</sup> mai 2010 – Conséquences pour la Suisse
- 742 Augmentation des cotisations des chômeurs à la prévoyance professionnelle obligatoire
- 743 Nouveau chef du domaine Prévoyance vieillesse et survivants dès le 1<sup>er</sup> juillet 2010

### Prises de position

- 744 Etablissement à son compte par étapes et délai d'une année pour le versement en espèces
- 745 Pas de versement anticipé pour le logement en cas de société civile immobilière selon le droit français
- 746 Inscription au bilan d'une garantie de l'employeur en cas de découvert

### Jurisprudence

- 747 Pas de splitting de l'avoir déposé auprès d'une institution de libre passage
- 748 Procédure de divorce, suicide et rente de conjoint survivant
- 749 Principe du partage par moitié du 2<sup>e</sup> pilier en cas de divorce et motifs de refus du partage
- 750 Rentes pour enfants d'invalidité, prescription, connaissance par la caisse de l'existence d'enfants
- 751 Bénéficiaires selon l'art. 20a LPP et admissibilité d'une exigence formelle supplémentaire dans le règlement
- 752 Effets sur la prévoyance professionnelle surobligatoire d'un refus de coopérer à l'instruction dans l'AI
- 753 Surindemnisation dans la prévoyance professionnelle surobligatoire : prise en compte d'une rente de vieillesse de l'AVS ?
- 754 Relation des prestations réglementaires d'une institution de prévoyance enveloppante avec les prestations minimales légales
- 755 Liquidation partielle selon l'ancien art. 23 LFLP

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

### 741 Application des nouveaux règlements communautaires n° 883/2004 et 987/2009 au sein de l'UE depuis le 1<sup>er</sup> mai 2010 – Conséquences pour la Suisse

Depuis le 1<sup>er</sup> mai 2010, les règlements 1408/71 et 574/72 sont remplacés par le règlement (CE) n° [883/2004](#) (JO L 200 du 7.6.2004 ;

<http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:L:2004:200:SOM:FR:HTML>) et son règlement d'application [987/2009](#) (JO L 284 du 30.10.2009 ;

<http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:L:2009:284:SOM:FR:HTML>) dans les 27 Etats membres de l'UE.

Les nouveaux règlements 883/2004 et 987/2009 ne sont pour l'instant pas applicables dans les relations entre la Suisse et les Etats membres de l'UE. La date d'entrée en vigueur pour la Suisse de ces règlements est encore inconnue. Une information à ce sujet sera diffusée en temps opportun. On peut toutefois d'ores et déjà relever que sur le plan matériel, les nouveaux instruments ne changeront rien dans le domaine de la prévoyance professionnelle.

Comme les précédentes actualisations du droit communautaire, les experts suisses et de la Commission européenne examinent la reprise des nouveaux règlements dans le cadre d'une actualisation de l'annexe II de l'Accord sur la libre circulation des personnes. L'accent est mis sur une mise en œuvre rapide des nouvelles dispositions par la Suisse. La coordination multilatérale des systèmes nationaux de sécurité sociale ne peut réellement fonctionner que si toutes les Parties appliquent les mêmes règles.

Depuis le 1<sup>er</sup> mai 2010, de nouveaux formulaires sont en circulation dans les Etats membres de l'UE.

A l'issue d'une période transitoire d'au moins deux ans, l'échange des [formulaires E papier](#) (<http://www.bsv.admin.ch/vollzug/documents/index/category:117/lang:fre>) sera remplacé par des échanges de formulaires électroniques, appelés SEDs (*Structured Electronic Document*). Les SEDs ont un contenu similaire aux anciens formulaires E papier.

Durant la période transitoire, les formulaires E papier seront progressivement remplacés par les SEDs provisoirement utilisés en format papier et ayant en principe le même aspect que les formulaires E. Ils seront ensuite convertis en échanges électroniques. En outre, de nouveaux documents portables (*Portable Document* ; PD) seront introduits.

La Suisse étudie l'opportunité de participer à cet échange électronique. Si une telle participation devait devenir effective, cela ne touchera les institutions de prévoyance que dans la mesure où actuellement déjà elles travaillent avec les formulaires papier.

Aussi longtemps que la Suisse ne reprend pas formellement les nouveaux règlements, les nouveaux formulaires communautaires ne sont pas utilisables dans les relations entre la Suisse et les Etats membres de l'UE.

Toutefois, il n'est pas exclu qu'une institution ou un organisme d'un Etat membre de l'UE émette erronément un nouveau formulaire (PD ou SED papier) à l'attention d'une institution suisse. Dans un tel cas, nous vous saurions gré de bien vouloir observer une grande souplesse lors de l'examen de la validité d'un tel document. Seule une application pragmatique et flexible des règles de coordination évitera de compromettre les droits des assurés mobiles.

A titre d'information, nous joignons aux présentes des versions provisoires des documents portables. Les versions anglaises définitives de ces documents sont disponibles sur le site de la Commission européenne ([DG EMPL](#) ; <http://ec.europa.eu/social/home.jsp>); ils seront traduits dans toutes les langues officielles d'ici la fin de l'année 2010.

## Bulletin de la prévoyance professionnelle n°118

Pour information :

– Documents portables provisoires en anglais

- A1 = E 101
- DA1 = E 123
- P1 = E 210 et E 211
- S1 = E 106, E 109, E120 et E121
- S2 = E 112
- S3 Nouveau formulaire. La Suisse ne devrait jamais l'accepter, compte tenu d'une réserve à ce sujet
- U1 = E 301
- U2 = E 303/0 et E 303/1
- U3 = E 303/2

### 742 Augmentation des cotisations des chômeurs à la prévoyance professionnelle obligatoire

Le 19 mai 2010, le Conseil fédéral a décidé d'augmenter à 2,5 % (au lieu de 0,8 %) dès le 1<sup>er</sup> juin 2010 le taux de cotisation des chômeurs à la prévoyance professionnelle obligatoire ([RO 2010 2177](#)). Cette cotisation est versée à parts égales par les chômeurs et le fonds de l'assurance-chômage.

Aux termes de l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle obligatoire des chômeurs (LPP), ces derniers sont assurés contre les risques de décès et d'invalidité. Le taux de cotisation à cette assurance gérée par la Fondation institution supplétive LPP est fixé à l'art. 8 de l'ordonnance précitée et s'élève désormais à 2,5 % du salaire journalier coordonné.

Faute d'expériences dans cette branche d'assurance encore récente, le taux de cotisation des chômeurs à la LPP a été adapté plusieurs fois au cours de ces dernières années. Grâce aux importantes réserves, ce taux a pu être réduit et est ainsi passé de 2,2 % à 1,1 % dès le 1<sup>er</sup> avril 2006, puis de 1,1 % à 0,8 % dès le 1<sup>er</sup> janvier 2008. Le Conseil fédéral avait alors approuvé la baisse en étant conscient qu'un tel taux de cotisation ne correspondait pas aux risques. L'augmentation décidée aujourd'hui est indispensable si l'on veut maintenir un taux de couverture de la LPP supérieur à 100 % pour les chômeurs et garantir les futures rentes.

Lien internet pour le communiqué de presse:

<http://www.admin.ch/aktuell/00089/index.html?lang=fr&msg-id=33146>

### 743 Nouveau chef du domaine Prévoyance vieillesse et survivants dès le 1<sup>er</sup> juillet 2010

Martin Kaiser, directeur suppléant de l'OFAS et chef du domaine Affaires internationales, a été nommé par le Département fédéral de l'intérieur chef du domaine Prévoyance vieillesse et survivants à partir du 1<sup>er</sup> juillet 2010.

