Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Département fédéral de l'intérieur DFI
Office fédéral des assurances sociales OFAS
Prévoyance vieillesse et survivants

Bulletins de la prévoyance professionnelle :

Compilation des résumés de jurisprudence

(Etat le 1er juillet 2026)

Le bulletin est un simple moyen d'information de l'OFAS.

Effingerstrasse 20, CH-3003 Berne
Tel. +41 58 464 06 11, Fax +41 58 464 15 88
www.bsv.admin.ch

Table des matières

No, ch.	*Jurisprudence*
168 1173	Refus du partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce, abus du pouvoir d'appréciation
167 1165 1166 1167	Rachat : conformité de l'art. 60b al. 1 OPP 2 à l'Accord sur la libre circulation des personnes Divorce et invalidité partielle Compte de libre passage : cercle des bénéficiaires en cas de décès : conjoint divorcé et compagne
166 1153 1154 1155	Compétence en cas de litige sur les intérêts moratoires en cas de changement d'affiliation Gestion paritaire Partage de la prévoyance : prise en compte des retraits EPL
165 1148 1149	Responsabilité et tâches des experts en prévoyance professionnelle Restitution d'une rente pour enfant d'invalide indûment perçue
164 1138 1139	Obligation de retrait anticipé des avoirs de libre passage pour les bénéficiaires de l'aide sociale Rente de partenaire : admissibilité d'un âge limite réglementaire
163 1133 1134 1135	Capital-décès en cas de concubinage : précision sur la notion de communauté de vie Maintien de la prévoyance selon l'art. 47 LPP Demande de restitution de rentes : date de début et respect du délai relatif
162 1126 1127 1128	Versement d'un capital-décès en cas d'invalidité partielle (rétroactive) d'un assuré décédé Pas d'application de la loi sur l'égalité aux rapports de prévoyance et montant minimal du taux d'intérêt moratoire réglementaire Bénéficiaires selon l'art. 20a LPP : notion de « frères et sœurs » **Excursus**

1129	Droit de la prévoyance professionnelle : boîte à outils
161 1115	Liquidation partielle et droit collectif aux provisions et aux réserves de fluctuation
160 1102	Séquestre des avoirs de prévoyance
1103	Pas de cotisations LPP sur les indemnités conventionnelles versées par l'employeur à l'employé pour cause de résiliation anticipée des rapports de travail
1104	Obligation de cotiser: activité accessoire auprès du même employeur assujettie à l'assurance obligatoire
1105	Obligation de cotiser: assujettissement réglementaire des revenus d'activités accessoires
1106	Rente d'orphelin LPP et formation en cours d'emploi
159 1090	Capital décès : exigence d'un ménage commun dans le cadre d'un partenariat de vie donnant droit à prestation (concrétisation de la jurisprudence)
1091	Concubinage et prestation de survivant
1092	Assurance obligatoire auprès de plusieurs institutions de prévoyance et invalidité partielle:survenance de l'incapacité de travail dont la cause est à l'origine de l'invalidité
1093	Maintien de la prévoyance au-delà de l'âge légal de la retraite
157 1071	Prise en charge des frais d'une expertise demandée en vue d'éliminer des insuffisances
1072	Invalidité: la protection d'assurance de la prévoyance professionnelle obligatoire des personnes au chômage débute avec la naissance du droit aux indemnités journalières de l'assurance-chômage
1073	Versement anticipé EPL: pas d'obligation de rembourser en cas de mise en location ultérieure du logement en propriété
1074	Prestation pour survivants : restitution d'un capital-décès versé à une personne non autorisée du cercle des bénéficiaires et droit à des intérêts moratoires
1075	Prestation de libre passage et prescription
156 1068	Pas de rente de vieillesse anticipée après la survenance de l'invalidité
1069	Pas de couverture d'assurance après une invalidité sans constat de déficit organique
155 1059	Examen par le TF des directives de la CHS PP pour les fondations du pilier 3a et du libre passage

1060	L'avoir de vieillesse au sens de l'art. 15 LPP ne peut pas être réduit en cas de liquidation (partielle)
1061	Légitimation de l'employeur en cas de liquidation totale d'une institution de prévoyance
1062	Moment à partir duquel un avoir de libre passage est pris en compte dans le calcul du droit aux prestations complémentaires
1063	Droit à des intérêts sur la créance récursoire de l'institution de prévoyance qui a dû verser la prestation préalable
1064	Calcul de surindemnisation : prise en considération de rentes AI en cas de durée incomplète de cotisations dans le 1er pilier
154	
1056	Aucun droit de l'enfant majeur à un versement direct de la rente d'invalidité pour enfant par l'institution de prévoyance
153	
1042	Liquidation partielle d'une fondation collective par suite de la résiliation du contrat d'affiliation - Participation du personnel
1043	Pas d'intérêt moratoire sur des frais d'administration extraordinaires
152	
1034	Liquidation partielle - qualité d'une veuve pour contester une décision de liquidation partielle, montant de la « provision pour cas d'invalidité en suspens », interprétation et inscription au bilan d'un accord de contribution (« contribution agreement »)
1035	Liquidation partielle - droit collectif du personnel sortant à la réserve de fluctuation
151	
1026	Partage de la prévoyance : le dépôt de la demande de divorce comme date déterminante pour la procédure de divorce en cours
1027	Conditions d'exemption de l'obligation de s'assurer pour les salariés qui exercent leur activité professionnelle principale à l'étranger
150	
1008	Pas de prise en compte de l'indemnité de départ dans le calcul de surindemnisation
1009	Divorce : pas de droit à un part du 2e pilier pour le conjoint qui a manqué gravement à son obligation de contribuer à l'entretien de la famille
1010	Le partenaire bénéficiaire doit pouvoir attester d'une communauté de vie d'une durée minimale de cinq ans.
1011	Pas d'intérêts moratoires en cas de prétention récursoire de l'institution de prévoyance tenue de verser la prestation préalable

149	
999	Calcul de surindemnisation : inexploitabilité d'une capacité de travail résiduelle de 10 %
1000	Fondamental de la capacité de risque d'une institution de prévoyance
1001	Institution de prévoyance de droit public : dissolution de la réserve «Fonds de renchérissement» et attribution de l'excédent
1002	Violation de l'obligation de déclarer et conséquences du retrait
148	
990	Nouvelle méthode mixte dans l'assurance-invalidité et détermination du taux d'invalidité dans la prévoyance professionnelle
991	Interruption du lien temporel entre incapacité de travail et invalidité ultérieure
992	Liquidation partielle: droit des membres du collectif sortant aux provisions techniques
993	Obligations contractuelles de l'employeur après la résiliation du contrat d'affiliation lorsque la caisse de pensions est exclusivement composée de rentiers
147	
986	La réduction de rentes en cours n'est admissible qu'en cas de découvert
987	Divorce: intérêts compensatoires aussi pour les avoirs dans des institutions de libre passage
146	
980	Début du droit à la rente d'invalidité de la prévoyance plus étendue et art. 29, al. 1, LAI
981	Délai réglementaire pour demander une prestation en capital
145	
972	Indemnité pour vacances non prises et salaire assuré LPP
973	Rétrocessions : le droit à la restitution se prescrit par dix ans
974	Liquidation partielle d'une fondation commune : critère du nombre de contrats d'affiliation résiliés
144	
965	Report du paiement de la rente d'invalidité : changement de jurisprudence
966	Divorce et circonstances justifiant le refus du partage
143	
953	Conséquences du versement en espèces en l'absence de motif d'un tel versement
954	Obligation de remboursement des institutions de prévoyance en cas de prestation de libre passage créditée par erreur
955	EPL, divorce et vente à perte du logement

142	
941	Prescription
942	Compensation
943	Constitution de provisions pour les rentiers en cas de liquidation partielle
944	Invalidité en cas de travail à temps partiel
945	Importance de documents originaux pour la vérification de l'authenticité d'une signature
946	La simple institution d'héritier dans un testament ne suffit pas à constituer une clause bénéficiaire
140	
928	Salaire assuré dans la prévoyance plus étendue et prestation de sortie
929	Retrait anticipé pour l'amortissement d'une hypothèque suivi de l'augmentation d'une autre hypothèque sur le même objet
930	Réduction pour surindemnisation et salaire social
931	Choix des stratégies de placement – Examen des stratégies de placement par l'expert en matière de prévoyance professionnelle sous l'angle du respect des principes d'adéquation et de collectivité
932	Pas d'obligation pour l'institution de prévoyance tenue à prestation d'exiger la restitution de la prestation de sortie
933	Deux arrêts sur le pilier 3a et l'invalidité
139	
920	Versement en capital en cas de transformation de la rente d'invalidité en une rente de vieillesse?
921	Prestations d'invalidité – changement de statut dans l'assurance-invalidité lorsqu'une rente est en cours
138	
916	Rente complémentaire pour les enfants recueillis par un assuré invalide
137	
905	Intérêt nul sur les avoirs de vieillesse dans des institutions de prévoyance enveloppantes
906	Liquidation partielle – transfert de risques actuariels
907	Prestations d'invalidité – disposition transitoire de la 1re révision LPP
908	Prescription de prestations d'invalidité – droit fondamental à la rente

136	
895	Application d'un taux d'intérêt nul selon le principe d'imputation en l'absence de découvert
896	Bénéficiaires selon les art. 20a LPP et 2 OPP 3 : notion d'entretien substantiel
897	Bonus et salaire assuré dans la prévoyance plus étendue
134	
881	Distribution de fonds libres et traitement des assurés ayant choisi le versement en capital
882	Versement en esp èces d'une prestation de libre passage à un indépendant divorcé
883	Versement en espèces à un assuré divorcé d'une prestation de sortie non partagée: violation du devoir de diligence par l'institution de prévoyance (ou de libre passage)?
884	Partage de la prévoyance: suspension de la procédure de partage en raison d'une procédure de recours pendante concernant une rente AI
885	Examen d'une éventuelle indexation des rentes réglementaires
133	
871	Qualité pour recourir contre l'approbation d'un règlement de liquidation partielle
872	Composition irrégulière du tribunal
132	
863	Pas de prestation de survivant pour le/la concubin/e qui perçoit déjà une rente de veuf/veuve
864	Obligation de vérification d'une institution de prévoyance en cas de versement anticipé
865	Versement rétroactif d'intérêts sur l'avoir de vieillesse dans une caisse de pension en découvert
866	Réclamation d'une prestation de libre passage se trouvant sur un compte de libre passage par l'institution de prévoyance tenue de fournir des prestations en cas de décès
131	
859	Remboursement du versement anticipé en cas d'invalidité imminente
129	
848	Prestation de sortie en cas de découvert lors d'une liquidation partielle
849	Retraite anticipée ou rente d'invalidité ?
128	
839	Remplacement d'une rente réglementaire d'invalidité par une rente réglementaire de vieillesse : à 62 ou 64 ans pour les femmes ?
840	Disposition réglementaire sur l'adaptation au renchérissement des rentes d'invalidité
841	Devoir de diligence de l'institution de prévoyance lors du versement d'une prestation en capital

127	
832	Information et procédure: en cas de contestation relative au droit à l'information, l'assuré doit saisir l'autorité de surveillance et non pas le tribunal des assurances
833	La rente de partenaire selon l'art. 20a LPP peut être soumise à plusieurs conditions supplémentaires: notion de « ménage commun »
834	La rente de partenaire selon l'art. 20a LPP peut être soumise à plusieurs conditions supplémentaires: notion de «soutien considérable »
126	
828	Conditions essentielles de la police de libre passage et conclusion du contrat d'assurance ; les fournisseurs de polices de libre passage ne sont pas tenus de maintenir la prévoyance professionnelle obligatoire sous forme d'assurance pour les cas d'invalidité
125	
817	Concubinage et rente de survivant : notions de « communauté de vie » et de « ménage commun »
818	Un versement en espèces de faible importance (art. 5 al. 1 let. c LFLP) n'empêche pas le partage des prestations de sortie en cas de divorce
819	Droit du conjoint divorcé à des prestations pour survivants lorsque le jugement de divorce prévoit des contributions d'entretien limitées dans le temps
820	Imposition des versements en capital du 2e pilier contraires aux exigences légales
124	
802	Indemnité équitable, transmission au juge des assurances, renvoi d'office au juge du divorce
803	Action en complément d'un jugement de divorce étranger, prestation compensatoire du droit français
804	Institution supplétive LPP, pas d'intérêt moratoire sur le montant versé après coup au titre de rentes d'invalidité
123	
793	Rente de survivant pour le/la concubin/e: conditions réglementaires à remplir avant le départ à la retraite
794	Demande de dommages-intérêts par une institution de prévoyance contre un office AI
795	Assurance prolongée et début de l'assurance obligatoire pour les bénéficiaires d'indemnités journalières de l'assurance-chômage ; institution de prévoyance compétente
796	Versement en espèces de la prestation de sortie en cas d'activité indépendante à l'étranger ?

122	
784	Point de départ du délai de prescription pour la restitution des prestations touchées indûment
785	Rachat après la survenance d'une incapacité de travail à l'origine de l'invalidité
786	Pas de déduction fiscale du rachat en cas de versement en capital dans les 3 ans
787	Invalidité partielle et trois activités lucratives à temps partiel assurées selon la LPP
788	Surindemnisation : revenu encore raisonnablement réalisable ; le marché suisse du travail est déterminant
789	Rémunération pour l'administration de la fortune
121	
776	Déduction des rachats du revenu imposable en cas de versement en capital dans le délai de 3 ans ?
777	Fondation commune, examen des conditions pour une liquidation partielle, réduction considérable de l'effectif du personnel et restructuration d'entreprise
778	Droit de la caisse de pensions d'exiger le remboursement d'un versement anticipé pour le logement de la part de la masse en faillite d'une succession répudiée
779	Admissibilité d'une rente d'invalidité unique plus élevée que le montant minimum de la rente d'invalidité et de la rente complémentaire d'invalidité pour enfant prévues par la LPP, changement de jurisprudence
780	Divorce: règle du partage par moitié de l'avoir de prévoyance en tant que règle; refus du partage; abus de droit
120	
771	Calcul des prestations de vieillesse, principes de la bonne foi et de l'égalité de traitement
119	
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

118	
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 2e pilier en cas de divorce et motifs de refus du partage
750	Rentes pour enfants d'invalide, 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
117	
737	Interprétation de l'art. 20a, al. 1, LPP concernant la relation entre un orphelin selon l'art. 20 LPP et la compagne de l'assuré décédé désignée en qualité de bénéficiaire
738	Obligation de verser la prestation préalable selon l'art. 26, al. 4, LPP
739	Changement de jurisprudence concernant le délai de prescription des cotisations selon l'art. 41 LPP et la compétence pour juger des prétentions en réparation consécutives à une violation du contrat d'affiliation
740	Compensation du droit à une retraite anticipée avec la créance en réparation du dommage basée sur l'art. 52 LPP
116	
725	Personne exerçant une activité indépendante : pas de versement anticipé partiel possible pour des investissements dans l'entreprise
726	Début du délai de prescription de la créance de cotisations après l'affiliation à l'institution supplétive selon l'art. 12 LPP
727	Divorce: conditions permettant de déroger au partage par moitié des avoirs du 2e pilier
728	Participation de l'institution de prévoyance à la procédure devant l'autorité précédente selon l'art. 25a LFLP en tant que condition de la qualité pour recourir dans la procédure devant le TF
729	Répartition de la perte d'intérêts sur un versement anticipé intervenu pendant la durée du mariage pour l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle

730	Obligation de l'institution de prévoyance d'exiger le jugement de divorce avant de procéder à un versement anticipé à un conjoint divorcé et de contrôler l'exécution du partage de la prévoyance éventuellement ordonné ?
115	
718	Partage des prestations de sortie en cas de divorce et versement anticipé dans le cadre de l'encouragement à la propriété du logement : quid lorsque la prestation de sortie ne couvre pas la créance de compensation au sens de l'art. 122 CC ?
719	Contribution des rentiers à l'assainissement d'une institution de prévoyance ; interprétation de l'art. 65d LPP
114	
708	Rentes d'invalidité : let. f des dispositions transitoires de la modification du 3 octobre 2003 de la LPP (1re révision LPP)
709	Pas de prise en compte des indemnités journalières d'une assurance perte de gain (LCA) dans le calcul de surindemnisation et pas de report des prestations d'invalidité de la prévoyance professionnelle
710	Pas de droit à des intérêts en cas de transfert de fonds libres
711	Résiliation de la convention d'affiliation, maintien du contrat d'affiliation en ce qui concerne les rentiers
113	
703	Divorce: compétence du tribunal de la prévoyance professionnelle pour des prétentions en dommages-intérêts en cas de versement en espèces de la prestation de sortie intervenu de manière contraire au droit
112	
698	Action contre une institution de prévoyance individuelle liée (3a) aussi possible dans le canton de domicile du preneur d'assurance
699	Résiliation d'une convention d'affiliation ; déduction suite à un découvert ; principe de l'égalité devant la loi ; admissibilité d'une correction d'écriture comptable faite après coup et d'un débit ultérieur ; prescription et novation
700	Compensation de la prestation de sortie avec une créance en dommages-intérêts pour cotisations impayées
111	
687	Prise en compte de la rente AVS dans le calcul de la surindemnisation en cas d'invalidité due à un accident
688	Privilège dans la faillite pour des emprunts par obligations de l'institution de prévoyance à l'égard de l'employeur failli
689	Divorce: refus d'un partage manifestement inéquitable
690	Concubinage et prestation de survivant
691	Privilège de la compagne selon la réglementation en vigueur jusqu'à fin 2004

692	Privilège en matière de libre passage de la compagne bénéficiant d'une rente de veuve
693	Cas de prévoyance invalidité et versement anticipé
694	Affiliation à une institution de prévoyance: contrôle abstrait de normes cantonales par le TF et non pas par l'autorité de surveillance
110	
680	Calcul de surindemnisation en cas d'invalidité partielle
681	Concordance événementielle en rapport avec un calcul de surindemnisation
682	Capital-décès en vertu de la loi sur la continuation de l'assurance ou d'une convention de prévoyance?
683	Compensation de la créance en remboursement de l'institution de prévoyance avec le droit de l'assuré à la prestation de sortie ?
108	
668	Réticence et alcoolisme
669	Acceptation par l'institution de prévoyance soumise à prestation d'une prestation de sortie déjà versée à une institution de libre passage
670	Distinction entre une fondation de prévoyance en faveur du personnel non enregistrée et un fonds de prévoyance patronal
671	Prescription des bonifications de vieillesse et contrôle des dépens selon la LTF
672	Cas de prévoyance : partage par moitié confirmé malgré la survenance d'un cas de prévoyance professionnelle
673	Clause bénéficiaire en faveur du partenaire de même sexe dans le domaine surobligatoire de la prévoyance professionnelle et du libre passage
107	
656	Pas de consentement du conjoint pour le versement en capital de prestations de vieillesse provenant d'un compte de libre passage
657	Divorce, cas de prévoyance et droit au maintien du salaire
658	Droit de la femme divorcée en cas de perte de soutien
659	Aucun droit à des dépens pour la procédure interne à la caisse de pensions
660	Compensation du versement en espèces de la prestation de sortie avec une créance en dommages-intérêts contre l'assuré en qualité d'administrateur

106	
643	Interprétation de l'art. 4, al. 4, LPP concernant une demande de versement en espèces par un indépendant
644	Qualité pour recourir d'une institution de prévoyance dans la procédure concernant l'assurance-accidents
645	Revenu pouvant encore être raisonnablement réalisé selon l'art. 24, al. 2, 2e phrase, OPP 2
646	Moment du remplacement d'une rente d'invalidité par la rente de vieillesse en relation avec le relèvement de l'âge de la retraite des femmes
647	Rachats suivis d'un divorce
648	Précision de la jurisprudence sur la connexité temporelle
649	Adaptation rétroactive du salaire annuel en raison d'un jugement pour une bénéficiaire de rente d'invalidité
104	
630	Divorce, prise en compte des avoirs de prévoyance effectivement constitués pendant la durée du mariage et non pas des éventuels avoirs supplémentaires qu'un conjoint aurait dû accumuler, compétences respectives du juge du divorce et du tribunal des assurances
631	Divorce et découverte d'un avoir de prévoyance postérieurement au jugement du tribunal cantonal des assurances (changement de jurisprudence)
632	Droit à la prestation de survivant LPP pour l'ex-conjoint seulement en cas de perte de soutien
633	Survenance des cas d'assurance décès et invalidité
634	Surindemnisation, gain présumé perdu et allocations pour enfants, personne domiciliée en Valais et travaillant dans le canton de Vaud
635	Couverture d'assurance LPP et fin du droit aux indemnités journalières de l'assurance-chômage
636	Pas de prescription de la rente complémentaire pour enfant si la rente d'invalidité n'est pas elle-même prescrite
103	
619	Compensation de rentes d'invalidité avec une prestation de sortie déjà versée en espèces
620	Les bénéficiaires de retraites anticipées ont aussi droit à des rentes LPP pour enfants
621	Qualification d'un associé majoritaire et gérant d'une Sàrl en droit de la prévoyance
622	Divorce: pas de partage en cas d'abus de droit

101	
601	Divorce, partage de la prévoyance professionnelle, rachat après la date fixée pour le partage
602	Divorce, prestation de sortie ou prestation de vieillesse ?
603	Partage de prestations en cas de séparation de corps; survenance du cas de prévoyance
604	Restitution d'une prestation de sortie versée sans le consentement de l'épouse
605	Interruption de la connexité temporelle : sclérose en plaques, médecin indépendant qui travaille ensuite comme médecin salarié d'un service médical régional AI pendant 14 mois
606	Réduction d'une rente d'invalidité LPP transformée en rente de vieillesse pour cause de surassurance
607	Abaissement du taux de conversion peu de temps avant le départ à la retraite anticipée
98	
580	Pas de modification de la rente d'invalidité réglementaire si le degré d'invalidité n'a pas changé (en relation avec la 4e révision de l'AI entrée en vigueur le 1er juillet 2004)
581	Prescription du droit à la rente d'orphelin et tutelle
582	Conversion d'une rente d'invalidité en rente de vieillesse, pas de garantie des droits acquis en cas de changement de jurisprudence
583	Jugement notifié directement à une partie sans passer par son avocat, bonne foi, compétence du tribunal des assurances au sujet d'éventuels avoirs non pris en compte par le juge du divorce
584	Réduction d'une rente de survivants au conjoint divorcé au bénéfice d'une rente de vieillesse dans le cadre de la prévoyance plus étendue
585	Suppression de rente pour cause de révision dans l'assurance obligatoire
586	Le délai de prescription du droit à une rente ne court pas tant qu'il y a surindemnisation
97	
571	Prescription de l'action en restitution, actes interruptifs et institution de droit public
572	Divorce et refus du partage des prestations de sortie
573	Prescription de l'action en restitution, actes interruptifs et citation en conciliation devant un juge incompétent à raison de la matière
574	Modification de l'ordre des bénéficiaires fixé par le règlement
575	Voies de droit en cas de litige concernant un contrat de reprise d'effectif éventuellement entaché d'erreurs mais approuvé avec force de chose jugée par l'autorité de surveillance
95	
565	Suspension de la rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle pendant l'exécution d'une peine / compensation des montants touchés en trop par les rentes dues à l'avenir

94	
554	Compensation de prétentions en rentes par une créance en dommages-intérêts
555	Taux d'intérêt nul dans la prévoyance professionnelle surobligatoire / Interprétation du règlement
556	Répartition d'une prestation de libre passage en cas de décès d'un assuré à demi-invalide
557	Réduction de la rente de survivant de l'ex-épouse
558	Pas de suspension de la procédure devant le Tribunal des assurances en relation avec une procédure pénale
559	Défaut de participation de l'institution de prévoyance dans la procédure de l'assurance-invalidité-force contraignante des Art. 23 et suivants LPP lorsque l'IP se fonde tout de même sur la décision de l'IP pour le calcul de ses prestations
560	L'art. 65, al. 1, LPP est une disposition fondamentale et impérative qui prime les dispositions réglementaires
93	
542	Divorce: partage possible en cas de retraite anticipée après l'entrée en force de la décision de partage
543	Seconde prestation de sortie annoncée après l'entrée en force du jugement de divorce
544	Prévoyance professionnelle des prêtres catholiques dans le canton de Vaud
545	Paiement en espèces de la prestation de libre passage sans l'accord du conjoint avant un divorce; montant des dommages-intérêts à verser
546	Début de l'incapacité de travail: conséquences de l'absence de preuve; frais de procédure lorsque plusieurs institutions de prévoyance participent à la procédure
547	Légitimation passive de l'institution de prévoyance dans la procédure visant à fixer le montant de la prestation de sortie lorsque le litige ne porte pas sur l'obligation de l'employeur relative aux décomptes mais sur la compensation de cotisations impayées de l'employeur avec la prestation de sortie
548	Imputation de la rente d'invalidité LPP à la perte de gain du droit de la responsabilité civile, position de l'institution de prévoyance dans l'action récursoire, calcul du préjudice ménager et de son augmentation en salaire réel
549	Interprétation de la disposition de l'art. 1, al. 1, let. b, OPP 2 (depuis le 1er janvier 2006 = art. 1j OPP 2): « engagés pour une durée limitée ne dépassant pas trois mois »
550	La prestation de sortie à partager en cas de divorce doit être calculée pour le moment de l'entrée en force du jugement de divorce
91	
531	Affiliation à deux institutions de prévoyance différentes pour le personnel «fixe» et le personnel «temporaire» puis résiliation du contrat d'affiliation pour le personnel «temporaire», affiliation auprès de l'institution supplétive?

532	Divorce, critères de fixation de l'indemnité équitable et versement d'une rente directement entre les mains de l'ex-conjoint
533	Point de départ de la prescription du droit à la rente d'invalidité et demande tardive à l'AI
534	Divorce, indemnité équitable, compétences respectives du juge du divorce et du juge des assurances, pas de compensation de la prestation de sortie avec d'autres créances
535	Problème de dépendance (alcool); perte d'emploi (menace de retrait du permis de conduire); réaction de panique; absence de volonté implicite de résiliation de la part du travailleur
536	Placement de la fortune chez l'employeur qui est une banque : inadmissibilité du risque accru
90	
522	Réduction à opérer lors du calcul de la prestation de sortie parce que la prestation d'entrée était incomplète
523	Modification d'un règlement applicable à une institution de prévoyance de droit public; rétroactivité des arrêtés; qualité pour recourir
524	Pas d'effet contraignant de la décision de l'office AI lorsque celle-ci n'est pas communiquée à l'institution de prévoyance : aussi valable avec la LPGA
89	
517	Bénéficiaires selon le règlement et le testament
87	
508	Pas d'assujettissement à la LPP en cas de contrat de travail de durée déterminée inférieure à 3 mois
509	Problématique concernant la réglementation de la prévoyance professionnelle dans le cadre de jugements de divorce étrangers
510	Pas de compensation avec les cotisations suite à un versement anticipé pour le logement d'un montant trop élevé
85	
493	Compétence du tribunal de l'art. 73 LPP, action en responsabilité par l'assuré et critères de répartition des fonds libres
494	En l'absence d'une situation de liquidation totale ou partielle, l'employeur n'a pas à répondre du découvert technique en cas de sous-couverture envers l'institution de prévoyance
495	Incidence du changement d'institution de prévoyance par l'employeur sur l'incapacité de travail d'une salariée
496	Le fait que l'un des conjoints ait atteint l'âge à partir duquel il peut prendre une retraite anticipée en vertu des dispositions réglementaires de son institution de prévoyance n'empêche pas le partage de la prestation de sortie en cas de divorce

497	Une réglementation dérogeant à la LPP qui ne prévoit pas pour les rentes de vieillesse des rentes pour enfants recueillis et du premier lit ne porte pas atteinte aux principes constitutionnels de l'égalité de traitement et de l'interdiction de l'arbitraire
498	Prévoyance professionnelle obligatoire pour les collaborateurs libres travaillant dans l'informatique
499	Encouragement à la propriété du logement et divorce: Prise en compte du versement anticipé dans le partage de la prestation de sortie
500	Pas de droit à une part des réserves de fluctuation lorsque des avoirs sont transférés en espèces dans le cadre d'une liquidation partielle
84	
488	Refus de prestations de survivants et faute de l'assuré
489	Institution de prévoyance de droit public; modification du règlement Financement intégral de l'institution de prévoyance: augmentation des cotisations de l'employeur; délimitation des voies de droit selon les art. 73 et 74 LPP
82	
481	Révocation du versement en capital
482	Institutions enveloppantes en primauté des cotisations : taux d'intérêt nul en cas de découvert
483	Divorce - partage de la prestation de sortie lors de la réalisation du risque - droit applicable
78	
464	Rente d'invalidité viagère
465	Encouragement à la propriété du logement – caractère semi-impératif du délai de 3 ans avant la naissance du droit aux prestations de vieillesse et interprétation de la notion de « naissance du droit aux prestations de vieillesse »
466	Compétence du tribunal de l'art. 73 LPP et gestion paritaire
467	Les autorités de surveillance LPP disposent d'un pouvoir d'appréciation considérable, en particulier lorsqu'elles ordonnent des mesures basées sur le droit de surveillance.
468	Indépendance de l'expert
76	
449	En cas de réticence de la part de l'assuré, l'institution de prévoyance est fondée, dans les quatre semaines après avoir pris connaissance du fait, à exclure la prévoyance surobligatoire prévue dans le contrat de prévoyance. Le délai commence à courir le jour où l'institution de prévoyance a reçu le dossier de l'assurance-invalidité (**B 50/02**)
450	Calcul de surindemnisation et comparaison avec le revenu du frère de l'assuré dans l'entreprise familiale
451	Compétence pour statuer sur l'action en responsabilité civile contre l'institution de prévoyance

452	Pas de droit à la prise en compte d'avoirs provenant d'une institution de libre passage après la survenance d'un cas de prévoyance
453	Droit de recours du fonds de garantie contre un canton dont l'autorité de surveillance a contribué par sa faute à l'insolvabilité d'une institution de prévoyance
454	Annonce d'un salaire inexistant
455	Divorce et partage de la prévoyance
456	Compensation de la créance en dommages-intérêts contre le mari divorcé avec la créance de l'épouse divorcée
74	
431	Accession à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle: peut-on également englober dans un contrat de mise en gage de la prestation de libre passage dans le cadre du 2e pilier ou du pilier 3a les intérêts de retard, les frais de réalisation du gage ou divers autres frais?
432	Durée des réserves de santé dans le domaine surobligatoire et procédure
433	Obligation de verser des prestations suite à une admission expresse et sans réserve
434	Obligation de verser des prestations sur la base de renseignements erronés (protection de la bonne foi)
435	Une institution de prévoyance peut émettre des réserves de santé pour les risques décès et invalidité dans le cadre de la prévoyance surobligatoire. Comme il ne peut y avoir de réserve rétroactive, l'institution de prévoyance a le droit de se départir du contrat en cas de réticence.
436	Moyens de droit lors de la détermination du droit au fonds libres
437	Divorce et prévoyance professionnelle : confirmation par le Tribunal fédéral de la prise de position de l'OFAS citée sous chiffre 401 dans le bulletin de la prévoyance professionnelle no 66, du 17 janvier 2003
438	Adaptation au renchérissement dans les rapports de prévoyance de droit public et voie de droit pour les prestations relevant de la liberté d'appréciation
439	Dans le cadre de la procédure de divorce, la voie de droit selon art. 73 LPP est également ouverte pour les litiges avec une institution de libre passage.
440	Versement en espèces sans le consentement du conjoint, suivi d'un divorce
441	Une institution de prévoyance doit réparer le dommage résultant d'un paiement en espèces effectué à tort, à moins qu'elle ne prouve qu'aucune faute ne peut lui est imputable ; à cet égard, une négligence, même légère, est assimilée à une faute.
442	Invalidité, surindemnisation et versement anticipé pour le logement
443	Distribution des fonds libres et résiliation du contrat de travail par l'employé
71	
424	Obligation pour l'institution de prévoyance d'accepter le transfert d'une prestation de sortie après la survenance d'un cas de prévoyance

425	Date déterminante pour la liquidation partielle d'une institution de prévoyance
70	
413	Intérêts sur la prestation de sortie
414	Invalidité partielle et divorce
415	Compétence de l'institution de prévoyance et résiliation anticipée des rapports de travail
416	Légitimation passive de l'ancien employeur
417	Versement de la prestation de sortie en cas de divorce
418	Invalidité partielle lors de deux emplois à mi-temps
419	Résiliation de§s rapports de travail à un âge où il existe un droit à la rente de vieillesse
420	Compétence du juge de l'art. 73 en cas de divorce
421	Affiliation d'office par l'institution supplétive
66	
402	Le transfert d'une entreprise au sens de l'art. 333 (a) CO n'implique pas une dissolution des rapports de travail susceptible d'entraîner un cas de libre passage
403	La demande de restitution de prestations de la prévoyance professionnelle obligatoire versées à tort par une institution de prévoyance relève-t-elle de l'art. 47 LAVS ou convient-il d'appliquer les règles du CO ?
404	Détermination du salaire coordonné pour le calcul de la rente d'invalidité LPP alors que les rapports de travail ont duré moins d'une année et que les conditions d'engagement ont été fondamentalement modifiées. Absence d'éléments probants pour le calcul du revenu déterminant et application de la convention collective
64	
389	Obligation d'enquêter du juge LPP
390	Prestation de libre passage et retraite anticipée
391	Calcul de surindemnisation pour les personnes travaillant à temps partiel; interprétation d'une disposition réglementaire d'une caisse de droit public
392	Obligation des caisses de pension de renseigner les autorités fiscales fédérales et cantonales
63	
380	Partage de la prestation de sortie en cas de divorce lorsque le lieu de résidence du conjoint bénéficiaire est inconnu
381	Encouragement à la propriété du logement et divorce : Sort du versement anticipé effectué antérieurement au mariage
382	Responsabilité pour des prêts et des crédits sur compte courant accordés peu de temps avant l'ouverture de la faillite de la société employeur
383	Compensation et cession de créances - exception de l'inexécution de la prestation

384	Résiliation d'un contrat d'affiliation à une fondation collective: les rentiers sont transférés à la nouvelle institution de prévoyance conformément au contrat d'affiliation
61	
374	Preuve indubitable de la survenance de l'incapacité de travail déterminante en matière de prévoyance professionnelle
375	Effet du rachat d'années d'assurance en vue d'une retraite anticipée en cas de poursuite de l'activité jusqu'à 65 ans
376	Constatation de la nullité du paiement en espèces
377	Liquidation partielle d'une fondation patronale
59	
371	Pas de prescription de la prestation de libre passage tant que dure l'obligation de maintenir la prévoyance
58	
360	Précision concernant la force contraignante de la décision de l'AI pour le début de l'incapacité de travail
361	Rente d'invalidité payée à vie
362	Cas spécial de début du délai de prescription des cotisations
363	Motif de récusation d'un juge
364	Droit à une attestation de départ
57	
352	Nullité du paiement en espèces lorsque la signature du conjoint manque ou qu'elle a été falsifiée Indication de l'Administration fédérale des contributions
56	
335	Rachat d'années d'assurance
336	Renseignements erronés fournis par l'institution de prévoyance - Protection de la bonne foi de l'assuré
337	Détermination du salaire coordonné
338	Droit applicable en cas de divorce
339	Interprétation du contrat de prévoyance
340	Maintien de la prévoyance pour survivants
341	Prévoyance professionnelle et droit des successions
342	Prestations de survivants de femme divorcée
343	Réticence
344	Survenance de l'incapacité de travail à l'origine de l'invalidité
345	Moyens de preuve nouveaux

346	Prescription
347	Délai pour se départir du contrat en cas de réticence
348	Evaluation de l'invalidité
349	Récusation et affiliation obligatoire à la LPP
53	
316	Réticence
317	Prescription et affiliation d'office
318	Contestation entre ayant droits et employeurs
319	Conversion de la rente d'invalidité en rente de vieillesse
320	Droit applicable à la prestation de sortie
321	Récusation et adaptation des rentes au renchérissement
322	Absence de choix entre la prestation de libre passage et la rente de vieillesse
323	Compétence du tribunal selon l'article 73 LPP en cas de non-versement des contributions par l'employeur
324	Interruption du lien de connexité temporelle
325	Liquidation partielle; répartition des fonds libres
326	Cession du droit aux prestations; compétence du juge selon l'article 73 LPP; qualité pour recourir; moment où les prestations deviennent exigibles
327	Surindemnisation et activité indépendante sans la survenance de l'invalidité
51	
305	Surindemnisation
360	Indemnité de dépens et compétence du Tribunal fédéral des assurances
307	Principe procédural de la maxime d'office
308	Quand peut-on renoncer à une liquidation partielle?
49	
294	Contentieux
295	Prestations de survivants/d'invalidité - coordination avec l'assurance-accidents
296	Surindemnisation - adaptation de la limite de surassurance au revenu hypothétique
297	Surindemnisation - adaptation à l'évolution des prix
298	Réticence dans la prévoyance plus étendue
299	Compétence des tribunaux selon l'art. 73 LPP dans un litige opposant employeur et employé quant au paiement de cotisations LPP
300	Limitation à l'obligation de renseigner des caisses de pensions à l'égard des autorités fiscales fédérale et cantonales

48	
286	Liquidation partielle
287	Versement de la prestation de vieillesse sous forme de capital en lieu et place de la rente – consentement du conjoint – compétence du tribunal institué par l'article 73 LPP
288	Surindemnisation – non-adaptation du règlement de l'institution de prévoyance à la nouvelle teneur de l'article 24 OPP 2 (en vigueur dès le 1.1.93)
44	
256	Equivalence des cotisations et des prestations d'entrée
257	Rente de veuf
258	Notion d'incapacité de travail et principe d'assurance
259	Rente d'invalidité et principe d'assurance
260	Evaluation de l'invalidité
261	Evaluation de l'invalidité - état de fait déterminant
262	Indemnités journalières de l'assurance-maladie en lieu et place du salaire et versement différé de la rente d'invalidité
263	Émoluments en cas de versement anticipé ou de mise en gage des prestations de vieillesse
264	Rentes d'invalidité - Avantages injustifiés
265	Procédure - Compétence des autorités juridictionnelles
266	Actions en constatation
267	Compensation et compétence pour trancher des questions préjudicielles
42	
249	Répartition de fonds libres en cas de liquidation partielle d'institutions communes
41	
237	Droit à l'information d'une caisse de prévoyance affiliée à une fondation collective à l'encontre du conseil de fondation
39	
225	Tâches de l'autorité de surveillance en cas de liquidation
226	Non transfert des cotisations
227	Récusation de juges
228	Licenciement économique et fonds libres
229	Portée de la déclaration d'une institution de prévoyance
230	Transformation d'une rente d'invalidité en rente de vieillesse
231	Versement d'un capital de prévoyance à une personne vivant en concubinage (prévoyance plus étendue)

37	
218	Arrêt du TFA du 22 octobre 1996 dans la cause M-L W. – fondation P. de libre passage
36	
203	Contrôle de l'affiliation des employeurs
204	Rente d'invalidité et droit intertemporel
205	Calcul du salaire coordonné à prendre en considération pour le montant de la rente d'invalidité
206	Prestation de libre passage et retraite anticipée
207	Aggravation du degré d'invalidité et augmentation de la rente
32	
191	Jurisprudence: L'assuré ne peut choisir entre les prestations de vieillesse et la prestation de libre passage
28	
174	Mesures provisionnelles
175	Age de la retraite différent pour l'homme et pour la femme
176	Contrat d'affiliation; dette de cotisations
177	Rente d'invalidité; recouvrement de la pleine capacité de travail et interruption du délai d'attente
27	
172	Pilier 3a: Condition de l'activité lucrative
23	
140	Intérêts moratoires en cas de transfert tardif de la prestation de libre passage
141	Montant de la prestation de libre passage en cas de licenciement pour raisons économiques
142	Poursuite de la couverture d'assurance
143	De la délimitation entre institutions d'assurance et institutions qui n'ont pas le caractère d'assurance
21	
128	Age de la retraite différent pour les assurés hommes et femmes et principe constitutionnel de l'égalité de traitement entre hommes et femmes

20	
123	La notion de droit acquis
124	Versement en espèces de la prestation de libre passage lorsqu'un indépendant dénonce son assurance facultative
125	Droit acquis concernant les prestations de libre passage
17	
103	Fixation du salaire coordonné dans le cas d'un travailleur payé à l'heure et qui reçoit son salaire chaque mois.
104	Cas de rachat d'années d'assurance
107	Jurisprudence: Versement en espèces de la prestation de libre passage; notion du "montant insignifiant"
108	Jurisprudence: Compatibilité de l'article 25, 1er alinéa, OPP 2 avec le droit fédéral? (Coordination avec l'assurance-accidents)
109	Jurisprudence: Droit à une rente de veuf
15	
92	Transfert de la prestation de libre passage d'une institution de prévoyance à l'autre et utilisation du solde de la prestation de libre passage non employé pour le rachat dans la nouvelle institution
13	
79	Jurisprudence: notion et évaluation de l'invalidité par les institutions de prévoyance
12	
68	Notion de salarié dans la LPP; situation de la femme qui travaille dans l'entreprise de son mari
69	Date de sortie de l'institution de prévoyance
70	Intérêts moratoires en cas de transfert tardif de la prestation de libre passage
71	Calcul de la prestation de libre passage
72	Utilisation de la créance de libre passage pour financer des contributions spéciales résultant d'augmentations de salaires
73	Garantie des prestations légales
74	Qualité pour recourir du Département fédéral de l'intérieur (DFI)
8	
49	Arrêts du Tribunal fédéral relatifs au contentieux dans la prévoyance professionnelle
7	
39	Droit du passant de choisir la forme du maintien de la prévoyance

4 26	Paiement en espèces de la prestation de libre passage à la femme mariée ou sur le point de se marier qui met fin à son activité lucrative
3 22	Compétence des tribunaux cantonaux

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 168

1173 Refus du partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce, abus du pouvoir d'appréciation

(Référence à un arrêt du TF du 2 février 2026, 5A_24/2024, arrêt en français, publication ATF prévue)

(Art. 124*b* CC)

Le TF a jugé qu'en l'espèce les autorités judiciaires cantonales ont abusé de leur pouvoir d'appréciation en refusant le partage par moitié des avoirs de prévoyance professionnelle accumulés durant le mariage. Le fait que la vie commune ait été de courte durée par rapport à la durée de la séparation ne justifie pas une exception au principe du partage par moitié desdits avoirs.

La situation était la suivante : le Tribunal d'arrondissement de S. a prononcé le divorce des époux A. et B., aucune contribution d'entretien entre les époux n'étant due et leur régime matrimonial étant liquidé. Il a également refusé de partager les avoirs de prévoyance professionnelle acquis durant le mariage en se fondant sur l'art. 124*b*, al. 2, CC. Le Tribunal cantonal a rejeté l'appel formé par l'ex-époux A., qui a ensuite recouru au TF.

L'art. 124*b* CC règle les conditions auxquelles le juge ou les époux peuvent déroger au principe du partage par moitié des avoirs de prévoyance professionnelle prévu à l'art. 123 CC. Selon l'art. 124*b*, al. 2, CC, le juge attribue moins de la moitié de la prestation de sortie au conjoint créancier ou n'en attribue aucune pour de justes motifs. C'est en particulier le cas par exemple lorsque le partage par moitié s'avère inéquitable en raison de la liquidation du régime matrimonial ou de la situation économique des époux après le divorce selon le ch. 1 ou des besoins de prévoyance de chacun des époux, compte tenu notamment de leur différence d'âge selon le ch. 2 (cf. également ATF 145 III 56 consid. 5.3.2).

Selon le TF, l'art. 124*b* 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 sa substance (cf. notamment ATF 145 III 56 consid. 5.4). Une séparation, même de longue durée par rapport à la vie commune effectivement vécue, ne constitue en principe, à elle seule, pas un juste motif au sens de l'art. 124*b*, al. 2, CC. En l'espèce, le TF a considéré que la durée de la séparation (9 ans environ jusqu'à l'ouverture de la procédure de divorce), en comparaison avec celle relativement brève de la vie commune (2 ans), liée au fait que la quasi-totalité des avoirs avait été cotisée après la séparation, alors que les époux étaient indépendants financièrement l'un de l'autre, ne permettait pas aux autorités judiciaires cantonales de retenir l'existence d'un juste motif au sens de l'art. 124*b*, al. 2, CC. En définitive, le TF a jugé que les autorités judiciaires cantonales ont abusé de leur pouvoir d'appréciation en refusant le partage des avoirs de prévoyance accumulés durant le mariage. Par conséquent, il a admis le recours et ordonné le partage desdits avoirs.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 167

1165 Rachat : conformité de l'art. 60*b* al. 1 OPP 2 à l'Accord sur la libre circulation des personnes

(Référence à un arrêt du TF du 7 juillet 2025, 9C_430/2023, arrêt en français, publication ATF prévue)

(Art. 60*b*, al. 1, OPP 2 ; art. 79*b*, al. 2, LPP ; art. 21, par. 3 de l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, ALCP)

Le Tribunal fédéral a jugé admissible l'application de l'art. 60b, al. 1, OPP 2 à des ressortissants européens arrivant en Suisse. Cette disposition, bien qu'elle puisse induire une différence de traitement, est justifiée en tant que mécanisme visant à garantir la cohérence du système fiscal et est conforme à l'art. 21 par. 3 ALCP.

Dans cette affaire, la situation était la suivante : X. de nationalité française s'est installé en Suisse en 2020 au moment d'entrer au service de l'employeur Y. L'assuré X. a effectué des rachats en 2020, 2021 et 2022. Mais son institution de prévoyance lui a indiqué ne pas pouvoir accepter le montant racheté en 2022, car il dépassait le 20 % de son salaire assuré. X. a ouvert action en justice contre son institution de prévoyance en concluant à ce qu'il ne soit pas soumis à la limite de 20 % de son salaire assuré. Suite au rejet de sa demande par la juridiction cantonale, X. a fait recours auprès du TF.

Le TF rappelle tout d'abord que l'art. 60b, al. 1, OPP 2 limite la somme de rachat annuelle, quantitativement (20 % du salaire assuré) et temporellement (cinq ans) pour les personnes arrivant de l'étranger qui n'ont jamais été affiliées à une institution de prévoyance en Suisse. S'il est vrai que cette disposition s'applique indistinctement aux ressortissants suisses et étrangers, il n'en demeure pas moins qu'en pratique, les ressortissants européens arrivant en Suisse où ils s'établissent n'ont, pour la plupart d'entre eux, jamais été affiliés à une institution de prévoyance en Suisse. Selon le TF, cette disposition implique dès lors une différence de traitement entre ces personnes et celles qui sont déjà établies en Suisse; elle est ainsi susceptible d'induire une discrimination indirecte.

Toutefois, l'art. 21, par. 3, ALCP permet à un Etat contractant de justifier une telle discrimination par des mesures qui visent à garantir la cohérence du système fiscal ou à éviter l'évasion fiscale. Selon le TF, l'inégalité de traitement que peut entraîner l'art. 60b, al. 1, OPP 2 est justifiée en tant que mécanisme visant à garantir la cohérence du système fiscal et est conforme à l'art. 21, par. 3, ALCP. Il a jugé qu'en l'absence du mécanisme de limitation prévu par l'art. 60b, al. 1, OPP 2, toute personne arrivée de l'étranger bénéficiant d'un revenu élevé et travaillant en Suisse, où elle est domiciliée, aurait la possibilité de réduire son revenu imposable de manière non négligeable par l'affectation d'une partie de celui-ci au rachat d'années de prévoyance. Or, si le recourant devait retourner s'établir en France avant le délai de cinq ans suivant son arrivée en Suisse, il lui serait possible de déduire entièrement les cotisations de ses revenus, sans toutefois que les avoirs de libre passage ne puissent être soumis à la souveraineté fiscale suisse lors du départ. Dès lors, l'art. 60b, al. 1, OPP 2 permet de préserver la cohérence du système fiscal en conservant une forme d'équilibre entre la déduction de cotisations permise dans une certaine mesure et l'imposition du recourant durant son séjour en Suisse. Selon le TF, la durée de cinq ans est admissible, de même que le plafond de 20 % du salaire assuré, afin de ménager l'équilibre du système fiscal entre les déductions permises et l'imposition d'un contribuable.

1166 Divorce et invalidité partielle

(Référence à un arrêt du TF du 30 avril 2025, 5A_540/2024; arrêt en français)

En cas d'invalidité partielle, il faut additionner la prestation de sortie ordinaire de la part "active" ("valide") de la prévoyance et la prestation de sortie hypothétique de la part "invalide". Il faut toutefois déduire les avoirs accumulés avant le mariage, qui comprennent tant la part "active ("valide") que la part "invalide".

(Art. 124 CC et 2 al. 1ter LFLP)

En cas d'invalidité partielle, l'art. 124 CC est applicable. Dans cette situation, la prestation de sortie ordinaire de la partie "active" de la prévoyance et la prestation de sortie hypothétique de la partie qui relève de l'invalidité sont additionnées ; le montant à verser au conjoint créancier à titre de prestation de sortie est prélevé en priorité

sur la partie "active". D'après l'art. 2, al. 1ter, LFLP, cette prestation de sortie hypothétique correspond au montant auquel la personne invalide aurait droit en cas de suppression de sa rente.

En l'espèce, l'épouse a été reconnue partiellement invalide à une date antérieure à celle du dépôt de la demande en divorce (cela même si la décision reconnaissant son invalidité partielle avait été prise ultérieurement).

Par conséquent, les avoirs de celle-ci à partager sont composés de sa part effective "active" accumulée pendant le mariage et de sa part hypothétique "invalide", cela sous déduction des avoirs accumulés avant le mariage, intérêts compris.

Le TF précise à ce propos que les avoirs déductibles accumulés avant le mariage comprennent tant la part "active" ("valide") que la part "passive" ("invalide"). Or, dans la présente affaire, la juridiction cantonale a seulement déduit la part "invalide" des avoirs accumulés avant le mariage et, à la lecture de la motivation de l'arrêt cantonal, l'on ne saisit pas pour quelle raison le montant de la part "valide" n'a pas été déduit du total de la prestation de sortie de l'épouse recourante. Par conséquent, le TF a partiellement admis le recours et renvoyé la cause à la juridiction précédente pour complément d'instruction sur le montant des avoirs de prévoyance accumulés par l'épouse jusqu'au moment du mariage (parts "valide" et "invalide"), y compris les intérêts. Ce montant devra ensuite être déduit du total de la prestation de sortie de la recourante à partager entre les époux.

1167 Compte de libre passage : cercle des bénéficiaires en cas de décès : conjoint divorcé et compagne

(Référence à un arrêt du TF du 9 juillet 2025, 9C_577/2024, arrêt en français, publication ATF prévue)

(Art. 19 LPP ; art. 20, al. 1, OPP 2 ; art. 15, al. 1, let. b, ch. 1, OLP)

Le conjoint divorcé qui a été marié pendant au moins 10 ans et qui a perçu une pension alimentaire jusqu'au décès du titulaire d'un compte de libre passage fait aussi partie des bénéficiaires selon l'art. 15, al. 1, let. b, ch. 1, OLP.

Le litige portait sur la question de savoir si l'ex-épouse pouvait aussi bénéficier du capital de libre passage suite au décès de son ex-mari qui était titulaire d'un compte de libre passage et qui avait désigné sa compagne comme bénéficiaire exclusive du capital de libre passage.

La situation était la suivante : l'ex-mari devait verser une pension alimentaire à son ex-épouse suite à leur divorce prononcé en 1998. En 2015, l'ex-mari a annoncé à sa fondation de libre passage qu'il souhaitait qu'à son décès son capital de libre passage soit versé à sa compagne avec qui il faisait ménage commun depuis 10 ans. L'ex-mari est décédé en 2016. Dans le cadre du litige opposant l'ex-épouse, la compagne et la fondation de libre passage, le tribunal cantonal a ordonné que le capital de libre passage soit versé exclusivement à la compagne. L'ex-épouse a fait recours auprès du TF.

Le TF a jugé qu'un conjoint divorcé est inclus dans le cercle des conjoints survivants selon l'art. 19 LPP, auquel renvoie l'art. 15, al. 1, let. b, ch. 1, OLP. Il/elle fait donc partie du cercle prioritaire des ayants droit, pour autant qu'il/elle remplisse les conditions auxquelles l'art. 20, al. 1, OPP 2 subordonne l'assimilation du conjoint divorcé au veuf ou à la veuve. Selon le TF, la juridiction cantonale a violé le droit en considérant que le conjoint divorcé n'est pas inclus dans le cercle des conjoints survivants selon l'art. 19 LPP. En l'espèce, l'ex-épouse remplissait toutes les conditions fixées par l'art. 20, al. 1, let. a et b OPP 2, puisqu'elle a été mariée pendant plus de 10 ans et qu'elle recevait une pension à titre de contribution alimentaire en vertu du jugement de divorce. Pour la recourante, le décès de son ex-conjoint a ainsi eu pour conséquence la fin du versement de contributions d'entretien. En ce qui concerne la compagne (concubine), le TF a rappelé notamment que l'art. 15, al. 2, OLP autorise les assurés à inclure le/la concubin/e dans le cercle des ayants droit prioritaires selon l'art. 15, al. 1,

let. b, ch. 1, OLP. En définitive, le TF a jugé que la juridiction cantonale n'aurait pas dû ordonner le versement de la totalité du capital de libre passage à la compagne du défunt. C'est pourquoi, il a renvoyé la cause à la juridiction cantonale afin qu'elle répartisse le capital litigieux entre l'ex-épouse et la compagne qui appartiennent toutes deux au cercle prioritaire des bénéficiaires selon l'art. 15, al. 1, let. b, ch. 1, OLP.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 166

1153 Compétence en cas de litige sur les intérêts moratoires en cas de changement d'affiliation

(Référence à un arrêt du TF du 3 octobre 2024, 9C_223/2024; arrêt en allemand)

Dès lors que le droit à des intérêts moratoires est contesté dans un cas de changement d'institution de prévoyance impliquant un transfert de valeurs patrimoniales, des questions se posent concernant l'exécution ou la mise en œuvre individuelle de la « prétention principale », et ce, quand bien même il faudrait trancher sur cette prétention dans le cadre d'une procédure de liquidation partielle. Il n'incombe pas à l'autorité de surveillance, mais au tribunal cantonal compétent en matière de prévoyance professionnelle, de clarifier ces points.

(Art. 53*d*, al. 6, et 73 LPP)

Au 1er janvier 2020, le groupe X est passé de l'institution de prévoyance T à la fondation collective V. Le 7 novembre 2019, l'institution de prévoyance T a décidé d'abaisser son taux d'intérêt technique au 1er janvier 2020. En relation avec le changement d'affiliation de l'institution de prévoyance du groupe X, l'institution de prévoyance T a en outre transféré différentes valeurs patrimoniales à la fondation collective V et procédé à une liquidation partielle, avec date de référence au 31 décembre 2019. Par la suite, l'institution de prévoyance T a informé le groupe X que la liquidation partielle donnait lieu à un droit collectif sur les provisions techniques et les réserves de fluctuation de valeur pour un montant de 12 750 000 francs (dont 1 461 000 francs au titre de *capitaux de prévoyance des bénéficiaires de rentes*). Le groupe X a alors exigé de l'institution de prévoyance T, à compter du 1er janvier 2020, un intérêt moratoire de 5 % sur le « capital de couverture des rentes manquant », de 1 461 000 francs. Le 27 janvier 2022, l'institution de prévoyance T a viré 12 750 000 francs à la fondation collective V, mais refusé de verser l'intérêt moratoire au motif que le montant exigé de 1 461 000 francs ne constituait pas une part du « capital de prévoyance », mais des provisions. L'institution de prévoyance a estimé que ces provisions ne seraient échues qu'au moment de la fixation des provisions et des réserves à transférer dans le cadre de la liquidation partielle. Le groupe X s'est ensuite adressé, d'une part, à l'autorité de surveillance et, d'autre part, au tribunal administratif cantonal. Ce dernier n'est pas entré en matière sur la plainte, considérant que le cas relevait de la compétence de l'autorité de surveillance. Le groupe X a alors recouru contre cette décision devant le Tribunal fédéral.

Le Tribunal fédéral relève tout d'abord que la *créance principale* de 1 461 000 francs, qui pourrait être imputée au capital de couverture des rentes ou aux provisions techniques pour compenser la baisse du taux d'intérêt technique, avait déjà été honorée le 27 janvier 2022. Le litige ne portait toutefois pas sur la *créance principale*, mais sur la créance relative aux intérêts moratoires, laquelle relève, en vertu de l'art. 73 LPP, du droit de la prévoyance professionnelle.

Selon le Tribunal fédéral, l'élément crucial pour déterminer les intérêts moratoires revendiqués est notamment l'échéance de la *créance principale* (déjà reconnue et réglée par l'institution de prévoyance cédante T) resp. le fait que le paiement de 1 461 000 francs ait été réglé en temps utile. Peu importe donc, à cet égard, que ce montant soit attribué au capital de couverture des rentes ou aux provisions techniques, ou que la *créance principale* elle-même fasse l'objet d'une décision dans une procédure de liquidation partielle. Selon le Tribunal

fédéral, l'élément décisif est le fait que la créance sur des intérêts moratoires soulève des questions relatives à l'exécution resp. à la mise en œuvre individuelle d'une créance principale. Ainsi, ce n'est pas à l'autorité de surveillance, mais au tribunal cantonal compétent en matière de prévoyance professionnelle qu'il incombe de clarifier ces questions.

C'est donc à tort que le tribunal cantonal a décliné sa compétence. Le Tribunal fédéral renvoie l'affaire à ce dernier afin qu'il statue sur les intérêts moratoires.

1154 Gestion paritaire

(Référence à un arrêt du TF du 10 février 2025, 9C_63/2024; arrêt en français)

L'art. 51 LPP n'exige pas la participation des associations professionnelles dans la désignation des représentants des assurés. Par ailleurs, régler les modalités de la désignation des représentants des personnes salariées par voie réglementaire est une tâche qui appartient à l'institution de prévoyance, singulièrement à son organe suprême, en vertu de l'art. 51 al. 2 let. a LPP.

(Art. 51 LPP et 49 al. 1 Cst)

Les recourants soutiennent que le nouveau mode d'élection des représentants du personnel au sein du conseil d'administration de la Caisse de prévoyance du personnel de l'Etat de Fribourg (CPPEF) serait incompatible avec l'exigence d'une gestion paritaire des institutions de prévoyance prévue par l'art. 51 LPP. Ils font valoir que la nouvelle réglementation supprime la place des syndicats et autres associations du personnel, prévoit un mode de scrutin dans lequel "l'Etat-employeur" peut s'immiscer et annihile toute possibilité pour les salariés d'être convenablement représentés par des personnes ayant les connaissances requises et le soutien nécessaire.

Selon le TF, ce nouveau mode d'élection ne contrevient pas aux règles concernant la gestion paritaire posées par l'art. 51 LPP, pour les raisons suivantes :

En premier lieu, l'art. 51 LPP n'exige pas la participation des associations professionnelles dans la désignation des représentants des assurés. C'est donc en vain que les recourants se prévalent du fait que les associations du personnel seraient "éjectées" par la réforme. Selon l'art. 51 al. 3, 1re et 2° phrases, LPP, les assurés désignent leurs représentants, en règle générale, directement ou par l'intermédiaire de délégués. Si à l'intérieur de ce cadre légal, les institutions de prévoyance disposent d'une grande marge de manœuvre pour régler le mode d'élection des représentants des assurés, les représentants des salariés doivent cependant être désignés par les salariés et ceux des employeurs par les employeurs (cf. art. 49 al. 1 en relation avec l'art. 51 al. 2 et 3 LPP;
Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 77 let. C ch. 2. p. 3 s.). La désignation des représentants peut dès lors avoir lieu directement par tous les assurés, par la commission de prévoyance élue au sein de l'entreprise, par les associations des partenaires sociaux (syndicats, associations d'employeurs) ou par d'autres délégués (Bulletin cité, let. C ch. 2 p. 4). La participation des syndicats ou associations pour la désignation des représentants des assurés n'est pas imposée par le droit fédéral.

L'institution de prévoyance doit par ailleurs tenir compte des différentes catégories de salariés et de leur importance numérique, en veillant à ce que la représentation de celles-ci au sein de l'organe paritaire soit équitable (cf. art. 51 al. 2 let. b LPP; Message LPP, FF 1976 1 117 p. 173; ATF 142 V 239 consid. 2.1).

1155 Partage de la prévoyance : prise en compte des retraits EPL

(Référence à un arrêt du Tribunal fédéral du 17 juillet 2024, 5A_336/2023; arrêt en allemand)

Le retrait anticipé au titre de l'encouragement à la propriété du logement (EPL) est soumis au partage de la prévoyance. Lorsque, à la dissolution d'un mariage conclu sous le régime de la séparation de biens, un des deux conjoints a atteint l'âge de référence et perçoit une rente de vieillesse au moment du dépôt de la demande de divorce, le montant du retrait EPL ne peut être partagé par moitié du fait de la séparation de biens, mais donne droit à une indemnité équitable en vertu de l'art. 124e CC. Le montant du retrait EPL ne peut toutefois pas être simplement partagé par moitié, car il faut tenir compte de la part dont il a été fait théoriquement usage pendant le mariage.

(art. 123, 124*e*, al. 1, et 207, al. 1, CC)

Dans la présente affaire, il s'agit de déterminer si un retrait anticipé pour la propriété du logement effectué pendant le mariage est soumis au partage de la prévoyance lorsque les conjoints ont choisi le régime matrimonial de la séparation de biens et que le conjoint tenu de fournir une compensation a déjà atteint l'âge de référence.

En principe, le retrait EPL sort du circuit de la prévoyance dès la survenance du cas de prévoyance vieillesse, et l'avoir retiré devient un élément de la fortune du preneur de prévoyance. Dans la liquidation du régime matrimonial, un tel retrait est généralement partagé entre les conjoints. Cependant, lorsque, comme en l'espèce, le régime de la séparation des biens ne permet pas un tel partage, une indemnité équitable est due (art. 124*e* CC). Selon le TF, cette indemnité représente une compensation pour le fait que la rente de vieillesse à partager est, en raison du retrait EPL, inférieure à celle qui aurait été versée si le divorce avait été prononcé avant la survenance du cas de prévoyance.

Le TF parvient à la conclusion qu'un retrait EPL ne peut pas être simplement partagé par moitié, car une partie a théoriquement déjà été utilisée pendant le mariage. Pour calculer le montant de l'indemnité prévue à l'art. 124*e* CC, le TF détermine la rente qui aurait résulté du montant du retrait EPL si celui-ci était resté dans le circuit de la prévoyance. Le montant de cette rente hypothétique est capitalisé jusqu'à l'entrée en force du divorce. La différence entre la rente capitalisée et le montant du retrait initial constitue la valeur à prendre en compte pour déterminer l'indemnité équitable. Le point de départ dans la détermination de l'indemnité équitable est le partage par moitié de l'avoir de prévoyance (art. 124*e* CC en relation avec l'art. 123 CC). Le TF renvoie l'affaire à l'instance précédente en lui demandant de fixer le montant de l'indemnité équitable conformément à l'arrêt.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 165

1148 Responsabilité et tâches des experts en prévoyance professionnelle

(Référence aux arrêts du TF du 18 juin 2024[1], 9C_496/2022, 9C_503/2022, 9C_504/2022, 9C_505/2022 ; arrêts en français)

Si l'expert en matière de prévoyance professionnelle doit avoir une vision globale et tenir compte des actifs pour évaluer la capacité de l'institution de prévoyance à couvrir, au cours des prochaines années, ses engagements avec la fortune disponible, il n'est toutefois pas responsable des actifs ni du placement de la fortune. Les tâches

[1] Seule la question juridique concernant la responsabilité de l'expert est résumée. Les autres questions juridiques sont claires.

de l'expert en matière de prévoyance professionnelle ne sauraient donc être étendues de manière générale à la vérification de l'existence de postes d'actifs isolés au bilan, sauf si le poste d'actifs en cause constitue un élément spécifique destiné à apporter une garantie supplémentaire à la couverture des engagements de prévoyance figurant au passif du bilan.

(Art. 52 et art. 52*e* LPP)

La question juridique qui se pose est l'étendue de la responsabilité des experts en matière de prévoyance professionnelle (ci-après : expert) en regard de leurs tâches. Dans le cas présent, les membres du conseil de fondation d'un fonds de prévoyance ont souhaité modifier la stratégie de placement de la Fondation en investissant dans un mandat discrétionnaire, ce que l'expert leur a déconseillé. L'organe suprême n'a pas suivi ces recommandations et a signé le mandat. Suite à un découvert conséquent, lié à la perte de valeur de ces placements, le Fonds de prévoyance a été mis en liquidation.

Le TF rappelle que selon l'art. 52, al. 1, LPP les personnes chargées d'administrer ou de gérer l'institution de prévoyance et les experts répondent du dommage qu'ils lui causent intentionnellement ou par négligence. Pour répondre du dommage, il faut toutefois que l'obligation de réaliser une tâche incombe à la personne recherchée.

Le TF relève que l'expert avait déconseillé aux anciens membres du conseil de fondation de conclure un mandat de gestion discrétionnaire et attiré leur attention sur la nécessité de surveiller les éventuels placements à venir. Toutefois, selon le TF, il ne lui incombait pas de suivre la mise en œuvre de la nouvelle stratégie de placement décidée par le conseil de fondation, ni de contrôler l'administration des actifs de l'institution de prévoyance. Ainsi, il ne devait pas vérifier l'existence effective et la valeur des actifs de l'institution de prévoyance.

Le TF conclut que la gestion de la fortune de l'institution de prévoyance est une tâche inaliénable et intransmissible de l'organe suprême (art. 51*a*, al. 2 et 71, al. 1, LPP et art. 49*a* OPP 2) et ne fait pas partie des tâches de l'expert (art. 52*e* LPP et ancien art. 53 LPP). Dès lors, il conclut que la responsabilité de l'expert n'est pas engagée dans le préjudice subi par la Fondation.

1149 Restitution d'une rente pour enfant d'invalide indûment perçue

(Référence à un arrêt du Tribunal fédéral du 16 juillet 2024, 9C_487/2023, arrêt en allemand)

L'obligation de restituer une rente pour enfant d'invalide du 2e pilier incombe en principe à l'assuré, pour autant que les dispositions réglementaires ne prévoient pas de droit au versement à un tiers.

(Art. 25, al. 1, et 35*a* LPP)

Dans le cas présent, il s'agit notamment de déterminer si l'assuré (le père de l'enfant) est tenu de restituer la rente pour enfant d'invalide que son institution de prévoyance professionnelle a versée directement à la mère de l'enfant. La question s'est posée après qu'il a été établi que l'assuré a perçu indûment une rente d'invalidité du 2e pilier (rente de base), rente qu'il est tenu de restituer.

Tout d'abord, le Tribunal fédéral constate que le droit à une rente d'enfant d'invalide du 2e pilier appartient en principe à la personne assurée. D'après les dispositions légales, il n'existe aucun droit au versement à un tiers d'une rente pour enfant en cas d'invalidité. De même, dans le cas présent, les dispositions réglementaires ne prévoient aucun droit au versement de la rente à un tiers. C'est pourquoi, la mère de l'enfant n'a pas de relation au sens du droit de la prévoyance professionnelle avec l'institution de prévoyance qui a le droit de demander la restitution, comme mentionné à l'art. 35*a* LPP. De ce fait, la mère de l'enfant doit être considérée comme un tiers qui n'a fait que recevoir la prestation pour le compte du père de l'enfant.

Le Tribunal fédéral en conclut que c'est uniquement au père de l'enfant, en tant qu'assuré et ayant droit à la rente pour enfant, qu'incombe l'obligation de restituer la rente versée à la mère.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 164

1138 Obligation de retrait anticipé des avoirs de libre passage pour les bénéficiaires de l'aide sociale

(Référence à un arrêt du TF du 1er février 2024, 8C_333/2023, publication prévue aux ATF ; arrêt en allemand)

Selon le Tribunal fédéral, il est disproportionné d'obliger les bénéficiaires de l'aide sociale à retirer de manière anticipée leurs avoirs de libre passage de la prévoyance professionnelle s'ils risquent de dépendre à nouveau de l'aide sociale avant d'avoir atteint l'âge minimal pour la perception anticipée de la rente AVS.

Concrètement, cela signifie que les bénéficiaires de l'aide sociale ne peuvent pas être contraints de se faire verser leur avoir de libre passage de manière anticipée à l'âge de 60 ans s'il est vraisemblable que cet avoir sera déjà épuisé à 63 ans – âge minimal pour percevoir la rente AVS de manière anticipée.

(Art. 16 OLP)

Pour le résumé de l'arrêt, veuillez vous référer au communiqué de presse du Tribunal fédéral du 5 mars 2024.

1139 Rente de partenaire : admissibilité d'un âge limite réglementaire

(Référence à un arrêt du TF du 27 mars 2024, 9C_66/2024 ; arrêt en allemand)

Même lorsqu'un couple a des enfants communs, le droit à une rente de partenaire peut être lié à d'autres conditions – en l'occurrence un âge limite de 45 ans.

(Art. 20*a*, al. 1, let. a, LPP)

Dans le cas présent, il s'agit de déterminer si la partenaire de l'assuré décédé, qui avait vécu longtemps avec lui et qui est mère d'un enfant commun, s'est vu refuser à bon droit le versement d'une rente de partenaire. L'institution de prévoyance du défunt avait contesté l'obligation de verser des prestations, invoquant une disposition réglementaire. Selon cette dernière, le droit à une rente de partenaire – y compris lorsque le couple a un enfant commun – suppose que la personne bénéficiaire ait atteint l'âge de 45 ans au moment du décès de la personne assurée. La partenaire, qui n'avait pas atteint l'âge requis, fait valoir devant le TF que l'âge limite réglementaire est objectivement inadapté et arbitraire. Il a pour conséquence d'exclure qu'un parent survivant non marié de moins de 45 ans puisse toucher une rente, ce qui constitue une discrimination.

Le TF rappelle qu'une institution de prévoyance peut définir le cercle des ayants droit de manière plus étroite que ne le fait l'art. 20*a*, al. 1, let. a, LPP, car les prestations octroyées aux personnes qui y sont mentionnées relèvent de la prévoyance surobligatoire (art. 49, al. 2, ch. 3, LPP). En conséquence, une institution de prévoyance est libre de déterminer si elle veut prévoir des prestations pour survivants et, le cas échéant, pour lesquelles de ces personnes. Seules les catégories de personnes mentionnées aux let. a à c de la disposition légale ainsi que l'ordre des bénéficiaires doivent être impérativement respectés. Les limites d'âge pour les prestations de survivants sont donc très répandues, même si elles ne concernent généralement que les conjoints survivants sans enfant.

En l'espèce, le Tribunal fédéral considère que définir des conditions différentes pour les couples mariés et les couples non mariés ne viole pas le principe de l'égalité de droit. En effet, les partenaires non mariés n'ont pas d'obligation légale d'entretien mutuel, mais seulement une obligation morale de soutien mutuel. S'y ajoute que l'art. 20*a*, al. 1, LPP n'est rien de plus qu'une disposition potestative, raison pour laquelle les institutions de

prévoyance peuvent même renoncer complètement à permettre la désignation d'autres bénéficiaires. En vertu de certains principes constitutionnels (égalité de traitement, interdiction de l'arbitraire, proportionnalité), les modèles restrictifs doivent donc eux aussi être autorisés. C'est pourquoi, la plus haute instance judiciaire a déjà décidé à plusieurs reprises qu'il est admissible de lier le droit à une rente de partenaire à d'autres conditions, telles que la désignation préalable du bénéficiaire au moyen d'un formulaire (ATF 142 V 233 consid. 2.1) ou une durée minimale de vie commune (ATF 137 V 383 consid. 3.3). S'il est admissible de ne verser une rente de partenaire au parent survivant d'un enfant commun qu'à condition que les partenaires aient fait ménage commun pendant cinq ans, rien ne peut s'opposer à ce que, outre la présence d'enfants communs, le droit aux prestations soit en plus lié à un âge-limite, dont le principe est autorisé dans le droit des assurances sociales (cf. consid. 4.3.1 ; voir aussi ATF 137 V 383, consid. 3).

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 163

1133 Capital-décès en cas de concubinage : précision sur la notion de communauté de vie

(Référence à un arrêt du TF du 30 octobre 2023, 9C_297/2022, arrêt en français)

(Art. 20*a* al. 1 LPP)

(Art. 20*a* al. 1 LPP)

Le TF a admis le versement d'un capital-décès à la concubine survivante qui avait formé un couple « atypique » avec l'assuré jusqu'au décès de celui-ci. Il peut y avoir une communauté de vie même si le couple ne vit pas sous le même toit et ne s'affiche pas forcément ensemble.

Le présent litige portait sur le versement d'un capital-décès et opposait A, la mère de l'assuré défunt, et C, la concubine de celui-ci.

Le tribunal cantonal, puis le TF ont retenu l'existence d'une communauté de vie entre l'assuré et sa concubine jusqu'au décès de ce dernier en 2019. Par conséquent, le capital-décès devait être versé à la concubine C, et non pas à la mère A.

Le TF a jugé que le tribunal cantonal n'avait nullement fait preuve d'arbitraire en retenant qu'il y avait eu une communauté de vie ininterrompue au cours des 5 années précédant immédiatement le décès de l'assuré. D'après les témoignages, le couple était certes décrit comme étant « atypique » et n'avait jamais vécu sous le même toit. Toutefois, les juges cantonaux et fédéraux ont reconnu l'existence d'une véritable communauté de vie depuis 2004 pour les raisons suivantes : sur le plan matériel, il y a eu un soutien financier important et régulier. De plus, il résultait des témoignages que le couple était amoureux, qu'il y avait une vie affective et que la relation était exclusive.

Le TF a en outre rappelé que, selon la jurisprudence, la communauté de vie au sens de l'art. 20*a* al. 1 let. a LPP est la relation en principe exclusive tant sur le plan intellectuel et moral que physique et économique qu'établissent deux personnes, de même sexe ou de sexes différents. Ces diverses caractéristiques ne sont pas forcément cumulatives. Il n'est notamment pas nécessaire qu'il y ait eu une communauté d'habitation, ni que l'une des parties ait été entretenue de façon déterminante par l'autre. Est seul décisif le point de savoir si l'appréciation des circonstances prouve que les deux partenaires sont disposés à se prêter mutuellement fidélité et assistance, comme l'exige l'art. 159 al. 3 CC pour les époux (ATF 138 V 86 consid. 4.1).

Selon le TF, qui confirme l'appréciation du tribunal cantonal, C a établi au degré de vraisemblance requis en matière d'assurances sociales (ATF 139 V 176 consid. 5.3), l'existence d'un concubinage qualifié, à savoir une communauté de vie ininterrompue d'au moins cinq ans immédiatement avant le décès.

1134 Maintien de la prévoyance selon l'art. 47 LPP

(Référence à un arrêt du TF du 16 novembre 2023, 9C_430/2022, arrêt en français, publication ATF prévue)

(Art. 47 LPP)

L'assuré qui cesse d'être assujetti à l'assurance obligatoire peut maintenir sa prévoyance professionnelle selon l'art. 47 LPP sans limite de temps et même s'il a atteint l'âge de 58 ans. La pratique qui limite à deux ans l'application de l'art. 47 LPP n'est donc plus valable selon le TF.

Dans cette affaire, le TF examine si le maintien de la prévoyance selon l'art. 47 LPP est possible après avoir atteint l'âge de 58 ans et s'il est limité à deux ans.

Le texte de l'art. 47 LPP ne mentionne ni une durée maximale de maintien ni un âge maximal après lequel un maintien ne serait plus possible. Si le législateur avait voulu fixer une durée maximale de maintien, il aurait pu apporter une telle précision par exemple lorsqu'il a introduit l'art. 47a LPP.

Le TF juge donc qu'il n'est pas possible de limiter la possibilité de faire usage de l'art. 47 LPP aux personnes de moins de 58 ans et de limiter à deux ans la durée du maintien. L'assuré qui, après avoir atteint l'âge de 58 ans, cesse d'être assujetti à l'assurance obligatoire en raison de la dissolution des rapports de travail par lui-même peut donc maintenir son assurance aux conditions fixées par l'art. 47 LPP, même s'il s'agit d'une cessation d'activité définitive, et ceci pour une durée supérieure à deux ans.

Enfin, l'assuré ne peut faire usage de l'art. 47 LPP que si aucun cas de prévoyance ne s'est réalisé :

- Le TF considère que le cas de prévoyance est réalisé si le règlement d'une institution de prévoyance prévoit le versement des prestations de vieillesse lorsque l'assuré a atteint l'âge de retraite minimal, indépendamment de l'intention de celui-ci d'exercer une activité lucrative ailleurs. L'assuré n'a alors plus la possibilité de faire usage de l'art. 47 LPP.
- En revanche, si le règlement subordonne l'octroi de prestations à titre de retraite anticipée à une déclaration de volonté de l'assuré, alors le cas de prévoyance vieillesse n'est pas réalisé si l'assuré ne fait pas valoir son droit aux prestations de vieillesse. Ce dernier peut alors maintenir son assurance selon l'art. 47 LPP.

1135 Demande de restitution de rentes : date de début et respect du délai relatif

(Référence à un arrêt du Tribunal fédéral du 29 novembre 2023, 9C_449/2022, arrêt en allemand, publication ATF prévue)

Le délai relatif visé à l'art. 35a, al. 2, LPP est un délai de péremption. Concernant le moment auquel le délai commence à courir, la jurisprudence relative à l'(ancien) art. 25, al. 2, LPGA s'applique par analogie ; concernant le respect du délai, l'art. 135 CO s'applique par analogie.

(art. 35*a* LPP [dans ses versions d'avant et après le 1er janvier 2021], art. 6 LPP, art. 135 CO)

Dans un courrier de mai 2021, l'institution de prévoyance demande à l'assuré W. de lui restituer des prestations de rente versées en trop. En effet, en raison d'un calcul erroné de la surindemnisation basé sur une évaluation excessive des revenus avec et sans invalidité, elle lui versait une rente trop élevée depuis le 1er mai 2016. L'assuré s'oppose à cette demande et porte l'affaire en justice. Selon lui, le droit de demander la restitution des prestations octroyées entre le 1er mai 2016 et le 31 mai 2021 est en grande partie déjà prescrit resp. frappé de péremption, car l'institution de prévoyance l'a fait valoir trop tard. De son côté, l'institution de prévoyance affirme dans sa réponse au recours du 23 novembre 2021 qu'elle n'a été informée ni par l'office AI ni par l'assuré de la

révision à la baisse des revenus avec et sans invalidité, et qu'elle n'en a eu connaissance qu'à la réception du dossier AI complet en avril 2021.

Dans la présente procédure devant le Tribunal fédéral, la question litigieuse à examiner est notamment celle de la date de début et du respect du délai relatif visé à l'(ancien) art. 35*a*, al. 2, LPP.

Le Tribunal fédéral constate d'abord qu'en l'absence de règles relatives aux conflits de lois dans la base légale applicable, il convient de se référer aux principes généraux du droit intertemporel. Ainsi, l'ancien art. 35*a* LPP était applicable jusqu'à l'entrée en vigueur de sa version révisée le 1er janvier 2021. À partir de ce moment, c'est le nouvel art. 35*a* qui s'applique, même pour les droits nés, devenus exigibles mais pas encore prescrits avant cette date. Dans la prévoyance professionnelle, il faut en outre tenir compte de l'art. 6 LPP : ainsi, si le règlement de prévoyance prévoit des dispositions plus avantageuses que la loi pour l'assuré, ce sont ces dispositions qui s'appliquent. Dans le cas présent, le règlement prévoit, même après le 1er janvier 2021, un délai de prescription, ce qui est plus avantageux pour l'assuré que le délai de péremption défini à l'art. 35*a*, al. 2, LPP.

Concernant le moment auquel le délai relatif de prescription ou de péremption fixé à l'art. 35*a*, al. 2, LPP[2] commence à courir, le Tribunal fédéral estime que la jurisprudence au sujet de l'(ancien) art. 25, al. 2, LPGA s'applique par analogie. Ainsi, le moment déterminant pour l'institution de prévoyance est celui auquel elle aurait pu ou dû reconnaître son erreur après avoir fixé le montant de la rente pour la première fois. Selon le Tribunal fédéral, en l'espèce, ce n'est pas la date à laquelle l'institution de prévoyance a reçu le dossier AI complet (avril 2021) qui est déterminante, mais celle à laquelle elle a procédé au premier recalcul de la rente (7 août 2018). Pour ce qui est du délai relatif de prescription ou de péremption visé à l'art. 35*a*, al. 2, LPP*, seules les actions citées à l'art. 135 CO sont pertinentes. On peut notamment considérer que l'institution de prévoyance a respecté le délai si elle fait valoir une exception devant un tribunal. Dans le cas présent, le courrier adressé à l'assuré en mai 2021 ne suffit donc pas.

Dans le cas concret, le Tribunal fédéral arrive à la conclusion qu'en vertu des principes du droit intertemporel et du règlement de prévoyance, on peut considérer que la réponse au recours (exception) de l'institution de prévoyance datée du 23 novembre 2021 respecte le délai relatif applicable à la demande de restitution pour les prestations versées du 23 novembre 2020 au 31 mai 2021. Pour celles versées entre le 1er mai 2016 et le 22 novembre 2020, en revanche, la demande a été faite trop tard.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 162

1126 Versement d'un capital-décès en cas d'invalidité partielle (rétroactive) d'un assuré décédé

(Référence à un arrêt du TF du 24 juillet 2023, 9C_31/2022, arrêt en allemand)

(art. 15 et 34, al. 1, let. b, LPP ; art. 11, al. 1, 14 et 15 OPP 2)

Selon le Tribunal fédéral, la totalité de l'avoir de vieillesse, c.-à-d. aussi bien la partie « active » que la partie « passive », est pertinente pour calculer le capital-décès dans la présente affaire.

Dans une décision rendue après le décès de l'assuré survenu le 11 février 2020, l'office AI alloue à ce dernier une demi-rente AI avec effet rétroactif du 1er janvier au 29 février 2020. Par la suite, l'institution de prévoyance verse à la partenaire de l'assuré un capital-décès correspondant à la partie « active » de l'avoir de vieillesse (50 %), mais refuse toute prestation supérieure à ce montant. Elle fonde sa décision sur la disposition du

[2] tant dans sa version actuelle que dans celle en vigueur jusqu'au 31 décembre 2020

règlement qui prévoit que le capital-décès correspond à l'avoir disponible sur le compte de vieillesse au jour du décès de l'assuré. Elle part du principe qu'en vertu des art. 14, al. 4, et 15 OPP 2, l'avoir de vieillesse de l'assuré au jour de son décès se limite à la partie correspondant à la poursuite de l'activité lucrative à 50 % (aussi appelé compte de vieillesse « actif »). La partenaire de l'assuré décédé s'y oppose. Elle considère que, selon le règlement de prévoyance, la totalité du compte de vieillesse doit être retenue pour le calcul du capital-décès, c.-à-d. non seulement la partie « active » du compte de vieillesse, mais aussi la partie correspondant à l'invalidité partielle (aussi appelée compte de vieillesse « passif »).

Dans le cas d'espèce, le TF a considéré ce qui suit : l'institution de prévoyance doit continuer de tenir jusqu'à l'âge de la retraite le compte de vieillesse de l'assuré invalide auquel elle verse une rente (art. 14, al. 1, OPP 2). Selon l'art. 15 OPP 2, l'institution de prévoyance divise l'avoir de vieillesse en deux parts égales lorsque l'assuré touche une demi-rente d'invalidité. Elle continue de tenir jusqu'à l'âge de la retraite la partie de l'avoir de vieillesse correspondant à l'invalidité partielle (compte de vieillesse « passif »), comme le prévoit l'art. 14 OPP 2, et assimile la partie de l'avoir correspondant à la poursuite de l'activité lucrative à celle d'un assuré valide. L'art. 14, al. 4, OPP 2 règle uniquement le cas où l'invalidité d'un assuré percevant une rente disparaît avant qu'il n'atteigne l'âge de la retraite. L'OPP 2 ne prévoit aucune disposition pour le cas de figure considéré ici, à savoir celui d'un assuré qui décède avant d'avoir perçu de rente AI. Elle ne précise pas non plus ce qui doit advenir du compte de vieillesse « passif » dans un tel cas. Contrairement à l'avis défendu par l'institution de prévoyance, ni les art. 14 et 15 OPP 2 ni le règlement de prévoyance ne prévoient que la partie « passive » du compte de vieillesse revienne à l'institution et soit exclue du capital-décès.

Le TF arrive à la conclusion que, selon le règlement de prévoyance, la partenaire n'a pas seulement droit à un capital-décès correspondant à la partie « active » de l'avoir de vieillesse, mais également à un montant supplémentaire correspondant à la partie « passive » du compte de vieillesse.

1127 Pas d'application de la loi sur l'égalité aux rapports de prévoyance et montant minimal du taux d'intérêt moratoire réglementaire

(Référence à un arrêt du TF du 16 mars 2023, 9C_165/2022 , publié aux ATF 149 V 106; arrêt en allemand)

(Art. 8 et art. 26 LPP ; art. 104 CO ; art. 2 de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes LEg)

Le champ d'application matériel de la loi sur l'égalité se limite aux rapports de travail et ne s'étend pas aux rapports de prévoyance. Le taux d'intérêt moratoire fixé par le règlement ne peut pas être inférieur au taux d'intérêt minimal LPP.

Dans cet arrêt, le TF examine deux questions : l'application de la loi sur l'égalité aux rapports de prévoyance et le montant minimal du taux d'intérêt moratoire réglementaire.

Suite à une surassurance, une personne assurée voit sa rente d'invalidité et sa rente pour enfant de la prévoyance professionnelle réduites. La personne assurée, qui travaille à temps partiel, recourt contre cette décision au motif d'une discrimination indirecte. En effet, en tant que personne travaillant à temps partiel, la déduction de coordination non réduite la désavantagerait de manière inadmissible et ce désavantage concernerait principalement les femmes. Par analogie, le calcul de la surindemnisation serait contraire au principe de l'interdiction de discrimination prévu par la loi sur l'égalité. En outre, elle demande que les prestations impayées soient rémunérées à un taux de 5 % et non selon le règlement de l'institution de prévoyance qui ne qui ne prévoit pas de droit à un intérêt moratoire.

Le TF considère que les institutions de prévoyance sont libres de prévoir dans leurs règlements une réduction de la déduction de coordination en cas de travail à temps partiel. En revanche, le TF refuse d'étendre le champ d'application de la loi sur l'égalité aux rapports de prévoyance dans le sens où l'on pourrait en déduire un droit

à la réduction de la déduction de coordination en cas de travail à temps partiel, car cette loi s'applique exclusivement aux rapports de travail.

En ce qui concerne la question et le niveau du taux d'intérêt moratoire réglementaire, le TF indique que, par analogie avec le droit privé, les débiteurs en droit administratif doivent payer des intérêts moratoires, sauf si la loi en dispose autrement, et que le taux d'intérêt minimal LPP est déterminé en fonction du rendement réalisable des placements usuels sur le marché. Si l'intérêt moratoire prévu par le règlement de prévoyance est inférieur au taux d'intérêt minimal LPP, cela va à l'encontre de l'idée de compensation des avantages ou des inconvénients des intérêts moratoires. Le TF conclut donc que la disposition réglementaire relative aux intérêts moratoires n'est pas admissible.

