



6 juillet 2010

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 119

Prises de position

- 756 Mise en œuvre de la réforme structurelle : surveillance des institutions nouvellement créées d'ici fin 2011
- 757 Pas de versement anticipé pour acquérir un camping-car, un mobil-home ou une caravane

Jurisprudence

- 758 Renvoi d'office au juge du divorce lorsque le juge des assurances constate que le partage des prestations de sortie est impossible
- 759 Divorce : pas de partage du pilier 3a (prévoyance individuelle liée) selon l'art. 122 CC
- 760 Contrôle de la réaffiliation par l'institution supplétive
- 761 Inadmissibilité du maintien de la prévoyance étendue (pilier 2b) par des cotisations ou des rachats au-delà de l'âge ordinaire de la retraite lorsque la personne assurée touche déjà des prestations de vieillesse de l'assurance de base (pilier 2a)
- 762 Pas de délai de préavis pour la prise en compte d'un revenu pouvant être raisonnablement réalisé selon l'art. 24, al. 2, 2e phrase, OPP 2

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

Prises de position

756 Mise en œuvre de la réforme structurelle : surveillance des institutions nouvellement créées d'ici fin 2011

A partir du 1^{er} janvier 2012, la surveillance directe des institutions de prévoyance et des institutions servant à la prévoyance professionnelle sera du ressort de l'autorité de surveillance cantonale ou régionale compétente en fonction de leur siège.

Il a fallu déterminer quelle surveillance appliquer aux institutions qui seront créées d'ici là. Pour assurer un passage sans problème au nouveau système de surveillance, l'OFAS a convenu avec la Conférence des autorités cantonales de surveillance LPP et des fondations de procéder de la manière suivante :

Après consultation réciproque et d'entente avec l'OFAS, les autorités de surveillance régionales et cantonales peuvent surveiller avant l'entrée en vigueur de la réforme structurelle les institutions nouvellement créées ayant leur siège sur leur territoire de surveillance. L'OFAS peut de son côté assumer la surveillance directe des fondations de placement créées d'ici fin 2011 avant d'en transférer la surveillance à la Commission de haute surveillance.

757 Pas de versement anticipé pour acquérir un camping-car, un mobil-home ou une caravane

La question suivante a été posée à l'OFAS : est-il possible d'obtenir un versement anticipé du 2^e pilier pour acquérir un camping-car, un mobil-home ou une caravane ?

La réponse est négative : en effet, un camping-car, un mobil-home ou une caravane ne font pas partie des objets sur lesquels peut porter la propriété selon l'art. 2 al. 1 de l'ordonnance sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle OEPL (a. l'appartement ; b. la maison familiale) et ils ne constituent pas des biens immobiliers au sens du code civil suisse (CC). Selon l'art. 655, al. 1, CC, « la propriété foncière a pour objet les immeubles ». D'après l'al. 2 de ce même article, « sont immeubles dans le sens de la présente loi: 1. les biens-fonds; 2. les droits distincts et permanents, immatriculés au registre foncier; 3. les mines; 4. les parts de copropriété d'un immeuble ». Selon l'art. 656, al. 1, CC, « l'inscription au registre foncier est nécessaire pour l'acquisition de la propriété foncière ». Or, le principe est qu'un versement anticipé peut être utilisé pour l'acquisition, la construction ou la rénovation d'un bien immobilier (cf. [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 55 p. 2](#)). Comme un camping-car, un mobil-home ou une caravane ne sont pas des immeubles, il n'est pas possible d'en inscrire la propriété au registre foncier, ni de mentionner au registre foncier la restriction du droit d'aliéner (art. 30e LPP). Or, en l'absence d'inscription et de mention au registre foncier, l'institution de prévoyance risque de ne pas obtenir le remboursement si la personne revend ledit camping-car, mobil-home ou caravane. Le versement anticipé est aussi exclu pour acquérir la propriété du terrain sur lequel se trouve le camping-car, le mobil-home ou la caravane. Un versement anticipé ne peut pas non plus être utilisé pour acquérir un bateau (ni un avion), car il ne s'agit pas d'un bien immobilier.

Jurisprudence

758 Renvoi d'office au juge du divorce lorsque le juge des assurances constate que le partage des prestations de sortie est impossible

(Référence à un arrêt du TF du 10 mai 2010, cause 9C_388/2009, publication ATF prévue ; arrêt en français)

(Art. 122, 124 et 142 CC)

Par jugement du 16 décembre 2008, le Tribunal de première instance de la République et canton de Genève a prononcé le divorce des époux X. Sous chiffre 5 du dispositif, il a pris acte que les ex-conjoints avaient convenu de partager par moitié la totalité de leurs avoirs de prévoyance professionnelle accumulée pendant le mariage, et transmis le dossier au Tribunal cantonal des assurances sociales afin d'établir le montant respectif des avoirs de prévoyance et d'exécuter le partage de la différence entre les deux créances. Constatant que M. X. était bénéficiaire depuis le mois de janvier 2008 de prestations provisoires de la Caisse de prévoyance C., le Tribunal cantonal des assurances sociales a, par jugement du 12 mars 2009, considéré que le partage des avoirs de prévoyance professionnelle ordonné par le juge du divorce était impossible, invité les ex-époux à saisir le juge du divorce d'une demande d'indemnité équitable et rayé la cause du rôle.