Martin Kaiser, directeur suppléant, dirige le domaine Affaires internationales de l'OFAS depuis un an. Le 1<sup>er</sup> juillet 2010, il prendra la direction du domaine Prévoyance vieillesse et survivants, dont les missions clés concernent l'AVS, la prévoyance professionnelle, les prestations complémentaires et les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité. Il conserve sa fonction de directeur suppléant de l'OFAS. Avocat, Martin Kaiser est aussi titulaire d'un Executive MBA de la Haute école de Saint-Gall. Avant son entrée en fonction à l'OFAS, il a assumé la direction de l'Autorité de régulation postale et a été membre de la direction d'économiesuisse, association faitière de l'économie, chargé notamment du dossier Assurances sociales. Il est âgé de 44 ans.

L'actuel chef du domaine Prévoyance vieillesse et survivants et vice-directeur Anton Streit, 62 ans, quitte ses fonctions à sa demande. Son départ à la retraite se fera progressivement, puisqu'il continuera à travailler à temps partiel pour l'office, mettant ainsi à disposition ses vastes

connaissances en matière de prévoyance vieillesse. Anton Streit est entré à l'OFAS en 1995 en tant que chef de l'ancienne division Mathématiques et statistiques, avant d'être nommé chef du domaine Prévoyance vieillesse et survivants en 2005.

## **Prises de position**

### **744 Etablissement à son compte par étapes et délai d'une année pour le versement en espèces**

*Qu'en est-il du délai d'une année lorsqu'une personne se met à son compte par étapes ?*

Selon le [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 86 ch. 501 p. 10](#), la personne salariée qui cesse d'être assurée obligatoirement et qui se met à son compte doit demander le versement en espèces durant la première année de son activité indépendante.

L'OFAS est d'avis que, dans le cas particulier où la personne se met à son compte par étapes, le délai d'une année pour solliciter le paiement en espèces de la prestation de libre passage commence à courir dès que l'assuré n'est plus soumis à l'assurance obligatoire.

Prenons l'exemple suivant : un assuré commence une activité indépendante à 50 % le 1<sup>er</sup> juillet 2008 tout en continuant de travailler comme salarié à 50 % avec un salaire supérieur à 20'520 francs par année (valeur 2010). Puis il cesse complètement son activité salariée pour travailler exclusivement comme indépendant à partir du 1<sup>er</sup> mars 2010.

Selon l'art. 5, al. 1, let. b, de la loi sur le libre passage, « l'assuré peut exiger le paiement en espèces de la prestation de sortie lorsqu'il s'établit à son compte **et** qu'il n'est plus soumis à la prévoyance professionnelle obligatoire ».

Or, dans l'exemple ci-dessus, la personne était assurée obligatoirement jusqu'à fin février 2010. Avant le 1<sup>er</sup> mars 2010, elle ne pouvait donc pas remplir les conditions lui permettant de demander un versement en espèces. Les deux conditions cumulatives du versement en espèces posées par l'art. 5, al. 1, let. b, LFLP ne sont réalisées en l'occurrence que depuis le 1<sup>er</sup> mars 2010, de sorte que le délai d'une année commence à courir à partir de cette dernière date.

### **745 Pas de versement anticipé pour le logement en cas de société civile immobilière selon le droit français**

*La question suivante a été soumise à l'OFAS : des conjoints ont-ils droit à un versement anticipé pour constituer une société civile immobilière selon le droit français ?*

Un versement anticipé pour le logement ne peut être accordé que si la personne assurée devient elle-même propriétaire ou copropriétaire ou bien lorsque les époux acquièrent la propriété commune du logement. En effet, les art. 2 et 3 de l'ordonnance OEPL fixent une liste exhaustive des formes et participations autorisées de propriété du logement. Les formes autorisées sont la propriété, la copropriété, la propriété commune de la personne assurée avec son conjoint ou son partenaire enregistré et le droit de superficie distinct et permanent. Les participations autorisées sont : l'acquisition de parts sociales d'une coopérative de construction et d'habitation, l'acquisition d'actions d'une société anonyme de locataires et l'octroi de prêts partiels à un organisme de construction d'utilité publique. En dehors des participations autorisées par l'art. 3 OEPL, le droit suisse ne permet donc pas un versement anticipé lorsque c'est une société (personne morale) – et non pas la personne assurée – qui est propriétaire du logement.

Or, dans une société civile immobilière (SCI) au sens du Code civil français (art. 1845 ss), c'est ladite société qui est elle-même propriétaire du logement et non pas les conjoints. Comme la SCI ne fait pas partie des formes et participations autorisées et que les conjoints ne sont pas personnellement

propriétaires du logement, les conditions d'octroi d'un versement anticipé ne sont pas remplies. Il en va de même lorsqu'il s'agit d'une société immobilière suisse ne figurant pas dans la liste de l'art. 3 OEPL.

**746 Inscription au bilan d'une garantie de l'employeur en cas de découvert**

(Art. 65a al. 2 let. a LPP et art. 47 OPP 2, art. 71 al. 1 LPP et art. 57 et 28 OPP 2)

Toute institution de prévoyance en découvert doit prendre des mesures afin de résorber le découvert dans un délai approprié. Dans ce contexte, l'employeur peut, par exemple, s'engager à financer tout ou partie de ce découvert sur une période déterminée.

Concernant l'inscription au bilan de cet engagement de l'employeur à l'égard de l'institution de prévoyance, l'art. 65a, al. 2, let. a, LPP et l'art. 47 OPP 2 s'appliquent. La situation financière effective de l'institution de prévoyance doit en effet apparaître dans les comptes.

En vertu de l'art. 57 OPP 2, l'institution de prévoyance doit qualifier cet engagement de placement chez l'employeur et l'inscrire dans les comptes annuels. Le découvert est réduit en conséquence. Conformément à l'art. 58 OPP 2, sont réputées garantie, la garantie de la Confédération, d'un canton, d'une commune ou d'une banque soumise à la loi sur les banques, ainsi que les gages immobiliers jusqu'à concurrence des deux tiers de la valeur vénale de l'immeuble. La garantie fournie par l'employeur doit être établie en faveur de l'institution de prévoyance ; elle doit être irrévocable et intransmissible. Il faut que l'on sache clairement quand et à quelles conditions la garantie est exigible.

S'il n'est pas assorti d'une garantie, l'engagement de l'employeur n'a pas d'impact sur le découvert. Dans ce cas, il ne doit figurer que dans l'annexe des comptes annuels.

## **Jurisprudence**

**747 Pas de splitting de l'avoir déposé auprès d'une institution de libre passage**

(Référence à un arrêt du TF du 29 mars 2010, cause 9C\_479/2009 ; en français)

(Art. 2 et 4 LFLP, 12 OLP)

Le litige porte sur la question de savoir si le recourant peut exiger le transfert de la moitié de son avoir de prévoyance déposé auprès de l'institution de libre passage intimée à une autre institution de libre passage.