1128 Bénéficiaires selon l'art. 20a LPP : notion de « frères et sœurs »

(Référence à un arrêt du TF du 5 octobre 2023, 9C_536/2022, arrêt en allemand)

(art. 20*a*, al. 1, let. b, LPP)

Les demi-frères et les demi-sœurs doivent aussi être considérés comme des « frères et sœurs » au sens de l'art. 20a, al. 1, let. b, LPP, pour autant que le règlement de l'institution de prévoyance n'en dispose pas autrement.

Dans le cas d'espèce, l'institution de prévoyance souhaitait verser, conformément à son règlement, la moitié du capital-décès à la sœur de la personne décédée et l'autre moitié à son demi-frère. Or, la sœur n'approuvait pas cette façon de procéder et estimait que la totalité du capital-décès devait lui revenir.

Le litige portait sur la question de savoir si la notion de « frères et sœurs » au sens de l'art. 20*a*, al. 1, let. b, LPP s'applique uniquement aux frères et sœurs germains ou aussi aux demi-frères et demi-sœurs.

Le TF y a répondu par l'affirmative et a jugé qu'il faut se baser sur le lien de parenté. Les demi-frères et demi-sœurs font partie du cercle de bénéficiaires visés à l'art. 20*a*, al. 1, let. b, LPP au même titre que les frères et sœurs germains, car ils ont un parent commun et donc un lien de sang avec l'assuré. Pour autant que le règlement n'en dispose pas autrement et que la personne décédée n'ait pas donné d'autre instruction, un demi-frère ou une demi-sœur a donc droit aux mêmes prestations qu'un frère germain ou une sœur germaine. Le TF confirme ainsi la position adoptée par l'OFAS dans le Bulletin de la prévoyance professionnelle nº 138, ch. 914.

En l'espèce, le demi-frère a droit à la moitié du capital-décès.

Excursus

1129 Droit de la prévoyance professionnelle : boîte à outils

Auteur : Jérôme Piegai, docteur en droit, titulaire du brevet d'avocat, juriste à l'OFAS

1. Introduction

Le présent article vise à fournir quelques outils de recherche aux esprits curieux de mieux connaître le droit de la prévoyance professionnelle.

2. Aperçu des différentes sources juridiques et outils de recherche

2.1. Règlement de prévoyance

Les personnes assurées devraient en premier lieu prendre connaissance du *règlement de prévoyance* de leur caisse de pensions. Les règlements sont généralement publiés sur les sites internet des institutions de

prévoyance. Voir par exemple le site internet de la Caisse fédérale de pensions (Publica) et son règlement RPEC :

PUBLICA

RS 172.220.141.1 - Règlement de prévoyance du 15 juin 2007 pour les personnes employées et les bénéficiaires de rentes de la Caisse de prévoyance de la Confédération (RPEC) (admin.ch)

2.2. Législation

Les lecteurs et lectrices pourront tout d'abord consulter les différences pages du site internet de l'*OFAS* sur la prévoyance professionnelle :

Prévoyance professionnelle et 3e pilier (admin.ch)

Informations de base & législation (admin.ch)

Données de base (admin.ch)

Informations aux assurés et aux organisations privées (admin.ch) (avec questions-réponses *FAQ*)

Réformes & révisions

Après quoi, ils/elles pourront rechercher les dispositions juridiques sur le 2e pilier sur les pages internet suivantes (par exemple au moyen des mots-clés susmentionnés) :

Lois et ordonnances (admin.ch) (OFAS/prévoyance professionnelle, avec les modifications importantes)

Recueil systématique RS (admin.ch) (pour consulter le droit en vigueur) ; voir le tableau à la page suivante concernant les dispositions sur le 2e pilier (avec liens internet):

RS 831.4 Prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité :
Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP)
Loi fédérale du 17 décembre 1993 sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (Loi sur le libre passage, LFLP)
Ordonnance du 3 octobre 1994 sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (Ordonnance sur le libre passage, OLP)
Ordonnance des 10 et 22 juin 2011 sur la surveillance dans la prévoyance professionnelle (OPP 1)
Ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2)
Ordonnance du 13 novembre 1985 sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance (OPP 3)
Ordonnance du 3 octobre 1994 sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle (OEPL)
Ordonnance du 3 mars 1997 sur la prévoyance professionnelle obligatoire des chômeurs
Ordonnance du 22 juin 2011 sur les fondations de placement (OFP)
Ordonnance du DFI du 24 novembre 1999 concernant les tableaux de calcul de la prestation de sortie au sens de l'art. 22*b* de la loi sur le libre passage
Ordonnance du 16 septembre 1987 sur l'adaptation des rentes de survivants et d'invalidité en cours à l'évolution des prix
Ordonnance du 22 juin 1998 sur le «fonds de garantie LPP» (OFG)
Ordonnance du 28 août 1985 sur les droits de l'institution supplétive en matière de prévoyance professionnelle
Ordonnance du DFI du 28 juin 2019 concernant les conditions requises pour le dépassement des limites des créances par débiteur et des limites en matière de participation par les fondations de placement
Règlement d'organisation et de gestion de la Commission de haute surveillance de la prévoyance professionnelle du 21 août 2012
Prévoyance professionnelle pour le personnel fédéral → art. 32*a* à 32*m* LPers
Dissolution du partenariat enregistré → art. 33 LPart
Fusion, transformation et transfert de patrimoine d'institutions de prévoyance→ art. 88 à 98 LFus
Voir aussi les art. 331 à 331*f* du du Code des obligations (prévoyance en faveur du personnel) et l'art. 89*a* du Code civil (institutions de prévoyance en faveur du personnel)
Ainsi que les dispositions sur le partage du 2e pilier en cas de **divorce** : RO 2016 2313 - Code civil suisse (Partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce) (admin.ch)

Dispositions d'ordonnances : RO 2016 2347 - Ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2) (admin.ch)

Le lien suivant du *Recueil systématique* indique les *dates d'entrée en vigueur* des modifications légales (Droit interne/ 8 Santé - Travail - Sécurité sociale, notamment pour la LPP) :

Entrées en vigueur (admin.ch)

Voir également le

Recueil officiel RO (admin.ch) (aussi pour connaître les dates de mise en vigueur des modifications légales)

Ainsi que la

Feuille fédérale FF (admin.ch) (où sont notamment publiés les messages du Conseil fédéral, ainsi que les textes légaux soumis au vote final du Parlement et le délai référendaire pour ceux-ci)

Un autre instrument utile pour connaître les projets législatifs et les interventions parlementaires sur le 2e pilier est *Curia Vista*, qui est la base des données des objets parlementaires, gérée par les Services du Parlement (mots-clés utiles : LPP, prévoyance professionnelle, deuxième pilier, libre passage, LFLP notamment):

Curia Vista (parlament.ch)

Il peut être parfois aussi nécessaire de consulter le *Bulletin officiel du Parlement* pour mieux connaître la volonté du législateur :

Bulletin officiel (parlament.ch)

Il existe également le site internet des *Archives fédérales suisses* (mots-clés : « prévoyance professionnelle » ou « libre passage » pour rechercher notamment les débats initiaux sur la loi sur la prévoyance professionnelle ou la loi sur le libre passage publiés dans le Bulletin officiel du Parlement):

Archives fédérales suisses - Publications officielles numérisées (admin.ch)

Voir aussi la page « *Archives* » du site internet de l'*OFAS* qui contient une série de documents sur la prévoyance professionnelle (notamment les messages LPP/LFLP ainsi que différents commentaires) :

Archives Prévoyance professionnelle (admin.ch)

2.3 Directives de la CHS-PP

Par ailleurs, les praticiens et praticiennes doivent absolument consulter les *directives et communications de la Commission fédérale de haute surveillance de la prévoyance professionnelle (CHS PP)*:

Aperçu - Commission de haute surveillance de la prévoyance professionnelle CHS PP (admin.ch)

Communications - Commission de haute surveillance de la prévoyance professionnelle CHS PP (admin.ch)

2.4 Conventions collectives de travail

Il peut également s'avérer nécessaire de consulter les *conventions collectives de travail (CCT)* pour examiner si elles contiennent des dispositions sur la prévoyance professionnelle, notamment en matière de retraite anticipée. Les CCT conclues par les partenaires sociaux constituent en effet un instrument juridique à ne pas

négliger dans le domaine du 2e pilier[3]. Les CCT peuvent notamment être consultées sur les pages internet suivantes (publiées respectivement par le Secrétariat d'Etat à l'économie SECO et par le syndicat UNIA) :

Conventions collectives de travail (admin.ch)

CCT pour la retraite anticipée dans le secteur principal de la construction (CCT RA) (admin.ch)

servicecct.ch (service-cct.ch)

2.5 Jurisprudence

Après avoir pris connaissance de la législation sur la prévoyance professionnelle, il leur faudra également s'informer de la *jurisprudence* en la matière. Ils/elles pourront utiliser le moteur de recherche internet du *Tribunal fédéral* (avec notamment les mots-clés : LPP, prévoyance professionnelle, deuxième pilier, libre passage, LFLP, liquidation, affiliation, etc.) :

Tribunal fédéral - Jurisprudence (bger.ch)

Aperçu de la jurisprudence récente sur la LPP (**regestes** des nouveaux arrêts publiés aux **ATF** après le Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 139 ch. 922 du 9 juillet 2015, *avec liens internet)*

LPP

Art. 2 LPP: assurance obligatoire

148 V 234 *(résumé dans le Bulletin n° 160 ch. 1104)*

Art. 2 al. 1 et 4 LPP; **art. 1*j* al. 1 let**. c OPP 2.

Dans les cas où un salarié exerce pour le compte du même employeur aussi bien une activité principale qu'une activité accessoire, l'**art. 1*j* al. 1 let**. c OPP 2 ne s'applique pas. Dans ces cas, il faut additionner les salaires obtenus dans les deux activités en application de l'**art. 2 al. 1 LPP** (consid. 5).

Art. 2, 10 et 23 LPP : assurance obligatoire des personnes au chômage

147 V 322 *(résumé dans le Bulletin n° 157 ch. 1072)*

Art. 2 al. 3, art. 10 al. 1 et art. 23 let. a LPP; art. 1 al. 1 de l'ordonnance du 3 mars 1997 sur la prévoyance professionnelle obligatoire des chômeurs; protection d'assurance en cas de survenance de l'incapacité de travail après l'inscription à l'assurance-chômage mais avant le versement de l'indemnité de chômage.

La jurisprudence selon l' **ATF 139 V 579** (selon laquelle, les personnes qui, après l'inscription à l'assurance-chômage mais encore avant la perception d'indemnités journalières, deviennent incapables de travailler et plus tard invalides, sont assurées auprès de la Fondation institution supplétive LPP si elles remplissent les conditions du droit à l'indemnité de chômage qui sont énumérées à l'**art. 8 LACI**) trouve également application si l'indemnité de chômage n'est pas versée en raison de la règle de coordination prévue par l'**art. 28 al. 2 LACI** (consid. 5.3-5.7).

---

3 Voir notamment Jacques-André Schneider, Le rôle actuel des conventions collectives dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, in : Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle /Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge RSAS/SZS 2015/3 pp. 181-234. Cf. également Thomas Kellenberger, Gesamtarbeitsvertrag und berufliche Vorsorge, thèse Zurich 1986.

Art. 10 et 66 LPP :responsabilité de l'Etat

148 II 73

Art. 3 al. 1, art. 4, art. 19 al. 1 let. a et art. 20 al. 1 LRCF; **art. 1 al. 1, art. 10 al. 1 et art. 66 al. 2 LPP**; **art. 10 OPP 2**; **art. 49 al. 1 Tit. fin. CC**; responsabilité de l'Etat; lacune de prévoyance professionnelle.

Conditions de la responsabilité de l'EPFL (consid. 3). Résumé des considérants de l'arrêt attaqué (consid. 4). Acte illicite résultant du défaut d'annonce du salarié et de paiement de cotisations de prévoyance professionnelle pendant les rapports de service (consid. 5). Péremption et prescription de la demande de dommages-intérêts (consid. 6). Faute propre du lésé (consid. 7). Montant du dommage (consid. 8).

Art. 11 et 53b LPP : résiliation du contrat d'affiliation, participation du personnel et liquidation partielle

146 V 169

Art. 11 al. 3 bis et art. 53*b* al. 1 LPP; liquidation partielle de la fondation collective à la suite de la résiliation du contrat d'affiliation.

En l'occurrence, la fondation collective a assimilé la résiliation du contrat d'affiliation par les associations fondatrices d'une oeuvre de prévoyance à la résiliation des conventions d'adhésion avec les employeurs concernés. Ainsi, les conditions d'une liquidation partielle de la fondation collective sont en principe remplies (consid. 3.2).

L'**art. 11 al. 3 bis LPP** prévoit un véritable droit de participation du personnel respectivement de la représentation des travailleurs en cas de résiliation d'une affiliation existante à une institution de prévoyance. Si l'accord du personnel avant la résiliation fait défaut, celle-ci n'est pas valable (consid. 4.4).

Art. 20a et 49 LPP et 89a CC : capital-décès et concubinage

142 V 233 *(résumé dans le Bulletin n° 142 ch. 946)*

Art. 20*a* al. 1 let. a, art. 49 al. 2 ch. 3 LPP; prestations pour survivants de la prévoyance professionnelle étendue; capital décès; clause bénéficiaire en faveur du concubin survivant.

La déclaration de volonté formulée dans un testament de favoriser le concubin en ce qui concerne les prestations pour survivants nécessite une référence expresse aux dispositions règlementaires applicables ou au moins à la prévoyance professionnelle. Des dispositions pour cause de mort, selon lesquelles - comme ici - la concubine de l'assuré est (seulement) désignée comme héritière, ne permettent pas de conclure à une volonté de la favoriser sur le plan de la prévoyance professionnelle, quand bien même la partenaire est désignée comme unique héritière (consid. 2.3).

144 V 327 *(résumé dans le Bulletin n° 150 ch. 1010)*

Art. 20*a* al. 1 let. a, art. 49 al. 2 ch. 3 LPP; **art. 89*a* al. 6 ch. 3 CC**; prestations pour survivants de la prévoyance professionnelle plus étendue; capital décès; désignation du concubin survivant.

Être le bénéficiaire d'une clause en faveur du concubin survivant implique une durée ininterrompue de la communauté de vie d'au moins cinq ans immédiatement avant la mort de la personne assurée (réponse à la question laissée ouverte dans l'arrêt 9C_284/2015 du 22 avril 2016 consid. 3, non publié in **ATF 142 V 233**, mais in SVR 2016 BVG n° 33 p. 135) (consid. 4.1 et 4.2).

Art. 22 LPP : rente d'orphelin

148 V 334 *(résumé dans le Bulletin n° 160 ch. 1106)*

Art. 22 al. 3 let. a LPP; **art. 25 al. 5 LAVS**; **art. 49bis al. 3 RAVS**; fin du droit à la rente d'orphelin de la prévoyance professionnelle en cas de formation.

Interprétation de la notion de formation au sens de l'**art. 22 al. 3 let. a LPP**. La rente d'orphelin du deuxième pilier ne peut pas être supprimée pour le motif prévu par l'**art. 49bis al. 3 RAVS**, selon lequel n'est plus considéré comme en formation l'orphelin de plus de 18 ans obtenant un revenu d'activité lucrative mensuel moyen supérieur à la rente de vieillesse complète maximale de l'AVS (consid. 5 et 6).

Art. 23 LPP :rente d'invalidité

143 V 434

Art. 23 ss LPP; conditions auxquelles le droit à des prestations d'invalidité de la prévoyance professionnelle peut être modifié ou supprimé.

Comme dans le domaine de la prévoyance professionnelle obligatoire, faute d'une disposition règlementaire contraire, une rente allouée jusque-là sans réserve doit être modifiée selon les règles applicables en matière d'assurance-invalidité aussi dans le cadre de la prévoyance plus étendue. Si une interprétation contraire devait résulter de l'arrêt 9C_889/2009 du 2 février 2010, elle serait dépassée par les **ATF 138 V 409** et **ATF 141 V 405** (consid. 3.4.2).

144 V 58 *(résumé dans le Bulletin n° 148 ch. 991)*

Art. 23 let. a LPP; lien temporel entre l'incapacité de travail originelle et l'invalidité ultérieure; interruption.

Aperçu de la jurisprudence (consid. 4.1-4.3).

La connexité temporelle entre l'incapacité de travail survenue durant le rapport de prévoyance et l'invalidité ultérieure est interrompue lorsqu'une capacité de travail de plus de 80 % dans une activité lucrative adaptée existe durant plus de trois mois (consid. 4.4 et 4.5).

144 V 63 *(résumé dans le Bulletin n° 148 ch. 990)*

Art. 23 let. a LPP; **art. 28 al. 1 let. b et art. 28*a* al. 3 LAI**; prestations d'invalidité de la prévoyance professionnelle en cas d'activité à temps partiel.

Le degré d'invalidité déterminant pour la prévoyance professionnelle est évalué en fonction du revenu sans invalidité correspondant au taux d'activité exercée à temps partiel et non pas par rapport à une activité (hypothétique) à plein temps (consid. 6.2; confirmation de la jurisprudence).

Lorsque l'assurance-invalidité a déterminé le degré d'invalidité en se fondant sur une activité à plein temps, la méthode de calcul la plus claire et la plus simple consiste à ce que l'institution de prévoyance tienne compte du revenu sans invalidité fixé par l'assurance-invalidité, auquel elle est en principe liée, et l'adapte en fonction du taux d'activité à temps partiel, puis procède sur cette base (ainsi que sur celle des autres paramètres qui la lient en principe) à une nouvelle comparaison des revenus (consid. 6.3.2).

Art. 25 et 73 LPP : rente d'invalidité complémentaire pour enfant

147 V 2 *(résumé dans le Bulletin n° 154 ch. 1056)*

Art. 25, art. 73 al. 1 et 2 LPP; art. 71 ter al. 3 RAVS; rente d'invalidité complémentaire pour enfant; qualité pour agir; versement en mains de tiers.

Ni le règlement de prévoyance en faveur du personnel de la Fondation collective (valable à partir du 1 er janvier 2002) ni l'**art. 25 LPP** n'offrent à l'enfant majeur la possibilité de réclamer en son nom propre le droit à une rente d'invalidité complémentaire pour enfant (consid. 3).

La rente d'invalidité complémentaire pour enfant de la prévoyance professionnelle ne peut pas être versée directement à l'enfant majeur. Il n'existe pas de base juridique dans la prévoyance professionnelle pour une application analogique de l'art. 71 ter al. 3 RAVS (silence qualifié du législateur et de l'autorité chargée d'édicter les ordonnances; consid. 4).

Art. 26 et 34a LPP : report du paiement de la rente d'invalidité ; invalidité et activité à temps partiel ; prétention récursoire et intérêts

142 V 466 *(résumé dans le Bulletin n° 144 ch. 965)*

Art. 26 al. 2 LPP et **art. 26 OPP 2**; report du paiement de la rente d'invalidité.

La possibilité de l'institution de prévoyance, fondée sur l'**art. 26 al. 2 LPP** et l'**art. 26 OPP 2**, et prévue par son règlement, de différer les rentes existe même lorsque l'assureur perte de gain, qui a octroyé des indemnités journalières en raison d'une incapacité de travail, réclame ces prestations à hauteur de la rente de l'assurance-invalidité allouée ultérieurement. Changement de jurisprudence (consid. 3.4).

144 V 72 *(résumé dans le Bulletin n° 148 ch. 990)*

Art. 26 al. 1 LPP; principe de l'uniformité de la notion d'invalidité en cas d'activité lucrative exercée à temps partiel.

Le degré d'invalidité fixé par les organes de l'assurance-invalidité est contraignant pour l'institution de prévoyance seulement en tant qu'il concerne l'activité lucrative (consid. 4.2 et 4.3).

Contrairement à ce qui vaut dans l'assurance-accidents, il n'y a pas lieu de prendre en considération dans la prévoyance professionnelle un revenu hypothétique fondé sur une estimation des possibilités de gain d'un assuré censé les utiliser pleinement (confirmation de jurisprudence; consid. 5.3.3 et 5.3.4).

145 V 18 *(résumé dans le Bulletin n° 150 ch. 1011)*

Art. 26 al. 4 LPP; prétention récursoire; intérêt moratoire.

L'institution de prévoyance tenue en définitive de fournir des prestations ne doit pas payer à l'institution de prévoyance tenue de verser la prestation préalable un intérêt moratoire sur le montant à rembourser à défaut d'un rapport contractuel (consid. 4 et 5).

147 V 10 *(résumé dans le Bulletin n° 155 ch. 1063)*

Art. 26 al. 4 LPP; prétention récursoire; intérêts compensatoires.

La prétention récursoire comprend un intérêt subrogatoire ou compensatoire (consid. 4). Le taux de cet intérêt correspond au taux d'intérêt minimal selon la LPP, augmenté de un pour cent (consid. 5).

149 V 106 (résumé dans le présent Bulletin n° 162 ch. 1127)

Art. 26 al. 1 LPP, art. 15. al. 2 LPP en relation avec **l'art. 12 let.** j OPP 2; **art. 104 CO;** disposition d'un règlement de prévoyance sur le taux d'intérêt moratoire.

Une institution de prévoyance ne peut pas prévoir dans son règlement un taux d'intérêt moratoire inférieur au taux d'intérêt minimal LPP (consid. 7.2).

Art. 26a LPP et disposition finale ; fin du droit à une rente d'invalidité

147 V 181 *(résumé dans le Bulletin n° 156 ch. 1069)*

Disposition finale de la modification de la LPP et dispositions finales de la modification de la LAI du 18 mars 2011 (6 e révision de l'AI, premier volet); **art. 26*a* LPP**; fin du droit à une rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle.

Si une rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle est supprimée sur la base de la disposition finale de la modification de la LPP du 18 mars 2011 (6e révision de l'AI, premier volet), le droit s'éteint en même temps que celui de l'assurance-invalidité (voir dispositions finales de la modification de la LAI du 18 mars 2011). L'**art. 26*a* LPP** n'est pas applicable dans ce cas, c'est-à-dire que ne sont maintenus au sens de cette disposition ni la couverture d'assurance ni le droit aux prestations vis-à-vis de l'institution de prévoyance compétente jusqu'alors (consid. 5.3).

EPL: art. 30c-30d LPP versement anticipé et remboursement

141 III 145

Art. 206 al. 1 et art. 209 al. 3 CC; sort de la plus-value conjoncturelle d'un immeuble afférente à un versement anticipé de la prestation de libre passage; dissolution du régime matrimonial avant la survenance d'un cas de prévoyance.

Jusqu'à la survenance d'un cas de prévoyance, le versement anticipé doit être considéré comme un prêt de l'institution de prévoyance; à la dissolution du régime matrimonial, la plus-value afférente au versement anticipé est traitée de la même manière que la plus-value liée à un emprunt hypothécaire non remboursé (consid. 3 et 4).

147 V 377 *(résumé dans le Bulletin n° 157 ch. 1073)*

Art. 30*d* al. 1 let. b LPP; remboursement du versement anticipé de fonds de la prévoyance professionnelle pour l'encouragement à la propriété du logement; octroi de droits sur le logement en propriété équivalant économiquement à une aliénation.

La location, par le biais d'un contrat de bail de durée indéterminée résiliable moyennant le respect d'un délai de résiliation de trois mois, d'un appartement en propriété dont l'achat avait été financé par le versement anticipé de fonds de la prévoyance professionnelle pour l'encouragement à la propriété du logement et qui a été occupé par la personne assurée elle-même pendant des années ne revient pas à octroyer un droit équivalant économiquement à une aliénation. Il n'y a pas d'obligation de rembourser le montant avancé (consid. 4).

Art. 34a LPP : surindemnisation

141 V 351 *(résumé dans le Bulletin n° 140 ch. 930)*

Art. 34*a* al. 1 LPP; **art. 24 al. 1 et 2 OPP 2**; prise en compte d'une composante de salaire social dans le cadre du calcul de la **surindemnisation**.

La composante de salaire social dans le cadre du calcul de la surindemnisation selon l'**art. 24 OPP 2** - comme en cas d'évaluation de l'invalidité selon l'**art. 16 LPGA** - n'est pas prise en compte à la lumière d'une conception légale de **la** large coordination d'ordre matériel entre premier et deuxième pilier (consid. 5).

142 V 75

Art. 34*a* LPP; **art. 24 al. 2 OPP 2**; principe de la concordance événementielle.

Situation dans laquelle le bénéficiaire d'une demi-rente AI et d'une rente de 50 % de la prévoyance professionnelle obligatoire subit une nouvelle atteinte à la santé conduisant à l'augmentation de sa rente AI (trois quarts), alors que ce cas d'assurance n'est plus couvert par l'institution de prévoyance. En l'absence de concordance événementielle, le Fonds de garantie LPP n'est pas autorisé à tenir compte de **l'augmentation** de la rente AI dans son calcul de surindemnisation (consid. 6).

143 V 91

Art. 34*a* al. 1 LPP; **art. 24 al. 1 et 5 OPP 2**: examen sous tous ses aspects de la réduction pour cause de **surindemnisation** en cas de modification importante de la situation.

Lorsqu'un seul facteur de calcul subit une modification importante, à savoir entraînant une adaptation des **prestations** d'au moins 10 %, l'institution de prévoyance examine en fait et en droit, sous tous ses aspects et sans être liée par les facteurs établis antérieurement, si et dans quelle mesure il existe une surindemnisation (consid. 4).

144 V 166 *(résumé dans le Bulletin n° 149 ch. 999)*

Art. 34*a* al. 1 LPP; **art. 24 al. 1 let**. d OPP 2; surindemnisation.

Pour le calcul de la surindemnisation selon l'**art. 34*a* al. 1 LPP**, il faut partir du principe qu'une capacité résiduelle de travail de seulement 10 % n'est théoriquement pas *exploitable*. C'est pourquoi, en règle générale, il n'y pas lieu de tenir compte d'un revenu hypothétique correspondant (consid. 4.3).

147 V 146 *(résumé dans le Bulletin n° 155 ch. 1064)*

Art. 34*a* LPP et **art. 24 OPP 2** dans leur teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2016; détermination, dans le cadre d'un calcul de surindemnisation, du montant d'une rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle eu **égard** à une rente du premier pilier calculée en fonction d'une durée incomplète de cotisations.

La disposition du règlement d'une institution de prévoyance, qui reprend la notion légale de surindemnisation mais prévoit de prendre en considération une rente du premier pilier calculée en fonction d'une durée complète de cotisations - nonobstant le montant effectif versé à l'assuré - est contraire au but qu'elle **recherche** (éviter un avantage injustifié) et viole le principe de l'égalité de traitement (consid. 5.2-5.4).

148 V 58

Art. 34*a* LPP (dans sa teneur en vigueur du 1er janvier 2003 au 31 décembre 2016 et dans celle applicable dès le 1er janvier 2017); art. 24 (dans sa teneur en vigueur du 1er janvier 2011 au 31 décembre 2016), **art. 24*a* OPP 2** (en vigueur depuis le 1er janvier 2017); surindemnisation dans le domaine de la prévoyance professionnelle plus étendue après l'âge de la retraite AVS.

Interprétation d'une disposition réglementaire concernant le calcul de la surindemnisation après l'âge ordinaire de la retraite AVS sur la base de l'**art. 24*a* al. 1 et 2 OPP 2**. Si la personne assurée au titre de la prévoyance professionnelle perçoit, après avoir atteint l'âge de la retraite AVS, des prestations de rente en vertu de la LAA

en sus d'une rente de vieillesse de l'AVS, les rentes de l'AVS doivent, selon la disposition susmentionnée, également être prises en compte dans le cadre du calcul de la surindemnisation à effectuer (consid. 5 et 6.1).

Art. 35a LPP : restitution

142 V 20 *(résumé dans le Bulletin n° 142 ch. 941)*

Art. 35*a* al. 2 LPP; **art. 135 CO**; prescription de la créance en restitution.

Le délai relatif d'une année et le délai de cinq ans pour faire valoir une créance en restitution de **prestations** de la prévoyance professionnelle touchées indûment sont des délais de prescription au sens du droit des obligations (consid. 3).

142 V 358 *(résumé dans le Bulletin n° 143 ch. 954)*

Art. 35*a* al. 1 LPP; restitution d'un montant crédité par erreur sur le compte d'un assuré après son transfert dans le cadre de la prestation de sortie.

L'institution de prévoyance, qui a crédité par erreur un montant sur le compte d'un assuré et l'a transféré à une nouvelle institution de prévoyance dans le cadre de la prestation de sortie, peut réclamer le transfert effectué illégalement en application par analogie de l'**art. 35*a* LPP** (consid. 6.3).

L'institution de prévoyance tenue à restitution est celle auprès de laquelle se trouve l'avoir crédité (consid. 6.4).

Le délai absolu de prescription de cinq ans commence à courir au moment où l'institution de prévoyance, qui a crédité le montant de manière erronée, transfère la prestation de sortie (qui contient ce montant) à la nouvelle institution (consid. 7.2).

Art. 37 LPP : prestation en capital

141 V 355 *(résumé dans le Bulletin n° 139 ch. 920)*

Art. 37 al. 2 LPP; droit à une prestation en capital.
Le **droit** à une prestation en capital fondé sur l'**art. 37 al. 2 LPP** se rapporte uniquement aux prestations de vieillesse qui relèvent du régime obligatoire de la prévoyance professionnelle. Il est exclu lorsque la personne assurée a droit à une rente entière d'invalidité au moment de la survenance de l'âge de la retraite (consid. 3.3 et 3.4).

Art. 41 et 66 LPP : restitution de cotisations

142 V 118

Art. 41 al. 2 et art. 66 al. 3 LPP; créance de l'employeur en restitution de cotisations non prélevées sur le salaire; prescription.

La créance de l'employeur à l'encontre du salarié en restitution de cotisations de la prévoyance professionnelle non prélevées sur le salaire est fondée sur l'**art. 66 al. 3 LPP** (consid. 5). Elle est soumise au délai de prescription de cinq ans prévus par l'**art. 41 al. 2 LPP** (consid. 6).

Art. 49 et 62 LPP : dissolution de la provision destinée à l'adaptation des rentes au renchérissement

144 V 236 *(résumé dans le Bulletin n° 149 ch. 1001)*

Art. 49 al. 1 Cst.; **art. 62 al. 1 LPP**; § 22 al. 4 let. b de la loi cantonale sur la Caisse de pensions du Canton de Soleure; contrôle abstrait des normes.

En l'espèce, la dissolution de la provision destinée à l'adaptation des rentes au renchérissement (consid. 3) et l'utilisation envisagée des fonds devenus ainsi disponibles (consid. 4) ne constituent pas un **détournement** des fonds de prévoyance. Le § 22 al. 4 let. b de la loi cantonale sur la Caisse de pensions du Canton de Soleure est conforme au droit fédéral.

Art. 50 LPP : modification des statuts d'une institution de prévoyance de droit public

141 V 495

Regeste a

Art. 30 al. 1 et art. 29 al. 2 Cst. ainsi que l'**art. 6 par. 1 CEDH**; conséquence de la constatation de la composition irrégulière de l'autorité judiciaire de première instance (juge assesseur ne remplissant plus les conditions d'éligibilité) sur la procédure d'instruction réalisée par cette autorité.

Même s'il est constaté qu'un juge assesseur ne remplit plus les conditions d'éligibilité lorsque le jugement contesté a été rendu, il n'est pas nécessaire de refaire les mesures probatoires déjà accomplies par l'autorité judiciaire de première instance du moment que les mesures évoquées ont fait l'objet de procès-verbaux et que le nouveau juge assesseur a pu en prendre connaissance. Le principe de l'oralité des débats ne justifie en outre pas la réouverture de l'instruction ni ne confère le droit de s'expliquer devant le nouveau juge assesseur (consid. 2).

Regeste b

Art. 50 al. 2 LPP; modification des statuts d'une institution de prévoyance de droit public.

Les statuts d'institutions de prévoyance de droit public sont en principe édictés par les collectivités dont ces institutions dépendent et constituent dans ce cas du droit public. Selon le principe du parallélisme des formes, leur modification n'est possible que par le biais d'une révision législative (consid. 4.2). Tel était le cas des Statuts de la Caisse de prévoyance du personnel enseignant de l'instruction publique et des fonctionnaires de l'administration du canton de Genève (CIA; désormais: la Caisse de prévoyance de l'Etat de Genève). En l'occurrence, la définition du salaire assuré (art. 4 al. 4 des Statuts de la CIA [éd. 1997] et art. 4 al. 1 des Statuts de la CIA [éd. 2000]) ne pouvait donc pas être modifiée d'entente entre l'employeur et la caisse de prévoyance (consid. 4.2, 4.3.3, 5.3, 6.3, 7.3 et 8.3).

Art. 51 LPP : gestion paritaire

142 V 239

Art. 51 al. 1 et 3 LPP; gestion paritaire de l'institution de prévoyance.
La disposition réglementaire d'une œuvre de prévoyance d'une fondation collective, selon laquelle les représentants sont désignés par les associations concernées, viole le principe de la parité lorsque seule une minorité des salariés affiliés est organisée sur le plan syndical (consid. 4.4.).

Art. 52 et 56a LPP : responsabilité du conseil de fondation en matière de placement de la fortune

143 V 19

Art. 52 et 56*a* al. 1 LPP (dans leur teneur en vigueur jusqu'à la fin de l'année 2004); **art. 49*a* OPP 2** (dans sa teneur en vigueur jusqu'à la fin de l'année 2001); responsabilité du conseil de fondation en matière **de** placement de la fortune.

Des placements dans le cadre des limites de l'OPP 2 ne sont pas admissibles en soi, mais seulement dans la **mesure** où ils satisfont aux exigences générales de sécurité de l'**art. 71 LPP**. La capacité de risque d'une

institution de prévoyance peut aussi être dépassée lorsque les limites légales et réglementaires sont respectées (consid. 6.1.6).

Art. 53b, 53c et 53d : liquidation partielle

141 V 597

Art. 53*b* et 53*c* LPP; **art. 2 al. 1 LFLP**; liquidation (partielle) et exigibilité de la prestation de sortie.

Si le droit à une prestation de sortie est liée à un cas de liquidation (partielle), cette prestation n'est exigible que lorsqu'il y a un plan de répartition contraignant, respectivement une affectation contraignante du découvert (consid. 3.2). C'est pourquoi l'ouverture d'une action concernant la prestation de sortie est prématurée (consid. 4.4).

143 V 200 *(résumé dans le Bulletin n° 145 ch. 974)*

Art. 53*b* al. 1 let. c LPP; liquidation partielle d'une institution commune.
Une institution commune peut ajouter un critère supplémentaire aux exigences de l'**art. 53*b* al. 1 let**. c LPP, selon lesquelles les conditions d'une liquidation partielle sont présumées remplies avec la résiliation du contrat d'affiliation (confirmation de la jurisprudence; consid. 4.1).

La précision règlementaire de l'**art. 53*b* al. 1 let**. c LPP est en l'espèce inadmissible (consid. 4.2 et 4.3). Il n'y a pas lieu de l'appliquer dans le cas particulier (consid. 5.2).

143 V 321

Art. 53*d* al. 6 et art. 52 LPP; montant des fonds à partager dans le cadre d'une liquidation partielle; compétence.

Des questions (litigieuses), qui sont inséparablement et directement liées à celles d'une éventuelle responsabilité, ne doivent pas être clarifiées par la voie de la procédure devant l'autorité de surveillance et ne peuvent donc pas être prises en compte dans la procédure de liquidation partielle (consid. 4.2).

144 V 120 *(résumé dans le Bulletin n° 148 ch. 992)*

Regeste a

Art. 53*d* al. 1 LPP; **art. 27*h* al. 1 OPP 2**; liquidation partielle d'une institution de prévoyance; droit des membres du collectif sortant au partage des réserves et des provisions.

Lorsque des risques actuariels sont cédés dans le cadre d'une liquidation partielle, les provisions correspondantes ne doivent pas être dissoutes (et attribuées aux fonds restants), mais allouées aux membres du collectif sortant pour autant qu'elles aient été constituées en leur faveur. Il importe peu que les risques couverts par les provisions ne puissent plus se réaliser pour l'institution de prévoyance cédante. Confirmation de la jurisprudence publiée aux **ATF 140 V 121** (consid. 2).

Regeste b

Art. 53*d* al. 6 LPP; procédure en cas de liquidation partielle.

Lors d'un transfert collectif d'assurés, l'institution de prévoyance reprenante peut faire vérifier par l'autorité de surveillance compétente les conditions, la procédure et le plan de répartition d'une liquidation partielle de l'institution de prévoyance transférante et lui demander de rendre une décision (consid. 4).

144 V 264 *(résumé dans le Bulletin n° 149 ch. 1000)*

Art. 53*d* LPP; **art. 48*e* OPP 2**; provisions en cas de liquidation partielle d'une institution de prévoyance et leur contrôle.

Légalité d'une disposition en matière de provisions, qui a été adoptée après la décision de liquidation partielle mais avant la date de la clôture du bilan (consid. 3.5). Bien-fondé de la (première) constitution de provisions, car la caisse de pension présentait un risque sérieux d'être transformée en caisse de rentiers (consid. 4.3).

Lorsque la (première) liquidation partielle est suivie d'une deuxième, le contrôle de la légalité et du bien-fondé des provisions constituées dans le cadre de la deuxième liquidation partielle sont en principe examinés à l'occasion de cette (deuxième) procédure de liquidation partielle (consid. 5.2).

144 V 369

Art. 53*d* al. 6 LPP; **art. 27*g* al. 2 et art. 27*h* al. 4 OPP 2**; liquidation partielle d'une institution de prévoyance; droit des membres du collectif sortant à l'adaptation des fonds à transférer.

Lorsque le découvert existant au jour déterminant pour la liquidation partielle est entièrement financé pour les membres du collectif sortant, et que l'institution de prévoyance est encore en découvert au moment du transfert des fonds, les **art. 27*g* al. 2 et art. 27*h* al. 4 OPP 2** n'accordent aucun droit supplémentaire aux assurés (consid. 4).

145 V 22

Regeste a

Art. 53*b* al. 1 let. c et art. 53*d* al. 1 LPP; liquidation partielle d'une institution commune; égalité de traitement.

Les affiliations d'entreprises qui comptent un très petit nombre d'employés doivent être englobées dans la liquidation partielle d'une institution commune, lorsque leur contrat d'affiliation a été résilié en raison du même événement économique qui a provoqué la liquidation partielle. Cela vaut également lorsque la dissolution du contrat d'affiliation d'une de ces entreprises ne rendrait pas nécessaire, pour elle-même, la liquidation partielle (consid. 4).

Regeste b

Art. 65*b* LPP et **art. 48 OPP 2**; réserves techniques.
La seule référence à des cas de décès non survenus ne saurait justifier la constitution d'une réserve technique "réserve de fluctuation pour le collectif des retraités" d'une caisse de rentiers (consid. 8.4.2).

145 V 343 *(résumé dans le Bulletin n° 152 ch. 1034)*

Art. 53*d* al. 1 et 6 LPP; **art. 48 al. 1 PA**; liquidation partielle d'une institution de prévoyance, procédure et bilan de liquidation partielle.

Celui qui ne peut invoquer qu'une expectative indirecte à une rente de survivant de la prévoyance professionnelle n'a pas la qualité pour soumettre une décision de liquidation partielle à l'examen de l'autorité de surveillance. Lorsque le droit à la rente de survivant naît seulement après le jour déterminant pour la liquidation partielle et après la clôture de la procédure administrative concernant l'examen de la décision de liquidation partielle, la personne concernée ne dispose pas de la qualité pour participer à la procédure de recours subséquente (consid. 2).

Le montant de la "provision pour cas d'invalidité en suspens" prévue par le règlement de prévoyance est fixé en tenant notamment compte de l'expérience empirique des sinistres de l'institution de prévoyance (consid. 3.1). Les prestations (au sens d'une renonciation à l'utilisation des réserves de cotisations d'employeur), qui ont

été contractuellement garanties à l'ancienne institution de prévoyance en faveur exclusivement de son maintien, ne figurent pas au bilan de liquidation partielle (consid. 3.2).

146 V 28 *(résumé dans le Bulletin n° 152 ch. 1035)*

Art. 53*d* al. 1 LPP; **art. 27*h* al. 1 OPP 2** dans sa teneur en vigueur du 1er janvier 2005 au 31 mai 2009; liquidation partielle; droit aux réserves de fluctuation.

Une clause contractuelle (de la convention d'affiliation) qui prévoit un partage des réserves de fluctuation en cas de liquidation partielle (au 31 décembre 2006) indépendamment du type de fonds transférés - donc également en cas de règlement en espèces - ne viole ni l'ancien **art. 27*h* OPP 2** ni le principe de l'égalité de traitement (consid. 4.3 et 4.4).

147 V 86 *(résumé dans le Bulletin n° 155 ch. 1060)*

Regeste a

Art. 53*d* al. 3 LPP; affectation du découvert en cas de liquidation (partielle).

L'avoir de vieillesse selon l'**art. 15 LPP** ne peut pas être réduit en cas de liquidation (partielle). Pas de référence abusive à cette prescription en l'occurrence (consid. 2.1 et 2.2).

Regeste b

Art. 53*d* al. 6 et art. 73 LPP; compétence.

Les intérêts sur la prestation de sortie individuelle résultant de la liquidation (partielle) doivent être clarifiés dans la procédure d'action (consid. 3.2).

Art. 53k LPP : fondation de placement

143 V 208

Art. 53*k* LPP; **art. 32 OFP**; filiales dans la fortune de placement d'une fondation de placement.

La règle de l'**art. 32 al. 1 OFP** est conforme à la loi (consid. 5.3). Elle n'affecte pas non plus la liberté économique (consid. 6.1.2) ni la garantie de la propriété (consid. 6.2.2). Dans le cas d'espèce, rien ne s'oppose sous l'angle du droit constitutionnel à son application (consid. 6.3-6.5).

Art. 56 LPP : fonds de garantie

141 V 650

Art. 56 al. 1 let. b LPP; garantie des prestations légales d'institutions de prévoyance.

Le fonds de garantie ne doit pas garantir une prestation de libre passage qui a été transférée à une institution de prévoyance sans l'existence d'un rapport de prévoyance, et ce quel que soit le motif du transfert (consid. 5).

145 V 106

Art. 56 al. 3 et 5 LPP; garantie des prestations d'une institution commune.

Les assurés qui sont affiliés à une institution de prévoyance par le même contrat d'affiliation forment une caisse de pensions au sens de l'**art. 56 al. 3 LPP**. Partant, une institution commune peut également s'adresser au Fonds de garantie LPP en vue d'obtenir la garantie des prestations pour un collectif d'assurés insolvable (consid. 4).

Le recours abusif à l'obligation de prester du Fonds de garantie LPP au sens de l'**art. 56 al. 5 LPP** comprend tant l'insolvabilité provoquée abusivement que l'augmentation abusive des prestations. Les violations du devoir (de diligence) qui conduisent à l'insolvabilité d'une institution de prévoyance, respectivement d'une caisse de pensions affiliée, doivent être invoquées prioritairement par la voie de l'**art. 56*a* LPP** (recours). L'insolvabilité provoquée abusivement par des tiers est sans préjudice pour le requérant (consid. 6).

Art. 56 et 65d LPP ; insolvabilité du collectif d'assurés

143 V 219

Art. 56 al. 1 let. b et c, art. 65*d* al. 1 LPP; **art. 25 OFG**; insolvabilité du collectif d'assurés.

L'obligation pour le fonds de garantie de fournir des prestations implique cumulativement l'incapacité du collectif d'assurés concerné d'adopter des mesures d'assainissement et son insolvabilité (consid. 6). La question de savoir à quel moment il faut mettre un terme de manière anticipée à la solvabilité d'une caisse de pensions (déjà) incapable d'adopter des mesures d'assainissement dépend des données concrètes du cas d'espèce (consid. 7.2).

Art. 61, 62 et 62a LPP : autorité de surveillance

141 V 509

Art. 61 al. 1 et art. 62*a* al. 3, 1re phrase, LPP (dans leur teneur en vigueur depuis le 1 er janvier 2012); ordonnance du Conseil-exécutif du canton de Berne du 30 mars 2011 sur la surveillance des institutions de prévoyance, des fondations et des caisses de compensation pour allocations familiales (OSIFC) et règlement du 21 octobre 2011 fixant les émoluments de l'Autorité bernoise de surveillance des institutions de prévoyance et des fondations (dans leur teneur en vigueur du 1 er janvier 2012 au 31 décembre 2014); coûts des mesures relevant de la surveillance (émolument de surveillance).

La réglementation applicable entre 2012 et 2014 dans le canton de Berne en matière d'émoluments de surveillance des institutions de prévoyance et des institutions qui servent à la prévoyance dont le total du bilan - au 31 décembre de l'année précédente - se situe entre 500'001 fr. et 1'000'000 fr., viole le droit fédéral (consid. 7.3).

146 V 341 *(résumé dans le Bulletin n° 155 ch. 1059)*

Regeste a

Art. 61 LPP; **art. 3 OPP 1**; compétence de l'autorité cantonale de surveillance LPP.

Depuis l'entrée en vigueur de l'**art. 3 OPP 1**, dans sa teneur en vigueur à partir du 1 er janvier 2012 (à la suite de la modification de la LPP du 19 mars 2010 [Réforme structurelle]), il existe désormais une règle d'exécution dont il découle que les fondations de libre passage et les fondations bancaires du pilier 3a sont soumises à la surveillance de l'autorité chargée de surveiller les institutions de prévoyance et les institutions servant à la prévoyance au sens de l'**art. 61 al. 1 LPP** (consid. 4.2).

Regeste b

Art. 83, 84 et 89*a* CC; **art. 51*b*, 61 et 62 al. 1 let**. d LPP; **art. 48*h* OPP 2**; **art. 5 OPP 3**; **art. 19*a* OLP**; décision de l'autorité cantonale de surveillance LPP imposant à deux fondations bancaires de libre passage et du pilier 3a de modifier leurs statuts concernant la composition du conseil de fondation.

Les ch. 1.2 al. 2 et 2.1 al. 2 des Directives D-04/2014 de la Commission de haute surveillance de la prévoyance professionnelle sur la composition du conseil de fondation respectivement des fondations du pilier 3a et des

fondations de libre passage, qui sont censés concrétiser l'**art. 48*h* al. 1 OPP 2**, sortent du cadre légal fixé par les **art. 5 al. 3 OPP 3** et 19a al. 2 OLP. Le renvoi de ces deux dispositions aux art. 49 à 58 OPP 2 concerne les règles sur le placement de la fortune (adoptées en exécution de l'**art. 71 LPP**), sans que le législateur n'ait prévu une application généralisée et indistincte des dispositions de la LPP et des règles d'exécution sur l'organisation des institutions de prévoyance, en particulier sur l'intégrité et la loyauté des responsables (au sens des **art. 51*b* LPP** et 48*h* OPP 2) aux fondations bancaires de libre passage et du pilier 3a (consid. 8).

147 V 259 *(résumé dans le Bulletin n° 157 ch. 1071)*

Art. 62 al. 1 phrase introductive, al. 1 let. d, art. 62*a* al. 2 let. c et al. 3, 1re phrase, LPP; art. 4 al. 1, art. 13 al. 1 et art. 15 al. 2 de la loi du Grand Conseil du canton de Berne du 17 mars 2014 sur l'Autorité bernoise de surveillance des institutions de prévoyance et des fondations (LABSPF); **art. 18 al. 1 let**. f et al. 2 de l'ordonnance du Conseil-exécutif du canton de Berne du 21 octobre 2009 sur la surveillance des fondations et des institutions de prévoyance (OSFI); frais d'expertise.

En vertu de l'art. 62 al. 1 phrase introductive LPP, l'autorité de surveillance - ici: l'Autorité bernoise de surveillance des institutions de prévoyance et des fondations (ABSPF) - s'assure que les institutions de prévoyance et les institutions servant à la prévoyance se conforment aux dispositions légales et que la fortune est employée conformément à sa destination. Elle prend les mesures propres à éliminer les insuffisances constatées; elle peut au besoin, entre autres mesures, ordonner des expertises (consid. 5-5.2.2). Les coûts ainsi occasionnés sont à la charge de l'institution de prévoyance placée sous surveillance (consid. 5.3 et 6; cf. aussi **ATF 141 V 509** consid. 3.1).

Art. 65b LPP : réserves techniques

145 V 22

Regeste b

Art. 65*b* LPP et **art. 48 OPP 2**; réserves techniques.

La seule référence à des cas de décès non survenus ne saurait justifier la constitution d'une réserve technique "réserve de fluctuation pour le collectif des retraités" d'une caisse de rentiers (consid. 8.4.2).

Art. 65d LPP : mesures en cas de découvert

143 V 440 *(résumé dans le Bulletin n° 147 ch. 986)*

Art. 65*d* al. 3 let. b LPP; réduction des rentes de vieillesse en cours.

Les réductions des rentes de vieillesse en cours sont admises uniquement en cas de découvert de l'institution de prévoyance. Une disposition (transitoire) réglementaire, selon laquelle le modèle de la rente de vieillesse flexible (rente de base fixe et fraction de bonus variable selon la situation financière de l'institution de prévoyance) serait applicable aussi aux rentes de vieillesse en cours, est donc contraire à la loi (consid. 3.3).

144 V 173 *(résumé dans le Bulletin n° 148 ch. 993)*

Art. 65*d* LPP; devoir de l'employeur en vue de résorber le découvert.

Un employeur ne saurait se soustraire aux engagements (d'assainissement) pris contractuellement envers une institution de prévoyance, en contrevenant préalablement à la clause d'exclusivité du contrat d'affiliation, de sorte que l'institution de prévoyance (respectivement l'œuvre de prévoyance) s'est transformée en une caisse ne comptant plus que des retraités (consid. 3.3.5).

Art. 73 LPP : contentieux

141 V 605

Art. 73 LPP; procédure en cas de distribution de fonds libres d'une institution de prévoyance.

En cas de distribution des fonds libres en dehors de toute procédure de liquidation (totale ou partielle), il convient de procéder à une séparation entre conception et exécution, laquelle sert de critère de distinction pour définir la voie de droit à suivre (consid. 3.2). Si le litige a pour objet les prescriptions générales relatives à la manière dont certains fonds libres doivent être répartis, cette question ne relève pas de la compétence du tribunal (cantonal) compétent en matière de prévoyance professionnelle, mais de celle de l'autorité de surveillance (consid. 3.4).

141 V 657

Art. 73 LPP; art. 2 al. 4 let. a de l'arrêté du Conseil fédéral étendant le champ d'application de la convention collective de travail pour la retraite anticipée dans le secteur principal de la construction (CCT RA); qualité pour agir en matière de créance de cotisation et d'assujettissement.

La Fondation FAR est également habilitée, en matière de créances nées avant le 1er septembre 2006, à agir en son propre nom (consid. 3.5.3). Interprétation de la notion de "partie d'entreprise" (consid. 4.5). En l'espèce, l'entreprise tombe avec son unité "forages pour sondes terrestres" dans le champ d'application relatif au genre d'entreprise de l'art. 2 al. 4 let. a de l'arrêté d'extension de la CCT RA (consid. 4.7).

Art. 79b LPP : rachat

142 II 399

Art. 33 al. 1 let. d LIFD; art. 9 al. 2 let. d LHID; art. 79*b* al. 3 et 4 LPP; art. 22*c* LFLP. Déduction des rachats de cotisations à la prévoyance professionnelle effectués après un divorce. Interdiction du retrait d'une prestation en capital. Evasion fiscale.

Interprétation de l'**art. 79*b* al. 3 et 4 LPP** (consid. 3.2-3.3.5): il résulte en particulier de l'interprétation téléologique (consid. 3.3.4) que l'exception contenue à l'**art. 79*b* al. 4 LPP** porte également sur le délai de blocage de trois ans prévu à l'**art. 79*b* al. 3 LPP**. Un retrait en capital dans les trois ans n'est pas exclu en cas de rachat après divorce ou dissolution judiciaire d'un partenariat enregistré.
Une déduction selon l'**art. 33 al. 1 let**. d LIFD n'est pas autorisée en présence d'un cas d'évasion fiscale (confirmation de la jurisprudence; consid. 4.2). Evasion fiscale admise en l'espèce (consid. 4.4).

148 II 189

Art. 32*k* al. 1, 3e phrase, LPers; art. 33 al. 1 let. d LIFD; art. 9 al. 2 let. d LHID; art. 79*b* al. 3 LPP; l'apport de capital effectué par le travailleur ou la travailleuse dans le but d'augmenter une rente transitoire en cas de retraite anticipée est déductible malgré le retrait simultané du capital vieillesse.
La pratique relative au rachat de capital dans la prévoyance professionnelle, qui est perçu par la suite sous forme de capital et donc de manière fiscalement privilégiée, ne trouve pas application dans le cas où, par le biais d'un apport de capital, une rente transitoire est augmentée et simultanément le capital vieillesse est retiré. Les caractéristiques particulières d'une rente transitoire émanant de l'institution de prévoyance professionnelle (limitation dans le temps jusqu'à l'âge de la retraite, possibilité d'un financement paritaire, exclusion du retrait sous forme de capital, imposition ordinaire de la rente, etc.) écartent le risque d'abus que l'**art. 79*b* al. 3 LPP** veut contrer. L'apport de capital est dès lors déductible (consid. 3.4.5).

Art. 80 LPP : gains immobiliers et fondation de placement

148 II 259

Art. 24 al. 3 LHID; **art. 80 al. 4 LPP**; report de l'impôt sur les gains immobiliers en cas de transfert du parc immobilier d'une caisse de pension à une fondation de placement en échange de droits de participation au portefeuille immobilier de cette fondation de placement ("Asset Swap immobiliers").

Tant l'**art. 24 al. 3 LHID** (ou la disposition cantonale de mise en oeuvre correspondante) que l'art. 80 al. 4, 2e phrase, LPP entrent en ligne de compte comme points de rattachement pour un éventuel report de l'impôt sur les gains immobiliers en cas de "Asset Swap immobiliers" entre une caisse de pension et une fondation de placement (consid. 4.1-4.3). Selon la conception du législateur, l'art. 80 al. 4, 2e phrase, LPP devait conserver une signification autonome par rapport aux art. 24 al. 3 et 3ter LHID adoptés ultérieurement; la disposition doit donc être interprétée sans recourir aux éventuelles conditions restrictives des art. 24 al. 3 et 3quater LHID (consid. 5.1-5.3). L'existence d'une "division" ("Aufteilung" en allemand; "divisione" en italien) au sens de l'art. 80 al. 4, 2e phrase, LPP n'est pas liée à une forme de restructuration déterminée et ne doit pas nécessairement se dérouler dans le cadre d'une liquidation partielle ou totale; tant que le parc immobilier de l'institution de prévoyance reste attaché au but de prévoyance antérieur, le report d'imposition doit en principe être accordé (consid. 6.4.1-6.4.3). Existence d'une "division" confirmée dans le cas concret (consid. 6.4.5).

Art. 82 LPP : pilier 3a (OPP 3)

141 V 405 *(résumé dans le Bulletin n° 140 ch. 933)*

Art. 82 LPP; **art. 17 et 53 LPGA**; adaptation d'une rente d'invalidité versée en vertu d'une police d'assurance sur la vie du pilier 3a.

A défaut de disposition légale ou contractuelle, les principes valables dans le deuxième pilier en matière d'adaptation d'une rente d'invalidité sont applicables à titre subsidiaire et par analogie dans le pilier 3a (consid. 3).

141 V 439 *(résumé dans le Bulletin n° 140 ch. 933)*

Art. 82 al. 2 LPP; **art. 1 al. 1 OPP 3**; détermination du degré d'incapacité de gain dans le 3e pilier A.

Les principes relatifs à la force contraignante des décisions des organes de l'assurance-invalidité pour les institutions de prévoyance qui s'appliquent dans la prévoyance professionnelle obligatoire (**ATF 132 V 1** consid. 3.2 p. 4) ne peuvent être invoqués subsidiairement dans le 3e pilier A (consid. 4.2).

148 II 313

Art. 82 LPP en relation avec l'**art. 7 al. 1 let. b OPP 3**; **art. 37*a* LIFD**, respectivement **art. 11 al. 4 LHID**; prise en compte des revenus soumis à la LTN pour la déduction de ladite "grande" cotisation au pilier 3a.

En raison de l'importance de la constitution d'une prévoyance individuelle liée en cas d'absence de prévoyance professionnelle, il se justifie de prendre en compte les revenus soumis à la LTN pour le calcul de la grande cotisation au pilier 3a déductible, selon l'**art. 82 LPP** en relation avec l'**art. 7 al. 1 let. b OPP 3** (consid. 3 et 4).

Ni la lettre ni la genèse de l'**art. 37*a* LIFD**, respectivement de l'**art. 11 al. 4 LHID**, ne s'opposent à une telle prise en compte concernant la question de savoir jusqu'où doit porter le caractère libératoire de l'impôt à la source prélevé sur les revenus soumis à la LTN (consid. 4.2 et 4.3).

148 II 556

Art. 82 al. 1 LPP; **art. 7 OPP 3**; déduction des cotisations au pilier 3a; attribution dans le temps.

Les cotisations au pilier 3a doivent être affectées "exclusivement et irrévocablement" à la prévoyance professionnelle pour être fiscalement déductibles (consid. 3.3 et 3.4.1). L'attribution temporelle des cotisations au pilier 3a, lors du changement d'année, doit s'effectuer en fonction du jour où elles sont créditées et non du jour où elles sont débitées chez le contribuable (consid. 3.4.2).

Le fait que le compte collectif d'une assurance soit crédité ne suffit pas pour déterminer si le versement a été fait à temps, c'est-à-dire avant la fin de l'année. Est déterminant le crédit sur le compte de prévoyance individuel du contribuable (consid. 4.1 et 4.2).

Art. 86 LPP : transparence

148 II 16

Art. 86 LPP; **art. 4 let. a LTrans**; art. 26 al. 4 LIPAD/GE; demande d'accès à un procès-verbal d'une séance du comité de la Caisse de prévoyance de l'Etat de Genève portant sur l'abaissement du taux technique et le changement de table de mortalité.

En droit fédéral, l'entrée en vigueur de la LTrans a réduit la portée de l'obligation de garder le secret prévue à l'**art. 86 LPP**, lequel ne constitue pas une disposition spéciale au sens de l'**art. 4 let. a LTrans**. L'**art. 86 LPP** ne protège plus que les informations couvertes par le secret en application des exceptions prévues aux **art. 7 et 8 LTrans** (consid. 3.2-3.4).

L'**art. 86 LPP** ne fait ainsi pas obstacle au droit d'accès aux documents au sens du droit genevois (art. 26 al. 4 LIPAD/GE) (consid. 3.1 et 3.5).

Indemnité de départ, prestation en capital, imposition

145 II 2

Art. 17 al. 2, 37 et 38 LIFD; impôt sur le revenu; contrat de travail; réduction de salaire; indemnité de départ; prestation périodique; prestation en capital; prestation de prévoyance; taux d'imposition.

Rappel des critères déterminants pour apprécier si le versement d'un capital à un employé doit être assimilé à un versement en capital provenant d'une institution de prévoyance au sens de l'**art. 17 al. 2 LIFD** et, ainsi, bénéficier du taux d'imposition privilégié de l'**art. 38 LIFD** (consid. 4.1-4-3). En l'occurrence, l'indemnité de départ convenue entre le recourant et son employeur à la suite d'une prolongation du contrat de travail après l'âge de la retraite, en contrepartie d'une réduction de salaire, ne présente pas de lien étroit avec la prévoyance professionnelle, de sorte qu'elle ne peut pas profiter d'un taux d'imposition privilégié (consid. 4.4 et 4.5).

L'indemnité de départ en cause ne bénéficie pas non plus du taux particulier prévu à l'**art. 37 LIFD** pour les versements uniques opérés en remplacement de prestations périodiques, car un tel taux ne s'applique pas lorsque le contribuable a lui-même souhaité que ses créances soient payées de manière différée sous forme de capital (confirmation de jurisprudence; consid. 5).

Droit des marchés publics

142 II 369

La caisse de pensions argovienne est-elle soumise au droit cantonal des marchés publics lors de l'adjudication de travaux d'entretien dans des immeubles de sa fortune de placement? Appréciation de la question selon le droit international, fédéral et cantonal.

Recevabilité du recours (consid. 1.1-1.4). Qualité pour recourir de la caisse de pensions argovienne au sens de l'**art. 89 al. 1 LTF** reconnue (consid. 1.5). Pouvoir de cognition et griefs (consid. 2). Un assujettissement au droit

des marchés publics ne résulte pas directement du droit international (consid. 3). Le droit cantonal peut prévoir un champ d'application subjectif du droit des marchés publics plus étendu que celui du droit international, fédéral et intercantonal. Il n'est pas arbitraire que la caisse de pensions, en tant qu'établissement du canton, soit soumise au droit cantonal des marchés publics en ce qui concerne les marchés litigieux (consid. 4). L'assujettissement n'est pas contraire à la primauté du droit fédéral (**art. 49 Cst.**), respectivement aux **art. 111 et 113 Cst.**, de même qu'à la LPP (consid. 5). Du fait que la caisse de pensions argovienne n'opère pas principalement sur le marché concurrentiel, la question de la titularité du droit fondamental (**art. 27 Cst.**) est laissée ouverte (consid. 6). Frais judiciaires: les causes relatives au droit des marchés publics sont considérées comme des cas présentant un intérêt patrimonial (**art. 68 al. 1 et 4 LTF**), même lorsqu'il s'agit uniquement de déterminer si le droit des marchés publics est applicable (consid. 7).

LFLP

Art. 2 al. 1 LFLP (en relation avec les art. 53b-53c LPP) : prestation de sortie et liquidation partielle

141 V 597

Art. 53*b* et 53*c* LPP; art. 2 al. 1 LFLP; liquidation (partielle) et exigibilité de la prestation de sortie.

Si le droit à une prestation de sortie est liée à un cas de liquidation (partielle), cette prestation n'est exigible que lorsqu'il y a un plan de répartition contraignant, respectivement une affectation contraignante du découvert (consid. 3.2). C'est pourquoi l'ouverture d'une action concernant la prestation de sortie est prématurée (consid. 4.4).

Art. 2, 16 et 17 LFLP : montant de la prestation de sortie

142 V 129

Art. 2 al. 2, art. 16 al. 1-3, art. 17 al. 2 let. c et al. 5 LFLP; montant de la prestation de sortie dans les institutions de prévoyance appliquant le système de la primauté des prestations.

Pour le calcul de la valeur actuelle valent comme "prestations assurées" au sens de l'art. 16 al. 2 et 3 1re phrase LFLP seulement les prestations de prévoyance mais pas le (pré)financement de telles prestations (consid. 5.3). Les prestations règlementaires en cas de retraite anticipée, qui sont prévues pour la période transitoire jusqu'à la rente de vieillesse de l'AVS et de la prévoyance professionnelle sont des "rentes transitoires" au sens de l'**art. 17 al. 2 let**. c LFLP (consid. 5.4). Pour trancher la question du système selon lequel sont financées les prestations d'une institution de prévoyance, l'aspect temporel n'est pas seul déterminant ; est aussi décisif le point de savoir si les cotisations correspondantes conduisent à une constitution méthodique du capital de couverture (consid. 6.3).
Si les fonds pour la prestation en question proviennent de la dissolution de provisions techniques, respectivement de fonds libres, alors cette prestation n'a pas été financée selon le système de capitalisation (consid. 6.5). Il existe seulement un droit à une prestation de sortie, c'est-à-dire une prestation de sortie intégrale; pour le calcul de celle-ci selon les dispositions légales, il n'y a pas de place pour un cumul à l'intérieur de ce régime (consid. 7.3).

Art. 3 LFLP : restitution de la prestation de sortie

141 V 197 *(résumé dans le Bulletin n° 140 ch. 932)*

Art. 3 al. 2 et 3 LFLP; restitution de la prestation de sortie.

L'ancienne institution de prévoyance obligée de verser des prestations d'invalidité après avoir transféré la prestation de sortie à une institution de libre passage n'est pas tenue d'obtenir de l'institution de libre passage la restitution de la prestation de sortie (consid. 5.3).

Art. 14 LFLP : résiliation du contrat de prévoyance surobligatoire

144 V 376 *(résumé dans le Bulletin n° 149 ch. 1002)*

Art. 14 al. 1 LFLP ; résiliation du contrat de prévoyance surobligatoire en cas de réticence; prise en considération de la prestation apportée de libre passage provenant de la prévoyance surobligatoire dans le calcul de la rente minimale LPP.

En cas de résiliation du contrat de prévoyance surobligatoire (en tant que "mesure de substitution" au sens de l' **ATF 130 V 9** consid. 5.1 p. 15), l'**art. 14 al. 1 LFLP** garantit les avantages acquis selon le principe de l'imputation dans la mesure où la prestation d'entrée constitue la valeur minimale pour le calcul du droit à la rente. Cette limite ne peut pas être réduite par voie réglementaire (consid. 4).

Divorce: art. 22a et 25a LFLP et art. 122, 123, 124, 124a, 124b CC, 280, 281 CPC, 26 et 34a LPP

141 V 667

Art. 122, 123 et 124 CC; **art. 280 et 281 CPC**; art. 22 al. 1 et 2, **art. 22*a* et 25*a* al. 1 LFLP**; prestation de sortie dans le cadre du partage de la prévoyance professionnelle lorsque le mariage a été conclu avant le 1 er janvier 1995.

En cas de mariage antérieur au 1 er janvier 1995, la prestation de sortie qui doit être déterminée selon l'**art. 22 LFLP** existant au moment de la conclusion du mariage est calculée normalement sur la base d'un tableau établi par le DFI (**art. 22*a* LFLP**; consid. 4).

142 V 419

Art. 26 al. 1 et 2, art. 34*a* al. 1 LPP; **art. 24 OPP 2**; **art. 122 al. 1 et art. 124 al. 1 CC**; réalisation du risque de prévoyance en cas d'invalidité.

La réduction complète d'une prétention à une rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle à la suite d'une surindemnisation dans le cadre d'un divorce n'a pas d'effet sur la réalisation du risque de prévoyance en cas d'invalidité selon les règles du premier pilier (consid. 4; précision de la jurisprudence selon **ATF 134 V 28** consid. 3.4.2 p. 32).

145 III 56 *(résumé dans le Bulletin n° 150 ch. 1009)*

Art. 124*a* et 124*b* al. 2 CC; divorce; nouveau droit du partage de la prévoyance professionnelle des époux; justes motifs permettant de déroger au principe du partage par moitié.

Dans le cadre du partage de la rente selon l'**art. 124*a* CC**, le juge peut s'inspirer des principes ressortant de l'**art. 124*b* CC** (consid. 5.1). La violation grave par un époux de son devoir de contribuer à l'entretien de la famille constitue un juste motif permettant de s'écarter du principe du partage par moitié (consid 5.3 et 5.4). Dans le cas d'espèce, le refus du partage ne constitue pas un abus du pouvoir d'appréciation (consid. 6).

146 V 95

Art. 123 et 124 CC; partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce; détermination de la prestation de sortie à partager.

Est déterminant pour l'application de l'**art. 124 CC** le point de savoir si, avant l'introduction de la procédure de divorce, un droit à une rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle est né, c'est-à-dire le risque de prévoyance "invalidité" est réalisé. Le fait qu'aucune rente n'est (encore) versée n'exclut pas l'application de l'**art. 124 CC** (consid. 4.4).

Art. 4 LFLP, 16 OLP, 92 et 275 LP : séquestre de la prestation de sortie

148 III 232 *(résumé dans le Bulletin n° 160 ch. 1102)*

Art. 92 al. 1 ch. 10 et art. 275 LP; **art. 4 al. 1 LFLP**; **art. 16 al. 1 OLP**; séquestre des avoirs de prévoyance professionnelle; prestation de sortie transférée à une institution sur un compte de libre passage; condition de l'exigibilité du droit aux prestations.

La prestation de sortie versée à une institution de libre passage est exigible au sens de l'**art. 92 al. 1 ch. 10 LP** si le poursuivi en demande le versement (consid. 6).

Art. 16 OLP, 92 et 93 LPP : saisissabilité des avoirs de libre passage et restitution de l'aide sociale

148 V 114

Art. 113 Cst.; § 20 al. 1 de la loi du canton d'Argovie du 6 mars 2001 sur l'aide sociale publique et la prévention sociale; § 20 al. 1 de l'ordonnance du canton d'Argovie du 28 août 2002 sur l'aide sociale et la prévention; **art. 16 al. 1 OLP**; **art. 92 et art. 93 al. 1 LP**; utilisation des avoirs de libre passage en vue de la restitution de l'aide sociale économique; maintien de la protection de la prévoyance.

Saisissabilité des prestations de libre passage (consid. 7.2). Les avoirs de libre passage versés en vertu de l'**art. 16 al. 1 OLP** peuvent être utilisés pour restituer l'aide sociale économique (consid. 7.3.1). Il est tenu compte du but de protection de la prévoyance par le biais d'une saisissabilité relative dans le cadre de l'**art. 93 LP** lors de l'exécution forcée et non pas au stade de la procédure de restitution devant l'administration ou le juge (consid. 7.4).

Art. 16 OLP et 11 LPC : avoir de libre passage et prestations complémentaires

146 V 331 *(résumé dans le Bulletin n° 155 ch. 1062)*

Art. 11 al. 1 let. c LPC; **art. 16 al. 2 OLP**; moment auquel doit être examinée l'imputation d'un avoir provenant d'un compte de libre passage en cas d'allocation rétroactive de prestations complémentaires à une rente de l'assurance-invalidité.

Aperçu de la jurisprudence. L'imputation d'un élément de fortune au sens de l'**art. 11 al. 1 let**. c LPC est réalisée non seulement en cas de versement effectif d'un avoir de libre passage, mais déjà lorsque celui-ci est légalement admissible (consid. 3 et 4).

Le droit au versement au sens de l'**art. 16 al. 2 OLP** d'un avoir provenant d'un compte de libre passage naît au moment de l'entrée en force de la décision d'octroi d'une rente entière de l'assurance-invalidité (consid. 5).

Art. 1e OPP 2 : principes de la prévoyance professionnelle et libre choix des stratégies de placement

141 V 416 *(résumé dans le Bulletin n° 140 ch. 931)*

Art. 1e OPP 2; application des principes de la prévoyance professionnelle aux institutions de prévoyance avec libre choix des stratégies de placement actives uniquement dans le domaine de la prévoyance plus étendue.

Le nombre de stratégies de placement que peut offrir une institution de prévoyance dans le cadre d'un même plan de prévoyance ou d'une même œuvre de prévoyance au sens de l'**art. 1e OPP 2** n'a pas été fixé précisément par le Conseil fédéral. Cette disposition réglementaire ne saurait toutefois être vidée de son contenu par le biais d'une interprétation extensive, avec pour effet de rendre inopérant le principe de la collectivité. Il est interdit aux institutions collectives auxquelles de nombreuses œuvres de prévoyance sont affiliées de prévoir une offre tellement importante que le respect du principe de la collectivité n'apparaît plus réaliste (consid. 5.3).

Les solutions de prévoyance avec libre choix de la stratégie de placement doivent également respecter le principe d'adéquation de la prévoyance. Le fait que l'autorité de surveillance exige un examen préalable de chaque stratégie de placement par l'expert en matière de prévoyance professionnelle n'est pas disproportionné ni de toute autre manière contraire au droit fédéral (consid. 6.5).

Art.. 48e OPP 2 : provisions techniques en cas de liquidation partielle

141 V 589 *(résumé dans le Bulletin n° 142 ch. 943)*

Art. 48e OPP 2; constitution de provisions techniques en cas de liquidation partielle d'une institution de prévoyance.

Les dispositions conformes à la loi du règlement sur les provisions techniques d'une institution de prévoyance sont à prendre en considération au moment de l'établissement du bilan de liquidation partielle (consid. 4.2.2). L'engagement contractuel pris par l'employeur de financer de façon échelonnée et temporaire un déficit de couverture ne constitue pas un substitut équivalent à la constitution réglementaire de la provision pour "taux d'intérêt technique" (consid. 4.4 et 4.5).

Voir aussi la compilation « jurisprudence » des Bulletins de la prévoyance professionnelle

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 161

1115 Liquidation partielle et droit collectif aux provisions et aux réserves de fluctuation

(Référence à un arrêt du TF du 8 mars 2023, 9C_11/2022, arrêt en français)

(Art. 53*b* LPP et 27*h* OPP 2)

En cas de départ volontaire et individuel d'un associé gérant d'une société de personnes qui résilie son contrat d'affiliation, il y a un cas de liquidation partielle selon l'ar. 53b, al. 1, let. c, LPP. Comme il s'agit d'une sortie individuelle et non pas d'un passage collectif dans une autre institution de prévoyance, celui-ci ne bénéficie pas d'un droit collectif de participation aux provisions et aux réserves de fluctuation au sens de l'art. 27h OPP 2.

Les faits étaient en résumé les suivants: l'Etude d'avocats E. était exploitée par une société en commandite créée par plusieurs associés. Ceux-ci étaient assurés auprès de la Fondation de prévoyance en faveur du personnel de l'Etude E. Par la suite, une société de capitaux a été créée pour reprendre l'exploitation de l'étude d'avocats. L'Etude E. a été liquidée et une nouvelle étude J. SA a été créée. La Fondation de

prévoyance E. est devenue désormais la nouvelle Fondation D. SA. Trois associés qui avaient rejoint entretemps une autre étude d'avocats ont annoncé à la Fondation D. SA leur affiliation à la Fondation collective L. Ils ont demandé à la Fondation D. SA de leur indiquer le montant des avoirs LPP en lien avec la liquidation partielle de la fondation qui leur serait dû ainsi que de transférer ce montant à leur nouvelle fondation de prévoyance. Suite à la décision négative du conseil de fondation, les associés ont déposé une plainte auprès de l'ASFIP. Celle-ci a considéré que la procédure de liquidation partielle avait été correctement appliquée et qu'il n'existait aucun droit collectif aux provisions et aux réserves de fluctuation. Cette décision a fait l'objet d'un recours auprès du TAF puis du TF.

L'art. 53*b*, al. 1, LPP a le libellé suivant: «Les institutions de prévoyance fixent dans leurs règlements les conditions et la procédure de liquidation partielle. Les conditions pour une liquidation partielle sont présumées remplies lorsque:
a. l'effectif du personnel subit une réduction considérable;
b. une entreprise est restructurée;
c. le contrat d'affiliation est résilié. »

Selon l'art. 27*h*, al. 1, 1re phrase, OPP 2, « lorsque plusieurs assurés passent ensemble dans une autre institution de prévoyance (sortie collective), un droit collectif de participation proportionnelle aux provisions et aux réserves de fluctuation s'ajoute au droit de participation aux fonds libres.»

En l'espèce, le TAF puis le TF ont jugé que le départ d'un associé gérant d'une société de personnes affilié en qualité d'indépendant à la même institution de prévoyance que ses employés, qui résilie son contrat de société ainsi que son contrat d'affiliation, entraîne une liquidation partielle selon le règlement de liquidation partielle de cette institution de prévoyance ainsi que selon l'art. 53*b*, al. 1, let. c LPP (résiliation du contrat d'affiliation). Qualifié de volontaire et individuel, ce départ ne peut pas déclencher un autre cas de liquidation partielle que celui de l'art. 53*b*, al. 1, let. c LPP. Un tel départ ne saurait par définition constituer un passage collectif dans une autre institution de prévoyance (sortie collective). Dans ces circonstances, l'associé gérant ne bénéficie pas d'un droit collectif de participation proportionnelle aux provisions et aux réserves de fluctuation au sens de l'art. 27*h* OPP 2.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 160

1102 Séquestre des avoirs de prévoyance

(Référence à un arrêt du TF du 20 avril 2022, 5A_907/2021, arrêt en français, publication ATF prévue)

(Art. 92, al. 1, ch. 10, et 275 LP; art. 4 et 5 LFLP et 16 OLP)

L'avoir de prévoyance ne peut faire l'objet d'un séquestre que si la personne assurée a fait une demande de versement. Ce principe vaut pour les avoirs de prévoyance du 2e pilier, y compris les comptes et polices de libre passage, ainsi que pour les avoir de prévoyance individuelle liée (pilier 3a). Une demande de transfert dans une institution de libre passage ne suffit pas pour rendre séquestrable l'avoir de prévoyance.

Dans cet arrêt, le TF a examiné la question de savoir s'il pouvait y avoir séquestre de la prestation de sortie de l'intimé qui était détenue par son ancienne institution de prévoyance à laquelle il avait cessé d'être affilié facultativement comme indépendant et à qui il avait donné l'ordre de transférer sa prestation de sortie à une institution de libre passage. Selon l'art. 275 de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP), les art. 91 à 109 LP relatifs à la saisie s'appliquent par analogie à l'exécution du séquestre.

L'art. 92 LP, al. 1, ch. 10 LP, déclare insaisissables « les droits aux prestations de prévoyance et de libre passage non encore exigibles à l'égard d'une institution de prévoyance professionnelle ».

Le TF a déjà jugé, au sujet du paiement en espèces de la prestation de sortie en cas de libre passage (art. 5 LFLP), que la simple possibilité de demander le paiement ne provoque pas l'exigibilité de la prestation. La demande de paiement en espèces de la prestation de sortie en cas de libre passage est une condition dont dépend l'exigibilité du droit au paiement. Aussi longtemps qu'une telle demande n'est pas déposée, la prestation de libre passage doit rester affectée au maintien de la prévoyance et ne peut donc être ni saisie, ni séquestrée. Le TF a déjà également considéré qu'il n'y a rien d'abusif de se conformer aux règles qui permettent de maintenir l'affectation de la prestation de sortie au but de prévoyance, même lorsque les conditions pour obtenir un versement sont remplies.

En l'espèce, le TF a jugé que la prestation de libre passage n'était pas exigible et donc pas séquestrable, car l'intimé avait demandé à son ancienne institution de prévoyance le transfert de celle-ci sur un compte auprès d'une institution de libre passage afin de maintenir sa prévoyance sur la base de l'art. 4 LFLP.

1103 Pas de cotisations LPP sur les indemnités conventionnelles versées par l'employeur à l'employé pour cause de résiliation anticipée des rapports de travail

(Référence à un arrêt du TF du 3 mai 2022, 9C_374/2021, arrêt en français)

(Art. 10, al. 2, let. b, LPP; art. 331*a*, al. 1, et 341, al. 1, CO)

X. a travaillé pour Y. dès mars 2019. A ce titre, X. était affilié auprès de la caisse de prévoyance Z. Début février 2020, X. et Y. ont signé un acte dans lequel les parties convenaient de mettre fin aux rapports de travail avec effet au 29 février 2020, d'entente entre elles et d'un commun accord. La personne employée était libérée de son obligation de travailler jusqu'à la fin des rapports de travail à cette même date. Y. s'engageait à payer à X. le 1er avril 2020 un montant total brut, dont à déduire les charges sociales et légales usuelles. Ce montant brut correspondait au préavis de congé de six mois, au 13ème salaire pro rata temporis calculé sur huit mois et à une indemnité équivalente à 4 mois du salaire mensuel brut, à bien plaire, par gain de paix, et sans aucune reconnaissance de responsabilité. A la demande de X., Y. lui a indiqué en mars 2020 que l'indemnité de départ ne sera pas soumise aux cotisations de prévoyance professionnelle, dont le paiement avait pris fin au 29 février 2020. X. a ouvert action auprès du tribunal cantonal, puis a recouru devant le TF.

Selon le TF, le rapport de prévoyance prend fin en même temps que la dissolution des rapports de travail. Lorsque l'assuré a librement convenu avec son employeur la date de la dissolution de ses rapports de travail, les indemnités conventionnelles qui sont versées pour la période où les rapports de travail et de prévoyance ont pris fin ne sont pas soumises à cotisations LPP.

1104 Obligation de cotiser : activité accessoire auprès du même employeur assujettie à l'assurance obligatoire

(Référence à un arrêt du TF du 14 avril 2022, 9C_31/2021, arrêt en allemand)

Si la personne exerce une activité accessoire pour l'employeur auprès duquel son activité principale est déjà assujettie à la prévoyance professionnelle, l'activité accessoire l'est également. Dans ce cas l'art. 1j, al. 1, let. c, OPP 2 ne s'applique pas : il y a donc lieu d'additionner les salaires obtenus pour les deux activités.

(Art. 2, al. 1 et 4, LPP et art. 1j, al. 1, let. c, OPP 2)

Dans le cas présent, la personne était assurée à la prévoyance professionnelle pour un taux d'activité de 100 %. En outre, elle exerçait des activités accessoires mineures pour le même employeur. Le Tribunal fédéral (TF) devait examiner si les rémunérations reçues pour les activités accessoires devaient être additionnées au salaire obtenu pour l'activité principale, ou s'il s'agissait d'une activité accessoire au sens de l'art. 1j, al. 1, let. c, OPP 2, qui n'est pas assujettie à l'assurance obligatoire.

Selon le TF, l'énoncé de l'art. 2, al. 1, LPP (« d'un même employeur »), indique que pour l'addition des salaires, le seul élément déterminant est de savoir si les revenus ont été réalisés auprès du même employeur. De même, selon le message sur la LPP, le seul élément déterminant est de savoir si le salaire annuel à prendre en compte a été réalisé auprès d'un seul et même employeur. La prévoyance professionnelle vise à maintenir le niveau de vie des assurés. Pour y parvenir, il importe de prendre en compte, dans la mesure du possible, tous les salaires versés. Seuls les salaires dont la saisie entraînerait une charge disproportionnée ne doivent pas être pris en compte. Dans ce cas, les frais administratifs supplémentaires seraient disproportionnés par rapport à la faible augmentation de la couverture de prévoyance.

Lorsqu'une personne salariée exerce plusieurs activités pour le même employeur, c'est en général la même institution de prévoyance qui est compétente pour toutes les activités. Selon le TF, la charge administrative supplémentaire est alors insignifiante. Il arrive donc à la conclusion que lorsque la personne assurée exerce une activité principale et une activité accessoire auprès du même employeur, l'art. 1j, al. 1, let. c, OPP 2, n'est pas applicable. En vertu de l'art. 2, al. 1, LPP, il y a donc lieu d'additionner les salaires réalisés pour les deux activités et de payer les cotisations LPP sur la somme totale.

1105 Obligation de cotiser : assujettissement réglementaire des revenus d'activités accessoires

(Référence à un arrêt du TF du 3 mai 2022, 9C_300/2021, arrêt en allemand)

Le règlement d'une institution de prévoyance peut prévoir que les revenus tirés d'une activité accessoire inférieurs au seuil d'accès LPP soient également soumis à l'obligation de cotiser à la prévoyance professionnelle s'ils sont réalisés auprès d'un employeur qui est affilié à la même institution de prévoyance que l'employeur de l'activité exercée à titre principal.

(Art. 2 et 49 LPP ; art. 1*j*, al. 1, let. c, OPP 2)

Une personne assurée est active auprès de deux employeurs qui sont affiliés à la même institution de prévoyance. Dans son activité principale, la personne assurée est obligatoirement assurée à la prévoyance professionnelle. L'institution de prévoyance soumet désormais également à l'obligation de cotiser le revenu de l'activité exercée à titre accessoire, qui correspond à un salaire annuel de seulement 10 000 francs. Elle le fait sur la base de son règlement, lequel prévoit que tous les revenus soumis à l'AVS réalisés par une personne assurée auprès des employeurs qui lui sont affiliés sont soumis à l'obligation de cotiser. La personne assurée s'y oppose, arguant que selon l'art. 1*j*, al. 1, let. c, OPP 2, les salariés exerçant une activité accessoire ne sont pas soumis à l'assurance obligatoire s'ils y sont déjà assujettis pour une activité lucrative exercée à titre principal.

Le TF considère que, dans le cas présent, le revenu de l'activité accessoire est inférieur au seuil d'entrée et qu'il n'est donc pas soumis à la prévoyance obligatoire. Cependant, il relève qu'en matière de prévoyance étendue au-delà des prestations minimales, il n'existe aucune disposition impérative concernant un salaire minimum ou l'assurance des salariés au service de plusieurs employeurs (art. 49, al. 2, LPP). Contrairement à la thèse défendue par la personne assurée, l'art. 1*j*, al. 1, let. c, OPP 2, fondé sur l'art. 2, al. 4, LPP, n'est donc pas obligatoirement applicable. Au contraire, la LPP autorise une couverture d'assurance plus étendue que celle prévue par la loi. Dans le cadre de la prévoyance étendue au-delà des prestations minimales, une

institution de prévoyance peut également assurer des revenus qui sont inférieurs au salaire minimum de la prévoyance obligatoire (prévoyance *sous*-obligatoire).

Le TF arrive donc à la conclusion que le règlement d'une institution de prévoyance peut soumettre à l'obligation de cotiser les revenus d'une activité accessoire qui se situent en dessous du seuil d'entrée.

1106 Rente d'orphelin LPP et formation en cours d'emploi

(Référence à un arrêt du Tribunal fédéral du 20 juillet 2022, 9C_543/2021, arrêt en français, publication ATF prévue)

Le fait de suivre une formation en cours d'emploi, avec un revenu supérieur à la rente AVS maximale, ne met pas fin à la rente d'orphelin de la prévoyance professionnelle. L'art. 49bis, al. 3, RAVS n'est pas applicable par analogie à la rente d'orphelin LPP, car le but des prestations du 2e pilier n'est pas le même que celui de l'AVS.

(art. 22, al. 3, let. a, LPP)

A la suite du décès de son époux, A. a été mise au bénéfice de prestations pour survivants de la prévoyance professionnelle. La Caisse de pensions X. lui a alloué une rente de conjoint survivant et une rente d'orpheline pour sa fille B. Depuis la rentrée 2011, B. a suivi auprès d'une haute école une formation en cours d'emploi, en travaillant à 50 % au sein de l'administration de 2011 à 2015. En 2014, la Caisse cantonale de compensation a supprimé le droit à la rente d'orpheline de l'AVS avec effet rétroactif en raison de la formation effectuée en emploi par B. Ladite caisse en a informé la Caisse de pensions X. qui a aussi supprimé le droit à la rente d'orpheline du 2e pilier. Suite à l'action de A. contre la Caisse de pensions, le Tribunal cantonal a jugé que la rente d'orpheline du 2e pilier pouvait être supprimée en appliquant par analogie l'art. 49bis, al. 3, RAVS. A. a alors fait recours auprès du TF.

D'après l'art. 22, al. 3, let. a, LPP, le droit aux prestations pour orphelin s'éteint au décès de l'orphelin ou dès que celui-ci atteint l'âge de 18 ans. Il subsiste, jusqu'à l'âge de 25 ans au plus, tant que l'orphelin fait un apprentissage ou des études.

Dans le 1er pilier, sur la base de la délégation de compétence de l'art. 25, al. 5, LAVS, le Conseil fédéral a édicté l'art. 49bis RAVS. Selon l'art. 49bis, al. 3, RAVS, l'enfant n'est pas considéré en formation si son revenu d'activité lucrative mensuel moyen est supérieur à la rente de vieillesse complète maximale de l'AVS. D'après cette disposition, l'enfant qui perçoit un revenu d'activité lucrative mensuel moyen plus élevé que la rente de vieillesse AVS n'a pas droit à la rente d'orphelin de l'AVS (cf. ATF 142 V 226).