Lorsque le juge des assurances sociales constate que le partage des prestations de sortie ordonné par le juge du divorce est impossible et que cette impossibilité correspond à un motif d'allouer une indemnité équitable au sens de l'art. 124 al. 1 CC, il ne doit, en principe, pas entrer en matière sur la requête de partage.

La jurisprudence du TF relative à la procédure à suivre dans ces circonstances n'est pas uniforme. Des arrêts indiquent qu'il convient de renvoyer l'affaire au juge du divorce comme objet de sa compétence, sans toutefois donner plus de détails sur la procédure à suivre (arrêt B 107/06 du 7 mai 2007 consid. 4.2.2, in SVR 2007 BVG n° 42 p. 151; voir également arrêt B 104/05 du 21 mars 2007 et [ATF 129 V 444](#) consid. 5.4 in fine p. 449; voir également RJB 143/2007 p. 644 ss). D'autres arrêts, plus récents, précisent que le jugement de divorce doit faire en principe l'objet d'une demande de révision (arrêts 9C_691/2009 du 24 novembre 2009 consid. 2, non publié in [ATF 135 V 436](#), et 9C_899/2007 du 28 mars 2008 consid. 5.2, in FamPra.ch 2008 p. 654; voir également [ATF 134 V 384](#) consid. 4.1 in initio p. 388 et [132 III 401](#) consid. 2.1 p. 402). Cependant dans une jurisprudence plus ancienne, le TF a également évoqué la possibilité de demander le complètement du jugement de divorce ([ATF 129 III 481](#) consid. 3.6.3 p. 492).

A l'occasion de leur séance commune du 23 avril 2010, la IIe Cour de droit civil et la IIe Cour de droit social ont examiné cette question et sont arrivées aux conclusions suivantes:

La garantie d'une prévoyance vieillesse, survivants et invalidité appropriée est d'intérêt public. Il appartient donc, en principe, au juge du divorce de statuer d'office sur les aspects liés à la prévoyance professionnelle, conformément aux règles des art. 122 à 124 CC. Contrairement aux autres effets accessoires du divorce, la question des aspects liés à la prévoyance professionnelle n'est pas toujours réglée de façon définitive dans le jugement de divorce. Selon les circonstances, le juge du divorce peut être tenu de transférer le dossier au juge des assurances sociales compétent en vertu de la LFLP pour que celui-ci exécute le partage ordonné par le premier (art. 142 al. 2 CC; voir également l'art. 281 al. 3 du code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008, en vigueur à compter du 1^{er} janvier 2011). Autrement dit, la procédure de divorce comporte une phase ultérieure, prévue par le droit matériel, qui stipule l'intervention d'une autre autorité judiciaire chargée de fixer le montant à transférer. Dans cette situation, l'examen matériel du litige ne se termine pas par le jugement de divorce, mais se poursuit au-delà de celui-ci. L'intervention du juge des assurances sociales est destinée à parfaire le jugement de divorce.

Le système bicéphale voulu et adopté par le législateur peut cependant engendrer deux décisions contradictoires, lorsque le juge des assurances sociales constate que le partage des prestations de sortie ordonné par le juge du divorce est impossible. En s'opposant à l'exécution du jugement de divorce, le juge des assurances sociales met en même temps en évidence l'existence d'une imperfection dans ledit jugement, puisque celui-ci ne permet pas de régler une question, à savoir le sort de la prévoyance professionnelle constituée pendant la durée du mariage, qui doit l'être nécessairement en vertu du droit fédéral (cf. [ATF 104 II 289](#)). Or, le jugement de divorce n'est complet que s'il est entièrement exécutable, ce qui n'est pas le cas lorsque la question des aspects liés à la prévoyance professionnelle demeure indécise. Le juge des assurances sociales n'ayant pas la faculté de statuer sur l'octroi d'une indemnité équitable au sens de l'art. 124 CC ([ATF 129 V 444](#) consid. 5.4), il revient au juge du divorce de compléter le jugement de divorce.

La procédure prévue à l'art. 142 al. 2 CC et dans la LFLP cantonne les conjoints divorcés dans un rôle passif, puisqu'ils n'ont aucune prise sur la transmission du dossier au juge des assurances sociales ou sur la décision de celui-ci de ne pas exécuter le partage. Dans ce contexte, exiger de leur part un acte matériel, tel que le dépôt d'un acte introductif d'instance, ne semble guère rationnel. D'ailleurs, la correction du jugement de divorce par le biais des actions prévues par le droit civil (révision, complètement ou modification du jugement de divorce) n'apparaît pas souhaitable, puisque cela permettrait aux parties de décider si elles entendent agir ou non. Or, en cas d'inaction des parties, le risque existe qu'une question que le législateur exige de régler impérativement dans le contexte d'un divorce, à savoir le sort de la prévoyance professionnelle constituée pendant la durée du mariage, demeure sans réponse. Pareille situation ne serait alors pas conforme à la volonté du législateur fédéral. Dans ces conditions, en tant que l'art. 142 al. 2 CC impose la transmission d'office du jugement de divorce au juge des assurances sociales pour qu'il exécute le partage des prestations de sortie, il convient d'admettre que cette disposition contient également l'obligation implicite pour le juge des assurances sociales de renvoyer d'office la cause à la juridiction civile, comme objet de sa compétence, lorsqu'il constate l'impossibilité d'exécuter le mandat qui lui a été confié par le juge du divorce. Le renvoi d'office au juge du divorce est la conséquence logique et nécessaire du système particulier mis en place par le législateur à l'art. 142 al. 2 CC.