Lorsque l'assuré quitte l'institution de prévoyance avant la survenance d'un cas de prévoyance (cas de libre passage), il a droit à une prestation de sortie (art. 2 al. 1 de la loi sur le libre passage LFLP). Si l'assuré n'entre pas dans une autre institution de prévoyance, il doit notifier à son institution de prévoyance sous quelle forme admise il entend maintenir sa prévoyance (art. 4 al. 1 LFLP). Les formes admises du maintien de la prévoyance sont au nombre de deux, à savoir le compte de libre passage et la police de libre passage (art. 10 al. 1 de l'ordonnance sur le libre passage OLP). Ces deux formes de maintien de la prévoyance sont gérées par des « institutions de libre passage », lesquelles doivent être clairement délimitées des institutions de prévoyance au sens des art. 48 ss LPP (cf. à cet égard l'[ATF 122 V 320 consid. 3c p. 326 s.](#)). La prestation de sortie peut être transférée de la dernière institution de prévoyance en date à deux institutions de libre passage au maximum (art. 12 al. 1 OLP). L'assuré peut en tout temps changer d'institution de libre passage ou adopter une autre forme de maintien de la prévoyance (art. 12 al. 2 OLP).

En vertu de l'art. 12 al. 1 OLP, la prestation de sortie ne peut pas être transférée à plus de deux institutions de libre passage par cas de libre passage. A cet égard, les assurés peuvent choisir entre deux institutions de même forme ou deux différentes formes d'institution (fondation bancaire ou

## Bulletin de la prévoyance professionnelle n°118

institution d'assurance; cf. [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 30 du 5 octobre 1994, p. 12](#)). Selon le TF, le texte clair de cette disposition précise sans équivoque que le transfert a lieu «de la dernière institution de prévoyance en date» et non pas d'une institution de libre passage. Ainsi, la seule hypothèse visée par cet alinéa est celle où l'assuré sort d'une institution de prévoyance suite à la dissolution des rapports de travail. Dans ce cas, l'art. 12 al. 1 OLP lui permet de répartir sa prestation de sortie entre deux institutions de libre passage différentes.

L'alinéa 2 de ce même article autorise ensuite la personne assurée à changer en tout temps d'institution de libre passage ou à adopter une autre forme admise de maintien de la prévoyance. Cette disposition vise le cas où l'assuré a déjà transféré la totalité de son avoir de libre passage auprès d'une seule institution de libre passage. Par conséquent, si son choix initial a porté sur un compte de libre passage, il peut ultérieurement transférer son avoir de libre passage soit auprès d'une autre fondation bancaire soit auprès d'une institution d'assurance. A l'inverse, s'il a initialement transféré sa prestation de sortie auprès d'une institution d'assurance, il peut en tout temps changer d'institution d'assurance ou transférer dite prestation sur un compte de libre passage.

Le TF précise que cette réglementation ne permet pas à l'assuré de ventiler son avoir de libre passage en multipliant les comptes de libre passage ou les polices de libre passage (cf. [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 53 du 5 octobre 2000, ch. 315](#)). En effet, l'art. 12 OLP est propre à réaliser objectivement et simplement le but visé par la LFLP, laquelle tend à éviter la dispersion des avoirs de prévoyance d'un assuré (cf. message du Conseil fédéral concernant le projet de loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 26 février 1992, FF 1992 III p. 570 ch. 632.2); ainsi, en n'autorisant que le partage de la prestation de sortie - laquelle ne peut provenir que d'une institution de prévoyance - la réglementation décharge les institutions de libre passage de toute instruction sur la question d'un fractionnement préalable des avoirs de prévoyance issus d'un cas de libre passage et évite tout risque d'erreur sur ce point. Il résulte en outre des travaux préparatoires que des considérations fiscales ont joué un rôle important pour l'adoption de la limitation prévue par l'art. 12 OLP. En effet, en morcelant son avoir de prévoyance par la multiplication de comptes de libre passage, un assuré augmente le risque de fuite devant l'impôt (cf. [ATF 129 V 245 consid. 5.3 p. 250 s.](#)). En définitive, la juridiction cantonale n'a pas violé le droit fédéral en retenant que le recourant ne pouvait pas transférer la moitié de son avoir de prévoyance déposé auprès de l'institution de libre passage intimée à une autre institution de libre passage. Le recours est dès lors mal fondé.

*Cet arrêt confirme la prise de position du [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 117 du 31 mars 2010, ch. 734](#).*

### 748 Procédure de divorce, suicide et rente de conjoint survivant

(Référence à un arrêt du TF du 15 mars 2010, cause 9C\_811/2009 ; en français)

(Art. 19 LPP)

X. et Y. ont contracté mariage le 29 décembre 1997. Leur divorce a été prononcé par « judicatum » du 21 janvier 2008 (art. 211 du Code de procédure civile du canton du Valais). L'époux X. a expressément renoncé à exiger une expédition complète du jugement et à recourir; il sollicitait l'entrée en force du « judicatum ». L'épouse Y. s'est suicidée le 1<sup>er</sup> février 2008. Elle n'a manifesté aucune intention quant aux suites de la procédure de divorce. Le procès a été déclaré sans objet. X. a requis le versement de prestations réglementaires pour conjoint survivant de la part de la caisse de prévoyance Z., où était assurée Y. Il a été informé qu'il était en droit de bénéficier d'une rente mensuelle d'un montant de 1401 fr. dès le 1<sup>er</sup> mars 2008, mais que le versement en était provisoirement bloqué à la demande des héritiers de l'épouse.

X. a ouvert action contre la caisse auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal valaisan, concluant à l'octroi d'une rente mensuelle de 1401 fr. avec intérêt à 5 % à chaque échéance.

La juridiction cantonale a accédé aux conclusions de l'époux par jugement du 17 août 2009. Elle constatait que le mariage avait été dissous par le décès de l'épouse - non par le divorce - et estimait que le comportement de X. - qui avait explicitement renoncé à recourir contre le « judicatum » et sollicité immédiatement après l'octroi d'une rente de veuf - ne constituait pas un abus de droit contrairement à ce que soutenait la caisse, qui a recouru au TF.

En l'espèce, le TF a considéré que les premiers juges ont fait usage de leur pouvoir d'appréciation et n'en ont pas mésusé, contrairement à ce que soutient l'institution de prévoyance. Ils ont expliqué de manière détaillée pourquoi ils n'entendaient pas donner suite aux moyens de preuve requis en exposant, notamment, que les problèmes personnels ayant conduit les conjoints à introduire une action en divorce n'étaient pas déterminants pour l'issue du litige, du moment que le juge des assurances sociales n'avait pas à s'ériger en juge moral dans de tels cas et qu'il n'avait jamais été allégué que l'intimé portait une responsabilité pénale dans la mort de sa femme. L'acte attaqué ne viole donc pas le droit d'être entendu de la caisse recourante, ni ne consacre une appréciation manifestement inexacte des preuves. Au contraire, il est solidement motivé et ne saurait en aucun cas être remis en question par le seul fait que l'étude des dossiers civils et pénaux mentionnés prouverait l'existence d'une circonstance particulière (le comportement qualifié de contradictoire et d'abusif par l'institution de prévoyance) que l'autorité de première instance connaissait d'ailleurs parfaitement, qu'elle a examinée dès lors qu'elle constituait le point central du litige et qu'elle a finalement écartée.