Le TF a jugé que la suppression du droit à la rente d'orphelin du 2e pilier, en application par analogie de l'art. 49bis al. 3, RAVS, n'est pas conforme au droit de la prévoyance professionnelle. En effet, une application par analogie de cette disposition ne prend pas en considération le but des prestations LPP qui n'est pas le même que celui de l'AVS/AI. La suppression de la rente d'orphelin du 2e pilier revient à nier que cette prestation de la prévoyance professionnelle a pour but d'améliorer la situation financière de l'enfant en formation, l'objectif étant le maintien du niveau de vie, et pas seulement la couverture des besoins vitaux. De plus, l'art. 22 LPP ne prévoit pas la compétence du Conseil fédéral de définir ce que l'on entend par formation (contrairement à l'art. 25, al. 5, LAVS). Cet article de la LPP ne fait pas non plus de renvoi à la notion de formation au sens de la RAVS.

1090 Capital-décès: exigence d'un ménage commun dans le cadre d'un partenariat de vie donnant droit à prestation (concrétisation de la jurisprudence)

(Référence à un arrêt du TF du 21 février 2022, 9C_485/2021, arrêt en allemand)

La condition réglementaire de former un ménage commun est jugée également remplie lorsque les partenaires ne font ménage commun que pendant la fin de la semaine et les vacances, dans la mesure où, comme en l'espèce, ils vivent séparément durant les jours de travail pour des raisons professionnelles, et non pas pour de simples motifs d'ordre pratique.

(art. 20*a*, al. 1, let. a, et art. 49, al. 2, ch. 3, LPP)

En l'espèce, le litige oppose la sœur et la compagne du défunt au sujet du capital-décès de ce dernier. Le tribunal cantonal avait rejeté la demande de la sœur du défunt et ordonné le versement du capital-décès à la partenaire du défunt. La sœur du défunt a recouru auprès du TF, en faisant valoir notamment qu'il n'y aurait pas eu de communauté de vie ininterrompue *en ménage commun* au sens prévu par le règlement de l'institution de prévoyance.

Le TF rappelle à cet égard que les institutions de prévoyance sont autorisées à définir le cercle des ayants droit de manière plus étroite que le prévoit l'art. 20*a*, al. 1, let. a, LPP, car la désignation comme bénéficiaires des personnes mentionnées par cet article relève de la prévoyance étendue (art. 49, al. 2, ch. 3, LPP en référence aux ATF 144 V 327, consid. 1.1, 142 V 233, consid. 1.1, 137 V 383, consid. 3.2 et 136 V 49, consid. 3.2). Les institutions de prévoyance sont ainsi habilitées à prévoir dans leur règlement une notion plus restrictive du partenariat de vie. Ainsi, il est admissible de prévoir que la communauté de vie doive se dérouler *en ménage commun*.

Se référant à la jurisprudence actuelle, le TF considère que, sous le titre de ménage commun, on ne peut pas s'attendre sans autre à une communauté d'habitation permanente et indivise dans un lieu de résidence fixe. En effet, une telle représentation ne tient pas compte des réalités économiques ni des changements de société actuels. Il est fréquent que, pour des raisons professionnelles ou de santé ou pour d'autres motifs dignes de protection, deux partenaires n'habitent pas ensemble de manière ininterrompue, mais seulement une partie de la semaine par exemple. Ce qui doit être déterminant, c'est la volonté manifeste des deux partenaires de faire ménage commun en partageant dans la mesure du possible le même lieu de résidence (ATF 137 V 383, consid. 3.3). De nos jours, le concept de ménage commun est à comprendre au sens large. Cependant, il est exclu en cas de domiciles séparés pour des motifs purement pratiques. Il faut donc des circonstances particulières qui rendent particulièrement difficile ou impossible la constitution d'un domicile commun (ATF 138 V 86, consid. 5.1, 5.1.2 et 5.1.3).

Sur cette base, le TF arrive à la conclusion qu'il y a eu, en l'espèce, un « ménage commun » et donc une communauté de vie au sens réglementaire, car la vie séparée pendant les jours de travail était due à des raisons professionnelles, et non à des motifs purement pratiques, selon la constatation contraignante des faits de l'instance cantonale. Ainsi, le TF confirme la décision du tribunal cantonal d'ordonner le versement du capital-décès à la compagne du défunt assuré.

1091 Concubinage et prestation de survivant

(Référence à un arrêt du TF du 4 mars 2022, 9C_358/2021, arrêt en français)

(Art. 20*a* LPP)

En l'absence d'annonce écrite du concubinage et signée par les deux partenaires du vivant de l'assuré, il n'y a pas de droit à une prestation de survivant.

X. et Y. ont formé une communauté de vie, dont sont issus deux enfants nés en 2017 et 2020. X. était assuré à la Caisse de pensions C. X. est décédé d'une crise cardiaque en 2020. La Caisse C. a alloué des rentes d'orphelins ainsi que des capitaux-décès aux enfants du couple. Par contre, elle n'a pas accordé de prestations à la concubine Y. au motif qu'il n'y avait pas eu d'annonce écrite du concubinage du vivant de X.

Selon le TF, s'il ne fait aucun doute que le décès de l'assuré X, partenaire de Y. et père de ses enfants, est intervenu de manière particulièrement inattendue, il n'est pas de ce seul fait choquant qu'on oppose à Y. l'omission du couple d'annoncer leur communauté de vie à la caisse de pensions du défunt. Cela vaut d'autant plus qu'ils vivaient ensemble depuis 2012 et que leur premier enfant est né en 2017, de sorte qu'ils ont disposé de plusieurs années pour procéder à l'annonce requise. La recourante Y. ne fait d'ailleurs plus valoir que l'exigence d'annonce n'aurait pas été portée à la connaissance de l'assuré, étant précisé qu'au moins à partir de 2017, la Caisse C. avait attiré l'attention de X. sur cette exigence par une note figurant dans les certificats de prévoyance.

Le TF considère que le règlement de la Caisse C. conditionne clairement le droit à la rente du concubin survivant à une annonce écrite et signée des deux partenaires du vivant de l'assuré. Une telle condition est conforme à l'art. 20*a* LPP et ne viole pas le principe de l'égalité de traitement (art. 8 al. 2 Cst.). Par ailleurs, cette exigence ne constitue pas une simple règle d'ordre, mais bel et bien une condition formelle du droit à la rente, licite selon la jurisprudence constante (cf. p. ex. ATF 142 V 233 consid. 2.1). Le fait d'avoir déclaré devant témoins vouloir procéder à une telle annonce ne suffit par conséquent pas à fonder le droit à la rente de survivant.

1092 Assurance obligatoire auprès de plusieurs institutions de prévoyance et invalidité partielle: survenance de l'incapacité de travail dont la cause est à l'origine de l'invalidité

(Référence à un arrêt du TF du 1er mars 2022, 9C_61/2021, arrêt en français)

(Art. 23 LPP)

L'institution de prévoyance, qui n'était pas tenue de verser des prestations d'invalidité parce que l'incapacité de travail dont la cause est à l'origine de l'invalidité n'avait pas eu d'incidence sur les rapports de travail concernés, n'a pas non plus l'obligation de verser des prestations lorsque la personne n'est plus assurée auprès d'elle au moment de l'aggravation ultérieure de l'invalidité.

X. a exercé différentes activités professionnelles à temps partiel, notamment pour le compte de M. et I. Dans le cadre de ces emplois, il a été affilié pour la prévoyance professionnelle respectivement auprès de la Caisse de pensions M. et de la Caisse I. La Caisse de pensions M. a refusé d'allouer des prestations d'invalidité à X.au motif que son atteinte à la santé n'avait pas influencé son activité auprès de l'employeur M.

Le TF rappelle tout d'abord que, selon l'ATF 129 V 132 consid. 4.3.3, lorsqu'un assuré devient invalide à 50 % et abandonne pour cette raison l'un de ses emplois, conservant l'autre au même taux que précédemment, l'institution de prévoyance de l'employeur restant peut être tenue à prestations en cas d'augmentation ultérieure de l'incapacité de travail pour les mêmes raisons de santé lorsque cette augmentation survient à un moment où l'intéressé est assuré auprès d'elle et a une incidence sur les rapports de travail avec l'employeur concerné. Or, il résulte de cet arrêt que l'institution de prévoyance libérée de l'obligation de verser des prestations d'invalidité parce que l'incapacité de travail dont la cause

est à l'origine de l'invalidité n'avait pas eu d'incidence sur les rapports de travail concernés, ne peut être tenue de verser des prestations, en cas d'aggravation ultérieure de l'invalidité pour les mêmes raisons de santé lorsque la personne n'est alors plus assurée auprès d'elle.

En l'espèce, X. a été affilié à titre obligatoire auprès de la Caisse de pensions M. de janvier 2013 à fin décembre 2014, mais non plus postérieurement à cette date. De plus, l'aggravation de son état de santé, qui trouve sa cause dans la sclérose en plaques ayant occasionné une incapacité de travail en avril 2013, est survenue en 2018, soit à un moment où il n'était plus assuré auprès de la caisse recourante. Dans ces circonstances, une obligation de prester de la caisse recourante ne pourrait être reconnue que si l'incapacité de travail initiale avait eu une incidence sur l'emploi exercé par l'intimé pour le compte de M. et pour lequel il était assuré auprès de la Caisse M., conformément à l'art. 23 let. a LPP. Or, selon le TF, X. n'a pas démontré qu'il aurait présenté une incapacité de travail durable dans le cadre de son emploi pour le compte de M. dès le début de sa maladie en 2013, soit pendant la période d'affiliation auprès de la recourante. Aucun des médecins consultés n'a fait état d'une incapacité de travail durable dans l'activité exercée pour le compte de M. De plus, la diminution du taux d'occupation pour M. s'est accompagnée notamment d'une augmentation du taux d'occupation pour I. ainsi que du suivi d'une formation.

En définitive, dès lors que l'intimé X. n'a pas subi d'incapacité de travail déterminante dans son emploi pour le compte de M. pendant la durée de son affiliation auprès de la Caisse M. au sens de l'art. 23 let. a LPP, à la suite de l'atteinte à la santé qui s'est manifestée en 2013, la caisse recourante ne saurait être tenue de prendre en charge l'aggravation de l'invalidité intervenue en 2018, soit à un moment où X. ne lui était plus affilié.

1093 Maintien de la prévoyance au-delà de l'âge légal de la retraite

(Référence à un arrêt du TF du 9 novembre 2021, 9C_782/2020, arrêt en français)

(Art. 33*b* LPP)

Ayant choisi de bénéficier d'une pension de retraite partielle et de poursuivre son activité lucrative à temps partiel au service du même employeur, le recourant est resté assuré pour son activité lucrative résiduelle auprès de l'institution de prévoyance de son employeur après l'âge ordinaire de la retraite.

Le litige porte sur le paiement des cotisations au 2e pilier de la part du recourant du fait de son affiliation à la prévoyance après l'âge ordinaire de la retraite.

Le TF rappelle tout d'abord que, selon l'art. 13, al. 1, let. a, LPP, les hommes ont droit à des prestations de vieillesse dès qu'ils ont atteint l'âge de 65 ans. Il est précisé à l'art. 13, al. 2, LPP qu'en dérogation à l'al. 1, les dispositions réglementaires de l'institution de prévoyance peuvent prévoir que le droit aux prestations de vieillesse prend naissance dès le jour où l'activité lucrative prend fin. Par ailleurs, d'après l'art. 33*b* LPP (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.

Dans la présente affaire, la poursuite de l'activité lucrative à 50 %, à teneur du contrat de travail, a eu pour conséquence l'obligation pour le recourant de cotiser à la prévoyance professionnelle dans cette mesure.

Le TF considère que le recourant a signé sans réserve le contrat de travail dans lequel les déductions légales étaient mentionnées, notamment à la caisse de prévoyance. De plus, il était stipulé dans ledit contrat que les honoraires étaient soumis, le cas échéant, à l'AVS/AI/APG/AC, à la retenue pour l'assurance-accidents et à la prévoyance professionnelle (LPP) selon les dispositions légales et règlements en vigueur. Le TF relève à cet

égard qu'il était loisible au recourant de renoncer à poursuivre son activité aux conditions proposées si elles ne lui convenaient pas, et de quitter ses fonctions à l'âge ordinaire de la retraite. Quoi qu'il en soit, le recourant a travaillé à temps partiel au service de son employeur en touchant sa rente partielle de vieillesse, soit durant près d'une année. Le TF considère que dans cet intervalle, le recourant s'est tacitement (et donc volontairement) soumis à la réglementation qu'il conteste.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 157

1071 Prise en charge des frais d'une expertise demandée en vue d'éliminer des insuffisances

(Référence à un arrêt du Tribunal fédéral du 25 mai 2021, 9C_440/2020, arrêt en allemand, publication ATF prévue)

Lorsqu'une autorité de surveillance prend des mesures et demande une expertise en vue d'éliminer des insuffisances, l'institution de prévoyance faisant l'objet de ces mesures doit en supporter les coûts.

(art. 62, al. 1, let. d, et 62*a*, al. 2, let. c, et al. 3, 1re phrase, LPP)

Dans ce litige, des éléments laissaient présumer que l'institution de prévoyance concernée avait omis de faire valoir son droit aux rétrocessions qui lui étaient dues. Dans la plainte adressée à l'autorité de surveillance cantonale, les parties recourantes présumaient un dommage potentiel aux assurés d'environ 21 millions de francs. L'autorité de surveillance a demandé une expertise afin d'établir si l'omission de réclamation de rétrocessions était plausible. Sur la base de cette expertise, elle est parvenue à la conclusion qu'on ne pouvait imputer à l'institution de prévoyance concernée aucune violation du droit justifiant son intervention. Elle a donc rejeté la plainte et a reporté le coût de l'expertise d'un montant de 94 000 francs à la charge des deux parties recourantes, à parts égales. Celles-ci ont contesté cette décision et porté l'affaire devant le Tribunal administratif fédéral. Ce dernier a imputé le montant contesté à l'institution de prévoyance, qui a fait appel auprès du Tribunal fédéral.

Après une étude approfondie de la question des coûts de l'expertise, le TF est parvenu à la conclusion qu'en vertu de l'art. 62*a*, al. 3, LPP, de tels coûts sont à la charge de l'institution de prévoyance, même dans une procédure de plainte. Cette disposition légale a pour but d'encourager les institutions de prévoyance à une gestion scrupuleuse de leur caisse et à renforcer la surveillance dans la prévoyance professionnelle. Toutes les institutions de prévoyance professionnelle et les institutions servant à la prévoyance sont soumises à l'art. 62*a*, al. 3, LPP pour les procédures relevant de la surveillance. Le droit fédéral en la matière prévaut sur toute réglementation cantonale contraire à ce principe. Le TF précise que l'obligation de supporter ces coûts ne peut pas non plus être liée à la condition qu'une procédure de clarification de l'autorité de surveillance aboutisse nécessairement à une mesure (de surveillance) visant à remédier à un manquement (art. 62, al. 1, let. d, LPP). En l'espèce, il reste encore à examiner si les résultats de l'expertise conduiront à des mesures de surveillance ou non (cf. consid. 6.2.2).

1072 Invalidité : la protection d'assurance de la prévoyance professionnelle obligatoire des personnes au chômage débute avec la naissance du droit aux indemnités journalières de l'assurance-chômage

(Référence à un arrêt du Tribunal fédéral du 6 juillet 2021, 9C_106/2021, arrêt en allemand, publication ATF prévue)

La protection *d'assurance de la prévoyance professionnelle obligatoire des personnes au chômage est liée au droit aux indemnités journalières de l'assurance-chômage et ne dépend pas du fait que des indemnités de chômage aient déjà été effectivement versées.*

(Art. 2, al. 3, 10, al. 1, et 23, let. a, LPP ; art. 1, al. 1, et 8 de l'ordonnance du 3 mars 1997 sur la prévoyance professionnelle obligatoire des chômeurs)

Le Tribunal fédéral devait déterminer si une personne assurée, qui était en incapacité de travail puis invalide après son annonce à l'assurance-chômage mais avant la perception d'indemnités journalières de l'assurance-chômage, avait droit à des prestations d'invalidité de la prévoyance professionnelle obligatoire des chômeurs. La Fondation institution supplétive avait refusé ce droit, notamment au motif qu'il n'y avait pas de couverture d'assurance en l'espèce. La personne concernée avait certes droit à des indemnités journalières de l'assurance-chômage au moment de la survenance de l'incapacité de travail à l'origine de l'invalidité, mais elle n'en avait alors perçue aucune. Elle percevait encore à ce moment-là des indemnités journalières en cas de maladie. Le TF devait donc déterminer, entre autres, si la protection d'assurance de la prévoyance professionnelle obligatoire des personnes au chômage suppose le versement effectif d'indemnités journalières de l'assurance-chômage.

Se référant à l'ATF 139 V 579, le TF estime que n'accorder la protection d'assurance qu'à partir du moment du versement effectif d'indemnités journalières de l'assurance-chômage va à l'encontre de la volonté du législateur de garantir la protection d'assurance de la prévoyance professionnelle en cas de décès et d'invalidité pendant la période de chômage conformément à l'art. 10, al. 1, LPP. Selon le TF, ce n'est pas le moment du premier versement effectif de l'indemnité journalière qui est déterminant, mais le moment à partir duquel l'indemnité journalière est due en vertu du droit de l'assurance-chômage déterminé par l'art. 8 LACI. Cette règle ne s'applique pas qu'au seul cas traité dans l'ATF 139 V 579 dans lequel les indemnités journalières de l'assurance-chômage avaient été versées tardivement en raison d'une erreur de la caisse de chômage. Elle s'applique aussi, comme en l'espèce, lorsque l'indemnité de chômage n'a pas été versée, malgré un droit existant au titre de l'art. 8 LACI, afin d'éviter toute surindemnisation étant donné que des indemnités journalières en cas de maladie ou d'accident étaient déjà versées.

Compte tenu de ce qui précède, le TF parvient à la conclusion que le droit à une indemnité journalière en vertu de l'art. 8 LACI est déterminant pour définir le début de la protection d'assurance auprès de la Fondation institution supplétive ; il s'agit donc du moment de la naissance du droit aux indemnités de l'assurance-chômage et non de leur versement effectif. Selon le TF, en décider autrement reviendrait à accepter une lacune d'assurance qui n'a pas été voulue par le législateur. L'assurance d'indemnités journalières en cas de maladie n'offre en effet aucune protection contre les risques de décès et d'invalidité.

1073 Versement anticipé EPL : pas d'obligation de rembourser en cas de mise en location ultérieure du logement en propriété

(Référence à un arrêt du Tribunal fédéral du 1er juillet 2021, 9C_293/2020, arrêt en allemand, publication ATF prévue)

Lorsqu'un logement acquis en propriété par un versement anticipé EPL est remis à bail sous la forme d'un contrat de location à durée indéterminée résiliable par les deux parties avec un préavis de trois mois, il ne s'agit pas de l'octroi d'un droit équivalant économiquement à une aliénation. Par conséquent, il n'y a pas d'obligation de rembourser le montant du versement anticipé.

(Art. 30*d*, al. 1, let. b, LPP)

Pour le résumé de l'arrêt, voir le communiqué de presse du Tribunal fédéral du 29 juillet 2021 : https://www.bger.ch/files/live/sites/bger/files/pdf/fr/9c_0293_2020_2021_07_29_T_f_10_00_14.pdf

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral confirme l'avis exprimé par l'OFAS dans les Bulletins de la prévoyance professionnelle no 55 du 30 novembre 2000 page 12 et no 135 du 17 février 2014, page 7.

1074 Prestation pour survivants : restitution d'un capital-décès versé à une personne non autorisée du cercle des bénéficiaires et droit à des intérêts moratoires

(Référence à un arrêt du Tribunal fédéral du 18 mai 2021, 9C_588/2020, arrêt en allemand)

En vertu de l'art. 35a LPP, une institution de prévoyance peut réclamer la restitution du capital-décès qu'elle a versé à une personne du cercle des bénéficiaires moins bien placée qu'une autre dans l'ordre de priorité et qui n'a donc pas droit à cette prestation. Des intérêts moratoires sont dus sur la demande de restitution. Le montant des intérêts est déterminé en premier lieu par les dispositions réglementaires et subsidiairement sur la base de l'art. 7 OLP.

(Art. 35a LPP, art. 104, al. 1, CO et art. 7 OLP)

Sur la base du règlement de prévoyance, une caisse de pension a versé un capital-décès à la sœur de l'assuré décédé, alors que ce capital ne lui était pas dû, mais revenait à la partenaire de l'assuré. Le Tribunal fédéral devait examiner en appel si une éventuelle obligation pour la sœur de rembourser l'institution de prévoyance était fondée sur l'art. 35a LPP ou sur les principes juridiques généraux de l'enrichissement sans cause légitime au sens de l'art. 62 CO. Il devait en outre décider si et dans quelle mesure la sœur était tenue de verser des intérêts moratoires sur la restitution.

Le TF a considéré que les conditions suivantes sont pertinentes pour une restitution dans le champ d'application de l'art. 35a LPP : (1) la prestation fournie doit être une prestation d'assurance au sens des art. 13 ss LPP ; (2) la prestation doit avoir été versée en vertu du règlement de prévoyance ; (3) la prestation doit avoir été versée de manière indue – c'est-à-dire sans raison légale (ou réglementaire) – ou le fondement juridique de la prestation doit avoir cessé d'exister après coup.

Le TF est arrivé à la conclusion que l'art. 35a LPP constitue en l'espèce la base légale applicable à la demande de restitution. Selon lui, il n'est ainsi pas contesté que la prestation versée – le capital-décès – était une prestation d'assurance (1). En outre, il relève que l'institution de prévoyance a versé la prestation à un bénéficiaire présumé sur la base de l'ordre des bénéficiaires prévu dans le règlement, et non à un tiers non impliqué. L'institution de prévoyance pensait, sur la base du règlement, être tenue de verser la prestation à cette personne. Cette dernière aurait aussi pu faire valoir son propre droit à la prestation pour survivant auprès de l'institution de prévoyance. Une relation pertinente du point de vue de la prévoyance professionnelle existait par conséquent dans le cas présent (2). Le fait que l'hypothèse de l'institution de prévoyance selon laquelle elle était tenue de verser la prestation à la recourante se soit ensuite révélée inexacte remplit également la condition du caractère indu de la prestation au sens de l'art. 35a, al. 1, LPP (3).

Le TF devait en outre décider si des intérêts étaient dus sur la demande de restitution, car ce point n'est pas réglé à l'art. 35a LPP. S'appuyant sur la jurisprudence actuelle (voir ATF 145 V 18, consid. 4.2 et 5.2.1), il a jugé, en l'absence de bases statutaires et en se fondant sur l'art. 104, al. 1, CO, que les intérêts moratoires sont autorisés dans le droit de la prévoyance professionnelle tant dans le domaine des prestations que dans celui des cotisations. Étant donné que le règlement pertinent concernant la restitution ne contient en l'espèce aucune disposition sur les intérêts moratoires, ces derniers sont dus sur la base de l'art. 104, al. 1, CO. Enfin, en ce qui concerne le montant des intérêts moratoires, en l'absence de disposition explicite dans le règlement, le taux d'intérêt dû correspond à celui de l'art. 7 OLP (taux d'intérêt minimal LPP plus 1 %).

1075 Prestation de libre passage et prescription

(Référence à un arrêt du TF du 6 juillet 2021, 9C_520/2020 ; arrêt en français)

(Art. 41, al. 2, LPP en relation avec les art. 129-142 CO)

Si un assuré estime que le montant de la prestation de libre passage qui lui a été versée en espèces est insuffisant et que l'institution de prévoyance devrait lui verser un montant plus important, il lui appartient de l'exiger dans un délai de 10 ans dès le moment où il a présenté sa demande motivée de versement en espèces.

Le délai de prescription de 10 ans commence à courir à compter du dépôt de la demande motivée de versement en espèces, et non à compter de la date à laquelle la prestation de libre passage est devenue exigible.

Par conséquent, si l'assuré estimait qu'une prestation de libre passage plus importante aurait dû lui être versée, il aurait dû l'exiger dans un délai de 10 ans dès le moment où il avait présenté une demande motivée pour le versement en espèces de la prestation de sortie. En l'espèce, l'assuré avait déposé une telle demande le 13 avril 1989, de sorte que la prescription de sa créance à l'égard de l'institution de prévoyance intimée est intervenue le 14 avril 1999, soit bien avant le moment où il a saisi le tribunal du litige l'opposant à l'intimée en novembre 2018.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 156

1068 Pas de rente de vieillesse anticipée après la survenance de l'invalidité

(Référence à un arrêt du Tribunal fédéral du 26 mars 2021, 9C_732/2020 ; arrêt en allemand)

Avec la survenance de l'invalidité, l'assuré ne dispose plus de la possibilité prévue par le règlement de l'institution de prévoyance de demander le paiement de la rente de vieillesse anticipée. Cette règle s'applique également lorsque l'assuré remet sa demande avant la décision d'octroi de rente de l'assurance-invalidité.

(Art. 13, al. 2, art. 23, let. a et art. 26, al. 1, LPP)

Le TF devait déterminer si un assuré qui a déposé une demande de rente AI et qui, avant la fin de la longue procédure AI, a ensuite demandé le paiement de la rente de vieillesse anticipée a droit à la rente d'invalidité qu'il a fait valoir par voie de recours ou à la rente de vieillesse (en cours) pour cause de retraite anticipée.

Dans le cas d'espèce, le TF a considéré ce qui suit : selon la jurisprudence constante, la survenance de l'invalidité dans la prévoyance professionnelle obligatoire coïncide avec la naissance du droit à une rente de l'assurance-invalidité. Le fait qu'une décision définitive sur ce droit soit encore en suspens et qu'aucune rente d'invalidité ne soit encore perçue n'exclut pas la survenance du cas de prévoyance « invalidité » à ce moment-là. Ce qui est déterminant, c'est que le droit à une rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle obligatoire naît au plus tôt six mois après la demande de rente auprès de l'assurance-invalidité. À ce moment-là, le cas de prévoyance « invalidité » est réputé être survenu.

En l'espèce, comme l'assuré n'a fait usage de la possibilité prévue par le règlement de l'institution de prévoyance de demander le paiement de la rente de vieillesse anticipée qu'au moment où le cas de prévoyance « invalidité » était déjà survenu, le TF a jugé que l'assuré ne pouvait plus faire valoir le cas de prévoyance « vieillesse » au sens d'une retraite anticipée et qu'il n'avait donc pas droit à des prestations de vieillesse anticipées. Cela vaut même si, comme dans le cas d'espèce, l'assuré demande le paiement de la rente de vieillesse anticipée avant la décision d'octroi de rente de l'office AI. Le cas de prévoyance « invalidité » survient en effet dès la naissance du droit à des prestations d'invalidité.

1069 Pas de couverture d'assurance après une invalidité sans constat de déficit organique

(Référence à un arrêt du Tribunal fédéral du 8 mars 2021, 9C_708/2020 ; arrêt en allemand)

Après la suppression d'une rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle qui avait été accordée sur la base d'un tableau clinique peu clair sans constat de déficit organique, ni la couverture d'assurance ni le droit

aux prestations de l'ancienne institution de prévoyance ne sont maintenus lors de la survenance d'une nouvelle invalidité.

(Art. 26*a* LPP et disposition finale de la modification de la LPP du 18 mars 2011, 6e révision de l'AI, premier volet)

Le TF devait déterminer si le maintien provisoire (trois ans) de l'assurance et du droit aux prestations prévus à l'art. 26*a* LPP en dérogation à l'art. 26, al. 3, LPP, a également lieu lorsque la rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle est supprimée en raison d'un syndrome sans pathogenèse ni étiologie claires et sans constat de déficit organique. Dans le cas contraire, c'est la disposition finale de la modification de la LPP du 18 mars 2011 qui s'appliquerait, selon laquelle le droit à la rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle prend fin en même temps que celui à la rente de l'assurance-invalidité.

Dans le cas d'espèce, le TF a considéré ce qui suit : la disposition finale de la 6e révision de l'AI contient des dérogations pour une catégorie particulière d'assurés (les assurés qui avaient perçu une rente sur la base d'un syndrome sans pathogenèse ni étiologie claires et sans constat de déficit organique) durant une certaine période (réexamen des rentes dans les années 2012 à 2014). En tant que *lex specialis*, la disposition finale de la modification de la LPP du 18 mars 2011 prévaut par rapport à la disposition de l'art. 26*a* LPP. Si une rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle est supprimée sur la base de cette disposition finale, le droit à cette rente prend fin en même temps que celui à la rente de l'assurance-invalidité (voir à ce sujet les dispositions finales de la modification de la LAI du 18 mars 2011). Dans le cas d'espèce, l'art. 26*a* LPP n'est pas applicable (voir également le Bulletin de la prévoyance professionnelle n°128, ch. 837). En clair, ni la couverture d'assurance ni le droit aux prestations de l'ancienne institution de prévoyance au sens de cette disposition ne sont maintenus.

Il s'ensuit que le droit à une rente de la prévoyance professionnelle a pris fin en même temps que le droit à une rente de l'assurance-invalidité.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 155

1059 Examen par le TF des directives de la CHS PP pour les fondations du pilier 3a et du libre passage

(Référence à un arrêt du Tribunal fédéral du 30 septembre 2020, 9C_524/2019, publié aux ATF 146 V 341; arrêt en français)

Les ch. 1.2, al. 2, et 2.1, al. 2, des Directives D-04/2014 de la Commission de haute surveillance de la prévoyance professionnelle (CHS PP) sur la composition du conseil de fondation respectivement des fondations du pilier 3a et des fondations de libre passage, qui sont censés concrétiser l'art. 48h, al. 1, OPP 2, sortent du cadre légal fixé par les art. 5, al. 3, OPP 3 et 19a, al. 2, OLP. C'est pourquoi, la CHS PP a abrogé ces directives le 9 décembre 2020.

Dans cette affaire, l'Autorité genevoise de surveillance des fondations et des institutions de prévoyance avait demandé à une fondation bancaire du pilier 3a et à une fondation de libre passage d'adapter leurs statuts et règlements, afin de se conformer aux chiffres 1.2 et 2.1 des Directives de la Commission de haute surveillance de la prévoyance professionnelle (CHS PP) D-04/2014 sur les fondations du pilier 3a et fondations de libre passage, publiées le 2 juillet 2014 (ci-après: les Directives D-04/2014). Le chiffre 1.2 des Directives D-04/2014 prévoit pour les fondations 3a que « la banque fondatrice peut désigner les membres du conseil de fondation et y être elle-même représentée. Un membre au moins du conseil de fondation ne doit pas être un représentant de la banque fondatrice ni participer à la gestion ou à la gestion de fortune de la fondation bancaire. Ce membre ne doit pas non plus être lié économiquement à la banque fondatrice, à l'entreprise chargée de la gestion ou à

celle chargée de la gestion de la fortune de la fondation. Ce membre est désigné par le conseil de fondation ». Le chiffre 2.1 de ces directives prévoit la même disposition pour les fondations de libre passage.

Selon le TF, l'art. 48*h,* al. 1, OPP 2, qui vise à mettre en œuvre l'art. 51*b,* al. 2, LPP, est une règle d'organisation de l'institution de prévoyance qui n'a pas trait au placement de la fortune en tant que tel d'une institution de prévoyance, voire d'une fondation bancaire de libre passage ou d'une fondation bancaire du pilier 3a. En conséquence, l'art. 48*h,* al. 1, OPP 2 n'est pas couvert par le renvoi respectif des art. 19*a,* al. 2, OLP et 5, al. 3, OPP 3 qui vise le placement de la fortune selon l'OPP 2 (dans le cadre de la mise en œuvre de l'art. 71 LPP). L'art. 48*h*, al. 2, OPP 2 n'est donc pas applicable par analogie aux fondations de libre passage et du pilier 3a.

Suite à cet arrêt, la CHS PP a abrogé le 9 décembre 2020 les Directives D-04/2014 avec effet immédiat :

https://www.oakbv.admin.ch/inhalte/Regulierung/Weisungen/fr/Information_abrogation_des_directives_04_2014_09122020_FR.pdf

Cet arrêt rend caduc le dernier point relatif aux art. 48*f* – 48*l* OPP 2 de la prise de position du Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 125 ch. 816.

1060 L'avoir de vieillesse au sens de l'art. 15 LPP ne peut pas être réduit en cas de liquidation (partielle)

(Référence à un arrêt du Tribunal fédéral du 23 novembre 2020, 9C_264/2020; arrêt en allemand, publication aux ATF prévue)

En cas de liquidation partielle, l'avoir de vieillesse au sens de l'art. 15 LPP ne doit pas être réduit, et ce même si les fonds disponibles sont insuffisants en raison d'un découvert de la caisse de prévoyance.

(Art. 53*d*, al. 3, LPP en relation avec l'art. 18*a*, al. 2, LFLP, art. 65 LPP)

Il s'agissait en l'espèce d'une liquidation partielle ultérieure d'une caisse de pension à la suite d'une résiliation du contrat d'affiliation. En raison d'un découvert de la caisse de pension, les fonds disponibles ne suffisaient pas pour financer les prestations de sortie minimales prévues par la loi. L'institution de prévoyance entendait donc résilier le contrat d'affiliation une fois que le degré de couverture nécessaire serait atteint ou que l'employeur aurait apporté les fonds manquants. Elle fondait sa démarche sur les instructions de l'autorité de surveillance. L'employeur affilié n'était pas disposé à injecter des fonds supplémentaires et a insisté pour résilier le contrat d'affiliation. Les derniers assurés sortants ont demandé leur prestation de sortie sans diminution, plus intérêts calculés à compter de leur date de sortie de l'institution de prévoyance.

Le Tribunal fédéral confirme la liquidation partielle et constate, entre autres, que les mesures d'assainissement en cours ne s'opposent pas en l'espèce à la résiliation du contrat d'affiliation. Il souligne que ni le règlement ni le contrat d'affiliation ne s'opposent à une résiliation. Le Tribunal fédéral ne répond pas à la question de savoir si la sortie des derniers assurés sortants constitue un abus de droit. Sur la question de savoir dans quelle mesure l'avoir de vieillesse au sens de l'art. 15 LPP doit être transféré aux assurés dans le cadre d'une liquidation partielle ou totale bien que les fonds de l'institution de prévoyance concernée soient insuffisants, le Tribunal parvient à la conclusion suivante : aussi bien la loi que la réglementation prévue dans le contrat d'affiliation et dans le règlement de liquidation partielle prévoient sans équivoque qu'en cas de liquidation (partielle), l'avoir de vieillesse au sens de l'art. 15 LPP ne peut pas être réduit (art. 53*d*, al. 3, LPP). L'institution de prévoyance est par conséquent tenue de verser l'avoir de vieillesse obligatoire aux assurés. Pour ce qui est du financement des droits, le Tribunal renvoie au fonds de garantie (consid. 2.3).

Le Tribunal fédéral a ajouté en outre que l'obligation de l'employeur de financer des découverts doit être prévue par une disposition réglementaire ou par une disposition du contrat d'affiliation étant donné qu'il n'existe aucune disposition fédérale en ce sens. Conformément à l'art. 65 LPP, il relève de la responsabilité et du devoir de

l'institution de prévoyance d'offrir en tout temps une sécurité financière. Le Tribunal est d'avis qu'en cas de sortie due à une liquidation partielle ou totale, il convient de garantir (par ex. par l'employeur) au minimum la prestation minimale garantie par la loi. Si, comme en l'espèce, une institution de prévoyance renonce à une réglementation de ce type, la question de la responsabilité se pose alors. Le Tribunal ne devait toutefois pas se prononcer sur ce point en l'espèce.

La rémunération des avoirs de vieillesse était aussi contestée. Conformément à la jurisprudence, l'avoir de vieillesse individuel n'est exigible, dans le cadre d'une liquidation (partielle), qu'à partir du moment où son montant est fixé de manière définitive. Jusqu'à son exigibilité, l'avoir de vieillesse est soumis au taux d'intérêt « habituel » (pour plus de détails notamment sur la compétence sur la question des intérêts, voir consid. 3).

1061 Légitimation de l'employeur en cas de liquidation totale d'une institution de prévoyance

(Référence à un arrêt du TF du 29 janvier 2021, 9C_403/2020; arrêt en allemand)

L'employeur est légitimé également en cas de liquidation totale de l'institution de prévoyance à faire vérifier les conditions, la procédure et le plan de répartition par l'autorité de surveillance compétente et à demander à cette autorité *de rendre une décision.*

(Art. 53*d*, al. 6, LPP)

En l'espèce, il s'agissait d'une institution de prévoyance en découvert qui avait été dissoute par l'autorité de surveillance et mise en liquidation. L'employeur concerné a contesté la décision de liquidation et a, entre autres, demandé la dissolution de la réserve de cotisations d'employeur incluant une renonciation à son utilisation ainsi que le transfert de la valeur correspondante dans la réserve ordinaire de cotisations d'employeur.

Le TF s'est prononcé en l'espèce sur la question de savoir si l'employeur était légitimé, dans le cadre de la liquidation totale, à attaquer la décision de liquidation de l'autorité de surveillance. Il a répondu par l'affirmative et a déclaré ce qui suit.

Bien que l'employeur ne soit pas mentionné expressément par l'art. 53*d*, al. 6, LPP, il est légitimé, comme cela a déjà été jugé dans l'ATF 140 V 22 à faire vérifier les conditions, la procédure et le plan de répartition d'une liquidation partielle de l'institution de prévoyance par l'autorité de surveillance compétente et à demander à cette autorité de rendre une décision (consid. 4.2, p. 26). La motivation de cet arrêt peut être transposée en l'espèce à la liquidation totale d'une institution de prévoyance. Il existe un intérêt digne de protection de l'employeur aussi dans le cadre de la liquidation totale, et ce principalement du fait que l'institution de prévoyance concernée gérait une réserve de cotisations d'employeur (consid. 3.3).

1062 Moment à partir duquel un avoir de libre passage est pris en compte dans le calcul du droit aux prestations complémentaires

(Référence à un arrêt du Tribunal fédéral du 30 septembre 2020, 9C_135/2020, publié aux ATF 146 V 331; arrêt en allemand)

Dans le calcul du droit aux prestations complémentaires, le capital de libre passage ne peut être compté comme une part de fortune imputable qu'à partir du moment où la décision d'octroyer une rente entière d'invalidité est entrée en force.

(art. 16, al. 2, OLP)

Le TF devait déterminer si l'avoir de libre passage d'une personne qui s'était vu octroyer rétroactivement une rente entière d'invalidité pouvait aussi être considéré rétroactivement pour l'imputation de la fortune dans le calcul du droit à des prestations complémentaires (PC). Selon la jurisprudence actuelle, le capital de libre

passage ne doit pas nécessairement avoir été versé pour être compté comme une part de fortune imputable en vertu de l'art. 11, al. 11, let. c, LPC ; il suffit que son versement soit légalement possible. Cet avoir est donc pris en compte dans le calcul des PC dès que la personne a la possibilité de le retirer, et pas seulement une fois qu'elle le retire effectivement. Selon le droit de la prévoyance, un versement anticipé du capital de libre passage est possible lorsque l'assuré perçoit une rente entière d'invalidité (art. 16, al. 2, OLP). Pour répondre à la question faisant l'objet du litige (« À partir de quand l'avoir de libre passage peut-il être pris en compte rétroactivement comme part de fortune imputable dans le calcul des PC ? »), le TF devait donc déterminer à partir de quand on considère qu'un assuré perçoit une rente d'invalidité au sens de l'art. 16, al. 2, OLP : depuis la naissance (souvent bien antérieure) du droit à la rente ou à partir du moment où la décision d'octroi est prise et que la rente commence à être versée (rétroactivement).

Selon le TF, le versement anticipé de l'avoir de libre passage en vertu de l'art. 16, al. 2, OLP n'est possible que si l'assuré n'est plus intéressé à maintenir sa prévoyance (voir art. 4 LFLP). Or, c'est le cas seulement lorsque la décision de l'autorité compétente (administration ou tribunal) de lui octroyer une rente AI entière est entrée en force, autrement dit une fois que l'assuré touche effectivement ces prestations. Le TF conclut donc que l'avoir de libre passage d'un assuré ne peut être pris en compte comme part de fortune imputable dans le calcul des PC qu'à partir de ce moment-là, et non rétroactivement depuis la naissance du droit à la rente.

1063 Droit à des intérêts sur la créance récursoire de l'institution de prévoyance qui a dû verser la prestation préalable

(Référence à un arrêt du Tribunal fédéral du 7 janvier 2021, 9C_63/2020, publié aux ATF 147 V 10; arrêt en allemand)

L'institution de prévoyance qui a versé la prestation préalable a droit à la rémunération du montant que doit lui restituer *l'institution de prévoyance tenue de verser la prestation (intérêt récursoire ou intérêt compensatoire).*

(Art. 26, al. 4, LPP)

Le TF devait déterminer si la Fondation Institution supplétive pouvait exiger, de la part de l'institution de prévoyance tenue de verser la prestation, un intérêt en cas de restitution de sa prestation préalable, du fait qu'elle ne pouvait pas, pendant ce temps, placer ces fonds qui auraient été rémunérateurs. Le TF a depuis longtemps refusé un droit à un intérêt *moratoire* sur la prétention récursoire (cf. ATF 145 V 18 in : Bulletin de la prévoyance professionnelle nº 150, ch. 1011).

En l'espèce, le TF considère que le recours doit être vu globalement comme un *dédommagement* qui aurait valeur de compensation ou de correction, raison pour laquelle, également dans le contexte de l'art. 26, al. 4, LPP, l'institution de prévoyance tenue de verser la prestation préalable doit être replacée, après l'exercice de son droit récursoire, dans la même situation que si elle n'avait jamais versé de prestation préalable. Le dommage qu'elle a subi porte donc sur l'entier du capital dont elle ne dispose pas en raison de son obligation d'avancer les prestations, tandis que l'institution de prévoyance effectivement tenue de verser des prestations peut, pendant cette période, placer les avoirs en question et générer une rémunération ainsi que des intérêts.

Le TF parvient à la conclusion que cette perte d'intérêts de l'institution de prévoyance tenue de verser la prestation préalable doit être compensée par la voie d'un recours. Cet intérêt *compensatoire* ou intérêt *récursoire* est dû à partir du moment où la prestation préalable est fournie à la personne assurée. Etant donné qu'en l'espèce, seules des prestations obligatoires étaient concernées par l'obligation d'avancer les prestations, il s'avère approprié, selon le TF, de lier le montant de l'intérêt au taux d'intérêt minimal LPP et de prévoir un supplément de 1 % pour la couverture des dépenses qui en ont résulté (cf. art. 7 OLP).

1064 Calcul de surindemnisation: prise en considération de rentes AI en cas de durée incomplète de cotisations dans le 1er pilier

(Référence à un arrêt du Tribunal fédéral du 1er février 2021, 9C_52/2020; arrêt en français, publication aux ATF prévue)

Lors du calcul de surindemnisation, les rentes du 1er pilier de l'AI doivent être prises en compte à concurrence du montant effectif versé à la personne assurée.

(Art. 34*a* LPP et 24 OPP 2)

Le litige portait sur le montant des rentes d'invalidité de la prévoyance professionnelle que la personne intimée pouvait prétendre pour elle et chacun de ses enfants, compte tenu des prestations des autres assurances sociales perçues. Il s'agissait de savoir si, dans le calcul de surindemnisation, l'institution de prévoyance recourante était en droit de prendre en considération les rentes de l'assurance-invalidité (AI) calculées en fonction d'une échelle de rente 44 au lieu de l'échelle de rente 28 appliquée concrètement par l'AI en raison d'une durée incomplète de cotisations dans le 1er pilier.

Le TF a jugé que le règlement de l'institution de prévoyance était, sur ce point, contraire aux art. 34*a* al. 1 LPP et 24 al. 1 OPP 2. La disposition réglementaire litigieuse stipulait qu'en cas de durée incomplète de cotisations dans le 1er pilier, le calcul de surindemnisation ne se basait pas sur la rente AI effectivement versée mais sur une hypothétique durée complète de cotisations (échelle de rente 44). Cette disposition avait pour effet d'introduire un cas de réduction supplémentaire des prestations non prévu par les art. 34*a* LPP et 24 OPP 2 et d'abaisser ainsi le seuil de surindemnisation. Or, selon le TF, seules les prestations effectivement versées, et non des prestations hypothétiques, devaient être prises en compte réglementairement (soit la rente de l'AI calculée en fonction de l'échelle 28 et non pas de l'échelle 44). De plus, selon la jurisprudence (ATF 116 V 189 consid. 3b p. 194), la prise en considération de lacunes de cotisations du 1er pilier conduirait à la perception de prestations insuffisantes par les bénéficiaires, ce qui irait au-delà du but de l'interdiction de la surindemnisation qui est d'empêcher que le cumul de prestations ne procure des avantages injustifiés. La disposition réglementaire en cause contrevenait par ailleurs au principe de l'égalité de traitement, parce que son application pouvait conduire au versement de prestations d'invalidité du 2e pilier d'un montant différent à deux personnes assurées pour les mêmes prestations de l'institution recourante.

En définitive, une durée incomplète de cotisations dans le 1er pilier (AI) ne peut pas entraîner une réduction correspondante des prestations de la prévoyance professionnelle.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 154

1056 Aucun droit de l'enfant majeur à un versement direct de la rente d'invalidité pour enfant par l'institution de prévoyance

(Référence à un arrêt du Tribunal fédéral du 3 septembre 2020, 9C_615/2019, arrêt en allemand, publication aux ATF prévue)

La rente d'invalidité pour enfant de la prévoyance professionnelle ne peut être versée directement à l'enfant majeur sans l'accord du parent ayant droit à la rente.

(Art. 25 LPP)

Le TF devait vérifier s'il était permis de verser directement à un enfant majeur encore en formation une rente d'invalidité pour enfant de la prévoyance professionnelle. En l'espèce, l'instance inférieure avait estimé que le

versement direct à la fille majeure était possible, même s'il manquait l'accord de la mère assurée. L'instance inférieure avait alors appliqué par analogie l'art. 71ter, al. 3, RAVS, car, en matière de prévoyance professionnelle, il n'existe pas de disposition de loi ou d'ordonnance autorisant expressément un tel versement en mains de tiers.

Dans le présent arrêt, le TF a refusé l'application par analogie de l'art. 71ter, al. 3, RAVS dans la prévoyance professionnelle. Il a considéré que le législateur, en adoptant la formulation de l'art 25 LPP, était conscient que le droit à une rente pour enfant appartient à la personne assurée au 2e pilier et que la rente pour enfant doit donc en principe être versée au parent ayant droit à la rente. Ainsi, s'il manque dans la prévoyance professionnelle l'une des modalités de paiement prévues dans le 1er pilier au niveau législatif ou réglementaire, il ne s'agit pas, selon cet arrêt, d'une lacune qui peut être comblée par un tribunal au moyen d'une application par analogie de l'art. 71ter, al. 3, RAVS (voir consid. 4.4.2). Compte tenu de ce qui précède, le TF parvient à la conclusion que la rente d'invalidité pour enfant ne peut pas être versée à la fille majeure sans l'accord de la mère assurée. Le TF estime que ce type de versement en mains de tiers à un enfant majeur encore en formation requiert le consentement du parent ayant droit à la rente.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 153

1042 Liquidation partielle d'une fondation collective par suite de la résiliation du contrat d'affiliation - Participation du personnel

(Référence à un arrêt du Tribunal fédéral du 5 mai 2020, 9C 409/2019, arrêt en allemand, publication aux ATF prévue)

L'art. 11, al. 3bis, LPP prévoit le consentement du personnel avant la résiliation du contrat d'affiliation par l'employeur. Si ce consentement fait défaut, la résiliation n'est pas valable.

(Art. 11, al. 3bis, et art. 53*b,* al. 1, LPP)

Plusieurs associations professionnelles affiliées à une institution de prévoyance ont résilié pour la fin 2017 le contrat d'affiliation sans avoir obtenu l'accord du personnel concerné. Ce dernier n'a été informé qu'après coup de la résiliation. La question était de savoir si la résiliation était juridiquement valable et si elle n'enfreignait pas l'art. 11, al. 3bis, LPP.

Dans sa décision de liquidation partielle, l'autorité de surveillance a confirmé la légalité de la résiliation. L'institution de prévoyance a déposé un recours contre cette décision devant le Tribunal fédéral, faisant valoir, entre autres, que les salariés n'avaient pas été informés au préalable de la résiliation du contrat d'affiliation, et qu'il y avait donc eu violation de l'art. 11, al. 3bis, LPP. Selon la première phrase de cette disposition, 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. Le Tribunal administratif fédéral a considéré que la résiliation avait été effectuée en conformité avec les dispositions légales, et a rejeté le recours de l'institution de prévoyance. Il a considéré qu'il y avait eu un accord tacite, car le personnel avait eu connaissance de la résiliation du contrat d'affiliation et n'avait soulevé aucune objection.

Le Tribunal fédéral n'a pas eu la même interprétation et a fait, entre autres, les constatations suivantes : le consentement du personnel ou d'une éventuelle représentation des travailleurs en ce qui concerne la résiliation du contrat d'affiliation d'une institution de prévoyance doit être interprété comme une exigence essentielle, étant donné que l'art. 11, al. 3bis, 1re phrase, LPP prévoit une véritable participation du personnel ou de la représentation des travailleurs. Le terme « représentation des travailleurs » doit être interprété en conformité avec la loi sur la participation. Il convient de ne pas le confondre avec la gestion paritaire d'une institution de

prévoyance au sens de l'art. 51, al. 1, LPP (détails sur ce point au consid. 4.3.2.1). L'absence de consultation préalable des salariés entraîne l'invalidation de la résiliation. Le Tribunal fédéral considère que la seule information ou audition des salariés est insuffisante.

Remarque : la position exposée dans le Bulletin de la prévoyance professionnelle nº 7 du 5 février 1988, ch. 36, porte sur une ancienne version de l'art. 11 LPP. De même, dans le Bulletin de la prévoyance professionnelle nº 24 du 23 décembre 1992, ch. 148, la position exposée se réfère à des instructions qui ne sont plus en vigueur, à avoir les instructions concernant la résiliation des contrats d'affiliation conclus par des employeurs avec des institutions collectives et communes ainsi que la réaffiliation de ces derniers à une institution de prévoyance. Sont déterminants l'art. 11 LPP en vigueur ainsi que la jurisprudence du Tribunal fédéral.

1043 Pas d'intérêt moratoire sur des frais d'administration extraordinaires

(Référence à un arrêt du Tribunal fédéral du 2 mars 2020, cause 9C_180/2019 ; arrêt en allemand)

Il n'existe aucun droit à la perception d'un intérêt moratoire en cas de difficultés administratives extraordinaires rencontrées par une institution de prévoyance.

(Art. 66, al. 2, LPP)

Le TF devait examiner si un intérêt moratoire était aussi dû pour les frais d'une institution de prévoyance générés par des difficultés administratives extraordinaires. En l'espèce, il s'agissait de dépenses de la fondation Institution supplétive qui, en raison de la communication tardive d'entrées et de sorties et de modifications de salaire, a facturé à un employeur affilié des frais pour injonctions, demandes d'exécution et de réquisition de faillite ainsi que pour un plan de paiement.

Le TF est parvenu à la conclusion que, d'après la formulation sans équivoque de l'art. 66, al. 2, LPP, des intérêts moratoires ne sont dus que pour des *cotisations* payées tardivement. Selon sa jurisprudence, cela englobe aussi les frais administratifs *ordinaires* (cf. art. 65, al. 3, LPP en relation avec l'art. 48*a* OPP 2), qui doivent être également, au sens de l'art. 66, al. 1, LPP, supportés de manière paritaire et financés par les cotisations des salariés et des employeurs (cf. ATF 124 II 570, consid. 2 s., p. 574). Les frais engendrés par des *difficultés administratives extraordinaires* qui sont uniquement à la charge de l'employeur ne relèvent donc pas de l'art. 66, al. 2, LPP. Sur ce point, le Tribunal a en outre ajouté que les frais facturés à l'employeur qui sont générés par des difficultés administratives extraordinaires, qu'elles concernent l'exécution de l'activité de prévoyance ou l'encaissement, constituent des créances qui ont un caractère de pénalité. Ces frais servent à couvrir (de manière forfaitaire) des charges supplémentaires concrètes et ne doivent pas être compensés une nouvelle fois. Comme le Tribunal fédéral l'a ensuite constaté, un intérêt moratoire ne peut être dû pour ce type de frais, même en recourant de manière subsidiaire à l'art. 104, al. 1, CO.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 152

1034 Liquidation partielle - qualité d'une veuve pour contester une décision de liquidation partielle, montant de la « provision pour cas d'invalidité en suspens », interprétation et inscription au bilan d'un accord de contribution (« contribution agreement »)

(Référence à un arrêt du Tribunal fédéral du 28 août 2019, 9C_20/2019 ; arrêt en allemand)

Celui qui ne peut invoquer qu'une expectative indirecte à une rente de survivant n'a pas la qualité pour contester une décision de liquidation partielle. En cas de calcul non objectif de la « provision pour cas d'invalidité en suspens », le rapport actuariel doit être adapté. Interprétation d'un contrat de contribution et conséquence sur l'inscription au bilan dans le cadre d'un bilan de liquidation partielle.

(Art. 53*d*, al. 6 LPP, art. 89, al. 1, let. a, LTF, art. 48, al. 1, let. a, PA et DTA 2)

Le TF a dû examiner à plusieurs égards une liquidation partielle pour laquelle les bénéficiaires sont restés affiliés à l'institution de prévoyance. Était contesté, entre autres, le droit de recours d'une veuve qui avait dépassé tous les délais dans la procédure de vérification visée à l'art. 53*d*, al. 6, LPP, car elle ne disposait alors pas encore de la qualité d'assurée active ou de bénéficiaire de rente qui lui était nécessaire pour déposer un tel recours. Dans le cadre de la procédure de vérification, elle n'avait qu'une expectative à une rente de survivant. Le TF a abouti à la conclusion suivante : la personne qui ne peut invoquer qu'une expectative indirecte à une rente de survivant n'a pas la qualité pour soumettre une décision de liquidation partielle à l'examen de l'autorité de surveillance. Lorsque le droit à la rente de survivant naît seulement après le jour déterminant pour la liquidation partielle et après la clôture de la procédure administrative concernant l'examen de la décision de liquidation partielle, la personne concernée (en l'espèce la veuve) ne dispose pas de la qualité pour participer à la procédure de recours subséquente.

De plus, le montant de la « provision pour cas d'invalidité en suspens » était contesté sur le fond (en ce qui concerne cette provision, il s'agit de cas d'invalidité connus, mais pour lesquels on ne sait pas s'ils deviendront effectivement des cas de prestation). Il a été, entre autres, allégué que le calcul doit être réalisé de manière prospective conformément à la directive technique 2 (DTA 2) de la Chambre suisse des experts en caisses de pensions. Cette directive prévoit que le montant de cette provision est fixé en tenant compte des cas connus et en fonction de l'expérience de l'institution de prévoyance en matière de sinistres. Le TF a conclu que, dans le rapport actuariel de l'expert en matière de prévoyance professionnelle, le calcul du montant de la « provision pour cas d'invalidité en suspens » n'était pas documenté clairement, raison pour laquelle on ne pouvait pas s'attendre à un calcul objectif de la « provision pour cas d'invalidité en suspens ». Il a donc demandé une adaptation sur ce point du rapport actuariel (avec prise en compte de la réglementation prévue par la DTA 2), du bilan de liquidation partiel et du plan de répartition (pour le détail, voir consid. 3.1).

Le TF a en outre vérifié si les dépôts issus d'un accord de contribution (« contribution agreement ») devaient être inscrits au bilan (voir aussi sur ce point le résumé de l'ATF 141 V 589 dans le Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 142 ch. 943). Il s'agissait de savoir en l'espèce si une partie des versements convenus dans l'accord de contribution devait aussi être allouée aux membres du collectif sortant. C'est la raison pour laquelle le TF a examiné quelle était, avec la conclusion de l'accord, l'intention suivie par les parties contractantes, notamment le bailleur de fonds. Le TF a conclu que le bailleur de fonds n'entendait pas soutenir financièrement les assurés actifs sortants, mais entendait garantir le maintien de l'institution de prévoyance. Ne pas inscrire la créance issue de l'accord de contribution dans le bilan de liquidation partielle n'est donc pas contraire au droit fédéral (pour le détail, voir consid. 3.2).

1035 Liquidation partielle - droit collectif du personnel sortant à la réserve de fluctuation

(Référence à un arrêt du TF du 20 janvier 2020, 9C_249/2019, publication ATF prévue ; arrêt en allemand)

L'ancien art. 27h, al. 1, OPP 2 (en vigueur jusqu'au 31 mai 2009) laisse aux institutions de prévoyance une marge d'appréciation concernant la fixation des critères de répartition pour les réserves de fluctuation. La disposition protège le personnel sortant au sens d'un droit minimal (proportionnel) aux réserves de fluctuation de valeur.

(Art. 53*d*, al. 1, LPP et ancien art. 27*h*, al. 1, OPP 2)

Il s'agissait de juger en l'espèce d'une liquidation partielle dont le jour déterminant était le 31 décembre 2006, ce qui explique pourquoi l'ancien art. 27*h* OPP 2 (en vigueur jusqu'au 31 mai 2009) était alors applicable. L'institution de prévoyance cédante avait refusé, dans le cadre de la liquidation partielle, l'octroi d'une part aux

réserves de fluctuation de valeur. L'autorité inférieure avait également nié ce droit au motif que les prétentions du personnel sortant avaient été compensées par paiement en espèces (ou par transfert de liquidités), donc sans supporter des risques liés aux placements.

Le règlement de liquidation partielle reflétait l'ordonnance en vigueur à ce moment-là et n'avait donc aucune portée autonome. En l'espèce, c'est la réglementation prévue par le contrat d'affiliation qui était déterminante ; le TF devait donc déterminer si le personnel sortant disposait, sur la base du contrat d'affiliation, d'un droit collectif (proportionnel) aux réserves de fluctuation de valeur. Dans son interprétation du contrat d'affiliation, le TF a conclu que ce contrat énumérait expressément et de manière exhaustive les fonds qui revenaient au personnel sortant. Il a constaté que la notion « d'autre fortune » recouvrait les fonds libres, les provisions techniques et les réserves de fluctuation (avec renvoi à l'ATF 143 V 321, consid. 4.1, p. 328). Au vu de cette interprétation, les réserves de fluctuation de valeur doivent être octroyées proportionnellement.

Il s'agissait ensuite d'examiner si, dans le cadre de l'application de l'ancien art. 27*h* OPP 2, il existait une marge de manœuvre permettant de convenir dans le contrat d'affiliation d'un droit proportionnel du personnel sortant aux réserves de fluctuation de valeur. Cela a été reconnu par le TF au motif que cette disposition laisse aux institutions de prévoyance une marge d'appréciation dans la fixation des critères de répartition pour les réserves de fluctuation. La disposition protège le personnel sortant au sens d'un droit minimal (proportionnel) aux réserves de fluctuation de valeur, « dans la mesure où [...] des risques liés aux placements sont également transférés ». Le TF estime que, selon cette disposition, il n'est pas en soi inadmissible, au moment du règlement en espèces d'autres droits, d'octroyer des réserves de fluctuation de valeur (pour le détail, voir consid. 4.1 - 4.3).

L'institution de prévoyance cédante devait ainsi octroyer une part de la réserve de fluctuation de valeur au personnel sortant, mais sans la rémunérer d'intérêts (avec renvoi à l'ATF 144 V 369, consid. 4.1.3, p. 372 s.).

Remarque sur la différence entre l'ancien art. 27h, al. 1, OPP 2 et l'art. 27h, al. 1, OPP 2 en vigueur actuellement *: en ce qui concerne le droit aux réserves de fluctuation, l'art. 27h, al. 1, OPP 2 en vigueur depuis le 1er juin 2009 ne contient plus de réserve concernant le transfert de risques liés aux placements ainsi que la forme des éléments de fortune à transférer : voir Bulletin de la prévoyance professionnelle nº 111, ch. 684.*

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 151

1026 Partage de la prévoyance : le dépôt de la demande de divorce comme date déterminante pour la procédure de divorce en cours

(Référence à un arrêt du TF du 20 mars 2018, cause 5A_819/2017 ; en français)

(art. 122 CC et art. 7*d*, al. 2, tit. fin. CC)

La date du dépôt de la demande de divorce est déterminante pour le partage de la prévoyance, également dans les procédures de divorce qui ont été introduites avant l'entrée en vigueur de la révision du partage de la prévoyance et qui sont pendantes devant une autorité judiciaire cantonale.

Depuis le 1er janvier 2017, c'est la date du dépôt de la demande de divorce qui est déterminante pour le partage de la prévoyance, et non plus celle de l'entrée en force du jugement de divorce. Dans le cas présent, le TF devait préciser si ce principe s'applique également lorsque la demande de divorce a été déposée (longtemps) avant l'entrée en vigueur de la révision du partage de la prévoyance. En l'espèce, la procédure de divorce avait été introduite en 2010.

Le TF a jugé que la réglementation transitoire de l'art. 7*d*, al. 2, tit. fin. CC, est claire : « Les procès en divorce pendants devant une instance cantonale sont soumis au nouveau droit dès l'entrée en vigueur de la modification du [1er janvier 2017]. » Ainsi, dans ces cas également, seule la prestation de sortie disponible au jour de l'introduction de la procédure de divorce doit être partagée.

1027 Conditions d'exemption de l'obligation de s'assurer pour les salariés qui exercent leur activité professionnelle principale à l'étranger

(Référence à un arrêt du TF du 9 avril 2019, 9C_659/2018 ; en allemand)

Les salariés dont l'activité professionnelle principale se situe à l'étranger et qui ne réalisent un revenu soumis à l'AVS en Suisse que de façon temporaire ne sont exemptés de l'assurance obligatoire LPP qu'à la condition fixée par l'art. 1j, al. 2, OPP 2, à savoir qu'ils en fassent la demande à l'institution de prévoyance compétente.

(art. 2, al. 4, LPP en relation avec l'art. 1*j*, al. 2, OPP 2)

Le TF devait définir à quelles conditions les salariés qui ne réalisent un revenu soumis à l'AVS en Suisse que de façon temporaire et qui bénéficient d'une couverture d'assurance suffisante dans le cadre de leur activité professionnelle principale à l'étranger sont exemptés de l'assurance obligatoire LPP. Dans le cas de deux personnes qui exercent à titre accessoire un mandat d'administrateur en Suisse et qui bénéficient d'une couverture d'assurance suffisante dans le cadre de leur activité professionnelle principale à l'étranger, l'instance précédente avait jugé que, sur la base de l'art. 1*j*, al. 1, let. c, OPP 2, ces personnes n'étaient pas soumises à l'assurance obligatoire LPP.

Le TF n'a pas été de cet avis, estimant que l'art. 1*j*, al. 1, let. c, OPP 2, ne s'appliquait pas dans le cas présent. Les salariés dont l'activité professionnelle principale se situe à l'étranger ne peuvent être exemptés de l'assurance obligatoire LPP qu'à la condition fixée par l'art. 1*j*, al. 2, OPP 2, à savoir qu'ils en fassent la demande à l'institution de prévoyance compétente. En l'absence d'une telle demande, les institutions de prévoyance ne peuvent pas décider si le salarié peut être exempté de l'assurance obligatoire ou non. Le TF estime que cette exigence est justifiée, notamment parce que, pour les assurés, il est important de savoir avant le début des rapports de travail s'ils bénéficient ou non d'une couverture d'assurance LPP en cas d'événement assuré.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 150

1008 Pas de prise en compte de l'indemnité de départ dans le calcul de surindemnisation

(Référence à un arrêt du TF du 19 octobre 2018, 9C_43/2018; arrêt en français)

(Art. 34*a* LPP, 24 OPP 2 et 19, al. 3, de la loi sur le personnel de la Confédération, LPers)

Comme l'indemnité de départ ici en cause ne vise pas à couvrir une des éventualités qui relèvent de la prévoyance professionnelle, elle ne peut pas être prise en compte dans le calcul de surindemnisation.

Le litige porte sur le droit de A au versement, par la Caisse fédérale de pensions PUBLICA, d'une rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle. Il s'agit en particulier de savoir si les prestations peuvent être diminuées ou non pour éviter une surindemnisation, eu égard à l'indemnité de 80'483 fr., équivalant à dix mois de salaire mensuel, versée à A.

Le TF a retenu que l'indemnité de départ fondée sur l'art. 19, al. 3, LPers, de par sa nature et son but, n'est pas destinée à couvrir les mêmes éventualités que celles visées par la prévoyance professionnelle, à savoir l'invalidité, le décès ou la vieillesse.

En l'occurrence, l'intimé a perçu l'indemnité de 80'483 fr. de la même manière que ses salaires et, à l'inverse d'une prestation affectée irrévocablement à la prévoyance professionnelle, il a pu en disposer librement. L'indemnité n'a pas été calculée sur la base d'une capitalisation de prestations futures en matière de prévoyance, en particulier pour atténuer les effets d'une perte de prévoyance future. Dans le cas présent, l'indemnité en cause est une prestation purement patrimoniale versée par l'employeur pour des considérations sociales, soit lorsque les chances de l'employé de trouver un nouvel emploi sur le marché du travail sont réduites. Elle vise donc à compenser le risque créé par l'abandon par le législateur fédéral de la garantie de la place de travail pour certaines catégories d'employés, sans lien aucun avec la diminution actuelle ou future du niveau de vie du travailleur ou de ses proches liés à la vieillesse, à l'invalidité ou au décès. Partant, faute de concordance fonctionnelle, il ne saurait être question de prendre en compte cette indemnité dans le calcul de surindemnisation.

1009 Divorce: pas de droit à un part du 2e pilier pour le conjoint qui a manqué gravement à son obligation de contribuer à l'entretien de la famille

(Référence à un arrêt du TF du 6 novembre 2018, 5A_443/2018; arrêt en français, publication ATF prévue)

(Art. 124*b*, al. 2, CC)

Le juge du divorce peut déroger pour de justes motifs au principe du partage par moitié de la prestation de sortie dans certaines situations particulièrement choquantes, notamment en cas de manquement grave de l'un des époux à son obligation de contribuer à l'entretien de la famille.

Selon le TF, au vu du but général de la loi concernant le partage de la prévoyance en cas de divorce, le comportement des époux durant le mariage ne constitue en principe pas un critère à prendre en considération; il ne s'agira donc pas d'analyser dans chaque situation la proportion dans laquelle chaque époux s'est impliqué dans l'entretien de la famille et de pondérer le partage des avoirs en fonction de ces éléments. Cependant, selon la volonté claire du législateur, le juge du divorce a désormais la possibilité de tenir compte, dans son appréciation, de la violation par un époux de son obligation d'entretenir la famille. Il ne peut toutefois le faire que de manière restrictive, afin d'éviter que le principe du partage par moitié des avoirs de prévoyance professionnelle des époux ne soit vidé de sa substance. En particulier, c'est seulement dans des situations particulièrement choquantes que de tels justes motifs peuvent l'emporter sur les considérations économiques liées aux besoins de prévoyance respectifs des époux, de sorte que le juge est habilité, sur cette base, à refuser totalement ou partiellement le partage des avoirs de prévoyance professionnelle.

En l'espèce, le TF a jugé que l'on se trouvait en présence de justes motifs qui justifiaient de refuser le partage du 2e pilier demandé par le conjoint recourant, car celui-ci avait gravement violé son obligation de contribuer à l'entretien de la famille, ce tout au long du mariage, il n'avait que très peu travaillé et ne s'était occupé ni des enfants, ni du ménage. De plus, il avait disposé seul d'un crédit dont son épouse avait dû assumer seule le remboursement. En outre, il avait exercé une surveillance étroite sur celle-ci au point de la priver d'autonomie, la maltraitant ainsi que leurs enfants, tant physiquement que psychologiquement, et privant parfois la famille de l'argent nécessaire à ses besoins de base, car il avait joué une partie du salaire de son épouse aux jeux de hasard.

1010 Le partenaire bénéficiaire doit pouvoir attester d'une communauté de vie d'une durée minimale de cinq ans.

(Référence à un arrêt du TF du 9 octobre 2018, 9C_118/2018, publié aux ATF 144 V 327 ; arrêt en allemand)

Une institution de prévoyance ne peut verser le capital-décès au partenaire que si la communauté de vie avec l'assuré décédé a duré au moins cinq ans. Prévoir dans le règlement une durée inférieure n'est pas admissible.

(Art. 20*a*, al. 1, let. a, LPP)

Le Tribunal fédéral devait se prononcer sur le cas suivant : une institution de prévoyance a refusé de verser à la veuve de l'assuré décédé, outre la rente de veuve, le capital-décès. Peu avant son décès, l'assuré avait informé l'institution de prévoyance qu'à sa mort, le capital-décès devrait être versé à sa compagne et non à son épouse. Les trois dernières années précédant son décès, l'assuré avait fait vie commune avec sa compagne. Le règlement de l'institution de prévoyance prévoit qu'une communauté de vie d'une durée minimale de trois ans permet déjà au partenaire de bénéficier de prestations, ce à quoi la veuve s'est opposée.

L'art. 20*a*, al. 1, let. a, LPP, prévoit (notamment) que la personne qui a formé avec le défunt une communauté de vie ininterrompue d'au moins cinq ans immédiatement avant le décès peut bénéficier de prestations pour survivants. Le Tribunal fédéral devait donc examiner le point de savoir s'il était licite de raccourcir dans un règlement la durée requise pour la communauté de vie. Sa conclusion est que le libellé de la disposition ne laisse aucun doute à ce sujet : la loi précise clairement et sans équivoque que la communauté de vie doit avoir duré au moins cinq ans immédiatement avant le décès de l'assuré. C'est d'ailleurs la version française de l'article (« d'au moins cinq ans ») qui est la plus claire à cet égard : la durée de cinq ans de la communauté de vie constitue bel et bien une exigence légale minimale. C'est ce que confirment aussi les travaux préparatoires. Une institution de prévoyance ne peut donc pas raccourcir dans son règlement la durée requise pour la communauté de vie.

1011 Pas d'intérêts moratoires en cas de prétention récursoire de l'institution de prévoyance tenue de verser la prestation préalable

(Référence à un arrêt du TF du 30 janvier 2019, cause 9C_108/2018, publication aux ATF 145 V 18 ; arrêt en allemand)

L'institution de prévoyance qui a versé la prestation préalable ne peut pas réclamer des intérêts moratoires sur le montant de la restitution due par l'institution de prévoyance tenue de verser la prestation.

(Art. 26, al. 4, LPP)

Le TF était appelé à se prononcer sur le point de savoir si l'institution de prévoyance tenue de verser la prestation devait payer à celle qui l'a prise en charge à titre préalable (en l'espèce la fondation Institution supplétive) des intérêts moratoires sur la restitution due à partir de la date de dépôt du recours.

En vertu de l'art. 26, al. 4, LPP, l'institution tenue de verser la prestation préalable peut répercuter la prétention sur l'institution de prévoyance tenue de verser la prestation, lorsque celle-ci est connue. Par contre, on ne peut parler de relation contractuelle, par exemple par subrogation de droit, entre l'institution qui a versé la prestation préalable et celle qui est tenue de verser la prestation à titre définitif. Il n'y a donc aucune base juridique qui justifie une obligation de verser des intérêts moratoires au sens des dispositions du Code des obligations (art. 104 CO), telle qu'elle est usuelle, en l'absence de bases statutaires, dans le droit de la prévoyance professionnelle, tant pour ce qui est des prestations que des cotisations. Compte tenu de ce qui précède, le TF parvient à la conclusion qu'il n'y a aucun droit à des intérêts moratoires.

999 Calcul de surindemnisation: inexploitabilité d'une capacité de travail résiduelle de 10 %

(Référence à un arrêt du Tribunal fédéral du 27 juin 2018, 9C_595/2017, publié aux ATF 144 V 166 ; arrêt en allemand)

Pour le calcul de la surindemnisation selon l'art. 34a al. 1 LPP, il faut partir du principe qu'une capacité résiduelle de travail de seulement 10 % n'est théoriquement pas exploitable. C'est pourquoi, en règle générale, il n'y a pas lieu de tenir compte d'un revenu hypothétique correspondant.

(Art. 34*a* al. 1 LPP)

Le TF devait se prononcer sur le cas suivant : la recourante, qui perçoit en raison d'un accident subi en 1999 une rente entière de l'assurance-invalidité ainsi que de la prévoyance professionnelle et une rente complémentaire de l'assurance-accidents, a continué à travailler après l'accident auprès du même employeur, mais à un taux d'occupation fortement réduit (10 %). Ce rapport de travail a été résilié fin 2008. La question litigieuse en l'espèce est celle de savoir si la perte de l'emploi oblige à opérer un nouveau calcul de la surindemnisation et si, pour celui-ci, il est admissible de prendre en compte pour la recourante un revenu d'activité lucrative correspondant à sa capacité de gain résiduelle.

Le TF commence par rappeler les principes du calcul de surindemnisation en cas de changement important de la situation et retient en particulier que l'institution de prévoyance est tenue de réévaluer la rente d'invalidité qu'elle alloue en cas d'adaptation des prestations d'un ordre de grandeur d'au moins 10 %. Si la modification d'un facteur de calcul a pour effet une adaptation de la prestation dans cet ordre de grandeur, l'institution de prévoyance doit vérifier, sans être liée par des facteurs calculés précédemment, s'il y a surindemnisation et dans quelle mesure (consid. 3.3). Partant de ces principes, le TF conclut en l'espèce que la perte de l'emploi avec un taux d'occupation de 10 % constitue clairement une modification importante de l'état de fait. Si la personne assurée perd le revenu d'invalide perçu auprès de l'ancien employeur dans ces proportions, il est nécessaire de procéder à un nouveau calcul de la surindemnisation et du droit à la rente résultant de la coordination entre les assurances.

Pour le TF, il se pose par ailleurs la question de savoir si un revenu hypothétique peut être pris en compte alors que, comme la recourante l'avait fait valoir, la capacité de travail résiduelle doit être réputée inexploitable compte tenu de son faible pourcentage. Le TF parvient à la conclusion que, *pour le calcul de la surindemnisation visé à l'art. 34a al. 1 LPP, il faut partir du principe que la capacité de travail résiduelle, si elle n'est que de 10 %, n'est pas exploitable* et que par conséquent, *en règle générale, un revenu hypothétique correspondant ne peut pas non plus être pris en compte* (consid. 4.3).

1000 Liquidation partielle : formation de nouvelles réserves actuarielles en cas de changement fondamental de la capacité de risque d'une institution de prévoyance

(Référence à un arrêt du TF du 23 juillet 2018, 9C_657/2017, publication aux ATF prévue ; arrêt en allemand)

Lorsque, dans le cadre d'une liquidation partielle, la capacité de risque d'une institution de prévoyance se modifie subitement et fondamentalement, de nouvelles réserves peuvent être constituées même sans base réglementaire ; ce qui est décisif, c'est que la réserve soit objectivement bien fondée.

(Art. 53*b* al. 3, 53*d* al. 1 et 65*b* let. a LPP)

En l'espèce, la liquidation partielle (jour de référence : 31.12.2012) a nettement aggravé la capacité structurelle de risque et d'assainissement de la fondation. Le rapport entre les assurés actifs et les bénéficiaires de rentes

s'est fortement modifié à la suite de la sortie de 452 assurés actifs pour fin 2012 (quatre pour un à fin 2011, et deux pour un à fin 2012). Le 27 août 2012, le conseil de fondation a décidé la liquidation partielle. Le 27 octobre, il a édicté une nouvelle disposition réglementaire créant une nouvelle réserve « Capital de couverture des rentiers ». Cette mesure a été mise en vigueur rétroactivement au 3 septembre 2012. La création de la réserve a eu pour effet de diminuer le taux de couverture de la fondation. Dans le cadre de la liquidation partielle, il n'y a pas eu de transfert proportionnel de la réserve « Capital de couverture des rentiers » au groupe sortant.

Le groupe sortant et l'institution de prévoyance reprenante ont recouru contre la décision de la fondation. Ils ont notamment demandé la dissolution de la réserve « Capital de couverture des rentiers » et un transfert proportionnel à l'institution de prévoyance reprenante. Devant le TF, les points litigieux portaient sur la mise en vigueur du règlement sur les réserves, sur la question de savoir si, vu les règlements existants, la réalisation d'une liquidation partielle s'imposait et si l'adoption du règlement sur les réserves (comportant la création de la nouvelle réserve « Capital de couverture des rentiers ») pouvait intervenir, dans le temps, après la décision sur la liquidation partielle.

Le TF a jugé que le conseil de fondation avait le droit de modifier le règlement sur les réserves, car celui-ci contenait une disposition réservant la possibilité de le modifier. Contrairement au règlement sur la liquidation partielle, le règlement sur les réserves ne nécessite pas formellement une décision d'approbation de la part de l'autorité de surveillance et entre immédiatement en vigueur au moment où il est édicté. Le TF n'a dès lors plus dû examiner davantage la mise en vigueur rétroactive litigieuse, car le règlement sur les réserves édictées par le conseil de fondation était applicable au jour de référence du bilan (31.12.2012).

Après un examen approfondi, le TF est arrivé à la conclusion que, dans le contexte d'une liquidation partielle, la situation, et en particulier la capacité de risque d'une institution de prévoyance, peut changer subitement et fondamentalement et rendre nécessaire la prise en compte d'un besoin de réserves modifié. Dans de tels cas, les réserves à créer ne doivent pas impérativement avoir une base dans le règlement sur les réserves. Pour savoir si une réserve est conforme au droit, peu importe en principe qu'elle ait été adoptée avant ou après la décision de liquidation partielle. Au contraire, selon le TF, ce qui est décisif, c'est son bien-fondé objectif. Sur ce point, il faut respecter le principe de l'égalité de traitement. En outre, le TF retient que le bilan de liquidation partielle a une nature rétrospective dans la mesure où il est établi après le jour de référence (du bilan). Il reflète la situation patrimoniale actuelle au jour de référence (du bilan), raison pour laquelle seule la situation telle qu'elle apparaît à ce moment-là présente un intérêt. Il n'y a pas de place pour une prise en compte ex post.

En l'espèce, le TF a admis le bien-fondé objectif des réserves qui étaient contestées et a dès lors confirmé l'avis de l'expert en matière de prévoyance professionnelle (pour plus de détails, voir consid. 3).

1001 Institution de prévoyance de droit public : dissolution de la réserve « Fonds de renchérissement » et attribution de l'excédent

(Référence à un arrêt du TF du 23 juillet 2018, 9C_161/2018, publication aux ATF 144 V 236, arrêt en allemand)

L'excédent résultant de la dissolution d'un fonds de renchérissement peut être attribué aux fonds libres par l'institution de prévoyance.

(Art. 62 al. 1, 65 al. 1 LPP et 49 al. 1 Cst.)

Le fonds de renchérissement d'une institution de prévoyance de droit public servait de réserve pour le financement des adaptations des rentes au renchérissement. Dans le cadre d'une révision du système de prestations et de financement, l'institution de prévoyance a voulu dissoudre la réserve de ce fonds parce que l'adaptation entière automatique des prestations au renchérissement n'est désormais plus accordée. Comme la dissolution du fonds de renchérissement a généré un excédent, l'institution de prévoyance a prévu de

l'attribuer aux fonds libres généraux. L'association des retraités s'est cependant opposée au procédé envisagé par l'institution de prévoyance et a invoqué notamment une violation du principe de l'emploi de la fortune conformément à sa destination au sens de l'art. 62 al. 1 LPP.

Dans un premier temps, le TF a examiné l'admissibilité de la dissolution de la réserve « Fonds de renchérissement ». Il est arrivé à la conclusion que, dans le nouveau système de prestations et de financement, le fonds de renchérissement a perdu son but (en tant que réserve) et que, pour ce motif, il peut être dissout (pour la motivation complète, voir consid. 3). Dans un deuxième temps, le TF a examiné si le produit de la dissolution (environ 26,7 millions de francs) peut être attribué aux fonds libres généraux. La loi cantonale ne règle pas l'affectation de l'excédent, mais le TF soutient l'intention de l'institution de prévoyance. Il retient qu'une telle affectation n'est pas seulement une question de principe, mais aussi un impératif comptable dans le cadre de Swiss GAAP RPC 26, étant donné qu'il n'y a plus besoin de continuer de financer le renchérissement. Peu importe que l'attribution de l'excédent entraîne aussi une réduction du montant des contributions futures de l'employeur pour des assainissements bien que le fonds de renchérissement ait été prévu uniquement pour l'adaptation au renchérissement et qu'il n'ait pas été destiné à l'employeur. Le TF a considéré que la dissolution, conforme au droit, du fonds de renchérissement lui fait perdre son affectation antérieure.

1002 Violation de l'obligation de déclarer et conséquences du retrait

(Référence à un arrêt du TF du 20 septembre 2018, 9C_139/2018, publication aux ATF prévue; arrêt en allemand)

Le retrait décidé par l'institution de prévoyance à la suite d'une violation du devoir de déclarer se rapporte seulement au capital de prévoyance surobligatoire accumulé auprès de cette institution, mais pas à la prestation de sortie acquise dans l'ancienne institution de prévoyance.

(Art. 14 al. 1 LFLP)

Le TF devait se prononcer sur le cas suivant : lors du contrôle de prestations d'invalidité, l'institution de prévoyance prestataire déclare se retirer du contrat de prévoyance surobligatoire. La recourante avait tu avoir été en incapacité de travail, pendant plusieurs mois et suivie par un médecin en raison d'une dépression. En conséquence, l'institution de prévoyance refuse de prendre en compte, dans le calcul de la rente d'invalidité, la prestation d'entrée surobligatoire apportée, ce que conteste la recourante.

La violation de l'obligation de déclarer et le droit à une rente d'invalidité demeurant incontestés, le TF est appelé à examiner comment il faut procéder avec la prestation d'entrée apportée dans l'institution de prévoyance si cette prestation contient aussi une part surobligatoire de l'avoir de vieillesse. En s'appuyant sur la jurisprudence fondée sur l'ATF 130 V 9 sur l'inadmissibilité de réserves d'assurance rétroactives, le TF arrive à la conclusion que le retrait concerne seulement le capital de prévoyance surobligatoire nouvellement accumulé, mais pas la prestation de sortie acquise auprès de l'ancienne institution de prévoyance (voir aussi Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 74, ch. 438). Dans ce sens, l'art. 14 al. 1 LFLP garantit la protection de la prévoyance surobligatoire à concurrence de la prestation de sortie apportée. Comme celle-ci ne peut être soumise à aucune nouvelle réserve, cela exclut par conséquent aussi un retrait la concernant. L'art. 14 al. 1 LFLP garantit dès lors que, même en cas de retrait, toute la prestation d'entrée soit prise en compte dans le calcul du droit à la rente. En l'espèce, l'institution de prévoyance doit par conséquent refixer le montant de la rente d'invalidité en intégrant dans son calcul la totalité de la prestation de libre passage apportée.

990 Nouvelle méthode mixte dans l'assurance-invalidité et détermination du taux d'invalidité dans la prévoyance professionnelle

(Référence à deux arrêts du Tribunal fédéral du 7 mars 2018, 9C_133/2017, publié dans : ATF 144 V 63 (décision en allemand) et 9C_426/2017, publié dans : ATF 144 V 72 (décision en français), jurisprudence confirmée par l'arrêt du Tribunal fédéral du 12 mars 2018, 9C_25/2018, décision en allemand)

L'introduction de la nouvelle méthode mixte dans l'assurance-invalidité n'a pas d'effet sur la détermination du taux d'invalidité dans la prévoyance professionnelle. Le mode de calcul qui, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, s'appliquait en cas d'activité lucrative à temps partiel reste inchangé. Le revenu sans invalidité sur lequel se fonde ce calcul ne doit, en particulier, pas être converti en un revenu hypothétique d'une activité lucrative à plein temps.

Dans son arrêt du 2 février 2016, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a jugé discriminatoire l'application de la méthode mixte pour évaluer le taux d'invalidité dans l'assurance-invalidité (AI). Elle a estimé que cette méthode de calcul désavantage illégalement les personnes qui exercent une activité lucrative à temps partiel tout en accomplissant des travaux habituels, à savoir principalement des femmes. Le 1er janvier 2018, la modification du 1er décembre 2017 de l'art. 27bis du règlement sur l'assurance-invalidité (RAI) a introduit un nouveau mode de calcul conforme aux exigences de la CEDH. Dans l'AI, le taux d'invalidité en lien avec l'activité lucrative est désormais calculé sur la base d'un revenu sans invalidité extrapolé pour une activité lucrative à plein temps. Ce taux est ensuite pondéré en fonction du taux d'occupation. Cette modification répond aux critiques formulées contre l'ancien mode de calcul, auquel il était reproché de tenir compte deux fois du fait que l'activité lucrative était exercée à temps partiel et de ne pas suffisamment prendre en considération les interactions entre activité lucrative et travaux habituels.

En s'appuyant sur la jurisprudence existante concernant la détermination, dans la prévoyance professionnelle, du taux d'invalidité des personnes qui exercent une activité lucrative à temps partiel (voir Bulletin de la prévoyance professionnelle nº 142, ch. 944, résumé de l'arrêt 9C_403/2015 du 23 septembre 2015), le Tribunal fédéral a rendu le même jour deux arrêts qui évaluent comme suit les effets de la nouvelle méthode mixte de l'AI sur la détermination du taux d'invalidité dans la prévoyance professionnelle.

Si l'AI a calculé le taux d'invalidité d'une personne qui exerce une activité lucrative à temps partiel au moyen de la méthode mixte – c'est-à-dire en appliquant la méthode générale de comparaison des revenus pour l'activité lucrative et la méthode spécifique de comparaison des types d'activité pour les travaux habituels – les institutions de prévoyance sont en principe tenues d'appliquer le taux d'invalidité tel qu'il a été déterminé par l'AI pour la part qui concerne l'activité lucrative. La couverture d'assurance dans la prévoyance professionnelle ne s'étend toutefois à l'activité lucrative qu'à hauteur du taux d'occupation effectif. En ce sens, l'invalidité dans la prévoyance professionnelle correspond à l'incapacité de gain résultant d'une atteinte à la santé et mesurée par rapport à la charge de travail effective lors de la survenance de l'incapacité de travail. D'éventuels travaux habituels, tels ceux que l'AI doit prendre en considération dans la méthode mixte, n'entrent donc pas en ligne de compte lors de la détermination du taux d'invalidité dans la prévoyance professionnelle. Par conséquent, le droit aux prestations d'invalidité dans la prévoyance professionnelle est déterminé en fonction du taux d'occupation au début de l'incapacité de travail, dont la cause est à l'origine de l'invalidité. À la différence du taux d'invalidité dans AI, le taux d'invalidité dans la prévoyance professionnelle doit toujours être calculé sur la base d'un revenu sans invalidité correspondant à une activité exercée à temps partiel, et non sur la base d'une activité lucrative hypothétique à plein temps. La « conversion » du premier taux au second peut se faire de différentes façons (voir l'arrêt 9C_133/2017, consid. 6.3.1 pour une illustration des différentes options).

Le Tribunal fédéral recommande, comme option particulièrement pratique et aisément compréhensible, que les institutions de prévoyance pondèrent le revenu sans invalidité fixé par l'AI, et auquel elles sont en principe liées, en fonction du taux d'occupation effectif lors de la survenance de l'invalidité et qu'elles procèdent sur cette base (et sur la base des autres paramètres fondamentalement contraignants) à une nouvelle comparaison des revenus.