Dans la cause ayant donné lieu à l'arrêt publié aux [ATF 134 V 384](#), le TF a considéré que rien ne s'opposait à ce que le juge des assurances sociales exécute un jugement de divorce prescrivant le partage (par moitié) de la prestation de sortie fondé à tort sur l'art. 122 CC, lorsque les conditions pour imputer une partie de la prestation de sortie sur l'indemnité équitable au sens de l'art. 22b LFLP étaient réalisées. Dans ce précédent, le fait que l'institution de prévoyance avait attesté à plusieurs reprises et en pleine connaissance de cause le caractère réalisable du partage constituait une circonstance exceptionnelle qui permettait - dans le cas particulier - au juge des assurances sociales d'exécuter le partage. En l'absence notamment d'une confirmation de l'institution de prévoyance du caractère réalisable du partage - comme c'est le cas en l'espèce -, il convient de se montrer restrictif et de dénier le droit au juge des assurances sociales de prescrire qu'une partie de la prestation de sortie peut être imputée sur l'indemnité équitable. De façon générale, il n'appartient pas au juge des assurances sociales de se substituer au juge du divorce et d'examiner lui-même la question de l'indemnité équitable selon l'art. 124 CC (voir également le texte de l'art. 22b LFLP). Seul le juge du divorce dispose d'une vision d'ensemble de la situation économique concrète des parties et de leurs besoins de prévoyance respectifs.

Il suit de là que la cause doit être transmise d'office au Tribunal de première instance de la République et canton de Genève afin qu'elle reprenne l'instruction de la cause sur la question de la prévoyance professionnelle constituée pendant la durée du mariage et rende, après avoir entendu les parties, un nouveau jugement sur ce point. Dans ces conditions, il convient d'annuler le chiffre 2 du jugement attaqué invitant les parties à saisir le juge du divorce d'une demande d'indemnité équitable.

759 Divorce : pas de partage du pilier 3a (prévoyance individuelle liée) selon l'art. 122 CC

(Référence à un arrêt du TF du 31 mai 2010, cause 9C_19/2010 ; arrêt en français)

(Art. 122 CC, 22 al. 2 LFLP et 10 OLP)

La compagnie d'assurance recourante considère que le Tribunal cantonal des assurances sociales de la République et canton de Genève a violé l'art. 122 du Code civil (CC) et l'autorité de chose jugée du jugement de divorce en procédant, dans le cadre du litige dont il était saisi, au partage d'une prestation relevant du 3^e pilier.

D'après l'art. 122 al. 1 CC, lorsque l'un des époux au moins est affilié à une institution de prévoyance professionnelle et qu'aucun cas de prévoyance n'est survenu, chaque époux a droit à la moitié de la prestation de sortie de son conjoint calculée pour la durée du mariage selon les dispositions de la loi sur le libre passage (LFLP). Le partage des prestations de sortie en cas de divorce porte sur toutes les prétentions issues de rapports de prévoyance soumis à la LFLP, ce qui comprend tant les avoirs de la prévoyance obligatoire que ceux de la prévoyance surobligatoire, ainsi que les prestations de prévoyance maintenues au moyen d'une police de libre passage ou d'un compte de libre passage ("avoirs de libre passage" [art. 22 al. 2 LFLP]) au sens de l'art. 10 de l'ordonnance du 10 octobre 1994 sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle (OLP), soit l'ensemble des prétentions issues des piliers 2a et 2b. Ne sont pas concernées par le partage des prestations de sortie au sens de l'art. 122 CC les prétentions relevant du 1^{er} et du 3^e pilier ([ATF 130 V 111](#) consid. 3.2.2 p. 114).

Selon le TF, on ne peut en l'espèce que donner raison à la recourante. Une lecture attentive du jugement de divorce ainsi que des pièces remises par la recourante au cours de la procédure cantonale (en particulier de son courrier du 8 juillet 2009) permettait d'établir que la prestation d'assurance reçue par l'époux X. résultait de la résiliation d'une police de prévoyance liée 3a. Le montant de cette police (valeur de rachat) a d'ailleurs été pris en considération comme acquêt de l'époux dans le cadre de la liquidation du régime matrimonial. Dans ces conditions, le Tribunal cantonal des assurances sociales n'était pas légitimé à tenir compte de cette prestation dans le cadre de l'exécution du partage ordonné par le juge du divorce, puisque celle-ci ne relevait pas du 2^e pilier. Le recours doit donc être admis.