Le TF ajoute que la caisse recourante ne développe aucun nouvel argument qui démontrerait ou, du moins, rendrait vraisemblable que la juridiction cantonale se serait trompée dans l'analyse du caractère abusif ou non du comportement de l'intimé. Elle s'est bornée à reprendre l'argumentation développée précédemment de manière certes plus étoffée, mais fondamentalement identique. Or, les premiers juges ont déjà concrètement expliqué que la mort de l'épouse avait eu pour conséquence, sur le plan judiciaire, le classement sans suite de la procédure de divorce, au niveau de l'état civil, la constatation de la dissolution du mariage par le décès et, dans la prévoyance professionnelle, la reconnaissance de la qualité de bénéficiaire de rente désigné par la loi et les dispositions réglementaires. Le TF relève enfin que la procédure de divorce a été initiée par requête unilatérale de l'épouse, même si l'époux a fini par y acquiescer, ce qui relativise le seul argument de la recourante pour illustrer l'un des pans du comportement soi-disant contradictoire de l'intimé, que, si celui-ci a effectivement sollicité l'entrée en force anticipée du jugement de divorce, il n'a fait qu'utiliser un des instruments procéduraux à disposition dont l'objectif n'est en tout cas pas de qualifier ou de quantifier la volonté des parties et que la déclaration de renonciation à recourir adressée au juge du divorce ne saurait être interprétée comme une renonciation à faire valoir ses droits adressée à l'institution de prévoyance dans l'hypothèse où un cas de prévoyance survenait avant l'entrée en force du jugement de divorce. Le recours est donc entièrement mal fondé.

**749 Principe du partage par moitié du 2<sup>e</sup> pilier en cas de divorce et motifs de refus du partage**

(Référence à un arrêt de la 2<sup>e</sup> Cour de droit civil du TF du 3 mars 2010, cause 5A\_701/2009 ; en français)

(Art. 122 et 123 CC)

Les prestations de sortie des époux doivent en principe être partagées entre eux par moitié (art. 122 CC). Le TF a souligné la nature inconditionnelle de la prétention, relevant qu'elle est indépendante de la répartition des tâches entre les conjoints durant le mariage, tout comme l'est le partage par moitié des acquêts (arrêts 5A\_79/2009 du 28 mai 2009 consid. 2.1; 5A\_623/2007 du 4 février 2008 consid.

## Bulletin de la prévoyance professionnelle n°118

5.2, in FamPra.ch 2008 p. 384; Message concernant la révision du code civil du 15 novembre 1995, FF 1996 I 101 ss, p. 102, ch. 233.41).

Exceptionnellement, le juge peut 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 (art. 123 al. 2 CC). L'art. 123 al. 2 CC doit être appliqué de manière restrictive, afin d'éviter que le principe du partage par moitié des avoirs de prévoyance ne soit vidé de son contenu. S'agissant des motifs de refus du partage total ou partiel, le TF a jugé que ce refus est par exemple justifié lorsque les époux sont séparés de biens et que l'un d'entre eux, salarié, a accumulé obligatoirement un 2<sup>e</sup> pilier alors que l'autre, qui exerce une activité indépendante, s'est constitué un 3<sup>e</sup> 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). Outre les circonstances économiques postérieures au divorce ou les motifs tenant à la liquidation du régime matrimonial, le juge peut également refuser le partage si celui-ci contrevient à l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC; [ATF 133 III 497](#) consid. 4). Cette dernière circonstance ne doit être appliquée qu'avec une grande réserve (ATF 133 III 497 consid. 4.4).

Selon les constatations du Tribunal cantonal, la recourante, pendant le mariage, a toujours travaillé à temps complet auprès d'une banque, ce qui lui a permis de se constituer une prévoyance professionnelle de 218'718 fr. 15, entièrement acquise pendant le mariage. Son salaire actuel est de 5'400 fr. net. Âgée de 47 ans au moment du jugement cantonal, elle disposera de plus de quinze ans pour compléter sa prévoyance professionnelle. Elle est propriétaire de la maison familiale ainsi que de terres agricoles grevées de dettes d'un montant supérieur à la valeur officielle de ces immeubles. Elle est créancière d'un montant de 32'000 fr. pour des prêts consentis durant le mariage à son époux. Parallèlement à son emploi, elle a assumé la tenue du ménage et l'éducation de leur fils. A raison de quatre heures par semaine, elle a contribué à l'entreprise de son époux par des travaux administratifs et de gestion, sans qu'elle perçoive de salaire. De son côté, le mari, qui est indépendant, ne s'est pas constitué un 2<sup>e</sup> pilier; il a en revanche accumulé un 3<sup>e</sup> pilier composé d'un montant de 36'929 fr. (3<sup>e</sup> pilier A) et de 2'021 fr. (3<sup>e</sup> pilier B). A l'instar de son épouse, il travaillera encore une quinzaine d'années, ce qui lui permettra d'accroître sa prévoyance vieillesse. Les juges cantonaux ont retenu qu'il disposait d'une capacité de gain similaire à celle de son épouse et qu'il était débiteur d'un montant extrêmement élevé.

Dans le cas d'espèce, un partage en vertu de l'art. 122 CC aurait pour résultat que seul l'avoir de prévoyance professionnelle accumulé par l'épouse durant le mariage (218'718 fr. 15) serait partagé alors que l'époux conserverait le 3<sup>e</sup> pilier qu'il s'est constitué (38'950 fr.) en raison du régime de la séparation de biens. Au vu des circonstances, il n'en découlerait toutefois pas une disproportion manifeste dans la prévoyance globale des parties. On ne saurait donc y voir un motif justifiant de faire exception au partage.

La recourante tente également de tirer argument du fait qu'elle a, durant le mariage, contribué aux besoins de la famille de manière plus importante que son mari alors que celui-ci, de son côté, a profité du travail de l'épouse et de l'argent prêté par celle-ci pour l'entreprise. Une telle argumentation est irrelevante puisque le droit au partage ne dépend pas de la répartition des tâches convenue durant le mariage.

Les circonstances ne laissent ainsi apparaître aucun motif qui justifierait de s'écarter du principe du partage par moitié des avoirs de prévoyance professionnelle. Selon le TF, le Tribunal cantonal a donc correctement appliqué le droit fédéral en refusant de faire une exception à ce principe.

**750 Rentes pour enfants d'invalidité, prescription, connaissance par la caisse de l'existence d'enfants**

(Référence à un arrêt du TF du 1<sup>er</sup> février 2010, cause 9C\_339/2009 ; en français)

(Art. 25 LPP)

B. perçoit, pour elle et ses deux enfants une rente de l'assurance-invalidité (AI) depuis le 1<sup>er</sup> août 1990 et une rente, pour elle uniquement, de la Caisse de pensions de l'Etat de Neuchâtel (ci-après: la caisse) depuis le 1<sup>er</sup> avril de la même année.

Informée directement de l'existence des deux enfants le 2 mai 2003, la caisse a annoncé à l'assurée douze jours plus tard son intention de lui verser désormais les prestations auxquelles elle avait droit pour ceux-ci, avec effet rétroactif au 1<sup>er</sup> mai 1998 seulement eu égard aux dispositions et principes régissant la prescription.

B. soutient que le fait pour la caisse d'invoquer la prescription enfreint les principes de la bonne foi, de la confiance et de l'interdiction de l'abus de droit, dès lors que la caisse connaissait parfaitement l'existence des deux enfants par les décisions de l'AI et qu'elle n'avait pas respecté son obligation légale de verser d'office les rentes pour enfants dues pour la période allant du 1<sup>er</sup> août 1990 au 30 avril 1998.

Le parent invalide a droit à une rente complémentaire pour enfant (art. 25 LPP dont la teneur correspond substantiellement à celle de l'art. 59 al. 1 de la loi concernant la Caisse de pensions de l'Etat de Neuchâtel).