991 Interruption du lien temporel entre incapacité de travail et invalidité ultérieure

(Référence à un arrêt du TF du 20 février 2018, 9C_147/2017, publié aux ATF 144 V 58 ; arrêt en allemand)

Il faut admettre que le lien temporel entre une incapacité de travail et une invalidité ultérieure est interrompu lorsque, dans l'intervalle, l'assuré a présenté pendant plus de trois mois une capacité de travail de plus de 80 % dans une activité lucrative adaptée.

Le TF devait se prononcer sur le cas suivant : quelques années après la suppression de sa rente d'invalidité et à la suite d'une aggravation de son état de santé, la recourante demande une nouvelle fois l'octroi d'une rente d'invalidité. Alors que l'assurance-invalidité accepte la demande après diverses mesures d'instruction, l'institution de prévoyance d'alors la refuse, au motif que le lien requis avec l'incapacité de travail initiale a été interrompu. Les mesures d'instruction ont révélé une capacité de travail continue de 80 %. Dès lors, le litige porte en l'espèce sur le taux que doit avoir de nouveau atteint la capacité de travail pour fonder une interruption du lien temporel ; en particulier, le TF a examiné si une capacité de travail de 80 % est suffisante à cet effet.

Le TF retient tout d'abord que la jurisprudence n'est pas uniforme sur la question du taux et de la durée de la capacité de travail pouvant entraîner l'interruption du lien temporel entre l'*incapacité* de travail initiale, survenue pendant le rapport de prévoyance, et l'invalidité ultérieure. Selon l'arrêt du TF 9C_536/2012 du 28 décembre 2012, une perte des capacités fonctionnelles dans la dernière profession exercée n'est déterminante pour la survenance de l'*incapacité* de travail au sens de l'art. 23, let. a, LPP que si elle est d'au moins 20 %. Sur cette base, le TF arrive à la conclusion que c'est seulement lorsqu'une *incapacité* de travail est inférieure à 20 % et qu'une *capacité* de travail est donc supérieure à 80 % que le lien temporel peut être interrompu, pour autant encore que l'aptitude à l'emploi dans une activité adaptée dure au moins trois mois. En conséquence, le TF qualifie de contraire au droit l'opinion de l'instance précédente qu'une capacité de travail de 80 % suffirait à interrompre le lien temporel.

992 Liquidation partielle : droit des membres du collectif sortant aux provisions techniques

(Référence à un arrêt du Tribunal fédéral du 16 mars 2018, 9C_615/2017, publication aux ATF prévue ; arrêt en allemand)

Si des provisions techniques ont été constituées aussi pour les membres du collectif sortant, elles doivent être transférées proportionnellement.

(Art. 53d, al. 1, LPP et art. 27h, al. 1, OPP 2)

La compagnie d'assurance A a repris la compagnie d'assurance B. À la suite de cette reprise, les employés de la compagnie d'assurance B ont été transférés à l'institution de prévoyance de la compagnie d'assurance A, ce qui a donné lieu à une liquidation partielle de l'institution de prévoyance de la compagnie d'assurance B. Dans le cadre de cette liquidation partielle, la répartition des provisions techniques disponibles a été contestée.

Le TF a confirmé la jurisprudence fondée sur l'arrêt ATF 140 V 121 (résumé dans le Bulletin de la prévoyance professionnelle nº 137, ch. 906) et selon laquelle seule la situation de l'institution de prévoyance cédante est pertinente pour évaluer si les risques actuariels sont transférés en cas de liquidation partielle. Dans la mesure où les provisions en question étaient en partie destinées aux membres du collectif sortant, ceux-ci ont un droit

de participation proportionnelle à ces provisions. Le TF a également examiné si la part des provisions techniques destinée aux membres du collectif sortant pouvait être dissoute et a répondu par la négative. Selon lui, une telle dissolution aurait pour effet d'améliorer la situation des membres du collectif restant, car ceux-ci pourraient participer aux fonds devenus disponibles (pour plus de détails, voir consid. 2).

993 Obligations contractuelles de l'employeur après la résiliation du contrat d'affiliation lorsque la caisse de pensions est exclusivement composée de rentiers

(Référence à deux arrêts du Tribunal fédéral du 21 juin 2018, 9C_649/2017 et 9C_652/2017, publication aux ATF prévue, arrêts en allemand)

Lorsqu'un employeur résilie le contrat d'affiliation, la loi prévoit que ce dernier continue de s'appliquer aux rentiers. L'employeur ne peut se soustraire aux obligations qu'il a contractées avec celui-ci.

(Art. 53*e*, al. 6, LPP)

A la suite de la transformation d'une fondation commune en une fondation collective, la caisse de pensions A a conclu de nouveaux contrats d'affiliation avec les employeurs qui lui sont affiliés. À cette occasion, quatre assurés actifs et dix retraités de l'employeur X ont été transférés à la fondation collective. En violation de la clause d'exclusivité prévue par le contrat d'affiliation, l'employeur X a assuré ses nouveaux employés auprès d'une autre fondation collective. La caisse de pensions de l'employeur X s'est ensuite transformée en une caisse de rentiers. La fondation collective A a par la suite été mise en liquidation et demande maintenant par voie d'action à l'employeur X des contributions aux frais d'administration pour la caisse de rentiers et le financement du découvert technique. L'employeur X a demandé le rejet de cette action.

Le TF a notamment examiné si l'obligation de financement (explicitement imposée à l'employeur par contrat) s'applique aussi à la caisse de rentiers qui a été créée. Il est arrivé à la conclusion suivante : l'obligation de la part de l'employeur de financer le découvert technique n'est pas réglée par le droit fédéral mais découle d'une disposition dans le règlement ou le contrat d'affiliation. Même si l'employeur résilie le contrat d'affiliation, la loi prévoit que ce dernier continue de s'appliquer aux rentiers dès lors que ceux-ci restent affiliés à l'ancienne institution (art. 53*e*, al. 6, LPP). Cette règle ne laisse aucune marge de manœuvre. Elle s'applique sans discussion, selon le TF, dans le cas où un employeur assure ses employés actifs auprès d'une autre institution de prévoyance et ne laisse que des rentiers dans l'ancienne institution. L'employeur doit continuer à respecter le contrat d'affiliation et ne peut se soustraire aux obligations qu'il a ainsi contractées. Le TF a également examiné si l'obligation de financement imposée à l'employeur est conforme aux principes constitutionnels de proportionnalité et d'adéquation. Il a confirmé ce point.

L'employeur X est dans l'obligation de financer le découvert technique et les contributions aux frais d'administration pour la caisse de rentiers. Il n'a plus d'autres possibilités d'assainissement : faute d'employés assurés, l'employeur ne peut pas exiger des cotisations d'assainissement paritaires. De l'avis du TF, la caisse de pensions ne peut s'en prendre qu'à elle-même, car l'employeur a, dans le cas présent, enfreint la clause d'exclusivité.

986 La réduction de rentes en cours n'est admissible qu'en cas de découvert

(Référence à un arrêt du TF du 23 novembre 2017, 9C_234/2017, publié aux ATF 143 V 440, arrêt en allemand)

Une réduction de rentes en cours n'est admissible que pour résorber un découvert. Les modèles de rentes avec parts de bonus variables, qui prévoient des réductions des rentes en cours en fonction de la situation financière de l'institution de prévoyance sont contraires au droit fédéral – même dans le domaine surobligatoire.

En l'espèce, le TF devait se prononcer sur la légalité de l'instauration d'un modèle de rentes flexible pour des rentes en cours. Ce modèle prévoyait, en plus d'une rente de base fixe, une part de bonus flexible supplémentaire qui permettait une adaptation des prestations sous forme de rentes limitée à la partie surobligatoire. L'instance précédente était arrivée à la conclusion que le modèle décrit n'était pas compatible avec l'art. 65*d*, al. 3, let. b, LPP à cause de la possibilité d'une réduction des rentes. Selon elle, cette disposition légale poserait le principe limitatif qu'une réduction de rentes en cours ne saurait avoir lieu qu'à la condition restrictive d'un découvert.

Le TF a confirmé la décision de l'instance précédente et retient notamment ce qui suit : comme admis dans l'ATF 135 V 382 (voir Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 115, ch. 719), la rente initiale réglementaire jouit d'une protection absolue (principe de la valeur nominale). L'incertitude liée à un modèle flexible de rentes, pour les assurés concernant le point de savoir si, sur la durée, il y aura une amélioration ou une péjoration des prestations n'est pas conciliable avec le droit à la protection précitée. La réduction d'une rente en cours n'est que subsidiaire même si l'institution de prévoyance se trouve dans une situation financière critique et n'est possible qu'à des conditions restrictives. Dès lors, il ne peut pas y avoir de réduction de la rente initiale en cas de couverture insuffisante, c'est-à-dire dans une situation nettement moins grave. L'art. 65, al. 3, let. b, LPP doit donc être compris de manière limitative et doit être respecté par l'adoption d'une disposition de teneur correspondante dans le règlement, valable aussi dans le domaine de la prévoyance étendue en vertu de l'art. 49, al. 2, ch. 16, LPP.

L'OFAS relève que l'arrêt ne s'exprime que sur la question de savoir si un modèle de rentes variable peut s'appliquer à des rentes déjà en cours. Si le règlement prévoit par contre qu'un tel modèle est limité aux rentes futures et que les prestations LPP minimales sont garanties, l'OFAS considère un modèle variable comme admissible.

987 Divorce: intérêts compensatoires aussi pour les avoirs dans des institutions de libre passage

(Référence à un arrêt du TF du 10 octobre 2017, 9C_149/2017 ; arrêt en français)

(Art. 122 CC, art. 2, al. 3, 22 et 26 LFLP, art. 8*a* OLP et 12 OPP 2)

La prestation de sortie à transférer doit être créditée du taux d'intérêt minimal LPP ou d'un taux réglementaire plus élevé à partir du jour déterminant.

Le TF devait se prononcer sur la question de savoir quel était le taux d'intérêt applicable à la prestation de libre passage à transférer suite au partage du 2e pilier pour cause de divorce. Le TF a jugé comme suit :

Dans la mesure où les prestations de prévoyance maintenues au moyen d'une police de libre passage ou d'un compte de libre passage font partie des prestations de sortie à partager en cas de divorce, en vertu de l'art. 22 LFLP, les dispositions idoines de la LFLP et de l'OLP (qui renvoie à son tour à l'OPP 2) s'appliquent aussi aux avoirs dans des institutions de libre passage. En particulier, pour le calcul de la prestation de sortie à partager, on ajoute à la prestation de sortie et à l'avoir de libre passage existant au moment de la conclusion du mariage

les intérêts dus au moment du divorce; le taux prévu par l'art. 12 OPP 2 est déterminant, à défaut de taux réglementaire plus élevé (cf. art. 8*a*, al. 1, OLP en relation avec l'art. 26, al. 3, LFLP et ATF 129 V 251; cf. également Bulletin de la prévoyance professionnelle N° 47, ch. 270 Modification de l'ordonnance sur le libre passage, p. 3).

Cela vaut aussi pour la prestation de libre passage à transférer : celle-ci doit être rémunérée au taux d'intérêt minimal LPP ou à un taux réglementaire plus élevé à partir du jour déterminant (*remarque de* l'OFAS *: dans ce cas qui avait été jugé selon l'ancien droit, le jour déterminant correspondait à celui de l'entrée en force du jugement de divorce*) et ce principe s'applique non seulement aux avoirs se trouvant dans des institutions de prévoyance mais également à ceux placés dans des institutions de libre passage.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 146

980 Début du droit à la rente d'invalidité de la prévoyance plus étendue et art. 29, al. 1, LAI

(Référence à un arrêt du TF du 7 septembre 2017, 9C_327/2017 ; arrêt en français)

L'art. 29, al. 1, LAI, d'après lequel le droit à la rente d'invalidité prend naissance au plus tôt à l'échéance d'une période de 6 mois à compter de la date à laquelle l'assuré a fait valoir son droit aux prestations, s'applique aussi à la prévoyance professionnelle plus étendue lorsque le règlement de l'institution de prévoyance renvoie aux dispositions de la LAI.

Le litige porte sur la date à partir de laquelle l'assuré A. a droit à des prestations d'invalidité de la prévoyance professionnelle plus étendue. Le Tribunal cantonal a jugé, en se basant sur le dossier de l'Office AI que A. avait présenté une incapacité de travail déjà depuis juin 2008 et d'au moins 40 % à partir de septembre 2008, ce qui justifiait l'ouverture du droit aux prestations une année après, soit dès le 1er septembre 2009. La caisse de pensions X. a recouru contre ce jugement en considérant que A. avait droit aux prestations d'invalidité à partir du 1er avril 2013, c.-à-d. 6 mois après la présentation de sa demande AI du 31 octobre 2012.

Il ressort du règlement de la caisse de pensions X. que "le droit à la rente d'invalidité prend naissance au plus tôt après une incapacité de travail de l'assuré d'une année, suivie d'une incapacité de gain permanente résultant de la même cause. Les dispositions de la LAI s'appliquent par analogie à la naissance du droit à la rente d'invalidité". Pour le TF, le texte de cette disposition est clair en ce sens qu'il renvoie explicitement aux dispositions de la LAI pour fixer le début de la rente. Il convient dès lors d'appliquer l'art. 29, al. 1, LAI et de reconnaître que le droit à une rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle naît à l'expiration du délai de 6 mois à compter de la demande de prestations prévu par cette disposition. L'argumentation développée par A. selon lequel l'art. 29, al. 1, LAI, auquel renvoie l'art. 26 al. 1 LPP, ne s'applique qu'à la prévoyance obligatoire (cf. ATF 140 V 470 consid. 3.2 et 3.3) ne lui est d'aucun secours. En effet, le règlement de la caisse de pension renvoie explicitement aux dispositions de la LAI. Compte tenu de la date à laquelle l'AI a fixé le début du droit à la rente, le droit aux prestations de la prévoyance professionnelle a pris naissance le 1er avril 2013.

981 Délai réglementaire pour demander une prestation en capital

(Référence à un arrêt du Tribunal fédéral du 18 juillet 2017, 9C_86/2017, arrêt en allemand)

La fixation d'un délai réglementaire convenable pour demander une prestation en capital est aussi admissible dans le cadre de la prévoyance obligatoire au sens de l'art. 37, al. 2, LPP.

(Art. 37, al. 2 et 4, let. b, LPP)

Le TF avait à juger du délai réglementaire pour faire connaître sa volonté de recevoir une prestation en capital. En l'espèce, le règlement disposait que l'assuré doit communiquer par écrit le montant du capital qu'il souhaite percevoir au plus tard un mois avant la fin des rapports de travail, et qu'il peut demander que son avoir de prévoyance lui soit versé intégralement ou en partie sous forme de capital au lieu d'une rente, sous réserve de l'art. 79*b*, al. 3, LPP.

L'assuré, qui a manqué le délai fixé, a invoqué devant le TF que la possibilité de recevoir une prestation en capital en lieu et place d'une rente, garantie par l'art. 37, al. 2, LPP, ne saurait dépendre d'autres conditions fixées dans le règlement.

Étant donné que la loi ne fixe pas de délai pour faire valoir l'option d'une prestation en capital, le TF a examiné s'il était admissible qu'une institution de prévoyance en prévoie un dans son règlement – y compris lorsque, dans le cadre de l'art. 37, al. 2, LPP, le retrait porte sur une part limitée de l'avoir de vieillesse. Le TF a retenu tout d'abord que l'art. 37, al. 2, LPP porte seulement sur l'avoir de prévoyance obligatoire et qu'il donne à tout assuré la possibilité d'en percevoir le quart sous forme de capital. Ensuite, il a considéré qu'il est délibérément voulu que, suivant le règlement applicable, il n'y ait pas de délai ou que le délai fixé soit plus ou moins long, et que cela ne constitue pas une entorse au principe de l'égalité de traitement. Le TF a conclu par conséquent que la fixation d'un délai réglementaire pour demander une prestation en capital est admissible, y compris dans le cadre de la prévoyance obligatoire visée à l'art. 37, al. 2, LPP. L'art. 37, al. 4, let. b, LPP permet expressément aux institutions de prévoyance de prévoir un délai dans leurs règlements. Cette disposition serait vidée de son sens si elle n'était pas applicable également à l'option en capital selon l'art. 37, al. 2, LPP.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 145

972 Indemnité pour vacances non prises et salaire assuré LPP

(Référence à un arrêt de la IIe Cour de droit social du TF du 18 mai 2017, 9C_725/2016, arrêt en français)

Il n'y a pas d'obligation d'inclure l'indemnité pour vacances non prises dans le montant du salaire assuré selon la LPP.

Le litige porte sur le point de savoir si le montant versé à la personne assurée afin de l'indemniser pour les vacances qui n'avaient pas été prises pendant les rapports de travail doit être intégré ou pas au salaire assuré qui a servi de base pour le calcul de sa rente d'invalidité.

Selon le TF, il apparaît que l'indemnité pour les vacances non prises ne pouvait être versée qu'après la dissolution du contrat de travail, dès lors qu'il est interdit de substituer des prestations en argent et d'autres avantages à des vacances aussi longtemps que durent les rapports de travail (cf. art. 329d CO; voir aussi ATF 129 III 493 consid. 3.1 p. 495). Ceci est un indice qui parle plutôt en faveur de ce que l'indemnité litigieuse soit écartée du salaire assuré selon la LPP. Autant le salarié licencié injustement avec effet immédiat que celui qui durant le délai de résiliation de son contrat devient incapable de travailler ne peuvent ainsi plus exercer leur "droit aux vacances". Tous les deux vont toutefois recevoir ce qu'ils auraient obtenu si leur contrat de travail avait été conduit à terme (pour le travailleur licencié injustement avec effet immédiat, cf. ATF 133 III 657 consid. 3.2 p. 659 s.), y compris par conséquent le salaire afférent aux vacances. Peu importe le nom donné à la prestation pécuniaire versée à cette occasion (salaire-indemnité) dans la mesure où celle-ci est clairement liée à une prestation de travail ou à la période au cours de laquelle le salarié n'est légalement pas obligé de fournir une prestation de travail en contrepartie du salaire (cf. art. 329a ss CO). Tel n'est en revanche pas le cas de l'indemnité pour des vacances non prises qui, comme l'a mentionné l'autorité précédente, consiste en une prestation en argent supplémentaire versée pour compenser le repos qui n'a pas été pris et qui, par conséquent,

ne présente pas une relation de causalité directe avec la prestation de travail ou la période décrite ci-dessus (cf. arrêt U 155/94 consid. 7d cité).

Il n'y a dès lors pas de raisons de prendre en considération l'indemnité pour vacances non prises dans la détermination du montant du salaire assuré selon la LPP. Cette solution est également compatible avec la jurisprudence rendue en matière d'assurance-chômage et d'assurance-accidents.

973 Rétrocessions : le droit à la restitution se prescrit par dix ans

(Référence à un arrêt du Tribunal fédéral du 16 juin 2017, 4A_508/2016, arrêt en français, publication aux ATF prévue)

Le droit du mandant à la restitution de rétrocessions, qui ont été versées au mandataire par des tiers, est soumis à un délai de prescription de dix ans. La prescription commence à courir pour chaque créance en restitution d'un montant à rétrocéder le jour où le mandataire a reçu ce montant.

Lien pour le communiqué de presse du Tribunal fédéral du 3 juillet 2017 :
http://www.bger.ch/fr/press-news-4a_508_2016-t.pdf

974 Liquidation partielle d'une fondation commune : critère du nombre de contrats d'affiliation résiliés

(Référence à un arrêt du TF du 14 octobre 2016, 9C_684/2016, arrêt en allemand, publication aux ATF prévue)

Le cas prévu à l'art. 53b, al. 1, let. c, LPP est réalisé s'il y a résiliation du contrat d'affiliation. Une disposition réglementaire qui n'en prévoit l'application qu'à partir d'un nombre minimal de contrats d'affiliation résiliés, indépendamment de la taille de l'effectif sortant et du capital de couverture quittant la fondation, est contraire au principe de l'égalité de traitement.

(Art. 53*b,* al. 1, let. c, LPP)

En l'espèce, le litige portait sur la concrétisation du cas de liquidation partielle prévu à l'art. 53b, al. 1, let. c, LPP. Le TF était appelé à examiner si la caisse de pensions avait le droit d'appliquer son règlement, qui prévoit qu'une liquidation partielle ne peut pas être effectuée lorsqu'une seule entreprise résilie le contrat d'affiliation, mais seulement lorsqu'au moins 10 % des entreprises affiliées le résilient. Le tribunal est arrivé à la conclusion que cette réglementation n'est pas admissible et a motivé cet avis de la manière suivante : les dispositions des art. 53b et 53d LPP sur la liquidation partielle reposent sur le principe fondamental que les fonds libres suivent en principe le personnel et que tous les bénéficiaires doivent être traités de manière égale. En l'occurrence, seules quatre entreprises ont quitté la caisse de pensions – représentant moins que le dixième des entreprises affiliées, exigé par le règlement –, mais ces départs concernent une proportion bien supérieure des assurés de la caisse de pensions. Celle-ci a refusé de procéder à la liquidation partielle en se basant sur son règlement. Selon le TF, ce refus est contraire au principe de l'égalité de traitement : comme le nombre des assurés sortants et le montant du capital de couverture quittant la fondation ne sont pas pris en considération, l'important effectif du personnel des quatre entreprises sortantes est défavorisé par rapport à l'effectif restant, certes plus nombreux, mais provenant d'un nombre nettement plus élevé d'entreprises. Selon le TF, cette irrégularité n'entraîne pas l'annulation du règlement concerné, mais sa non-application dans le cas d'espèce litigieux. Comme il a été établi que le contrat d'affiliation était résilié, le TF est d'avis que la condition de l'art. 53b, al. 1, let. c, LPP est indiscutablement remplie et que la liquidation partielle doit être entreprise.

965 Report du paiement de la rente d'invalidité : changement de jurisprudence

(Référence à un arrêt du TF du 14 octobre 2016, 9C_330/2016, arrêt en allemand, publié aux ATF 142 V 466)

L'institution de prévoyance peut aussi différer une rente lorsque l'assureur qui a octroyé des indemnités journalières maladie en raison d'une incapacité de travail réclame ces prestations à hauteur de la rente de l'assurance-invalidité allouée ultérieurement.

(Art. 26, al. 2, LPP et art. 26 OPP 2)

Le TF a examiné sa précédente jurisprudence (arrêt B 27/04 du 21 février 2005) sur le report du paiement de la rente d'invalidité selon l'art. 26 OPP 2 pour le cas où l'office AI alloue une rente d'invalidité et compense le versement ultérieur de la rente avec une créance en répétition correspondante de l'assurance d'indemnités journalières en cas de maladie. En vertu de l'art. 26 OPP 2, la possibilité du report de la rente disparaît lorsque les indemnités journalières entières versées ne correspondent plus au moins à 80 % du salaire perdu. Selon la jurisprudence rendue jusqu'ici, la possibilité du report d'une rente était supprimée lorsque les indemnités journalières étaient compensées par le versement ultérieur de la rente AI. Le TF a donc changé sa jurisprudence et est arrivé à la conclusion que l'institution de prévoyance peut également différer le versement de la rente d'invalidité quand l'assureur réclame ses prestations à hauteur de la rente-invalidité allouée ultérieurement.

966 Divorce et circonstances justifiant le refus du partage

(Référence à un arrêt de la IIe Cour de droit civil du TF du 26 janvier 2017, 5A_804/2016 ; arrêt en français)

Cet arrêt porte sur la question du refus du partage du 2e pilier sur la base de l'ancien art. 123, al. 2, CC avant la réforme entrée en vigueur le 1er janvier 2017. Dans le cas d'espèce, le TF a retenu que les circonstances (notamment formation de l'ex-mari financée par l'ex-épouse mais non achevée) ne justifiaient pas de déroger au principe du partage.

En l'espèce, le TF a confirmé le jugement cantonal selon lequel il n'existait pas de circonstances justifiant de renoncer au partage par moitié des avoirs de prévoyance professionnelle, qui n'était dès lors pas manifestement inéquitable au sens de l'art. 123, al. 2, CC. L'ex-époux (né en 1978) avait seulement travaillé 2 ans et demi entre 2004 et 2014 et le montant total des avoirs de prévoyance professionnelle dont il disposait au moment du divorce était sensiblement moins élevé que celui dont l'ex-épouse (née en 1963) disposait à la même date. Or, il n'était pas établi qu'à l'avenir, la formation d'ingénieur que la recourante finançait au début du mariage lui permettrait d'accéder à une meilleure activité lucrative et donc d'obtenir une meilleure prévoyance que celle de l'ex-épouse. L'ex-époux n'avait du reste pas terminé cette formation et le fait qu'il y ait renoncé de son propre chef était sans incidence. Il était également sans pertinence qu'il se soit ou non occupé de sa fille ou qu'il lui reste plus d'années de cotisation qu'à l'ex-épouse.

Le partage des avoirs de prévoyance ne constituait pas non plus un abus de droit manifeste (art. 2, al. 2, CC) dès lors que les époux formaient bien une communauté économique et familiale. Même si l'ex-époux ne s'était jamais soucié de sa famille, le mariage contracté par les parties n'était pas fictif, celles-ci ayant fait ménage commun et ayant donné naissance à une fille. De plus, l'ex-épouse avait accepté de financer près de 2 ans une formation professionnelle à l'ex-époux et d'assumer l'entretien de la famille sans que ce dernier ne fournisse de contrepartie régulière en nature pendant la durée de la vie commune. La différence d'âge entre les parties et le nombre d'années de cotisation à disposition de l'intimé mis en exergue par la recourante ne sauraient conduire à admettre que la situation de l'intimé, après qu'il aura pris sa retraite, sera meilleure que la sienne. Au

demeurant, il n'apparaît pas que la situation économique de l'ex-épouse ait été modifiée par le mariage, dans la mesure où elle n'a pas renoncé à une activité lucrative pour se consacrer au ménage. De plus, les parties étant séparées de biens, il n'a pas été procédé à la liquidation du régime matrimonial. Enfin, aucune contribution d'entretien n'ayant été réclamée de part et d'autre, le risque que celle-ci entraîne un déséquilibre inéquitable au sens de l'art. 123, al. 2, CC entre les situations économiques respectives des parties après le divorce est inexistant. En définitive, le recours a été rejeté par le TF.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 143

953 Conséquences du versement en espèces en l'absence de motif d'un tel versement

(Référence à un arrêt du TF du 29 juin 2016, 9C_109/2016 ; arrêt en allemand)

Celui qui travaille en tant qu'employé d'une Sàrl est un salarié au sens du droit de l'AVS et est donc soumis à la prévoyance professionnelle obligatoire. Certes, les institutions de prévoyance doivent examiner soigneusement si les conditions d'un versement en espèces suite à la prise d'une activité lucrative indépendante sont remplies. Cependant, en cas de versements erronés effectués à la demande de l'assuré, l'institution ne risque pas de devoir payer une deuxième fois.

Un assuré avait créé une Sàrl et exigé de son institution de libre passage, en janvier 2012, qu'elle procède au versement en espèces de son avoir de prévoyance en invoquant avoir commencé à exercer une activité lucrative indépendante. Il avait joint à sa demande une attestation de l'agence AVS, dont il ressortait qu'il était assujetti à l'AVS en tant que personne indépendante. L'institution de libre passage a effectué le versement en espèces. En mars 2014, l'assuré a cependant demandé à cette institution de rouvrir un compte pour lui et d'y déposer, en sa faveur (et à sa charge à elle), le montant versé en espèces en janvier 2012. A l'appui de cette demande, il a invoqué que l'institution de libre passage n'aurait pas du tout dû effectuer le versement en espèces faute de motif pouvant le justifier. En qualité d'employé de la Sàrl, il n'aurait en effet jamais été une personne de condition indépendante.

Le TF considère qu'en tant qu'employé de la Sàrl, l'assuré était un travailleur au sens du droit de l'AVS et était donc encore soumis à la prévoyance professionnelle obligatoire. La prestation de sortie aurait dû être versée à la nouvelle institution de prévoyance. Le paiement intervenu directement en mains de l'assuré n'a cependant pas été fait à la fausse personne, mais simplement à une fausse adresse. Après avoir lui-même provoqué le versement erroné et avoir reçu la prestation de sortie, l'assuré ne saurait exiger la prestation une deuxième fois. Le TF retient que la situation ne doit pas être jugée de la même manière que celle où un versement intervient sans l'approbation écrite du conjoint.

Le TF rappelle que les institutions de la prévoyance professionnelle doivent néanmoins examiner, dans chaque cas et avec toute l'attention que l'on doit pouvoir attendre d'elles, si les conditions d'un versement en espèces fixées à l'art. 5, al. 1, let. b, LFLP sont remplies. Pour une directive en la matière, il renvoie aux règles exposées par l'OFAS dans le Bulletin de la prévoyance professionnelle nº 137, ch. 904.

954 Obligation de remboursement des institutions de prévoyance en cas de prestation de libre passage créditée par erreur

(Référence à un arrêt du TF du 11 juillet 2016, 9C_833/2015, arrêt en allemand, publication aux ATF prévue)

Après le virement d'une prestation de libre passage créditée par erreur, l'institution de prévoyance compétente en dernier lieu est tenue au remboursement. En cas de virement de prestations de libre passage, le TF applique l'art. 35a LPP par analogie.

L'institution de prévoyance X. a crédité par erreur à un assuré une somme d'environ 103 000 francs le 1er avril 2005 et a transféré en conséquence une prestation de sortie de ce montant à l'institution de prévoyance Y. le 29 février 2008. La prestation de sortie a ensuite été transmise à d'autres institutions pour se retrouver finalement en mains de l'institution de prévoyance Z. En janvier 2015, l'institution de prévoyance X. a demandé à l'institution de prévoyance Z. le remboursement de la prestation de libre passage constituée par erreur, ce que celle-ci puis le tribunal de première instance ont refusé.

Le TF devait examiner si l'institution de prévoyance X. pouvait agir contre l'institution de prévoyance Z. en remboursement d'environ 103 000 francs. Après un examen approfondi, le tribunal a jugé que l'art. 35*a* LPP ne pourrait pas être appliqué directement en tant que base juridique pour le remboursement de prestations de libre passage car cette disposition se rapporte aux prestations de prévoyance au sens étroit, c'est-à-dire aux rentes de vieillesse, de survivants et d'invalidité. Une application directe de l'art. 35*a* LPP n'entre pas non plus en considération faute de renvoi exprès à cette disposition dans l'art. 25 LFLP. Le TF en est toutefois arrivé à la conclusion qu'une application par analogie de l'art. 35*a* LPP se justifiait par souci de cohérence et a admis le principe d'une obligation de remboursement d'une institution de prévoyance eu égard aux droits et obligations qu'elle a dans le cadre du transfert des prestations de libre passage lors de la sortie ou de l'entrée d'un assuré. L'obligation de remboursement touche également toutes les institutions de prévoyance ultérieures auxquelles une prestation de libre passage correspondante est versée et, en dernier lieu, celle où se trouve le montant crédité. En l'espèce, le TF a donc admis la légitimation passive de l'institution de prévoyance Z. Il a toutefois rejeté l'action de l'institution de prévoyance X. en raison de l'expiration du délai absolu de prescription (le délai avait commencé à courir au moment où l'institution de prévoyance X. avait versé la prestation de sortie à une nouvelle institution de prévoyance, soit en l'espèce le 29 février 2008).

955 EPL, divorce et vente à perte du logement

(Référence à un arrêt du TF du 26 août 2016, 9C_65/2016 ; arrêt en français)

Lors du partage pour cause de divorce, le juge doit examiner d'office s'il est prévisible que la vente du logement familial aboutira à une perte, ce qui empêcherait le remboursement du versement anticipé (art. 30d, al. 5, LPP).

Le juge de l'art. 73 LPP qui est appelé à déterminer les avoirs de prévoyance professionnelle à partager dans le cadre d'un divorce doit tenir compte du caractère prévisible de la perte au moment du divorce (conformément à l'ATF 137 III 49 consid. 3.3.2 p. 53). En d'autres termes, il ne saurait inclure un versement anticipé (art. 30c LPP) provenant des avoirs de la prévoyance professionnelle d'une partie sans s'assurer au préalable que le montant pourra être remboursé à l'institution de prévoyance (art. 30d LPP). Cela vaut singulièrement lorsqu'il est porté à sa connaissance que la vente de la maison familiale dont le financement avait été assuré en partie par le versement anticipé aboutira non seulement à la perte totale de celui-ci mais que la vente laissera subsister une dette bancaire. Contrevenant à son obligation d'établir les faits d'office (cf. art. 73, al. 2, LPP), la juridiction cantonale n'a pas cherché à savoir si une perte des versements anticipés résultant de la vente future de la maison familiale était prévisible au moment du divorce et n'a pas non plus tenu compte de l'éventuelle perte dans la répartition des avoirs. Comme les constatations de fait nécessaires au calcul des avoirs de prévoyance à partager sont lacunaires, la cause doit être renvoyée à la juridiction cantonale afin qu'elle établisse les faits pertinents pour être en mesure de trancher le litige.

941 Prescription

(Référence à un arrêt du TF du 7 janvier 2016, 9C_563/2015, publié aux ATF 142 V 20 ; arrêt en allemand)

Les délais prévus par l'art. 35a, al. 2, LPP sont des délais de prescription.

En l'espèce, l'institution de prévoyance a fait valoir auprès de l'héritier le remboursement d'une prestation de vieillesse indûment perçue (une rente de vieillesse a été versée en mars 2011 alors que l'assuré était décédé le 28.2.2011). L'héritier a effectué plusieurs versements pour rembourser cette dette entre mars 2011 et décembre 2014, moment où l'institution de prévoyance a intenté action. La question litigieuse est de savoir si la demande en restitution de l'institution de prévoyance a été introduite dans les délais.

Les versements effectués par l'héritier valent reconnaissance de la créance et interrompent le délai de prescription. Le Tribunal fédéral devait répondre à la question de savoir si les délais prévus par l'art. 35*a*, al. 2, LPP sont des délais de péremption ou de prescription. L'instance précédente a estimé qu'il s'agissait en l'espèce d'un délai de péremption et a jugé que la demande en restitution de l'institution de prévoyance était périmée, puisque cette dernière avait connaissance depuis le 10 mars 2011 au plus tard du fait qu'elle avait versé une rente mensuelle de trop, mais qu'elle n'a intenté action que le 15 décembre 2014. Après un examen approfondi de la nature juridique de ce délai, le Tribunal fédéral a conclu au contraire qu'il s'agissait d'un délai de prescription au sens du code des obligations. Par conséquent, les versements effectués ont interrompu le délai, de sorte que le droit de demander la restitution n'était pas encore échu au moment où l'institution de prévoyance a intenté action.

942 Compensation

(Référence à un arrêt du TF du 19 octobre 2015, 9C_124/2015 ; arrêt en allemand)

L'institution de prévoyance n'a pas le droit de compenser sa créance en restitution de prestations d'invalidité versées à tort à un assuré avec la créance de sa veuve en paiement de la prestation de sortie.

L'assuré a subi un accident de travail en l'an 2000. En 2003, son employeur a résilié son contrat de travail. L'institution de prévoyance a versé à l'assuré des rentes d'invalidité pendant plusieurs années ainsi qu'une prestation en capital unique. Après son décès, l'office AI a annulé rétroactivement la rente d'invalidité. L'institution de prévoyance a alors communiqué à la veuve que toutes les prestations d'invalidité avaient été accordées à tort et qu'elle compensait sa créance en paiement de la prestation de libre passage avec sa propre créance en restitution.

Dans cet arrêt, le TF explique les différences d'avec le cas examiné dans son arrêt 9C_65/2008 (résumé dans le Bulletin de la prévoyance professionnelle nº 110) : contrairement à ce cas-là, il n'y avait, en l'espèce, pas de motif de paiement en espèces au moment où l'assuré est sorti de l'institution de prévoyance. Le tribunal relève encore que l'arrêt 9C_65/2008 n'a pas créé un nouveau motif de paiement en espèces pour tous les cas de perception illégitime de prestations.

En l'espèce, aucun cas de prévoyance ne s'était encore réalisé concernant l'assuré lorsqu'il est sorti de l'institution de prévoyance en 2003. En effet, il s'est avéré après coup qu'il n'y avait pas d'invalidité au moment de la sortie et l'assuré n'est décédé qu'après cette sortie. Il avait donc acquis un droit à une prestation de sortie. Son décès a eu pour effet l'acquisition, par sa veuve, d'un droit propre et direct à la prestation de sortie. La compensation de cette prestation par la créance en restitution n'est pas admissible faute de réciprocité des

deux créances. La créancière de la prestation de sortie est la veuve et il n'y a, à son encontre, aucun droit à la restitution des prestations versées à tort.

943 Constitution de provisions pour les rentiers en cas de liquidation partielle

(Référence à un arrêt du TF du 17 septembre 2015, 9C_906/2014, publié aux ATF 141 V 589 ; arrêt en allemand)

Dans le cadre d'une liquidation partielle, la conclusion d'un contrat de contribution ne constitue pas un substitut équivalent à la constitution de la provision pour « taux d'intérêt technique ».

En l'espèce, un rentier a demandé la constitution de provisions supplémentaires pour les rentiers restant dans la caisse de pension lors d'une liquidation partielle avec résiliation du contrat d'affiliation (art. 53*d*, al. 6, 1re phrase, LPP). Au moment de la liquidation partielle, l'institution de prévoyance affichait un taux de couverture de presque 98 %. En raison de l'augmentation avérée et attendue de la part des rentiers, l'employeur s'est engagé, dans un contrat de contribution, à certaines conditions et de manière temporaire, à fournir à la caisse de pension des contributions supplémentaires suivant le niveau de financement.

Le TF a d'abord retenu que les conditions définies par le règlement pour la constitution d'une provision pour « taux d'intérêt technique » en cas de liquidation partielle étaient remplies et qu'il fallait donc impérativement constituer la provision, le conseil de fondation n'ayant en conséquence que la latitude d'en fixer le montant. Ensuite, le tribunal a examiné s'il était permis de renoncer à la constitution de la provision sur la base du contrat de contribution. Le TF a donné une réponse négative à cette question. D'une part, la provision en question doit être inscrite au passif du bilan alors qu'au contraire, les contributions supplémentaires convenues relèvent de son actif, raison pour laquelle la mise au bilan des provisions nécessaires requise par la loi ne peut pas être remplacée par celle des contributions supplémentaires. D'autre part, la provision en question répond à un besoin à long terme (en garantissant le versement des prestations de vieillesse et survivants aux rentiers restants et à leurs survivants) alors qu'au contraire, les créances de la caisse de pension basées sur le contrat de contribution sont de durée limitée et dépendent de la solvabilité du débiteur (employeur).

944 Invalidité en cas de travail à temps partiel

(Référence à un arrêt du TF du 23 septembre 2015, 9C_403/2015 ; arrêt en allemand)

Pour les travailleurs à temps partiel, le taux d'invalidité doit être mesuré en fonction du travail à temps partiel assuré au moment de la survenance de l'incapacité de travail. Si le taux d'occupation était alors de 75 % et qu'il doit être réduit d'un tiers à 50 % pour cause d'invalidité, l'assuré est invalide à 33,3 % pour la prévoyance professionnelle.

Le TF devait décider comment calculer les prestations d'invalidité de la prévoyance professionnelle pour une personne assurée comme employée à temps partiel au moment de la survenance de l'incapacité de travail. En l'espèce, il s'agissait d'une personne qui travaillait alors à 75 %. L'AI avait calculé le taux d'invalidité selon la méthode de la comparaison des revenus. Le calcul aboutissait à un taux d'invalidité de 50 %.

Le TF renvoie à sa jurisprudence antérieure (9C_821/2010 et 9C_634/2008) : les personnes occupées à temps partiel au moment de la survenance de l'incapacité de travail n'ont pas droit à des prestations d'invalidité de la prévoyance professionnelle si, malgré leur atteinte à la santé, elles peuvent ou pourraient continuer à travailler autant que précédemment. Dans un tel cas, le risque invalidité s'est réalisé uniquement dans la part d'activité professionnelle à plein temps qui n'est pas assurée en droit de la prévoyance professionnelle. Selon le TF, l'invalidité au sens du droit de la prévoyance professionnelle correspond à l'incapacité de gain due à des motifs de santé par rapport à la quantité de travail réalisée au moment de la survenance de l'incapacité de travail. En

cas d'emploi à temps partiel, il faut donc déterminer le taux d'invalidité non pas en fonction d'un plein temps, mais du temps partiel assuré. En l'espèce, l'intéressée a dû réduire de 75 % à 50 %, soit d'un tiers, le taux d'occupation qu'elle accomplissait au moment de la survenance de son incapacité de travail. Il s'ensuit donc que le taux d'invalidité pertinent pour la prévoyance professionnelle est de 33,3 %. Or un tel taux ne donne pas droit à des prestations d'invalidité de la part de la prévoyance professionnelle obligatoire (il faudrait un taux d'invalidité d'au moins 40 %). Le règlement applicable en l'espèce ne prévoit lui non plus aucun droit à des prestations.

945 Importance de documents originaux pour la vérification de l'authenticité d'une signature

(Référence à un arrêt du TF du 31 août 2015, 9C_634/2014 ; arrêt en allemand)

Une institution de prévoyance qui ne conserve les pièces du dossier de prévoyance que sur un support électronique, comme le permet l'art. 27i, al. 2, OPP 2, ne peut plus rapporter la preuve de l'authenticité d'une signature apposée sur une demande de paiement. La preuve n'est possible que sur la base de documents originaux. Si l'institution ne réussit pas à prouver l'authenticité, elle doit supporter les conséquences de l'absence de preuve.

En l'espèce, le litige portait sur la question de savoir si les signatures apposées sur une procuration et une demande de paiement de la prestation de vieillesse en capital étaient celles de l'assuré ou si elles avaient été falsifiées.

Il incombe à l'institution de prévoyance d'apporter la preuve de l'exécution correcte de son obligation de fournir une prestation et c'est en règle générale à elle de supporter le risque du paiement à un tiers non autorisé (voir arrêt du TF 9C_137/2012 du 5 avril 2012, publié dans le Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 128). L'institution de prévoyance supporte le fardeau de la preuve de l'authenticité des signatures apposées sur une procuration et une demande de paiement. Selon le TF, cette preuve ne peut être rapportée qu'avec des documents originaux. Si tel n'est pas le cas, on ne peut admettre que des « affirmations de tendance », qui ne suffisent pas à remplir les exigences posées en matière de preuves. Faute de preuve indubitable, l'institution de prévoyance doit supporter les conséquences de l'absence de preuve. L'art. 27*i*, al. 2, OPP 2, qui permet la conservation des pièces du dossier de prévoyance sur un support électronique, n'y change rien.

946 La simple institution d'héritier dans un testament ne suffit pas à constituer une clause bénéficiaire

(Référence à un arrêt du TF du 22 avril 2016, 9C_284/2015 ; arrêt en allemand, publication ATF prévue)

Une clause bénéficiaire peut résulter d'une disposition testamentaire, mais il faut impérativement que celle-ci contienne une référence expresse aux dispositions réglementaires applicables ou au moins à la prévoyance professionnelle.

(Art. 20*a*, al. 1, LPP)

En l'espèce, l'assuré a désigné par testament sa compagne en qualité d'héritière unique et d'exécutrice testamentaire. Après le décès de l'assuré, sa compagne a demandé à l'institution de prévoyance de lui verser un capital-décès. Tant celle-ci que l'instance précédente ont rejeté cette demande faute de clause bénéficiaire écrite de la part de l'assuré. De son côté, la compagne a vu dans le testament de son compagnon une déclaration suffisante pour valoir comme telle.

Le TF devait examiner le droit de la compagne au capital-décès réglementaire. Dans ce contexte, il fallait savoir en particulier si le testament de l'assuré suffisait à constituer une clause bénéficiaire. Selon l'art. 20*a* LPP, les institutions de prévoyance sont libres de déterminer si elles veulent ou non prévoir des prestations pour survivants et, le cas échéant, en faveur de quelles personnes. Selon le règlement applicable en l'espèce, les

ayants droit peuvent faire valoir leur droit auprès de la caisse au plus tard dans les six mois suivant le décès de l'assuré en faisant parvenir à la caisse leur désignation écrite émanant de l'assuré. Le TF est arrivé à la conclusion qu'une telle clause bénéficiaire peut aussi résulter d'une disposition testamentaire. Toutefois, il faut une référence expresse aux dispositions réglementaires applicables ou au moins à la prévoyance professionnelle. Des dispositions testamentaires par lesquelles la compagne de l'assuré est instituée (seulement) héritière ne permettent pas de conclure à une volonté de la désigner (en outre) comme bénéficiaire au sens du droit de la prévoyance professionnelle, même si la compagne est instituée héritière unique (concrétisation de la jurisprudence de l'arrêt 9C_3/2010 du 31 mars 2010, ATF 136 V 127). Selon le TF, en l'espèce, la volonté testamentaire de l'assuré décédé en cause ne remplit pas ces conditions, et l'action de la compagne a été rejetée.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 140

928 Salaire assuré dans la prévoyance plus étendue et prestation de sortie

Si une institution de prévoyance entend déroger au salaire déterminant AVS, elle doit le faire dans son règlement. Le règlement doit clairement distinguer les éléments de salaire qui sont assurés de ceux qui ne le sont pas.

(Référence à un arrêt du TF du 10 juin 2015, 9C_81/2015 ; arrêt en français)

Le litige porte sur l'étendue de la prestation de libre passage à laquelle a droit l'intimé de la part de la caisse recourante. Il s'agit en particulier d'examiner quel est le montant du salaire assuré de l'intimé dans la prévoyance professionnelle plus étendue. La caisse recourante estime que les gratifications ne font pas partie du salaire assuré.

Selon le TF, le salaire assuré dans le cadre de la prévoyance plus étendue est en règle générale défini par les dispositions règlementaires de l'institution de prévoyance. Le plus souvent, il est fait renvoi à la notion de salaire déterminant au sens de la LAVS (art. 5, al. 2, LAVS). Si une institution de prévoyance entend déroger à cette notion dans le but, notamment, d'exclure certains éléments de rémunération, elle doit le faire par la voie réglementaire. Le contrat de travail ne saurait permettre d'exclure l'un ou l'autre élément de rémunération du salaire assuré au titre de la prévoyance professionnelle. Pour être valable, un accord contractuel entre employeur et employé à ce propos doit nécessairement être traduit dans le droit de la prévoyance et transcrit au niveau réglementaire. Autrement dit, le règlement de prévoyance doit clairement distinguer les éléments de salaire qui sont assurés de ceux qui ne le sont pas (ATF 140 V 145 consid. 3.2 p. 149; arrêt B 115/05 du 10 avril 2006 consid. 4.3).

L'art. 18 du règlement de la caisse recourante, intitulé «Salaire assuré retraite» prévoit qu'«au jour de l'affiliation à la caisse, le salaire assuré retraite est égal à 13 fois le salaire mensuel en vigueur à cette date; il est ensuite adapté à chaque modification du salaire mensuel» (al. 1). Aux termes de l'al. 2 de cette disposition, «le Conseil de fondation est habilité à fixer un salaire assuré retraite maximum ainsi que le salaire retraite des courtiers». À la lecture de cette disposition réglementaire, le TF constate que le règlement ne définit pas quels éléments du salaire des courtiers sont assurés et lesquels ne le sont pas, mais délègue la compétence de le faire au Conseil de fondation. Dans la mesure où la caisse n'a fourni aucun document dans lequel aurait été consignée la décision du Conseil de fondation sur la définition du salaire assuré des courtiers, on ne saurait considérer que le règlement contient une définition du salaire assuré des courtiers qui s'écarterait de la notion générale de l'art. 18, al. 1, du règlement. À défaut d'une telle définition (réglementaire) particulière adoptée conformément aux statuts, la caisse recourante n'a pas dérogé valablement à la notion de salaire déterminant au sens de la LAVS, qui englobe notamment les commissions, les gratifications et les prestations en nature (art. 5 al. 2 LAVS).

929 Retrait anticipé pour l'amortissement d'une hypothèque suivi de l'augmentation d'une autre hypothèque sur le même objet

Il n'y a pas d'anticipation de la prestation de vieillesse au sens de l'art. 3, al. 3, let. c, OPP 3 lorsqu'un assuré perçoit des prestations du pilier 3a pour rembourser un prêt hypothécaire et qu'il augmente simultanément ou peu après une autre hypothèque sur le même bien foncier. Le montant perçu par anticipation est imposé au taux ordinaire.

(Référence à un arrêt du Tribunal fédéral du 29 janvier 2015, 2C_325/2014 et 2C_326/2014, 2e Cour de droit public, arrêt en allemand)

A.A. et B.A. ont perçu en 2011 des prestations en capital du pilier 3a qu'ils ont utilisées pour rembourser des prêts hypothécaires sur l'immeuble qu'ils habitent. La même année, ils ont augmenté une autre hypothèque grevant le même immeuble. L'autorité fiscale compétente a imputé au revenu le montant correspondant à cette augmentation. Le Tribunal fédéral avait à décider si l'autorité fiscale avait agi correctement en procédant ainsi. Il a répondu par l'affirmative.

Le versement anticipé des prestations du pilier 3a à des fins d'encouragement à la propriété du logement est traité fiscalement de la même manière que les autres prestations en capital provenant de la prévoyance : en vertu de l'art. 38 LIFD, il est imposé séparément des autres revenus et à un taux réduit. Cette imposition favorable ne s'applique toutefois que lorsque sont remplies les conditions valables pour les retraits EPL en général. Si tel n'est pas le cas, c'est l'imposition ordinaire qui s'applique, autrement dit le versement anticipé est imposé au taux normal avec les autres revenus. Selon le Tribunal fédéral, il n'y a pas motif à perception anticipée lorsqu'une hypothèque est amortie et que, simultanément ou peu après, une autre hypothèque sur le même objet est augmentée. Un tel amortissement ne peut être considéré comme le remboursement d'un prêt hypothécaire au sens de l'art. 3, al. 3, let. c, OPP 3.

930 Réduction pour surindemnisation et salaire social

(Référence à un arrêt du TF du 13 mai 2015, 9C_670/2014, publication aux ATF prévue ; arrêt en allemand)

S'il est prouvé que le salaire d'un assuré partiellement invalide comprend une composante de salaire social, cette partie du salaire n'est pas réputée revenu d'activité lucrative encore réalisé et n'entre pas dans le calcul de surindemnisation.

Un assuré a subi en novembre 2007 un accident de la circulation. Il touche depuis avril 2010 un quart de rente de l'AI. L'institution de prévoyance lui a également octroyé un quart de rente à partir de mai 2010, mais elle en a suspendu le versement en février 2013, exigeant simultanément le remboursement des versements déjà effectués, au motif que le salaire encore réalisé combiné avec la rente d'invalidité aboutirait à une surindemnisation.

Le Tribunal fédéral a examiné tout d'abord si le salaire touché après l'accident – qui correspond à celui réalisé auparavant – contient une composante de salaire social. Il a répondu par l'affirmative : le salaire, outre la rémunération du travail effectivement accompli, comprend aussi des prestations versées à titre volontaire. Les éléments probants à ce sujet sont notamment la proximité économique entre l'assuré et l'employeur (l'assuré est associé dominant de la Sàrl) et la nette baisse des résultats de l'entreprise après l'accident.

Ensuite, le TF a examiné si les composantes de salaire social peuvent être considérées, dans le calcul de surindemnisation, comme revenu d'activité lucrative encore réalisé. Il a répondu par la négative. Le revenu à prendre en compte dans ce calcul correspond, en l'espèce, à 60 % du salaire versé. Les 40 % restants constituent un salaire social, qui ne saurait être pris en compte.

931 Choix des stratégies de placement – Examen des stratégies de placement par l'expert en matière de prévoyance professionnelle sous l'angle du respect des principes d'adéquation et de collectivité

(art. 1, al. 3, LPP; art. 1 et 1*e* OPP 2)

L'exigence d'un examen préalable par l'expert en matière de prévoyance professionnelle pour chaque stratégie de placement proposée dans le cadre de l'art. 1e OPP 2 n'est ni inadéquate, ni contraire au droit fédéral.

(Référence à un arrêt du TF du 21 mai 2015, 9C_486/2014 ; arrêt en allemand, publication aux ATF prévue)

Une fondation collective active dans la prévoyance surobligatoire propose des prestations de prévoyance avec différentes stratégies de placement adaptées à la capacité de risque individuelle (en l'espèce, 1000 à 1200 stratégies différentes) entre lesquelles ses assurés peuvent en principe choisir librement. L'autorité de surveillance a exigé que les stratégies proposées soient préalablement soumises à l'examen de l'expert en matière de prévoyance professionnelle sous l'angle de leur adéquation. La fondation a refusé de présenter des attestations d'expert concernant l'adéquation de la prévoyance offerte compte tenu des différentes perspectives de rendement des diverses stratégies; elle voulait se limiter à un examen global de l'adéquation dans l'hypothèse d'un rendement dépassant de 2 % l'évolution des salaires. Dans ce contexte, le Tribunal fédéral avait à juger si l'autorité de surveillance peut à bon droit exiger un examen préalable de chaque stratégie de placement quant à l'adéquation de celle-ci ou s'il est suffisant d'examiner seulement le modèle de placement.

Le TF a abouti à la conclusion suivante : même les solutions de prévoyance pour lesquelles la stratégie de placement peut être choisie individuellement doivent respecter les principes de la prévoyance professionnelle énoncés à l'art. 1, al. 3, LPP, en particulier ceux de l'adéquation et de la collectivité. Conformément à ce dernier, une institution de prévoyance ne peut pas multiplier le nombre des stratégies au point qu'il en résulte, de fait, une individualisation des avoirs de prévoyance des assurés. L'art. 1*e* OPP 2 ne précise pas le nombre de stratégies admissible, et le TF n'a pas tranché définitivement la question du nombre de stratégies – par plan de prévoyance ou par caisse affiliée – encore admissible légalement. Il retient néanmoins qu'en tout état de cause, la disposition d'ordonnance ne doit pas être vidée de sa substance par une interprétation excessive contournant le principe de collectivité (le TF renvoie à cet égard au Bulletin de la prévoyance professionnelle nº 125, ch. 813, dans lequel l'OFAS part de l'idée que cinq à dix stratégies tout au plus sont admissibles). Du point de vue du TF, l'exigence posée par l'autorité de surveillance d'un examen préalable de chaque stratégie par l'expert en matière de prévoyance professionnelle, approuvée par l'instance précédente, n'est ni inadéquate ni contraire au droit fédéral. Pour le TF, un examen global du modèle de placement avec un pronostic de performance n'est pas suffisant.

932 Pas d'obligation pour l'institution de prévoyance tenue à prestation d'exiger la restitution de la prestation de sortie

(Référence à un arrêt du TF du 28 avril 2015, 9C_835/2014, publié aux ATF 141 V 197; arrêt en allemand)

Une institution de prévoyance qui est tenue à prestation après avoir transféré la prestation de sortie à une institution de libre passage n'est pas tenue d'exiger la restitution de la prestation de sortie. Si celle-ci n'a pas lieu, elle peut réduire ses prestations en conséquence.

Le Tribunal fédéral avait à juger si une institution de prévoyance doit exiger la restitution de la prestation de sortie visée à l'art. 3, al. 2, LFLP lorsqu'il s'avère, après la sortie de l'assuré, qu'elle est tenue à prestation pour un cas de prévoyance. Selon le TF, l'art. 3, al. 2, LFLP ne règle pas qui est visé par l'obligation de restitution, ni la manière ou même la possibilité d'imposer le respect de cette obligation. Le TF parvient à la conclusion que l'institution de prévoyance n'est pas tenue d'exiger la restitution de la prestation de sortie. Si cette dernière n'est pas restituée, elle peut réduire en conséquence les prestations dues.

En l'espèce, l'assurée est sortie de l'institution de prévoyance en juin 2005. La prestation de sortie, selon la communication faite par l'assurée, a été transférée à une institution de libre passage. A partir de mai 2006, l'assurée a bénéficié d'une rente entière octroyée par l'assurance-invalidité. L'institution de prévoyance a alors annulé la sortie effectuée en 2005 et a versé elle aussi une rente d'invalidité à l'assurée, rétroactivement, à compter de mai 2006[4]. Mais elle a refusé de créditer son compte de vieillesse, en vue de la future rente de vieillesse, du montant transféré à l'institution de libre passage lors de la sortie (dans l'intervalle, cette dernière avait versé la prestation de sortie à X., qui avait présenté une procuration signée par l'assurée). Le TF a jugé qu'elle n'y était effectivement pas tenue. Par conséquent, l'institution de prévoyance peut réduire la future prestation de vieillesse qui prendra le relais de la rente d'invalidité.

933 Deux arrêts sur le pilier 3a et l'invalidité

(Art. 82, al. 2, LPP et OPP 3)

Arrêt 1

Les principes applicables dans le 2e pilier pour l'adaptation d'une rente d'invalidité doivent s'appliquer à titre subsidiaire et par analogie dans le pilier 3a, pour autant que les conditions d'assurance ne prévoient rien d'autre.

(Référence à un arrêt du TF du 16 juin 2015, 9C_457/2014, publication aux ATF prévue ; arrêt en allemand)

Le litige portait sur le droit à une rente d'invalidité après modification de la capacité de gain d'un assuré qui avait conclu un contrat d'assurance-vie avec une institution d'assurance du pilier 3a. Dans le cadre d'une procédure de révision, l'office AI a conclu à l'absence d'un motif de révision et a confirmé le droit à une rente entière d'invalidité, sans changement. En revanche, l'institution d'assurance a retenu une amélioration de l'état de santé et a interrompu ses prestations. Selon les CGA de l'institution d'assurance, ces prestations sont déterminées en fonction du taux de l'incapacité de gain. En cas de modification de ce taux, les institutions d'assurance fixent à nouveau le montant de leurs prestations. La question litigieuse était celle de savoir quelles conditions doivent être remplies pour ce faire.

Le TF a notamment examiné si les principes du 2e pilier doivent s'appliquer par analogie dans le pilier 3a pour l'adaptation des prestations d'invalidité en cas de modification de la capacité de gain. Il l'a admis pour les motifs suivants : l'OPP 3 ne règle pas dans quelle mesure les prestations d'invalidité découlant d'une assurance-vie du pilier 3a doivent être adaptées lorsque, par exemple, le taux de l'incapacité de gain se modifie. La LCA ne contient pas non plus une telle réglementation. Comme la question n'est pas non plus réglée par les conditions d'assurance de l'institution d'assurance, il se justifie d'appliquer à titre subsidiaire et par analogie les principes prévus dans le 2e pilier. Le TF retient que la prévoyance liée découle du 2e pilier et que la pratique a recouru à diverses reprises aux réglementations du 2e pilier, à titre subsidiaire, en l'absence de dispositions pertinentes dans l'OPP 3. Il a confirmé la décision de l'instance précédente, qui avait considéré que les conditions d'une révision matérielle en application par analogie de l'art. 17, al. 1, LPGA n'étaient pas remplies. L'institution d'assurance doit dès lors continuer de verser une rente.

---

[4] Remarque sur le calcul de la rente d'invalidité: d'après l'art. 24, al. 3, LPP, l'avoir de vieillesse acquis par l'assuré à la naissance du droit à la rente d'invalidité ainsi que la somme des bonifications de vieillesse afférentes aux années futures, jusqu'à l'âge ordinaire de la retraite, sans les intérêts, sont déterminants pour le calcul de la rente. Le règlement peut toutefois prévoir une autre méthode de calcul ; ainsi, dans le cas présent, ce n'est pas la prestation de sortie effectivement disponible qui était déterminante, mais un capital mathématique (fictif).

Arrêt 2

L'effet contraignant des constatations de l'AI, qui s'applique dans le domaine de la prévoyance professionnelle obligatoire, ne doit pas s'appliquer à titre subsidiaire dans le pilier 3a.

(Référence à un arrêt du TF du 11 août 2015, 9C_867/2014, publication aux ATF prévue ; arrêt en allemand)

Dans ce cas, l'office AI a alloué à un assuré une rente entière d'invalidité de durée limitée jusqu'au 30 avril 2008, mais a dénié le droit à une rente pour la période ultérieure (taux d'invalidité de 29 %). L'instance précédente a exigé de l'institution d'assurance (pilier 3a) qu'elle verse une rente d'invalidité correspondant à un taux d'incapacité de gain de 29 % de juin 2008 à mai 2012. Elle est partie du principe qu'il fallait viser une application uniforme des notions pertinentes, car les CGA de l'institution d'assurance se réfèrent directement aux notions d'incapacité de travail, d'incapacité de gain et d'invalidité applicables dans l'AI. Ces CGA ne prévoyaient toutefois pas un effet contraignant des décisions de l'AI. L'institution d'assurance a recouru au TF en faisant notamment valoir que les dérogations à la loi prévues dans les CGA sont à ce point importantes qu'il ne serait pas soutenable d'admettre un effet contraignant.

Le TF a examiné s'il faut avoir recours à titre subsidiaire aux principes applicables dans le domaine de la prévoyance professionnelle obligatoire en ce qui concerne l'effet contraignant des décisions des organes de l'AI pour l'institution de prévoyance. Il est arrivé à la conclusion que d'importants motifs s'y opposent car, notamment, le pilier 3a peut être conçu de manière plus libre que le 2e pilier. Le pilier 3a est dépourvu de références visant expressément à une concordance avec le 1er pilier. Le TF considère qu'il est significatif dans le pilier 3a que la notion d'invalidité – tout comme dans la prévoyance professionnelle étendue – peut être définie de manière plus large que dans l'AI et que des prestations sous forme de rente peuvent être prévues à partir de taux d'incapacité de gain qui, dans l'AI, ne donnent pas droit à des prestations et de ce fait ne doivent pas être déterminés de manière précise. Il faut aussi tenir compte du fait que, sous l'angle de la procédure, les décisions de l'AI ne doivent pas être notifiées aux organismes responsables du pilier 3a (institution d'assurance ou fondation bancaire).

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 139

920 Versement en capital en cas de transformation de la rente d'invalidité en une rente de vieillesse?

L'art. 37, al. 2, LPP n'est pas applicable dans la prévoyance plus étendue. En cas de transformation de la rente d'invalidité en une rente de vieillesse, il n'existe un droit au versement sous la forme d'une prestation en capital que si ce droit résulte directement du règlement.

(Référence à un arrêt du TF du 17 mars 2015, 9C_725/2014 ; arrêt en allemand, publication aux ATF prévue)

(Art. 26, al. 3, 37, al. 2, et 49, al. 2, LPP)

Le recourant touche une rente entière de l'assurance-invalidité et a demandé à l'institution de prévoyance le versement en capital d'un quart de son avoir de vieillesse. L'institution de prévoyance et les instances précédentes ont refusé.

Comme, en l'espèce, le droit au versement sous la forme d'une prestation en capital ne ressort clairement pas du règlement, le TF a examiné si ce versement pouvait se fonder sur l'art. 37, al. 2, LPP. Il s'est alors posé la question de savoir si l'art. 37, al. 2, LPP est applicable dans la prévoyance plus étendue bien qu'il ne soit pas compris dans la liste de l'art. 49, al. 2, LPP. Le TF a répondu par la négative à cette question. Le droit au versement sous la forme d'une prestation en capital au sens de l'art. 37, al. 2, LPP ne se rapporte ainsi qu'à l'avoir de vieillesse LPP et pas à la totalité de l'avoir de vieillesse réglementaire.

Il restait ensuite encore à examiner si l'assuré a droit au versement sous la forme d'une prestation en capital au sens de l'art. 37, al. 2, LPP lorsque sa rente d'invalidité est transformée en une rente de vieillesse conformément au règlement. Le TF retient dans un premier temps que, dans la prévoyance obligatoire LPP, la rente d'invalidité est (en principe) versée à vie (art. 26, al. 3, LPP) et qu'il n'existe donc pas de droit à des prestations de vieillesse en cas d'invalidité complète survenue avant l'âge légal ou réglementaire de la retraite (avec renvoi aux ATF 135 V 33, consid. 4.3, p. 35, et 118 V 100, consid. 4b, p. 106). Dans de telles situations, le droit à un versement sous la forme d'une prestation en capital fondé sur l'art. 37, al. 2, LPP, qui concerne exclusivement des prestations de vieillesse, ne saurait entrer en considération. Il est vrai qu'avec la transformation de la rente d'invalidité en une rente de vieillesse réglementaire, un nouveau cas de prévoyance survient, celui de la 'vieillesse'. Mais comme cette rente de vieillesse se fonde sur le règlement, un versement en capital n'est possible que si le droit à un tel versement résulte directement du règlement.

921 Prestations d'invalidité – changement de statut dans l'assurance-invalidité lorsqu'une rente est en cours

Un changement de statut dans le cadre de la procédure de révision de l'AI ne change rien, en soi, au droit à une rente *vis-à-vis du 2e pilier, même si, en vertu de son règlement, l'institution de prévoyance adapte les rentes aux nouvelles décisions de l'office AI.*

(Référence à un arrêt du TF du 16 janvier 2015, 9C_354/2014, publication aux ATF prévue ; arrêt en allemand)

Le TF avait plusieurs questions juridiques à résoudre dans cet arrêt. Le présent résumé se limite à la suivante: quelle influence sur une rente d'invalidité du 2e pilier en cours a le fait qu'à l'occasion d'une révision de la rente AI, le 1er pilier, appliquant la méthode mixte au lieu de la méthode de la comparaison des revenus en raison d'un changement de situation, a supprimé la rente AI?

En l'espèce, le taux d'invalidité de la personne assurée a été déterminé initialement selon la méthode de la comparaison des revenus[5]. Il lui a été alloué une demi-rente sur la base d'un taux d'invalidité de 50 %. De son côté, l'institution de prévoyance lui a aussi accordé une demi-rente d'invalidité. Quelques années plus tard, l'office AI a ouvert une procédure de révision. Il a alors appliqué la méthode mixte pour calculer le taux d'invalidité car, dans ce cas concret, il fallait partir du principe que la personne assurée – devenue mère dans l'intervalle – aurait encore une activité lucrative à 50 % si elle était en bonne santé. L'évaluation de l'invalidité a abouti à un taux d'invalidité de 10 %, raison pour laquelle l'AI a supprimé la rente. L'institution de prévoyance a elle aussi cessé le versement de sa rente.

Le TF a jugé qu'un changement de statut[6] dans le cadre de la procédure de révision de l'AI ne change rien, en soi, au droit à une rente vis-à-vis du 2e pilier, même si, en vertu de son règlement, l'institution de prévoyance adapte les rentes aux nouvelles décisions de l'office AI. Dans ses motifs, le tribunal s'est référé notamment à sa jurisprudence antérieure au sujet de l'assurance de personnes travaillant à temps partiel (en particulier à l'arrêt 9C_821/2010 du 8 avril 2011) : selon cet arrêt, la couverture d'assurance de travailleurs exerçant une activité lucrative à temps partiel est limitée à l'étendue de l'occupation à temps partiel. La couverture d'assurance ne peut pas être élargie plus tard au motif que l'assuré aurait augmenté son taux d'activité s'il avait été en bonne santé. A l'inverse, le fait – comme en l'espèce – qu'il faille admettre que le taux d'occupation aurait été réduit si l'assuré avait été en bonne santé ne peut avoir aucun effet sur les prestations de la prévoyance

[5] Cette méthode de calcul s'applique aux personnes au sujet desquelles il y a lieu d'admettre qu'elles travailleraient à plein temps en l'absence d'une atteinte à leur santé.

[6] En l'espèce, la personne assurée est passée du statut de personne travaillant à plein temps, à laquelle s'applique la méthode de la comparaison des revenus, à celui de personne travaillant à temps partiel, pour laquelle le taux d'invalidité est déterminé à l'aide de la méthode mixte.

professionnelle. Dans la mesure où la suppression de la demi-rente du 1er pilier se fonde sur le changement de statut, la rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle ne peut pas être supprimée. Seule une amélioration de la capacité de travail, qui passerait de 50 % (en l'espèce) à 70 %, pourrait justifier un nouveau calcul de la prestation d'invalidité de la prévoyance professionnelle.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 138

916 Rente complémentaire pour les enfants recueillis par un assuré invalide

Sur la base du règlement de la caisse de pensions qui reprend l'art. 49 RAVS, le TF a admis le droit de l'assuré invalide *à une rente complémentaire pour les enfants qu'il a recueillis.*

(Référence à un arrêt du TF du 14 novembre 2014, 9C_340/2014 ; arrêt en français)

(Art. 20 et 25 LPP, 35 LAI, 22ter et 25 LAVS, 49 RAVS)

Le TF devait se prononcer sur la question de savoir si l'assuré invalide était en droit de bénéficier d'une rente complémentaire pour les enfants qu'il a recueillis.

Le TF a laissé ouverte la question de savoir si, à la différence du 1er pilier, l'art. 20 LPP pose comme exigence l'existence d'une obligation légale ou contractuelle d'entretien en ce qui concerne les enfants recueillis. Le TF a retenu que le règlement de l'institution de prévoyance a la même teneur que celle de l'art. 49 al. 1 RAVS, si bien qu'il convient d'admettre que ledit règlement prévoit un régime identique à celui du 1er pilier, plus large que les dispositions de la prévoyance professionnelle obligatoire (voir arrêt B 14/04 du 19 septembre 2005 consid. 4). Pour l'interprétation du règlement, le TF s'est donc basé sur les critères applicables dans le 1er pilier. Or, d'après l'art. 49, al. 1, RAVS (en relation avec les art. 35, al. 1, LAI, 22ter, al. 1, et 25, al. 3, LAVS), les enfants recueillis ont droit à une rente d'orphelin au décès des parents nourriciers si ceux-ci ont assumé gratuitement et de manière durable les frais d'entretien et d'éducation. Du point de vue du droit des assurances sociales, l'élément essentiel du statut d'enfant recueilli réside dans le fait que les charges et les obligations d'entretien et d'éducation qui incombent habituellement aux parents naturels sont transférées de façon effective aux parents nourriciers. Les raisons de ce transfert n'ont en revanche pas d'importance; ils fourniront tout au plus un indice sur la nature des relations entre parents nourriciers et enfant recueilli, notamment sur leur caractère de permanence et de gratuité (ATFA 1965 p. 245 consid. 2a).

Le TF a reconnu à l'assuré le droit de pouvoir bénéficier d'une rente complémentaire pour les enfants de son épouse restés en Thaïlande et relève que, malgré l'éloignement géographique, l'assuré pourvoit à l'entretien quotidien des enfants et veille à leur assurer un environnement convenable et un cadre éducatif le plus favorable possible. Le TF considère que l'ensemble de ces éléments est suffisant pour faire passer l'absence de vie commune permanente à l'arrière-plan, tant les indices plaident en faveur de l'existence d'un lien nourricier concret et d'une communauté domestique.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 137

905 Intérêt nul sur les avoirs de vieillesse dans des institutions de prévoyance enveloppantes

Le TF a considéré dans deux cas que la décision d'un conseil de fondation de ne pas servir d'intérêts était disproportionnée.

(Référence à un arrêt publié du TF du 16 juillet 2014, 9C_91/2014: ATF 140 V 348; publication aux ATF prévue; arrêt en allemand)

Le TF devait examiner si la décision du conseil de fondation du 18 décembre 2008 de ne pas servir d'intérêts sur l'avoir de vieillesse pour l'année comptable 2008 était admissible eu égard au principe de proportionnalité. La caisse de pensions présentait fin 2008 un taux de couverture de 104,4 % (il était de 117,2 % au début de l'année). Selon le règlement, le conseil de fondation fixe à la fin de chaque année le taux d'intérêt rémunérant l'avoir de vieillesse pour l'année écoulée (fixation **rétrospective** du taux d'intérêt).

Le TF confirme la position, exprimée dans l'ATF 140 V 169, selon laquelle un taux d'intérêt réduit ou nul sur l'avoir de vieillesse est admissible dans certaines limites, même lorsque l'institution de prévoyance présente un excédent de couverture, mais qu'il ne saurait être admis à la légère (résumé dans le Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 136, ch. 895). Le TF s'est notamment exprimé comme suit au sujet des circonstances concrètes.

Lorsqu'on fixe rétrospectivement le taux d'intérêt, il faut se baser sur des valeurs aussi concrètes et actuelles que possible s'agissant de la performance et du taux de couverture. Le tribunal a également examiné l'effet d'un intérêt nul sur le taux de couverture et a retenu que la décision de ne pas servir d'intérêts relèverait le taux de couverture de presque 2 points de pourcentage, de sorte qu'on ne peut pas parler d'un effet minime. Même une rémunération de l'avoir de prévoyance des assurés actifs au taux minimal LPP aurait donné un taux de couverture de 102,5 %, ce qui est également davantage qu'un très faible excédent de couverture. Par conséquent, on ne peut pas partir du principe que l'institution de prévoyance se trouvait sur le point de connaître un défaut de couverture. En outre, à fin 2008, il existait une réserve de fluctuation de valeur qui aurait représenté un tiers de la valeur cible recherchée. De l'avis du tribunal, la réserve de fluctuation de valeur sert notamment à assurer la rémunération (en principe garantie) du capital de prévoyance et pas seulement la modération des fluctuations subies du côté des placements. Cette réserve doit servir d'amortisseur les années à faible rendement et lorsque l'évolution de l'effectif des assurés est défavorable.

En l'espèce, seuls les assurés actifs auraient été touchés par la décision concernant le taux d'intérêt, et non l'employeur ni les rentiers. Cela relève certes de la nature des choses, mais ce fait a ici son importance, dans la mesure où les assurés actifs devaient subir de surcroît des coupes non négligeables dans le catalogue des prestations. En particulier, des prestations jusqu'alors financées par les excédents provenant des placements ont été supprimées; cette mesure a conduit à une notable amélioration de la situation financière de l'institution de prévoyance.

Vu cette appréciation globale, le TF arrive à la conclusion que le taux d'intérêt nul décidé par le conseil de fondation est contraire au principe de proportionnalité.

(Arrêt du TF du 29 août 2014, 9C_24/2014; pas de publication prévue; arrêt en allemand)

Le 26 janvier 2012, le conseil de fondation a décidé de ne pas servir d'intérêts pour l'exercice 2012, de sorte que l'avoir de vieillesse de l'assuré concerné est demeuré sans rémunération pendant la période du 1er janvier au 31 octobre 2012. La clôture provisoire des comptes 2011 présentait un taux de couverture d'environ 104 %. Le conseil de fondation a principalement motivé sa décision par une performance insuffisante de la fortune, une capacité de risque limitée sur les plans financier et structurel, des intérêts très bas et de mauvaises perspectives économiques.

Contrairement au cas du premier arrêt ci-dessus, il s'agit ici d'une fixation **prospective** du taux d'intérêt ; par conséquent, il est en principe admissible de tenir compte de l'incertitude liée à ce mode de fixation (voir l'ATF 140 V 169, consid. 10.2). Mais le TF objecte à la motivation du conseil de fondation notamment qu'au moment de la prise de décision, il pouvait tabler sur un excédent de couverture supérieur au strict minimum. En outre, le tribunal estime que c'est en priorité l'évolution attendue des marchés financiers pour l'année en cours (2012) qui devait être prise en considération dans la décision sur l'intérêt applicable, et non la performance de 0,6 %

seulement atteinte l'année précédente. Par ailleurs, il n'est pas admissible d'appliquer un taux d'intérêt nul pour surmonter une sous-couverture lorsque les plans de prévoyance sont sous-financés pour des raisons structurelles. En faisant référence à l'ATF 140 V 348 (9C_91/2014), le TF retient que la réserve de fluctuation de valeur sert aussi à garantir la rémunération du capital de prévoyance et que l'institution de prévoyance peut y recourir.

906 Liquidation partielle – transfert de risques actuariels

Le TF confirme l'avis exprimé par l'OFAS dans le Bulletin n° 117, ch. 736 : la question de savoir si, dans une liquidation partielle, les risques actuariels sont transférés doit être tranchée du point de vue de l'institution de prévoyance cédante.

(Référence à un arrêt publié du TF du 24 février 2014, 9C_451/2013: ATF 140 V 121; arrêt en allemand)

Lorsque, dans le cadre d'une liquidation partielle, plusieurs assurés passent ensemble dans une autre institution de prévoyance (sortie collective), un droit collectif de participation proportionnelle aux provisions et aux réserves de fluctuation s'ajoute au droit de participation aux fonds libres (art. 27*h* OPP 2). Le droit aux provisions n'existe toutefois que si des risques actuariels sont également cédés.

Le TF devait se prononcer sur la question juridique de savoir sur la situation de quelle institution de prévoyance il faut se baser pour examiner si les risques actuariels sont cédés : l'institution cédante ou l'institution reprenante? Il a jugé que seule la situation de l'institution de prévoyance cédante est déterminante pour cette évaluation. Il a donc confirmé l'avis que l'OFAS avait exprimé dans le Bulletin n° 117, ch. 736.

En l'espèce, l'entreprise fondatrice a délocalisé une partie de son activité dans une entreprise récemment créée. Plusieurs collaborateurs sont entrés dans la nouvelle entreprise et ont alors passé collectivement dans une nouvelle institution de prévoyance. Se référant au principe de l'égalité de traitement, le TF a reconnu le droit du groupe sortant au transfert proportionnel des « provisions en vue d'adapter les bases techniques », des « provisions pour fluctuation des risques » et des «provisions pour retraites anticipées» car, pour ce qui est de ces risques, la situation était la même entre le groupe restant et le groupe partant. Le fait que la sortie collective d'assurés actifs auprès de l'institution de prévoyance cédante conduise à un nouveau rapport, moins favorable, entre les actifs et les rentiers n'a, en l'espèce, pas pour conséquence que l'on puisse déroger à la répartition proportionnelle des provisions techniques. Une telle possibilité de dérogation devrait être prévue dans le règlement de liquidation partielle de l'institution de prévoyance.

907 Prestations d'invalidité – disposition transitoire de la 1re révision LPP

S'il y a augmentation du taux d'invalidité, une rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle qui a pris naissance sous l'ancien droit, c'est-à-dire avant le 1er janvier 2005, passe définitivement sous le nouveau droit en vigueur depuis le 1er janvier 2005. Une diminution subséquente du taux d'invalidité n'entraîne pas un retour à l'ancien droit.

(Référence à un arrêt publié du TF du 12 mai 2014: 9C_783/2013: ATF 140 V 207; arrêt en allemand)

Le TF devait se prononcer sur un cas d'application de la disposition transitoire f de la 1re révision LPP (rentes d'invalidité).

Présentant un taux d'invalidité de 100 %, l'assuré a touché une rente entière d'invalidité de l'institution de prévoyance depuis le 1er octobre 2002. Le droit à la rente a ainsi pris naissance sous l'empire de l'ancien droit, c'est-à-dire en vertu de l'art. 24, al. 1, LPP dans la teneur qu'il avait avant le 1er janvier 2005. Au 1er juillet 2006, le taux d'invalidité a été abaissé de 100 % à 44 %. En conséquence, à partir de cette date, l'assuré n'a plus eu droit à une rente d'invalidité de l'institution de prévoyance car, en vertu de l'al. 1 de la disposition transitoire f,

les rentes d'invalidité en cours avant l'entrée en vigueur de la 1re révision LPP sont régies par l'ancien droit ; or, celui-ci ne prévoyait pas de rente pour les personnes présentant un taux d'invalidité de 44 %. En raison d'une aggravation de l'état de santé de l'assuré, le taux d'invalidité est repassé à 100 % au 1er août 2007, ce qui justifiait à nouveau l'octroi d'une rente entière d'invalidité. Lorsque le taux d'invalidité est à nouveau repassé à 44 %, le 1er février 2008, l'institution de prévoyance a estimé que l'assuré n'avait plus droit à une rente d'invalidité, considérant que la rente avait pris naissance sous l'ancien droit et que celui-ci ne connaissait pas le quart de rente.

Le TF a toutefois reconnu le droit de l'assuré à un quart de rente à compter du 1er février 2008: l'al. 3 de la disposition transitoire f signifie que le nouveau droit entre en application dès qu'il y a augmentation du taux d'invalidité. A partir de ce moment, la rente est donc régie par le nouveau droit, et une réduction ultérieure du taux d'invalidité n'entraîne pas un retour à l'ancien droit.

908 Prescription de prestations d'invalidité – droit fondamental à la rente

Par cas d'assurance au sens de l'art. 41, al. 1, LPP en relation avec des prestations d'invalidité, il faut comprendre la survenance de l'incapacité de travail dont la cause est à l'origine de l'invalidité.

(Référence à un arrêt publié du TF du 17 avril 2014, 9C_799/2013: ATF 140 V 213; arrêt en allemand)

Par décision de l'office AI du 3 avril 2001, une rente de l'AI a été allouée à l'assuré avec effet à partir du 1er octobre 2000. En septembre 2011 seulement, l'assuré a demandé une rente d'invalidité à l'institution de prévoyance auprès de laquelle il était assuré jusqu'en janvier 2000.

La question à examiner par le TF était celle de savoir si le droit à des prestations d'invalidité était prescrit compte tenu du fait que plus de dix ans s'étaient écoulés depuis la survenance du cas d'assurance et que l'éventuel droit à des prestations avait pris naissance après la fin du rapport de prévoyance.

Selon une interprétation littérale de l'art. 41, al. 1, LPP, le droit à des prestations d'invalidité est déjà prescrit au moment du dépôt de la demande, car la condition prévue (« pour autant que les assurés n'aient pas quitté l'institution de prévoyance lors de la survenance du cas d'assurance ») n'est pas remplie. Dans le recours, il est cependant objecté que la lettre de cette disposition ne correspondrait pas à son sens véritable. Le TF s'exprime comme suit sur ce point : la 1re révision de la LPP avait pour objectif de rendre imprescriptible le droit aux prestations en tant que tel, à savoir le droit fondamental, dans l'ensemble du domaine de la prévoyance (parties obligatoire et surobligatoire). Cette extension clairement voulue de la protection de la prévoyance est toutefois (à nouveau) limitée pour les personnes qui étaient certes assurées lors de la survenance de l'incapacité de travail dont la cause a conduit au décès ou à l'invalidité, mais pour lesquelles le droit à des prestations de survivants ou d'invalidité ne prend naissance qu'après la fin du rapport de prévoyance. Par conséquent, le TF en arrive à la conclusion que, par cas d'assurance au sens de l'art. 41, al. 1, LPP en relation avec des prestations d'invalidité, il faut entendre la survenance de l'incapacité de travail dont la cause est à l'origine de l'invalidité (art. 23 LPP), cela en dérogation à d'autres conceptions par ailleurs usuelles (survenance de l'invalidité). La lettre de l'art. 41, al. 1, LPP ne correspond donc pas au sens juridique et le droit à des prestations de survivants et d'invalidité en tant que tel ne peut pas non plus se prescrire (après dix ans) lorsqu'il n'a pris naissance que plus tard, après la fin de la couverture d'assurance, auprès de l'institution de prévoyance en principe tenue de fournir des prestations.

895 Application d'un taux d'intérêt nul selon le principe d'imputation en l'absence de découvert

Le Tribunal fédéral a reconnu l'admissibilité d'un taux d'intérêt nul selon le principe d'imputation en l'absence de découvert dans une institution de prévoyance enveloppante.

(Arrêt du TF du 9 avril 2014, 9C_114/2013, publication ATF prévue; arrêt en allemand)

Le TF a exposé en détail le principe d'imputation (aussi bien du côté des prestations que de celui du capital à examiner en l'espèce), en tenant compte de sa jurisprudence antérieure, des travaux préparatoires et des opinions de la doctrine; il a examiné en particulier si l'application d'un taux d'intérêt nul selon le principe d'imputation est admissible dans une institution de prévoyance enveloppante qui ne présente pas de découvert. Sans entrer dans le détail des dispositions réglementaires concrètes (objet de son examen), le TF s'est exprimé sur cette question de la manière suivante:

Dans une institution de prévoyance enveloppante, le principe d'imputation n'implique pas un calcul séparé des prestations. Au contraire, dans le compte témoin, un calcul qui ne considère que le domaine obligatoire LPP s'oppose à un calcul qui comprend le domaine réglementaire dans son ensemble (obligatoire et surobligatoire). Cela correspond à la conception légale de la prévoyance professionnelle surobligatoire, qui accorde en principe aux institutions de prévoyance enveloppantes une liberté de réglementation étendue. Les institutions de prévoyance peuvent déterminer librement leurs prestations réglementaires, les art. 7 à 47 LPP ne servant qu'à définir des valeurs minimales qu'il faut respecter en tout cas pour atteindre le but de la prévoyance.

Concernant le financement de la prévoyance professionnelle selon le système de la capitalisation, le TF rappelle que des intérêts ne peuvent en fin de compte être bonifiés que si la situation financière de l'institution de prévoyance et donc la situation sur les marchés des placements le permettent. Il serait contraire au principe de la capitalisation et au système que les assurés ne participent qu'aux chances de gain, mais pas aux risques de perte (avec renvoi à l'ATF 135 V 382, consid. 10.5, p. 402). Le TF admet l'application d'un taux d'intérêt nul selon le principe d'imputation en l'absence de découvert, mais ajoute qu'une telle mesure ne peut pas être appliquée librement, cela d'autant plus qu'elle touche exclusivement les assurés actifs. Comme condition, il faut tout d'abord qu'il existe un avoir de vieillesse surobligatoire, ce qui signifie que l'application d'un taux d'intérêt nul n'est admissible que dans la mesure où l'avoir de vieillesse effectif de l'assuré dépasse celui du compte témoin et que ce dépassement corresponde au montant résultant de l'application du taux d'intérêt minimal LPP. En outre, il faut respecter les principes constitutionnels (interdiction de l'inégalité de traitement et de l'arbitraire, respect du principe de proportionnalité). Enfin, le TF précise que l'admissibilité doit être jugée uniquement par rapport aux circonstances concrètes du cas particulier.

896 Bénéficiaires selon les art. 20a LPP et 2 OPP 3 : notion d'entretien substantiel

L'entretien substantiel selon les art. 20a LPP et 2 OPP 3 suppose que le défunt a effectivement fourni des prestations *de soutien pendant au moins deux ans.*

(Référence à deux arrêts du TF du 28 janvier 2014, 9C_522/2013 et 9C_523/2013 publiés aux ATF 140 V 50 et 140 V 57; arrêts en allemand)

Le TF devait trancher la question juridique de savoir à quelles conditions une personne peut être considérée comme ayant été entretenue de façon substantielle par le défunt (cf. art. 20*a*, al. 1, let. a, LPP et art. 2, al. 1, let. b, ch. 2, OPP 3).

Les prestations pour survivants découlant du 2e pilier et du pilier 3a ont pour but d'atténuer le préjudice financier que subit une personne par la mort de l'assuré dont elle était économiquement dépendante. D'une part, il faut qu'avant son décès, l'assuré lui ait effectivement fourni une prestation de soutien. D'autre part, on ne peut admettre l'existence d'un soutien dans ce sens que si les prestations ont duré un certain temps. Une prestation unique ou fournie pendant une période relativement courte ne suffit donc pas. Le TF exige une durée d'au moins deux ans. Il laisse cependant ouverte la question de savoir si, par analogie avec la réglementation du droit du divorce selon laquelle un concubinage de trois ans peut entraîner la suspension de la contribution d'entretien, un soutien pendant trois ans devrait être exigé ici aussi.

En l'espèce, la concubine d'un défunt n'a pas reçu de capital-décès ni de la prévoyance professionnelle ni du pilier 3a car, au moment du décès, le concubinage avait duré moins de cinq ans et le défunt n'avait fourni une prestation de soutien que pendant 22 mois.