760 Contrôle de la réaffiliation par l'institution supplétive

(Référence à un arrêt du TF du 22 avril 2010, cause 9C_264/2009; arrêt en français)

(Art. 11, al. 3bis, 2^e phrase, LPP)

L'art. 11 LPP dispose ce qui suit:

"¹ Tout employeur occupant des salariés soumis à l'assurance obligatoire doit être affilié à une institution de prévoyance inscrite dans le registre de la prévoyance professionnelle.

² [...]

³ [...]

^{3bis} La résiliation de l'affiliation et la réaffiliation à une nouvelle institution de prévoyance par l'employeur s'effectuent après entente avec son personnel, ou, si elle existe, avec la représentation des travailleurs. L'institution de prévoyance doit annoncer la résiliation du contrat d'affiliation à l'institution supplétive (art. 60).

^{3ter} [...]

⁴ La caisse de compensation de l'AVS s'assure que les employeurs qui dépendent d'elle sont affiliés à une institution de prévoyance enregistrée.

⁵ La caisse de compensation de l'AVS somme les employeurs qui ne remplissent pas l'obligation prévue par l'al. 1 de s'affilier dans les deux mois à une institution de prévoyance enregistrée.

⁶ Si l'employeur ne se soumet pas à la mise en demeure de la caisse de compensation de l'AVS dans le délai imparti, celle-ci l'annonce à l'institution supplétive (art. 60) pour affiliation rétroactive.

⁷ L'institution supplétive et la caisse de compensation de l'AVS facturent à l'employeur retardataire les frais administratifs qu'il a occasionnés. Les frais non recouvrables sont pris en charge par le fonds de garantie (art. 56, al. 1, let. d et h). "

A l'occasion de la 1^{re} révision de la LPP, le Parlement avait décidé qu'en cas de résiliation par une entreprise de son affiliation à une institution de prévoyance, cette dernière serait tenue d'annoncer la résiliation du contrat d'affiliation à la caisse de compensation AVS compétente (art. 11, al. 3bis, 2^e phrase, LPP dans sa teneur en vigueur depuis le 1^{er} avril 2004).

En 2004, l'OFAS a établi des directives en collaboration avec les représentants des caisses de compensation et de l'institution supplétive. Alors que le contrôle de l'affiliation en tant que tel était réglé conformément au texte de loi, il s'est avéré que ce texte créait des problèmes pratiques lors du contrôle de la réaffiliation. En effet, l'institution de prévoyance ne connaissait souvent pas la caisse de compensation à laquelle l'employeur était affilié et devait au préalable se renseigner auprès de la caisse de compensation du canton dans lequel l'employeur avait son siège. Ce n'est que lorsque l'institution de prévoyance savait quelle caisse de compensation était compétente qu'elle pouvait faire son annonce à cette dernière. L'annonce de la résiliation du contrat d'affiliation revêtait une grande importance surtout dans le cas des institutions collectives et communes. Afin d'éviter cette charge administrative et les coûts afférents, le contrôle de réaffiliation a été délégué à l'institution supplétive. Dans ses "[Directives sur le contrôle de l'affiliation des employeurs à une institution de prévoyance professionnelle conformément à l'article 11 LPP](#)" (CAIP), l'OFAS a prévu ce qui suit: "Le contrôle de réaffiliation est exécuté par l'IS [institution supplétive] au nom des caisses de compensation" (n° 2050). "Lorsque l'IS est informée de la résiliation d'un contrat d'affiliation liant un employeur à une IP [institution de prévoyance] conformément à l'art. 11 al. 3bis LPP, elle examine sur la base de l'annonce de la résiliation du contrat d'affiliation si l'employeur occupe du personnel assujéti à la LPP. Si l'employeur n'a aucun personnel assujéti à la prévoyance professionnelle, le cas est classé. Si l'employeur occupe des salariés qui devraient être assujéti à la prévoyance professionnelle obligatoire, l'IS somme l'employeur de s'affilier dans les deux mois à une IP " (n° 2051).

Le 9 juin 2005, le Conseiller national Toni Bortoluzzi a déposé une interpellation intitulée "OFAS. Directives contraires à la loi", dans laquelle il dénonçait les directives précitées, plus particulièrement la délégation du contrôle de la réaffiliation (prescrit par l'art. 11, al. 3bis, LPP), qui passait des caisses de compensation de l'AVS à l'institution supplétive. Dans sa réponse du 31 août 2005, le Conseil fédéral a reconnu que ces directives étaient en contradiction avec le texte de la loi. Dans la mesure où la solution prévue par les directives permettait de simplifier la procédure, le Conseil fédéral a laissé entrevoir une adaptation du droit dans le cadre des débats sur l'initiative parlementaire "Changement d'institution de prévoyance". C'est ainsi que dans son avis relatif au changement d'institution de prévoyance, du 23 septembre 2005 (cf. [FF 2005 5586 s. ch. 2.3](#)), le Conseil fédéral a proposé de modifier la formulation de l'art. 11, al. 3bis, 2^e phrase, LPP comme suit: "L'institution de prévoyance doit annoncer la résiliation du contrat d'affiliation à l'institution supplétive". Cette nouvelle teneur de l'art. 11, al. 3bis, 2^e phrase, LPP est entrée en vigueur le 1^{er} mai 2007 (RO 2007 1803 1805).