Selon le TF, il ressort indubitablement du dossier communiqué que l'existence des deux enfants était connue de la caisse intimée, dès l'origine, dans la mesure où celle-ci avait reçu les décisions AI. La décision du 25 février 1991, notamment, qui contenait la référence expresse à l'envoi d'une copie à la «Caisse de pension de l'État - Musée 1 - 2000 Neuchâtel», mentionnait effectivement leur nom et numéro AVS, en caractère gras, au-dessous de celui de leur mère. Bien que la prévoyance professionnelle soit un domaine qui relève de l'administration de masse, on ne saurait considérer que les institutions actives en ce domaine, chargées d'appliquer la loi, ne sont d'une manière générale pas capables d'exercer un simple contrôle, par lequel elles constateraient inévitablement un fait aussi évident que l'existence d'enfants. Toutes les informations utiles et nécessaires à l'examen du droit à une rente pour enfant d'invalidité étaient donc en possession de l'administration cantonale (pour un autre exemple d'exigences strictes posées par le TF quant aux modalités et au moment de la connaissance de faits juridiquement pertinents, voir [ATF 110 V 304](#)). Il faut accorder une importance particulière à la situation juridique spécifique dans le sens où, par le versement mensuel de la rente, la recourante et l'administration cantonale se trouvent dans un rapport étroit dont la durée est indéterminée et qui crée une relation de confiance renforcée, qu'en raison de son caractère accessoire, la rente complémentaire pour enfants suit nécessairement le sort de la rente principale (cf. arrêt du TF B 162/06 du 18 janvier 2008, in RSAS 2008 p. 380) et que le comportement de la caisse intimée dans le cas particulier ne constitue pas une simple inadvertance ou erreur mais une faute qui, eu égard aux circonstances, doit être qualifiée de grave. Cette faute est d'autant plus grave que l'administration cantonale admet avoir eu connaissance des décisions AI ainsi que de leur contenu et ne pas être intervenue, durant treize ans, au seul motif que l'assurée ne l'avait pas directement informée.

Tous ces éléments, considérés dans leur ensemble, justifient de ne pas protéger le comportement de la caisse intimée qui a délibérément violé son devoir d'appliquer la loi, dans un contexte d'octroi et de prolongation régulière d'une rente d'invalidité, à l'égard d'une assurée à qui l'on ne pouvait pas reprocher d'ignorer son droit à des prestations pour enfants et qui avait été contrainte de faire des sacrifices financiers - auxquels elle n'aurait pas sciemment consenti durant treize ans et qui l'ont

finalement conduite à entreprendre les démarches de 2003 alors que la formation entreprise par son fils rendait ladite situation difficilement supportable - sur lesquels il n'est désormais plus possible de revenir (sur l'application du principe de la bonne foi en relation avec un renseignement ou une décision erronés ou un défaut de renseignement, cf. [ATF 131 II 627](#) consid 6.1; [131 V 472](#) consid. 5 p. 480).

En définitive, l'assurée a droit au paiement des rentes complémentaires d'invalidité pour ses enfants pour la période comprise entre les 1<sup>er</sup> août 1990 et 30 avril 1998.

**751 Bénéficiaires selon l'art. 20a LPP et admissibilité d'une exigence formelle supplémentaire dans le règlement**

(Référence à un arrêt du TF du 31 mars 2010, cause 9C\_3/2010, publication ATF prévue ; arrêt en allemand)

(Art. 20a LPP)

Dans cette procédure relative au capital-décès de l'assuré décédé, il est incontesté devant le TF qu'il n'y a aucun survivant au sens des deux premières catégories de bénéficiaires nommées dans le règlement (conjoint, enfants ayant droit à une rente d'orphelin) et que la recourante a formé avec le défunt une communauté de vie ininterrompue pendant les cinq dernières années de la vie de ce dernier. En revanche, il y a litige sur la question de savoir si, en ce qui concerne la recourante en tant que compagne survivante, la condition supplémentaire posée par le règlement, à savoir l'exigence d'une clause bénéficiaire écrite alors que l'assuré était encore en vie, est remplie, ou si cette condition doit être remplie et si elle est compatible avec l'art. 20a LPP.

Il faut approuver l'instance précédente en ce qu'elle a retenu que l'exigence de la clause bénéficiaire du vivant du défunt se rapporte à chacun des trois groupes de personnes de la troisième catégorie de bénéficiaires prévue par le règlement (1. personnes qui ont été à la charge de l'assuré, 2. celles qui ont formé avec lui une communauté de vie cinq ans avant le décès et 3. celles qui doivent subvenir à l'entretien d'un ou plusieurs enfants communs). Le sens et le but d'une telle réglementation consistent à vouloir créer la plus grande clarté possible au sujet des personnes bénéficiaires. L'appartenance à la troisième catégorie de bénéficiaires ne résulte pas de critères juridiques certains mais de circonstances de fait dont l'existence est souvent peu claire et contestée. Les institutions de prévoyance ont ainsi un intérêt légitime à exiger une déclaration du défunt pour y voir clair au sujet des bénéficiaires.

Toutefois, dans sa teneur au sujet de la troisième catégorie de bénéficiaires, le règlement ne mentionne pas expressément la nécessité d'une attribution sous la forme *écrite*. La question de savoir si la forme écrite doit être considérée ou non comme une exigence formelle de validité peut demeurer ouverte car la recourante doit de toute manière prouver sa qualité de bénéficiaire puisqu'elle en tire des droits (art. 8 CC). Selon le TF, elle ne parvient pas à rapporter cette preuve qui lui incombe. Globalement, il se révèle que la recourante n'a pas la qualité de bénéficiaire au sens de la disposition applicable du règlement.

Il s'agit d'examiner en outre s'il est compatible avec l'art. 20a LPP qu'une institution de prévoyance exige une clause bénéficiaire du vivant de l'assuré comme condition au droit de la compagne survivante au capital-décès. Le TF rappelle que, selon la jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur de l'art. 20a LPP, il était admis de faire dépendre le droit du partenaire survivant à des prestations en cas de décès de l'existence d'une déclaration ou d'un avis (écrits) datant du vivant de l'assuré. La question se pose de savoir si l'art. 20a LPP entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2005 a modifié les choses. Il faut se demander, car la question est litigieuse et sa réponse ne découle pas de la loi, si l'institution de prévoyance peut faire dépendre le privilège des personnes mentionnées à l'art. 20a

LPP de conditions plus restrictives. Cependant, le privilège prévu à l'art. 20a LPP relève de la prévoyance surobligatoire, ce qui veut dire qu'un droit des personnes nommées dans cette disposition n'existe pas de plein droit mais seulement pour autant que le règlement le prévoie (art. 49, al. 1, et 50 LPP). Il apparaît dès lors logique que le règlement puisse faire dépendre ce privilège également d'une déclaration correspondante de l'assuré. Il ne résulte ni de la teneur de l'art. 20a LPP ni des travaux préparatoires de cette disposition que la possibilité précédemment existante de faire dépendre le privilège d'une déclaration de l'assuré devrait être supprimée. Une telle exigence ne constitue pas une condition matérielle supplémentaire, mais une simple condition formelle.

Globalement, il s'avère que la clause du règlement déterminant concernant la troisième catégorie de bénéficiaires, selon laquelle il faut, pour que le droit de la compagne survivante soit fondé, que le défunt l'ait désignée comme bénéficiaire de son vivant, est compatible avec l'art. 20a LPP. Cela ne porte pas atteinte au système en cascade prévu impérativement par la loi car l'ordre de préséance prévu par le règlement correspond à celui de la loi et une exigence supplémentaire purement formelle est admissible.