897 Bonus et salaire assuré dans la prévoyance plus étendue

Les bonus ne peuvent être exclus du salaire assuré dans la prévoyance plus étendue que si le règlement *est formulé clairement à ce sujet.*

(Référence à un arrêt du TF du 23 avril 2014, 9C_832/2013; publication ATF prévue; arrêt en français)

En règle générale, le salaire assuré dans la prévoyance plus étendue est défini par les dispositions règlementaires de l'institution de prévoyance. Le plus souvent, il est fait renvoi à la notion de salaire déterminant au sens de la LAVS (art. 5, al. 2, LAVS). Si une institution de prévoyance entend déroger à cette notion dans le but, notamment, d'exclure certains éléments de rémunération, elle doit le faire par la voie réglementaire. Le règlement de prévoyance doit clairement distinguer les éléments de salaire qui sont assurés de ceux qui ne le sont pas (arrêt B 115/05 du 10 avril 2006 consid. 4.3; cf. également arrêt B 60/97 du 19 avril 1999 consid. 4b).

Selon le règlement de prévoyance applicable au présent litige («Règlement LPP Pool de la prévoyance en faveur du personnel de X.»), le salaire annuel correspond au salaire AVS présumé d'un assuré au début d'une année (art. 10.1, 1ère phrase). Les éléments de salaire de nature occasionnelle ou temporaire (par ex. cadeaux d'ancienneté, indemnités pour heures supplémentaires) ne sont pas pris en considération (art. 10.3, 1ère phrase). Les adaptations de salaire sans modification du taux d'activité intervenant au cours d'une année d'assurance ne sont, en règle générale, prises en considération qu'à la date d'effet qui suit (soit le 1er janvier [art. 2.4]); par contre, les adaptations de salaire qui résultent d'une modification du taux d'activité sont prises en compte immédiatement (art. 10.6).

La juridiction cantonale a estimé que les commissions et bonus versés à l'intimé n'étaient pas exclus du salaire assuré, faute pour le règlement de prévoyance d'être suffisamment précis à ce sujet. Le TF a confirmé la position du Tribunal cantonal sur ce point, en ajoutant que si un employeur entend, dans le cadre de la prévoyance plus étendue accordée à ses employés, exclure du salaire assuré la prise en compte d'éléments de rémunération réguliers tel que treizième salaire, gratification, bonus ou autres commissions, il est de son devoir de veiller à ce que le règlement de prévoyance soit formulé de façon claire et en adéquation avec la structure de l'entreprise et le système de rémunération ayant cours en son sein. Or, en l'espèce, le règlement ne remplit pas ces conditions.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 134

881 Distribution de fonds libres et traitement des assurés ayant choisi le versement en capital

Une institution de prévoyance qui distribue ses fonds libres sans tenir compte des assurés qui touchent la

prestation de vieillesse en capital n'enfreint pas le principe de l'égalité de traitement.

(Arrêt du TF du 12 juillet 2013, 9C_960/2012, publication ATF prévue, arrêt en allemand)

(Art. 37 LPP)

Le TF devait examiner notamment si, lors de la distribution de fonds libres (dans le cadre d'une liquidation totale d'une institution de prévoyance), l'exclusion d'un assuré ayant touché la prestation de vieillesse sous forme de capital était conforme au droit.

Lorsque le capital est demandé en vertu de l'art. 37 LPP, la qualité d'assuré prend fin et tous les liens avec l'institution de prévoyance sont rompus. Il en va autrement pour les bénéficiaires de rentes ; ils continuent de faire partie de la communauté solidaire et de participer de manière limitée aux perspectives et aux risques du placement du capital. Lors d'une distribution des fonds libres, il faut, selon la jurisprudence, traiter les groupes de bénéficiaires de manière relativement, mais non pas absolument, égale. Il est ainsi permis de ne pas tenir compte des assurés actifs qui quittent volontairement une institution de prévoyance (voir à ce sujet ATF 133 V 607 ss.). Le TF retient maintenant qu'en cas de perception d'un capital, la situation est la même que pour un assuré actif sorti volontairement d'une institution de prévoyance. La perception en capital se fonde sur une déclaration de volonté librement exprimée. Dans ces conditions, le principe de l'égalité de traitement n'est pas violé si les assurés qui ont touché une prestation en capital ne sont pas pris en considération dans un plan de répartition. Pour le TF, il est en outre déterminant que le versement en capital, choisi expressément, vaut solde de tout compte.

882 Versement en espèces d'une prestation de libre passage à un indépendant divorcé

Suite à un divorce, un versement en espèces à un indépendant est possible aux mêmes conditions qu'un versement à des fins d'investissements dans l'entreprise.

(Référence à un arrêt du TF du 19 juin 2013, 9C_833/2012 ; ATF 139 V 367 ; arrêt en allemand)

(Art. 22 en relation avec l'art. 5 LFLP)

Le TF devait examiner la question de savoir si un indépendant a droit au versement en espèces de la prestation de libre passage qui lui a été transférée au titre du partage de la prévoyance pour cause de divorce, bien qu'il travaille déjà comme indépendant depuis un certain temps.

Le tribunal cantonal avait autorisé le paiement en espèces au motif que, selon l'art. 22, al. 1, LFLP, les art. 3 à 5 LFLP ne seraient applicables que par analogie et qu'il suffirait donc que la personne prouve qu'elle travaille comme indépendant et qu'elle n'est pas soumise à la prévoyance professionnelle obligatoire.

Le TF relève qu'une personne qui passe d'une activité salariée à un travail indépendant dispose, au moment de ce changement, de la possibilité de se faire verser en espèces le capital de vieillesse accumulé, en vertu de l'art. 5, al. 1, let. b, LFLP. Celui qui, au moment du divorce, exerce déjà une activité lucrative indépendante ne bénéficie pas (plus) d'un tel droit d'option. En revanche, celui qui travaille de manière indépendante et qui s'est affilié à la prévoyance facultative peut, selon la jurisprudence du TF, se faire verser les sommes accumulées en vue d'investissements dans son entreprise s'il résilie le contrat de prévoyance et que ses relations contractuelles avec son institution de prévoyance prennent fin (ATF 135 V 418 et 134 V 170).

Comme un indépendant a en tout temps la possibilité de se faire assurer à titre facultatif, il peut contracter une telle assurance également au moment d'un divorce. Dans ce cas, il peut faire transférer sur son compte de prévoyance facultative le montant lui revenant en vertu de l'art. 22, al. 1, LFLP, puis se le faire verser en espèces. Le TF ne voit pas de fraude à la loi dans ce procédé qui s'inscrit dans les limites fixées par la loi et la

jurisprudence fédérale. Toutefois, un tel détour provoque des frais. Dès lors, il apparaît opportun et équitable d'accorder à un indépendant la possibilité de se faire verser en espèces le capital de prévoyance lui revenant en cas de divorce lorsque sont remplies les mêmes conditions restrictives que pour le paiement en espèces de l'avoir de vieillesse accumulé au titre de la prévoyance professionnelle facultative, c.-à-d. lorsqu'il se trouve économiquement dans la même situation qu'un assuré à titre facultatif.

883 Versement en espèces à un assuré divorcé d'une prestation de sortie non partagée: violation du devoir de diligence par l'institution de prévoyance (ou de libre passage)?

Les institutions de prévoyance professionnelle n'ont pas d'obligation générale de vérifier, avant l'octroi d'un versement en espèces à un assuré divorcé, s'il y a eu exécution du partage ordonné par le jugement de divorce.

(Référence à un arrêt du TF du 3 septembre 2013, 9C_324/2013 ; arrêt en allemand)

Le TF s'est prononcé sur la question de savoir si une institution de libre passage respecte ou pas son obligation de diligence lorsqu'elle verse en espèces à un assuré divorcé la prestation de sortie non partagée, sans l'accord de son ancienne épouse. En l'espèce, le TF a nié une violation du devoir de diligence.

Selon l'art. 5, al. 2, LFLP, le paiement en espèces ne nécessite un consentement écrit que si l'assuré est marié ou lié par un partenariat enregistré ; le paiement en espèces qui intervient sans l'assentiment de l'ancienne épouse est conforme au droit. Les institutions de prévoyance professionnelle n'ont pas d'obligation générale, avant le paiement en espèces à un assuré divorcé, d'exiger de sa part la remise du jugement de divorce et de vérifier si le partage de la prévoyance ordonné par ce jugement a été exécuté. Une obligation de vérifier existerait toutefois en présence d'indices concrets que le paiement en espèces pourrait empêcher l'exécution du partage de la prévoyance. Tel est par exemple le cas si l'institution de prévoyance professionnelle avait été associée à la procédure de divorce et que le jugement entré en force lui avait été communiqué, si elle participe à la procédure de partage en cours devant le tribunal compétent en matière de prévoyance professionnelle ou si elle est tenue de bloquer les fonds de la prévoyance dans le cadre d'une mesure provisionnelle.

En l'espèce, le tribunal n'a pas transmis au tribunal des assurances compétent le jugement de divorce entré en force en décembre 2008, qui ordonnait le partage par moitié des prestations de sortie acquises pendant le mariage. En août 2010, l'institution de libre passage recourante a versé à l'époux divorcé, pour le motif qu'il s'était établi à son compte, la prestation de sortie entière qui n'était pas encore partagée. Selon le TF, le fait que l'institution de libre passage ait délivré une déclaration de faisabilité dans le cadre de la procédure de divorce ne justifiait pas un devoir accru de diligence.

884 Partage de la prévoyance: suspension de la procédure de partage en raison d'une procédure de recours pendante concernant une rente AI

(Référence à un arrêt du TF du 8 juillet 2013, 9C_191/2013 ; arrêt en allemand)

La question litigieuse était de savoir si la procédure de partage liée au divorce doit être suspendue lorsque le début d'un éventuel droit à une rente d'invalidité se situe nettement avant le moment de l'entrée en force du jugement de divorce.

Le TF a répondu affirmativement à cette question. S'il s'avère après coup qu'un cas de prévoyance était déjà intervenu au moment de l'entrée en force du jugement de divorce, le tribunal compétent en matière de prévoyance professionnelle n'est pas lié par le partage fixé dans le jugement de divorce. La procédure doit être suspendue lorsqu'il est probable que le versement rétroactif de prestations d'invalidité remonte à une date antérieure à l'entrée en force du jugement de divorce.

885 Examen d'une éventuelle indexation des rentes réglementaires

Dans le cas d'espèce, le TF a jugé que le règlement ne conférait aucun droit à une adaptation d'une rente réglementaire d'invalidité à l'évolution des salaires ou au renchérissement.

(Référence à un arrêt du TF du 25 juillet 2013, 9C_1044/2012; arrêt en français)

(Art. 36, al. 2, et 49, al. 2, ch. 5, LPP)

Le règlement de l'institution de prévoyance du recourant, datant de 1995 et applicable dans le cas d'espèce, ne contient aucune disposition expresse concernant l'adaptation des rentes d'invalidité au renchérissement ou à l'évolution des salaires. Selon le TF, on ne saurait considérer que l'absence de réglementation sur cette question constitue une lacune réglementaire (ATF 129 V 145 consid. 3, p. 147) ou doive être considérée comme étant insolite, dans la mesure où, en matière de prévoyance plus étendue, les institutions de prévoyance sont libres de définir, dans les limites des dispositions expressément réservées à l'art. 49, al. 2, LPP le régime de prestations, le mode de financement et l'organisation qui leur convient, pour autant qu'elles respectent les principes d'égalité de traitement, de proportionnalité ainsi que l'interdiction de l'arbitraire (ATF 138 V 176 consid. 5.3, p. 180). Le règlement de 1995 ne se prête à aucune interprétation compatible avec l'existence d'un droit à l'adaptation de la rente d'invalidité du recourant à l'évolution des salaires ou au renchérissement. En revanche, c'est à bon droit que la juridiction cantonale a considéré que le recourant devait, conformément à l'art. 36, al. 2, LPP (dans sa teneur en vigueur depuis le 1er janvier 2005), bénéficier de la décision du conseil de fondation de la caisse de pensions entérinant une augmentation des rentes de 2 % à compter du 1er juillet 2007.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 133

871 Qualité pour recourir contre l'approbation d'un règlement de liquidation partielle

La décision d'approbation d'un règlement de liquidation partielle ne peut être attaquée par les employeurs et les destinataires que s'ils sont actuellement lésés par une obligation résultant dudit règlement. Selon le TF, l'approbation du règlement de liquidation partielle par l'autorité de surveillance n'a qu'une fonction de contrôle. Les destinataires et les employeurs ne doivent pas être intégrés dans cette première phase du contrôle abstrait des normes.

(Référence à un arrêt du TF du 28 février 2013, 9C_500/2012, publié aux ATF 139 V 72; arrêt en allemand)

(Art. 53*b*, al. 2, et 74, al. 1, LPP, art. 48, al. 1, let. a à c, PA en relation avec l'art. 37 LTAF)

Le TF avait à examiner la question de savoir si des employeurs et des destinataires ont qualité pour recourir contre la décision de l'autorité de surveillance concernant le contrôle du règlement de liquidation partielle.

Plusieurs employeurs (en l'espèce, des communes ayant l'obligation d'opérer des versements complémentaires) ainsi que des particuliers, assurés actifs ou rentiers, ont demandé à l'instance précédente d'annuler le règlement de liquidation partielle approuvé par décision de l'autorité de surveillance. Selon eux, ce règlement serait contraire au droit fédéral et aux statuts de la fondation de manière globale et dans ses parties essentielles.

Le TF rejette le recours. Il qualifie l'approbation du règlement de liquidation partielle d'acte administratif au sens d'une décision en constatation de droit qui s'adresse au comité de la caisse de pension. De l'avis du TF, la notification écrite ultérieure de la décision à l'ensemble des destinataires doit être comprise comme s'inscrivant dans le cadre de l'obligation d'informer incombant à l'institution de prévoyance (art. 86*b*, al. 1, LPP). Il ne s'agit pas d'une décision générale. Ni la loi, ni les travaux préparatoires ne fournissent d'indices selon lesquels les destinataires devraient déjà être intégrés dans la première phase, celle du contrôle abstrait des normes. Ce n'est que lors de la concrétisation d'une liquidation partielle que la qualité de parties est reconnue aux

destinataires (art. 53*d*, al. 6, 1re phrase, LPP). Selon le TF, les destinataires ne sont donc pas formellement lésés par l'approbation du règlement de liquidation partielle, car ils n'ont pas participé à la procédure de contrôle abstrait devant l'autorité de surveillance et ne sont pas habilités à se constituer en tant que parties. Au contraire, selon la conception claire de la loi, ils ne peuvent formellement être lésés que dans le cadre du cas concret de liquidation partielle. Le fait qu'en l'espèce, le règlement ait été approuvé avec effet rétroactif n'y change rien.

L'examen de la légitimation portait avant tout sur l'obligation des employeurs d'opérer des versements complémentaires, qui ne se fonde toutefois pas sur le règlement de liquidation partielle mais sur un règlement relatif à l'affiliation et à la sortie des employeurs, qui règle également les conséquences de la résiliation du contrat d'affiliation. Même si le règlement de liquidation partielle peut avoir des conséquences pour les employeurs, ces conséquences se manifestent au plus tôt au moment de la concrétisation de la liquidation partielle. Selon le TF, les employeurs n'ont pas non plus un intérêt actuel digne de protection au sens de l'art. 48, al. 1, let. c, PA. Le TF retient néanmoins clairement que le contrôle du règlement de liquidation partielle est toujours possible à titre préjudiciel dans le cadre du cas *concret* d'application.

872 Composition irrégulière du tribunal

Le TF a annulé, pour cause de composition irrégulière du tribunal, deux jugements cantonaux en matière de prévoyance professionnelle. En effet, un des juges assesseurs n'était plus éligible, car il n'avait plus son domicile dans le canton de Genève lorsque le jugement a été rendu.

(Référence aux arrêts du TF des 15 et 27 mai 2013, 9C_836/2012 et 9C_683/2012; arrêts en français)

(Art. 30, al. 1, Cst. et 6 § 1 CEDH)

Aux termes de l'art. 30, al. 1, Cst., qui a la même portée que l'art. 6 § 1 CEDH, toute personne, dont la cause doit être jugée dans une procédure judiciaire, a droit à ce que sa cause soit portée devant un tribunal établi par la loi, compétent, indépendant et impartial.

Le droit des parties à une composition régulière du tribunal (ATF 129 V 335 consid. 1.3.1 p. 338) s'applique aussi aux juges suppléants et laïcs (arrêt I 688/03 du 15 mars 2004 consid. 2). En l'occurrence, les juges assesseurs genevois sont des magistrats de l'ordre judiciaire (ATF 130 I 106) qui, pour être éligibles, doivent remplir les conditions de l'art. 5 de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire, notamment avoir l'exercice des droits politiques dans le canton de Genève et y être domiciliés. Or, en l'espèce, le juge assesseur en question ne remplit plus les conditions d'éligibilité depuis le 30 novembre 2010 dans la mesure où il est domicilié dans le canton de Vaud depuis cette date. Ce vice, qui constitue une violation des exigences légales et jurisprudentielles minimales concernant la constitution des tribunaux, entraîne l'annulation du jugement et le renvoi de la cause à l'autorité judiciaire cantonale pour qu'elle statue à nouveau dans une composition conforme à la loi.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 132

863 Pas de prestation de survivant pour le/la concubin/e qui perçoit déjà une rente de veuf/veuve

En cas de concubinage, le/la partenaire de la personne défunte n'a droit à aucune prestation de survivant de la part de l'institution de prévoyance de la personne défunte lorsqu'il/elle touche déjà une rente de veuve/veuf de la part d'une institution de prévoyance (soit celle du défunt, soit une autre) et cela quel que soit le montant de ladite rente.

(Référence à un arrêt du TF du 26 février 2013, 9C_568/20112; arrêt en français)

(Art. 20a, al. 2, LPP)

N. (célibataire) et G. (veuve) ont rempli en 2007 une annonce de partenariat, par laquelle ils informaient la caisse de pensions de N. (ci-après : la caisse) de l'existence d'un partenariat entre eux. N. est décédé en mai 2010. Par lettre du 18 mai 2010, G. a informé la caisse qu'elle ne percevait pas de rente de veuve du 2e pilier.

Après avoir eu connaissance d'une lettre du 10 juin 2010 de la fondation de prévoyance Y. confirmant à G. son droit à une rente de veuve, la caisse a avisé G. qu'elle n'avait aucun droit à des prestations de partenaire survivant vu qu'elle était au bénéfice d'une rente de survivant d'une autre institution de prévoyance.

L'art. 20a, al. 2, LPP dispose qu'aucune prestation pour survivants n'est due selon l'al. 1, let. a, lorsque le bénéficiaire touche une rente de veuf ou de veuve. La recourante G. déclare qu'il n'y aurait, en l'espèce, pas de véritable cumul de rentes, vu que les montants respectifs entrant en considération sont sans comparaison (3'816 fr. par année en ce qui concerne la Fondation de Prévoyance en faveur du personnel de Y. SA et 23'028 fr. par année en ce qui concerne la caisse intimée). Elle allègue que le rejet de sa demande équivaut à un refus pur et simple de toute prestation de la part de l'intimée, ce qui serait arbitraire et violerait le principe de proportionnalité. A ce sujet, le TF se réfère au message du Conseil fédéral sur la 1re révision de la LPP qui précise que l'art. 20a, al. 2, LPP a pour but d'empêcher un cumul de prestations pour survivants lorsque le concubin bénéficie également d'une rente de veuf ou de veuve (cf. FF 2000 2495 ss, en partic. p. 2549). Il ne résulte ni du texte de l'art. 20a LPP, ni des travaux législatifs, ni du but de la loi ou de sa systématique, que cette disposition légale soit un cas d'application du principe d'interdiction de surindemnisation. En définitive, l'art. 20a, al. 2, LPP ne pouvait être compris dans le sens voulu par la recourante, c.-à-d. dans un contexte de surindemnisation.

C'est donc à juste titre que la caisse intimée a refusé à la recourante le droit à des prestations de partenaire survivant.

864 Obligation de vérification d'une institution de prévoyance en cas de versement anticipé

Une caisse de pensions n'est pas tenue d'attendre la preuve de l'inscription au registre foncier concernant le transfert de propriété avant de payer le montant du versement anticipé EPL. Il n'y a pas de violation du devoir de diligence en cas de versement préalable.

(Référence à un arrêt du TF du 16 octobre 2012, 9C_782/2011, publié : ATF 138 V 495; arrêt en allemand)

(Art. 30c et 30e, al. 2, LPP, 6 et 10 OEPL, 331e CO)

Le TF avait à examiner la question de savoir si l'institution de prévoyance avait le droit de payer le montant du versement anticipé à la venderesse sans avoir la preuve de l'acquisition de la propriété par l'inscription au registre foncier.

Sur la base de la demande de l'assuré et du contrat de vente notarié joint à cette demande, la caisse de pensions a versé en décembre 2006 le montant en cause à la venderesse et destinataire du versement anticipé. Le contrat de vente n'étant pas encore annoncé à l'Office du registre foncier, celui-ci ne pouvait pas inscrire la mention de la restriction du droit d'aliéner requise par la caisse de pensions conformément à l'art. 30e, al. 2, LPP. En avril 2007, les parties ont convenu d'annuler le contrat de vente avec restitution réciproque des prestations. Elles ont prévu que le versement effectué par la caisse de pensions devait lui être remboursé, mais cela ne s'est pas fait. En mai 2008, une procédure de faillite a été ouverte contre la venderesse et l'assuré a ensuite obtenu un acte de défaut de biens.

Le TF retient que l'art. 30c LPP et 331e CO ne précisent pas ce qu'une institution doit examiner en cas de demande d'un versement anticipé. Selon l'art. 10 OEPL, l'assuré doit apporter la preuve que les conditions de son droit au versement anticipé ou à une mise en gage sont remplies (notamment les conditions prévues à l'art.

30c, al. 5, LPP et à l'art. 331e, al. 5, CO et celles prévues aux art. 1 à 9 OEPL). En outre, l'assuré avait donné son accord au paiement direct du montant du versement anticipé à la venderesse, conformément à l'art. 6, al. 2, OEPL. La qualité de destinataire du versement de cette dernière découlait incontestablement du contrat de vente notarié authentique déposé par l'assuré. De l'avis du TF, une obligation de vérification qui exigerait la preuve du transfert de propriété au moment du versement ne découle ni de l'art. 30c LPP ni de l'art. 6, al. 2, OEPL. Il n'y avait pas non plus d'obligation contractuelle dans ce sens en l'espèce.

Le TF a également jugé que l'institution de prévoyance n'était pas tenue à vérification sur la base de l'art. 30e, al. 2, LPP. La teneur de cette disposition exige seulement que le paiement du montant du versement anticipé et l'annonce de la restriction d'aliéner à l'Office du registre foncier soient simultanés. L'institution de prévoyance a rempli cette exigence. L'art. 30e, al. 2, LPP ne règle pas le versement mais entend garantir qu'en cas d'aliénation de la propriété du logement, le capital de prévoyance reste dans le circuit de la prévoyance.

865 Versement rétroactif d'intérêts sur l'avoir de vieillesse dans une caisse de pension en découvert

Selon le Tribunal fédéral, l'octroi rétroactif d'intérêts sur le capital d'épargne n'est pas une distribution de fonds libres. Il s'agit au contraire d'une obligation de la caisse de pension et d'un droit individuel pour les assurés.

(Référence à un arrêt du TF du 2 novembre 2012, 9C_325/2012; arrêt en allemand)

(Art. 44 OPP 2)

Le TF doit examiner si c'est à tort que la caisse de pension n'a pas servi d'intérêts en 2009 sur l'avoir de vieillesse du recourant qui a pris une retraite anticipée au 1er janvier 2010. La caisse de pension enveloppante était en découvert à fin 2008. En février 2009, le conseil de fondation a pris la décision provisoire de ne pas servir d'intérêts. En novembre 2009, en raison de l'amélioration du taux de couverture, devenu positif, il a cependant décidé de verser un intérêt de 1,25 % pour l'année 2009, rétroactivement à fin 2009, à toutes les personnes qui étaient assurées au 1er janvier 2010 en tant que personnes actives.

L'instance précédente est partie de l'idée que l'intérêt de 1,25 % avait le caractère d'une distribution pour l'année 2010, qu'il s'agissait donc d'une distribution de fonds libres. Elle a considéré que la personne qui avait pris une retraite anticipée n'avait aucun droit sur ces fonds car elle était volontairement sortie de l'institution de prévoyance (*remarque : en cas de distribution de fonds libres, l'institution de prévoyance ne doit pas tenir compte des personnes sorties volontairement ; voir arrêt du TF du 27 février 2004, B 59/02, résumé dans le Bulletin de la prévoyance professionnelle nº 74, ch. 443*).

Le TF a apprécié différemment la situation et retenu que l'octroi d'intérêts sur le capital d'épargne n'est pas une distribution de fonds libres. Même si la fixation après coup d'un taux d'intérêt plus élevé diminue la constitution de fonds libres et même si de tels fonds étaient ainsi « distribués d'avance », l'octroi d'intérêts sur les capitaux d'épargne est une obligation de la caisse de pension et un droit individuel pour les assurés. Le recourant était assuré en tant qu'actif dans la caisse de pension pendant toute l'année 2009 et son capital d'épargne a contribué, durant cette période, à la réalisation des recettes comme celui de tous les autres assurés comme actifs pendant toute l'année (il en va autrement pour les assurés qui sont sortis de la caisse au cours de l'année 2009 et n'ont donc pas touché d'intérêts). Selon le TF, la bonification définitive et rétroactive d'intérêts pour l'année 2009 n'a été qualifiée de distribution que pour des raisons administratives qui ne sauraient justifier une inégalité de traitement. Le non-versement d'intérêts au recourant ne se fonde donc sur aucun motif objectif.

866 Réclamation d'une prestation de libre passage se trouvant sur un compte de libre passage par l'institution de prévoyance tenue de fournir des prestations en cas de décès

Le Tribunal fédéral a jugé que l'institution de libre passage se libère valablement de son obligation en versant l'avoir de libre passage à l'institution de prévoyance tenue de fournir les prestations. Le litige portait sur la question de savoir si l'institution de libre passage a le droit de transférer l'avoir du défunt à l'institution de prévoyance tenue de fournir les prestations après que le bénéficiaire selon l'art. 15 OLP a réclamé l'avoir. En revanche, la procédure ne concernait pas la relation entre la prestation de libre passage transmise à l'institution de prévoyance et les prestations de survivants à verser par cette institution.

(Référence à un arrêt du TF du 4 février 2013, 9C_169/2012; arrêt en allemand)

(Art. 4, al. 2bis, 11, al. 2, LFLP et 15, al. 1, let. b, OLP)

Selon le TF, le principe du transfert obligatoire de la prestation de sortie à la nouvelle institution de prévoyance subsiste entièrement même si un cas de prévoyance est survenu dans l'intervalle et que l'assuré ne s'est pas conformé à son devoir d'annonce (art. 4, al. 2bis, LFLP). Il confirme ainsi sa conception argumentée dans l'arrêt 9C_790/2007 du 5 juin 2008 (cf. Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 108, ch. 669), selon laquelle on ne peut pas déduire de l'art. 4, al. 2bis, 2^{e} phrase, LFLP, dans sa version en vigueur depuis le 1er janvier 2001, que la loi ne prévoit aucun transfert de valeurs patrimoniales sans le concours de l'assuré. Même la survenance du cas de prévoyance (décès du preneur de prévoyance) ne change rien à la nécessité de rétablir une situation conforme à la loi. Sur la base de l'art. 11, al. 2, LFLP, l'institution de prévoyance peut, de son côté, continuer de réclamer l'avoir de libre passage pour le compte de l'assuré. Dans le cas contraire, des bénéficiaires pourraient soustraire à la prévoyance légale obligatoire des fonds destinés à la prévoyance professionnelle.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 131

859 Remboursement du versement anticipé en cas d'invalidité imminente

Le Tribunal fédéral précise qu'il est possible d'obtenir un versement anticipé, mais aussi de procéder à son remboursement, jusqu'à la survenance du cas de prévoyance. Il estime que, pour des raisons de sécurité du droit, on ne peut traiter différemment le versement anticipé et son remboursement.

(Référence à un arrêt du TF du 17 septembre 2012, 9C_419/2011, arrêt en allemand)

(Art. 30*d*, al. 3, LPP)

Le Tribunal fédéral a confirmé la position qu'il avait motivée dans l'ATF 135 V 13 (cf. Bulletin de la prévoyance professionnelle nº 111, ch. 693) : il n'y a pour lui pas de raison d'empêcher un versement anticipé en cas d'invalidité imminente. Dans cet arrêt, il avait également souligné qu'il n'était plus possible de rembourser un versement anticipé après la survenance d'un cas de prévoyance. Il concrétise ici cette remarque et précise qu'il faut conclure de l'art. 30*d*, al. 3, let. b, LPP que le remboursement est lui aussi autorisé jusqu'à la survenance du cas de prévoyance. Selon l'institution de prévoyance, il ne faut pas prendre pour référence, pour le remboursement d'un versement anticipé, le moment de la naissance du droit à une rente d'invalidité, comme c'est le cas pour le versement anticipé. Elle estime qu'il ne faut plus autoriser de remboursement dès la survenance de l'incapacité de travail. Le Tribunal fédéral rejette cette différence de traitement, qui ne repose sur aucune base légale. Cette restriction serait en contradiction avec la formulation claire de l'art. 30*d*, al. 3, let. b, LPP.

848 Prestation de sortie en cas de découvert lors d'une liquidation partielle

La déduction proportionnelle du découvert technique s'applique en principe à l'intégralité de la prestation de sortie et pas seulement au capital de couverture constitué le temps de l'affiliation à l'institution de prévoyance. Il n'est pas impératif d'appliquer en cas de découvert les critères de répartition des fonds libres.

(Référence à un arrêt du TF du 16 mai 2012, 9C_545/2011, publication ATF prévue ; arrêt en allemand)

(Art. 53b, al. 1, let. c, et 53d, al. 3, LPP)

Le TF doit examiner les effets du découvert de la caisse de pensions sur la prestation de sortie d'un assuré l'ayant quittée dans le cadre d'une liquidation partielle après y être entré cinq mois auparavant. Le point controversé est de savoir si la prestation de libre passage apportée lors de l'entrée dans l'institution de prévoyance en découvert doit être prise en compte dans le montant du découvert technique.

En l'espèce, il s'agit d'une liquidation partielle au sens de l'art. 53b, al. 1, let. c, LPP, lors de laquelle le montant des découverts techniques peut être déduit proportionnellement (art. 53d, al. 3, LPP). Le TF juge que la déduction proportionnelle de ce montant s'applique en principe à l'intégralité de la prestation de sortie. L'avis de l'instance précédente, selon lequel cette déduction ne s'applique qu'au capital de couverture constitué le temps de l'affiliation à l'institution de prévoyance, ne repose ni sur la lettre de la LPP, ni sur les travaux préparatoires de celle-ci et ne correspond pas non plus à la systématique de la loi.

Selon le TF, les fonds libres et le découvert sont des grandeurs de natures différentes. Les fonds libres sont d'ordre collectif et appartiennent à tous les destinataires de la fondation ; par conséquent, ils font prioritairement l'objet d'un droit collectif et leur répartition nécessite une clé de répartition. Le capital de couverture, par contre, est d'ordre individuel : étant crédité à chaque individu, il est déjà réparti ; il arrive donc régulièrement – contrairement aux fonds libres – qu'un découvert soit transmis à titre individuel (art. 27g, al. 3, OPP 2). Compte tenu de cette différence, le TF estime qu'il n'est pas impératif d'appliquer également en cas de découvert les critères de répartition des fonds libres.

Le TF juge admissible et en accord avec les dispositions réglementaires le procédé de la caisse de pensions consistant à déduire le montant du découvert sur l'entier du capital de prévoyance des assurés actifs sortants, en les faisant participer proportionnellement à leur avoir de prévoyance intégral.

849 Retraite anticipée ou rente d'invalidité ?

Le cas de prévoyance « vieillesse », en particulier la retraite anticipée, exclut la survenance du cas de prévoyance « invalidité », de sorte que l'institution de prévoyance n'est plus tenue de verser une prestation d'invalidité mais une prestation de retraite.

(Référence à un arrêt du TF du 4 mai 2012, 9C_629/2011, publication ATF prévue ; arrêt en français)

(Art. 13, 23, 26 LPP et 2 LFLP)

Le litige porte sur le point de savoir si une institution de prévoyance est tenue de verser à son assuré une rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle alors qu'elle lui a proposé une retraite anticipée réglementaire.

Le TF a tranché par la négative au motif que la survenance du risque invalidité suppose qu'un autre risque assuré, en particulier le risque « vieillesse », ne se soit pas réalisé auparavant auprès de la même institution de prévoyance.

En l'espèce, l'institution de prévoyance a fait usage de la possibilité d'aménager un départ à la retraite anticipée au sens de l'art. 13, al. 2, LPP. Ainsi, conformément à l'art. 37 de son règlement, la dissolution des rapports de travail avant que l'assuré ait atteint 65 ans, mais après qu'il ait atteint 57 ans, ouvre le droit aux prestations de vieillesse, pour autant « qu'il ne demande pas que sa prestation de libre-passage soit transférée à l'institution de prévoyance d'un nouvel employeur ». Or, l'assuré, âgé de 59 ans au moment où ont pris fin les rapports de travail (au 30 juin 2002), n'a pas continué à exercer une activité lucrative au-delà de cette date, ni demandé à la caisse le versement d'une prestation de libre passage. Par conséquent, et nonobstant le fait que l'intéressé ne voulait pas bénéficier d'une mise à la retraite anticipée et en avait informé son institution de prévoyance, le cas de prévoyance « vieillesse » est survenu le 30 juin 2002. Quant au cas de prévoyance « invalidité », il est survenu le 1er août 2002, soit au moment à partir duquel l'intéressé a été mis au bénéfice d'une rente d'invalidité de l'AI. Par conséquent, et dès lors que le passage à la retraite anticipée est survenu avant que ne se produise le cas de prévoyance « invalidité », l'institution de prévoyance n'est pas tenue de verser des prestations d'invalidité de la prévoyance professionnelle.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 128

839 Remplacement d'une rente réglementaire d'invalidité par une rente réglementaire de vieillesse: à 62 ou 64 ans pour les femmes?

En cas de remplacement d'une rente réglementaire d'invalidité par une rente réglementaire de vieillesse, l'institution de prévoyance (IP) peut introduire une disposition transitoire qui maintient l'âge de la retraite des femmes *(62 ans) en vigueur au moment de la survenance de l'incapacité de travail à l'origine de l'invalidité.*

(Référence à un arrêt du TF du 12 mars 2012, 9C_460/2011, publication ATF prévue ; arrêt en français)

(Art. 26 al. 3 et 49 al. 1 LPP, 62a OPP 2)

La question litigieuse est de savoir à quel âge (62 ou 64 ans) une institution de prévoyance (IP) peut remplacer une rente réglementaire d'invalidité par une rente réglementaire de vieillesse pour une femme née en 1948 et bénéficiaire d'une rente réglementaire d'invalidité depuis 2000. Le litige concerne exclusivement la prévoyance (réglementaire) plus étendue, et non pas les prestations minimales LPP. Il porte uniquement sur l'âge déterminant, et non pas sur le fait de remplacer une rente réglementaire d'invalidité par une rente réglementaire de vieillesse d'un montant inférieur (admissible selon l'art. 49 al. 1, 2e phrase, LPP et l'ATF 130 V 369).

Le TF a admis qu'une IP puisse prévoir, dans les dispositions transitoires de son règlement, le maintien de l'âge de la retraite à 62 ans en vigueur au moment de la survenance de l'incapacité de travail qui était à l'origine de l'invalidité. Le TF a considéré qu'une telle disposition réglementaire ne viole pas le droit fédéral et respecte les principes constitutionnels d'égalité de traitement et d'interdiction de l'arbitraire. De plus, l'IP dispose d'une large autonomie pour définir le régime de prestations, le mode de financement et l'organisation applicables d'après l'art. 49 al. 1 LPP. Le TF a d'ailleurs admis qu'une IP n'était pas tenue de respecter l'âge légal de la retraite, soit, actuellement, 64 ans pour les femmes et 65 ans pour les hommes, pour fixer la naissance du droit à une rente réglementaire de vieillesse (ATF 130 V 369 consid. 6.4 p. 376; voir également arrêt 9C_1024/2010 du 2 septembre 2011 consid. 4.4). Enfin, l'art. 62a OPP 2 ne pouvait pas non plus être invoqué pour imposer le versement de la rente réglementaire d'invalidité jusqu'à l'âge de 64 ans, car cette disposition ne s'applique qu'aux prestations minimales LPP, et non pas aux prestations de la prévoyance plus étendue pour lesquelles les IP disposent d'une large autonomie.

840 Disposition réglementaire sur l'adaptation au renchérissement des rentes d'invalidité

Lorsque le règlement ne contient aucune clause permettant d'établir une distinction entre les rentes de la prévoyance professionnelle obligatoire et celles de la prévoyance plus étendue, l'adaptation au renchérissement *prévue par le règlement vaut aussi pour les rentes d'invalidité de la prévoyance plus étendue en cours depuis plus de 3 ans.*

(Référence à un arrêt du TF du 2 mars 2012, 9C_489/2011; arrêt en français)

La question litigieuse est de savoir si le recourant a droit à l'adaptation de sa rente d'invalidité à l'évolution des prix. L'assuré conclut à ce que l'institution de prévoyance adapte sa rente d'invalidité au renchérissement avec effet au 1er janvier 2002. Le Tribunal cantonal a considéré que la rente du recourant ne devait pas être adaptée compte tenu du fait qu'elle relevait de la prévoyance plus étendue.

Le TF a admis partiellement le recours et jugé que le recourant a droit à l'adaptation de sa rente d'invalidité au renchérissement dès le 1er janvier 2003. Son argumentation est la suivante: en matière de prévoyance plus étendue, la question de l'adaptation des rentes d'invalidité au renchérissement est déterminée par le règlement de prévoyance ou par les normes de droit public applicables à l'institution de prévoyance (ATF 127 V 264 consid. 2a p. 265; arrêt B 60/99 du 25 avril 2000 consid. 3a). La disposition réglementaire de l'institution de prévoyance qui traite des rentes de survivants et d'invalidité en cours depuis plus de 3 ans prévoit leur adaptation à l'évolution des prix conformément aux prescriptions édictées par le Conseil fédéral. Or, celui-ci a adopté le 16 septembre 1987 une ordonnance sur l'adaptation des rentes de survivants et d'invalidité en cours à l'évolution des prix (RS 831.426.3), laquelle prévoit qu'une première adaptation des rentes en cours depuis plus de 3 ans a lieu au début de l'année civile qui suivra (art. 1 al. 1) et que les adaptations subséquentes surviennent en même temps que celles des rentes de l'assurance-vieillesse et survivants (art. 2 al. 1). Une telle adaptation n'étant pas intervenue au 1er janvier 2002, la rente du recourant doit être indexée à compter du moment où est survenue la première adaptation suivant cette date, soit le 1er janvier 2003 (cf. OFAS, Bulletins de la prévoyance professionnelle n° 59 du 10 décembre 2001 p. 2 ch. 366, respectivement n° 65 du 31 octobre 2002 p. 11 s. ch. 395).

841 Devoir de diligence de l'institution de prévoyance lors du versement d'une prestation en capital

L'institution de prévoyance qui verse une prestation à un tiers non autorisé n'exécute en principe pas le contrat, même si elle le fait de bonne foi. La preuve de l'exécution correcte du contrat incombe à l'institution de prévoyance en sa qualité de débitrice contractuelle. C'est elle qui supporte en règle générale le risque d'une prestation versée à une personne non *autorisée.*

(Arrêt du TF du 5 avril 2012, 9C_137/2012; arrêt en allemand)

(Art. 37 LPP)

Le TF doit examiner si une institution de prévoyance peut verser avec effet libératoire l'avoir de vieillesse existant en se basant sur un document falsifié d'une organisation (Patronato Z.). La question de la violation du devoir de diligence doit être tranchée sur la base des circonstances concrètes du cas d'espèce (ATF 130 V 103, consid. 3.3. in fine).

Le TF retient qu'une institution de prévoyance qui fournit des prestations à un tiers non autorisé ne respecte en principe pas le contrat, et cela même si elle le fait de bonne foi (arrêt 4A_536/2008 du 10 février 2009, consid. 5.2, avec références). La preuve de l'exécution correcte du contrat incombe à l'institution de prévoyance en sa qualité de débitrice contractuelle. Elle supporte en règle générale le risque d'une prestation versée à une personne non autorisée. L'instance précédente a établi d'une manière qui lie le TF la falsification de la signature

figurant sur la procuration et de celle figurant sur l'ordre de paiement avec indication de la domiciliation pour le virement de la prestation en capital. L'institution de prévoyance doit en assumer les conséquences. Peu importe à ce sujet que la fondation (dans diverses procédures, notamment pour des prestations d'invalidité) ait connu Patronato Z. en tant qu'organisation sérieuse. Dans un autre arrêt, le TF a renvoyé la cause à l'instance précédente, car il est décisif d'examiner si et dans quelle mesure les signatures en question sont falsifiées, la question litigieuse étant de savoir si une institution de libre passage pouvait solder avec effet libératoire le compte de libre passage de l'assuré B. en se basant sur la lettre de Patronato Z. (arrêt du TF du 28 mars 2012, 9C_675/2011, publication aux ATF non prévue ; arrêt en allemand).

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 127

832 Information et procédure: en cas de contestation relative au droit à l'information, l'assuré doit saisir l'autorité de surveillance et non pas le tribunal des assurances

(Référence à un arrêt du TF du 28 septembre 2011, 9C_53/2011; arrêt en français)

(Art. 62 al. 1 let. e, 65a, 74 et 86b al. 2 LPP)

En juin 2010, G. a saisi le Tribunal cantonal des assurances sociales de la République et canton de Genève d'une demande contre un fonds de prévoyance, par laquelle la personne assurée exigeait que lui soit remis un certificat d'assurance avec l'indication du capital retraite au 1er janvier 2010. G. demandait que lui soit confirmé que ce fonds de prévoyance était une institution de prévoyance du 2e pilier au regard de la loi et qu'on lui indique où se trouvait la somme de 708'068 fr. 05 transférée le 16 août 2002 par la Compagnie d'assurances V. sur un compte de Z. Le tribunal a déclaré la demande irrecevable et transmis la cause au Service genevois de surveillance des fondations et des institutions de prévoyance comme objet de sa compétence. G. a recouru contre ce jugement cantonal.

Le TF a déclaré le recours irrecevable, en considérant que G. n'a pas satisfait à l'obligation de motiver son recours, faute de prendre spécifiquement position sur le motif pour lequel le tribunal cantonal a déclaré la demande irrecevable, à savoir que le Service de surveillance des fondations et des institutions de prévoyance était seul compétent pour connaître de la contestation (cf. art. 42 al. 1 et 2 LTF et ATF 134 V 53 consid. 3.3 p. 60).

Le TF a également considéré que même si le recours avait été recevable, il aurait dû être rejeté pour les raisons suivantes : l'art. 62 al. 1, phrase introductive, LPP prescrit que l'autorité de surveillance s'assure que l'institution de prévoyance ainsi que l'institution qui sert à la prévoyance se conforment aux prescriptions légales. En particulier, selon l'art. 62 al. 1 let. e LPP, elle connaît des contestations relatives au droit de l'assuré d'être informé conformément aux art. 65a et 86b, al. 2; cette procédure est en principe gratuite pour les assurés. Aux termes de l'art. 86b al. 2 LPP, les assurés peuvent demander la remise des comptes annuels et du rapport annuel. L'institution de prévoyance doit en outre informer les assurés qui le demandent sur le rendement du capital, l'évolution du risque actuariel, les frais d'administration, les principes de calcul du capital de couverture, les provisions supplémentaires et le degré de couverture. L'art. 62 al. 1 let. e LPP ouvre la voie administrative devant l'autorité de surveillance lors de contestations relatives au droit de l'assuré d'être informé conformément aux art. 65a et 86b al. 2 LPP et l'art. 74 al. 1 LPP ouvre la voie du recours devant le Tribunal administratif fédéral contre les décisions de l'autorité de surveillance.

A partir du moment où G. entendait exercer son droit à l'information conformément à l'art. 86b al. 2 LPP, c'est la voie administrative devant l'autorité de surveillance selon l'art. 62 al. 1 let. e LPP qui était ouverte. Le jugement

cantonal, qui a transmis la cause au Service de surveillance des fondations et des institutions de prévoyance, est ainsi conforme au droit fédéral.

833 La rente de partenaire selon l'art. 20a LPP peut être soumise à plusieurs conditions supplémentaires: notion de «ménage commun»

(Référence à un arrêt du TF du 17 janvier 2012, 9C_73/2011; arrêt en allemand)

(Art. 20a et 49 LPP)

Le § 38, al. 1, de la loi sur les caisses de pension de Bâle-Ville (PKG) exige clairement la preuve d'un «ménage commun et d'un devoir réciproque d'assistance».

Il fixe ainsi pour la rente de partenaire de conditions plus restrictives que celles prévues par la loi.

Comme le TF l'a reconnu dans un récent arrêt de principe, cela est en principe admissible (ATF 137 V 383, consid. 3.2, p. 387 s. ; voir aussi Bulletin de la prévoyance professionnelle, n° 125, ch. 817). Dans cette affaire-là, le litige portait sur le droit à une rente de partenaire, soumis notamment à la condition que les concubins aient fait ménage commun de manière ininterrompue pendant cinq ans au moins immédiatement avant le décès.

La restriction prévue ici se distingue de l'affaire susmentionnée en ce sens qu'en l'espèce, il est exigé en outre qu'il ait existé un devoir réciproque d'assistance. Cet élément supplémentaire ne constitue cependant pas à lui seul un motif de réduire à nouveau en l'espèce l'autonomie de l'institution de prévoyance (art. 49 LPP). Cette exigence supplémentaire ne porte pas atteinte aux principes constitutionnels à respecter (égalité de traitement, interdiction de l'arbitraire et proportionnalité).

Comme l'art. 20a, al. 1, LPP est une prescription potestative qui permet à l'institution de prévoyance de renoncer totalement à prévoir d'autres personnes comme bénéficiaires, des solutions restrictives sont également admissibles – dans le cadre des principes de droit constitutionnel précités.

En l'espèce, deux appartements avaient été loués dans la même ville. Les partenaires conservaient chacun ainsi un certain espace de liberté. Dans ces circonstances, on ne peut pas conclure que les deux partenaires aient eu la volonté manifeste de vivre ensemble en tant que communauté de vie partagée dans le même ménage.

Le domicile séparé exclut ainsi l'existence d'un ménage commun.

834 La rente de partenaire selon l'art. 20a LPP peut être soumise à plusieurs conditions supplémentaires: notion de «soutien considérable»

(Référence à un arrêt du TF du 3 février 2012, 9C_676/2011; arrêt en allemand)

(Art. 20*a* LPP)

Comme l'a jugé le TF dans l'ATF 137 V 383, il est en principe permis aux institutions de prévoyance, dans les limites du principe de l'égalité de traitement et de l'interdiction de toute discrimination, de déterminer le cercle des bénéficiaires de manière plus étroite que dans la loi. C'est pourquoi, la disposition réglementaire de la Caisse de pension de Bâle-Campagne, qui assortit le versement de prestations de survivant pour le partenaire de l'assuré à la double condition d'un « soutien considérable » (traduction de l'allemand: «in erheblichem Masse

unterstützt») du partenaire par le défunt et d'une communauté de vie ininterrompue d'au moins cinq ans immédiatement avant le décès, n'est pas contraire à l'art. 20*a*, al. 1, let. a, LPP[7].

L'expression « soutien considérable » est indéterminée. Vu qu'il est en principe permis aux institutions de prévoyance de déterminer le cercle des bénéficiaires de manière plus étroite que dans la loi, elles peuvent aussi préciser quand une personne doit être considérée comme «soutenue de manière considérable par le défunt».

La notion de «soutien» entend exprimer que le partenaire (défunt) a subvenu au moins en partie aux besoins vitaux de l'autre. Le terme «considérable» signifie clairement que le soutien du défunt doit avoir atteint une certaine ampleur. Un soutien minime ne donne donc pas droit à une rente.

Le TF ne fixe pas de limite précise à partir de laquelle il y aurait un soutien «considérable». Toutefois, si le soutien est nettement inférieur à 20 % des frais d'entretien du ménage commun, on ne saurait parler d'une contribution prépondérante.

En l'espèce, l'exigence d'un soutien «considérable» n'étant pas remplie, aucune rente n'est due.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 126

828 Conditions essentielles de la police de libre passage et conclusion du contrat d'assurance; les fournisseurs de polices de libre passage ne sont pas tenus de maintenir la prévoyance professionnelle obligatoire sous forme d'assurance pour les cas d'invalidité

(Référence à un arrêt du TF du 12 septembre 2011, 9C_479/2011 ; arrêt en allemand)

(Art. 2, al. 1, 27 et 60 LPP, art. 4 et 14 LFLP, art. 10 à 19 OLP, art. 331*c* CO, art. 1 LCA)

Mme S., née en 1965, avait résilié son contrat de travail pour fin octobre 2009. Comme elle allait sortir de son institution de prévoyance, elle a transmis le 21 juillet 2009 à la société d'assurances Swiss Life SA un formulaire «Demande d'établissement d'une police de libre passage», selon lequel, après un versement unique de la prestation de libre passage, des prestations en capital doivent être versées en cas d'atteinte de la limite d'âge ou de décès, et des rentes en cas d'invalidité. En se référant aux conditions générales d'assurance régissant les polices de libre passage, Swiss Life SA a fait savoir à Mme S. que, sur la base d'un examen de santé plus approfondi, la couverture du risque d'invalidité qui était demandée ne pouvait pas être offerte.

Le point litigieux concerne l'obligation faite aux fournisseurs de polices de libre passage de maintenir la prévoyance professionnelle obligatoire sous forme d'assurance des cas d'invalidité et, en l'espèce, la conclusion du contrat d'assurance.

Le caractère obligatoire de la prévoyance professionnelle est lié à l'exercice d'une activité salariée procurant un salaire minimal dépassant un certain seuil (art. 2, al. 1, LPP). Cela ne veut pas dire que cette condition doit être remplie sans interruption. Le maintien de la prévoyance au sens de l'art. 4 LFLP signifie plutôt la préservation de la fortune affectée à la prévoyance durant la période où la personne n'est pas affiliée à une institution de prévoyance. Il faut qu'à un moment donné l'avoir puisse être récupéré au moins à hauteur du montant légal (pour les prestations d'invalidité, voir art. 23 ss. LPP) et que la prévoyance puisse être maintenue sans perte. Dans ce sens, les institutions de libre passage ne relèvent que de la prévoyance au sens large ; les polices ou comptes de libre passage ne remplissent en principe qu'une fonction de «pont» (ATF 129 III 305

[7] Le texte français de l'art. 20a, al. 1, let. a, LPP se réfère aux « personnes à charge du défunt » mais les versions allemande et italienne sont plus précises : «natürliche Personen, die vom Versicherten in erheblichem Masse unterstützt worden sind» et «le persone fisiche che erano assistite in misura considerevole dall'assicurato».

consid. 3.3). Un maintien (par exemple) de la couverture du risque d'invalidité selon la LPP n'est donc prévu que sur une base facultative.

Comme la LPP et la LFLP prescrivent le maintien de la prévoyance dans le respect de certaines conditions (art. 27 LPP, art. 4 LFLP, art. 10 à 19 OLP), mais ne règlent pas le rapport d'assurance en tant que tel, la loi de référence est la LCA, sous réserve des dispositions spéciales de celle-ci (arrêt B 5/97 du 28 août 1997 consid. 3d). Au vu du sens et du but du maintien de la prévoyance, il n'y a pas de raison de déroger à la liberté contractuelle qui s'applique par principe selon la LCA. Les fournisseurs de polices de libre passage ne sont donc pas soumis à l'obligation de contracter. Si le preneur de prévoyance n'en dispose pas autrement sur la base des art. 4 LFLP et 10 OLP, la transmission de la prestation de sortie à l'Institution supplétive conformément à l'art. 60 LPP garantit ultimement le maintien de la prévoyance (art. 4, al. 2, LFLP).

La recourante se base sur l'art. 11 OLP en relation avec les art. 14, al. 1, LFLP et 331*c* CO. Selon ces dispositions, la couverture de prévoyance acquise par l'apport de la prestation de sortie ne peut pas être réduite, dans le régime obligatoire, par de nouvelles réserves pour raisons de santé ; dans la prévoyance plus étendue en revanche, des réserves pour raisons de santé peuvent être formulées pour les risques de décès et d'invalidité pour une période de cinq ans au maximum. Ces dispositions s'appliquant également aux polices de libre passage, il y a une limitation de la liberté contractuelle au sens de la liberté de contenu telle qu'elle existe sous différentes formes dans le droit des assurances privées (voir art. 97 ss. LCA). Les autres éléments de la liberté contractuelle, dont la liberté de contracter (voir ATF 129 III 35 consid. 6.1 p. 42), ne sont pas touchés. Le tribunal cantonal a expliqué à juste titre que des réserves pour raisons de santé à hauteur de la part obligatoire ne sont interdites que si le fournisseur de polices de libre passage a effectivement contracté en l'espèce un tel rapport d'assurance. On ne peut donc pas inférer non plus de l'art. 11 OLP l'existence d'une obligation de contracter.

Au vu de ce qui précède, l'art. 1, al. 1 des conditions générales d'assurance pour les polices de libre passage (CGA) de l'intimée, selon lequel une police de libre passage avec couverture du risque d'invalidité n'est conclue (parfaite) que si l'assureur donne son accord, ne contrevient pas au droit fédéral.

La recourante fait enfin valoir qu'il y a eu conclusion d'un contrat de prévoyance avec couverture du risque d'invalidité. Ce point de vue n'est conciliable ni avec la situation juridique générale ni avec les déclarations de volonté que la recourante et l'intimée ont échangées. A l'art. 1, al. 1, la LCA part du principe que la personne qui souhaite avoir une couverture d'assurance soumet à l'assureur une demande de contrat d'assurance qui doit être approuvée. Dans cette optique, la personne à assurer est demandeuse dans le formulaire d'offre de l'intimée. Sous la déclaration signée par la personne à assurer, il est par ailleurs mentionné que la direction de l'assureur informera par écrit de l'acceptation ou du refus éventuel de la police de libre passage demandée. Il en ressort clairement qu'il n'y a pas eu conclusion du rapport d'assurance sollicité par la recourante, contrairement à ce qu'elle prétend – elle aurait accepté une offre contraignante de police de libre passage avec couverture du risque d'invalidité, faite par l'assureur.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 125

817 Concubinage et rente de survivant: notions de « communauté de vie» et de «ménage commun »

(Référence à un arrêt du TF du 14 septembre 2011, 9C_902/2010; arrêt en allemand)

(Art. 20*a*, al. 1, LPP, 49, al. 2, ch. 3, LPP et 89bis, al. 6, ch. 3, CC)

Selon l'art. 20*a*, al. 1, LPP, l'institution de prévoyance peut prévoir, dans son règlement, d'autres bénéficiaires de prestations de survivants en plus des ayants droit en vertu des art. 19 (conjoint survivant) et 20 (orphelins), à savoir notamment les personnes à charge du défunt, ou la personne qui a formé avec ce dernier une

communauté de vie ininterrompue d'au moins cinq ans immédiatement avant le décès ou qui doit subvenir à l'entretien d'un ou de plusieurs enfants communs (let. a).

Selon l'art. 22, ch. 2, 1re phrase, du «Règlement de la Caisse et dispositions sur la prévoyance complémentaire» de l'intimée dans sa version en vigueur du 1er janvier 2007 au 31 décembre 2008 (ci-après: règlement de prévoyance), en cas de décès de la personne assurée, il existe aussi un droit à une rente en cas de concubinage pour autant qu'il y ait eu ménage commun ininterrompu pendant au moins cinq ans immédiatement avant le décès et que le décès intervienne avant l'âge ordinaire de la retraite.

L'art. 22, ch. 2, 1re phrase, du règlement de prévoyance, exige notamment, pour avoir droit à rente de partenaire, de faire ménage commun de manière ininterrompue pendant au moins cinq ans immédiatement avant le décès. Il s'agit là d'une exigence non prévue par la loi. Le TF a laissé ouverte la question de savoir si la désignation d'autres bénéficiaires selon l'art. 20*a*, al. 1, LPP est compatible avec des conditions matérielles supplémentaires dans le sens que le cercle des personnes devant être en principe privilégiées (notamment les personnes ayant formé avec le défunt une communauté de vie ininterrompue d'au moins cinq ans immédiatement avant le décès) soit restreint en tant que tel (voir ATF 136 V 127, consid. 4.4 à 4.6, p. 130 s.).

Il ressort clairement des travaux préparatoires que l'art. 20*a* LPP a été créé dans le but d'améliorer la position du concubin ou de la concubine et simultanément d'uniformiser le cercle des bénéficiaires pour les prestations de survivants dans le domaine surobligatoire (ATF 136 V 127, consid. 4.3, p. 129, avec références). Cet objectif n'est pas contredit lorsqu'une institution de prévoyance n'entend pas privilégier toutes les catégories de personnes énumérées à l'art. 20*a*, al. 1, let. a, LPP et restreint le cercle des bénéficiaires par rapport à la loi, en particulier en se basant sur une notion plus restrictive de la communauté de vie. Ce qui est décisif, c'est que le privilège accordé aux personnes indiquées à l'art. 20*a*, al. 1, LPP relève de la prévoyance professionnelle plus étendue (art. 49, al. 2, ch. 3, LPP et art 89bis, al. 6, ch. 3, CC). Les institutions de prévoyance sont ainsi libres de décider si elles veulent ou non prévoir des prestations de survivants pour ces personnes et, le cas échéant, pour lesquelles. Elles ne sont tenues que de respecter les catégories de personnes énumérées aux lettres a à c de cette disposition et la suite en cascade de cette énumération (ATF 136 V 127, consid. 4.4, p. 130 ; 134 V 369, consid. 6.3.1, p. 378). Il doit donc être d'autant plus admissible en principe pour les institutions de prévoyance de délimiter le cercle des bénéficiaires de manière plus étroite que dans la loi, notamment pour des motifs de sécurité du droit (preuve des circonstances fondant le droit aux prestations) ou compte tenu de leur capacité de financer les prestations. Ce faisant, il faut toutefois respecter le principe de l'égalité de traitement et l'interdiction de toute discrimination, qui s'appliquent en tant que garanties constitutionnelles également dans le domaine surobligatoire (voir ATF 134 V 369, consid. 6.2, p. 375 ; 134 V 223, consid. 3.1, p. 228, avec références). En exigeant la tenue ininterrompue d'un ménage commun pendant au moins cinq ans immédiatement avant le décès, l'art. 22, ch. 2, 1re phrase, du règlement de prévoyance pose donc une autre condition en principe admissible à l'obtention d'un droit à une rente de partenaire. Comme l'a déjà reconnu à juste titre l'instance précédente, on ne saurait toutefois exiger une communauté de vie permanente en un domicile fixe. Une telle manière de voir ne tiendrait pas compte de l'évolution de la société et du contexte économique. Il arrive souvent que, pour des motifs professionnels, de santé ou autres dignes de considération, les couples ne puissent pas tout le temps cohabiter et que leur cohabitation soit limitée par exemple à une partie de la semaine. Ce qui doit être déterminant, c'est que le couple ait l'intention manifeste de vivre sa communauté de vie dans le même ménage autant que les circonstances le lui permettent en tant que communauté domestique unie (voir ATF 134 V 369, consid. 7.1, p. 379 s.). En ce sens, l'opinion de l'instance précédente selon laquelle une interruption de plus de trois mois empêche en soi de parler de tenue ininterrompue d'un ménage commun selon l'art. 22, ch. 2, du règlement de prévoyance (ci-dessus consid. 2.1) ne peut pas être partagée.

La **notion de communauté de vie** au sens de l'art. 20*a*, al. 1, let. a, LPP désigne une union de deux personnes de même sexe ou de sexes différents, fondamentalement assortie d'un caractère d'exclusivité sur un plan aussi bien spirituel et psychologique que physique et économique. Ces caractéristiques ne doivent cependant pas forcément être cumulativement présentes. En particulier, une communauté domestique permanente n'est pas nécessaire et il ne faut pas non plus nécessairement qu'une partie ait été notablement à la charge de l'autre. Ce qui est décisif, c'est de savoir si l'on peut admettre, compte tenu de toutes les circonstances, que les deux partenaires étaient prêts à se fournir mutuellement secours et assistance comme l'art. 159, al. 3, CC l'exige des époux (ATF 134 V 369, consid. 6.1.1 et 7 incipit, p. 374 ss.). On parlera d'une communauté de vie stabilisée notamment lorsque les partenaires vivent ensemble avec un enfant commun (ATF 134 I 313, consid. 5.5 in fine, p. 319).

Au vu de l'ensemble du dossier, force est d'admettre, en tenant compte notamment des circonstances particulières (âge de la recourante, statut de séjour de l'assuré décédé), qu'après la première grossesse interrompue en été 2002, la relation entre la recourante et l'assuré s'est stabilisée pour atteindre, au plus tard dès juin 2003, l'intensité requise pour une communauté de vie. La condition de base pour une rente de partenaire au sens de l'art. 22, ch. 2, du règlement de prévoyance, à savoir une relation de concubinage ininterrompue de cinq ans au moins immédiatement avant le décès de l'assuré le 8 juin 2008, est ainsi réalisée.

La question de la tenue ininterrompue d'un **ménage commun** pendant cinq ans est une question de fait. Les constatations de l'instance précédente à ce sujet lient donc le TF pour autant que les faits n'aient pas été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF (art. 105, al. 1 et 2, LTF), et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause (art. 97, al. 1, LTF). En revanche, la question de savoir si l'instance précédente est partie d'une compréhension correcte des notions « ininterrompue » et « ménage commun » est une question de droit qui peut être réexaminée librement par le TF (ATF 134 V 369, consid. 2, p. 371; 131 II 680, consid. 2.2, p. 683 ; voir, sur l'interprétation de règlements d'institutions de prévoyance privées, ATF 134 V 223, consid. 3.1, p. 228 et 134 V 369, consid. 6.2, p. 375).

Par ailleurs, l'existence ou non d'un ménage commun, dans une acception moderne, ne peut pas dépendre du fait que les partenaires habitent dans une maison de vacances ou en sous-location ou partent ensemble en voyage (un certain temps).

Le dossier établit en outre, en rapport avec ses séjours en Suisse qualifiés de sporadiques par l'instance précédente, qu'après la naissance du fils commun, l'assuré est retourné au moins deux fois dans son pays d'origine. Il a toutefois été à chaque fois accompagné par la recourante. On ne saurait de toute manière parler d'une absence de ménage commun pendant ces périodes, car un ménage commun n'est pas interrompu par le fait que les personnes qui y participent partent en voyage. Ensuite, le fait que, jusqu'à ce qu'il obtienne une autorisation de séjour après avoir reconnu sa paternité, l'assuré ait dû chaque fois quitter la Suisse après l'expiration de son permis de travail n'était motivé que par des impératifs relevant du droit de la police des étrangers. Cet élément n'affaiblit dès lors pas la conclusion qui s'impose au vu de toutes les circonstances manifestes, à savoir que la recourante et son compagnon décédé ont effectivement vécu ensemble sous le même toit avant et après. On ne saurait attacher une importance décisive à la forme et à l'expression concrète de ce «toit», dans la mesure où le règlement de prévoyance s'adresse, en tant que contenu préformé du contrat de prévoyance, à un cercle indéterminé de personnes pour qui les modes les plus divers de ménage commun sont socialement courants, de la cohabitation stricte dans un logement commun à la communauté de vie telle que vécue, comme en l'espèce, par un jeune couple en des endroits différents, en partie en voyage, et avec des interruptions, mais globalement modelée sur une base de cohabitation clairement reconnaissable et continue.

Au vu de ce qui précède, il y a lieu d'admettre que l'exigence de la tenue ininterrompue d'un ménage commun pendant cinq ans au moins immédiatement avant le décès de l'assuré, formulée à l'art. 22, ch. 2, du règlement de prévoyance, pour avoir droit à une rente de partenaire est remplie en l'espèce.

Il faut opposer à l'objection de l'intimée, qui invoque que l'avoir de vieillesse existant de 3357 fr. 80 ne permet pas de financer la rente de partenaire, que la possibilité de financer cette prestation ne constitue pas une condition du droit à celle-ci. Il appartient à l'institution de prévoyance de calculer à l'avance le risque en question et de prélever les cotisations correspondantes, de manière totalement indépendante des possibilités de limitations réglementaires des prestations, par exemple des réductions selon l'âge telles qu'elles sont largement répandues en cas de prestations de survivants.

818 Un versement en espèces de faible importance (art. 5 al. 1 let. c LFLP) n'empêche pas le partage des prestations de sortie en cas de divorce

(Référence à un arrêt du TF du 12 octobre 2011, 9C_515/2011 ; arrêt en français)

(Art. 122 CC, 5 et 22 LFLP)

Le Tribunal civil de l'arrondissement Z. a prononcé le divorce des époux C. et S., ordonné le transfert des avoirs LPP conformément à l'art. 122 CC et transmis la cause à la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal fribourgeois pour fixation du montant de libre passage à transférer. Le Tribunal cantonal a toutefois prononcé un jugement d'irrecevabilité et renvoyé la cause au Tribunal civil pour qu'il prononce une indemnité équitable (art. 124 CC), considérant qu'un versement en espèces intervenu pendant le mariage excluait le partage des prestations de sortie selon l'art. 122 CC.

L'OFAS a recouru contre ce jugement d'irrecevabilité, arguant que le versement en espèces accordé à l'épouse durant le mariage sur la base de l'art. 5 al. 1 let. c LFLP (d'un montant très modique de 537 fr.) n'empêchait pas le partage des avoirs du 2e pilier dont disposent encore les ex-conjoints.

Le TF a admis le recours, jugeant que le paiement en espèces de 537 fr. à l'intimée en 1996 ne rend pas techniquement impossible le partage des prestations de sortie dont disposent les ex-époux auprès d'institutions de prévoyance pour un montant total cent fois supérieur (soit 48'640 fr. 70 pour l'ex-mari et 5'250 fr. 20 pour l'ex-épouse). Le versement en espèces selon l'art. 5 al. 1 let. c LFLP, qui soustrait à la prévoyance professionnelle des montants insignifiants, ne saurait en effet justifier l'application de l'art. 124 CC au lieu du principe du partage par moitié prévu par le législateur à l'art. 122 CC. Un tel versement, qui n'est pas propre à diminuer de façon déterminante les prestations de sortie des conjoints au sens des art. 122 à 124 CC, n'a pas à être pris en compte dans le règlement des prétentions en matière de prévoyance professionnelle entre les époux au moment du divorce et n'entre pas dans le champ d'application de ces dispositions. Le cas d'espèce est notamment différent de celui de l'ATF 127 III 433, où l'époux avait obtenu un versement en espèces pour se mettre à son compte (art. 5 al. 1 let. b LFLP) et ne disposait apparemment plus de prestations de sortie auprès d'une institution de prévoyance au moment du divorce, de sorte qu'un partage de prestations de sortie n'était pas possible.

En définitive, le Tribunal cantonal n'était pas en droit de refuser l'exécution du jugement de divorce. La cause est renvoyée à celui-ci pour qu'il entre en matière sur le partage des avoirs de prévoyance et exécute ledit jugement.

819 Droit du conjoint divorcé à des prestations pour survivants lorsque le jugement de divorce prévoit des contributions d'entretien limitées dans le temps

(Référence à un arrêt du TF du 6 septembre 2011, 9C_35/2011; publication ATF prévue; arrêt en allemand)

(Art. 19, al. 3, LPP et art. 20, al. 1, OPP 2)

Se basant sur la délégation législative contenue dans l'art. 19, al. 3, LPP, le Conseil fédéral a édicté, à l'art. 20 OPP 2, des dispositions sur le droit des conjoints divorcés à des prestations pour survivants. Selon ces dispositions, le conjoint divorcé est assimilé au veuf ou à la veuve en cas de décès de son ex-conjoint à la condition que son mariage ait duré au moins dix ans (let. a) et qu'il ait bénéficié, en vertu du jugement de divorce, d'une rente ou d'une indemnité en capital en lieu et place d'une rente viagère (let. b).

La question litigieuse qui doit être examinée est celle du droit de l'intimée à une rente de veuve. Il est incontesté qu'elle remplit la condition d'un droit à la rente de veuve selon la lettre a de la disposition citée. En revanche, il s'agit de déterminer si des contributions d'entretien limitées dans le temps telles que celles allouées à l'intimée jusqu'en septembre 2018 par le jugement de divorce satisfont à la condition de l'octroi d'une rente selon la lettre b ou si cette condition suppose une rente viagère.

Le point de départ de toute interprétation est la teneur de la disposition. Si le texte n'est pas clair et qu'il permet diverses interprétations, il faut rechercher sa véritable portée en prenant en considération tous les éléments d'interprétation. On se basera notamment sur les travaux préparatoires, sur le but de la norme, les valeurs sur lesquelles celle-ci se fonde et sa significa tion dans le contexte d'autres dispositions. Les travaux préparatoires ne sont certes pas directement décisifs, mais servent d'appui pour déceler le sens de la norme. Dans l'interprétation de dispositions juridiques, le TF s'est toujours laissé guider par un pluralisme de méthodes et ne s'est basé sur le seul élément grammatical que lorsqu'il en découlait avec certitude la solution objectivement juste (ATF 135 II 78, consid. 2.2, p. 81 ; 135 V 153, consid. 4.1, p. 157, 249, consid. 4.1, p. 252 ; 134 I 184, consid. 5.1, p. 193; 134 II 249, consid. 2.3, p. 252).

Il convient d'abord d'établir le sens linguistique du passage « d'une rente ou d'une indemnité en capital en lieu et place d'une rente viagère » à l'art. 20, al. 1, let. b, OPP 2. L'analyse grammaticale n'aboutit pas à la conclusion que l'adjectif « viagère » qualifie nécessairement également la rente proprement dite. Au vu de la position des mots dans la phrase et de l'usage général de la langue, il faut au contraire admettre que « viagère » ne s'applique qu'à la deuxième partie de l'alternative concernant l'indemnité en capital et que la rente mentionnée dans la première partie ne doit pas nécessairement être viagère, d'autant plus que, sinon, il eût été possible d'adopter une autre formulation (par exemple : « d'une rente viagère ou d'une indemnité en capital en lieu et place d'une telle rente »). Les mêmes remarques peuvent être faites à partir de la version allemande (« b. dem geschiedenen Ehegatten im Scheidungsurteil eine Rente oder eine Kapitalabfindung für eine lebenslängliche Rente zugesprochen wurde »).

Les travaux préparatoires ne permettent pas non plus d'affirmer que, contrairement à l'analyse littérale, il faudrait partir d'une rente viagère en tant que condition. Au contraire, l'OFAS explique dans le Bulletin de la prévoyance professionnelle n 1 du 24 octobre 1986 que l'art. 20 OPP 2 poursuit le but de compenser ce qu'on appelle la perte de soutien subie par la femme divorcée en raison de la perte de ces contributions d'entretien. Le TF a retenu dans plusieurs arrêts qu'une perte de soutien devrait être une condition d'un droit à des prestations pour survivants (ATF 134 V 208, consid. 4.3.4, p. 220, et consid. 6, p. 222; B 6/99, consid. 3a; B 30/93, consid. 3a). De son côté, l'OFAS avait aussi exprimé cette même idée fondamentale dans son commentaire du projet d'OPP 2 du 9 août 1983, p. 27 (voir, à ce sujet, SVR 1994, LPP n 8, p. 21, arrêt B 10/93 du 28 février 1994).

Comme il a déjà été mentionné, la rente de survivant de la LPP en faveur des conjoints divorcés a pour but de compenser la perte de soutien. Cependant, l'argument selon lequel une rente d'entretien allouée seulement pour une durée limitée ne suffirait pas pour avoir droit à des prestations de survivants n'est pas irréfutable. On ne voit en effet pas pourquoi une perte de soutien ne devrait exister qu'en cas de rente viagère d'entretien (et

en cas de d'indemnité en capital en lieu et place d'une rente viagère). Dans ce contexte, il faut observer qu'il était autrefois plus fréquent qu'aujourd'hui d'accorder des rentes d'entretien illimitées dans le temps.

La différenciation entre rente viagère et non viagère en lien avec la perte de soutien n'a vraiment de sens qu'en cas d'indemnité en capital car en principe, celui qui touche une indemnité en capital ne subit aucune perte de soutien. Avec l'indemnité, le risque du décès du débiteur des prestations est supprimé.

En résumé, il découle de l'interprétation grammaticale, historique et téléologique de l'art. 20, al. 1, OPP 2 que même une contribution d'entretien allouée pour une durée limitée suffit pour avoir droit à une rente de veuve de la prévoyance professionnelle.

820 Imposition des versements en capital du 2e pilier contraires aux exigences légales

(Référence à un arrêt du TF du 7 juin 2011; 2C_156/2010; arrêt en allemand)

(Art. 38 LIFD)

Le TF a procédé à un contrôle a posteriori d'un versement en espèces du 2e pilier accordé à une personne qui avait déclaré se mettre à son propre compte. Il a examiné si le versement en espèces respectait les conditions légales avant de se prononcer sur l'imposition de celui-ci. Sans aller jusqu'à prononcer la nullité dudit versement, le TF a néanmoins sanctionné fiscalement le versement en espèces au motif que celui-ci avait été octroyé sans respecter les exigences légales. Le TF a jugé que le versement litigieux ne pouvait pas bénéficier d'une taxation privilégiée et séparée selon l'art. 38 LIFD, car la personne n'exerçait pas d'activité indépendante dans la présente affaire. Selon cette jurisprudence, un retrait en espèces/versement en capital qui s'avère contraire aux exigences légales doit être soumis à la taxation ordinaire avec les autres revenus.

Conséquences de cet arrêt:

Suite à cet arrêt, les institutions de prévoyance doivent, plus que jamais, veiller à ce que les versements qu'elles accordent à leurs assurés respectent les conditions légales. Elles éviteront ainsi à leurs assurés une « mauvaise surprise » au moment de la décision de taxation de tels versements. Il incombe aux institutions de prévoyance d'examiner minutieusement toutes les circonstances du cas individuel pour vérifier la conformité des versements en espèces, des versements anticipés pour le logement et autres prestations sous forme de capital (cf. Bulletins de la prévoyance professionnelle n° 25 ch. 153 et n° 78 ch. 463).

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 124

802 Indemnité équitable, transmission au juge des assurances, renvoi d'office au juge du divorce

(Référence à un arrêt du TF du 8 juin 2011, 9C_737/2010 ; arrêt en français)

(Art. 124 et 142 CC)

Lorsque le juge du divorce décide l'octroi d'une indemnité équitable (art. 124 CC) et transmet la cause au juge des assurances sociales, ce dernier doit renvoyer d'office la cause au juge du divorce, et pas seulement inviter les ex-conjoints à mieux agir auprès du juge du divorce.

En l'espèce, le juge du divorce a ordonné le versement d'une indemnité équitable puis transmis la cause au tribunal cantonal des assurances sociales pour fixation du montant et du mode de règlement de celle-ci. Par jugement du 8 juillet 2010, le tribunal des assurances sociales s'est déclaré incompétent, a refusé d'entrer en matière et a invité les ex-conjoints à mieux agir devant le juge du divorce.

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 (ATF 136 V 225 consid. 5.4 p. 228 s.; 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. Pour fixer le montant de l'indemnité équitable, la jurisprudence exige en effet de tenir compte de façon adéquate de la situation patrimoniale après la liquidation du régime matrimonial ainsi que des autres éléments de la situation économique des parties après le divorce (ATF 131 III 1 consid. 4.2 p. 4).

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 p. 449), 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 (ATF 136 V 225 consid. 5.3.2 et 5.3.3 p. 228 s.).

803 Action en complément d'un jugement de divorce étranger, prestation compensatoire du droit français

(Référence à un arrêt du TF du 1er juin 2011, 5A_835/2010 ; arrêt en français)

(Art. 122 CC, 6 et 15 LDIP)

Les époux X. sont tous deux français et domiciliés en France. Pendant toute la durée du mariage, Monsieur X. a travaillé à Genève et a été affilié auprès d'une caisse de pensions en Suisse.

En 2008, le juge aux Affaires Familiales du Tribunal de Grande Instance de Thonon-les-Bains (France) a prononcé le divorce des époux. Il a notamment condamné Monsieur X. à payer à son ex-épouse la somme de 60'000 euros à titre de prestation compensatoire.

En 2009, Madame X. a déposé devant le Tribunal de première instance du canton de Genève une action en complément du jugement de divorce à l'encontre de Monsieur X. Elle concluait notamment à ce que la juridiction saisie complète le jugement de divorce rendu le 10 avril 2008 en ce sens que le partage par moitié des avoirs de prévoyance professionnelle accumulés par son ex-mari pendant la durée du mariage soit ordonné.

Par jugement du 15 avril 2010, le Tribunal de première instance a déclaré la demande irrecevable en se fondant sur le principe de l'autorité de la chose jugée. Statuant sur appel de l'ex-épouse le 22 octobre 2010, la Cour de justice a confirmé le jugement de première instance pour les mêmes motifs. Madame X. a alors recouru au TF.

La Cour de justice a considéré que c'était à juste titre que le Tribunal de première instance avait admis sa compétence (art. 6 LDIP) et déclaré le droit suisse applicable (art. 15 LDIP). Ces questions n'ont fait l'objet d'aucune discussion entre les parties devant les instances cantonales.

Le TF a déjà eu l'occasion de se prononcer sur la question du complément d'un jugement de divorce français quant au partage des avoirs de prévoyance professionnelle de l'un des époux ayant exercé une activité lucrative en Suisse durant le mariage (ATF 131 III 289 ; 134 III 661).

Aux termes de l'art. 270 CCF, l'un des époux peut être tenu de verser à l'autre une prestation destinée à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives. Cette prestation correspond autant à un dédommagement qu'à une indemnité d'entretien (ATF 131 III 289 consid. 2.8). Il existe une différence de nature entre la prestation compensatoire du droit civil français et le partage des avoirs de prévoyance prévu par les art. 122 ss. CC, institution que la législation française ne connaît pas comme telle (ATF 131 III 289 consid. 2.8 s.; 134 III 661 consid. 3.3). La comparaison entre ces deux institutions juridiques montre en effet des différences fondamentales en ce qui concerne le but politico-juridique, la justification de la prétention et l'aménagement de détail (ATF 131 III 289 consid. 2.8 s.).

Il s'ensuit que, dans la mesure où la prestation compensatoire n'a pas été fixée en tenant compte des avoirs de libre passage de l'époux débiteur (ATF 134 III 661 consid. 3.3), l'époux créancier doit pouvoir prétendre à l'une comme à l'autre: l'octroi d'une prestation compensatoire n'exclut pas le droit au partage des avoirs de prévoyance.

En l'espèce, le jugement de divorce ne contient aucune référence expresse à la prestation de prévoyance de l'ex-mari. La cour cantonale remarque certes que le montant de la prestation compensatoire a été déterminé en tenant compte de la retraite des parties, sur la base d'une simulation de leurs pensions. Il n'empêche qu'aucune attestation de la caisse de prévoyance de l'ex-mari quant aux montants des avoirs accumulés auprès d'elle n'a été produite devant le juge français. Il faut par conséquent en conclure que ladite simulation a été effectuée sans disposer de cet élément essentiel, la production de fiches de salaires, de surcroît devant un juge qui ne connaît pas l'institution de la prévoyance, ne suffisant pas, à elle seule, à déterminer le montant de ces avoirs. La Cour de justice ne pouvait donc, sans arbitraire, en déduire que le juge du divorce les aurait indirectement pris en considération dans la mesure où il ne disposait pas des éléments propres à en déterminer le montant, et refuser ainsi d'entrer en matière sur le complément sollicité par la recourante. Le TF a donc admis le recours pour ce motif.

804 Institution supplétive LPP, pas d'intérêt moratoire sur le montant versé après coup au titre de rentes d'invalidité

(Référence à un arrêt du TF du 2 août 2011, 9C_334/2011 ; arrêt en allemand)

(Art. 102, al. 1, 104, al. 1, et 105, al. 1, CO, art. 42, al. 2, et 97, al. 1, LTF)

B., né en 1975 et employé de X. SA, était assuré pour sa prévoyance professionnelle auprès de la Fondation institution supplétive LPP. Par décisions du 3 novembre 2005, l'assurance-invalidité lui a octroyé une rente entière d'invalidité pour la période du 1er janvier 2001 au 30 avril 2003, puis une demi-rente depuis le 1er mai 2003. Par la suite, l'office AI de Zoug lui a accordé rétroactivement une rente entière d'invalidité à partir du 1er janvier 2001 (taux d'invalidité de 100 %). En septembre 2009, l'institution supplétive a fourni rétroactivement des prestations sous forme de rentes de la prévoyance professionnelle à compter du 1er janvier 2001 et a ainsi versé à B. un montant de 94 599 fr. 50. Elle a par contre refusé de payer un intérêt moratoire sur ce montant versé après coup.

B. a agi contre l'institution supplétive devant le Tribunal des assurances sociales du canton de Zurich en concluant au paiement d'un intérêt moratoire de 5 % pour la période du 1er janvier 2006 au 14 septembre 2009 sur les prestations sous forme de rentes accordées après coup. Par décision du 24 septembre 2010, ledit tribunal n'est pas entré en matière sur la demande et a transmis la cause au Tribunal administratif du canton de Zoug compétent à raison du lieu. Celui-ci a rejeté la demande par jugement du 17 mars 2011, l'ayant toutefois considérée comme recevable.

Dans son recours en matière de droit public, B. conclut au paiement d'un intérêt moratoire du 12 décembre 2005 au 31 mars 2010 sur les rentes versées rétroactivement pour un montant total de 94 599 fr. 50. Le litige porte sur le droit à un intérêt moratoire en cas de versement après coup de prestations sous forme de rentes de la prévoyance professionnelle.

Le tribunal cantonal a nié l'existence d'un droit à un intérêt moratoire sur la base des règlements. Le recourant objecte simplement que l'instance précédente n'aurait pas examiné les règlements de manière « analytique », « comme on aurait pu l'attendre ». Selon lui, il appartiendrait au TF d'instruire la question de l'obligation réglementaire de verser un intérêt moratoire. Cependant, l'assuré ne mentionne aucune disposition précise du règlement sur ce point ni n'explique dans quelle mesure l'instance précédente aurait appliqué le règlement de manière contraire au droit fédéral (art. 95, let. a, LTF). Le recours ne satisfait manifestement pas aux exigences en matière de motivation en ce qui concerne cet argument, raison pour laquelle le grief est irrecevable (**ATF 134 II 244**, consid. 2.1 ; voir arrêt 1C_355/2008 du 28 janvier 2009, consid. 1.3.4).

Dans le jugement attaqué, le tribunal cantonal a correctement cité la jurisprudence selon laquelle l'obligation de verser un intérêt moratoire en cas de rente de la prévoyance professionnelle se détermine selon l'art. 105, al. 1, CO à défaut de dispositions réglementaires en la matière (**ATF 119 V 131**, consid. 4c, p. 135 ; arrêt B 136/06 du 9 juillet 2007, consid. 6.2 non publié dans **ATF 133 V 408**). Selon l'art. 105, al. 1, CO, un débiteur en demeure pour le paiement d'intérêts, d'arrérages ou d'une somme dont il a fait donation ne doit l'intérêt moratoire qu'à partir du jour de la poursuite ou de la demande en justice.

C'est sans commettre d'erreur de droit et donc de manière contraignante (art. 97, al. 1, et art. 105, al. 1, LTF) que l'instance précédente a établi que le recourant n'avait engagé ni une poursuite ni une demande en justice contre l'institution supplétive. Il n'y a pas lieu de s'arrêter à l'argument évoqué dans le recours mais pas suffisamment motivé (art. 42, al. 2, LTF) que la transaction avec l'institution supplétive – qui, selon l'état du dossier, a eu lieu de manière extrajudiciaire – serait une sorte d'acquiescement. L'assuré ne prétend nullement avoir introduit une action devant un tribunal contre l'institution supplétive. Il n'y a pas eu non plus de poursuite contre cette institution, de sorte qu'aucun intérêt moratoire n'est dû.

Le changement de jurisprudence sollicité (voir consid. 4.1) ne se fonde pas sur des motifs sérieux et objectifs (voir **ATF 132 III 770**, consid. 4, p. 777 ; **127 I 49**, consid. 3c, p. 52 ; **126 I 122**, consid. 5, p. 129). La critique soulevée dans le même sens, que l'application par analogie de l'art. 105, al. 1, CO ne serait pas adaptée à la cause, ne convainc pas. Le motif de la dérogation prévue à l'art. 105, al. 1, CO par rapport à la règle générale de l'art. 102, al. 1, CO, qui fait partir l'obligation de verser un intérêt moratoire au moment de la mise en demeure du débiteur (art. 104, al. 1, CO), consiste en ceci que, de par leur nature, les rentes sont utilisées pour l'entretien et non pas comme placement générateur d'intérêts. Le cours des intérêts sur des rentes ne doit pas non plus devenir incernable (arrêt B 136/06 déjà cité, consid. 6.2 ; arrêt 9C_254/2009 du 26 mai 2009, consid. 2.3.2). La *ratio legis* de l'art. 105, al. 1, CO – que le recourant ne discute pas vraiment – est un motif déterminant justifiant son application par analogie aux rentes de la prévoyance professionnelle. L'argument de l'assuré est inopérant lorsqu'il prétend qu'une autre réglementation de l'intérêt moratoire, qu'il ne précise pas plus explicitement (art. 42, al. 2, LTF), permettrait d'accélérer la procédure d'instruction. Selon l'art. 105, al. 1, CO, le cours de l'intérêt moratoire peut être déclenché par la personne assurée elle-même et la demande en justice

ou la poursuite nécessaire à cet effet sont également propres à accélérer la procédure (art. 102, al. 1, et 104, al. 1, CO).