Il résulte des explications qui précèdent que depuis la modification de l'art. 11, al. 3bis, 2^e phrase, LPP, il y a lieu de distinguer entre la procédure d'affiliation et la procédure de réaffiliation d'un employeur à une institution de prévoyance.

Avant l'adaptation de l'art. 11, al. 3bis, 2^e phrase, LPP, l'institution de prévoyance devait, en cas de réaffiliation, annoncer toute résiliation du contrat d'affiliation à la caisse de compensation compétente.

On a vu cependant que la mise en oeuvre de cette disposition s'était révélée peu praticable car coûteuse et prenant beaucoup de temps (voir ci-dessus). De plus, la raison pour laquelle les caisses de compensation avaient été chargées du contrôle de l'affiliation ne se justifie plus en cas de réaffiliation puisque dans ce dernier cas, il faut s'assurer qu'un employeur dont les salariés continuent d'être assurés à l'assurance obligatoire s'est affilié à une nouvelle institution de prévoyance. Dans la mesure où l'art. 11, al. 3bis, 2^e phrase, LPP, dans sa teneur en vigueur depuis le 1^{er} mai 2007, prévoit que l'institution de prévoyance doit annoncer la résiliation du contrat d'affiliation à l'institution supplétive et non plus à la caisse de compensation compétente, il serait inutile et contraire à la volonté du législateur d'inclure à nouveau les caisses de compensation dans le contrôle de la réaffiliation en les obligeant à procéder à la sommation de l'employeur qui ne se conformerait pas à son obligation de réaffiliation.

En l'espèce, le Tribunal administratif fédéral (TAF) a retenu que la Fondation institution supplétive LPP ne pouvait pas agir valablement pour le compte de la caisse de compensation AVS en matière de contrôle de la réaffiliation de l'intimé. Il a constaté que les deux sommations ayant été notifiées à l'intimé avaient été le fait, respectivement de la Fondation institution supplétive LPP, Contrôle de la réaffiliation, à Zürich et de la Fondation institution supplétive LPP, Agence régionale de la Suisse romande, à Lausanne. En revanche, aucune sommation n'avait été adressée à l'intimé par la caisse de compensation de l'AVS. Le TAF a considéré que la caisse de compensation n'avait pas respecté l'art. 11, al. 5, LPP et que les taxes et frais relatifs à la réaffiliation ne pouvaient être mis à la charge de l'intimé. L'institution supplétive a recouru au TF contre l'arrêt du TAF.

Le TF a jugé que le TAF a fait une application erronée de l'art. 11, al. 5, LPP, applicable à la procédure d'affiliation initiale d'un employeur et, d'autre part, a omis d'appliquer l'art. 11, al. 3bis, 2^e phrase, LPP, norme dont le but est d'exclure l'intervention des caisses de compensation dans la procédure de réaffiliation. Le TF considère que les premiers juges ont violé le droit fédéral en concluant que la caisse de compensation de l'AVS devait sommer elle-même l'intimé.

Reste à examiner la question des taxes et frais relatifs à la réaffiliation de l'intimé. Selon l'art. 11, al. 7, 1^{re} phrase LPP, l'institution supplétive et la caisse de compensation de l'AVS facturent à l'employeur retardataire les frais administratifs qu'il a occasionnés. Cette disposition a été concrétisée, en ce qui concerne l'institution supplétive, à l'art. 3, al. 4, de l'ordonnance du 28 août 1985 sur les droits de l'institution supplétive en matière de prévoyance professionnelle (RS 831.434), dont la teneur est la suivante: "L'employeur doit dédommager l'institution supplétive de tous les frais résultant de son affiliation". Se fondant sur cette dernière disposition, la recourante a édicté le Règlement relatif aux frais de la Fondation institution supplétive LPP destinés à couvrir les travaux administratifs extraordinaires. Les taxes et frais facturés à l'intimé, d'un montant total de 825 fr., dont 450 fr. de taxes liées à une décision relative à une affiliation d'office et 375 fr. de frais pour affiliation d'office, sont en tous points conformes au Règlement précité. En définitive, le TF a admis le recours de l'institution supplétive.

761 Inadmissibilité du maintien de la prévoyance étendue (pilier 2b) par des cotisations ou des rachats au-delà de l'âge ordinaire de la retraite lorsque la personne assurée touche déjà des prestations de vieillesse de l'assurance de base (pilier 2a)

(Référence à un arrêt de la IIe Cour de droit public du TF du 11 février 2010, 2C_782/2009 ; arrêt en allemand)

(Art. 33, al. 1, let. d, et 205 LIFD, art. 9, al. 2, let. d, LHID, art. 2, 4, 7, al. 1, 10, 13, 49, al. 2, et 81, al. 2, LPP, art. 1j, 1k et 62a OPP 2)

Né en 1938, X. a touché depuis 2003, après avoir atteint l'âge ordinaire de la retraite, une rente de vieillesse de la caisse de pensions de Y., financée par la partie obligatoire de l'institution de

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 119

prévoyance (fondation de base, pilier 2a). Il a toutefois continué à travailler à temps complet au service de Y. SA et est resté assuré en tant que personne active dans la partie surobligatoire (fondation des cadres, pilier 2b). En 2005, il s'est acquitté de la cotisation ordinaire de Fr. 120'000.- prévue par le règlement et a en outre versé une contribution de rachat de Fr. 240'000.- à la fondation des cadres.