**752 Effets sur la prévoyance professionnelle surobligatoire d'un refus de coopérer à l'instruction dans l'AI**

(Arrêt du TF du 2 février 2010, cause 9C\_889/2009 ; arrêt en allemand)

(Art. 73, al. 2, LPP)

Le litige porte sur le point de savoir si la caisse de pension du personnel de la ville de X. était en droit de supprimer la rente d'invalidité versée à T. depuis cinq ans et demi dans le cadre de la prévoyance professionnelle surobligatoire, au motif que l'AI, qui ne s'était pas prononcée jusque-là, a refusé sa prestation par une décision prise en l'état du dossier pour cause de défaut de coopération de la part de cette assurée – décision confirmée par le TF.

Le TF souligne que, dans la prévoyance professionnelle surobligatoire en particulier, l'assurée ne peut déduire un quelconque droit à des prestations futures du fait que la caisse de pension lui a versé jusqu'alors une rente qu'elle lui avait accordée indépendamment de la décision de l'AI (rente n'ayant d'ailleurs fait l'objet d'aucune décision formelle, ni d'aucun examen juridictionnel). Ce cas de figure ne permet pas de prétendre que la caisse n'était autorisée à cesser ses paiements qu'en cas de modification notable de l'état des faits. On ne voit pas non plus quelles autres conditions pourraient être imposées dans de telles circonstances. C'est ainsi que la caisse ne peut se voir accuser d'arbitraire pour avoir, après meilleure connaissance de la situation juridique et factuelle (situation soumise à l'appréciation du juge), cessé de verser une rente qu'elle avait accordée à titre temporaire.

Le tribunal cantonal avait nié le droit à une rente de la prévoyance professionnelle au motif que la violation du devoir de coopérer à la procédure d'octroi de la rente AI avait "des répercussions sur la prévoyance professionnelle". Pour sa part, l'assurée recourante estime qu'il est contraire à la maxime d'office (art. 73, al. 2, LPP) d'examiner les conditions médicales du droit à une rente de la prévoyance professionnelle uniquement sur la base du dossier de l'AI.

Selon le Tribunal fédéral, la juridiction cantonale a eu raison d'affirmer que, tout en n'étant pas liée par les constatations des organes de l'AI, la caisse de pension était libre de s'appuyer sur leurs conclusions relatives à l'état de santé et à la capacité de gain de l'assurée - ce qui vaut tout autant dans la prévoyance professionnelle obligatoire que dans la partie surobligatoire. Cela ne signifie toutefois pas que l'appréciation des faits par l'AI suffit pour juger du bien-fondé de la prestation de prévoyance surobligatoire faisant l'objet du litige. A noter qu'en l'espèce, le tribunal cantonal avait aussi prononcé un jugement en matière d'AI qui renvoyait l'affaire à l'instance inférieure, au motif que les éléments médicaux n'avaient pas été suffisamment clarifiés pour permettre de se prononcer quant au fond sur

le droit à la rente AI. Or, ce jugement est également important pour la prévoyance professionnelle, dès lors que le dossier ne comprend aucune pièce d'ordre médical postérieure à la décision négative de l'AI.

Le TF a finalement laissée ouverte la question controversée de savoir si la violation du devoir de coopérer à la procédure de l'AI peut également être opposée à l'assurée dans le cadre de la prévoyance professionnelle. Ses raisons sont les suivantes : avant de prendre une décision en l'état du dossier pour cause d'insuffisance des éléments d'appréciation, l'assureur est tenu d'informer l'assuré des conséquences juridiques auxquelles il s'expose au cas où, après une procédure de sommation comprenant un délai de réflexion, il refuse toujours de se soumettre à une mesure nécessaire à l'instruction (art. 43, al. 3, LPGA). En l'espèce, rien ne permet d'affirmer et nul ne prétend que l'assurée a été avertie de ce que son refus de se faire examiner, sans être accompagnée, par un expert désigné par l'AI aurait pour conséquence que la caisse de pension pourrait, elle aussi, décider en l'état du dossier sur son droit aux prestations de prévoyance professionnelle. Enfin, il ne peut être reproché à l'assurée de n'avoir pas suffisamment coopéré à l'instruction du dossier de prévoyance professionnelle, dès lors qu'aucune mesure ne lui a été prescrite dans ce domaine, et qu'elle n'a donc pas été sommée de s'y soumettre. Le tribunal cantonal n'était donc pas autorisé à renoncer à des compléments d'instruction.

**753 Surindemnisation dans la prévoyance professionnelle surobligatoire : prise en compte d'une rente de vieillesse de l'AVS ?**

(Référence à un arrêt du TF du 5 mars 2010, cause 9C\_863/2009 ; arrêt en allemand)

(Art. 34a, al. 1, LPP et 24 OPP 2)

Dans cette affaire, le TF constate que les parties, à juste titre, ne sont pas en désaccord sur le droit de la caisse de pension recourante de réduire, même après que l'assuré ait atteint l'âge ordinaire de la retraite, une rente réglementaire d'invalidité versée à vie, dans le but d'éviter une surindemnisation (conformément au règlement de prévoyance applicable ; pour la prévoyance professionnelle obligatoire, voir art. 24, al. 1, OPP 2 ; [ATF 135 V 33](#), consid. 4.3, p. 35). Par contre, il y a litige sur la question de savoir si la rente de vieillesse allouée par l'AVS depuis le 1<sup>er</sup> avril 2008 doit être prise en compte dans le calcul de la surindemnisation, au même titre que la rente versée par l'AI jusqu'à cette date.

S'agissant de la prévoyance professionnelle obligatoire, le TF renvoie à sa jurisprudence récente ([ATF 135 V 29](#) et [135 V 33](#); voir aussi le [Bulletin de la prévoyance professionnelle, n 111, ch. 687](#)), selon laquelle ne peuvent être prises en compte dans le calcul de la surindemnisation que les prestations de type et de but analogues octroyées à l'ayant droit en raison de l'événement dommageable (art. 24, al. 2, OPP 2). Ces prestations doivent donc avoir un objectif analogue et se rapporter au même événement. Or, si la rente de l'assurance-accidents et la rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle sont versées en raison de l'invalidité causée par l'accident, la rente de vieillesse de l'AVS est allouée en raison d'un autre événement, à savoir la réalisation de l'éventualité assurée « vieillesse ». Contrairement à ce que soutient la caisse recourante, il n'y a aucune raison de s'écarter de la jurisprudence actuelle publiée à ce sujet et de revenir à l'ancienne, qui permettait de prendre en compte les rentes de vieillesse de l'AVS pour calculer la surindemnisation dans le cadre de la prévoyance professionnelle obligatoire.

Reste à savoir si la rente de vieillesse de l'AVS peut être prise en considération pour calculer la surindemnisation en matière de prévoyance professionnelle surobligatoire. Contrairement à ce qu'estimait la juridiction cantonale, le règlement d'une institution de prévoyance peut fort bien déroger à l'art. 24, al. 2, OPP 2 pour la partie surobligatoire (voir art. 49, al. 1, LPP). Aussi convient-il d'examiner si, en l'espèce, la caisse de pension s'est donnée une telle réglementation.

## Bulletin de la prévoyance professionnelle n°118

Lorsqu'on cherche à saisir la signification objective d'un règlement de prévoyance, qui fait partie intégrante du contrat de prévoyance, il faut d'abord considérer la lettre de la disposition réglementaire, plutôt que les moyens d'interprétation complémentaires et secondaires. Il s'agit de se référer au principe de la bonne foi (comme dans l'interprétation des contrats), tout en tenant compte du caractère particulier des conditions générales d'assurance ([ATF 132 V 278](#), consid. 4.3, p. 281, avec renvois). Certes, il n'existe pas de disposition « claire » et catégorique, qui échapperait à toute interprétation. Mais il ne saurait être dérogé à la lettre d'une clause réglementaire qu'en présence de sérieux motifs indiquant qu'elle ne traduit pas le sens juridique objectif de celle-ci ([ATF 135 III 295](#), consid. 3.2, p. 302 ; arrêt 9C\_237/2008 du 3 septembre 2008, consid. 2.2).