Le recourant ne convainc pas non plus lorsqu'il invoque un abus de droit. Dans les rapports entre personnes privées, ce qui est caractéristique à l'abus manifeste d'un droit, c'est qu'une partie amène l'autre à se comporter d'une manière déterminée pour en tirer des avantages d'une manière contraire à la bonne foi, que ce soit en faisant valoir des prétentions ou en soulevant des exceptions (**ATF 133 III 497**, consid. 5.2). L'intimée avait d'abord nié le droit aux prestations sous forme de rentes. Ce n'est que plus tard qu'elle a reconnu son obligation de fournir ces prestations. Dans le contexte du cas d'espèce, ce comportement ne constitue pas un abus de droit. Au vu du dossier, l'institution supplétive n'a jamais donné au recourant une raison de ne pas engager tout de suite une procédure en justice ou une poursuite faisant partir le cours de l'intérêt moratoire. Au contraire, son refus initial aurait pu et dû être l'occasion à saisir par le recourant d'une demande en justice précoce s'il exigeait un intérêt moratoire sur les prestations sous forme de rentes à verser éventuellement après coup. Dans ces conditions, une obligation en matière d'intérêt moratoire ne saurait se justifier au titre de l'abus de droit. A elle seule, la longueur de la procédure ne donne pas – contrairement à l'avis du recourant – naissance à une obligation en matière d'intérêt moratoire pour ce qui est des prestations sous forme de rente de la prévoyance professionnelle (voir **ATF 119 V 131**, consid. 3a, p. 132 et consid. 4c, p. 135). En outre, la qualité d'assuré du recourant avait été longtemps controversée parce qu'après la survenance du cas d'assurance, des salaires ont été versés après coup rétroactivement. Cet élément se situait dans la zone d'influence de l'employeur X. SA.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 123

793 Rente de survivant pour le/la concubin/e: conditions réglementaires à remplir avant le départ à la retraite

(Référence à un arrêt du TF du 28 février 2011, 9C_298/2010; publication ATF prévue; arrêt en français)

(Art. 20a LPP)

D. et S. font ménage commun depuis de nombreuses années et ont eu ensemble un enfant. D. a pris une retraite anticipée au 1er janvier 2006, date à partir de laquelle il perçoit une rente de vieillesse de la part de l'Institution de prévoyance X. Par décision de son conseil de fondation du 19 novembre 2007, l'institution de prévoyance a modifié son règlement en introduisant un nouvel art. 3.10a, qui prévoit une rente de partenaire et qui fixe les conditions d'octroi de cette prestation. Utilisant le formulaire ad hoc établi par l'institution de prévoyance, D. a annoncé, le 19 décembre 2007, qu'il faisait ménage commun avec S.; il entendait ainsi permettre à celle-ci de toucher une rente de partenaire à son décès. Par courriel du lendemain, l'institution de prévoyance a informé D. que la rente de partenaire ne pouvait être demandée qu'avant la mise à la retraite, ce qui n'était plus possible en l'espèce dès lors que l'événement était survenu en 2006. D. et S. ont ouvert action devant le Tribunal des assurances du canton de Vaud en demandant qu'il soit constaté que S. a droit à une rente de partenaire au sens de l'art. 3.10a du règlement de l'institution de prévoyance dans sa teneur au 1er janvier 2008 (ci-après : le règlement 2008) au décès de D. Le Tribunal cantonal a rejeté la demande.

Les recourants fondent leur droit sur l'art. 3.10a al. 1 du règlement 2008, qui a introduit, avec effet au 1er janvier 2008, une rente de partenaire aux conditions suivantes :

« Une communauté de vie comparable à celle du mariage, également entre personnes de même sexe, est assimilée au mariage, pour ce qui est du droit aux prestations mentionnées au chiffre 3.10, dans la mesure où :

a) les deux partenaires ne sont pas mariés et n'ont pas de lien de parenté ;

b) il est possible d'apporter la preuve d'une communauté de vie avec ménage commun pendant au moins cinq années ininterrompues au moment du décès ou qu'il existe un ou plusieurs enfants à charge en commun et que la communauté de vie subsistait encore au moment du décès ;
c) il existe un formulaire d'annonce écrit de l'institution de prévoyance que la personne assurée a soumis de son vivant à l'institution de prévoyance ;
d) le droit est revendiqué auprès de l'institution de prévoyance trois mois au plus tard après le décès de la personne assurée ;
e) les conditions des lettres a) à c) étaient remplies avant la retraite.»

Les recourants contestent en particulier qu'il puisse être fait application de l'al. 1bis de l'art. 3.10a du règlement, entré en vigueur le 1er janvier 2009, dont la teneur est la suivante :

«Le droit à ces prestations n'existe que si la personne assurée remplit les conditions définies à l'alinéa 1. En cas de décès d'une personne retraitée, les conditions définies à l'alinéa 1 doivent cependant déjà être remplies au moment du départ à la retraite. En cas de départ à la retraite avant le 1er janvier 2008, il n'existe aucun droit à ces prestations.»

Le TF rappelle tout d'abord que, selon les principes généraux, on applique, en cas de changement de règles de droit, les dispositions en vigueur lors de la réalisation de l'état de fait qui doit être apprécié juridiquement ou qui a des conséquences juridiques. Ces principes valent également en cas de changement de dispositions réglementaires ou statutaires des institutions de prévoyance. S'agissant par exemple des prestations de survivants, on applique les règles en vigueur au moment du décès de l'assuré, c'est-à-dire la date à laquelle naît le droit aux prestations du bénéficiaire (ATF 126 V 163 consid. 4b p. 166). En l'espèce, l'état de fait dont découle le droit à une rente de partenaire est le décès de l'assuré. Le fait qu'on soit en présence d'une procédure en constatation de droit ne change pas la solution du problème, mais il appartient à l'autorité de statuer sur la base du droit applicable au moment où elle rend sa décision de constat à défaut de réalisation de l'état de fait assuré. Il y a donc lieu d'admettre que c'est sur la base du règlement 2009 que l'affaire doit être tranchée.

Selon la jurisprudence, le règlement d'une institution de prévoyance, dont l'activité s'exerce dans le domaine de la prévoyance plus étendue, ne peut être modifié unilatéralement par l'institution que s'il réserve expressément cette possibilité dans une disposition acceptée par l'assuré - explicitement ou par actes concluants - lors de la conclusion du contrat de prévoyance (ATF 130 V 18 consid. 3.3 p. 29 ; 127 V 252 consid. 3b p. 255 ; 117 V 221 consid. 4 p. 225). Une modification des statuts ou du règlement d'une institution de prévoyance est en principe admissible pour autant que la nouvelle réglementation soit conforme à la loi, ne s'avère pas arbitraire, ne conduise pas à une inégalité de traitement entre les assurés ou ne porte pas atteinte à leurs droits acquis (ATF 121 V 97 consid. 1b p. 101; arrêt 9C_140/2009 du 2 novembre 2009 consid. 4.2, in SVR 2010 BVG n°16 p. 64).

En l'espèce, l'art 9.1 du règlement, qui est resté inchangé, prévoit que le conseil de fondation est en tout temps habilité à modifier le présent règlement ainsi que ses annexes tout en préservant le but de la fondation et les droits des destinataires. Cette disposition réglementaire permet donc une modification du règlement pour autant que les exigences de la jurisprudence (ATF 121 V 97 consid. 1b) soient respectées.

Les recourants estiment que la modification du règlement 2008 n'était pas possible car elle constituait une violation des droits des destinataires garantis par l'art. 9.1 du règlement, ces derniers étant plus larges que les droits acquis. Selon le TF, la législation en matière d'assurances sociales ne reconnaît qu'exceptionnellement l'existence de droits acquis. Selon la jurisprudence en effet, les prétentions pécuniaires ne deviennent des droits acquis que si la loi ou le règlement fixe une fois pour toutes les situations particulières et les soustrait aux effets des modifications légales ou réglementaires ou lorsqu'ont été données des assurances précises à l'occasion

d'un engagement individuel. A cet égard, les prestations courantes sont plus facilement considérées comme droits acquis que les simples expectatives, qui ne sont que rarement protégées, précisément parce qu'il n'existe pas de titre juridique qui permette de s'opposer à leur modification en cas de changement des règles légales (ATF 117 V 229 consid. 5b p. 235). En l'espèce, une rente de partenaire constitue pour S. une simple expectative, dont le principe et le contenu peuvent être modifiés unilatéralement par l'intimée. La manière de voir des recourants ne saurait être protégée. En effet, il y a tout d'abord lieu de constater qu'ils se limitent à alléguer, sans le rendre aucunement vraisemblable, que les « droits des destinataires » au sens de l'art. 9.1 du règlement sont plus étendus que les droits reconnus par la jurisprudence en cas de modification des dispositions règlementaires. De plus, il ressort du dossier que D. avait appris, en consultant le site intranet de son employeur Y. qu'une rente de partenaire serait introduite et que les détails du droit à la nouvelle rente seraient communiqués par la suite. Le 19 décembre 2007, il a annoncé l'existence de son concubinage en déclarant (chiffre 2 du formulaire) qu'il a pris connaissance du règlement actuel " (...) ainsi que (de) l'aperçu correspondante « rente pour le partenaire » et accepte les conditions qui y sont fixées ". Ce document, qui a été produit par les recourants, précise à propos des personnes légitimées à demander une rente pour le partenaire que « les collaboratrices et collaborateurs retraités n'ont pas cette possibilité sauf si les conditions d'obtention d'une rente pour le partenaire étaient déjà remplies pendant leur vie active et que leur partenariat avait été déclaré ». Dans ces circonstances, il n'est pas possible d'admettre que l'introduction d'une rente de partenaire était une « offre » qui était destinée à D. dans la mesure où il connaissait les documents mentionnant les conditions auxquelles les retraités pouvaient y avoir droit et qu'il savait qu'il ne les remplissait pas complètement. Les recourants ne peuvent dès lors pas s'opposer à la modification du règlement 2008 en invoquant les droits réservés par l'art. 9.1 du règlement.

Les recourants voient une inégalité de traitement, prohibée par l'art. 8 al. 2 Cst., entre les couples mariés ou les partenaires enregistrés et les concubins, par le fait que l'obligation d'annonce ne soit imposée qu'aux derniers. Selon le TF, le fait pour une institution de prévoyance de prévoir une obligation d'annonce pour l'obtention d'une rente de partenaire, dont la jurisprudence (ATF 136 V 127) a reconnu qu'il s'agissait d'une incombance conforme à l'art. 20a LPP, ne constitue pas une inégalité de traitement face aux conjoints survivants et aux partenaires enregistrés survivants. De plus, le rapport de prévoyance est fondamentalement modifié lorsque l'assuré est mis au bénéfice d'une rente de vieillesse. En effet, avant son départ à la retraite, l'assuré ne dispose que d'expectatives quant à sa future rente, lesquelles peuvent en principe être revues en tout temps, tandis qu'à sa mise à la retraite l'assuré acquiert le droit à une rente financée par le capital de prévoyance, dont le montant ne peut plus être modifié sous réserve des éventualités envisagées aux art. 36 al. 2 et 65d al. 3 let. b LPP (ATF 135 V 382 consid. 6 p. 390 ss; 134 I 23 consid. 7 p. 35 ss). Selon le TF, il est ainsi conforme au système que de nouvelles rentes ne puissent naître postérieurement au départ de l'assuré à la retraite.

En définitive, le TF a jugé que l'institution de prévoyance pouvait modifier son règlement avec l'introduction d'un alinéa 1bis à l'art. 3.10a et que les recourants s'opposaient à tort à l'application de cette nouvelle disposition.

794 Demande de dommages-intérêts par une institution de prévoyance contre un office AI

(Référence à un arrêt du TF du 25 mars 2011, 9C_163/2010 ; ATF 137 V 76; arrêt en français)

(Art. 23 let. a LPP, 49 et 78 LPGA, 3 LRCF)

F. était assuré en prévoyance professionnelle auprès de la Fondation de prévoyance X. Souffrant des séquelles d'une chute intervenue en mars 1992, il s'est annoncé à l'Office cantonal genevois de l'assurance-invalidité en mars 1993. Le droit à une rente entière lui a été reconnu par l'AI à partir du 1er mars 1993. A l'issue de la procédure de révision subséquente, l'office AI a informé l'assuré que, vu les informations médicales récoltées, il envisageait de supprimer sa rente (projet de décision du 21 août 1997). La CNA a rendu en janvier 1998 une

décision par laquelle elle mettait l'assuré au bénéfice d'une rente sur la base d'une incapacité de travail de 25% dès le 1er octobre 1997. L'intention de l'office AI de supprimer la rente n'a cependant pas été suivie d'effets avant le mois de décembre 2005. L'office AI a alors repris l'instruction du dossier et, se fondant essentiellement sur une évaluation par son service médical régional des documents recueillis, a supprimé les prestations versées (projet de décision du 8 mai 2007 entériné par la décision du 12 juin suivant).

La Fondation de prévoyance X. a demandé à l'office AI en décembre 2007 qu'il répare le dommage qu'elle aurait subi en versant des rentes d'invalidité de la prévoyance professionnelle entre octobre 1997 et juin 2007 pour un montant de 228'282 fr. Elle estimait que l'office AI avait fautivement omis de prendre une décision que lui imposait l'ordre juridique et qu'on ne pouvait lui reprocher d'avoir maintenu le versement des prestations complémentaires LPP dans la mesure où sa propre décision découlait de celle de l'AI. Le Tribunal cantonal genevois des assurances sociales a débouté la fondation.

La fondation ne conteste le jugement cantonal qu'en tant qu'il nie l'existence d'un comportement illicite et la transmission de renseignements incomplets engageant la responsabilité de l'office intimé. D'une part, elle soutient que l'omission sur une période de près de dix ans de rendre une décision supprimant une rente constitue une inexécution des devoirs prescrits par l'ancien art. 41 LAI et art. 17 LPGA lourde de conséquences pour elle dans la mesure où elle est liée par la décision de l'administration selon l'art. 23 let. a LPP. D'autre part, elle prétend que, malgré ses nombreuses relances à l'égard de l'office intimé, celui-ci n'a pas satisfait à son obligation de modifier la rente versée, ni jugé utile de l'informer de l'existence de motifs justifiant cette modification alors que, contrairement à elle qui n'avait pas participé aux procédures d'instruction de la demande et de révision, il était en possession d'un dossier démontrant que l'assuré n'avait plus droit aux prestations.

Comme l'ont justement relevé les premiers juges, l'assureur social répond du dommage causé illicitement à un tiers. L'illicéité au sens de l'art. 3 al. 1 de la loi fédérale du 14 mars 1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires (LRCF) auquel renvoie l'art. 78 al. 4 LPGA suppose la violation par l'Etat au travers de ses organes ou agents d'une norme protectrice des intérêts d'autrui en l'absence de motifs justificatifs (consentement, intérêt public prépondérant, etc.). Une omission peut constituer un acte illicite uniquement s'il existe une disposition la sanctionnant ou imposant de prendre la mesure omise. Ce chef de responsabilité suppose que l'Etat se trouve dans une position de garant à l'égard du lésé et que les prescriptions déterminant la nature et l'étendue de ce devoir aient été violées (cf. ATF 133 V 14 consid. 8.1 p. 19 et les références).

Contrairement à ce que soutient la fondation recourante, le fait pour les premiers juges d'avoir nié l'illicéité du comportement de l'office AI, qui avait omis durant presque dix ans de rendre une décision de suppression de rente, ne viole pas le droit fédéral. Si l'art. 49 al. 1 LPGA impose effectivement à l'assureur de rendre des décisions, notamment en cas de révision selon l'art. 17 LPGA (et l'ancien art. 41 LAI), ces dispositions légales ne créent pas une position de garant de l'office AI vis-à-vis de l'institution de prévoyance. Le Message du 24 octobre 1958 concernant un projet de loi sur l'assurance-invalidité (FF 1958 II 1161), dans sa partie relative à la révision des rentes (FF 1958 II 1230), précise explicitement que le but de la réglementation envisagée était de tenir compte des modifications du taux d'invalidité favorables aussi bien à l'assureur qu'à l'assuré. Ce but demeure inchangé sous l'empire de la LPGA dès lors que son article 17 reprend seulement le principe de l'ancien art. 41 LAI et le généralise à l'ensemble des assurances sociales (cf. rapport du 26 mars 1999 de la Commission de la sécurité sociale et de la santé du Conseil national ad art. 23 P-LPGA, correspondant à l'art. 17 LPGA dans la version définitive de la loi, FF 1999 V 4203 s.). Aucune allusion n'est par ailleurs faite à un objectif connexe visant la protection des intérêts patrimoniaux des institutions de prévoyance. Que l'art. 23 let. a LPP lie la décision de la fondation recourante à celle de l'office intimé, dans le sens où la désignation des bénéficiaires des rentes de la prévoyance professionnelle repose sur les principes développés en matière

d'assurance-invalidité, ne change rien à ce qui précède. La norme citée ne peut effectivement pas être interprétée comme une obligation faite aux institutions de prévoyance de suivre aveuglément les décisions rendues par les organes de l'AI. En qualité de protagonistes expérimentées autorisées à agir dans le domaine de la prévoyance professionnelle, lesdites institutions doivent au contraire exercer un contrôle sur leurs dossiers et, même si elles reprennent explicitement ou par renvoi la définition de l'invalidité de l'AI, elles ne sont pas liées par l'évaluation de l'invalidité faite par les organes de l'AI lorsque cette évaluation apparaît manifestement insoutenable (cf. ATF 126 V 308 consid. 1 p. 311 et les références). Ainsi, la communication de la décision rendue par la CNA au début de l'année 1998 aurait dû conduire la fondation recourante à se poser des questions sur les raisons qui avaient amené deux assureurs sociaux à retenir des taux d'incapacité de gain différents et à réagir efficacement auprès de l'office intimé. L'institution de prévoyance prétend l'avoir fait mais n'a pas déposé les pièces qui le prouvent. On relèvera à cet égard que, contrairement à ce que soutient la fondation recourante, le fait de s'être adressée plusieurs fois à l'office AI pour savoir s'il continuait à verser des prestations sans attirer clairement son attention sur l'existence d'une éventuelle erreur ou omission ne suffit pas dès lors que, même si elle n'avait pas été invitée à participer aux différentes procédures AI, elle pouvait aisément se rendre compte que seules les suites de l'accident de 1992 avaient été prises en considération tant par l'office intimé que par la CNA. Le comportement de la fondation recourante n'est donc pas exempt de tout reproche et constituerait de toute façon une faute concomitante interrompant le lien de causalité entre l'omission et le préjudice (cf. ATF 133 V 14 consid. 10 p. 23 s.).

Selon le TF, le second grief soulevé par la recourante relatif à la transmission par l'office AI d'informations soi-disant imparfaites ou incomplètes engageant sa responsabilité du point de vue de la violation du principe de la bonne foi n'est pas fondé lui non plus. Le seul fait de répondre par l'affirmative à la question précise de savoir si la rente continuait d'être versée ne saurait logiquement être qualifié de renseignement erroné quel que soit le contenu du dossier médical de l'office intimé. Il appartenait à la fondation recourante de se montrer plus attentive dans la gestion de ses propres dossiers et de réagir plus efficacement du moment qu'elle possédait des éléments lui permettant de soupçonner une erreur.

En définitive, le TF a rejeté le recours de la fondation de prévoyance.

795 Assurance prolongée et début de l'assurance obligatoire pour les bénéficiaires d'indemnités journalières de l'assurance-chômage ; institution de prévoyance compétente

(Référence à un arrêt du TF du 21 mars 2011, 9C_793/2011 ; arrêt en allemand)

(Art. 10, al. 1 et 3, 1re phrase, art. 23, let. a, LPP et art. 21, 2e phrase, LACI)

B. a travaillé jusqu'au 31 décembre 2005 pour la société X. et, en raison de ces rapports de travail, était assuré auprès de l'institution de prévoyance 1 du groupe d'assurances X. En janvier 2006, il a touché des indemnités journalières de l'assurance-chômage. L'office AI lui a ensuite alloué une rente complète de l'AI dès le 1er janvier 2007 après avoir fixé le point de départ du délai d'attente d'un an au 1er janvier 2006. Alors que l'institution supplétive a mis B. dès le 1er janvier 2007 au bénéfice d'une rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle obligatoire pour les personnes au chômage, l'institution de prévoyance 1 a nié de son côté toute obligation de lui verser des prestations d'invalidité relevant du droit de la prévoyance. La demande de B. contre l'institution de prévoyance 1 a été rejetée par le tribunal cantonal des assurances sociales, sur quoi B. a recouru au TF contre ce jugement. Le TF retient tout d'abord que c'est à juste titre que l'instance précédente a admis l'effet obligatoire de la décision de l'AI en ce qui concerne la prétention du droit de la prévoyance professionnelle. Reste ainsi à savoir auprès de qui B. était assuré le 1er janvier 2006 (début de l'incapacité de travail dont la cause est à l'origine de l'invalidité ; art. 23, let. a, LPP). Le TF expose que, pour les risque décès ou invalidité, l'art. 10, al. 1, LPP fait commencer l'assurance obligatoire, pour les bénéficiaires d'indemnités journalières de

l'assurance-chômage, « le jour où ils perçoivent pour la première fois une indemnité de chômage ». Le législateur avait donc à l'esprit le jour concret donnant droit à une indemnité. Or, B. a pu toucher pour la première fois une indemnité de chômage le lundi 2 janvier 2006 (en vertu de l'art. 21, 2e phrase, LACI), ce qui ressort également du dossier. Comme le premier jour de l'année 2006 tombait sur un dimanche ne donnant pas droit à une indemnité dans le cadre de l'assurance-chômage, les rapports d'assurance nouveaux avec l'institution supplétive n'ont été créés que le lendemain. Compte tenu de la prolongation de la couverture d'assurance selon l'art. 10, al. 3, 1re phrase, LPP, B. était encore assuré auprès de l'institution de prévoyance 1 lorsque l'incapacité de travail entraînant ensuite son invalidité est survenue.

Le TF admet le recours et renvoie la cause à l'instance précédente pour nouveau jugement.

796 Versement en espèces de la prestation de sortie en cas d'activité indépendante à l'étranger ?

(Référence à un arrêt du TF du 18 avril 2011, 9C_318/2010 ; publication ATF prévue; arrêt en italien)

(Art. 5 al. 1, let. a et b, et 25f LFLP)

L'assuré D., frontalier italien, a demandé, lors de son départ définitif de Suisse, le versement en espèces de la prestation de sortie. Or, conformément aux dispositions d'application de l'accord entre la Suisse et l'Union européenne (UE) sur la libre circulation des personnes, seule la partie surobligatoire lui a été versée ; la partie obligatoire n'étant pas remboursable. D. a fait valoir qu'il était devenu indépendant et que, à l'instar des indépendants en Suisse, il exigeait le versement de la part obligatoire de la prévoyance.

La caisse et le tribunal cantonal ont rejeté cette demande au motif que la preuve du non-assujettissement à l'assurance obligatoire en Italie n'a pas été fournie. D. recourt au TF et demande le versement la prestation de sortie à un indépendant, sur la base de l'art. 5 al. 1, let. b LFLP. Le TF rejette le recours, mais se fondant sur l'art. 5 al. 1, let. a LFLP, soit sur une autre argumentation que celle de l'OFAS et de la doctrine.

Le TF rappelle tout d'abord que l'interdiction du remboursement équivaut à la fois à protéger l'assuré contre lui-même et l'Etat contre l'éventuelle couverture de futurs besoins d'assistance. Le TF rappelle aussi que le droit communautaire interdit le remboursement de cotisations et que le versement en espèces peut être assimilé à un remboursement.

En l'Etat, lorsqu'une personne quitte la Suisse pour se mettre à son compte à l'étranger, dans un Etat UE ou AELE, le remboursement de la PLP n'est possible que pour autant que cette personne n'est pas assurée à titre obligatoire à la législation de l'Etat en question ; la preuve du non-assujettissement lui incombant. Cette condition est plus restrictive que pour un indépendant en Suisse et, dès lors, l'assuré se plaint de violation de l'égalité de traitement.

Le TF décortique la disposition de l'art. 5 al. 1, LFLP et parvient à la conclusion que, contrairement à l'avis des parties et de l'administration, la lettre b ne concerne pas un assuré qui commence une activité lucrative indépendante à l'étranger, mais en Suisse. Si l'assuré entreprend une activité lucrative indépendante depuis l'étranger, seule lui est applicable la lettre a de l'art. 5 al. 1 (cons. 6.2.3). Cette solution correspond à la ratio legis résultant de l'adaptation de l'art. 5 LFLP au droit communautaire.

Sur cette base, le TF estime que D. ne peut se prévaloir d'une inégalité de traitement entre les personnes qui deviennent indépendantes à l'étranger par rapport à celles qui le deviendraient en Suisse. Cette règle est, d'autre part, applicable indépendamment de la nationalité de la personne. L'art. 25f LFLP résulte de la conformation du droit suisse au droit communautaire.

S'agissant des conditions à remplir au sens de l'art. 25f LFLP (restrictions au paiement en espèces), l'assujettissement à un régime obligatoire vise un système soumis au R 1408/71, peu importe qu'il soit

comparable à celui du droit suisse ou pas (cons. 7.1) et doit se comprendre au sens de la législation de l'Etat en question. Vu le caractère exceptionnel du paiement en espèces, il est normal que la preuve du non-assujettissement doive être fournie par le demandeur lui-même (cons. 7.2). Des formules ad hoc existent en vertu d'accords entre le fonds de garantie et les organismes de liaison des Etats européens et il peut être fait usage de tels documents à l'appui des demandes.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 122

784 Point de départ du délai de prescription pour la restitution des prestations touchées indûment

(Référence à un arrêt du TF du 15 décembre 2010, 9C_611/2010 ; arrêt en français)

(Art. 35a al. 2 LPP)

Le docteur C. a travaillé pour l'Hospice Y à partir d'octobre 1997. A ce titre, il était affilié auprès de la Fondation de prévoyance A. L'Office AI pour le canton de Vaud (ci-après: OAI) a alloué à C. une rente entière de l'AI avec effet au 1er mai 2002. La Fondation A. lui a indiqué qu'il avait droit à une rente entière d'invalidité de la prévoyance professionnelle avec effet dès le 1er août 2002. Par courrier du 18 octobre 2005, la Fondation A. s'est renseignée auprès de l'OAI et a requis une copie du dossier de l'AI. Des documents transmis alors par cet office, il ressortait que l'assuré avait repris son activité en tant que psychiatre (à temps partiel et à titre indépendant).

Par décision du 1er mai 2006, l'OAI a supprimé la rente entière d'invalidité octroyée jusqu'alors à l'assuré, avec effet au 1er juillet 2006, au motif que son incapacité de travail n'était plus que de 20 % dans son activité de psychiatre exercée à titre indépendant. Après avoir sommé en vain par courrier du 26 février 2007 C. de lui verser la somme de 103'233 fr. (plus intérêts moratoires), correspondant au montant d'une demi-rente pour la période du 1er janvier au 31 décembre 2004, ainsi que d'une rente entière pour la période du 1er janvier 2005 au 30 avril 2006, la Fondation A. a requis une poursuite le 29 mars 2007 contre l'intéressé qui a fait opposition. Elle a, par ailleurs, déposé devant le Tribunal des assurances du canton de Vaud une demande en restitution des prestations versées à tort pour les périodes susmentionnées. C. a conclu au rejet de la demande, invoquant notamment la prescription. Par jugement du 10 juin 2010, le Tribunal cantonal a considéré que les créances nées avant le 29 mars 2006 dont la Fondation A. réclamait le remboursement à C. étaient prescrites. La Fondation A. a recouru contre ce jugement, dont elle demande l'annulation. Selon elle, les créances en restitution des prestations versées à tort n'étaient pas prescrites.

L'article 35a LPP, relatif à la restitution des prestations touchées indûment, a le libellé suivant :

«[1] Les prestations touchées indûment doivent être restituées. La restitution peut ne pas être demandée lorsque le bénéficiaire était de bonne foi et serait mis dans une situation difficile.

[2] Le droit de demander la restitution se prescrit par une année à compter du moment où l'institution de prévoyance a eu connaissance du fait, mais au plus tard par cinq ans après le versement de la prestation. Si le droit de demander la restitution naît d'un acte punissable pour lequel le droit pénal prévoit un délai de prescription plus long, ce délai est déterminant.»

Le présent litige porte sur le point de savoir à partir de quel moment la fondation recourante a eu ou aurait dû avoir connaissance du fait que l'intimé avait repris une activité en qualité de psychiatre indépendant, dans une mesure qui excluait toute prétention à une rente (entière) d'invalidité.

La juridiction cantonale a fixé la date déterminante au mois d'octobre 2005, soit au moment où la recourante a reçu le dossier AI dont il ressortait que l'intimé avait déclaré avoir progressivement repris une activité professionnelle.

Toutefois, selon le TF, les considérations de la juridiction cantonale ne peuvent être suivies. En effet, il ressort clairement du règlement de l'institution recourante que celle-ci est une caisse enveloppante qui participe à l'exécution de la prévoyance professionnelle obligatoire. Or, aucune prestation du droit de la prévoyance professionnelle obligatoire ne peut être versée, tant que le droit à une rente de l'AI n'a pas été reconnu (ATF 123 V 269 consid. 2c p. 273). Les art. 23 ss LPP qui règlent le droit à une rente d'invalidité reposent sur la décision de principe mise en évidence de manière répétée par la jurisprudence, selon laquelle une rente de la prévoyance professionnelle obligatoire dépend et suit l'allocation d'une rente d'invalidité du 1er pilier, et ce en fonction des éléments retenus par les offices AI au terme de leur instruction. D'après l'intention clairement exprimée du législateur, l'institution de prévoyance ne doit pas évaluer elle-même l'invalidité, c'est-à-dire le moment de sa survenance et son évolution ultérieure (ATF 133 V 67 consid. 4.3.2 p. 68; 132 V 1 consid. 3.2 p.4). C'est pourquoi sous l'angle des règles de la prescription, respectivement de la péremption, on doit admettre qu'une institution de prévoyance doit pouvoir attendre la décision de révision de l'OAI avant de se prononcer sur la fixation ou la modification du degré d'invalidité, respectivement d'introduire une poursuite ou une demande en justice. Toute autre solution laisserait une trop grande place à des facteurs aléatoires, ce qui ne saurait être admis au regard de la sécurité du droit. La décision de révision de l'OAI du 1er mai 2006 constitue donc le point de départ du délai de prescription ; celui-ci a dès lors valablement été interrompu par la réquisition de poursuite introduite le 29 mars 2007 par la recourante, lui permettant ainsi de sauvegarder son droit à la restitution.

785 Rachat après la survenance d'une incapacité de travail à l'origine de l'invalidité

(Référence à un arrêt du TF du 6 octobre 2010, cause 9C_79/2010 ; arrêt en français)

A. a travaillé dès le 1er juillet 2002 auprès de Y. SA en qualité de consultante internationale en ressources humaines. Elle a été affiliée auprès de la Fondation de prévoyance X. Son salaire annuel s'élevait à 180'000 fr. L'employeur a résilié le contrat de travail pour le 29 février 2004. Le dernier jour de travail a été accompli le 28 novembre 2003 et le salaire payé jusqu'à l'échéance du contrat. Le 27 février 2004, A. a versé la somme de 60'000 fr. à la fondation X. à titre de rachat. Un délai-cadre d'indemnisation de l'assurance-chômage a été ouvert du 1er mars 2004 au 28 février 2006. Dans un rapport du 6 septembre 2004, la doctoresse R. a attesté les périodes d'incapacités de travail suivantes pour cause de maladie : 50 % du 13 janvier au 23 mars 2003, 100 % du 24 mars au 14 avril 2003, 50 % du 15 avril au 30 juin 2003, 20 % du 14 juillet au 14 août 2003, 100 % du 28 novembre au 1er décembre 2003, 100 % à partir du 15 juillet 2004 pour une durée indéterminée.

Par décision du 1er septembre 2005, l'Office AI du canton de Genève a mis l'assurée au bénéfice d'une rente entière d'invalidité depuis le mois de juillet 2005, considérant notamment que l'incapacité de travail avait débuté le 15 juillet 2004.

Le 16 septembre 2005, A. a demandé le versement d'une rente d'invalidité à la fondation X. Le 4 août 2006, l'institution de prévoyance lui a fait savoir qu'elle reconnaissait le droit à une rente d'invalidité à partir du 1er janvier 2005, d'un montant de 90'004 fr. pour l'année 2005, compte tenu d'une incapacité de travail survenue 24 mois auparavant, le 1er janvier 2003. La fondation X. a précisé que le rachat de 60'000 fr., effectué en février 2004, n'était pas pris en compte dans le calcul de la rente.

Le 27 février 2007, A. a ouvert action devant le Tribunal des assurances du canton de Vaud, en concluant à ce que la fondation X. fût condamnée à lui payer une rente d'invalidité annuelle de 100'964 fr. à partir du 1er juillet 2004, le rachat de 60'000 fr. étant pris en compte dans le calcul de la rente.

Par jugement du 28 octobre 2009, la juridiction cantonale a admis partiellement la demande. Elle a condamné la fondation X. à verser à A. une rente entière d'invalidité depuis le 1er mars 2004, avec intérêts, sous réserve de surindemnisation. Le tribunal cantonal a jugé que le rachat de 60'000 fr. ne devait pas être pris en compte dans le calcul de la rente.

A. a recouru contre ce jugement, en concluant au versement d'une rente entière d'invalidité dès le 1er juillet 2004, avec prise en compte du rachat de 60'000 fr. dans le calcul de cette prestation.

Le litige porte sur le jour à partir duquel la recourante a droit à une rente d'invalidité de la part de l'intimée, ainsi que sur la prise en compte d'un rachat de 60'000 fr. dans le calcul de cette prestation.

La juridiction cantonale a considéré, avec la fondation intimée, que l'incapacité de travail à l'origine de l'invalidité était survenue antérieurement à la date du 15 juillet 2004 que l'AI avait retenue à l'appui de sa décision de rente. Le tribunal cantonal a arrêté ce moment au mois de janvier 2003 à la lecture du dossier médical, des nombreuses périodes d'incapacité de travail et de la dégradation de l'état de santé de la recourante. Dans ces conditions, les premiers juges ont admis que le rachat de 60'000 fr. avait été effectué à une époque où le risque assuré était déjà survenu, si bien que ce capital ne pouvait pas être pris en considération dans le calcul de la rente.

De son côté, la fondation X. avait fait observer, dans sa réponse à la demande en justice de février 2007, que le droit à une rente d'invalidité selon la LPP devrait être nié si l'on fixait le début de l'incapacité de travail au 15 juillet 2004. En effet, à ce moment-là, le rapport de prévoyance avait pris fin depuis plusieurs mois (cf. art. 10 al. 3 LPP) et la demanderesse n'était donc plus assurée.

Sur la base des faits constatés (art. 105 al. 1 LTF), il est constant que le risque assuré (la naissance d'une incapacité de travail à l'origine de l'invalidité) est survenu en janvier 2003, soit plus d'un an avant le rachat de 60'000 fr. Celui-ci ne doit donc pas être pris en compte dans le calcul de la rente, à peine de contrevenir au principe d'assurance qui est un élément structurel de la prévoyance professionnelle (ATF 123 V 262 consid. 2b p. 266; cf. également arrêt B 116/04 du 26 août 2005, publié in SVR 2006 BVG n° 9 p. 33 consid. 3.2). En définitive, le TF a rejeté le recours.

786 Pas de déduction fiscale du rachat en cas de versement en capital dans les 3 ans

(Art. 79b, al. 3, 1re phrase, LPP et 33, al. 1, let. d, LIFD)

Dans son arrêt 2C_614/2010 du 2 novembre 2010 en français, la IIe Cour de droit public du Tribunal fédéral a confirmé son arrêt 2C_658/2009 du 12 mars 2010, résumé dans le Bulletin de la prévoyance professionnelle n°121 ch. 776 : sur le plan fiscal, le rachat n'est pas déductible du revenu imposable lorsqu'une prestation en capital est versée à l'assuré avant l'expiration du délai de 3 ans fixé par l'art. 79b, al. 3, 1re phrase, LPP.

Lien internet pour l'arrêt 2C_614/2010.

787 Invalidité partielle et trois activités lucratives à temps partiel assurées selon la LPP

(Référence à un arrêt du TF du 25 novembre 2010, 9C_183/2010 ; ATF 136 V 390 ; arrêt en allemand)

(Art. 1j, al. 1, let. c, OPP 2)

Avant de devenir invalide, l'intimé travaillait à 50 % en tant que collaborateur scientifique pour l'autorité fédérale et à environ 20 % et 30 % aux universités de X. et Y. en qualité de chargé de cours. Il est en outre établi qu'à la suite de sa maladie oculaire, il a dû quitter son emploi à mi-temps pour l'autorité fédérale, mais qu'il peut poursuivre son mandat d'enseignement dans les deux universités précitées. Compte tenu du revenu total de ses activités lucratives, l'office AI a fixé le taux de son invalidité à 46 %. Le point litigieux qui reste à examiner

porte sur le montant de la rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle à laquelle l'intimé peut prétendre vis-à-vis de PUBLICA.

L'intimé était couvert par l'assurance obligatoire en prévoyance professionnelle pour ses trois activités lucratives. En l'espèce, il ne peut être question d'une activité lucrative exercée à titre principal (auprès de l'autorité fédérale) et de deux activités universitaires accessoires permettant une exception à l'assujettissement à l'assurance obligatoire (art. 1j, al. 1, let.c, OPP 2). Comme l'a exposé le Tribunal fédéral des assurances (TFA) à l'ATF 129 V 132, consid. 3.4, p. 136 (voir aussi Bulletin n° 70, ch. m. 418), il faut admettre l'existence d'une obligation multiple de s'assurer lorsque l'intéressé exerce parallèlement plusieurs activités lucratives de même valeur, règle qui s'applique non seulement lorsqu'il y a deux emplois à 50 %, mais aussi lorsqu'il y en a trois, comme c'est le cas ici.

En l'espèce, il convient de s'appuyer sur la jurisprudence de l'ATF 129 V 132, d'autant plus les autres variantes prises en considération par le TFA ont été écartées après examen approfondi. Le fait que l'intimé ait exercé, avant la survenance de son invalidité, non pas deux, mais trois activités lucratives partielles assurées en LPP à des taux d'occupation de 50, 30 et 20 % n'empêche pas d'appliquer par analogie au présent cas les principes développés à l'ATF 129 V 132, dans la mesure où, en l'espèce, il s'agit aussi d'un assuré qui, en raison de son handicap, a dû abandonner un de ses emplois qui l'occupait à 50 %. Suivant l'exemple de l'ATF 129 V 132, seule PUBLICA doit être considérée comme tenue de fournir des prestations : elle doit verser une rente entière d'invalidité calculée sur la base du salaire correspondant au taux d'occupation de 50 %. Pour le calcul de la prestation d'invalidité, il faut se référer à l'art. 21 du Règlement de prévoyance en faveur des salariés et des bénéficiaires de rentes de la caisse de prévoyance PUBLICA du 6 novembre 2009. Selon cette disposition, pour les personnes assurées occupées à temps partiel, le salaire annuel déterminant correspond au salaire qui serait réalisé dans une occupation à plein temps. Le gain assuré correspond quant à lui au salaire annuel déterminant diminué de la contribution de coordination et converti au taux effectif d'occupation.

Si une rente entière d'invalidité, calculée sur la base d'un revenu réalisé dans une occupation partielle à 50%, est allouée à l'intimé en compensation des conséquences économiques qu'il a subies pour avoir dû abandonner sa place au sein de l'autorité fédérale en raison de son handicap, il y a une différence par rapport au taux total d'invalidité de 46 % retenu par l'office AI et donnant droit à une quart de rente. Toutefois, l'obligation de suivre le point de vue du droit de l'AI disparaît lorsqu'une incapacité de travail et de gain survient dans une seule des activités exercées parallèlement et non dans les autres. Comme déjà exposé dans l'ATF 129 V 132, consid. 4.3.3, p. 143 s., il n'est pas exact que le principe du caractère déterminant de l'évaluation de l'invalidité opérée par l'AI soit remise en question par cet élément. L'AI fixe le taux d'invalidité en tenant compte de la capacité de gain globale de la personne assurée. Par rapport à une occupation à mi-temps, le taux d'invalidité augmente en conséquence (voir également ATF 120 V 106 concernant l'absence de caractère contraignant, pour l'institution de prévoyance, du taux d'invalidité retenu par l'AI selon la méthode mixte d'évaluation).

Rien n'empêche ainsi d'appliquer l'ATF 129 V 132 également lorsqu'en raison de son invalidité, la personne assurée doit abandonner un de ses trois emplois à temps partiel couverts par la prévoyance professionnelle obligatoire. En l'espèce, une telle application a pour effet que l'intimé, qui a dû quitter l'emploi qu'il occupait à 50 %, a droit à une rente entière d'invalidité de PUBLICA, calculée d'après le gain assuré qu'il avait dans cet emploi auprès de l'autorité fédérale.

Il découle des considérants qui précèdent que l'opinion de PUBLICA, selon laquelle celle-ci ne devrait verser qu'une demi-rente d'invalidité à l'intimé, est infondée car il ne faut pas se baser sur le taux d'invalidité de 46 % résultant d'une comparaison des revenus tenant compte des trois activités exercées à temps partiel et des trois salaires additionnés. La rente à verser par PUBLICA correspond au risque couvert selon son règlement : en

raison de son invalidité, l'intimé n'est pas en état de poursuivre son activité à 50 % en tant que collaborateur scientifique auprès de l'autorité fédérale.

788 Surindemnisation: revenu encore raisonnablement réalisable; le marché suisse du travail est déterminant

(Référence à un arrêt du TF du 30 décembre 2010, 9C_538/2010 ; publication ATF prévue ; arrêt en allemand)

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

Né en 1961, V. a touché dès le 1er février 1998 une rente entière de l'AI (taux d'invalidité de 75 %) ainsi qu'une rente complémentaire pour son épouse et deux rentes pour enfants. La fondation de prévoyance X. lui a également versé des prestations d'invalidité de la prévoyance professionnelle, réduites dès le 1er janvier 2005 pour cause de surindemnisation. En 2002, V. est rentré dans son pays, le Portugal. A l'issue de la procédure de révision entamée en juillet 2005, l'office AI pour les assurés résidant à l'étranger lui a alloué, par décision du 12 novembre 2008, une rente entière (taux d'invalidité de 100 %) ainsi qu'une rente complémentaire pour son épouse et deux rentes pour enfants pour la période du 1er avril 2007 au 30 juin 2008 et trois quarts de rente (invalidité de 65 %) ainsi que deux rentes pour enfants depuis le 1er juillet 2008. La fondation de prévoyance X. a continué de verser des prestations d'invalidité de la prévoyance professionnelle. Ce faisant, elle a nouvellement pris en compte, dans le calcul de la surindemnisation, un « revenu raisonnablement réalisable » de 22 344 francs par année depuis le 1er juillet 2008, ce qui a entraîné une réduction de ses prestations de 30,9 %. Par la suite, V. et l'institution de prévoyance sont entrés en litige sur la question de savoir si ce revenu devait être déterminé par rapport à la situation du marché du travail suisse ou portugais.

Selon l'art. 24 OPP 2, l'institution de prévoyance peut réduire les prestations d'invalidité et de survivants dans la mesure où, ajoutées à d'autres revenus à prendre en compte, elles dépassent 90 % du gain annuel dont on peut présumer que l'intéressé est privé (al. 1). Sont notamment considérés comme des revenus à prendre en compte, pour les ayants droit à des prestations d'invalidité, le revenu ou revenu de remplacement qui continue d'être réalisé et le revenu ou revenu de remplacement que l'assuré invalide pourrait encore raisonnablement réaliser (al. 2, 2e phrase). Dans sa teneur en vigueur depuis le 1er janvier 2008 et applicable en l'espèce, le chiffre 35 du règlement de l'intimée contient, sous le titre « Relation avec d'autres prestations d'assurance », une prescription pratiquement identique dont le sens est exactement le même. L'art. 24, al. 1 et al. 2, 2e phrase, OPP 2, s'applique ainsi en l'espèce également dans le domaine surobligatoire.

La teneur de l'art. 24, al. 2, 2e phrase, OPP 2 ne précise pas si, pour les bénéficiaires d'une rente d'invalidité domiciliés à l'étranger, le revenu encore raisonnablement réalisable doit être fixé en fonction du marché du travail de leur pays de domicile ou si c'est la situation en Suisse qui est déterminante. En cas de domicile à l'étranger, la question du revenu raisonnablement réalisable peut également se poser en fonction du marché suisse du travail.

Le sens et le but de la prise en compte du revenu encore raisonnablement réalisable est de placer sur un pied d'égalité les assurés invalides qui n'exploitent pas leur capacité résiduelle de travail sans prouver dans quelle mesure ils en sont empêchés par des circonstances objectives et subjectives, y compris du point de vue du marché du travail, et ceux qui – dans le respect de leur obligation de réduire le dommage – réalisent effectivement le revenu d'invalide que l'on peut raisonnablement attendre d'eux (ATF 134 V 64, consid. 4.1.1, p. 69) Le but normatif de l'art. 24, al. 2, 2e phrase, OPP 2 ne permet pas non plus de conclure avec une complète certitude qu'en cas de domicile à l'étranger, la situation du pays étranger en question devrait être déterminante pour savoir si la personne invalide pourrait encore réaliser un revenu (sur le caractère contraignant des instructions de l'autorité de surveillance, ATF 132 V 321, consid. 3.3, p. 324, avec références).

Sous l'angle de la systématique de la loi, le fait qu'une éventuelle surindemnisation se mesure en fonction du gain présumé perdu joue un rôle important. La jurisprudence comprend par là le revenu hypothétique que la personne assurée réaliserait si elle n'était pas invalide (ATF 129 V 150, consid. 2.3, p. 154 ; 125 V 163, consid. 3b, p. 164 ; arrêt B 119/06 du 7 novembre 2007, consid. 3.3) ou pourrait réaliser (ATF 126 V 93, consid. 3, p. 96 ; 123 V 193, consid. 5a, p. 197 ; arrêt B 83/06 du 26 janvier 2007, consid. 6) au moment où se pose la question de la réduction. Dans les arrêts non publiés aux ATF, il a été fait référence à l'important parallélisme, ou au manque de concordance, avec le revenu sans invalidité au sens de l'art. 16 LPGA, à savoir qu'il faut tenir compte des faits spécifiques et des chances effectives de la personne assurée sur le marché du travail du moment (voir également l'arrêt du TFA B 54/03 du 6 février 2006, consid. 3.2). En partant du dernier revenu réalisé avant la survenance de l'atteinte à la santé (ayant des conséquences sur la capacité de travail) (arrêt du TFA B 98/03 du 22 mars 2004, consid. 4.2), il faut tenir compte de tous les changements influant sur le revenu (renchérissement, augmentations du salaire réel, avancements professionnels, etc.), qui, selon une vraisemblance prépondérante, se seraient produits en l'absence d'invalidité (ATF 129 V 150, consid. 2.3, p. 156 [passage d'une activité à temps partiel à une activité à plein temps] ; arrêts du TFA B 21/04 du 29 novembre 2004, consid. 3.2, et B 55/02 du 9 avril 2003). Le départ pour l'étranger, ou le retour dans le pays d'origine, ne peut à la rigueur entraîner une adaptation du gain présumé perdu – en fonction du marché du travail de cet endroit – que dans le cas où le changement de domicile aurait eu lieu selon une vraisemblance prépondérante au moment en question même en l'absence d'invalidité et où le bénéficiaire de la rente n'aurait de ce fait plus travaillé ici.

Pour évaluer, dans l'assurance-invalidité, le taux d'invalidité de travailleurs ayant leur domicile à l'étranger, les deux revenus à comparer, à savoir le revenu sans invalidité et le revenu d'invalide, doivent en principe être déterminés en fonction du même marché du travail. En raison de la nature théorique et abstraite de la notion de marché du travail équilibré au sens de l'art. 16 LPGA, il importe peu que la personne assurée soit domiciliée à l'étranger. Par ailleurs, la disparité des niveaux de rémunération et des coûts de la vie entre les pays ne permet pas de procéder à une comparaison objective des revenus en question au-delà des frontières (ATF 110 V 273 ; arrêts 8C_1043/2009 du 15 avril 2010, consid. 4.2, et 9C_335/2007 du 8 mai 2008, consid. 3.3.2, avec références). On ne saurait toutefois pas en déduire un argument péremptoire permettant de conclure qu'il doit en aller de même dans la relation entre le gain dont on peut présumer que l'intéressé est privé (art. 24, al. 1, OPP 2) et le revenu que celui-ci pourrait encore raisonnablement réaliser (art. 24, al. 2, 2e phrase, OPP 2). En effet, à la différence du revenu d'invalide, le revenu hypothétique déterminant sous l'angle d'une surindemnisation ne doit pas être déterminé en fonction d'un marché du travail équilibré. Toutefois, le fait que la situation concrète du marché du travail est déterminante aussi bien en ce qui concerne le gain dont on peut présumer que l'intéressé est privé qu'en ce qui concerne le revenu que celui-ci pourrait encore raisonnablement réaliser plaide pour une évaluation des deux revenus en fonction du même marché du travail.

Selon l'art. 34a, al. 1, LPP et le titre de l'art. 24 OPP 2, l'interdiction de la surindemnisation a pour but d'empêcher des avantages injustifiés. La personne assurée ne doit pas être placée dans une situation financière meilleure que celle qui aurait la sienne si le risque de l'invalidité ne s'était pas réalisé, mais tout au plus égale à celle-ci (ATF 126 V 93, consid. 4a, p. 99 s.)

Lorsqu'on se demande, en cas de domicile à l'étranger, quel marché du travail est déterminant pour évaluer le revenu que l'intéressé pourrait encore raisonnablement réaliser au sens de l'art. 24, al. 2, 2e phrase, OPP 2, on peut et doit aussi tenir compte du niveau de vie habituel avant et après la survenance de l'invalidité. Cependant, les besoins financiers permettant le maintien du train de vie habituel dans une mesure convenable sont moindres dans un pays où le coût de la vie est nettement plus bas qu'en Suisse. Il serait contraire aux objectifs constitutionnels du 2e pilier et également au but de la norme de l'égalité de traitement des personnes invalides sous l'angle de l'obligation de réduire le dommage que de déterminer selon la situation régnant dans un tel pays

le revenu qu'une personne domiciliée dans ce pays pourrait encore raisonnablement réaliser, en tous les cas lorsqu'on doit se baser sur le marché suisse du travail pour fixer le gain dont on peut présumer que l'intéressé est privé. Ce principe doit au moins valoir tant que les prestations d'assurances sociales, en particulier les rentes de l'AI et de l'assurance-accidents, versées à l'étranger et à prendre en compte selon l'art. 24, al. 2, OPP 2, ne sont pas adaptées au pouvoir d'achat en vigueur au domicile du ou de la bénéficiaire.

Pour le cas type où l'activité lucrative aurait continué d'être exercée en Suisse en l'absence d'atteinte à la santé, une interprétation conforme à la Constitution plaide ainsi, même en cas de domicile à l'étranger, pour que le revenu que l'intéressé pourrait encore raisonnablement réaliser au sens de l'art. 24, al. 2, 2e phrase, OPP 2 soit déterminé en fonction du marché suisse du travail, tout comme le gain dont on peut présumer que l'intéressé est privé (art. 24, al. 1, OPP 2).

Il faut admettre qu'en l'absence d'atteinte à sa santé, le recourant aurait aujourd'hui encore une activité lucrative en Suisse et ne serait pas retourné dans son pays, le Portugal, déjà en 2002 à l'âge de 41 ans seulement. Il s'agit dès lors de se baser sur le marché suisse du travail pour déterminer, dans le cadre du calcul de la surindemnisation à partir du 1er juillet 2008, le revenu qu'il pourrait encore raisonnablement réaliser selon l'art. 24, al. 2, 2e phrase, OPP 2.

789 Rémunération pour l'administration de la fortune

(Référence à un arrêt du TF du 24 novembre 2010, 9C_476/2010; en allemand)

(Art. 51, al. 5, 65, al. 3, et 71 LPP)

Dans le Canton de Saint-Gall, la Caisse d'assurance du personnel de l'Etat et la Caisse cantonale d'assurance des enseignants sont des établissements de droit public dépendants de l'Etat et des institutions de prévoyance enregistrées au sens de la législation fédérale sur la prévoyance professionnelle. L'administration de la fortune de ces deux caisses incombe à l'Administration des finances du Département cantonal des finances.

Le 30 juin 1998, le Conseil-exécutif du Canton de Saint-Gall a édicté un règlement sur le calcul de la rémunération pour l'administration de la fortune et l'a mis en vigueur avec effet rétroactif au 1er janvier 1998. Ce règlement s'applique pour l'administration des valeurs patrimoniales de l'Etablissement d'assurance des bâtiments ainsi que des deux caisses d'assurance cantonales. Il prévoit de rétribuer la gestion des immeubles, mais aussi l'administration des autres placements selon le schéma suivant : versement d'un montant de base de 0,1 % de la fortune globale (ch. 5, let. a) et de montants liés aux résultats équivalant à 10 % du supplément de revenus, soit de la différence entre la performance obtenue par l'Administration des finances et celle de l'indice Pictet (ch. 5, let. b). Sur la base de ce règlement, l'Etat a reçu une rémunération à la performance d'environ 11,7 millions de francs en 1999, 2,3 millions en 2000 et 82 000 francs en 2001.

L'autorité inférieure a considéré que les coûts de l'administration de la fortune d'une institution de prévoyance font partie des frais d'administration au sens de l'art. 65, al. 3, LPP. L'autorité de surveillance peut, selon elle, légitimement examiner si le montant des frais d'administration se justifie. Un modèle liant les frais d'administration de la fortune au résultat obtenu par l'administrateur de celle-ci ne contreviendrait pas aux prescriptions légales. Mais les principes d'une utilisation conforme au but et d'une administration rigoureuse des avoirs de prévoyance devraient alors être respectés. Or, en 1999 et en 2000, les recettes de l'Administration des finances du canton provenant des rémunérations des deux caisses d'assurance ont été nettement supérieures à l'ensemble des dépenses de cette administration. La rémunération à la performance sous la forme prévue en l'espèce a donc essentiellement, selon l'autorité inférieure, un caractère de participation, de la part de l'Etat, aux gains obtenus grâce au placement de la fortune des deux institutions de prévoyance et ne sert que marginalement à couvrir les dépenses effectives liées à l'administration de cette fortune. Cette

participation aux gains ne doit pas être imputée aux frais d'administration au sens de l'art. 65, al. 3, LPP et ne respecte pas non plus le principe d'équivalence. Par conséquent, l'art. 5, let. b du règlement de rémunération est en contradiction avec les prescriptions impératives de l'art. 71 LPP. La base utilisée pour le calcul de la rémunération à la performance, qui prend l'indice Pictet comme référence, n'est pas appropriée. L'art. 5, let. b, du règlement de rémunération doit donc être abrogé. Le législateur cantonal doit, après avoir consulté l'organe paritaire (art. 51, al. 5, LPP), édicter une nouvelle disposition réglementaire. Libre à lui de prévoir à nouveau une rémunération à la performance, mais dans l'hypothèse où il le ferait, il devrait alors respecter le principe selon lequel le prélèvement des frais d'administration doit être conforme au but, ce qui peut être le cas lorsqu'un indice adapté sert de référence ou qu'un plafonnement des coûts est prévu. Il appartient à l'autorité inférieure de veiller à ce que cette disposition légale soit respectée, en émettant des instructions à l'intention des deux institutions de prévoyance et en invitant le législateur cantonal à édicter un nouveau règlement soumis à un contrôle normatif abstrait de la part de l'autorité de surveillance. Le canton, conclut l'autorité inférieure, est tenu de restituer les rémunérations indûment perçues. Il revient aux institutions d'assurance de réclamer au canton les rétributions à la performance perçues à tort. L'autorité de surveillance doit veiller au respect de cette obligation et, le cas échéant, prendre les mesures appropriées. Dans le dispositif de sa décision, l'autorité inférieure renvoyait l'affaire à l'autorité de surveillance, pour que celle-ci agisse dans le sens des considérants.

En résumé, l'autorité inférieure estime qu'une rémunération à la performance peut être prévue pour l'administration de la fortune, mais qu'en l'occurrence le mécanisme adopté était abusif et elle ordonne donc à l'autorité de surveillance d'inviter le canton à édicter une nouvelle réglementation et d'imposer le remboursement des rémunérations facturées abusivement.

Le TF confirme le jugement de l'autorité inférieure, selon lequel le canton doit reverser aux caisses d'assurance les gains indûment prélevés.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 121

776 Déduction des rachats du revenu imposable en cas de versement en capital dans le délai de 3 ans ?

(Référence à un arrêt de la II^e^ Cour de droit public du TF du 12 mars 2010, 2C_658/2009 et 2C_659/2009 ; arrêt en allemand)

(Art. 33 al. 1 let. d LIFD, art. 9 al. 2 let. d LHID, art. 79b al. 3 al. 3 LPP)

X., né en 1943, a effectué 3 rachats dans sa caisse de pensions entre 2004 et 2006. En juillet 2007, sa caisse de pensions lui a versé une partie de ses prestations sous forme de capital et le reste sous forme de rentes mensuelles ; la valeur capitalisée de ces rentes correspondait au montant des 3 rachats intérêts inclus. Les autorités fiscales ont refusé, pour cause d'évasion fiscale, de déduire ces 3 rachats du revenu imposable, tant pour l'impôt cantonal que pour l'impôt fédéral direct.

D'après les art. 33 al. 1 let. d LIFD, 9 al. 2 let. d LHID et le § 34 al. 1 ch. 6 de la loi thurgovienne sur les impôts cantonaux et communaux, 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 (cf. également art. 81 al. 2 LPP). La jurisprudence du TF n'admet toutefois pas la déduction lorsqu'il y a évasion fiscale, plus particulièrement en cas de diminution abusive de la charge fiscale en effectuant des rachats suivis de retraits peu de temps après. Un rachat d'années de cotisations vise à constituer ou à améliorer sa prévoyance professionnelle. Ce but n'est manifestement pas respecté lorsque ces mêmes fonds – alors que la couverture d'assurance n'a guère été améliorée – sont retirés de l'institution de prévoyance peu de temps après.

Dans le cas d'espèce, les rachats versés ont donné lieu au versement d'une rente mensuelle et non pas d'un capital comme dans le cas classique de l'abus de droit. Toutefois, ce qui est déterminant dans le cas présent, c'est qu'il y a aussi eu, peu de temps après le rachat, un retrait en capital d'un montant important, qui apparaît comme un transfert temporaire de fonds motivé par des raisons fiscales. Le but n'était pas de combler une lacune de cotisations mais d'utiliser la caisse de pensions comme un compte courant fiscalement privilégié, en détournant la caisse de sa destination. Cette opération doit globalement est considérée comme inhabituelle et au moins peu adéquate ; de plus, elle aurait entraîné une importante épargne fiscale.

La jurisprudence du TF en matière d'évasion fiscale exclut que les rachats de 2004 et 2005 puissent être déduits du revenu imposable.

Le rachat effectué en 2006 doit être examiné sur la base de l'art. 79b al. 3 LPP, entré en vigueur le 1er janvier 2006 et qui a la teneur suivante :

"3 Les prestations résultant d'un rachat ne peuvent être versées sous forme de capital par les institutions de prévoyance avant l'échéance d'un délai de trois ans. "

L'art. 79b LPP est certes en premier lieu une norme du droit de la prévoyance mais il est clair qu'il se fonde aussi sur des motifs de droit fiscal. Il reprend et concrétise la jurisprudence excluant la déduction en cas d'évasion fiscale. Avec l'interdiction des retraits en capital pendant 3 ans, il n'y a pas nécessairement un lien direct entre le rachat et la prestation, car les montants rachetés ne sont pas traités séparément et les prestations de l'institution de prévoyance ne sont pas financées par des fonds en particulier mais par l'ensemble du capital de prévoyance de l'assuré. Par conséquent, tout retrait en capital dans le délai de 3 ans est abusif et la déduction fiscale de tout montant racheté pendant ce délai est exclue. Le rachat de 2006 n'est dès lors pas non plus déductible fiscalement.

Conséquences de cette décision :

Le présent arrêt s'exprime seulement sur la portée de l'art. 79b al. 3 LPP sous l'angle du droit fiscal. Dès lors, les autorités fiscales n'admettront plus la déduction fiscale du montant racheté en cas de versement en capital dans le délai de trois ans.

Sous l'angle du droit de la prévoyance, la question de savoir si un retrait en capital est possible après un rachat n'est en revanche pas touchée par cet arrêt; le Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 88 ch. 511 reste applicable. Par conséquent, le versement en capital reste admissible sur le plan du droit de la prévoyance, avec toutefois les conséquences qui en découlent pour la personne assurée sous l'angle du droit fiscal.

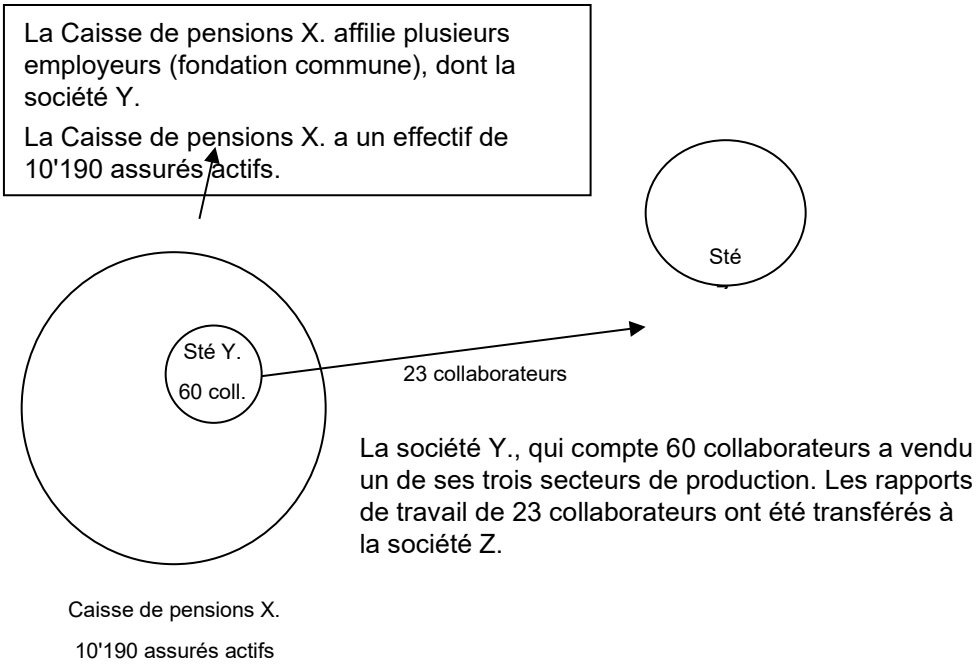
Lien internet pour l'analyse de la Conférence suisse des impôts:
http://www.steuerkonferenz.ch/pdf/atf_20100312_analyse.pdf

777 Fondation commune, examen des conditions pour une liquidation partielle, réduction considérable de l'effectif du personnel et restructuration d'entreprise

(Référence à un arrêt du TF du 6 octobre 2010, cause 9C_434/2009, ATF 136 V 322 ; arrêt en français)

(Art. 53b LPP)

Selon le Tribunal fédéral (TF), lorsqu'elles concrétisent les conditions de liquidation partielle dans leur règlement de liquidation, les institutions communes peuvent prévoir, pour tenir compte de leurs spécificités, des circonstances supplémentaires (par exemple une réduction de l'effectif des assurés, une diminution du total du capital de couverture) qui entraînent le renversement de la présomption légale de l'art. 53b al. 1 LPP (ATF 136 V 322 consid. 8-10).



Saisi d'un recours, le Tribunal administratif fédéral (TAF) a considéré qu'il n'était pas conforme au droit de lier l'existence d'un motif de liquidation partielle pour réduction considérable de l'effectif du personnel avec celui de restructuration d'entreprise (arrêt C-4814/2007 du 3 avril 2009). Par ailleurs, le TAF a considéré que le seuil de 15 % exigé par le règlement pour admettre une réduction considérable de l'effectif du personnel serait trop élevé au regard de la jurisprudence. Enfin, le TAF considéré que l'unité de référence pour décider de la réalisation des conditions menant à la liquidation partielle d'une fondation commune était chaque entité économique du groupe et non l'effectif total de la fondation commune.

Le TF a admis le recours interjeté contre le jugement du TAF. Le TF a considéré que la réduction de l'effectif au sein de la société Y. ne représentait qu'une réduction de 0.25 % de l'effectif du personnel de X. (10'190 assurés actifs). Ainsi, le TF a jugé, contrairement au TAF, que pour déterminer si les conditions d'une liquidation partielle par suite d'une diminution d'effectif sont remplies, il convient de prendre en compte l'effectif total de la fondation commune et non celui de la seule entité économique touchée par la diminution.

Conséquences de cette décision :

Selon cet arrêt du TF, lorsqu'elles concrétisent les conditions de liquidation partielle dans leur règlement de liquidation, les institutions communes peuvent prévoir un critère supplémentaire dans les trois états de fait de l'art. 53b al. 1 LPP (réduction considérable de l'effectif du personnel, restructuration d'entreprise, résiliation du contrat d'affiliation) afin d'éviter que l'institution soit en liquidation partielle permanente. Cela était déjà admis par la pratique de l'OFAS : cf. Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 100 du 19 juillet 2007 ch. 590 p. 3 (prise de position précisant les instructions de l'OFAS concernant l'examen de la résiliation des contrats d'affiliation et de la réaffiliation de l'employeur publiées dans le Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 24 du 23 décembre 1992). Il ressort notamment de cet arrêt que la seule résiliation d'un contrat d'affiliation peut ne pas constituer un élément déclencheur d'une liquidation partielle dans les institutions qui ont prévu un critère supplémentaire. Cet arrêt du Tribunal fédéral clarifie donc la situation par rapport aux deux arrêts du Tribunal administratif fédéral C-3896/2007 du 22 août 2008 et C-4814/2007 du 3 avril 2009.

778 Droit de la caisse de pensions d'exiger le remboursement d'un versement anticipé pour le logement de la part de la masse en faillite d'une succession répudiée

(Référence à un arrêt du TF du 20 octobre 2010, 9C_526/2010 ; arrêt en français)

(Art. 30d LPP, art. 573 al. 1 CC et art. 193 al. 1 ch. 1 et al. 2 LP)

En août 2006, T., affilié auprès de la Caisse de pensions de l'Etat de Vaud (ci-après: la caisse), a bénéficié d'un versement anticipé d'un montant de 326'405 fr. pour financer l'acquisition d'un logement principal. La restriction du droit d'aliéner selon la LPP n'a alors pas été mentionnée au registre foncier compétent. T. est décédé en novembre 2006. La succession ayant été répudiée, l'Office des faillites de O. a été chargé de sa liquidation. Dans le cadre de la procédure de faillite, la caisse a fait valoir une créance de 326'405 fr. que l'Office des faillites de O. a écartée lors de la collocation des créances. La caisse a ouvert action en contestation de l'état de collocation pour faire admettre sa créance et la collocation de celle-ci devant le Juge des districts de E. et de O., qui l'a déboutée. Saisi d'un recours de la caisse contre ce jugement, le Tribunal cantonal du canton du Valais a admis la créance de la caisse en 3e classe à l'état de collocation de la succession répudiée de feu T. La masse en faillite de la succession répudiée de feu T. a recouru au TF.

Le litige porte sur le point de savoir si la caisse pouvait se prévaloir d'une créance en remboursement du versement anticipé contre la masse en faillite de la succession répudiée. Selon l'art. 30d al. 1 LPP, l'assuré ou ses héritiers doivent rembourser le montant perçu à l'institution de prévoyance si le logement en propriété est vendu (let. a), des droits équivalant économiquement à une aliénation sont concédés sur le logement en propriété (let. b), aucune prestation de prévoyance n'est exigible en cas de décès de l'assuré (let. c). La troisième éventualité, en cause ici, prévoit l'obligation de remboursement du montant perçu à l'institution de prévoyance lorsque l'assuré décède et qu'aucune prestation de prévoyance n'est alors exigible. A teneur de la let. c de l'art. 30d al. 1 LPP, cette obligation incombe à « l'assuré ou ses héritiers », c.-à-d. à la ou les personnes qui succèdent à l'assuré décédé et auxquelles passent l'ensemble de ses actifs et de ses passifs, en vertu du principe de la succession universelle (art. 560 al. 1 CC). En vertu de l'art. 560 al. 2 CC, toutes les dettes du de cujus sont transmissibles et passent aux héritiers. Il ressort des travaux préparatoires de l'art. 30d al. 1 let. c LPP que l'obligation de rembourser prévue par cette disposition a été conçue comme une dette « dévolue à la succession », soit une dette de l'assuré qui passe à son décès à la communauté héréditaire selon les règles du droit successoral. Dans son Message concernant l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle du 19 août 1992 (FF 1992 VI p. 229 ss, ch. 223 p. 262, ad art. 30e al. 1 let. b du projet), le Conseil fédéral a précisé qu' « en cas de décès d'un assuré ne laissant aucun bénéficiaire du droit à la prévoyance, la communauté héréditaire doit rembourser à la dernière institution de prévoyance à laquelle était affilié le défunt la dette dévolue à la succession que constitue le versement anticipé pour la propriété du logement ».

En statuant à l'art. 30d al. 1 let. c LPP (cf. BO N 1993 p. 483) une obligation de remboursement à la charge de l'assuré, respectivement de sa succession au moment de son décès, le législateur a voulu éviter que dans la situation où il n'y a pas de bénéficiaire de prestations de la prévoyance - et où le versement anticipé ne peut par conséquent pas être compensé par une réduction de celles-ci (cf. art. 30c al. 4 LPP; Message cité, p. 261) -, le versement anticipé ne grève finalement l'institution de prévoyance et l'ensemble des autres assurés. Un tel résultat a expressément été exclu lors des débats parlementaires, où il a été précisé qu'aucun privilège ne pouvait être accordé aux assurés prélevant de l'argent de façon anticipée au détriment des autres assurés (déclaration de la Conseillère nationale Spoerry, rapporteur, BO N 1993 p. 474). Or, la solution voulue par la recourante reviendrait précisément à permettre aux héritiers de contourner l'obligation de remboursement du versement anticipé en répudiant la succession dont ferait partie le logement financé au moyen dudit versement, tout en récupérant, le cas échéant, le solde net de la liquidation de la succession (art. 573 al. 2 CC), et partant

à favoriser l'assuré bénéficiaire, respectivement les personnes qui lui succèdent, par rapport aux assurés qui n'auraient pas bénéficier d'un versement anticipé. Il découle de ce qui précède que l'obligation de rembourser le versement anticipé au sens de l'art. 30d al. 1 let. c LPP constitue une dette de l'assuré défunt, qui naît au moment du décès de celui-ci et passe à ses héritiers selon les règles du droit successoral, auxquelles on ne voit pas que la disposition de la LPP dérogerait. En cas de répudiation de la succession par tous les héritiers légaux du rang le plus proche, comme en l'espèce, la succession est liquidée par la voie de la faillite (art. 573 al. 1 CC et 193 al. 1 ch. 1 et al. 2 LP) et la créance découlant de l'obligation de remboursement doit être produite dans la masse en faillite. En définitive, le TF a rejeté le recours et confirmé que la créance en remboursement de la caisse de pensions doit être admise à l'état de collocation de la succession répudiée, comme l'avait retenu à juste titre le Tribunal cantonal.

779 Admissibilité d'une rente d'invalidité unique plus élevée que le montant minimum de la rente d'invalidité et de la rente complémentaire d'invalidité pour enfant prévues par la LPP, changement de jurisprudence

(Référence à un arrêt du TF du 6 octobre 2010, cause 9C_40/2010, ATF 136 V 313 ; arrêt en français)

(Art. 25 LPP)

D'après l'ATF 121 V 104, n'est pas conforme au droit fédéral le règlement d'une institution de prévoyance « enveloppante » qui accorde, en lieu et place d'une rente d'invalidité et d'une rente complémentaire d'invalidité pour enfant, une rente d'invalidité supérieure au montant minimum de la rente d'invalidité et de la rente complémentaire d'invalidité pour enfant prévues par la LPP.

Selon le TF, il se justifie de revenir sur cette jurisprudence.

Le système des rentes complémentaires a été introduit lors de la création de l'AI. Afin de remédier « aux conséquences économiques fâcheuses de l'invalidité du chef de famille pour la femme et les enfants », le législateur avait prévu de compléter la rente principale qui lui était allouée par des rentes complémentaires pour ses proches parents (cf. message du 24 octobre 1958 relatif à un projet de loi sur l'assurance-invalidité ainsi qu'à un projet de loi sur l'assurance-vieillesse et survivants, FF 1958 II 1225 ss, 2e partie, chapitre F, III, 2). Le projet de loi sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité présenté par le Conseil fédéral ne prévoyait pas l'allocation de rentes pour enfant (cf. message du 19 décembre 1975 à l'appui d'un projet de loi sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, FF 1976 I 117 ss.). Dans le cadre des travaux parlementaires, la commission du Conseil national a proposé de compléter les rentes de vieillesse et d'invalidité par une rente pour enfant, afin d'assurer le parallélisme entre les deux premiers piliers de la prévoyance (art. 17a et 23a du projet soumis aux Chambres, devenus ensuite les art. 17 et 25 LPP). La proposition de la commission du Conseil national a été adoptée par les Chambres fédérales sans que cela ne donne lieu à discussion (cf. BO 1977 CN p. 1326 s.; BO 1980 CE p. 273 et 275). En calquant le système des rentes complémentaires de la prévoyance professionnelle sur celui du 1er pilier, le législateur a exprimé la volonté de voir les mêmes principes être appliqués dans les deux piliers de la prévoyance. A l'ATF 121 V 104, le Tribunal fédéral des assurances (TFA) s'est détourné de cette volonté, et a nié, sans raison évidente, le caractère accessoire de la rente complémentaire pour enfant par rapport à la rente principale.

Si le montant de la rente réglementaire est supérieur au montant total de la rente due au titre de rente principale et de rente complémentaire pour enfant selon le régime obligatoire, l'objectif assigné à la prévoyance professionnelle est rempli, puisque le préjudice subi à la suite de la réalisation du risque assuré a été réparé par la prestation reçue.

A l'ATF 114 V 239, le TFA a consacré pour le calcul des prestations d'assurance l'application de la méthode comparative (« Anrechnungs- ou Vergleichsprinzip »). Selon cette méthode, il convient de mettre en parallèle

le montant de la prestation fixée selon la LPP et le montant de la prestation déterminé selon les dispositions règlementaires, la somme la plus élevée étant allouée à la personne assurée. Le TFA a expressément rejeté l'application de la méthode cumulative (« Splittings- ou Kumulationsprinzip »), selon laquelle l'assuré a droit au montant de la prestation fixée selon la LPP pour la part obligatoire, auquel s'ajoute un montant calculé d'après les dispositions réglementaires pour la part surobligatoire (consid. 7 et 8 de ce même ATF ; voir également ATF 115 V 27 consid. 4 p. 30). La méthode comparative a été consacrée depuis lors dans la loi, à l'art. 2 al. 2 LFLP (en relation avec les art. 15 à 19 LFLP).

L'ATF 121 V 104, en tant qu'il considère que la personne assurée peut cumuler la rente d'invalidité réglementaire avec la rente complémentaire d'invalidité pour enfant prévue à l'art. 25 LPP, constitue une exception à la méthode comparative. Alors même que la loi ne contient aucun point d'appui en faveur d'une application cumulative des dispositions légales et réglementaires, le TFA a introduit, en contradiction avec la jurisprudence antérieure et sans motiver cette exception, un cas d'application de la méthode cumulative.

Dans les faits, le système de la prévoyance professionnelle obligatoire connaît deux régimes distincts. Le premier voit les institutions de prévoyance n'appliquer que le régime de l'assurance obligatoire; elles sont alors soumises aux règles fixées aux art. 7 à 47 LPP. Le second voit les institutions de prévoyance étendre la prévoyance au-delà des prestations minimales; elles sont libres de fixer dans leur règlement de prévoyance le régime des prestations, les art. 7 à 47 LPP ne servant alors qu'à fixer la valeur de référence que l'institution de prévoyance doit, en tout état de cause, respecter pour atteindre le but de la prévoyance.

Selon le TF, un examen attentif du but de la loi, du système de celle-ci et de sa genèse permet de conclure que l'ATF 121 V 104 repose sur des fondements erronés. En conséquence, il y a lieu d'abandonner la jurisprudence actuelle et d'admettre que l'institution de prévoyance « enveloppante » qui accorde, en lieu et place d'une rente d'invalidité et d'une rente complémentaire d'invalidité pour enfant, une rente d'invalidité unique dont le montant est supérieur au montant de la rente d'invalidité et de la rente complémentaire d'invalidité pour enfant prévues par la LPP, respecte le droit fédéral (voir dans ce sens également l'ATF 136 V 65 concernant la portée de la méthode comparative en matière de rentes d'invalidité).

780 Divorce: règle du partage par moitié de l'avoir de prévoyance en tant que règle ; refus du partage ; abus de droit

(Référence à un arrêt du TF du 27 août 2010, 5A_304/2010 ; publication ATF prévue ; arrêt en allemand)

(Art. 2 al. 2, 122 al. 1, 123 al. 2 et 124 al. 1 CC)

X. et Y. se sont mariés le 29 octobre 2004. Ils vivent séparés depuis le 7 mars 2005.

En l'espèce, le litige porte notamment sur le partage de la prévoyance professionnelle. Pour autant qu'aucun cas de prévoyance ne soit survenu pour l'un ou l'autre des époux, chacun d'eux a droit, selon l'art. 122 al. 1 CC, à la moitié de la prestation de sortie de son conjoint, calculée pour la durée entière du mariage selon les dispositions de la loi sur le libre passage. En revanche, une indemnité équitable est due lorsqu'un cas de prévoyance est déjà survenu pour l'un des époux ou pour les deux.

Dans un premier temps, il s'agit donc d'examiner la question de la survenance d'un cas de prévoyance.

Le tribunal cantonal a retenu qu'un cas de prévoyance était survenu pour la recourante à la date de son 64e anniversaire, le 1er juillet 2006, c'est-à-dire pendant la durée du mariage. A cette date, sa rente d'invalidité avait en effet été convertie en une rente de vieillesse (AVS). C'est pourquoi, il a statué sur le partage de la prévoyance en se basant sur l'art. 124 al. 1 CC.

Il est incontesté que l'intimé a acquis pendant la durée du mariage un avoir de prévoyance de 134'003 fr. 85 auprès d'une institution du deuxième pilier et que la recourante touche une rente de l'AVS depuis le 1er juillet 2006, mais qu'elle ne dispose elle-même d'aucune prévoyance professionnelle.

Pour exclure l'application de l'art. 122 al. 1 CC, il suffit, selon la teneur de la loi, qu'un cas de prévoyance soit survenu pour l'un des conjoints. Il faut toutefois qu'un cas de prévoyance soit survenu pour le conjoint qui a une prévoyance professionnelle ou en tout cas qui en avait une pendant le mariage. Comme l'ancien Tribunal fédéral des assurances l'avait retenu dans son arrêt B 19/03 du 30 janvier 2004, consid. 5.1, le droit d'un conjoint à une rente de vieillesse ou d'invalidité (comme en l'espèce selon la LAVS ou la LAI) ne constitue pas un cas de prévoyance si ce conjoint n'a jamais travaillé ou n'a jamais été affilié à une institution de prévoyance professionnelle.

Le tribunal cantonal est faussement parti de l'idée qu'un cas de prévoyance était survenu pour la recourante, qui ne dispose d'aucune prévoyance professionnelle, parce qu'elle avait atteint l'âge de la retraite et que sa rente d'invalidité avait été remplacée par une rente de vieillesse (voir art. 30 LAI et art. 33bis LAVS). C'est pourquoi, il a ensuite procédé à tort au partage de la prévoyance non pas selon l'art. 122 CC, mais selon l'art. 124 CC.

Selon l'art. 123 al. 2 CC, le tribunal 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.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 120

771 Calcul des prestations de vieillesse, principes de la bonne foi et de l'égalité de traitement

(Référence à un arrêt du TF du 3 août 2010, cause 9C_186/2010 ; arrêt en français)

X. a travaillé au service de l'administration cantonale jurassienne du 1er novembre 1980 au 30 juin 2008. A ce titre, il était affilié à la Caisse de pensions de la République et canton du Jura (ci-après: la caisse). Interpellée par X. sur le montant de l'avoir de prévoyance qu'il pouvait utiliser dans le cadre des mesures pour l'encouragement à la propriété du logement, la caisse lui a notamment indiqué que s'il demandait un retrait anticipé de 31'062 fr. pour l'accession à la propriété du logement, le taux de pension à 62 ans resterait de 60 %. Les prestations avant et après retrait (de 51'374 fr. par an) étant identiques, sans réduction de pension (courrier du 6 septembre 1996). Aucun versement n'a eu lieu à cette époque.

Au cours de l'année 2007, X. a informé la caisse qu'il allait prendre une retraite anticipée à partir du 1er juillet 2008. Le 13 juillet 2007, elle lui a transmis les données relatives au montant de sa pension de base et de la rente-pont AVS (pension totale de 6'611 fr. par mois). Elle l'a également rendu attentif à la possibilité de retirer une partie des prestations de vieillesse sous forme de capital. Le 29 décembre 2007, X. a sollicité de la caisse le versement d'une partie des prestations sous forme d'un capital à hauteur de 110'000 fr., en mentionnant le décompte établi en 1996 par la caisse. Le 5 juin suivant, la caisse a informé l'intéressé qu'après réduction due au retrait d'un capital-retraite de 110'000 fr. au 30 juin 2008, la pension totale s'élèverait à 6'051 fr. 25 à partir du 1er juillet 2008. A la demande de son affilié, elle a précisé son calcul le 25 juin 2008. X. en a contesté les termes, au motif qu'il ne tenait pas compte d'une "sur-assurance" de 31'062 fr. que la caisse avait reconnue dans son courrier du 6 septembre 1996 et qui n'influençait pas la rente; la diminution de la rente ensuite du retrait en capital devait donc être moins importante et correspondre à 9,70 % ou 9.93 %. La caisse a maintenu sa position par courrier du 12 décembre 2008.

Le 13 janvier 2009, X. a saisi le Tribunal cantonal de la République et canton du Jura et conclu à ce que soit reconnue "la validité du droit, communiqué en 1996, de retirer un capital de CHF 31'062.-" sans que sa retraite à l'âge de 62 ans n'en soit affectée et qu'il soit ordonné à la caisse de revoir le calcul de sa rente dans ce sens. La caisse a conclu au rejet de la demande. Le Tribunal cantonal jurassien a rejeté la demande de X., qui a recouru au TF.

Le recourant fait valoir une violation des principes de la bonne foi et de l'égalité de traitement. Il soutient qu'il aurait reçu, le 6 septembre 1996, l'assurance de disposer d'une "réserve libre" de 31'062 fr., la "décision" de la caisse ayant créé un droit subjectif en sa faveur. A son avis, il pouvait s'attendre à prélever un capital de 31'062 fr. au moment de partir à la retraite anticipée, sans que sa rente en fût diminuée pour autant. Il prétend, par ailleurs, qu'il serait victime d'une inégalité de traitement par rapport à un hypothétique "frère jumeau" qui aurait obtenu le versement de la "réserve libre" pour l'acquisition d'un immeuble et toucherait, au moment de la retraite anticipée, un capital-retraite de 141'062 fr. (à savoir 110'000 fr. + 31'062 fr.).

Selon le TF, les conditions obligeant l'administration, en vertu du droit à la protection de la bonne foi, à consentir à un administré un avantage contraire à la loi ne sont pas réalisées. En premier lieu, on ne voit pas que la caisse intimée ait fourni au recourant en septembre 1996 un renseignement ou une promesse qui permettrait d'exiger d'elle qu'elle accorde à son affilié un avantage indu. Dans le courrier du 6 septembre 1996, la caisse a exposé à son affilié les conditions et les modalités d'un versement anticipé dans le cadre de l'encouragement à la propriété du logement, en le rendant attentif, en particulier, au fait que s'il demandait un versement anticipé de 31'062 fr. pour l'accession à la propriété du logement, son "taux de pension" resterait de 60 % à 62 ans. On ne saurait voir dans ce courrier, pas plus que dans le récapitulatif y relatif qui comporte une rubrique "Réserve libre", la promesse ou l'assurance que le recourant pouvait en tous les cas obtenir le versement anticipé d'un montant de 31'062 fr. au moment de sa retraite, sans que sa rente en fût influencée. Les renseignements donnés par la caisse en septembre 1996 concernaient uniquement la situation en cas de versement anticipé en vue de l'acquisition de la propriété d'un logement au sens des art. 30a ss LPP à l'époque de la demande y relative du recourant. Ils ne portaient pas - et ne sauraient être compris en ce sens - sur une quelconque garantie liée à tout versement anticipé autorisé par la loi, singulièrement le versement d'une partie des prestations de vieillesse sous la forme d'une prestation en capital, dont les conditions sont différentes de celles régissant le versement anticipé dont il était question en 1996.

En second lieu, comme l'ont relevé à juste titre les premiers juges, la loi a changé depuis le moment où les renseignements invoqués par le recourant ont été donnés, puisque la possibilité de retirer en capital une partie des prestations de vieillesse a été prévue seulement avec la modification de l'art. 37 LPP au 1er janvier 2005 (1ère révision LPP).

Les prétendues assurances données par la caisse en septembre 1996 ne pouvaient donc porter sur un retrait sous forme de capital qui n'existait pas encore à ce moment-là. C'est en vain à cet égard que le recourant invoque l'art. 5 LFLP, puisque cette disposition n'est pas applicable à sa situation. De même, la référence qu'il fait à la situation jugée par un arrêt publié aux ATF 107 Ia 193 ne lui est d'aucun secours, dès lors que contrairement au cas d'espèce, le TF avait alors jugé que les conditions de la protection de la bonne foi étaient réalisées.

Enfin, il n'apparaît pas que le recourant se soit fondé sur les assurances dont il se prévaut pour prendre des dispositions auxquelles il ne saurait renoncer sans subir de préjudice. Il ne le prétend du reste pas, mais explique dans son recours avoir décidé d'anticiper sa retraite en raison du contexte difficile qui résultait d'une réorganisation imposée de l'unité administrative qu'il dirigeait.

Quant au moyen tiré d'une prétendue violation du principe de l'égalité de traitement, il n'est pas davantage fondé. Dès lors que l'assuré hypothétique avec lequel le recourant se compare aurait, dans son exemple, demandé et obtenu un versement anticipé dans le cadre de l'encouragement à la propriété du logement, les deux situations envisagées ne sont pas semblables. Au demeurant, son argumentation repose sur de pures conjectures quant à la manière dont son "frère jumeau" aurait été traité. En conséquence de ce qui précède, le recours est mal fondé.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 119

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 1er 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 3e 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 1er et du 3e 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 2e piller. 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, 2e 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 1re 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, 2e phrase, LPP dans sa teneur en vigueur depuis le 1er 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 assujetti à la LPP. Si l'employeur n'a aucun personnel assujetti à la prévoyance professionnelle, le cas est classé. Si l'employeur occupe des salariés qui devraient être assujettis 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, 2e 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, 2e phrase, LPP est entrée en vigueur le 1er mai 2007 (RO 2007 1803 1805).

Il résulte des explications qui précèdent que depuis la modification de l'art. 11, al. 3bis, 2e 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, 2e 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, 2e phrase, LPP, dans sa teneur en vigueur depuis le 1er 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, 2e 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, 1re 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 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 (2e 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 1er 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 70e 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 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, 1re et 2e 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 surobligatoire serait contraire au principe de la collectivité et ne peut être reconnue en tant que prévoyance professionnelle étendue.

Lors de la 1re révision de la LPP, le législateur a complété l'art. 4 LPP par deux alinéas entrés en vigueur le 1er 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.

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, 2e 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, 2e phrase, OPP 2, à savoir dès le 1er 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, 2e 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'invalide 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'invalide.

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'invalide 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'invalide 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.

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 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 1er 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 1er 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 2e pilier en cas de divorce et motifs de refus du partage

(Référence à un arrêt de la 2e 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. 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 2e pilier alors que l'autre, qui exerce une activité indépendante, s'est constitué un 3e 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 2e pilier; il a en revanche accumulé un 3e pilier composé d'un montant de 36'929 fr. (3e pilier A) et de 2'021 fr. (3e 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 3e 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'invalide, prescription, connaissance par la caisse de l'existence d'enfants

(Référence à un arrêt du TF du 1er 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 1er août 1990 et une rente, pour elle uniquement, de la Caisse de pensions de l'Etat de Neuchâtel (ci-après: la caisse) depuis le 1er 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 1er 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 1er 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'invalide 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 1er 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 1er 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 constations 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. 34*a*, 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 1er 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.