Le 2 février 2007, dans sa taxation pour l'impôt cantonal et communal et pour l'impôt fédéral direct, l'administration fiscale du canton de Zoug a refusé la déduction de la contribution de rachat de Fr. 240'000.-.

Selon l'art. 33, al. 1, let. d, LIFD, les primes, cotisations et montants légaux, statutaires ou réglementaires versés à l'assurance-vieillesse et survivants, à l'assurance-invalidité et à des institutions de la prévoyance professionnelle sont déduits du revenu (voir également art. 81, al. 2, LPP). L'art. 9, al. 2, let. d, LHID et le § 30, let. d, de la loi fiscale du canton de Zoug du 25 mai 2000 (StG) ont une teneur semblable en ce qui concerne la déductibilité de tels montants au niveau de l'impôt cantonal et communal.

En l'espèce, il s'agit de contributions à la prévoyance professionnelle (2^e pilier). De telles prestations sont en principe entièrement déductibles. Tel est le cas aussi bien pour les cotisations périodiques qu'en principe pour les contributions uniques de rachat (sous réserve des art. 205 LIFD et 79a LPP dans leur teneur en vigueur jusqu'à fin 2005). Peu importe non plus que les contributions concernent la prévoyance obligatoire ou la prévoyance étendue (ATF 131 II 627, consid. 4.2. p. 633).

L'art. 10 LPP règle le début et la fin de l'assurance obligatoire. L'obligation d'être assuré cesse lorsque l'âge ordinaire de la retraite est atteint, que les rapports de travail prennent fin ou que le salaire minimum n'est plus atteint (art. 10, al. 2, LPP). Selon l'art. 13, al. 1, LPP, le droit aux prestations de vieillesse prend naissance de plein droit, pour les hommes, dès qu'ils ont atteint l'âge de 65 ans et, pour les femmes, dès qu'elles ont atteint l'âge de 64 ans. Ces conditions d'âge correspondent à celles prévues dans l'AVS (voir art. 62a OPP 2).

Selon l'art. 13, al. 2, LPP, les dispositions réglementaires de l'institution de prévoyance peuvent toutefois aussi prévoir que le droit aux prestations de vieillesse prend naissance « dès le jour où l'activité lucrative prend fin ». En règle générale, il s'agit de la fin de l'activité lucrative avant l'âge ordinaire de la retraite (retraite anticipée). Il est cependant incontesté que les règlements peuvent se baser sur l'art. 13, al. 2, LPP pour prévoir un âge de la retraite plus élevé que l'âge légal à condition que la personne assurée poursuive son activité lucrative. Cette possibilité ressort déjà des travaux préparatoires et a été confirmée par le TF (voir arrêt 9C_770/2007 du 14 mars 2008, consid. 3.4). Elle s'applique non seulement dans le cadre de l'assurance obligatoire, mais également dans celui de la prévoyance étendue (même arrêt, *ibidem*).

Aussi bien le règlement de la caisse de pensions de Y. du 1^{er} janvier 2004 (fondation de base, pilier 2a) que celui de la fondation de Y. (fondation des cadres, pilier 2b) prévoient que le début du versement des rentes peut être différé au plus tard jusqu'à l'accomplissement de la 70^e année. Cela est admissible au vu des explications présentées ci-dessus.

Cependant, à ce jour, le TF n'a pas tranché la question de savoir s'il est possible de maintenir la prévoyance étendue (pilier 2b) au-delà de l'âge ordinaire de la retraite par le versement de cotisations ordinaires ou de rachats lorsque l'assuré touche déjà des prestations de vieillesse de l'assurance de base (pilier 2a). Il s'agit ici de trancher cette question.

Dans la conception de la LPP, les prestations de ce qu'on appelle la prévoyance étendue, qui vont au-delà des dispositions légales minimales (en particulier les art. 13 à 26 LPP), complètent les prestations prévues dans le cadre de l'assurance de base (voir, par exemple, art. 49, al. 2, LPP). Il s'ensuit que la protection de prévoyance de l'assurance surobligatoire suppose en principe que la

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 119

personne assurée soit déjà activement assurée dans le cadre de l'assurance obligatoire. Un assujettissement actif au seul pilier 2b paraît contraire au système. Il n'interviendrait pas sur une base collective et serait contraire au principe posé à l'art. 1, al. 1, LPP. Une assurance limitée à une prévoyance étendue constitue ainsi sur le plan des principes à une prévoyance individuelle facultative qui ne saurait être privilégiée sur le plan fiscal. Dès lors, la possibilité de ne s'assurer activement qu'à une prévoyance étendue (c'est-à-dire sans un assujettissement actif à l'assurance de base) devrait résulter de la loi elle-même.