Contrairement à ce qu'elle croit, la caisse de pension n'a adopté aucune règle pertinente en la matière qui dérogerait aux règles de réduction prévues dans l'ordonnance. A l'instar de celle-ci, son règlement de prévoyance prévoit également et sans équivoque possible que les prestations à prendre en compte dans le calcul de la surindemnisation doivent se rapporter au même événement dommageable. Or, le fait d'atteindre l'âge AVS ordinaire n'a rien à voir avec l'événement ayant causé l'invalidité. Quant à la mention, dans la même clause réglementaire, des prestations de l'AVS/AI et d'assurances sociales étrangères, elle ne peut et ne doit être comprise que comme une formule explicative, destinée à faire comprendre aux preneurs d'assurance qu'à côté des rentes de l'AI, les rentes de survivants de l'AVS (rentes de veuve, de veuf et d'orphelins) seront également prises en compte dans le calcul de la surindemnisation, car elles se rapportent à l'événement dommageable « décès ». En analysant la clause réglementaire en cause à la lumière du principe de la bonne foi, on arrive donc au même résultat qu'en appliquant aux dispositions d'ordonnance les préceptes de l'interprétation législative.

Ainsi la rente de vieillesse de l'AVS n'a pas à être prise en compte dans le calcul de la surindemnisation, tant dans la prévoyance professionnelle obligatoire que – comme en l'espèce – dans la partie surobligatoire. De sorte que le recours de la caisse de pension doit être rejeté.

Au sujet d'une disposition réglementaire qui admet, selon l'interprétation du TF, la prise en compte de la rente de vieillesse AVS dans le calcul de surindemnisation, voir l'arrêt 9C\_687/2009 du 19 mars 2010 (en allemand).

### **754 Relation des prestations réglementaires d'une institution de prévoyance enveloppante avec les prestations minimales légales**

(Référence à un arrêt du TF du 19 mars 2010, cause 9C\_595/2009, publication ATF prévue ; arrêt en allemand)

(Ancien art. 23 et art. 49, al. 2, LPP)

Dans cette procédure devant le TF, il est constant et incontesté que le taux d'invalidité de l'intimé est passé de 56 à 71 % après la fin du rapport de prévoyance et que la recourante est dès lors en principe tenue de fournir des prestations. Le litige à examiner porte par contre sur l'effet de cette augmentation sur le montant de la rente d'invalidité à verser par l'institution de prévoyance à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2001.

Il résulte de l'interprétation des dispositions réglementaires que, dans le domaine surobligatoire, le droit à une rente d'invalidité ne dépend pas de la survenance de l'incapacité de travail invalidante mais de la survenance de l'invalidité au sens du règlement, en tant que risque assuré. En outre, selon la teneur du règlement, seul un « assuré » peut être considéré comme invalide. Cela signifie, sur le plan temporel, que l'invalidité doit être survenue en tous les cas avant la fin du rapport d'assurance. Si, comme en l'espèce, la notion réglementaire d'invalidité est rattachée à des rapports de travail concrets et à la qualité d'assuré de l'ayant droit, il faut admettre l'existence d'une lacune dans la protection d'assurance émanant de la prévoyance élargie pour une augmentation du taux d'invalidité

## Bulletin de la prévoyance professionnelle n°118

survenant après la fin du rapport de prévoyance faute de disposition réglementaire expresse prévoyant la révision de la rente en cas de modification du taux d'invalidité. L'aggravation de l'état de santé intervenue en l'espèce près de quatre ans après la fin du rapport de prévoyance et entraînant un taux d'invalidité de 71 % ne doit dès lors (contrairement à la survenance de l'invalidité de 56 %) pas être considérée comme un cas d'assurance au sens du règlement ; une adaptation de la rente émanant de la prévoyance élargie est donc exclue.

Dans une institution de prévoyance enveloppante, le calcul du droit aux prestations ne doit pas intervenir en deux calculs séparés, l'un pour le domaine obligatoire et l'autre pour la prévoyance élargie, en additionnant ensuite les deux résultats (principe du splitting ou du cumul). Au contraire, il s'agit de comparer les droits résultant de la loi et les prestations de même type calculées selon les critères du règlement correspondant à la même période (calcul parallèle). Sur le plan temporel, c'est le moment de la survenance de l'augmentation déterminante du taux d'invalidité qui est décisif en l'espèce. Le fait que la prestation réglementaire se mesure également à ce moment sur la base de l'ancien taux d'invalidité de 56 % est sans importance. Il faut ainsi en l'espèce comparer la rente réglementaire inchangée au droit minimal légal à une rente entière. Le résultat correspond à la conception légale de la prévoyance subobligatoire qui prévoit une autonomie élargie des institutions concernées non seulement pour ce qui est de la notion d'invalidité et du risque assuré, mais aussi pour d'autres éléments constitutifs, tels que l'échelonnement des rentes, les composants de salaire assurés, la compensation du renchérissement ou le taux de conversion. Dans la situation donnée, le cumul de l'ancienne rente réglementaire avec une nouvelle rente partielle obligatoire est inadmissible. L'instance précédente a constaté de façon non manifestement incorrecte et ainsi de manière à lier le TF que les prestations subobligatoires pour un taux d'invalidité de 56 % sont supérieures au droit découlant de la prévoyance obligatoire pour un taux d'invalidité de 71 %. En conséquence, l'intimé n'a pas droit à une augmentation de sa rente d'invalidité à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2001.

### 755 Liquidation partielle selon l'ancien art. 23 LFLP

(Référence à un arrêt du TF du 8 février 2010 en la cause Caisse générale de pensions de SAirGroup contre D., E., H. et L. ainsi que contre Communauté d'intérêts des collaborateurs et collaboratrices de SAirGroup exonérés selon Option 96 et Option 2000 et A., J. et Z., 9C\_756 – 760/2009, publication aux ATF prévue ; arrêt en allemand)

(Ancien art. 23 LFLP)

Plusieurs (en partie anciens) assurés et groupes d'assurés ont recouru à l'ancienne Commission fédérale de recours en matière de prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (commission fédérale), alors compétente, contre la décision de l'autorité cantonale de surveillance qui avait constaté l'existence d'une liquidation partielle au sein de l'institution de prévoyance recourante et l'établissement du décompte des fonds libres et avait approuvé le plan de distribution selon les décisions du conseil de fondation. Dans des arrêts séparés, le Tribunal administratif fédéral, désormais compétent, a déclaré les recours en partie bien fondés et a renvoyé la cause à l'instance précédente. L'institution de prévoyance a ensuite interjeté des recours en matière de droit public contre ces arrêts en demandant leur annulation et le rejet des recours.

Le TF réunit les cinq procédures et entre en matière, selon les critères posés à l'art. 93, al. 1, let. b, LTF sur les recours dirigés contre les arrêts de renvoi.

La liquidation partielle a été décidée avec effet au 31 décembre 2003, raison pour laquelle l'art. 23 LFLP est applicable dans sa teneur en vigueur jusqu'à fin décembre 2004.