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 1er 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 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 surobligatoire 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 surobligatoires 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 1er 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 (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 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.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 117

737 Interprétation de l'art. 20a, al. 1, LPP concernant la relation entre un orphelin selon l'art. 20 LPP et la compagne de l'assuré décédé désignée en qualité de bénéficiaire

(Référence à un arrêt du TF du 16 décembre 2009 en la cause B. contre 1. L. et 2. Fonds de prévoyance de la Banque X., 9C_488/2009, publication ATF prévue ; arrêt en allemand)

(art. 20 et 20a, al. 1, LPP)

Dans cette procédure devant le TF, le litige porte en particulier sur la question de savoir si la compagne L., désignée par l'assuré décédé comme bénéficiaire à 100% selon l'art. 20a, al. 1, let. a, LPP, peut seule revendiquer le capital-décès du Fonds de prévoyance de la Banque X. (institution de prévoyance surobligatoire non enregistrée) ou si elle n'a droit qu'à la moitié du capital-décès aux côtés du fils B. qui touche une rente d'orphelin de la Caisse de pensions de la Banque X. (institution de prévoyance obligatoire enregistrée, enveloppante) sur la base de l'art. 20 LPP.

Le point de départ de l'interprétation se situe dans la teneur de l'art. 20a, al. 1, LPP, selon lequel l'institution de prévoyance peut prévoir, dans son règlement, d'autres personnes bénéficiaires de prestations pour survivants «outre les ayants droits selon les art. 19 et 20». Cette formulation n'est pas claire : elle peut être comprise comme le pense le recourant, à savoir qu'il n'est admissible d'avantager les personnes nommées aux lettres a à c de l'art. 20a, al. 1, LPP que si le conjoint survivant et les orphelins le sont aussi. Mais elle peut aussi être comprise dans le sens donné par l'instance précédente et l'intimée 1, à savoir que la faveur accordée selon l'art. 20a LPP peut intervenir de manière illimitée à côté des prestations légales minimales prévues aux art. 19 et 20 LPP.

Le TF explique la réglementation concernant les bénéficiaires dans le domaine élargi de la prévoyance professionnelle avant l'entrée en vigueur de l'art. 20a LPP au 1er janvier 2005 et retient ensuite que le nouvel art. 20a LPP avait surtout pour but d'améliorer la prestation pour survivants provenant de la prévoyance professionnelle surobligatoire pour les couples non mariés et de tenir compte ainsi de l'évolution des mœurs. Globalement, l'art. 20a LPP correspond en grande partie à la situation juridique antérieure, sauf qu'il est devenu admissible d'avantager de manière élargie le partenaire non marié. Lors de ses débats, le Parlement ne s'est manifestement pas exprimé sur la relation entre les ayants droit selon les art. 19 et 20 LPP et les bénéficiaires selon l'art. 20a LPP. Il ressort donc que l'intention du législateur n'était pas d'apporter une réponse à la question ici posée.

En l'espèce, il en va de la relation entre concubine et orphelin, au sujet de laquelle le droit des 2e et 3e piliers accorde de toute façon une autonomie considérable aux institutions de prévoyance, respectivement aux assurés (voir également B 92/04). Les rapports plus problématiques entre le partenaire non marié et le conjoint, d'une part, et des enfants adultes selon l'art. 20a, al. 1, let. b, LPP et des orphelins selon l'art. 20 LPP, d'autre part, n'ont pas besoin d'être examinés ici.

Globalement, on ne peut tirer de l'art. 20a LPP une restriction de l'autonomie de base dont jouit l'institution de prévoyance dans le sens qu'il serait inadmissible, dans le domaine de la prévoyance élargie, de mieux positionner la concubine bénéficiaire selon l'art. 20a, al. 1, let. a, LPP que les orphelins selon l'art. 20 LPP. Le recourant ne conteste pas qu'il touche les prestations légales minimales. Le fait qu'il ne les reçoive pas du Fonds de prévoyance, mais de la Caisse de pensions, juridiquement distincte, ne peut jouer aucun rôle, car les

deux liens de prévoyance avaient trouvé leur fondement dans le cadre des mêmes et uniques rapports de travail de son père.

738 Obligation de verser la prestation préalable selon l'art. 26, al. 4, LPP

(Référence à un arrêt du TF du 6 janvier 2010 en la cause Caisse de pensions Z. contre T., 9C_848/2009, publication ATF prévue ; arrêt en allemand)

(Art. 26, al. 4, LPP)

Dans cette procédure portant sur l'obligation de verser la prestation préalable selon l'art. 26, al. 4, LPP, le TF commence par examiner pour des motifs formels si la décision de l'instance précédente, attaquée par voie de recours est une décision finale ou partielle au sens des art. 90 s. LTF, ou une décision préjudicielle ou incidente notifiée séparément, qui ne peut être attaquée qu'aux conditions posées par les art. 92 ou 93 LTF. Les décisions préjudicielles et incidentes ne mettent pas fin à la procédure (contrairement aux décisions finales), mais tranchent seulement une question de droit formel ou matériel dans l'optique d'une liquidation de la procédure, c'est-à-dire qu'elles représentent une étape sur la voie de la décision finale. Le TF retient que, dans le jugement attaqué, l'instance précédente s'est prononcée exclusivement sur l'obligation de la recourante de verser la prestation préalable alors que la procédure principale, dans laquelle il sera statué définitivement sur l'obligation de la recourante de fournir des prestations, est encore pendante devant l'instance précédente. La décision sur l'obligation d'un assureur de verser la prestation préalable selon l'art. 26, al. 4, LPP ne règle certes pas encore définitivement son obligation de fournir des prestations ; toutefois, le point décisif pour juger si la décision attaquée est soit une décision finale soit une décision incidente/préjudicielle réside dans le fait que le prononcé de l'obligation de verser la prestation préalable n'est pas forcément lié à la procédure relative à l'obligation définitive de fournir des prestations et ne disparaît pas non plus avec cette procédure : si l'obligation de verser la prestation préalable a été reconnue mais qu'ensuite, l'obligation définitive de fournir des prestations est niée, l'obligation de verser la prestation préalable ne disparaît pas encore mais subsiste jusqu'à connaissance de l'institution de prévoyance tenue de verser la prestation (art. 26, al. 4, 2e phrase, LPP). Si un recours correspondant ne peut pas être exercé pour un quelconque motif, la prestation préalable devient de facto une prestation définitive. La décision portant sur l'injonction de verser la prestation préalable doit dès lors être qualifiée de décision finale (art. 90 LTF).

Le TF examine ensuite si la décision attaquée est une décision portant sur des mesures provisionnelles au sens de l'art. 98 LTF. Dans un recours formé contre une telle décision, seule peut être invoquée la violation des droits constitutionnels ; dans ces cas, il existe un devoir qualifié de soulever des griefs (art. 106, al. 2, LTF). Même une décision finale peut être une décision portant sur des mesures provisionnelles. Comme l'obligation de verser la prestation préalable suppose l'existence d'un droit à des prestations avec comme seule incertitude l'identité de l'assureur qui doit les fournir, il faut examiner matériellement s'il existe un droit aux prestations dans le cadre de la décision concernant l'obligation de verser la prestation préalable ; cette décision n'est donc pas une décision portant sur des mesures provisionnelles au sens de l'art. 98 LTF. Le pouvoir de cognition du TF est ainsi réglé par l'art. 95 LTF, c'est-à-dire que le TF examine librement si la décision attaquée est contraire ou non au droit fédéral.

Dans la mesure où le TF ne peut aller au-delà des conclusions des parties (art. 107, al. 1, LTF) et où la recourante s'est bornée à invoquer qu'en contrepartie de sa prestation préalable, l'intimé devrait être astreint à introduire une procédure contre la caisse de pensions de l'employeur précédent, seule cette question doit être examinée.

Dans la doctrine, on trouve diverses opinions sur la possibilité, pour l'institution de prévoyance tenue de verser la prestation préalable, d'exercer son recours contre l'institution de prévoyance définitivement tenue de verser

la prestation. Ni la teneur de l'art. 26, al. 4, LPP ni les travaux préparatoires relatifs à cette disposition légale ne donnent une solution claire sur ce point. L'expression « Rückgriff », respectivement « regresso » que l'on trouve dans les versions allemande et italienne du texte légal désigne communément, dans la terminologie juridique, une situation où quelqu'un qui a effectué un versement à un ayant droit à la place d'un tiers tenu de le faire peut agir contre ce tiers pour être indemnisée. Cette « répercussion » peut être aménagée en tant que subrogation, respectivement cession légale, mais aussi en tant que droit originaire de son bénéficiaire. Lorsque le droit des assurances sociales prévoit un recours, il fait souvent allusion à une subrogation ; mais, même lorsque tel n'est pas le cas, le titulaire du droit de recours a une créance directe en compensation contre le tiers alors que le créancier initial n'a plus aucun droit contre ce tiers, dans la mesure où il a été désintéressé. Il n'y a aucun motif de penser que la notion de « Rückgriff », respectivement « regresso » de l'art. 26, al. 4, LPP devrait avoir une autre signification que partout ailleurs dans l'ordre juridique. La version française («Lorsque l'institution de prévoyance tenue de verser la prestation est connue, l'institution tenue de verser la prestation préalable peut répercuter la prétention sur elle ») renonce certes au terme technique « recours », mais souligne également qu'il appartient à l'institution de prévoyance tenue de verser la prestation préalable d'agir contre l'autre. La même solution découle également de la ratio legis de cette disposition, à savoir qu'il s'agit d'améliorer la position de l'assuré se trouvant face à plusieurs institutions de prévoyance en ne sachant pas bien laquelle est tenue de verser la prestation. Il est conforme à ce but que l'assuré ne doive s'en tenir qu'à l'institution de prévoyance tenue de verser la prestation préalable et qu'il puisse lui laisser le soin de se retourner ensuite contre d'autres institutions potentiellement tenues de verser la prestation. Le danger de jugements contradictoires, tel qu'il peut se présenter en cas de fors différents (art. 73, al. 3, LPP), peut être évité si, dans la procédure contre l'une des institutions de prévoyance, le litige est dénoncé aux autres institutions potentiellement tenues de verser la prestation, ce qui entraîne l'extension des effets du jugement également à leur égard.

En résumé, l'institution de prévoyance qui a versé des prestations préalables peut, dans la mesure correspondante, exercer directement et de plein droit un recours contre l'institution de prévoyance tenue de verser les prestations définitives. Le recours doit dès lors être rejeté.

739 Changement de jurisprudence concernant le délai de prescription des cotisations selon l'art. 41 LPP et la compétence pour juger des prétentions en réparation consécutives à une violation du contrat d'affiliation

(Référence à un arrêt du TF du 25 janvier 2010 en la cause Fondation collective LPP de Swiss Life contre L., 9C_173/2009, publication ATF prévue ; arrêt en allemand)

(Art. 41, al. 2, et 73 LPP)

En janvier 2008, la fondation collective a ouvert action en paiement contre L., propriétaire d'une plâtrerie, devant le tribunal cantonal des assurances pour les cotisations de l'employeur et du salarié concernant un salarié soumis à l'assurance et correspondant à la période de 1985 à 1995, plus intérêts moratoires. Après le rejet de son action par le tribunal cantonal pour cause de prescription de la créance invoquée, elle a interjeté un recours en matière de droit public en concluant à l'annulation de la décision cantonale et au renvoi de la cause à l'instance précédente pour jugement quant au fond.

Saisi de ce recours, le TF retient que le salarié P. a été admis rétroactivement, en 2001, dans l'assurance de prévoyance professionnelle de la recourante pour la période de cotisations allant d'août 1985 à août 1995 (date de la fin du contrat de travail), sur quoi la fondation collective a versé à P. l'avoir de prévoyance correspondant, a facturé à l'ancien employeur L. le solde du compte de paiement des primes et a ensuite engagé une poursuite pour cette créance. Le point litigieux à examiner dans la procédure devant le TF est de savoir si c'est à juste

titre que le tribunal cantonal a considéré que la créance invoquée après coup par voie d'action pour des cotisations était prescrite.

Comme la loi ne connaît une règle d'échéance que depuis la 1re révision de la LPP (art. 66, al. 4, LPP), la réglementation de l'échéance est en l'espèce celle prévue par la disposition réglementaire de la recourante applicable ici, selon laquelle les cotisations sont échues à l'avance au début de chaque année d'assurance en un seul et même montant. La question qui doit être tranchée est celle de la prescription en lien avec les prétentions en paiement des cotisations qui sont prélevées rétroactivement pour une période pendant laquelle l'institution de prévoyance n'avait manifestement aucune connaissance du rapport individuel d'assurance. Il s'agit d'abord de se demander si le début de l'exigibilité, qui va de pair avec le début du délai de prescription, intervient déjà immédiatement au début de chaque année d'assurance (selon la disposition réglementaire), respectivement selon la norme de l'art. 66, al. 4, LPP, ou si la l'exigibilité ne peut prendre naissance qu'au moment de la formation effective du rapport individuel d'assurance (à l'admission ultérieure de P. dans la prévoyance professionnelle). Selon la jurisprudence du TFA puis, dès 2007, du TF, le début du délai de prescription selon l'art. 41, al. 2, LPP (ancien art. 41, al. 1, LPP) correspondait à la création du rapport juridique, indépendamment même du fait qu'il s'agisse de l'affiliation d'un employeur à l'institution de prévoyance (avec effet collectif en ce qui concerne les salariés) ou de la formation d'un rapport individuel d'assurance entre l'institution de prévoyance et le salarié individuel. Le TF décide, en changeant sa jurisprudence, que, désormais, si le rapport d'affiliation existe, le délai de prescription des cotisations ne commence pas à courir seulement au moment de la conclusion ultérieure d'un contrat de prévoyance pour un salarié déterminé, mais dès l'échéance des primes correspondant à la prestation en travail soumise à cotisations (la date de l'échéance se déterminant soit selon la disposition réglementaire soit selon l'art. 66, al. 4, LPP).

Dans ce contexte juridique, le TF examine ensuite si l'ignorance (restant encore à constater définitivement) de l'institution de prévoyance et une éventuelle violation de l'obligation de déclarer de l'employeur (art. 10 OPP 2) ont une incidence sur l'échéance de la dette de cotisations. Selon la jurisprudence et la doctrine majoritaire relatives à l'art. 130, al. 1, CO, une créance devient exigible sans qu'il faille se demander si le créancier a ou peut avoir connaissance de cette créance et de son exigibilité. Le TF en arrive alors à la conclusion que, si le débiteur devait répondre de l'ignorance provisoire de la créancière, la survenance de l'exigibilité dépend exceptionnellement de la connaissance que cette dernière a des fondements de sa créance. Comme le moment où toutes les données nécessaires au calcul de la créance en cotisations sont réunies dépend également de la diligence de l'institution de prévoyance, ce n'est pas sa connaissance effective mais déjà la connaissance que l'on peut lui imputer normativement– que l'on peut raisonnablement attendre de sa part – qui déclenche le départ du délai. Cette exception au principe selon lequel la créance encore inconnue du créancier peut également devenir exigible ne se justifie toutefois qu'en cas de violation qualifiée de l'obligation de déclarer par l'employeur dans le sens d'une omission inexcusable, mais pas si l'employeur a simplement négligé son obligation de s'affilier.

En cas de comportement reprochable du débiteur, l'échéance de la créance périodique individuelle de cotisations est reportée sans limites dans le temps jusqu'au moment où l'on peut raisonnablement considérer que la créancière des cotisations aurait dû en avoir pris connaissance. Comme une possibilité rétroactivement non limitée de recouvrer la créance originaire en cotisations – contrairement, à titre comparatif, aux prétentions secondaires découlant d'une violation du contrat, qui se prescrivent par dix ans à compter de la violation de l'obligation – ne serait pas conciliable avec le système de la prescription dans son ensemble, le délai de prescription relatif de cinq ans à compter de la prise de connaissance raisonnablement supputée (art. 41, al. 2, LPP) doit être complété, dans le sens du comblement d'une lacune, par un délai absolu : la créance individuelle de cotisations se prescrit en tous les cas par dix ans à compter de sa naissance (virtuelle)

y compris si l'on admet une violation qualifiée de l'obligation de déclarer et si l'institution de prévoyance a ignoré durablement sans faute de sa part les faits justifiant le prélèvement de cotisations.

Le tribunal cantonal, auquel la cause est renvoyée, devra établir s'il y a eu une violation qualifiée de l'obligation de déclarer de L. en ce qui concerne le fait de ne pas avoir annoncé P. à la fondation collective et le moment à partir duquel il faut raisonnablement admettre que l'institution de prévoyance aurait dû connaître l'obligation d'assurance de P. Selon le résultat de ces mesures d'instruction, la créance s'avérera prescrite ou (partiellement) non prescrite.

Si les créances originaires de cotisations sont prescrites, il faut se demander, à titre subsidiaire, si les conditions de prétentions secondaires en dommages-intérêts découlant d'une violation du contrat sont remplies (point besoin, pour l'admettre, d'une violation qualifiée de l'obligation de déclarer, mais une négligence légère suffit). Selon la jurisprudence rendue jusqu'ici, il incombait à la justice civile de se prononcer sur les créances en réparation découlant de l'inexécution ou de la mauvaise exécution d'un contrat d'affiliation. Comme la situation juridique s'est entre-temps modifiée, un changement de jurisprudence se justifie sur ce point : dès lors, lorsqu'un droit à des dommages-intérêts résultant d'une violation des obligations stipulées dans le contrat d'affiliation, dont la nature relève spécifiquement du droit de la prévoyance professionnelle, est en cause, c'est désormais, en raison de ce lien direct de fait, le tribunal de la prévoyance professionnelle prévu à l'art. 73 LPP qui est matériellement compétent.

740 Compensation du droit à une retraite anticipée avec la créance en réparation du dommage basée sur l'art. 52 LPP

(Référence à un arrêt du TF du 16 décembre 2009, cause 9C_697/2008 ; en français)

(Art. 39 et 52 LPP, art. 120 s. CO)

Le TF rappelle tout d'abord que la compensation de créances réciproques constitue un principe juridique général, ancré en droit privé aux art. 120 s. CO, qui trouve application en droit administratif. En droit des assurances sociales plus particulièrement, le principe est reconnu, même dans les branches qui ne le prévoient pas expressément; du reste, la plupart des lois d'assurances sociales connaissent une réglementation spécifique. Dans le domaine de la prévoyance professionnelle, la question particulière de la compensation de créances est réglée de manière spécifique à l'art. 39 al. 2 LPP. Selon cette disposition légale, le droit aux prestations ne peut être compensé avec des créances cédées par l'employeur à l'institution de prévoyance que si ces créances ont pour objet des cotisations non déduites du salaire. Cette interdiction quasi générale de compenser des expectatives de prévoyance professionnelle ne vaut pas lorsque les prestations sont exigibles (ATF 132 V 127 consid. 6.1.1 et 6.1.2 p. 135 s.). L'art. 39 al. 2 LPP cependant ne règle pas la question de la compensation des créances propres à l'institution de prévoyance avec celles de la personne assurée. Dans ce cas, les dispositions du code des obligations qui en fixent les conditions sont applicables par analogie (art. 120 s.). Toutefois, en raison de la nature des créances en cause et compte tenu de l'art. 125 ch. 2 CO, une créance d'une institution de sécurité sociale ne peut être compensée avec une prestation due à un assuré, si de ce fait les ressources de celui-ci descendent au-dessous du minimum vital (ATF 128 V 50 consid. 4a p. 53).

En l'espèce, l'institution de prévoyance intimée a opposé au recourant (assuré et organe de l'institution de prévoyance) sa créance en réparation du dommage de l'art. 52 LPP en compensation au droit du recourant à une rente mensuelle de retraite anticipée. Le TF a confirmé cette créance en réparation admise par la juridiction cantonale. Le TF a retenu un comportement illicite de la part du recourant, dont la déloyauté par une opération de rachat de droit d'option effectuée à l'insu de l'institution de prévoyance et la tromperie l'ayant amenée à verser une somme non due sur un compte de transit dont il était seul à savoir qu'il lui appartenait en réalité, ont causé un dommage à l'intimée.

Selon le TF, la compensation par l'institution de prévoyance du droit exigible d'un organe à une rente de vieillesse de la prévoyance professionnelle avec une créance en réparation du dommage de l'art. 52 LPP existant à son encontre est admissible, sous réserve d'une atteinte au minimum vital (cf. arrêt B 99/05 du 12 juin 2006, résumé dans le Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 94 ch. 554). Or, lors du jugement attaqué du 1er juillet 2008, le droit du recourant à une rente mensuelle de retraite anticipée était exigible depuis le 1er avril 2004 et la créance de l'intimée en réparation du dommage de l'art. 52 LPP existant à l'encontre du recourant était également exigible. Ainsi, la compensation opérée par l'intimée était admissible, dès lors qu'il est établi que la limite du minimum vital n'était alors pas atteinte.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 116

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

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

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

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

Les personnes exerçant une activité indépendante ne sont légalement pas soumises à l'assurance obligatoire de prévoyance professionnelle. Toutefois, il doit leur être donné la possibilité de s'assurer facultativement (art. 113 al. 2 let. d Cst.). Ce mandat constitutionnel a été repris dans son principe à l'art. 4 LPP et concrétisé aux art. 44 et 45 LPP. L'art. 4 LPP règle l'assurance facultative dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité : les salariés et les indépendants qui ne sont pas soumis à l'assurance obligatoire peuvent se faire assurer à titre facultatif conformément à la LPP (al. 1). Les dispositions sur l'assurance obligatoire, en particulier les limites de revenu fixées à l'art. 8 s'appliquent par analogie à l'assurance facultative (al. 2).

La 1re révision de la LPP est entrée en vigueur le 1er janvier 2005 selon la loi fédérale du 3 octobre 2003 (RO 2004 1700). L'art. 4 al. 3 et 4 LPP contient de nouvelles règles pour l'assurance facultative des travailleurs indépendants: 3 Les travailleurs indépendants ont d'autre part la possibilité de s'assurer uniquement auprès d'une institution de prévoyance active dans le domaine de prévoyance étendue, et notamment auprès d'une institution de prévoyance non inscrite au registre de la prévoyance professionnelle. Dans ce cas, les al. 1 et 2 ne s'appliquent pas.

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

A l'ATF 134 V 170 (résumé dans le Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 106 ch. 643), le TF a interprété l'art. 4 al. 4 LPP en fonction du sens qui ressortait des travaux préparatoires de cette disposition par le législateur : celui-ci a eu la volonté claire d'assouplir l'affectation des moyens de la prévoyance professionnelle (réglée sinon très strictement par la LPP et la LFLP) dans le cas de la prévoyance professionnelle facultative des indépendants, en faisant une exception pour le prélèvement à des fins d'investissements dans l'entreprise.

Le versement anticipé et le paiement en espèces de cotisations ou de montants accumulés auprès d'une institution de prévoyance sont admissibles dans des limites clairement établies, notamment aux fins d'investissements dans l'entreprise (ATF 134 V 170 consid. 4.4 p. 180). Le remplacement d'une installation surannée de stockage de fourrage par un agriculteur indépendant constitue un investissement classique dans l'entreprise. Il en va de même si la demande porte sur des moyens provenant de l'institution de prévoyance pour payer le partenaire d'affaires, puisqu'il s'agit alors d'investissements dans l'inventaire. L'utilisation de ces moyens sert également à la survie de l'entreprise et à la garantie du minimum vital et doit être considérée comme faisant partie de la prévoyance professionnelle au sens le plus large (ATF 134 V 170 consid. 5 p. 181).

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

Dès lors, la première question qui se pose est celle de savoir s'il existe une base juridique pour le versement partiel de l'avoir de prévoyance sollicité par l'intimé si l'assurance facultative est maintenue. Dans l'ATF 134 V 170, le TF n'a pas eu à trancher cette question car, dans l'affaire jugée alors, l'agriculteur indépendant avait résilié son assurance facultative de prévoyance professionnelle (p. 174 consid. 4 au début). Dans le domaine de la prévoyance plus étendue, en particulier dans le cas de l'assurance facultative selon l'art. 4 LPP, le rapport juridique entre l'institution de prévoyance et l'assuré se fonde sur un contrat de prévoyance de droit privé qui, du point de vue de la dogmatique juridique, doit être classé parmi les contrats innommés (ATF 132 V 149 consid. 5 p. 150 avec renvois, 130 V 103 consid. 3.3 p. 109, 116 V 218 consid. 2 p. 221; voir aussi ATF 119 V 283 consid. 2a). Incontestablement, les conditions contractuelles entre les parties ne règlent pas un versement partiel intervenant alors que le rapport d'assurance est maintenu. Quant à la loi, elle ne connaît la possibilité d'un versement anticipé partiel des moyens de prévoyance liés que dans le cadre de l'encouragement à l'acquisition de la propriété d'un logement (art. 30c LPP). En revanche, la LFLP, en particulier son art. 5 al. 1, ne prévoit pas un versement partiel en espèces lors de la prise d'une activité lucrative indépendante. Un droit à la prestation de sortie existe seulement si l'assuré met fin à ses relations contractuelles avec l'institution de prévoyance, car il ne peut pas sortir partiellement de l'institution de prévoyance. Pour ce motif, un versement partiel pour des investissements dans l'entreprise ne peut dès lors pas être convenu dans les conditions du contrat de prévoyance. Le versement en espèces de l'avoir de vieillesse accumulé dans la prévoyance professionnelle facultative considéré comme admissible par l'ATF 134 V 170 pour des investissements pour l'entreprise n'entre dès lors en ligne de compte que si l'assuré résilie le contrat de prévoyance et met fin à ses rapports avec son institution de prévoyance. Le versement partiel sollicité par l'intimé à concurrence de 200'000 francs n'est donc pas admissible. Compte tenu de l'affectation des moyens de prévoyance contenue à l'art. 4 al. 4 LPP et de l'absence de possibilité d'un versement partiel, l'intimé fait fausse route en invoquant divers droits constitutionnels.

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

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

(Art. 12 et 41 LPP)

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

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

En tant que première instance, le Tribunal administratif fédéral (TAF) est cependant parti d'une affiliation forcée selon l'art. 12 LPP parce que la sortie de deux salariés avait créé des cas de libre passage. Selon la jurisprudence rendue jusqu'à présent, qui voit un cas spécial d'affiliation forcée dans l'art. 12 LPP en relation avec l'art. 2 al. 1 de l'ordonnance sur les droits de l'institution supplétive en matière de prévoyance professionnelle (RS 831.434), la créance de cotisations de l'institution supplétive est également prescrite comme le TAF l'a finalement retenu de manière conforme au droit fédéral. L'art. 3 al. 1 de l'ordonnance fonde de manière conforme à la loi et à la constitution un droit matériel de l'institution supplétive aux cotisations correspondant à la période pendant laquelle l'employeur, bien que soumis aux obligations de la prévoyance professionnelle, ne s'était toutefois pas encore affilié à une institution de prévoyance (ATF 131 II 562 consid. 3.2 et autres arrêts). Cela est ici sans conteste le 1er janvier 1985, date de l'entrée en vigueur de la LPP. En outre, l'affiliation selon l'art. 2 al. 1 de l'ordonnance exige, comme celle basée sur l'art. 11 al. 6 LPP, un acte juridique d'autant que le jour de l'affiliation rétroactive résulte non pas de la loi mais, selon les circonstances concrètes, seulement de la décision (ici, justement le 1er janvier 1985). La créance de cotisations prend ainsi naissance également sous l'angle de l'art. 2 al. 1 de l'ordonnance seulement avec la décision d'affiliation (ici, le 3 août 1985), moment où elle est exigible et où la prescription selon l'art. 41 al. 2 LPP commence à courir (art. 130 al. 1 CO).

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

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

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

(Art. 123 al. 2 CC)

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

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

Un simple déséquilibre entre les situations financières des parties n'est toutefois pas suffisant pour déroger au droit au partage par moitié, qui dépend de ce qui a été acquis pendant le mariage et exprime la communauté de destin liée au mariage. Pour y déroger, encore faut-il que le partage par moitié entraîne une disproportion manifeste dans la prévoyance globale des parties.

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

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

A la suite du partage par moitié du 2e pilier des parties, la prévoyance globale de l'épouse se composerait de sa rente AVS, du montant de 159'123 fr. provenant de la liquidation du régime matrimonial et d'un avoir de prévoyance professionnelle légèrement supérieur à 353'755 fr. 75 [(760'363 fr. - 119'765 fr.) : 2] + [(80'392 fr. 65 - 13'479 fr. 15) : 2]. Quant au mari, il disposerait de sa rente AVS, du solde éventuel de sa fortune (87'220 fr. + 75'000 fr.) et de son avoir de prévoyance professionnelle. Contrairement à son épouse, il aura la

possibilité d'augmenter le montant de 353'755 fr. 75 issu du partage par moitié d'ici à l'âge de sa retraite. Cela étant, au vu du montant de son salaire (environ 5'200 fr. net) et du nombre d'années de cotisations qui lui restent (17 ans depuis le jugement de divorce), cette augmentation ne sera pas significative. A titre indicatif, on peut relever que, pendant les 18 ans de mariage, le mari a accumulé un 2e pilier de 66'913 fr. 50. On ne saurait donc considérer que la prévoyance globale respective des parties présente une disproportion manifeste. Il faut encore observer que le montant élevé de la prévoyance professionnelle accumulée pendant les 18 ans de mariage par l'épouse (640'598 fr.) s'explique non seulement par le montant de ses revenus (10'000 fr. brut par mois) mais aussi par les rachats de cotisations qu'elle a effectués par des prélèvements sur son salaire. En 2002, elle a par exemple versé 25'488 fr. de cotisations LPP sur un salaire de 123'175 fr. A défaut de rachats, ces montants seraient entrés dans le compte d'acquêts de l'épouse (art. 197 al. 2 ch. 1 CC) et auraient ainsi été partagés par moitié dans le cadre de la liquidation du régime matrimonial (art. 215 al. 1 CC). Sous cet angle, le partage par moitié n'apparaît pas manifestement choquant, absolument inique ni encore, complètement insoutenable.

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

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

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

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

Après l’entrée en force du jugement de divorce des époux P., le juge du divorce a transmis la cause au tribunal cantonal compétent en vertu de l’art. 25a LFLP en relation avec l’art. 73 LPP pour le partage des prestations de sortie. Ce tribunal a partiellement admis la demande de partage par moitié de l’avoir de l’époux et a astreint la caisse de pensions au versement de 22‘014 fr. 95 (plus intérêts) sur un compte de prévoyance ou de libre passage de P. encore à déterminer. La caisse de pensions interjette un recours en matière de droit public au TF contre ce jugement de l’instance précédente en concluant à son annulation.

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

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

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

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

(Art. 22 al. 2 LFLP)

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

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

L'instance précédant le TF a procédé selon cette méthode (prise en compte des intérêts sur la prestation de sortie existant lors de la conclusion du mariage jusqu'au moment du versement anticipé, puis seulement sur le montant résiduel en mains de l'institution de prévoyance). Le TF n'a pas besoin de vérifier en l'espèce si une méthode plus favorable au recourant serait correcte : comme le montant calculé par l'instance précédente selon le droit du partage de la prévoyance a dû être corrigé par le TF (en raison de la perte résultant de la vente de l'immeuble, l'obligation de rembourser du recourant s'est réduite, selon l'art. 30d al. 5 LPP, au produit réalisé ; la perte a déjà été prise en compte dans la liquidation du régime matrimonial intervenue dans la procédure de divorce), il s'ensuit que l'intimée a un droit correspondant exactement au montant voulu par le recourant (Fr. 268'697.80 [prestation de sortie au moment du divorce] – Fr. 134'303.80 [prestation de sortie au moment de la conclusion du mariage, augmentée des intérêts jusqu'au moment du versement anticipé] – Fr. 8'784.10 [intérêts sur l'avoir restant après le versement anticipé, jusqu'au moment du divorce] = Fr. 126'609.90, divisé par 2 = Fr. 62'804.95). Comme le TF ne peut aller au-delà des conclusions des parties (art. 107 al. 1 LTF), l'application d'une méthode de calcul plus favorable au recourant est d'emblée exclue.

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

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

(Art. 25a LFLP, 122 CC)

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

Tribunal cantonal a admis l'action, sur quoi la NAB-2 a interjeté un recours en matière de droit public au TF en concluant à l'annulation du jugement cantonal et au rejet de l'action.

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

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

Le TF examine si les faits établis permettent de conclure que le versement anticipé était illicite ou que la fondation recourante a failli à son devoir de diligence. Le versement anticipé n'est pas illicite notamment parce que l'assuré était déjà divorcé au moment de la demande et que, dès lors, le consentement du conjoint n'était plus nécessaire (art. 30c al. 5 LPP, respectivement art. 331e al. 5 CO). En outre, le versement anticipé intervenu seulement après la date de référence (entrée en force du jugement de divorce) ne pouvait d'emblée plus avoir d'influence sur le montant de la prétention revenant à l'intimée (calculée à la valeur de la date du divorce). Le versement anticipé porte atteinte non pas au droit de l'intimée mais tout au plus au substrat d'exécution pour ce droit. Un fait juridique ne saurait être qualifié d'illicite parce qu'il est possible qu'il ait pour effet que le débiteur n'ait plus suffisamment de moyens pour s'acquitter de ses dettes (demeurent réservées les possibilités d'agir selon les art. 285 ss LP). C'est dire que le versement anticipé n'était pas illicite. En outre, il n'y a pas non plus de violation par la fondation de libre passage de son obligation de diligence. Il n'existe pas de base légale expresse exigeant une vérification du jugement de divorce dans l'optique de l'exécution du partage de la prévoyance éventuellement ordonné par ce jugement, dans les cas où un assuré divorcé demande un versement anticipé de son institution de prévoyance professionnelle. Une telle obligation des institutions de prévoyance ne se justifie pas non plus au nom des principes généraux du droit, du moins pas en l'absence d'indices concrets que le versement anticipé empêcherait l'exécution de la compensation de la prévoyance. Ce qui est ainsi exigé, c'est une vérification de l'état civil et des indications données sur le formulaire de demande, ce que la fondation recourante a fait en l'espèce, mais pas de plus amples recherches sur toutes les situations envisageables qui pourraient éventuellement se présenter en rapport avec le versement. En outre, dans le cadre de la procédure de divorce (art. 137 al. 2 CC) ou de la procédure selon l'art. 25a LFLP, les conjoints peuvent empêcher, par le biais de mesure provisoires, une décision illicite sur l'avoir de prévoyance entre le moment du divorce et l'exécution du partage (en l'espèce, cela n'était guère possible parce que la procédure de divorce a eu lieu à l'étranger et que la procédure selon l'art. 25a LFLP a été introduite seulement après le paiement du versement anticipé). Globalement, on ne voit pas d'indices qui, selon les règles de la bonne foi, auraient dû amener la recourante à envisager un examen plus approfondi. Dans ces conditions, une violation de son devoir de diligence par la recourante ne pourrait être admise que s'il existait en général une obligation de vérifier, dans tous les cas d'assurés divorcés, l'exécution d'une éventuelle décision ordonnant le partage de la prévoyance, ce qui n'est toutefois pas le cas.

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

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 115

718 Partage des prestations de sortie en cas de divorce et versement anticipé dans le cadre de l'encouragement à la propriété du logement : quid lorsque la prestation de sortie ne couvre pas la créance de compensation au sens de l'art. 122 CC ?

(Référence à un arrêt du TF du 3 septembre 2009, 9C_1051/2008, 9C_10/2009, ATF 135 V 324 ; arrêt en français)

(Art. 122 CC et 30c LPP)

La juridiction cantonale a condamné l'institution de prévoyance de l'ex-époux à transférer un montant sur le compte de libre passage de l'ex-épouse, en tenant compte, dans le calcul de la prestation de sortie de l'ex-époux, du versement anticipé qu'il avait antérieurement obtenu de son institution de prévoyance de l'époque dans le cadre de l'encouragement à la propriété du logement.

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, soit l'ensemble des prétentions issues des piliers 2a et 2b. En font aussi partie les avoirs de libre passage utilisés pour acquérir un logement à titre d'encouragement à l'accession de la propriété aux conditions prévues par les art. 30c ss LPP et l'Ordonnance sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle (OEPL ; RS 831.411), puisqu'ils demeurent liés à un but de prévoyance. En cas de divorce, et si aucun cas de prévoyance n'est encore survenu pour le preneur d'assurance, ces fonds liés investis dans le logement doivent être partagés selon les art. 122 et 123 CC (art. 30c al. 6 LPP).

En l'espèce, l'ex-époux a été bénéficiaire d'un versement anticipé investi dans le logement, mais les avoirs auprès de son institution de prévoyance ne suffisent pas à couvrir le montant de la créance de compensation au sens de l'art. 122 CC reconnue à l'ex-épouse par la juridiction cantonale. Il se pose la question de savoir de quelle manière cette créance doit être exécutée, plus particulièrement si l'institution de prévoyance de l'ex-époux peut être tenue de verser la différence entre les deux montants déterminés sur le compte de libre passage de l'ex-épouse, comme l'a ordonné l'autorité cantonale.

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a donné raison à l'institution de prévoyance de l'ex-époux en ce sens qu'il a reconnu que, si le partage des prestations de sortie est en soi possible et réalisable, le versement de la créance en compensation dévolue à l'ex-épouse ne peut être exécuté à la charge de l'institution de prévoyance de l'ex-époux que dans les limites du fonds effectivement à disposition de celle-ci. Pour le reste, il incombe à l'ex-époux, qui a profité du versement anticipé, de s'acquitter lui-même du solde restant en faveur de l'ex-épouse auprès de l'institution de prévoyance ou de libre passage de la créancière.

719 Contribution des rentiers à l'assainissement d'une institution de prévoyance ; interprétation de l'art. 65d LPP

(Référence à un arrêt du TF du 3 juillet 2009 en la cause Fonds de garantie LPP et Caisse de retraite de Suisse orientale contre P ainsi que Caisse de retraite de Suisse orientale et Fonds de garantie LPP contre B, F, K, U, S et T, 9C_708/2008, 9C_709/2008, 9C_899/2008, 9C_904/2008, publication ATF prévue ; arrêt en allemand)

(Art. 65d LPP)

Dans cette procédure devant le TF, le litige portait sur le point de savoir si une contribution d'assainissement pouvait être exigée des rentiers de la Caisse de retraite de Suisse orientale, pure caisse de retraités, en tant que mesure destinée à résorber le découvert de l'institution de prévoyance. L'instance précédente du TF, le TAF, avait refusé le prélèvement d'une telle contribution auprès des bénéficiaires de rente, et cela aussi bien en ce qui concerne les anciens bénéficiaires qui avaient commencé à toucher leur rente avant la liquidation partielle de 1999, à la suite de laquelle des fonds libres avaient été répartis, qu'en ce qui concerne les nouveaux bénéficiaires, dont le droit à la rente était né après cette liquidation partielle. Tant la Caisse de retraite de Suisse orientale que le Fonds de garantie LPP ont recouru contre ces deux décisions du TAF (l'une concernant les anciens et l'autre les nouveaux bénéficiaires de rente) devant le TF qui, par la suite, a regroupé les quatre procédures.

Le TF nie la qualité pour recourir au Fonds de garantie LPP, car il ne remplit pas les conditions développées par la jurisprudence pour la légitimation de tiers à recourir à la place du destinataire dans la mesure où il n'est pas touché directement dans ses intérêts patrimoniaux par la décision attaquée ; cette décision augmente tout au plus la probabilité de son obligation future de fournir des prestations en cas d'insolvabilité de l'institution de prévoyance concernée. C'est pourquoi le TF n'entre pas en matière sur le recours du Fonds de garantie LPP. Il reconnaît en revanche la qualité pour recourir de la Caisse de retraite de Suisse orientale, destinataire directement touchée de la décision de l'instance précédente, raison pour laquelle il peut être entré en matière sur son recours.

Le TF relève d'abord que l'obligation formelle d'approbation incombant à l'autorité de surveillance ne concerne que la modification du règlement liée aux mesures destinées à résorber le découvert (en l'espèce, l'avenant au règlement prévoyant la déduction de 20 % sur les rentes en cours), mais pas la planification des mesures en tant que telle (voir art. 62, al. 1, let. a, LPP). En outre, dans l'examen de plans d'assainissement, l'autorité de surveillance doit se limiter à un contrôle juridique, ce qui signifie que, comme le pouvoir de cognition de l'instance supérieure ne peut être que plus restreint et non pas plus large que celui de l'instance inférieure, le TAF également doit se borner à un contrôle juridique en dérogation à l'art. 49, let. c, PA. De surcroît, seul peut être entrepris un contrôle abstrait des normes de la modification litigieuse du règlement ; les différents bénéficiaires de rente doivent en revanche faire valoir leurs prétentions individuelles par la voie de l'action en justice prévue par l'art. 73 LPP.

Le TF résume les faits incontestés qui consistent en ceci que l'intimée 1 (P) a touché une rente d'invalidité depuis 1990 (ancienne bénéficiaire de rente) ; cette rente a été augmentée de 26,4 % dans le cadre de la liquidation partielle de 1999 grâce à la répartition de fonds libres. A l'occasion de cette liquidation partielle, les intimés 2 (B, F, K, U, S et T) ont obtenu grâce aux fonds libres une augmentation de leurs comptes individuels de libre passage de 34 %. Ils ont touché après coup une rente calculée sur la base de cet avoir augmenté de 34 % (nouveaux bénéficiaires de rente). Entre 2004 et 2005, le taux de couverture de l'institution de prévoyance a baissé de plus de 3,5 %, à 86,28 %, raison pour laquelle il est également incontesté que l'institution de prévoyance était contrainte d'entreprendre des mesures d'assainissement (art. 65c, al. 1, let. b, et art. 65d, al. 1, LPP). Litigieuse est en revanche la légalité de la mesure d'assainissement ordonnant qu'une contribution

représentant 20 % de la rente actuelle soit déduite des rentes que touchent les bénéficiaires qui ont obtenu des fonds provenant de la liquidation partielle (soit également les intimés).

Le TF rappelle ensuite la genèse de l'actuel art. 65d, al. 3, let. b, LPP. Selon cette disposition, qui s'applique également dans le cas de la prévoyance surobligatoire (art. 49, al. 2, ch. 16, LPP), le prélèvement de contributions auprès des rentiers pour résorber des découverts est expressément admissible à certaines conditions.

Selon le TF, le principe de subsidiarité posé à l'art. 65d, al. 3 (début), qui veut que les contributions des rentiers ne soient admissibles que lorsque d'autres mesures (moins lourdes) n'atteignent pas le but visé, n'a pas été violé. Il n'y avait pas d'autres mesures envisageables pour résorber le découvert dans un délai approprié (art. 65d, al. 2, LPP) étant à préciser que l'approbation de l'autorité de surveillance, ou le contrôle judiciaire portant sur l'aspect de la résorption du découvert dans un délai approprié (c'est-à-dire, selon le Message, de 5 à 7 ans et, à titre exceptionnel seulement, de plus de 10 ans), ne peut être qu'un instantané; cette condition doit déjà être considérée comme remplie lorsqu'au moment de la décision du conseil de fondation sur les mesures d'assainissement, il apparaît très probable, sur la base d'une analyse réaliste de la situation, que d'autres mesures ne suffiront pas pour résorber le découvert. A la lumière de ce critère, il apparaît hautement irréaliste qu'une amélioration de la politique des placements puisse suffire à résorber le découvert. De même, l'institution de prévoyance ne peut différer des mesures d'assainissement jusqu'à connaissance du résultat du procès en responsabilité qu'elle a intenté contre son ancienne experte en prévoyance professionnelle. La condition de la subsidiarité de la contribution des bénéficiaires de rente est ainsi remplie.

Les prestations légales minimales sont impératives directement de par la loi, même si le règlement de l'institution de prévoyance ne contient pas de réserve à ce sujet. Contrairement à l'opinion de l'instance précédente, le fait que l'avenant au règlement ne contienne aucune mention réservant les prestations légales minimales selon l'art. 65d, al. 3, let. b, 4e phrase, LPP ne conduit donc pas à l'annulation de l'approbation de la modification litigieuse du règlement ; même si l'on peut admettre qu'une réserve des prestations légales minimales doit figurer dans le règlement lui-même, il suffit qu'une telle réserve y soit rajoutée.

Selon l'art. 65d, al. 3, let. b, 5e phrase, LPP, une contribution ne peut être prélevée auprès des bénéficiaires de rente que s'il existe une base réglementaire correspondante. Une telle base est précisément créée par la modification litigieuse du règlement. Son existence au moment de la naissance des rentes ne peut en revanche pas être exigée. Le législateur a prévu à certaines conditions les contributions des rentiers comme mesures d'assainissement admissibles, raison pour laquelle leur admissibilité ne peut pas être niée au motif que les règlements édictés avant l'entrée en vigueur de cette modification législative n'auraient pas prévu de telle contribution. En outre, la contribution des bénéficiaires de rente n'est pas à mettre sur le même plan qu'une réduction de la rente d'origine (voir à ce sujet FF 2003 5858, ch. 2.1.4 ad al. 3, let. a et b).

Selon l'art. 65d, al. 3, 3e phrase, LPP, la contribution des rentiers ne peut être prélevée que sur la partie de la rente en cours qui, durant les dix années précédant l'introduction de cette mesure, a résulté d'augmentations qui n'étaient pas prescrites par les dispositions légales ou réglementaires. L'amélioration des prestations rendue possible par les fonds libres provenant de la liquidation partielle de 1999 ne doit être considérée comme une augmentation prescrite ni par la loi (voir art. 23, al. 1, LFLP : « s'ajoute au droit à la prestation de sortie » fait référence au fait qu'un tel droit ne concerne que les destinataires sortants) ni par le règlement (aucune disposition à ce sujet n'est contenue dans le règlement). Les augmentations de rentes qui ont été financées par les fonds libres générés lors de la liquidation partielle peuvent donc faire l'objet d'une compensation avec la contribution des bénéficiaires de rente.

En vertu de l'art. 65d, al. 3, let. b, 6e phrase, le montant des rentes tel qu'il se présentait au moment de la naissance du droit à la rente doit en tous les cas rester garanti. En ce qui concerne les anciens bénéficiaires de rentes, le TF relève qu'avec une augmentation de la rente de 26,4 % suite à l'affectation de fonds libres dans le cas de la liquidation partielle de 1999, suivie d'une réduction de la rente de 20 %, la valeur initiale de la rente reste dépassée, raison pour laquelle le prélèvement de la contribution d'assainissement auprès des anciens bénéficiaires n'est pas contraire à l'art. 65d, al. 3, let. b, 6e phrase, LPP. Pour ce qui est des nouveaux rentiers, le TF retient que la teneur de la disposition plaide contre une réduction de leurs rentes. Il s'agit cependant d'examiner si cette teneur correspond au sens véritable de la loi; s'il existe des motifs importants de penser que tel n'est pas le cas, il est permis de s'écarter du texte clair d'une disposition. Le TF se base sur la genèse de la norme, qui révèle que l'intention première du législateur était de garantir le niveau réglementaire des rentes existant au moment de la naissance du droit à la rente et non pas, en tout cas pas expressément, de favoriser les augmentations de prestations déjà allouées spontanément (c'est-à-dire sans être prescrites par des dispositions légales ou réglementaires) au début du droit à la rente. Tenant compte en outre du principe de l'égalité de traitement entre les anciens et les nouveaux bénéficiaires de rente et considérant que la prévoyance professionnelle est fondée sur le principe de la capitalisation, selon lequel on ne peut verser plus de prestations qu'il n'existe de moyens (lorsqu'il n'y a plus de fonds libres, des améliorations de prestations ayant été financées par de tels fonds ne peuvent plus être garanties), le TF en arrive à la conclusion que des contributions d'assainissement peuvent être prélevées également sur les rentes des nouveaux bénéficiaires.

Enfin, le TF relève encore expressément que la modification du règlement désormais confirmée entre en vigueur, selon sa teneur, au 1er janvier 2006. Les rentes versées depuis lors qui sont supérieures à celles résultant de la modification du règlement désormais confirmée ont été versées à tort et leur restitution peut être réclamée.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 114

708 Rentes d'invalidité : let. f des dispositions transitoires de la modification du 3 octobre 2003 de la LPP (1re révision LPP)

(Réf. à l'arrêt du TF du 10 août 2009, cause D. contre Fondation institution supplétive LPP, 9C_122/2009 ; destiné à la publication ; arrêt rendu en allemand)

(Let. f des dispositions transitoires de la 1re révision LPP, art. 24 al. 1 LPP et art. 28 al. 1 LAI)

La 4e révision de l 'AI, en vigueur depuis le 1er janvier 2004, a modifié l'échelonnement des rentes de cette assurance. Selon la nouvelle teneur de l'art. 28 al. 1, LAI, les assurés ont droit à une rente entière pour une invalidité d'au moins 70 % (anciennement 66 2/3 %), à trois quarts de rente pour une invalidité de 60 à 69 % (nouveau), à une demi-rente pour une invalidité de 50 (inchangé) à 59 % (nouveau) et à un quart de rente pour une invalidité de 40 à 49 % (inchangé).

Dans la prévoyance professionnelle obligatoire, les rentes d'invalidité sont aussi échelonnées en fonction du taux d'invalidité comme le prévoit la LAI. Jusqu'au 31 décembre 2004, l'art. 24 al. 1 LPP donnait droit à une rente entière pour une invalidité, au sens de l'AI, d'au moins deux tiers et à une demi-rente pour une invalidité d'au moins 50 %. Cette disposition a été modifiée par la 1re révision LPP et adoptée le 3 octobre 2003. Elle est entrée en vigueur le 1er janvier 2005. Désormais, les assurés ont droit à une rente entière pour une invalidité d'au moins 70 %, à trois quarts de rente pour une invalidité d'au moins 60 %, à une demi-rente pour une invalidité d'au moins 50 % et à un quart de rente pour une invalidité d'au moins 40 %.

S'agissant des rentes d'invalidité, la let. f des dispositions transitoires de la 1re révision LPP prévoit ce qui suit :

f. Rentes d'invalidité.

[1] Les rentes d'invalidité en cours avant l'entrée en vigueur de la présente modification sont régies par l'ancien droit.

[2] Pendant une période de deux ans dès l'entrée en vigueur de la présente modification les rentes d'invalidité seront fondées sur le droit en vigueur selon l'art. 24 dans sa version du 25 juin 1982.

[3] Si le degré d'invalidité diminue lors de la révision d'une rente en cours, celle-ci est prise en considération selon l'ancien droit.

[4] Les trois quarts de rente d'invalidité seront introduits seulement après l'entrée en vigueur de la 4e révision du 21 mars 2003 de la LAI.

[5] Les rentes nées après un délai de deux ans dès l'entrée en vigueur de cette modification et qui sont encore des rentes entières sur la base de l'al. 4 seront transformées en trois quarts de rente lors de l'entrée en vigueur de la 4e révision de la LAI, s'il y a aussi transformation en trois quarts de rente dans l'assurance-invalidité.

En l'espèce, le recourant avait perçu de l'AI, du 1er août au 31 décembre 2003, une demi-rente pour une invalidité de 64 % et, depuis l'entrée en vigueur de la 4e révision de l'AI, le 1er janvier 2004, trois quarts de rente pour le même taux d'invalidité. Cette prestation lui avait toutefois été refusée pour les mois d'octobre à décembre 2004, au cours desquels il avait exercé une activité lucrative à temps complet excluant le droit à une rente AI. Depuis le 1er janvier 2005, l'office AI lui accorda à nouveau trois quarts de rente AI pour une invalidité de 64 %. Du fait que les conditions matérielles de révision ou de suppression des rentes d'invalidité LPP sont identiques à celles qui valent pour les rentes AI (ATF 133 V 67), le recourant n'avait pas droit non plus à une rente-LPP pour cette période. Peu importe que, tout en ayant connaissance des décisions de l'AI, l'intimée ait versé une demi-rente LPP sans interruption depuis le 1er août 2003 (comme le montre un décompte du 9.10.2007), donc aussi pour la période du 1er octobre au 31 décembre 2004. Le droit à une demi-rente LPP était donc né à nouveau le 1er janvier 2005, de sorte que c'est à bon droit que le tribunal cantonal avait considéré cette prestation comme tombant sous le coup de l'al. 2 de la let. f des dispositions transitoires de la 1re révision LPP.

Cet al. 2 se rapporte aux droits à des prestations LPP sous forme de rentes nés entre le 1er janvier 2005 (entrée en vigueur de la 1re révision LPP) et le 31 décembre 2006. A la différence de ce qui advient lorsque le droit à prestations a pris naissance avant le 1er janvier 2005, l'applicabilité du nouveau droit n'est pas exclue, mais bien suspendue jusqu'au 31 décembre 2006. Reste à savoir si, à l'issue du délai en question, les rentes LPP nées pendant celui-ci doivent être automatiquement adaptées au nouvel échelonnement fixé à l'art. 24 al. 1 LPP ou si elles ne peuvent l'être qu'à la suite d'une révision de rente due à un changement important du taux d'invalidité. Le tribunal cantonal avait opté pour la seconde solution, statuant que les assurés devenus invalides entre le 1er janvier 2005 et le 31 décembre 2006 et qui selon le nouveau droit pourraient bénéficier d'un quart ou de trois quarts de rente LPP ne pourraient pas y avoir droit, sauf dans le cas où, à partir du 1er janvier 2007, leur taux d'invalidité se modifiait d'une manière justifiant une révision. Ledit tribunal suivait en cela la pratique administrative (Bulletin de la prévoyance professionnelle, OFAS, fasc. 75 du 2.7.2004, n° 445) et la doctrine (Brechbühl Jürg, 1. BVG-Revision - Änderungen bei Invalidenrenten, *in* Schaufhauser/Kieser, Invalidität im Wandel, Saint-Gall, 2006, pp. 73 et 75 ; Moser Markus, Die Anspruchvoraussetzuungen BVG-obligatorischer Invaliditäts- und Hinterbliebenenleistungen nach neuem Recht, *in* RSAS, 2005, p. 157, et in Schaufhauser/Kieser (éd.), Die 1. BVG-Revision - Neue Herausforderungen - Praxisgerechte Umsetzung, Saint-Gall, 2005, p. 89 ; Stauffer Hans-Ulrich, Berufliche Vorsorge, p. 276, n° 741 ; Vetter-Schreiber Isabelle, Aufrechterhaltung erworbener Rentenansprüche bei Invalidität, *in* Prévoyance professionnelle suisse, 2004, fasc. 11, p. 77).

Cependant, ni l'OFAS, ni la doctrine n'expliquent pourquoi la soumission au nouvel échelonnement des rentes devrait dépendre de cette condition supplémentaire que constitue le changement du taux d'invalidité. Or, cette position ne trouve aucun fondement dans le texte de l'al. 2 de la let. f des dispositions transitoires de la 1re révision LPP, qu'il s'agisse de la version allemande, française ou italienne. De plus, elle contredit la jurisprudence selon laquelle les rapports durables de droit des assurances sociales (telles que des prestations d'invalidité) doivent être adaptés aux nouvelles situations juridiques dues à l'intervention du législateur, sous réserve de dispositions transitoires contraires et d'éventuels droits acquis (ATF 121 V 157, consid. 4a, pp. 161 s.; arrêt du TF du 26.3.2009, 8C_502/2007, consid. 6.1.1, destiné à être publié dans ATF 135). Certes, l'al. 2 précité est une disposition transitoire. Mais il concerne les rentes nées dans les deux ans qui suivent l'entrée en vigueur de la 1re révision LPP. S'il visait les rentes nées auparavant, il serait superflu, puisque l'al. 1 règle déjà ce cas. Il en résulterait que les rentes nées à partir du 1er janvier 2005 seraient en principe soumises au nouveau droit. Or, l'al. 2 reporte de deux ans l'applicabilité de ce droit. Depuis le 1er janvier 2007, c'est donc bien le nouveau droit qui s'applique. Celui-ci prévoit qu'une personne invalide à 64 % a droit à trois quarts de rente.

Quant à l'al. 3 de la let. f des dispositions transitoires, il ne saurait justifier l'idée, absente du texte légal, selon laquelle les rentes nées entre le 1er janvier 2005 et le 31 décembre 2006 ne peuvent être modifiées que si le taux d'invalidité a changé. Cette disposition ne s'applique en effet qu'aux rentes déjà en cours lors de l'entrée en vigueur du nouveau droit. A cet égard, il convient de retenir que la genèse du texte légal ne donne aucune indication déterminante (voir aussi Brechbühl, *op. cit.*, p. 55). Sous l'angle de la systématique, en revanche, il y a lieu de relever que le législateur a voulu établir un parallèle avec le régime des rentes-AI. A l'entrée en vigueur de la 4e révision de l'AI, le 1er janvier 2004, les demi-rentes AI versées aux assurés dont le taux d'invalidité se situait entre 60 et 66 2/3 % ont été transformées d'office en trois quarts de rente, sans qu'il soit besoin de les réviser pour cause de modification du taux d'invalidité (voir aussi, au sujet des droits acquis en matière de rentes pour cas pénibles et de rentes entières en cours, les let. d et f des dispositions transitoires de la 4e révision de l'AI, du 21.3.2003). Ce principe doit également valoir dans la prévoyance professionnelle, à ceci près qu'ici l'application du nouvel échelonnement des rentes a été reportée de deux ans.

Le jugement cantonal était donc contraire au droit fédéral. Le recourant dont le taux d'invalidité de 64 % n'est pas contesté a droit à trois quarts de rente d'invalidité LPP depuis le 1er janvier 2007.

709 Pas de prise en compte des indemnités journalières d'une assurance perte de gain (LCA) dans le calcul de surindemnisation et pas de report des prestations d'invalidité de la prévoyance professionnelle

(Référence à un arrêt du TF du 24 août 2009 en la cause T. contre la fondation A., 9C_1026/2008; arrêt en français)

(art. 24 OPP 2; art. 26 al. 2 LPP et art. 27 OPP 2)

T. a travaillé au service de la société X. SA qui avait affilié son personnel en prévoyance professionnelle auprès de la fondation A. T. était également assuré contre le risque de perte de gain de salaire en cas de maladie, par une police d'assurance collective du personnel de X. SA auprès de la fondation B.

Il a été mis en arrêt de travail à partir du 19 août 2002 et n'a plus repris son activité. Son contrat de travail a été résilié avec effet au 31 août 2003. Dès le lendemain, T. a bénéficié du libre passage dans une assurance individuelle de perte de gain et a, par la suite, perçu des indemnités journalières pendant 730 jours d'incapacité de travail (jusqu'au 17 août 2004). L'Office AI lui a reconnu le droit à une rente entière d'invalidité à partir du 1er août 2003. Un montant était retenu en faveur de l'assureur d'indemnités journalières, qui avait au préalable

informé l'intéressé qu'il se ferait directement verser ce montant par l'AI en raison des paiements effectués pour la période du 1er août 2003 au 17 août 2004.

De son côté, la fondation A. a versé à T. une rente annuelle de prévoyance professionnelle depuis le 19 août 2004. Elle a en revanche refusé de lui allouer cette prestation à partir du 1er août 2003 déjà.

Le litige porte sur le droit du recourant au versement d'une rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle pour la période du 1er août 2003 au 18 août 2004. Il s'agit de savoir si la juridiction cantonale était en droit de nier la prétention du recourant envers l'intimée pour cause de surindemnisation.

Selon la jurisprudence, la règle de coordination matérielle de l'art. 24 OPP 2 n'autorise la réduction des prestations issues de la prévoyance obligatoire qu'en cas de concours avec celles d'une assurance sociale; les indemnités journalières d'un assureur privé couvrant la perte de salaire en cas de maladie ne constituent pas des « revenus à prendre en compte » au sens de cette disposition (ATF 128 V 243 consid. 3b p. 248s.)

Les indemnités journalières versées par la fondation B reposant sur une relation contractuelle de droit privé, elles relèvent de la LCA et non de la LAMAL. Elles ne peuvent ainsi être assimilées à une assurance sociale au sens de l'art. 24 OPP 2, ni être considérées comme un revenu à prendre en compte selon l'al. 2 de cette disposition. En conséquence, il n'y a pas lieu de tenir compte, dans le calcul de surindemnisation, des indemnités journalières versées.

La seconde question est de savoir si l'intimée était en droit de différer ses prestations pendant la période concernée en raison de la règle de coordination temporelle au sens des art. 26 al. 2 LPP et 27 OPP 2.

En ce qui concerne le droit aux prestations d'invalidité de la prévoyance professionnelle, la loi et l'ordonnance autorisent les institutions de prévoyance à prévoir dans leur règlement que le droit aux prestations d'invalidité est différé aussi longtemps que l'assuré reçoit un salaire entier (art. 26 al. 2 LPP) ou des indemnités journalières de l'assurance-maladie (art. 27 OPP 2). Selon cette disposition, l'institution de prévoyance peut différer le droit aux prestations d'invalidité jusqu'à épuisement des indemnités journalières, lorsque l'assuré reçoit, en lieu et place du salaire entier, des indemnités journalières de l'assurance-maladie équivalant au moins à 80% du salaire dont il est privé (let. a) et que les indemnités financières ont été financées au moins pour moitié par l'employeur (let. b).

Bien que cette possibilité soit prévue dans le règlement, l'intimée n'est pas en droit de différer les prestations d'invalidité, dès lors que les conditions d'application de l'art. 27 OPP 2 (qui concernent aussi bien les indemnités journalières LAMal que celles de la LCA) ne sont pas réalisées, puisque le recourant était seul débiteur des primes de l'assurance perte de gain à partir du 1er septembre 2003.

710 Pas de droit à des intérêts en cas de transfert de fonds libres

(Référence à un arrêt du TF du 30 juin 2009 en la cause Caisse de pensions X. contre Caisse de pensions A., 9C_98/2009 ; arrêt en allemand)

(Art. 2, al. 3, et art. 23 LFLP)

Dans cette procédure, le litige porte uniquement sur la question de savoir si des intérêts doivent être payés sur la part aux fonds libres qui a été transférée à la caisse de pensions X. (recourante) dans le cadre de la liquidation partielle de la caisse de pensions A. (intimée), pour la période écoulée entre la sortie des assurés (31 mai 2000) et la date du paiement (23 juin 2005). Pendant cette période, la décision d'approbation du plan de répartition rendue par l'autorité de surveillance a été attaquée jusque devant le TF (ATF 131 II 525).

Le TF examine s'il existe une base légale formelle pour les prétentions de la recourante vis-à-vis de l'intimée. Il relève tout d'abord que, contrairement à l'opinion de la recourante, les intérêts litigieux ne sauraient se fonder sur l'art. 2, al. 3, LFLP, car cette disposition concerne la prestation de sortie qui correspond, au sens de la loi, à la prestation calculée conformément à la loi et aux règlements et à laquelle chaque assuré a un droit individuel absolu en cas de libre passage, de paiement en espèces ou de divorce. Selon l'art. 23, al. 1, LFLP, la part aux fonds libres « s'ajoute » au droit à la prestation de sortie. Il découle de cette formulation que la prestation de sortie au sens de la loi et la part aux fonds libres sont deux prestations différentes.

L'art. 104 CO ne peut pas non plus entrer en ligne de compte pour servir de base juridique à la créance invoquée : l'obligation de verser des intérêts moratoires prévue par cette disposition suppose qu'il y ait demeure du débiteur. En droit privé, il y a demeure lorsque la créance est exigible et qu'elle a fait l'objet d'une interpellation ou qu'une date précise d'expiration ait été fixée par convention ou dénonciation (art. 102 CO). Pour ce qui est des créances de droit public, à défaut de réglementation légale spéciale, l'obligation de verser des intérêts moratoires commence au moment où une créance exigible est dûment invoquée (ATF 93 I 382 E. 3 et autres renvois). En tous les cas, il faut une créance qui puisse être individualisée et qui soit recouvrable par une action en justice. Tel n'est pas le cas en l'espèce : les assurés n'ont en principe pas un droit aux fonds libres. Ce n'est qu'en cas de liquidation totale ou partielle (et, dans certains cas, également en dehors d'une telle liquidation, voir ATF 133 V 607 consid. 4.2.3) que les assurés sortants ont un tel droit (art. 23 LFLP). Il s'agit donc d'abord d'une simple expectative dont la concrétisation dépend de divers impondérables. Selon la teneur initiale de l'art. 23 LFLP applicable en l'espèce (en vigueur jusqu'au 31 décembre 2004), il faut toujours que le plan de répartition ait été approuvé par l'autorité de surveillance en cas de liquidation partielle. Ce n'est que lorsque la décision d'approbation entre en force que ce qui n'était qu'une expectative se transforme en un droit individualisé à une part des fonds libres. Auparavant, ni l'assuré individuellement ni la caisse de pensions ne peuvent faire valoir un droit à une part des fonds libres recouvrable par une action en justice et il n'existe par conséquent pas non plus de droit au versement d'intérêts.

Selon le TF, on ne saurait voir ni méprise manifeste ou incohérence du législateur, ni lacune involontaire dans le fait qu'il ait traité différemment la question des intérêts pour les prestations de sortie et pour les fonds libres.

Il n'y a donc pas de droit à des intérêts sur la part des fonds libres qui a été versée à la recourante dans le cadre de la liquidation partielle de l'intimée, pour la période écoulée entre la sortie des assurés et la date du paiement. Le recours est rejeté.

711 Résiliation de la convention d'affiliation, maintien du contrat d'affiliation en ce qui concerne les rentiers

(Référence à un arrêt du TF du 10 juin 2009 en la cause Réseau Santé Valais contre Fondation de prévoyance LPP Comunitas, 9C_1019/2008; publication ATF prévue ; arrêt en allemand)

(Art. 53e al. 5 et 6 LPP)

Les collaborateurs des hôpitaux valaisans étaient assurés en prévoyance professionnelle auprès de la Fondation de prévoyance Comunitas (ci-après: Comunitas). Par décret sur le Réseau Santé Valais du 4 septembre 2003, le Réseau Santé Valais (ci-après : le RSV) a été créé en tant que personne de droit public qui réunissait en une entité les divers hôpitaux du Valais. Après quelques échanges de correspondance avec le RSV, Comunitas a résilié, le 28 juin 2004, les contrats d'affiliation existants avec effet au 31 décembre 2004.

Comme aucun accord n'avait pu être trouvé sur les modalités de la résiliation, Comunitas a ouvert action en paiement contre le RSV en date du 3 mai 2006 devant le Tribunal cantonal du Valais pour un montant de Fr. … plus intérêts à 5% dès le 1er février 2005. Par jugement du 5 novembre 2008, le Tribunal cantonal a partiellement admis l'action en retenant ce qui suit :

«Le Réseau Santé Valais versera à Comunitas, en tant que cotisation unique pour financer la compensation du renchérissement futur de 2,22% en moyenne annuelle sur les rentes en cours, le montant nécessaire à cet effet selon les bases actuarielles de Comunitas, plus intérêts à 5% depuis le 1er février 2005 ; l'action est rejetée pour le surplus.»

Le RSV interjette un recours en matière de droit public au TF en concluant principalement à l'annulation du jugement attaqué et au rejet de l'action et, à titre subsidiaire, au renvoi de la cause à l'instance précédente pour nouveau jugement.

L'instance précédente a considéré que, selon l'art. 9 al. 4 des conventions d'affiliation, l'employeur sortant est tenu de bonifier à l'institution de prévoyance la valeur actuelle des allocations futures de renchérissement ; cette valeur résulte de la différence entre la valeur actuelle des rentes à l'intérêt technique et la valeur actuelle des rentes sans intérêt. Cette obligation de cotiser émanant du contrat d'affiliation subsiste, en vertu de l'art. 53e al. 6 LPP, en ce qui concerne les rentiers restants. Le recourant objecte, du point de vue des faits, que l'intimée n'a pas, par le passé, adapté annuellement les rentes au renchérissement. Sur le plan juridique, il prétend que l'art. 9 al. 4 des conventions d'affiliation n'est pas du tout applicable parce que, selon l'art. 53e al. 6 LPP, les rentiers restent dans l'ancienne institution de prévoyance et qu'il n'y a donc pas de sortie en ce qui les concerne.

Selon la lettre et la systématique de l'art. 53e LPP, la réglementation applicable en ce qui concerne le sort des rentiers en cas de résiliation du contrat est différente selon la partie qui résilie le contrat d'affiliation (Jürg Brechbühl, Umsetzungsprobleme im Einzelfall, in: Schaffhauser/Schlauri (éd.), Die 1. BVG-Revision, St. Gall 2005, p. 43 ss, 50 s. ; Stauffer, Berufliche Vorsorge, p. 480 ss, nos 1282 ss) : si c'est l'employeur, on applique en premier lieu la réglementation prévue par le contrat d'affiliation pour ce cas. En deuxième lieu, l'ancienne institution de prévoyance et la nouvelle doivent s'entendre sur le maintien des rentiers dans l'actuelle institution de prévoyance ou leur transfert dans la nouvelle. En l'absence de règle et d'accord, les rentiers restent affiliés, en troisième lieu, à l'ancienne institution (al. 4). En revanche, si c'est l'institution de prévoyance qui résilie le contrat d'affiliation avec l'employeur, il incombe en premier lieu aux institutions de prévoyance (ancienne et nouvelle) de se mettre d'accord. A défaut, en second lieu, les rentiers restent affiliés à l'ancienne institution de prévoyance (al. 5). Dans les deux cas, le principe suivant s'applique : si les rentiers restent affiliés à l'ancienne institution, le contrat d'affiliation concernant les rentiers est maintenu (al. 6 phrase 1). Contrairement au cas de la résiliation par l'employeur (al. 4), l'institution qui résilie elle-même (al. 5) ne peut donc pas provoquer l'application de la réglementation prévue par le contrat d'affiliation pour ce cas ; il n'y a que deux possibilités, à savoir soit l'accord des deux institutions de prévoyance, soit le maintien des rentiers dans l'ancienne institution. Sur la base de cette systématique, la disposition de l'al. 6, 1re phrase, selon laquelle le contrat d'affiliation avec l'ancienne institution de prévoyance continue d'exister en ce qui concerne les rentiers, ne peut se rapporter qu'aux dispositions du contrat d'affiliation qui règlent les droits et obligations réciproques pendant la durée de validité de ce contrat et pas aux dispositions qui règlent les effets juridiques d'une résiliation du contrat; ces dernières ne sont applicables (selon l'al. 4) qu'en cas de résiliation par l'employeur.

Ce sens résultant de la teneur et de la systématique de la loi est également confirmé par les travaux préparatoires : en cas de résiliation par l'institution de prévoyance, les rentiers doivent rester affiliés à l'ancienne institution de prévoyance sous l'empire du contrat d'affiliation qui continue de leur être applicable en l'absence d'accord entre les institutions de prévoyance ; l'employeur (et l'ancienne institution de prévoyance) doit, dans son rapport avec les rentiers, continuer d'avoir les mêmes obligations qu'il aurait si le contrat d'affiliation n'avait pas été résilié.

En l'espèce, il est incontesté que les conventions d'affiliation ont été résiliées par l'institution de prévoyance et qu'aucun accord n'est intervenu entre l'ancienne institution et la nouvelle sur le transfert des rentiers. Par conséquent, en vertu de la réglementation légale exposée, le contrat d'affiliation continue d'exister en ce

qui concerne les rentiers (art. 53e al. 5 et 6 LPP). L'intimée fonde sa prétention sur l'art. 9 ch. 4 des anciens contrats d'affiliation, respectivement sur l'art. 11 al. 2 de ses règlements. Selon sa lettre et son esprit, l'art. 9 du contrat d'affiliation règle les effets juridiques d'une résiliation du contrat. Toutefois, selon la réglementation légale exposée, les dispositions prévues dans le contrat d'affiliation lui-même pour le cas de sa résiliation ne sont précisément pas applicables lorsque la résiliation émane de l'institution de prévoyance. Il n'y a pas un règlement financier définitif entre employeur et institution de prévoyance où l'employeur doit une cotisation unique en vue du préfinancement de prestations futures. Le recourant n'a donc aucune obligation de bonifier la valeur actuelle des futures allocations de renchérissement. Il devra, en lieu et place, continuer de remplir ses obligations découlant du contrat d'affiliation en ce qui concerne les rentiers et sera débiteur, vis-à-vis de l'intimée, des prestations découlant du contrat d'affiliation et prévues éventuellement dans ce contrat pour le financement des prestations en cours en faveur des rentiers. Cela signifie qu'à l'avenir également, il devra à chaque fois fournir les prestations éventuellement à sa charge selon le contrat d'affiliation pour le financement d'allocations de renchérissement, mais précisément pas qu'il doit effectuer un versement unique au moment de la résiliation du contrat d'affiliation.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 113

703 Divorce: compétence du tribunal de la prévoyance professionnelle pour des prétentions en dommages-intérêts en cas de versement en espèces de la prestation de sortie intervenu de manière contraire au droit

(Référence à un arrêt du TF du 26 mai 2009 en la cause Fondation de libre passage X. contre P., 9C_1060/2008 ; publication ATF prévue ; arrêt en allemand)

(Art. 141 s. CC; art. 73 LPP ; art. 22, al. 2, et 25a, al. 2, LFLP)

En l'espèce, le litige porte uniquement sur la compétence du tribunal à raison du lieu pour juger de la prétention de la femme divorcée à l'encontre de la fondation de libre passage fondée sur le versement en espèces d'un avoir de libre passage à son conjoint avant le divorce.

Lorsqu'une prestation de libre passage a été versée en espèces de manière irrégulière à une personne mariée, le conjoint divorcé au bénéfice d'une prétention en partage constatée judiciairement (art. 141 s. CC), tout comme la veuve ou le veuf, peut faire valoir une créance en dommages-intérêts. Le conjoint (encore) marié peut en revanche faire constater l'irrégularité du versement en espèces (ATF 128 V 41, consid. 3, p. 48 s.). La créance en dommages-intérêts du conjoint divorcé est limitée à la part de la prestation de sortie calculée selon l'art. 22, al. 2, LFLP, telle qu'elle a été fixée par le juge du divorce. Dans le calcul du dommage, il faut toutefois également tenir compte d'office (art. 73, al. 2, LPP) des expectatives qui existent – sur la base du droit au partage du droit de la famille – face à d'autres institutions de prévoyance ou de libre passage impliquées (voir art. 25a, al. 2, LFLP). Dans cette situation, les prétentions en dommages-intérêts et en partage des prestations de sortie sont indissociablement liées les unes aux autres. Dès lors, une fois que le juge du divorce lui a transféré l'affaire, le tribunal de la prévoyance professionnelle du lieu du divorce est impérativement compétent également pour se prononcer à titre préjudiciel sur le versement en espèces d'une prestation de libre passage intervenu pendant le mariage et sur une prétention en dommages-intérêts découlant de ce versement. Il s'ensuit qu'il doit fixer le montant des prestations de sortie à prendre en considération et procéder au partage.

698 Action contre une institution de prévoyance individuelle liée (3a) aussi possible dans le canton de domicile du preneur d'assurance

(Référence à un arrêt du Tribunal fédéral du 30 mars 2009, cause Nationale Suisse Vie SA contre K., 9C_944/2008, en français)

(Art. 73 et 82 al. 2LPP, art. 1 al. 2 OPP 3)

K. a conclu deux contrats d'assurance sur la vie avec la Nationale Suisse Compagnie d'Assurance sur la Vie (aujourd'hui: Nationale Suisse Vie SA; ci-après: la Nationale Suisse), dont le siège est situé à Bottmingen dans le canton de Bâle-Campagne. Le premier contrat relevait de la prévoyance dite libre (pilier 3b), tandis que le second contrat ressortait à la prévoyance liée (pilier 3a).

K. a tout d'abord ouvert action en paiement contre la Nationale Suisse devant le Tribunal de première instance de la République et canton de Genève. Ce tribunal s'est déclaré incompétent pour connaître des prétentions découlant du contrat de prévoyance liée. K. a alors ouvert action devant le Tribunal cantonal des assurances sociales de la République et canton de Genève. Par jugement incident, le Tribunal cantonal des assurances sociales s'est déclaré compétent à raison de la matière et du lieu.

La Nationale Suisse a recouru contre ce jugement. Elle conclut à ce que le Tribunal fédéral constate l'incompétence à raison du lieu du Tribunal cantonal des assurances sociales de la République et canton de Genève et transmette, en tant que besoin, l'affaire au Tribunal cantonal du canton de Bâle-Campagne.

Sous le titre « Contestations et prétentions en matière de responsabilité », l'art. 73 LPP a la teneur suivante:
«[1] Chaque canton désigne un tribunal qui connaît, en dernière instance cantonale, des contestations opposant institutions de prévoyance, employeurs et ayants droit. Ce tribunal est également compétent:

a. pour les contestations avec des institutions assurant le maintien de la prévoyance au sens des art. 4 al. 1 et 26 al. 1 LFLP;
b. pour les contestations avec des institutions lorsque ces contestations résultent de l'application de l'art. 82 al. 2;
c. pour les prétentions en matière de responsabilité selon l'art. 52;
d. pour le droit de recours selon l'art. 56a al. 1.

[2] Les cantons doivent prévoir une procédure simple, rapide et, en principe, gratuite; le juge constatera les faits d'office.

[3] Le for est au siège ou domicile suisse du défendeur ou au lieu de l'exploitation dans laquelle l'assuré a été engagé. »

Par contrats de prévoyance liée, on entend les contrats spéciaux d'assurance de capital et de rentes sur la vie ou en cas d'invalidité ou de décès, y compris d'éventuelles assurances complémentaires en cas de décès par accident ou d'invalidité, qui sont conclus avec une institution d'assurance soumise à la surveillance des assurances ou avec une institution d'assurance de droit public satisfaisant aux exigences fixées à l'art. 67 al. 1 LPP et qui sont affectés exclusivement et irrévocablement à la prévoyance (art. 1 al. 2 OPP 3). Il s'agit d'une forme de prévoyance reconnue par le Conseil fédéral en collaboration avec les cantons et fiscalement favorable au sens de l'art. 82 al. 2 LPP. Bien que ces contrats soient régis matériellement par la LCA, les contestations résultant de leur application sont de la compétence de l'autorité cantonale désignée pour connaître des contestations opposant fondations ou institutions de prévoyance, employeurs et ayants droit (art. 73 al. 1 let. b LPP).

Se fondant sur le Message du 1er mars 2000 relatif à la révision de la loi sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (1re révision LPP; FF 2000 III 2495), le Tribunal cantonal des assurances sociales a considéré que l'extension de la compétence du tribunal prévu à l'art. 73 al. 1 LPP aux litiges relevant de la prévoyance individuelle liée se justifiait par une volonté d'unifier la compétence matérielle, afin qu'une seule juridiction soit saisie du contentieux en matière de prévoyance professionnelle, de libre passage et de prévoyance individuelle liée. En revanche, il ne ressortait pas du message précité que le législateur ait entendu porter atteinte aux règles de compétence à raison du lieu prévues par la loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (LCA; RS 221.229.1) et la loi fédérale du 24 mars 2000 sur les fors en matière civile (LFors; RS 272). Compte tenu de ce qui précédait, il convenait de se référer à l'art. 13 des conditions générales de la Nationale Suisse, lequel prévoyait un for alternatif au domicile du preneur d'assurance, respectivement de l'ayant droit, ou au siège de la Nationale Suisse.

Selon le Tribunal fédéral, quand bien même la prévoyance individuelle liée est régie matériellement par les dispositions de l'OPP 3 et de la LCA, le législateur a indiscutablement décidé de soumettre les litiges y relatifs aux règles de procédure définies à l'art. 73 LPP, auxquelles il ne saurait être dérogé par le moyen d'une convention d'élection de for. Conformément à l'al. 2 de cette disposition, cette procédure est gouvernée par les principes de simplicité et de rapidité. L'application de ces principes, qui ont d'ailleurs une portée générale en droit fédéral des assurances sociales, doit permettre aux assurés d'accéder facilement au juge et d'obtenir une décision le plus rapidement possible et sans formalisme excessif.

Si la lettre de l'art. 73 LPP prescrit très clairement que le preneur d'assurance ne peut agir qu'au lieu du siège de son assureur, il ressort du but et de la systématique de cette disposition que la volonté du législateur est de faciliter dans la plus grande mesure possible l'accès des justiciables aux tribunaux. En tant que la lettre de l'al. 3 contraint, le cas échéant, le preneur d'assurance à devoir agir en un lieu et dans une langue auxquels celui-ci ne peut raisonnablement s'attendre au moment de la conclusion du contrat d'assurance, elle n'est pas compatible avec le principe de simplicité défini à l'al. 2 et, plus généralement, avec la ratio legis de l'art. 73 LPP. De plus, l'interprétation historique démontre que le maintien de cette disposition dans une teneur inchangée depuis son entrée en vigueur résulte bien plutôt d'une inadvertance manifeste du législateur que d'une volonté délibérée de restreindre l'accès au juge d'une certaine catégorie de justiciables. Il découle ainsi de l'interprétation de l'art. 73 LPP qu'il y a lieu de reconnaître un for alternatif à celui du siège ou du domicile suisse du défendeur prévu à l'art. 73 al. 3 LPP dans le cadre des litiges relatifs à la prévoyance individuelle liée. Le domicile du preneur d'assurance constitue à cet égard le point de rattachement qui permet de respecter au mieux les principes généraux de procédure applicables dans le droit des assurances sociales et les intentions du législateur (dans les autres branches des assurances sociales, voir art. 58 al. 1 LPGA, sous réserve des exceptions pouvant résulter de la législation spéciale).

Il résulte de ce qui précède que la compétence à raison du lieu du Tribunal cantonal des assurances sociales de la République et canton de Genève découle bien plutôt de l'interprétation de la loi que des conditions générales d'assurance de la recourante. Le recours doit par conséquent être rejeté.

699 Résiliation d'une convention d'affiliation ; déduction suite à un découvert ; principe de l'égalité devant la loi ; admissibilité d'une correction d'écriture comptable faite après coup et d'un débit ultérieur; prescription et novation

(Référence à un arrêt du TF du 16 mars 2009 en la cause X. SA contre Fondation collective Swisscanto, Fondation collective Swisscanto Supra et Fondation de prévoyance en faveur du personnel Promea, 9C_1018/2008 ; publication ATF prévue ; arrêt en allemand)

(Art. 8 al. 1 Const. féd., art. 15 et 53d al. 3 LPP, art. 18 LFLP et 19, 2e phrase, LFLP, ancien art. 23 LFLP, ancien art. 23 al. 4 let. c LFLP (actuellement art. 53 al. 1 let. c LPP), ancien art. 9 OLP, art. 63, 67 al. 2, 116 al. 1, 117 al. 2 et 120 al. 3 CO)

X. SA était liée depuis le 1er janvier par une convention d'affiliation n° y à la Fondation collective Servisa de prévoyance en faveur du personnel (actuellement : Fondation collective Swisscanto des banques cantonales ; ci-après : fondation collective) pour la prévoyance professionnelle obligatoire et depuis le 1er novembre 1999 par une convention d'affiliation n° z à la Fondation collective Servisa Supra de prévoyance professionnelle (actuellement : Fondation collective Swisscanto Supra des banques cantonales ; ci-après fondation collective Supra) pour la prévoyance surobligatoire.

Par courrier du 10 juillet 2003, la fondation collective a fait valoir une correction de doubles écritures pour un montant total de 130'190 fr. 50, qu'elle aurait effectuées en 1999 lors de la reprise de l'institution de prévoyance précédente. Après l'annonce de hausses de primes dès janvier 2004 et l'octroi d'un droit exceptionnel de résiliation pour fin 2003, X. SA a résilié, le 30 octobre 2003, les deux conventions nos y et z au 31 décembre 2003 et s'est affiliée dès le 1er janvier 2004 à la Fondation de prévoyance en faveur du personnel Promea (ci-après : fondation Promea). Par la suite, les fondations collectives ont chiffré, au 31 décembre 2003, un degré de couverture de 98,5 % et une participation aux pertes de 188'914 fr. 60 pour la convention n° y et un degré de couverture de 96 % et une participation aux pertes de 7'018 fr. 60 pour la convention n° z. Dans le calcul de la valeur de résiliation des conventions d'affiliation, elles ont déduit les montants de 130'190 fr. 50, 188'914 fr. 60 et 7'018 fr. 60.

Le litige porte d'abord sur l'existence d'une base réglementaire ou légale pour la déduction opérée en raison du découvert. Selon l'art. 19, 2e phrase, LFLP et l'ancien art. 23 al. 3 LFLP (RO 1994 2386), les institutions de prévoyance qui doivent respecter le principe de l'établissement du bilan en caisse fermée (ce qui est de manière incontestée le cas des intimées) peuvent déduire proportionnellement les découverts techniques lors d'une liquidation totale ou partielle, pour autant que cela ne contribue pas à réduire l'avoir de vieillesse. Dans le cadre de la 1e révision de la LPP, cette disposition, avec la suppression de l'art. 23 al. 3 LFLP, a été transférée à l'art. 53d al. 3 LPP avec effet dès le 1er janvier 2005. Faute de disposition transitoire contraire, la réglementation légale est directement applicable depuis l'entrée en vigueur de la LFLP le 1er janvier 1995 et l'emporte, en tant que droit fédéral impératif, sur des dispositions réglementaires d'une autre teneur. En cas de liquidation partielle, le droit de déduire des découverts découle ainsi directement de la loi.

La résiliation d'une convention d'affiliation est présumée entraîner une liquidation partielle de l'institution de prévoyance (ancien art. 23 al. 4 let. c LFLP, actuellement : art. 53b al. 1 let. c LPP).

Selon la situation juridique en vigueur jusqu'à fin 2004, la liquidation partielle nécessitait une approbation de l'autorité de surveillance sur la base d'un bilan de liquidation (ancien art. 23 al. 1 LFLP, voir aussi ancien art. 23 al. 2 LFLP et ancien art. 9 OLP [RO 1994 2399]). Une telle approbation fait défaut en l'espèce. Dès lors, il convient de se demander s'il s'agit là juridiquement d'un cas de liquidation partielle.

L'OFAS a édicté au 1er janvier 1993 des lignes directrices sur la résiliation de conventions d'affiliation par des employeurs et sur leur réaffiliation à une institution de prévoyance (ch. 148 des Communications sur la prévoyance professionnelle n° 24 du 23 décembre 1992), où sont fixées les obligations des institutions de prévoyance impliquées ainsi que les tâches de l'organe de contrôle. Ainsi, l'organe de contrôle vérifie le respect des lignes directrices par l'administration et confirme la conformité au droit de la conclusion et de la résiliation des conventions d'affiliation vis-à-vis de l'OFAS. Il peut être renoncé à une répartition des fonds libres lorsque ceux-ci ne dépassent pas 10 % du capital lié (Lignes directrices 2.42). Dans la pratique, bien que cela ne soit pas prévu expressément dans les Lignes directrices, l'existence d'une liquidation partielle est mise en question

de manière analogue lorsque seule une part relativement faible du nombre total des assurés est touchée par la résiliation d'une convention d'affiliation. En tant qu'autorité de surveillance, l'OFAS a fixé, dans les lignes directrices précitées, une forme simplifiée de la surveillance prévue par la loi pour le cas de la résiliation d'une convention d'affiliation (ancien art. 23 al. 4 let. c LFLP). Cela se justifie objectivement car sinon, pour les fondations collectives d'une certaine taille auxquelles sont affiliées beaucoup de caisses de prévoyance et dans lesquelles des changements interviennent souvent, il faudrait sans cesse des décisions de l'autorité, ce qui serait compliqué et coûteux. En outre, il se justifiait d'exiger qu'une liquidation partielle soit approuvée par l'autorité en particulier en ce qui concerne la répartition de fonds libres, pour laquelle un plan de répartition était nécessaire (ancien art. 23 al. 1, 3e phrase, LFLP). S'il s'agit, comme en l'espèce, d'une couverture insuffisante, un plan de répartition n'est de toute façon pas nécessaire.