Il convient d'examiner si la loi admet une telle exception et si l'intimé peut, le cas échéant, en bénéficier.

Sous le titre « Assurance facultative », l'art. 4, al. 1 et 2, LPP prévoit ce qui suit :

¹ Les salariés et les indépendants qui ne sont pas soumis à l'assurance obligatoire peuvent se faire assurer à titre facultatif conformément à la présente loi.

² Les dispositions sur l'assurance obligatoire, en particulier les limites de revenu fixées à l'article 8, s'appliquent par analogie à l'assurance facultative.

La possibilité de l'assurance facultative selon l'art. 4, al. 1, LPP existe pour les salariés et les indépendants qui ne sont pas soumis à l'assurance obligatoire. Ne sont pas obligatoirement assurés notamment les salariés dont le salaire n'atteint pas un montant minimal (voir art. 2, al. 1, art. 7, al. 1, LPP). Le Conseil fédéral définit en outre « les catégories de salariés qui, pour des motifs particuliers, ne sont pas soumis à l'assurance obligatoire » (art. 2, al. 4, 1^{re} et 2^e phrases, LPP). Il s'agit des cas résultant des art. 1j et 1k OPP 2, à savoir notamment les salariés dont l'employeur n'est pas soumis à payer des cotisations, des salariés engagés pour une période limitée ne dépassant pas une certaine durée et des salariés exerçant une activité accessoire s'ils sont déjà assujettis à la prévoyance professionnelle pour leur activité principale.

L'intimé ne peut cependant pas invoquer cette disposition. Il ne remplit manifestement pas la condition de ne pas être soumis à l'assurance obligatoire au sens de l'art. 4, al. 1, LPP. Il est au contraire libéré de l'assujettissement obligatoire parce qu'il a atteint la limite d'âge. Il a la possibilité de maintenir la prévoyance professionnelle, mais il doit alors en respecter les principes. Une assurance dans la seule prévoyance subobligatoire serait contraire au principe de la collectivité et ne peut être reconnue en tant que prévoyance professionnelle étendue.

Lors de la 1^{re} révision de la LPP, le législateur a complété l'art. 4 LPP par deux alinéas entrés en vigueur le 1^{er} janvier 2005. Ces alinéas ont la teneur suivante :

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 professionnelle doivent être affectés durablement à la prévoyance professionnelle.

Au vu de la clarté de la teneur légale, des travaux préparatoires, du but de la disposition et de la jurisprudence rendue jusqu'ici, la nouveauté prévue à l'art. 4, al. 3, LPP ne peut être ouverte qu'aux seuls travailleurs indépendants. Comme l'intimé exerce une activité à titre dépendant, il ne saurait l'invoquer à son profit. Les arguments avancés à l'appui de la réglementation spéciale en faveur des indépendants ne sont pas sans autre applicables aux personnes exerçant une activité dépendante. L'inégalité de traitement entre indépendants et dépendants est voulue par la loi et se justifie par des motifs objectifs.

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 119

Au vu de leur situation, les personnes exerçant une activité lucrative dépendante n'ont pas besoin d'un correctif qui leur permettrait de bénéficier en plus d'une assurance exclusivement dans le domaine de la prévoyance étendue. La nécessité pratique d'une telle prévoyance ne serait pas établie. En l'espèce, c'est uniquement le taux de conversion, favorable à l'époque, qui a poussé l'intimé à toucher déjà sa rente de l'assurance obligatoire bien qu'il continue à travailler à plein temps (100 %).

Pour être complet, il convient d'ajouter que les derniers travaux législatifs eux non plus ne vont pas dans le sens d'une autre conclusion. Dans ce qu'on appelle la réforme structurelle de la prévoyance professionnelle, le Conseil fédéral a (également) soumis des propositions de « mesures destinées à faciliter la participation des travailleurs âgés au marché de l'emploi » (voir Message du 15 juin 2007 sur la modification de la LPP, FF 2007 5432 ss., ch. 6 ss.). Pour éviter que des dispositions du droit de la prévoyance professionnelle contribuent à l'exclusion du monde professionnel, le Conseil fédéral a considéré qu'il était nécessaire de prévoir un droit de faire différer le versement des prestations de vieillesse. Le nouvel art. 33b LPP proposé par le Conseil fédéral et adopté tel quel le 11 décembre 2009 par le Parlement a la teneur suivante (FF 2009 7940) :

Art. 33b Activité lucrative après l'âge ordinaire de la retraite

L'institution de prévoyance peut prévoir dans son règlement la possibilité pour les assurés de demander le maintien de leur prévoyance jusqu'à cessation de leur activité lucrative, mais au plus tard jusqu'à l'âge de 70 ans.

Une division du rapport de prévoyance en assurances obligatoire et surobligatoire avec des rentes prenant naissance à des dates différentes pour chacune des deux assurances n'est pas non plus prévue dans ce cadre.