Le TF considère le transfert collectif des fonds libres comme conforme au droit si les assurés sont groupés. Le transfert collectif n'est ni inégalitaire ni abusif, la loi prévoyant les deux possibilités

## Bulletin de la prévoyance professionnelle n°118

(transfert collectif ou individuel), étant précisé que l'institution de prévoyance est libre de choisir celle qu'elle veut dans les limites du droit.

Selon la jurisprudence relative à l'ancien art. 23 LFLP, l'approbation définitive du plan de distribution fait naître un droit à la part correspondante aux fonds libres, ce qui suppose que le plan de distribution fixe avec suffisamment de précision les fonds revenant aux assurés. Il est tout à fait admissible que le plan de distribution ne contienne que les critères ou conditions auxquels les assurés individuels ont un droit correspondant. La question de savoir si ces critères ou conditions sont remplis dans le cas concret doit être tranchée ensuite, non pas dans le cadre du recours contre le plan de distribution mais en tant que question relevant de l'exécution ou de la mise en œuvre de ce plan et, en cas de litige, dans la procédure prévue à l'art. 73 LPP. Le plan de distribution qui fait l'objet du présent litige prévoit, pour les assurés intervenant de manière groupée, deux modalités d'attribution alternatives pour les fonds libres ; la question de savoir laquelle de ces deux possibilités entre en application (le transfert individuel ou collectif) dépend d'une condition qui est prévue clairement et sans équivoque dans le plan de distribution approuvé. Dans le cadre de l'exécution du plan de distribution, il peut être en tout temps constaté sans équivoque si cette condition est remplie ou non ; selon les cas, le transfert intervient de manière individuelle ou collective. Il n'y a aucun motif visible de penser qu'il serait impératif de savoir déjà dans le cadre de la procédure d'approbation si la condition s'est réalisée.

Selon le TF, il est constant que, dans le calcul de la réserve de 18 % en vue d'assurer la pérennité de l'institution de prévoyance, il a certes été tenu compte du fait que la recourante est une pure caisse de retraités nécessitant une garantie accrue en conséquence, mais les adaptations futures au renchérissement ont été laissées de côté. La question est cependant litigieuse de savoir si, ainsi, l'intérêt du personnel restant à la pérennité de l'institution est suffisamment pris en compte eu égard aux adaptations futures au renchérissement. Selon le principe de l'égalité des bénéficiaires, inscrit désormais expressément à l'art. 53d, al. 1, LPP, mais déjà applicable précédemment en vertu de l'ancien art. 23 LFLP et des principes généraux du droit des fondations, il est inadmissible, dans le cadre d'une liquidation partielle, de favoriser délibérément l'intérêt du personnel restant à la pérennité de l'institution par rapport aux intérêts du personnel sortant. Il faut au contraire se fonder sur une égalité des deux types d'intérêts en présence. Ce principe porte non seulement sur la répartition du patrimoine libre, mais encore sur sa détermination préalable (ATF 131 II 514, consid. 5.3 et 5.4). L'opinion soutenue par l'instance précédente et les intimés, selon laquelle la dissolution du fonds d'adaptation des rentes aurait eu l'effet contraire au droit de soustraire une partie du patrimoine aux intérêts des restants à la pérennité de l'institution (qui correspondent en l'espèce aux intérêts des retraités), suppose implicitement que ce fonds vise en priorité, selon son but, la pérennité de l'institution, à savoir l'adaptation future au renchérissement des rentes en cours au jour de référence ; ce n'est que pour autant qu'il ne soit pas utilisé à ces fins qu'il pourrait être affecté au patrimoine libre. Cette argumentation privilégie délibérément la pérennité de l'institution par rapport au personnel sortant et permet de douter du respect du principe de l'égalité de traitement. Il est justifié que les actifs participent aussi à la constitution de cette réserve, et ce en principe proportionnellement, pour autant qu'un traitement différencié des groupes concernés ne s'impose pas pour des motifs objectifs. Cela se fait – comme en l'espèce – par la dissolution du fonds et l'affectation de son patrimoine aux fonds libres, suivies de leur répartition proportionnelle en faveur du personnel sortant et du personnel restant. Dans la mesure où l'instance précédente y voit une illégalité, elle ne peut pas être suivie.

Une partie des intimés de la présente procédure avait fait valoir devant l'instance précédente qu'ils étaient touchés en tant que personnes mises au bénéfice d'une retraite anticipée dans le cadre de la restructuration de l'ancienne Swissair SA ; on leur aurait promis des prestations transitoires, mais celles-ci ne leur auraient pas été payées. L'ancien employeur aurait versé une somme d'argent dans un « fonds en faveur de l'institution de prévoyance de SAirGroup » (fonds de financement) au bénéfice des personnes touchées par la restructuration. Une partie notable de cette somme aurait été

## Bulletin de la prévoyance professionnelle n°118

virée à la recourante par le fonds de financement pour couvrir ces prestations transitoires. Cette partie ne saurait dès lors être incluse dans le calcul et le partage des fonds libres car elle serait destinée à ces personnes.

Si l'on admet, comme le font l'instance précédente et la recourante, que l'argent provenant du fonds de financement constituait entièrement des réserves pour les cotisations de l'employeur, il ne subsiste d'emblée aucun espace pour l'examen de l'affectation dans le but de couvrir les prestations transitoires en question : les versements faits par l'employeur en prévision de ses obligations futures de cotiser à l'égard de la caisse de pensions passent dans le patrimoine de l'institution de prévoyance ; l'employeur peut certes continuer de participer aux décisions à prendre sur l'utilisation de ces fonds par l'institution de prévoyance, mais leur affectation reste liée à des buts relevant de la prévoyance professionnelle. Les prestations transitoires invoquées par les intimés ne sont toutefois pas des prestations relevant du droit de la prévoyance, mais des créances du droit du contrat de travail à l'égard de l'employeur, dont ce dernier est seul débiteur. La qualification de réserves pour cotisations de l'employeur pour les fonds virés du fonds de financement à la recourante a pour conséquence que ces fonds n'entrent pas en considération en tant que source de financement des prestations transitoires relevant du contrat de travail et revendiquées par les intimés.

Selon la jurisprudence, l'institution de prévoyance n'agit pas dans son propre champ d'action du droit de la prévoyance si elle apporte en paiement des prestations transitoires fondées sur le contrat de travail ; elle exerce les fonctions d'un simple « office de paiement » pour des prestations dues et financées par le seul employeur. Si l'employeur a versé des fonds à l'institution de prévoyance dans ce but, ces fonds restent dans le patrimoine de l'employeur (respectivement, de son fonds de financement) jusqu'au paiement de la prestation due en vertu du contrat de travail ; dans cette mesure, l'institution de prévoyance a une dette vis-à-vis de l'employeur.

Dans ces conditions, il n'est pas décisif de savoir si et dans quelle mesure les fonds provenant du fonds de financement et transmis à la recourante étaient (au moins en partie) destinés au financement de prestations provisoires. Les intimés n'ont pas de droit direct à une prestation vis-à-vis de l'institution de prévoyance. Les créances alléguées ont une nature relevant exclusivement du contrat de travail et, en tant que telles, doivent être invoquées par la voie de la procédure civile ; il appartiendrait ensuite à l'employeur (débiteur), éventuellement au fonds de financement, en tant que tierce personne (non bénéficiaire de l'institution de prévoyance) d'exiger la restitution/le rapatriement de l'argent du fonds pour pouvoir exécuter les obligations relevant du droit du travail.

Les recours sont déclarés bien fondés par le TF.