Selon le ch. 2.1 du règlement de la caisse de pensions de Y. (fondation de base, pilier 2a), tous les collaborateurs de l'entreprise doivent entrer dans la caisse de pensions si leur engagement dépasse trois mois. De son côté, le règlement de la fondation de Y. (fondation des cadres, pilier 2b) prévoit (ch. 1.3) que la fondation, dans le cadre de son règlement « et en complément aux institutions de prévoyance en faveur du personnel existantes » (c'est-à-dire du pilier 2a), a pour but la protection des assurés contre les conséquences économiques de la vieillesse, du décès et de l'invalidité. Les deux règlements contiennent la même règle au ch. 11.3, respectivement 9.3 :

Si les rapports de travail entre l'assuré et l'entreprise subsistent au-delà de l'âge ordinaire de la retraite, le versement de la rente peut être différé jusqu'à ce que ces rapports prennent fin, mais au plus tard jusqu'à l'âge de 70 ans.

Compte tenu de ce lien étroit entre les deux règlements en ce qui concerne la possibilité de différer l'âge de la retraite et de la mention claire que l'assurance des cadres a une fonction complémentaire, la seule assurance dans la fondation des cadres du pilier 2b, comme elle se présente en l'espèce, est clairement contraire au règlement et, partant, inadmissible pour ce seul motif (art. 13, al. 2, LPP).

Au vu de ce qui précède, le rapport de prévoyance maintenu par l'intimé après l'âge ordinaire de la retraite dans le seul cadre de la prévoyance professionnelle étendue ne peut pas être reconnu sur le plan du droit fiscal. Les cotisations « ordinaires » et la contribution de rachat versées en 2005 ne peuvent pas être portées en déduction des revenus selon l'art. 33, al. 1, let. d, LIFD, l'art. 9, al. 2, let. d, LHID et le § 30, let. d, StG.

762 Pas de délai de préavis pour la prise en compte d'un revenu pouvant être raisonnablement réalisé selon l'art. 24, al. 2, 2e phrase, OPP 2

(Référence à un arrêt du TF du 15 avril 2010, cause 9C_592/2009 ; arrêt en allemand)

(Art. 24, al. 2, 2^e phrase, OPP 2)

Seul objet restant de la présente procédure, la question est de savoir si la réduction de la rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle en raison de la prise en compte du revenu que l'intimée pourrait encore raisonnablement réaliser doit se faire dès l'entrée en vigueur de la modification correspondante de l'art. 24, al. 2, 2^e phrase, OPP 2, à savoir dès le 1^{er} janvier 2005 (comme le sollicite la caisse de pensions recourante), ou au contraire seulement après l'expiration d'un « délai transitoire » ou « délai de préavis » de cinq mois (thèse défendue par l'instance précédente et l'intimée).

Le TF commence par relever que le sens et le but de l'art. 24, al. 2, 2^e phrase, OPP 2 révisé consistent en ceci que les assurés partiellement invalides qui n'exploitent pas leur capacité résiduelle de travail comme on pourrait raisonnablement l'exiger d'eux doivent être mis sur un pied d'égalité au niveau financier avec ceux qui se conforment à leur obligation de réduire le dommage et qui réalisent effectivement le revenu d'invalidité que l'on peut raisonnablement attendre d'eux. Conformément à l'[ATF 134 V 64](#) (voir aussi le [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 106 ch. 645](#)), le principe de l'exigibilité est ici particulièrement pris en considération en ce sens qu'une institution de prévoyance qui a l'intention de procéder à une réduction de ses prestations obligatoires d'invalidité doit, selon la jurisprudence, garantir préalablement le droit d'être entendu à l'assuré partiellement invalide sur l'ensemble des circonstances liées au marché de l'emploi et personnelles qui compliquent voire empêchent la réalisation d'un revenu résiduel correspondant au revenu d'invalidité.

Contrairement à l'opinion de l'intimée, l'arrêt de principe précité ne contient rien d'explicite, aux yeux du TF, sur la question du moment à partir duquel doit prendre effet une éventuelle réduction pour cause de surindemnisation. Toujours est-il qu'il découle du considérant 5 de cet arrêt (non publié aux ATF 134 V 64, mais paru dans la revue SVR 2009 LPP n° 14 p. 50 s.) qu'une réduction de rente pour cause de surindemnisation peut intervenir sans autre également pour la période précédant le premier octroi du droit d'être entendu susmentionné. La fonction étendue d'un préavis quelconque voulant qu'une réduction ne puisse déployer des effets que pour l'avenir ne doit pas être attribuée dans tous les cas à l'octroi du droit d'être entendu exigé par la jurisprudence.

Il n'existe pas de base légale pour un délai général de « carence, préavis ou adaptation » tel qu'accordé par le tribunal cantonal en lien avec la prise en compte d'un revenu résiduel pouvant encore être raisonnablement réalisé ; en outre, un tel délai ne serait pas justifié par des motifs objectifs : du point de vue de l'exigibilité, dès que les données subjectives qui empêchent la personne assurée de réaliser un revenu d'invalidité du droit de l'assurance-invalidité disparaissent, il n'y a plus non plus de motifs notables qui plaident contre la prise en compte immédiate du revenu d'invalidité fixé par l'office AI dans le cadre du calcul de la surindemnisation. Au vu de ce qui précède, la pratique du tribunal cantonal qui octroie un délai de transition de cinq mois est inadmissible. Le recours est dès lors bien fondé.