En fin de compte, la question de savoir si la résiliation de la convention d'affiliation doit être qualifiée de liquidation partielle (avec surveillance simplifiée) peut cependant demeurer ouverte. Certes, selon la réglementation légale (ancien art. 23 al. 3 LFLP), un découvert ne doit en principe être déduit qu'en cas de liquidation partielle ou totale, et pas en cas de simple sortie d'assurés individuels. Toutefois, la réglementation légale applicable aux liquidations, selon laquelle les découverts doivent être déduits proportionnellement, n'est rien d'autre que l'expression du principe constitutionnel de l'égalité devant la loi (art. 8 al. 1 Const. féd.) : selon ce principe, les destinataires sortant dans le cadre d'une liquidation partielle ont droit à une part des fonds libres (art. 23 al. 1, 1re phrase, LFLP dans sa teneur en vigueur jusqu'à fin 2004) ; il serait en effet problématique sous l'angle du principe de l'égalité de traitement que les assurés qui sortent de l'institution de prévoyance avant la survenance du cas d'assurance ne touchent que la prestation de libre passage sans participer à l'excédent ayant également été constitué par leurs cotisations (ATF 133 V 607, consid. 4.2.1, p. 610 ; 128 II 394 consid. 3.2, p. 396 s.). A l'inverse, au regard du principe de l'égalité, les assurés sortants doivent également participer aux découverts, car sinon seuls les assurés demeurant dans l'institution de prévoyance devraient en supporter la charge (voir ATF 125 V 421, consid. 4b/cc, p. 425). Or, le principe de l'égalité de traitement s'applique aux institutions de prévoyance également en l'absence de liquidation partielle. C'est pourquoi, dans ce contexte, il existe à certaines conditions un droit à une part des fonds libres même lorsqu'il n'y a pas de liquidation (ATF 133 V 607, consid. 4.2.3 et 4.3, p. 611 s.). Par voie de conséquence, il doit en aller de même dans l'éventualité de l'existence d'un découvert (arrêt 2A.699/2006 du 11 mai 2007, consid. 4.1). Tel est notamment le cas lorsqu'une convention d'affiliation est résiliée et qu'il est renoncé, essentiellement pour des motifs de praticabilité (consid. 2.1.5), à l'exécution formelle d'une liquidation partielle. En effet, il serait contraire au principe de l'égalité de traitement que les membres d'une caisse de prévoyance sortante touchent la prestation de libre passage dans son entier et que les assurés restant dans l'institution de prévoyance doivent supporter seuls une perte ou d'éventuelles mesures d'assainissement (art. 65d LPP).

Tout bien considéré, il existe ainsi une base juridique pour la déduction proportionnelle du découvert.

Le litige porte ensuite sur le point de savoir si le découvert doit être calculé par rapport à la caisse de prévoyance affiliée, prise isolément, ou par rapport à la fondation collective dans son entier.

Comme, en l'espèce, les placements ont eu lieu de manière groupée et que les actifs n'appartiennent ainsi pas à la caisse de prévoyance mais à la fondation collective en tant que telle, le degré de couverture – qui résulte de la relation des actifs avec la somme de tous les passifs – ne peut pas se présenter différemment pour chaque caisse de prévoyance, mais est identique pour toutes. Il en est autrement pour les caisses de prévoyance ayant procédé à des placements individuels, ce qui n'est toutefois pas le cas en l'espèce. C'est à tort que la recourante se plaint en outre du fait que le calcul du degré de couverture comprend, en plus du capital de couverture nécessaire, également des positions qui devraient en partie être classées parmi les fonds libres : la caisse de prévoyance a un droit à ces fonds (voir art. 5 al. 2, respectivement al. 1 des actes de fondation) qui sont donc

bien « libres » pour la caisse de prévoyance, mais pas pour la fondation collective. Cette dernière doit les traiter comme des passifs et, par voie de conséquence, les insérer dans le calcul du degré de couverture. Il ne s'agit pas de juger ici ce qui se passerait si l'on appliquait les prescriptions comptables actuellement en vigueur (art. 47 al. 2 OPP 2 dans sa teneur entrée en vigueur le 1er avril 2004).

Selon l'ancien art. 23 al. 3 LFLP (en relation avec l'art. 18 LFLP et l'art. 15 LPP), un découvert ne peut être déduit que pour autant que cela ne contribue pas à réduire l'avoir de vieillesse. Le TF peut trancher cette question lui-même sur la base du dossier (voir art. 105 al. 2 LTF) : il ressort des lettres de la fondation collective du 10 mai 2004 à la recourante, respectivement du 24 janvier 2005 à son mandataire que l'avoir de vieillesse réglementaire de la caisse de prévoyance n'a pas été réduit par la déduction mais que le découvert a pu être entièrement financé par sa fortune de prévoyance libre. Il n'y pas de raison de mettre en doute cette affirmation. Il en va manifestement autrement pour la fondation collective Supra, ce qui est cependant sans importance à la lumière de l'art. 18 LFLP, respectivement de l'art. 15 LPP, car cette fondation ne s'occupe que de prestations surobligatoires. La restriction prévue à l'ancien art. 23 al. 3 LFLP est ainsi respectée.

Au vu de ce qui précède, il n'y a rien à redire au fait que les intimées aient déduit, en tant que découvert, les montants de 188'914 fr. 60 (fondation collective) et de 7'018 fr. 60 (fondation collective Supra) incontestés sur le plan quantitatif.

Sont également litigieuses les corrections apportées aux écritures comptables par la fondation collective.

Par courrier du 10 juillet 2003, la fondation collective a annoncé diverses corrections dans les écritures comptables, qu'elle attribuait à des doubles écritures s'étant produites en 1999 lors de la reprise de la caisse de prévoyance de la recourante. Par son action en justice, cette dernière a exigé le paiement des montants ayant fait l'objet des corrections. Elle ne contestait ni dans leur principe ni dans leur montant que les écritures litigieuses soient intervenues à tort, mais a invoqué qu'une correction après coup et un débit ultérieur n'étaient plus admissibles.

Le fait que la fondation collective s'est trouvée dans l'erreur n'a pas été établi de manière manifestement inexacte par l'instance inférieure (voir art. 105 al. 1 et 2 LTF) ; le fait que la fondation collective n'a pas invoqué expressément l'erreur n'y change rien. Peu importe également qu'un premier apurement aurait dû être fait car, en ce qui concerne le montant en question de 26'404 fr. 60, il ne s'agissait pas d'un apurement de l'écriture inexacte, mais il s'agissait de l'écriture correcte ; l'écriture inexacte invoquée était le solde du compte de primes de 20'964 fr. 65 (intérêts compris) porté au crédit, dont l'annulation n'a été communiquée que par la lettre du 10 juillet 2003.

La relation juridique entre les parties se fonde sur la convention d'affiliation qui crée des rapports de droit privé (ATF 120 V 299, cons. 4a, p. 304). La question de savoir si une écriture au crédit intervenue de manière injustifiée dans le cadre de relations contractuelles doit être compensée selon les règles de l'enrichissement illégitime (ainsi, arrêt 4C.250/2006 du 3 octobre 2006, consid. 3.3) ou selon le droit des contrats (ainsi, ATF 126 III 119, consid. 3, p. 121 ss.) peut demeure ouverte en l'espèce car le résultat est le même dans les deux cas : si l'on applique le droit des contrats, il y a lieu d'admettre selon les règles de la bonne foi que, sous réserve de la novation (voir ci-après), un montant porté à tort au crédit peut être extourné (voir ATF 126 III 119, consid. 2c, p. 121). En cas d'application des règles sur l'enrichissement illégitime, les conditions de l'art 63 CO seraient remplies en l'espèce au vu des faits constatés qui lient le TF : l'appauvrissement de la fondation collective contesté par la recourante consiste en ce que cette fondation a débité les montants en question sur le compte libellé en faveur de la recourante, ce qui représente une dette – et donc une diminution de fortune.

La question de la prescription ne saurait modifier ce résultat ni selon le droit de l'enrichissement illégitime ni selon celui des contrats : c'est la recourante qui invoque une créance à l'égard de la fondation collective. Même

en cas de prescription, cette dernière peut refuser le paiement selon l'art. 67 al. 2 CO ou compenser les créances (en remboursement) les unes avec les autres selon l'art. 120 al. 3 CO.

Le recourante invoque enfin qu'une novation a eu lieu par la reconnaissance d'un solde de compte et que cette novation exclut une créance ultérieure en remboursement. En principe, la novation ne se présume point (art. 116 CO) de sorte que celui qui s'en prévaut doit en apporter la preuve (arrêt 4C.60/2002 du 16 mai 2002, consid. 1.4). Toutefois, dans une relation de compte courant, il y a novation lorsque le solde du compte a été arrêté et reconnu (art. 117 al. 2 CO). Il n'est pas certain en l'espèce qu'il y ait vraiment eu une relation de compte courant (sur les éléments d'un contrat de compte courant, voir ATF 130 III 694, consid. 2.2, p. 687 s. ; 100 III 79, consid. 3, p. 83), mais la question peut demeurer ouverte ; en effet, même si l'existence d'un rapport de compte courant était reconnue, il est possible de revenir sur l'arrêté de compte notamment dans une situation complexe en cas d'erreur prouvée – comme tel est le cas en l'espèce (ATF 127 III 147, consid. 2d et e, p. 151 ss.).

700 Compensation de la prestation de sortie avec une créance en dommages-intérêts pour cotisations impayées

(Référence à un arrêt du TF du 17 avril 2009 en la cause Winterthur-Columna Fondation pour la prévoyance professionnelle contre R., 9C_366/2008 ; arrêt en allemand)

(Art. 827 [selon sa teneur en vigueur jusqu'à fin décembre 2007] en relation avec art. 754 CO)

R. était membre fondateur, associé majoritaire et gérant d'une Sàrl qui était affiliée à la recourante pour la prévoyance professionnelle. Par lettre du 30 septembre 2006, l'assuré a communiqué à l'institution de prévoyance qu'il résiliait la convention d'affiliation en raison de la décision prise de dissoudre la société. Pour des motifs de liquidités, il se disait être dans l'impossibilité de régler le solde du compte de prévoyance. En même temps, il a sollicité le paiement en espèces de sa prestation de sortie en invoquant qu'il allait commencer une activité indépendante. L'institution de prévoyance a par la suite fait valoir, par voie de compensation, une créance correspondant aux arriérés de cotisations.

Saisi par l'assuré, le tribunal cantonal des assurances a déclaré bien fondée son action portant sur la part impayée de la prestation de sortie en raison de la compensation opérée. L'institution de prévoyance a interjeté un recours en matière de droit public au TF contre ce jugement cantonal.

Devant le TF, le litige concerne le montant de la prestation de libre passage devant être versé à R. (membre fondateur, associé majoritaire, gérant et seul employé de la Sàrl liquidée) en sa qualité de bénéficiaire de la convention d'affiliation qu'il a résiliée.

Le TF expose les dispositions légales applicables devant être respectées en cas de liquidation d'une Sàrl et en particulier celles selon lesquelles toutes les personnes chargées de la gestion ou de la liquidation d'une société sont responsables, aussi bien à l'égard de la société qu'à l'égard des créanciers de la société, du dommage qu'elles causent en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs (art. 827 [dans sa teneur en vigueur jusqu'à fin décembre 2007] en relation avec l'art. 754 CO).

Le comportement fautif de R. et sa responsabilité (art. 754 CO) se fondent sur le fait que, lorsqu'il était gérant, il a longtemps omis de payer les cotisations et, lorsqu'il a ensuite été liquidateur, il n'a pas non plus réglé les arriérés de cotisations. Il s'agit ainsi d'une créance que l'institution de prévoyance a envers l'intimé personnellement. La condition de la réciprocité des créances, qui est l'une des conditions nécessaires de l'admissibilité d'une compensation, est donc remplie. L'intimé n'a du reste invoqué aucune circonstance pouvant justifier le non-paiement des arriérés; manifestement, il y avait en outre suffisamment d'argent pour payer les cotisations dues. Compte tenu de la sévérité retenue par la jurisprudence pour l'évaluation de la négligence

grave dans le cadre de l'art. 52 LAVS en ce qui concerne la responsabilité subsidiaire des organes d'un employeur, le procédé de l'intimé doit à plus forte raison suffire à fonder une responsabilité si on examine sa faute sous l'angle de l'art. 827 en relation avec l'art.754 CO, qui se contente d'une simple négligence.

La compensation de prestations de sortie n'est pas généralement interdite comme le prétend l'intimé. Selon la jurisprudence, la compensation du droit de l'assuré au transfert de la prestation de sortie à une nouvelle institution de prévoyance avec une créance en dommages-intérêts de l'institution de prévoyance n'est inadmissible qu'en cas d'utilisation détournée de son but de prévoyance ; ce danger n'existe toutefois pas en cas de versement en espèces admissible, parce que les fonds correspondants ne sont plus réservés à la prévoyance future (ATF 132 V 127, consid. 6.2.1 et 6.3.2). Le TF a ainsi autorisé la compensation invoquée par l'institution de prévoyance et a admis son recours.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 111

687 Prise en compte de la rente AVS dans le calcul de la surindemnisation en cas d'invalidité due à un accident

(Référence à un arrêt du Tribunal fédéral du 19 décembre 2008, cause Caisse de pensions CFF contre P., 9C_517/2008, ATF 135 V 29 en allemand ; voir aussi l'ATF 135 V 33 en français)

(Art. 24, al. 2 et 3, OPP 2)

Dans cette affaire, le Tribunal fédéral était appelé à se prononcer sur le point de savoir si la rente AVS d'une assurée invalide par suite d'accident doit être prise en compte dans le calcul de la surindemnisation. Le fait qu'en l'espèce, le litige ne portait que sur la partie obligatoire de la prévoyance professionnelle n'était pas contesté. Si bien que la question de la surindemnisation devait être examinée uniquement sous l'angle de l'art. 24 OPP 2, et non par rapport à une éventuelle disposition réglementaire dérogatoire.

L'art. 24, al. 2, OPP 2 pose clairement le principe de la concordance matérielle et événementielle. Une prestation non liée au même événement dommageable ne saurait être prise en compte dans le calcul de la surindemnisation. Les rentes de l'assurance-accidents et de la prévoyance professionnelle sont versées à raison de l'invalidité causée par l'accident, alors que la rente de vieillesse de l'AVS est allouée parce que la personne intéressée a atteint l'âge de l'AVS. Elle serait due même si l'événement dommageable ne s'était pas produit. Il ne faut donc pas la prendre en compte.

Après avoir examiné s'il existe des éléments d'interprétation susceptibles de justifier une dérogation à la règle claire de l'art. 24, al. 2, OPP 2, le Tribunal fédéral constate que tel n'est pas le cas. Le fait que l'exclusion de la rente AVS du calcul de la surindemnisation privilégie les bénéficiaires de rentes d'invalidité suite à un accident n'y change rien, car cet avantage est clairement prévu par la LAA - ce qui lie le Tribunal fédéral (art. 190 Cst.). Le privilège en question n'est rien d'autre que la conséquence directe de cette réglementation voulue par le législateur.

688 Privilège dans la faillite pour des emprunts par obligations de l'institution de prévoyance à l'égard de l'employeur failli

(Référence à un arrêt du TF du 23 octobre 2008 en la cause Assurance des cadres de SAirGroup contre masse concordataire de SAirGroup en liquidation concordataire, 5A_131/2008, publication ATF prévue, arrêt en allemand)

(Art 219, al. 4, Première classe, let. b, LP)

Selon l'art. 219, al. 4, Première classe, let. b, LP, il faut colloquer en première classe les droits des assurés au sens de la loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents ainsi que les prétentions découlant de la prévoyance professionnelle non obligatoire et les créances des institutions de prévoyance à l'égard des employeurs affiliés.

Le recours porte sur la collocation des créances reconnues provenant d'emprunts par obligations ayant été souscrits et acquis par une institution de prévoyance en faveur du personnel.

En 1980, 1988 et 1993, l'intimée a proposé au public des emprunts par obligations par l'intermédiaire d'un consortium de banques pour se procurer, sur le marché des capitaux, les moyens nécessaires pour des investissements dans son parc d'avions. Une telle émission externe se caractérise par la reprise fixe d'une tranche déterminée de la part des banques agissant en leur propre nom et à leurs propres risques, ce qui permet au débiteur de l'emprunt de disposer immédiatement du montant convenu. La recourante a acquis de tels emprunts par obligations auprès des banques en souscription publique et, par la suite, par des achats. Lors de la libération des obligations émises, le consortium des banques est devenu créancier de l'émetteur et en est devenu propriétaire lors de la prise de possession. Ce n'est qu'au moment du transfert, par achat, des titres du consortium des banques à la recourante que cette dernière est devenue obligataire de l'emprunt, respectivement créancière de l'intimée. Dès lors, il ne saurait être question d'emblée d'une violation des règles sur la représentation. Toutefois, on peut se demander si l'existence d'une émission externe peut avoir une incidence sur le caractère privilégié ou non de la créance de la recourante.

Le TF s'est penché en 2003 déjà sur la portée du privilège des institutions de prévoyance en faveur du personnel dans la faillite. Se basant sur les travaux préparatoires relatifs à la réglementation contenue à l'art. 219, al. 4, Première classe, let. b, LP, il est arrivé à la conclusion que le privilège de la première classe n'avait pas été expressément limité aux créances de cotisations des institutions de prévoyance. Il a retenu que le législateur avait émis ici consciemment un jugement de valeur qui exclut une interprétation restrictive de la teneur claire de la loi. Dès lors, toutes les créances des institutions de prévoyance en faveur du personnel à l'égard des employeurs affiliés jouissent du privilège de la première classe indépendamment de leur fondement juridique (ATF 129 III 468, consid. 3.5, p. 475).

Avec l'acquisition de l'emprunt par obligations auprès du consortium des banques, la recourante dispose d'une créance contre un employeur affilié. Cela correspond à la définition des créances privilégiées selon l'art. 219, al. 4, Première classe, let. b, LP. Dès lors que des créances d'institutions de prévoyance en faveur du personnel à l'égard d'un employeur affilié sont privilégiées, le fait que le créancier ait contracté directement avec le débiteur comme tel serait le cas d'une pure émission interne ou qu'il ait, comme en l'espèce, acquis le titre, par achat, dans le cadre d'une émission externe auprès du consortium des banques ne peut être déterminant. Ce qui est décisif, c'est que l'obligataire de l'emprunt devient le prêteur en achetant le titre incorporant une part du prêt total et qu'il acquiert un droit de créance (en remboursement) à l'égard de l'émetteur (ATF 113 II 283, consid. 5a, p. 288 avec renvois). Si l'obligataire en question est une institution de prévoyance en faveur du personnel et le débiteur (émetteur) un employeur affilié, la créance est privilégiée selon la loi.

Dans l'ensemble, comme le législateur a décidé de favoriser les institutions de prévoyance en leur accordant un privilège de première classe dans la faillite, il n'existe aucune possibilité de colloquer en troisième classe les créances d'emprunts en cause ici même si elles sont fondées sur un prêt.

En conséquence, le recours doit être admis et les créances reconnues provenant d'emprunts par obligations doivent être colloquées en première classe.

689 Divorce: refus d'un partage manifestement inéquitable

(Référence à un arrêt du TF du 14 novembre 2008, 5A_25/2008, publication ATF prévue ; arrêt en français)

(Art. 123 al. 2 CC)

En l'espèce, l'épouse recourante prétend qu'il y a lieu, en application de l'art. 123 al. 2 CC, de déroger au partage par moitié des avoirs de prévoyance professionnelle qu'elle a accumulés durant le mariage. Les prestations de sortie de la prévoyance professionnelle des époux doivent en principe être partagées entre eux par moitié (art. 122 CC). 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. Outre les circonstances économiques postérieures au divorce ou des 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).

Si l'on compare la prévoyance globale des parties, on constate que la recourante sera mise dès sa retraite au bénéfice d'une rente AVS et d'une rente LPP dont les montants ne ressortent pas du jugement cantonal. En tous les cas, au vu du court laps de temps qui la sépare de l'âge légal de la retraite (qu'elle atteindra en 2010), elle n'aura guère le temps d'accroître son avoir de prévoyance professionnelle qui était de 172'862 fr. en date du 18 septembre 2006. Pour faire face à ses charges mensuelles de 2'581 fr. qui ne devraient guère évoluer d'ici à la retraite, la recourante pourra encore compter sur le revenu locatif d'un appartement (750 fr.). En revanche, son droit à la contribution d'entretien prendra fin. Quant au mari, il n'a pas accumulé de prestation de sortie et il a cessé son activité d'agriculteur indépendant depuis plusieurs années. Toutefois, il bénéficie, outre sa fortune dont on ne peut cerner les contours exacts ni par conséquent le rendement qu'elle lui procure, d'un revenu mensuel de 8'600 fr. En tous les cas, ses ressources lui permettent de continuer à jouir d'un niveau de vie élevé. Tel n'est pas le cas de la recourante qui voit son train de vie réduit drastiquement même en conservant l'entier de sa prévoyance professionnelle. La rente LPP constitue en l'occurrence l'essentiel du revenu de l'épouse - hormis la rente AVS - au moment de sa retraite alors que le recourant peut compter sur une situation économique très confortable. Dans ces conditions, le partage par moitié de l'avoir de libre passage accumulé par l'épouse accroîtrait la disproportion déjà considérable entre les situations des parties, ce qui conduirait à un résultat manifestement inéquitable. Il convient par conséquent d'admettre le recours sur ce point et de refuser le partage en application de l'art. 123 al. 2 CC.

690 Concubinage et prestation de survivant

(Référence à un arrêt du TF du 28 novembre 2008 en la cause X. contre Fondation 1 et Fondation 2, 9C_710/2007, arrêt en français)

(Art. 10 OPP 2, 331 CO, 5 et 9 Cst., 97 LTF)

Y. a été engagé comme directeur par le Groupe Z. en janvier 2001 et a été affilié auprès de plusieurs institutions de prévoyance, notamment la Fondation 1 et la Fondation 2. La recourante X. et Y. ont vécu maritalement pendant plus de 20 ans et ont eu 2 enfants. Suite au décès d'Y en août 2003, X. a demandé aux Fondations

1 et 2 de lui verser une rente de concubin. Les deux fondations ont refusé au motif que l'existence d'une vie commune et d'un entretien ne leur avait pas été annoncée du vivant de l'assuré.

L'art. 5.4.4 al. 1 du règlement de la Fondation 1 prévoit le versement d'une prestation pour le concubin survivant pour autant que (a) les 2 partenaires ne soient pas mariés, que (b) le partenaire survivant ait été entretenu de manière prépondérante par l'assuré décédé et que (c) la vie commune ait duré pendant au moins 5 ans sans interruption jusqu'au décès de l'assuré ou que le partenaire survivant doive subvenir à l'entretien d'un ou plusieurs enfants communs. L'art. 5.4.4 al. 2, 1re phrase, prescrit que « la vie commune ou l'entretien doivent avoir été mentionnés par un accord écrit légalisé et annoncés à la caisse du vivant de l'assuré. »

L'art. 5.4.4 al. 1 du règlement de la Fondation 2 confère aux concubins les mêmes droits qu'à des conjoints en matière de rente de survivants si (a) les 2 partenaires ne sont pas du même sexe et ont vécu en ménage commun et si (b) la communauté de vie a été annoncée à la caisse et le partenaire survivant a été entretenu par l'assuré décédé pendant au moins 10 ans jusqu'à la mort de ce dernier.

La recourante X. se plaint d'une constatation inexacte des faits pertinents par le Tribunal cantonal, à qui elle reproche d'avoir omis de constater que son partenariat avec feu Y. avait été annoncé, à tout le moins à l'employeur. Elle soutient que le jugement attaqué violerait les art. 10 OPP 2 et 331 al. 4 CO, car l'employeur était au courant de l'existence du partenariat et aurait ainsi dû l'annoncer aux caisses de pension, comme il l'avait fait auprès de la caisse de compensation AVS compétente pour déterminer les allocations familiales. X. se prévaut de sa bonne foi (art. 9 Cst.), car elle pouvait partir de l'idée que l'employeur avait accompli les démarches nécessaires auprès des institutions de prévoyance. Elle en déduit que les fondations intimées devraient répondre des conséquences du défaut d'annonce de l'employeur. La recourante se plaint également d'une violation de son droit d'être entendue, résultant d'un défaut de motivation du jugement attaqué sur les deux points suivants : d'une part, elle soutient que feu Y. n'avait pas été informé de la modification du règlement de la Fondation 1, décidée en décembre 2002 et entrée en vigueur rétroactivement au 1er janvier 2002, de sorte que l'institution de prévoyance devrait répondre de cette omission de l'employeur et lui allouer au moins la rente de partenaire de la Fondation 2 ; d'autre part, elle estime que les deux fondations n'ont pas tenu compte d'une période transitoire pour permettre de réparer l'absence d'acte notarié. X. ajoute que les fondations intimées n'auraient pas respecté le principe de proportionnalité (art. 5 al. 2 Cst.) et que le résultat auquel elle est désormais confrontée est non seulement hypocrite mais aussi inéquitable.

Selon le TF, l'argumentation développée par X. à propos des conséquences d'une soi-disant violation par l'employeur de son obligation d'informer les institutions de prévoyance selon l'art. 10 OPP 2 ne lui est d'aucun secours, car cette disposition ne régit que la prévoyance obligatoire, tandis que les prestations litigieuses relèvent uniquement de la prévoyance plus étendue. De même, les critiques que la recourante adresse indirectement à l'employeur, en se référant à l'art. 331 al. 4 CO, n'ont aucune incidence sur l'issue du litige qui l'oppose aux deux fondations intimées, car ces dernières ne sauraient répondre d'une violation de l'employeur de renseigner ses salariés.

En ce qui concerne la Fondation 1, il est constant qu'un accord écrit et légalisé portant sur le partenariat n'a pas été établi. Le TF relève également que la juridiction cantonale a établi qu' Y. avait reçu un règlement de chacune des fondations lors de son engagement et que l'ensemble du personnel avait été informé du changement de régime concernant les concubins en décembre 2002. Comme plusieurs mois se sont écoulés entre le moment de l'information au personnel et celui du décès d'Y. en août 2003, ce dernier aurait eu largement le temps d'accomplir les formalités requises par le règlement de la Fondation 1. Les reproches relatifs à la période transitoire sont ainsi infondés. Le TF rappelle que, dans une affaire analogue, il a jugé que l'obligation prévue par l'OCFP 1 de porter à la connaissance de Publica l'union libre sous la forme d'un

contrat d'assistance constituait une condition matérielle du droit à la rente de partenaire (ATF 133 V 314 consid. 4 p. 316). Il s'ensuit que les prétentions de la recourante contre la Fondation 1 sont infondées.

Selon le règlement de la Fondation 2 (édition 1998), le droit à la rente de concubin ne peut exister, entre autres conditions, que si la communauté de vie a été annoncée à la caisse. La validité de l'annonce n'est pas soumises à une forme particulière (elle peut être écrite ou verbale) et elle est susceptible d'émaner de n'importe qui (l'assuré, l'employeur, le concubin ou un tiers). Par ailleurs, l'usage du passé composé et la référence explicite au moment du décès à l'art. 5.4.4 al. 1 let. b permet d'admettre sans équivoque que l'annonce doit avoir été effectuée du vivant de l'assuré. La simple connaissance de certains faits par l'institution de prévoyance ne suffit cependant pas. En l'occurrence, la recourante ne démontre pas en quoi le Tribunal cantonal aurait établi les faits de façon manifestement inexacte ou en violation du droit (art. 97 al. 1 LTF) en constatant que l'existence de la communauté de vie n'avait pas été annoncée à la Fondation 2. Faute d'annonce, les prétentions à l'encontre de la Fondation 2 sont elles aussi infondées.

691 Privilège de la compagne selon la réglementation en vigueur jusqu'à fin 2004

(Référence à un arrêt du TF du 10 décembre 2008 en la cause B. contre M. et R. et Caisse de pensions PKG de l'artisanat, du commerce et de l'industrie contre M. et R., 9C_267/2008 et 9C_318/2008 ; arrêt en allemand)

(Art. 49, al. 2, LPP)

Dans cette procédure devant le TF, le litige portait sur la question de savoir qui, de l'ancienne compagne ou des fils majeurs du défunt, avait droit au capital-décès auprès de l'institution de prévoyance. Comme l'assuré est décédé en 2004, il faut appliquer les dispositions en vigueur jusqu'à fin 2004, c'est-à-dire les dispositions réglementaires de l'institution de prévoyance.

L'ordre de priorité des bénéficiaires prévu dans le règlement prévoit que le capital-décès doit être versé en premier lieu au conjoint, en deuxième lieu aux enfants mineurs ou incapables de travailler au bénéfice d'un soutien notable et en troisième lieu à la personne « avec laquelle il est établi que la personne assurée a formé une communauté de vie de manière ininterrompue pendant les cinq années précédant son décès en ayant convenu avec lui un devoir d'assistance réciproque ou avec lequel elle devait assumer l'entretien d'un ou plusieurs enfants communs ».

Le TF constate que l'instance inférieure s'est trouvée en contradiction avec la teneur claire du règlement en considérant une obligation réciproque comme insuffisante à fonder un droit du compagnon de vie à la prestation et en considérant comme applicable – sans tenir compte de la formulation utilisée dans le règlement, qui, pour accorder le privilège se contente de l'existence d'une convention d'un « devoir d'assistance réciproque » (avec la communauté de vie de cinq ans qui n'est pas litigieuse) – la jurisprudence développée par le TF sur la base de dispositions réglementaires différentes au sujet de l'assistance nécessaire dans une mesure notable. La teneur du règlement ne laisse subsister aucun doute sur le fait que seul est déterminant pour un privilège le point de savoir si les partenaires étaient prêts à s'assister mutuellement en cas de besoin. Comme le texte du règlement est clair et sans équivoque, point n'est besoin d'examiner en outre si et, le cas échéant, dans quelle mesure il faut tenir compte du traitement de droit fiscal de l'opération lors de l'interprétation d'une réglementation peu claire en matière de bénéficiaires. Jusqu'à fin 2004, les institutions de prévoyance étaient libres de choisir l'étendue du cercle des bénéficiaires potentiels. Elles ne sauraient se dérober à leurs propres dispositions réglementaires en matière de privilèges en invoquant l'argument que ces règles s'opposeraient à leur exemption fiscale. L'instance inférieure, à laquelle la cause est renvoyée, devra ainsi encore vérifier s'il existait entre l'assuré et sa compagne un accord selon lequel ils étaient prêts à s'assister réciproquement en cas de besoin (le TF précisant déjà que le règlement n'exige pas de forme écrite pour l'accord d'assistance réciproque, cet accord pouvant être également oral ou résulter des circonstances) et ensuite rendre un nouveau jugement.

692 Privilège en matière de libre passage de la compagne bénéficiant d'une rente de veuve

(Référence à un arrêt du Tribunal fédéral du 12 décembre 2008, cause U. et B. contre Institution supplétive et G., 9C_550/2008, publication ATF prévue; arrêt en allemand)

(Art. 15, al. 1, let. b, ch. 2, OLP et art. 20a, al. 2, LPP)

Dans cette affaire, le Tribunal fédéral avait à trancher la question de savoir si l'avoir déposé sur le compte de libre passage (auprès de l'Institution supplétive) d'un assuré décédé devait revenir à ses filles majeures ou à sa compagne.

Si l'on s'en tient à la règle claire de l'art. 15 OLP, la compagne de l'assuré, qui est incontestablement une bénéficiaire au sens de l'al. 1, let. b, ch. 2, dispose d'un droit à prestation qui prime sur celui des filles majeures du défunt.

Les filles du défunt, qui ont fait recours, invoquent toutefois l'art. 20a, al. 2, LPP, selon lequel une personne désignée à l'al. 1, let. a, n'a pas droit à une prestation de survivant si elle bénéficie déjà d'une rente de veuve. Or, la compagne, qui répond aux conditions de cet al. 1, let. a, touche des rentes de veuve de l'AVS et de la prévoyance professionnelle, de sorte qu'elle n'aurait effectivement pas eu droit aux prestations de survivant prévues par cette disposition, prestations qui reviendraient alors aux recourantes. Mais l'art. 15 OLP, applicable en matière de libre passage, ne comporte pas de règle semblable à l'art. 20a, al. 2, LPP. Les recourantes demandent que cette dernière disposition s'applique aussi, directement ou par analogie, à l'avoir de libre passage.

Le Tribunal fédéral se prononce contre l'application directe de l'art. 20a, al. 2, LPP aux comptes de libre passage, car cette disposition ne règle pas les mêmes situations que l'art. 15 OLP.

L'art. 15 OLP, qui attribue clairement les priorités, est donc seul applicable en l'espèce. Le Tribunal fédéral estime que la divergence avec l'art. 20a, al. 2, LPP ne justifie pas que celui-ci soit déclaré applicable par analogie au domaine régi par l'art. 15 OLP. Se fondant sur les travaux préparatoires et la systématique des textes en présence, il démontre au contraire que les règles adoptées dans les deux domaines ne sauraient être identiques. Certes, une harmonisation entre la LPP et l'OLP avait été envisagée dans le cadre de la 1re révision de la LPP ; mais la différence entre les deux dispositions en cause a été maintenue à dessein (il est par ex. tout à fait possible que des personnes privilégiées au sens de l'art. 15 OLP n'aient pas droit aux prestations pour survivants de l'institution de prévoyance, ce qui est notamment le cas des enfants majeurs). De plus, l'art. 20a, al. 2, LPP vise à empêcher le cumul de prestations pour survivants, objectif qui est propre à la prévoyance professionnelle au sens étroit, mais qui n'a pas nécessairement la même importance lorsqu'il s'agit de prestations de libre passage.

693 Cas de prévoyance invalidité et versement anticipé

(Référence à un arrêt du TF du 21 novembre 2008 en la cause C. contre Caisse de pensions de la ville de Lucerne, 9C_476/2008, ATF 135 V 13, arrêt en allemand)

(Art. 23 et 26 LPP ; art. 2 et 3 LFLP)

Devant le TF, le litige porte sur l'admissibilité du versement anticipé – reçu par la recourante après la survenance de son incapacité de travail invalidante – pour l'acquisition d'un logement en propriété ; en outre, il se pose la question de savoir s'il est admissible de rembourser à l'institution de prévoyance, par des fonds propres jusqu'ici non liés, la prestation de sortie transférée à une institution de libre passage, que la recourante avait mise en gage puis que la créancière gagiste avait réalisée.

Le TF examine d'abord la question de la conformité au droit du versement anticipé et constate que la loi ne s'exprime pas expressément sur ce point, mais qu'une réponse en découle implicitement, à savoir que le montant que l'intéressé peut toucher est limité par la valeur de la prestation de libre passage. Le versement anticipé suppose donc l'existence d'une prestation de libre passage. Comme un droit à la prestation de sortie n'existe que pour autant qu'un cas de prévoyance ne soit pas encore survenu (art. 2, al. 1, LFLP), un versement anticipé n'est pas non plus possible après la survenance d'un cas de prévoyance car le capital de libre passage est alors converti en capital de couverture pour les prestations sous forme de rentes. Dans l'ATF 134 V 28, le TF a mis en évidence que le cas de prévoyance invalidité ne prend naissance qu'à la survenance effective de l'événement assuré et non pas déjà au moment de l'incapacité de travail, dont la cause conduit à l'invalidité. La survenance du cas de prévoyance invalidité correspond ainsi, d'un point de vue temporel, à la naissance du droit aux prestations d'invalidité (art. 26, al. 1, LPP). Jusqu'à ce moment, un versement anticipé est admissible. Il n'y a par conséquent aucune raison d'empêcher un versement anticipé déjà en cas d'invalidité imminente comme l'a retenu l'OFAS notamment dans le Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 32, ch. 188.2. En l'espèce, l'invalidité justifiant la rente est survenue le 1er mai 2003. Le versement anticipé effectué le 16 avril 2003 avec valeur au 30 avril 2003 a ainsi eu lieu avant la survenance du cas de prévoyance et était conforme au droit.

Le TF examine ensuite le versement de l'avoir de libre passage, intervenu au 13 août 2003. Comme le cas de prévoyance de l'invalidité était déjà survenu le 1er mai 2003, le droit à la prestation de sortie ne pouvait plus naître après cette date. La prestation de sortie n'aurait ainsi pas dû être versée. On ne saurait toutefois reprocher à l'institution de prévoyance d'avoir fourni à tort la prestation de sortie car la LFLP part de l'idée que la prestation de sortie doit être transférée rapidement après la sortie. Le fait qu'il se soit révélé après coup que le cas de prévoyance était survenu déjà avant n'y change rien. Les alinéas 2 et 3 de l'art. 3 LFLP contiennent une solution adéquate pour ce genre de cas. De par sa teneur, l'art. 3 LFLP ne vise certes que les institutions de prévoyance, mais, compte tenu de l'équivalence fonctionnelle des institutions de prévoyance et des institutions de libre passage, il doit s'appliquer de la même manière lorsque la prestation de sortie n'a pas été transférée à une nouvelle institution de prévoyance mais à une institution de libre passage. En outre, les alinéas 2 et 3 de l'art. 3 LFLP ne s'appliquent pas seulement lorsque le cas de prévoyance prend naissance après la survenance du cas de libre passage et qu'il s'avère après coup que, malgré tout, l'ancienne institution de prévoyance est tenue de fournir des prestations, mais aussi lorsqu'il s'avère que le cas de prévoyance est survenu déjà avant le cas de libre passage. Le versement de la prestation de sortie de l'avoir de libre passage était donc intervenu conformément au droit. Dès lors, en raison de l'absence de remboursement de la prestation de sortie par l'assurée, l'institution de prévoyance avait le droit, sur la base de l'art. 3, al. 3, LFLP, de réduire la rente d'invalidité de manière correspondante.

La question se pose de savoir si un tel remboursement serait possible. Le TF y répond affirmativement et constate que la prestation de sortie peut être remboursée non seulement par l'entité qui a reçu la prestation (c'est-à-dire, la nouvelle institution de prévoyance, une institution de libre passage ou une institution supplétive), mais aussi par une autre personne, notamment par l'assuré lui-même. Pour l'institution de prévoyance tenue de fournir les prestations, l'auteur du remboursement de la prestation de sortie ne peut jouer aucun rôle ni du point de vue juridique, ni du point de vue de la technique actuarielle. Si elle reçoit le montant nécessaire en retour, elle se retrouve, du point de vue de la technique actuarielle, dans la position qui doit être la sienne pour répondre correctement à l'exigence de couverture de son obligation de fournir des prestations.

694 Affiliation à une institution de prévoyance : contrôle abstrait de normes cantonales par le TF et non pas par l'autorité de surveillance

(Référence à un arrêt du TF du 12 décembre 2008 en la cause Commune de Zoug et X. contre Canton de Zoug, 9C_914/2007, publication ATF prévue, arrêt en allemand)

(Art. 49 Cst. ; art. 87, al. 1, LTF ; art. 11, al. 2, art. 50, al. 1 et 3, art. 61, al. 1, art. 62, al. 1, let. a et d, et art. 74 LPP ; art. 7 ss OPP 2)

La commune de Zoug ainsi que X., qui enseigne depuis des années dans une école de la ville, attaquent le § 1, al. 1, let. b, de la loi du 31 août 2006 sur la caisse de pensions de l'Etat de Zoug, entrée en vigueur le 1er janvier 2008. Selon cette disposition, le personnel enseignant des écoles communales est également assuré auprès de l'institution de prévoyance du canton, comme le personnel de l'Etat (let. a) et le personnel des organisations affiliées selon le § 2 (let. c). Les recourantes invoquent que le § 1, al. 1, let b, de la loi sur la caisse de pensions viole notamment l'art. 11, al. 2, LPP (« Si l'employeur n'est pas encore affilié à une institution de prévoyance, il en choisira une après entente avec son personnel ou, si elle existe, avec la représentation des travailleurs ») ainsi que l'art. 49, al. 1, Cst. (« Le droit fédéral prime le droit cantonal qui lui est contraire »).

Le recours en matière de droit public n'est directement recevable contre les actes normatifs cantonaux que si ceux-ci ne peuvent faire l'objet d'un recours cantonal (art. 87, al. 1, LTF). Selon l'art. 61, al. 1, LPP, chaque canton désigne une autorité qui exerce la surveillance des institutions de prévoyance ayant leur siège sur leur territoire. L'autorité de surveillance a notamment pour tâche de vérifier la conformité des dispositions réglementaires avec les prescriptions légales (art. 62, al. 1, let. a, LPP). Dans cette mesure, elle entreprend également le contrôle abstrait d'actes normatifs des autorités législatives ou exécutives servant de règlement aux institutions de prévoyance de droit public (ATF 134 I 23 consid. 3.2, p. 27 avec renvois ; 121 II 198 consid. 2a, p. 201). L'autorité de surveillance au sens de l'art. 61, al. 1, LPP peut ainsi être, dans son domaine d'attributions, l'autorité précédente au sens du titre de l'art. 87 LTF. Ses décisions peuvent être attaquées par la voie du recours au Tribunal administratif fédéral (art. 74 LPP).

Le pouvoir de l'autorité de surveillance de procéder à un contrôle abstrait de normes s'apprécie selon les mesures qu'elle peut prendre pour éliminer les insuffisances constatées (art. 62, al. 1, let. d, LPP). L'autorité de surveillance ne peut annuler tout ou partie des règlements contraires aux prescriptions légales, respectivement en constater l'inapplicabilité que dans la mesure où elle peut donner à l'institution de prévoyance des directives contraignantes sur l'aménagement de dispositions correspondantes (voir ATF 119 V 195 consid. 3c, p. 199). Ces mesures doivent avoir leur base dans la LPP (ATF 134 I 23 consid. 3.4, p. 28 s.). Font en premier lieu partie des dispositions réglementaires pouvant être soumises à un contrôle abstrait de normes au sens de l'art. 62, al. 1, let. a, LPP les dispositions que les institutions de prévoyance doivent édicter en vertu de l'art. 50, al. 1, LPP, soit celles sur les prestations (let. a), l'organisation (let. b), l'administration et le financement (let. c), le contrôle (let. d) et les rapports avec les employeurs, les assurés et les ayants droit (let. e). Cette énumération – certes non exhaustive (FF 1976 I 257) – ne mentionne pas le cercle des personnes assurées, respectivement des employeurs pouvant s'affilier. Ce silence plaide contre l'existence d'un pouvoir d'examen au sens d'un contrôle abstrait de normes par l'autorité de surveillance sur ces questions. Cette autorité ne pourrait de toute façon pas donner à une institution de prévoyance des directives contraignantes concernant le cercle des personnes à assurer ou les employeurs à affilier. Elle n'a aucune compétence en matière d'affiliation selon les art. 11 s et 7 ss OPP 2. Elle ne pourrait en particulier ni obliger une institution de prévoyance à céder un employeur affilié ni contraindre une autre institution de prévoyance à accepter cet employeur (voir SVR 2006 LPP n° 22, p. 86, B 72/04, consid. 5.1). L'autorité de surveillance n'entre pas en considération comme instance précédente ayant la compétence de juger de la constitutionnalité et de la légalité du § 1, al. 1, let. b, de la loi sur la caisse de pensions de l'Etat de Zoug et le recours direct au TF est dès lors recevable.

En vertu du principe de la force dérogatoire du droit fédéral (art. 49, al. 1, Cst.), il est exclu que les cantons légifèrent dans les domaines qui sont réglés de manière exhaustive par la législation fédérale. Dans les domaines que le droit fédéral ne règle pas exhaustivement, ils n'ont le droit d'édicter que des prescriptions conformes au sens et à l'esprit du droit fédéral, qui n'en compromettent ni n'en déjouent le but (ATF 130 I 279, consid. 2.2, p. 283 avec renvois).

Le droit fédéral attribue aux communes en tant qu'employeurs selon l'art. 11 LPP le pouvoir de créer leur propre institution de prévoyance pour la réalisation de la prévoyance professionnelle de leur personnel ou de s'affilier dans ce but à une institution de prévoyance enregistrée, par exemple à celle du canton concerné (voir § 2 de la loi sur la caisse de pensions). Les cantons n'ont pas le droit de réduire cette compétence basée sur les art. 11 et 50 s LPP en prescrivant par exemple aux communes de s'affilier à une institution de prévoyance déterminée. C'est ce que fait pourtant le § 1, al. 1, let. b, de la loi du 31 août 2006 sur la caisse de pensions de l'Etat de Zoug en comptant le personnel enseignant des écoles communales dans le cercle des assurés. Cette disposition doit dès lors être annulée pour violation du principe de la force dérogatoire du droit fédéral (art. 49, al. 1, Cst.) et plus précisément, en application analogique de l'art. 50, al. 3, 2e phrase, LPP, avec effet ex nunc et pro futuro sans que son annulation formelle par le législateur cantonal ne soit nécessaire. Afin d'éviter des lacunes d'assurance pour les enseignants concernés, la réglementation litigieuse doit cependant être maintenue à titre de droit transitoire jusqu'à l'entrée en vigueur d'une nouvelle réglementation conforme au droit fédéral. La conclusion subsidiaire du canton de Zoug qui demandait que le § 1, al. 1, let. b, de la loi du 31 août 2006 sur la caisse de pensions de l'Etat de Zoug soit annulée uniquement en ce qui concerne les prestations minimales de la LPP est infondée. Le droit des communes à assurer l'ensemble de leur personnel auprès de leur propre institution de prévoyance comprend la prévoyance obligatoire et plus étendue.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 110

680 Calcul de surindemnisation en cas d'invalidité partielle

(Référence à l'arrêt du TF du 21 octobre 2008 en la cause G. contre Fondation de prévoyance en faveur du personnel de X. SA, 9C_347/2008 ; arrêt en français)

(Art. 24 OPP 2)

G. a travaillé à plein temps au service de la société X. SA jusqu'au 31 octobre 1996 et était affiliée à ce titre à la Fondation de prévoyance en faveur du personnel de X. SA. En raison des problèmes de santé qu'elle a rencontrés à compter du mois de juillet 1994, elle a été mise au bénéfice d'une demi-rente de l'assurance-invalidité à partir du 1er juillet 1995. La juridiction cantonale nie toute prétention de G. envers la Fondation pour cause de surindemnisation.

Le litige porte sur le calcul de la surindemnisation, plus précisément sur la détermination de la limite de la surindemnisation, dans le cas d'une personne présentant une invalidité partielle, en l'occurrence fondée sur un taux d'incapacité de gain de 50%.

Le TF a rappelé dans un premier temps que l'estimation du statut de G. effectuée par les organes de l'assurance-invalidité vaut aussi en principe pour la prévoyance professionnelle obligatoire et plus étendue. Le « gain annuel dont on peut présumer que l'intéressé est privé » au sens de l'art. 24, al. 1, OPP 2, correspond dès lors en l'espèce au revenu d'une activité à plein temps. Il s'agit du point de départ pour fixer la limite de la surindemnisation. C'est donc à tort que la juridiction cantonale a divisé par deux le revenu annuel présumé perdu de G. afin de tenir compte, selon ses dires, de son taux d'invalidité de 50 % (cons. 4).

Le TF rappelle ensuite que, en ce qui concerne le montant du gain annuel présumé perdu, il s'agit de se fonder sur le salaire réalisé en dernier lieu, en tenant compte de l'évolution des salaires (cons. 5).

En résumé, il convient, selon le TF, de fixer la limite de surindemnisation des invalides qui auraient exercé une activité lucrative à plein temps s'ils n'avaient pas été atteints dans leur santé en prenant en compte le gain annuel perdu correspondant à une activité exercée à plein temps et adapté, année après année, à l'évolution des salaires, par exemple dans l'entreprise pour la même catégorie de salariés ou dans la branche concernée (cons. 6).

681 Concordance événementielle en rapport avec un calcul de surindemnisation

(Référence à un arrêt du TF du 4 septembre 2008 en la cause Fondation de prévoyance O. contre M., 9C_40/2008; arrêt en allemand)

(Art. 24, al. 2, OPP 2)

M. a obtenu, par décision du 17 novembre 2000 de l'Office AI du canton de St Gall, une rente entière d'invalidité à partir du 1er novembre 2000 pour atteintes somatiques et psychiques à la santé (degré d'invalidité de 71 %). Dans une proposition transactionnelle, la fondation de prévoyance a ensuite reconnu le droit de M. à des prestations pour un degré d'invalidité de 50 % à partir du 17 août 1998. M. s'est déclaré d'accord avec cette proposition et a accepté que seules soient prises en considération les atteintes somatiques, mais pas les atteintes psychiques. Par la suite, dans le cadre du calcul de la surindemnisation, les parties ne se sont pas mises d'accord sur la question de savoir si la rente d'invalidité du 1er pilier correspondant aux atteintes psychiques devait être prise en compte dans le calcul bien que la rente d'invalidité du 2e pilier ait fait abstraction de ces atteintes. Invoquant ce motif, M. a agi en justice contre la fondation de prévoyance devant le Tribunal des assurances du canton de St-Gall qui, par jugement du 7 novembre 2007, a partiellement admis l'action et a notamment invité la fondation de prévoyance à n'inclure que la moitié de la rente AI du 1er pilier dans le calcul de la surindemnisation. La fondation de prévoyance O. a interjeté un recours au TF contre ce jugement cantonal.

La question litigieuse soumise à l'examen du TF est celle de savoir dans quelle mesure il faut déduire de la rente d'invalidité du 2e pilier dès juillet 2001 la rente entière versée par l'AI (1er pilier) depuis le 1er novembre 2000. .

Le TF retient que, selon le principe de concordance des droits ancré à l'art. 24, al. 2, OPP 2, des prestations de diverses assurances sociales (ou des autres revenus) ne peuvent être mises en rapport les unes avec les autres que si elles « sont liées au même événement et à la même personne et qu'il y a aussi une concordance objective et temporelle entre elles » (citation traduite tirée de Stauffer, Berufliche Vorsorge, Zurich 2005, p. 301 s. et 319); c'est notamment ce principe de concordance qui limite la coordination matérielle étendue entre les 1er et 2e piliers. Reste à examiner si et, le cas échéant, dans quelle mesure la concordance liée à l'événement atténue l'obligation générale des institutions de prévoyance de reprendre le degré d'invalidité défini par l'AI. En se référant aux considérants d'un arrêt concernant la prise en compte de prestations d'assurance en matière de responsabilité civile pour un accident (4C.62/2005 du 1er novembre 2005), le TF considère que la prise en compte des prestations s'inscrivant dans le cadre de la prévoyance professionnelle obligatoire doit trouver ses limites là où l'AI fournit des prestations pour une invalidité (partielle) que, de son côté, l'institution de prévoyance n'a pas l'obligation de prendre en charge (comme tel est le cas, en l'espèce, des atteintes psychiques de M.). Il serait en effet choquant qu'une institution de 2e pilier non tenue de fournir des prestations pour une atteinte à la santé déterminée puisse tirer profit, dans le cadre de la surindemnisation, des prestations du 1er pilier allouées en raison de cette même atteinte à la santé. C'est donc à juste titre que le tribunal cantonal a considéré que seules les prestations allouées par l'AI pour les atteintes somatiques (une demi-rente AI) – pour lesquelles la fondation O. est aussi tenue de fournir des prestations – pouvaient être prises en compte dans le calcul de la

surindemnisation et que, dans cette mesure, une évaluation différenciée de la concordance événementielle était nécessaire.

682 Capital-décès en vertu de la loi sur la continuation de l'assurance ou d'une convention de prévoyance?

(Référence à un arrêt du TF du 14 novembre 2008 en la cause S. et J. contre Fondation collective LPP de la Rentenanstalt, 9C_681/2007; arrêt en allemand)

(Art. 18, let. a, et 22, al. 1, LPP ; loi fédérale relative à la continuation de l'assurance des travailleuses dans la prévoyance professionnelle ; art. 4 LCA)

Née en août 1942, W. était totalement incapable de travailler depuis le 26 mars 2004. Se basant sur la loi relative à la continuation de l'assurance, son employeur a avisé l'institution de prévoyance le 17 juin 2004 de la continuation de l'assurance de W. au-delà de son anniversaire de 62 ans. L'institution de prévoyance a ainsi établi le 6 juillet 2004 une attestation d'assurance à l'adresse de l'assurée où il était notamment question d'un capital-décès comme prestation d'assurance. W. est décédée le 10 octobre 2004. Ses filles S. et J. ont ensuite exigé le versement du capital-décès en leur faveur, ce que l'institution de prévoyance a refusé en invoquant l'incapacité de travail de W. existant depuis mars 2004. Le Tribunal cantonal des assurances saisi par les filles a rejeté l'action en paiement du capital-décès.

Le TF commence par examiner si le risque de prévoyance en cas de mort, déterminant en ce qui concerne la prestation réclamée en justice, pourrait éventuellement s'être réalisé déjà à la survenance de l'incapacité antérieure de travail ou de gain de W. Il rappelle dans ce contexte son arrêt publié récemment, selon lequel la disposition légale de l'art. 18, let. a, LPP n'avance pas la survenance du risque de prévoyance au moment de la survenance de l'incapacité de travail ; cette disposition règle au contraire la protection d'assurance et la compétence en matière de prestations pour le cas où la personne décédée n'est plus assurée auprès de l'institution de prévoyance au moment de son décès (ATF 134 V 28; voir Bulletin de la prévoyance professionnelle no 104, ch. 633). Faute de disposition contraire dans le règlement, cette jurisprudence s'applique également à la prétention invoquée en l'espèce et fondée sur la prévoyance étendue.

Ensuite, le TF parvient à la conclusion que le droit au capital-décès prévu par le règlement ne peut résulter de la loi relative à la continuation de l'assurance car cette loi n'oblige les institutions de prévoyance à continuer l'assurance qu'en ce qui concerne les prestations minimales selon la LPP.

Un droit au capital-décès ne peut dès lors exister que si ce capital-décès est prévu par une convention de prévoyance valable. En établissant l'attestation d'assurance du 6 juillet 2004, l'institution de prévoyance a manifesté être disposée à continuer sans modification l'assurance préexistante. Elle fait cependant valoir maintenant que si elle avait su l'incapacité de travail de l'assurée, elle aurait refusé la prolongation de la prévoyance professionnelle étendue ; elle indique toutefois n'avoir été avisée de l'incapacité de travail par l'employeur qu'après le décès de l'assurée. Cette objection ne concerne pas une base contractuelle explicite ou implicite entachée d'erreur, mais le cœur de la convention elle-même, raison pour laquelle il ne faut pas se référer au principe général de l'erreur essentielle mais à la violation de l'obligation de déclarer selon l'art. 4 LCA, applicable par analogie. L'obligation de déclarer n'est toutefois pas globale, mais suppose un questionnaire approprié émanant de l'assureur. Comme l'institution de prévoyance n'a pas fait une telle démarche pour s'informer de l'état de santé de l'assurée, la seule conclusion à en tirer est qu'elle avait l'intention de prolonger intégralement les rapports de prévoyance jusqu'à l'âge légal de la retraite selon la LAVS et non de manière différenciée selon les parties obligatoire et étendue de l'assurance. C'est ainsi une convention sur la continuation intégrale de la prévoyance professionnelle surobligatoire qui a été conclue de manière juridiquement valable, de sorte que S. et J. ont droit au capital-décès réglementaire.

683 Compensation de la créance en remboursement de l'institution de prévoyance avec le droit de l'assuré à la prestation de sortie ?

(Référence à un arrêt du TF du 29 octobre 2008 en la cause X. contre Institution de prévoyance du groupe Zurich Assurances, 9C_65/2008; arrêt en allemand)

(Art. 39 LPP, art. 3, 4 et 5 LFLP, art. 2, al. 2, CC)

Dans cette procédure, le TF devait examiner notamment l'admissibilité de la compensation de la créance en remboursement de l'institution de prévoyance (née en raison de rentes d'invalidité allouées à tort) avec la prestation de sortie de l'assuré. Il relève que la jurisprudence admet la compensation entre un versement en espèces et une créance (originaire) de l'institution de prévoyance parce que, dans un tel cas, le maintien de la prévoyance s'avère caduc et qu'en outre l'art. 39, al. 2 et 3, LPP, qui exclut une compensation avec des prestations (seulement) en devenir, ne s'applique pas dans de tels cas. En revanche, le TF ne s'est pas encore prononcé sur la question de l'admissibilité d'une compensation de la créance en remboursement de l'institution de prévoyance avec la prestation de sortie de l'assuré.

Après la prétendue survenance du cas de prévoyance invalidité, l'assuré n'a pas été invité à fournir une déclaration sur l'utilisation de son avoir (versement en espèces, virement à une institution de prévoyance ou maintien de la prévoyance sous une autre forme) lorsqu'il est sorti de l'institution de prévoyance et s'est ensuite mis à exercer une activité lucrative indépendante. Le versement en espèces n'est ainsi pas devenu exigible et l'assuré devait en principe conserver le droit d'option selon les art. 3 et 4 LFLP. Toutefois, en se prononçant pour une de ces possibilités (virement à une institution de prévoyance ou maintien de la protection de prévoyance sous une autre forme), il lui était loisible, en laissant se maintenir le but de prévoyance, de soustraire son avoir à la compensation d'avec la créance en remboursement de l'institution de prévoyance et de profiter ainsi du montant correspondant aux rentes d'invalidité touchées indûment, comme cela s'est avéré rétrospectivement. Les deux possibilités – virement à une institution de prévoyance et maintien, d'une autre manière, de la protection de prévoyance – ne méritaient dès lors pas d'être juridiquement protégées (art. 2, al. 2, CC), de sorte que seule la solution du versement en espèces s'offrait à lui. Ce versement en espèces doit être considéré comme exigible dès la survenance du cas de libre passage, soit après que l'assuré est sorti de l'institution de prévoyance. La compensation est par conséquent admissible.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 108

668 Réticence et alcoolisme

(Référence à un arrêt du TF du 3 juillet 2008 en la cause V. contre Fondation LPP Generali, 9C_99/2008, publication ATF prévue ; arrêt en allemand)

(Art. 4 et 6 LCA)

En l'espèce, le litige porte sur le droit de la personne assurée à une rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle plus étendue (surobligatoire) et sur le bien-fondé de la résiliation du contrat de prévoyance surobligatoire par la fondation LPP.

En matière de prévoyance plus étendue, la réticence et ses conséquences sont réglées par les dispositions statutaires ou réglementaires de l'institution de prévoyance et, en l'absence de normes dans les statuts ou le règlement, par les art. 4 ss LCA, applicables par analogie à titre subsidiaire (ATF 130 V 9 consid. 2.1 p. 11 s. ; 119 V 283 consid. 4 p. 286 s. ; 116 V 218 consid. 4 p. 225 s.).

Les éléments constitutifs et les conséquences juridiques de la réticence sont définis de la manière suivante dans le règlement de l'intimée :

« Art. 3 PROCÉDURE D'ADMISSION / OBLIGATION DE RENSEIGNER

1. L'employeur annonce *à la fondation chaque employé qui fait partie du cercle des personnes à assurer en vertu du plan de prévoyance, afin qu'il soit admis à la prévoyance du personnel et dans l'assurance.*

...

3. L'admission dans l'assurance a lieu en vertu d'un formulaire d'admission dûment complété et signé, sur la base des conditions d'admission pour les assurances collectives de GENERALI.

4. Chaque personne assurée ou chaque ayant droit a l'obligation de fournir à la fondation des informations conformes à la vérité sur tous les faits déterminants ayant trait à son assurance. Elle a l'obligation de fournir à la fondation tous les documents réclamés par cette dernière pour déterminer le droit à une prestation. La fondation peut réclamer une expertise médicale confidentielle à ses frais pour évaluer une prétention.

... ...

Si la personne assurée a passé sous silence un fait important qu'elle connaissait ou devait connaître, la fondation peut, dans les quatre semaines dès le moment où elle a pris connaissance de la réticence, refuser l'octroi des prestations dépassant le minimum obligatoire (LPP). »

Selon l'art. 3, ch. 4, al. 1 et al. 3, 2e phrase, du règlement de l'intimée, le travailleur annoncé par l'employeur pour être admis dans l'assurance doit fournir *« des informations conformes à la vérité sur tous les faits déterminants ayant trait à son assurance»* sur le formulaire d'admission complété et signé par ses soins. Cet énoncé vise, mais sans les concrétiser, les faits qui sont importants pour l'appréciation du risque au sens de l'art. 4 LCA. Il faut ainsi se référer à la jurisprudence rendue au sujet de cette disposition légale.

Selon l'art. 4 LCA, le proposant doit déclarer par écrit à l'assureur suivant un questionnaire ou en réponse à toutes autres questions écrites, tous les faits qui sont importants pour l'appréciation du risque, tels qu'ils lui sont ou doivent être connus lors de la conclusion du contrat (al.1). Sont importants tous les faits de nature à influer sur la détermination de l'assureur de conclure le contrat ou de le conclure aux conditions convenues (al.2).

L'obligation de déclarer du proposant n'a toutefois pas un caractère étendu. Elle se limite au contraire à l'indication des faits sur lesquels ont expressément et clairement porté les questions de l'assureur en matière de risque ; en l'absence de question correspondante, le proposant n'est dès lors pas tenu de donner spontanément des renseignements sur des risques existants. D'un point de vue temporel, l'obligation de déclarer ou de déclarer après coup s'étend également aux faits (importants) concernant le risque qui surviennent après la demande de conclure mais avant la conclusion du contrat, indépendamment du fait que le contrat déploie ses effets avant ou après. Si, lors de la conclusion d'une assurance, le proposant a déclaré inexactement ou a omis de déclarer un fait qu'il pouvait reconnaître comme étant important pour l'appréciation du risque au sens qui vient d'être indiqué, alors même qu'il avait été questionné sur ce fait de manière expresse et précise, l'assureur a le droit, selon l'art. 6 LCA (dans sa teneur en vigueur jusqu'à fin 2005, applicable en l'espèce ; voir, dès le 1er janvier 2006, l'art. 6, al. 1 et 2, LCA), de résilier le contrat dans les quatre semaines suivant le jour où il a eu connaissance de la violation du devoir de déclarer (réticence) (ATF 116 V 218 consid. 5a p. 226 s. ; arrêt B 42/96 du 14 mai 1997, consid. 3, publié in : RSAS 1998, p. 375).

L'existence d'une réticence s'apprécie indépendamment de la faute, selon des critères tant objectifs que subjectifs. En effet, selon la teneur des art. 4 et 6 LCA, le proposant doit, en répondant aux questions de l'assureur, indiquer non seulement les faits importants pour l'appréciation du risque qui lui sont effectivement

connus (dont il est positivement conscient), mais aussi ceux qui doivent lui être connus. La loi pose ainsi un critère objectif (indépendant de la connaissance effective que le proposant a des faits concrets), qui doit toutefois s'appliquer en tenant compte des circonstances du cas particulier, en particulier des qualités personnelles (intelligence, niveau de formation, expérience) et de la situation personnelle du proposant. Ce qui est ainsi déterminant, c'est la mesure dans laquelle le proposant pouvait répondre, en toute bonne foi, négativement à une question de l'assureur compte tenu de son niveau de connaissance de la situation et, le cas échéant, des explications qui lui ont été fournies par des professionnels. Il satisfait à son obligation de déclarer seulement si, en plus des faits qu'il connaît sans autre, il indique également ceux dont l'existence ne peut lui échapper s'il réfléchit sérieusement aux questions de l'assureur (ATF 118 II 333 consid. 2b p. 337).

Le sens et la portée des questions posées doivent être établis selon les mêmes principes d'interprétation que ceux qui sont applicables aux contrats, donc normativement selon le principe de la bonne foi (ou de la confiance) et en tenant compte des exigences légales posées spécialement pour le contrat d'assurance (art. 4, al. 3, LCA), à savoir la précision et le caractère non équivoque des questions formulées. En conséquence, un assuré viole l'obligation de déclarer lorsqu'il répond négativement à une question formulée de manière précise et non équivoque sur les troubles de santé dont il souffre ou a souffert et auxquels il devrait attribuer la qualité de maladie s'il faisait preuve de la diligence raisonnablement exigible de sa part. En revanche, il serait exagéré d'exiger de sa part qu'il mentionne des indispositions survenues de manière isolée qu'il peut considérer de bonne foi comme des atteintes momentanées et sans importance à son bien-être physique, et qu'il ne doit pas forcément juger, en faisant preuve de la diligence requise, comme des symptômes d'un mal plus sérieux. Le fait de passer sous silence de tels troubles bénins ne saurait fonder une violation de l'obligation de déclarer.

Le recourant savait bien en janvier 2000 que sa consommation d'alcool était plus élevée que la moyenne, ou du moins il aurait dû le savoir en faisant preuve de la diligence requise. Cela ne signifie toutefois pas forcément qu'il était ou qu'il aurait dû être conscient d'avoir une « maladie » devant être mentionnée.

La formulation de la question concernée (nº 7) du questionnaire de l'intimée – *«Avez-vous souffert de maladies au cours des cinq dernières années … ?»* – est très générale et large. Elle ne permet pas de savoir ce qu'il faut comprendre ici par « maladies » (affections momentanées de type habituel, maladies avec ou sans incapacité de travail, …?). L'intimée aurait pu préciser la notion de maladie par des exemples concrets compréhensibles pour les profanes, ou alors se limiter à poser des questions se référant à des maladies données. En outre, elle n'a laissé que deux lignes vierges à la disposition du proposant pour décrire la maladie en cas de réponse positive. Pour le cas d'une réponse négative à la question 7 sur l'état de santé, elle n'a laissé au proposant aucun espace pour exprimer d'éventuels doutes sur l'existence d'une affection sérieuse ou sur une atteinte passagère et sans importance du bien-être physique. Selon la jurisprudence relative à l'art. 6 LCA (dans sa teneur en vigueur jusqu'à fin 2005, ici applicable), une violation de l'obligation de déclarer ne peut être admise que de façon restrictive en présence d'une question si peu précise (voir arrêt B 42/96 du 14 mai 1997, consid. 4b, publié in : ASM 1997 LPP nº 81 p. 251 ; ATF 116 II 338 consid. 1d p. 341 : [« ... avec la plus grande retenue »] ; 101 II 339 consid. 2b p. 344 ; voir aussi les arrêts B 106/04 du 6 mai 2006, consid. 5.2, et B 38/99 du 18 septembre 2000, consid. 3b).

En ce qui concerne le niveau de compréhension du recourant, on se rappellera que l'on sait d'expérience que les alcooliques ont tendance de façon presque compulsive à minimiser leur penchant et ses conséquences à long terme tant que ne surviennent pas des atteintes graves limitant fortement leurs capacités. Certes, au nom du principe de la confiance, on ne peut pas se baser sur une acception si étroite de la notion de maladie. Toutefois, compte tenu de la formulation large de la question relative à la santé, le recourant – décrit médicalement comme une personne aux structures simples – pouvait en toute bonne foi comprendre que le

terme de « maladies » ne correspondait qu'à des troubles de la santé entraînant plus que de très courtes incapacités de travail et absences à la place de travail.

Dans la mesure où, pendant les cinq années précédant la compilation et la signature du questionnaire, le recourant n'a dû se faire soigner qu'une seule fois pour une atteinte à la santé dans laquelle il aurait dû peut-être voir une conséquence de son alcoolisme et où il n'y a pas eu à signaler de baisse notable de rendement dans son métier de plâtrier jusqu'en janvier 2000, on ne saurait retenir à sa charge une réticence pour avoir répondu négativement à la question équivoque demandant s'il avait souffert de « maladies » au cours des cinq dernières années.

669 Acceptation par l'institution de prévoyance soumise à prestation d'une prestation de sortie déjà versée à une institution de libre passage

(Référence à un arrêt du TF du 5 juin 2008 dans la cause H. contre Caisse de pension X., 9C_790/2007; arrêt en allemand)

art. 4, al. 2bis et art. 11, al. 2 LFLP

L'une des questions litigieuses soumises au TF est celle de déterminer si la Caisse de pension X. doit accepter – et ainsi inclure dans le calcul des prestations d'invalidité – la prestation de libre passage versée à la recourante après sa première sortie de la Caisse de pension X., prestation qui a été virée d'abord à la Fondation institution supplétive LPP et ensuite sur un compte libre passage auprès de la banque Z.

Le TF considère que la jurisprudence, conformément à l'ATF 129 V 440 et B 83/02 (SVR 2005 LPP N° 15), reposait sur des faits qui s'étaient produits avant le 1er janvier 2001, raison pour laquelle le droit en vigueur jusqu'alors était applicable. Selon ces arrêts, l'obligation stipulée à l'art. 3, al. 1, LFLP de transférer la prestation de sortie à la nouvelle institution de prévoyance subsiste aussi longtemps qu'un compte de libre passage n'a pas été ouvert, ni une police de libre passage conclue, même si dans l'intervalle un cas de prévoyance est survenu et que l'assuré, contrairement à ses obligations, n'a pas pris ses dispositions pour procéder en temps voulu au transfert. Dans ces conditions, la nouvelle institution de prévoyance demeure tenue de créditer la prestation de sortie, même si le virement intervient tardivement. Par contre, une telle obligation n'existe plus dès lors que le virement a été effectué à une institution de libre passage. En revanche, l'art. 4, al. 2bis, LFLP, entré en vigueur le 1er janvier 2001, et la teneur modifiée de l'art. 11, al. 2, LFLP sont applicables aux présents faits. Vu ces dispositions et le commentaire du Conseil fédéral à leur sujet (FF 1999 101 s.) et si l'on se réfère au sens et au but de l'avoir de libre passage (maintien de la prévoyance), il n'est plus justifié de traiter différemment le virement de la prestation de sortie à une institution de prévoyance d'une part et le virement à une institution de libre passage d'autre part. La Caisse de pension X. doit par conséquent accepter la prestation de sortie et l'inclure dans le calcul de la prestation d'invalidité.

670 Distinction entre une fondation de prévoyance en faveur du personnel non enregistrée et un fonds de prévoyance patronal

(Référence à un arrêt du TF du 2 juillet 2008 dans la cause Fondation de prévoyance de X. SA en liquidation contre S., 9C_193/2008 ; arrêt en allemand)

art. 89bis, al. 6, CC, art. 73, al. 1, LPP

Le litige porte sur la compétence matérielle du tribunal cantonal en matière de prévoyance professionnelle pour l'appréciation d'une action en responsabilité selon l'art. 52 LPP.

Les tribunaux cantonaux en matière de prévoyance professionnelle sont – sur la base de l'art. 89bis, al. 6, ch. 19, CC, en corrélation avec l'art. 73, al. 1, LPP compétents à raison de la matière et de la personne pour

l'appréciation de litiges avec des fondations de prévoyance en faveur du personnel non enregistrées lorsque celles-ci opèrent dans le domaine de la prévoyance professionnelle au sens strict, c'est à dire assurent les risques de vieillesse, de décès ou d'invalidité en dehors du régime obligatoire, et cela même si ces fondations se financent sans cotisations des bénéficiaires. Par contre, ces mêmes tribunaux ne sont pas compétents pour les litiges avec les fonds de prévoyance patronaux, qui allouent exclusivement des prestations à bien plaire, c'est-à-dire qui ne versent pas de prestations juridiquement obligatoires et qui se financent sans cotisations des bénéficiaires. La question de savoir si une fondation de prévoyance en faveur du personnel est un fonds de prévoyance patronal ou une institution de prévoyance au sens de l'art. 73, al. 1, LPP s'apprécie selon le but de la fondation défini dans le règlement ou les statuts et selon le financement des tâches de la fondation prévu par le droit des fondations.

Dans le cas présent, il ressort clairement des dispositions statutaires que la fortune de la fondation avait été alimentée ou du moins pouvait être alimentée entre autres par les cotisations réglementaires des travailleurs ; qu'elle devait être exclusivement affectée aux buts de la prévoyance professionnelle et que les destinataires pouvaient faire valoir des prétentions de prévoyance définies par le règlement, financées par la fortune de la fondation et juridiquement contraignantes. Ainsi la fondation de prévoyance recourante présente cet élément constitutif qui différencie une fondation de prévoyance en faveur du personnel non enregistrée au sens de l'art. 89bis, al. 6, CC d'un fonds de prévoyance patronal, à savoir les droits légitimes des bénéficiaires.

Dans le cas de la recourante, il s'agit par conséquent d'une fondation de prévoyance en faveur du personnel non enregistrée au sens de l'art. 89bis, al. 6, CC, raison pour laquelle le tribunal cantonal en matière de prévoyance professionnelle était compétent matériellement pour l'appréciation de l'action introduite.

671 Prescription des bonifications de vieillesse et contrôle des dépens selon la LTF

(Référence à un arrêt du TF du 23 juillet 2008 dans les causes Fondation collective LPP de l'Allianz Suisse Société d'Assurances sur la vie contre B. et B. contre Fondation collective LPP de l'Allianz Suisse Société d'Assurances sur la vie, 9C_115/2008 et 9C_134/2008; arrêt en allemand)

Art. 15, 24 et 41 LPP, art. 11 et 14 OPP 2, art. 95 de la loi sur le Tribunal fédéral (LTF)

Le TF doit se prononcer exclusivement sur les prestations obligatoires d'invalidité. Il s'agit entre autres de la question de la prescription des bonifications de vieillesse, conformément à l'art. 24, al. 3, let. b LPP, qui constituent une partie de l'avoir de vieillesse à la base du calcul de la rente d'invalidité.

Dans le cas de l'assuré, le risque d'invalidité est survenu le 1er avril 1997. Le 10 septembre 2007, il a eu 65 ans et atteint ainsi l'âge de la retraite LPP. Le 20 février 2006, l'assuré a ouvert action auprès du tribunal cantonal pour l'octroi de prestations d'invalidité. Devant le TF, il s'agissait entre autres – la fondation collective ayant excipé de la prescription – de savoir si les bonifications de vieillesse accumulées depuis le 21 février 2001 étaient prescrites (les prestations périodiques se prescrivent par cinq ans, selon l'art. 41, al. 2, LPP). Le TF expose que la prescription court dès que la créance est devenue exigible (art. 130, al 1, CO) et l'exigibilité de créances relevant de la prévoyance professionnelle intervient au moment où le droit aux prestations naît selon les dispositions légales et réglementaires applicables. L'exigibilité doit être distinguée de l'exécutabilité, cette dernière consistant dans le fait que le débiteur peut fournir une prestation due mais n'est pas encore tenu de la fournir. En ce sens, une créance peut être exécutable déjà avant son exigibilité.

Le financement des bonifications de vieillesse d'un assuré invalide n'est pas assuré – comme pour les personnes en bonne santé – par ses propres cotisations (et celles de l'employeur), mais par des contributions supplémentaires de solidarité – calculées selon des principes actuariels – sur les cotisations à verser par les autres assurés. Il s'ensuit que – dans le cas d'un droit aux bonifications correspondantes sur le compte individuel

de vieillesse avant la survenance du cas de prévoyance vieillesse – il ne s'agit pas d'une créance exigible, mais uniquement exécutable. Une créance exigible visant au versement de la rente de vieillesse équivalente à l'avoir de vieillesse comptabilisé ne prend naissance qu'à la survenance du cas de prévoyance vieillesse.

Jusqu'au 65e anniversaire de l'assuré B,, le 10 septembre 2007, le droit de B. aux bonifications de vieillesse (fondé sur l'invalidité) n'était pas encore exigible, ce qui signifie que le délai de prescription n'avait pas encore commencé à courir au moment de l'introduction de l'action, le 20 février 2006.

En ce qui concerne le contrôle demandé par l'assuré des dépens accordés par le tribunal cantonal, le TF constate qu'en l'absence d'une réglementation fédérale applicable, il n'a pas en principe à s'en saisir. Il doit seulement vérifier si l'application des dispositions cantonales en cause a abouti à une violation du droit fédéral (art. 95, let. A, LTF), seule l'interdiction de l'arbitraire entrant en considération en pratique dans ce contexte.

672 Cas de prévoyance : partage par moitié confirmé malgré la survenance d'un cas de prévoyance professionnelle

(Référence à un arrêt du TF du 24 juillet 2008 dans la cause H. contre S., Caisse de pensions E. et Fondation R., 9C_185/2008, publication ATF prévue; arrêt en allemand)

Art. 122/124 CC et art. 22b LFLP

L'époux a touché au moment du divorce une rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle en raison d'une incapacité de gain de 20 %. Dans son jugement – entré en force par la suite sans avoir été contesté – le juge du divorce a ordonné le partage par moitié des prestations de sortie acquises durant le mariage ainsi que le transfert de la cause litigieuse au tribunal cantonal compétent en matière de prévoyance professionnelle. Ce dernier a rejeté l'action au motif que le partage des prestations de sortie selon l'art. 122 CC n'était pas possible en raison de la survenance du cas de prévoyance invalidité chez l'époux avant le divorce, mais qu'au contraire, le partage de la prévoyance professionnelle devait être effectué globalement selon l'art. 124 CC, ce qui relève de la compétence exclusive du juge du divorce.

Le TF constate tout d'abord que le tribunal cantonal aurait du rendre une décision d'irrecevabilité et renvoyer la cause au juge du divorce pour déterminer une indemnité équitable selon l'art. 124 CC. Cependant reste à savoir si le juge du divorce pouvait réviser son jugement en se référant au partage de la prévoyance professionnelle, puisque la survenance de l'invalidité était connue du juge du divorce. En outre, dans le cadre de la procédure de divorce, la Caisse de pension E. a confirmé deux fois l'exécutabilité, un partage par moitié n'ayant aucune répercussion sur la rente. Dans ces conditions, la divisibilité de la prestation de sortie subsiste encore et la possibilité d'exécuter le partage, vu le caractère exécutoire du jugement de divorce, doit être considérée comme obligatoire également vis-à-vis de la Caisse de pensions E.

Le jugement de divorce est exécutoire et, comme tel, il est également contraignant pour le tribunal en matière de prévoyance professionnelle. Peu importe à cet égard que le juge du divorce ait fondé à tort le partage de la prévoyance sur l'art. 122 au lieu de l'art. 124 CC. On ne sait pourquoi il l'a fait alors que toutes les conditions effectives et juridiques pour une procédure conforme à l'art. 124 CC étaient remplies ; c'est toutefois sans importance, car cela ne change rien au résultat.

Le partage par moitié de la prestation de sortie correspond en outre à la volonté claire et concordante des parties. Lors du règlement du partage de la prévoyance, que ce soit sur la base de l'art. 122 CC ou dans le cadre de l'art. 124 CC, la situation financière après la liquidation du régime matrimonial ainsi que la situation économique des parties après le divorce doivent être prises en considération. Si les conditions de l'art. 22b LFLP sont remplies, comme dans le cas présent, rien ne s'oppose à ce que le tribunal en matière de prévoyance

professionnelle exécute le partage par moitié de la prestation de sortie ordonné par le juge du divorce en se basant à tort sur l'art. 122 CC.

673 Clause bénéficiaire en faveur du partenaire de même sexe dans le domaine surobligatoire de la prévoyance professionnelle et du libre passage

(Référence à un arrêt du TF du 20 août 2008 dans la cause M., T., K., B. et E. contre la Fondation de libre passage X. et R., 9C_874/2007, publication ATF prévue; arrêt en allemand)

art. 15, al. 1, let. b, ch. 2, OLP et art. 20a, al. 1, let. a, LPP

Le TF a décidé dans cet arrêt que des personnes de même sexe peuvent, elles aussi, former une communauté de vie au sens de l'art. 15, al. 1, let. b, ch. 2, OLP et de l'art. 20a, al. 1, let. a, LPP (et d'une disposition réglementaire correspondante).

La jurisprudence sur la notion de concubinage au sens strict selon l'ATF 118 II 235 consid. 3b sert de base pour apprécier la question de savoir quelles sont les caractéristiques essentielles d'une telle communauté de vie (personnes hétérosexuelles ou homosexuelles). Une cohabitation constante et sans séparation n'est pas un élément constitutif d'une telle communauté de vie. Ce qui est déterminant, c'est que, quelle que soit la forme de la vie commune, les deux partenaires sont prêts à se prêter réciproquement assistance et entretien, comme l'art. 159, al. 3, CC le requiert des époux. Du reste, les époux aussi peuvent vivre dans des demeures différentes (art. 162 CC). Ensuite, une communauté de vie au sens des dispositions susmentionnées ne suppose pas non plus qu'une partie ait été entretenue par l'autre de manière déterminante. Au contraire, selon le message sur la 1re révision de la LPP, on ne devrait justement plus accorder une importance décisive à cet aspect.

Dans le cas concret, le TF a décidé, après avoir apprécié l'ensemble du dossier, qu'il faut supposer avec une probabilité prépondérante que les deux femmes se seraient toujours prêté secours et assistance en cas de détresse véritable, de quelque nature qu'elle soit, comme on peut s'y attendre entre époux et entre concubins. C'est pourquoi, la qualification de leur relation en tant que communauté de vie au sens de l'art. 15, al. 1, let. b, ch. 2, OLP et de l'art. 20a, al. 1, let. a, LPP (et d'une disposition réglementaire correspondante) ne doit pas être contestée.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 107

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

(Référence à l'arrêt du TF du 8 mai 2008 en la cause S. contre Fondation de libre passage d'UBS SA, 9C_212/2007, ATF 134 V 182 ; arrêt en allemand)

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

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

Le TF relève que l'époux de la recourante a eu 60 ans en février 2005 et que, dès cette date, il a atteint la limite d'âge fixée par l'art. 16 OLP pour un versement de l'avoir de vieillesse. Comme l'a constaté à juste titre le Tribunal cantonal, ce versement n'est pas un versement en espèces selon l'art. 5 LFLP. La Chambre des poursuites et des faillites du TF a déjà jugé par arrêt du 21 avril 2005 (7B.22/2005) que l'art. 16 OLP concerne le versement des prestations de vieillesse et que - contrairement à l'art. 5 LFLP en relation avec l'art. 14 OLP

pour les versements en espèces prévus dans ces dispositions – la teneur de cet article ne présuppose pas le consentement du conjoint. En outre, selon la doctrine, il n'y a pas non plus de lacune légale dans le fait que le consentement du conjoint ne soit requis que pour les demandes de versement en espèces selon l'art. 5 LFLP mais pas pour le versement des prestations de vieillesse en capital plutôt que sous forme de rente. Dans l'arrêt précité, le TF a laissé ouverte la question de savoir comment se présente la situation juridique sur la base de l'art. 37, al. 5, LPP, introduit par la 1re révision de la LPP.

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

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

(Référence à l'arrêt du TF du 28 mars 2008 en la cause M. et C. contre Caisse de prévoyance en faveur du personnel/Caisse de prévoyance complémentaire S. SA, 9C_899/2007 et 9C_900/2007; arrêt en allemand)

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

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

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

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

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

(Référence à l'arrêt du TF du 17 avril 2008 en la cause canton de St-Gall contre G., 9C_589/2007, ATF 134 V 208 ; arrêt en allemand)

Art. 46 VVK SG / art. 20 OPP 2

G. et L. se sont mariés en 1966. Dans le jugement de divorce de décembre 1990, L. s'est engagé à verser une rente viagère indexée de 1200 francs par mois selon l'art. 151 aCC. Par la suite, il s'avère qu'il a payé un montant mensuel de 1400 francs. Depuis novembre 2002, L. a touché de la caisse d'assurances en faveur du personnel de l'Etat du canton de St-Gall une rente de vieillesse dépassant le montant obligatoire. De son côté, G. est depuis juillet 2004 au bénéfice d'une rente ordinaire de vieillesse de l'AVS de 1739 francs par mois. Après le décès de L. survenu en août 2004, G. a demandé à la caisse d'assurances de lui accorder une rente de survivante. L'institution de prévoyance a admis un droit de la femme divorcée à une rente selon l'art. 20, al. 1, OPP 2 et lui a accordé une rente mensuelle de 787 fr. 45, calculée selon les critères des prestations obligatoires de la LPP.

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

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

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

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

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

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

(Référence à l'arrêt du TF du 4 avril 2008 en la cause Caisse de pension de Bâle-Ville contre V., 9C_422/2007, publication ATF prévue ; arrêt en allemand)

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

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

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

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

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

(Référence à l'arrêt du TF du 8 mai 2008 en la cause M. contre Caisse X., 9C_203/2007 ; arrêt en français)

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

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

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

Le TF a admis une telle compensation, en reprenant l'argumentation du Tribunal cantonal : en demandant réparation du dommage correspondant à l'arriéré des cotisations LPP de B. SA, la caisse se prévalait d'un dommage direct, respectivement d'une créance propre et non pas cédée par l'employeur, de sorte que l'art. 39 al. 2 LPP était inapplicable au cas d'espèce et que la compensation opérée par la caisse était admissible aux conditions posées par les art. 120 ss CO. Se prononçant à titre préjudiciel sur le bien-fondé de la créance en dommages-intérêts invoquée en compensation, les premiers juges ont considéré le dommage comme étant

établi à hauteur de 17'742 francs. Ils ont retenu que M. avait contrevenu par une négligence grave à ses devoirs d'administrateur, en particulier à celui de veiller au respect des prescriptions en matière d'assurances sociales.

Le TF précise que le Tribunal cantonal était compétent pour statuer à titre préjudiciel sur l'action en responsabilité du droit des sociétés anonymes au sens de l'art. 754 CO – en l'occurrence celle de l'administrateur -, en tant que prémisse à la compensation avec la prestation de sortie (arrêt du 1er septembre 1998 [B 45/97], RSAS 2002 p. 260 consid. 2b et 4). Dans de tels cas, les restrictions à la compensation prévues à l'art. 39 al. 2 LPP ne sont pas applicables (ATF 126 V 314 consid. 3b p. 315) dès lors que la contre-prestation invoquée en compensation n'est pas cédée par l'employeur – sinon la compensation serait exclue, même en cas de dommage intentionnel (ATF 126 V 314, 114 V 33 ; RSAS 2004 p. 378, CGSS 1994 n° 12 p. 112) – mais consiste en un droit propre fondé sur l'art. 754 CO dont l'institution de prévoyance est titulaire en qualité de créancière sociale au bénéfice d'un acte de défaut de biens. La jurisprudence a expressément admis la compensation dans les cas de figure tels qu'en l'espèce (arrêt L. du 29 décembre 2000 [B 20/00] et même si dans l'ATF 132 V 127, le TF a exclu toute compensation entre une prestation de sortie et une créance originaire en dommages-intérêts respectivement une action récursoire (selon les art. 52 et 56a LPP), le recourant M. ne saurait rien en déduire en sa faveur dès lors que dans ce cas-là, il ne s'agissait pas du versement en espèces d'une prestation de libre passage mais du transfert de celle-ci à une nouvelle institution de prévoyance, de sorte que la protection du capital de prévoyance demeurait prioritaire. Les constatations des premiers juges admettant la responsabilité du recourant – qui lient le TF (art. 105 al. 1 LTF) – ne sont pas critiquables, non pas tant en raison de la condamnation pénale de M. pour soustraction fautive des cotisations de prévoyance professionnelle, mais du fait que la violation par négligence des devoirs de diligence suffit pour engager la responsabilité de l'administrateur au regard de l'art. 754 al. 1 CO.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 106

643 Interprétation de l'art. 4, al. 4, LPP concernant une demande de versement en espèces par un indépendant

(Référence à l'arrêt du TF du 12 mars 2008 en la cause D. contre Institution de prévoyance X., B 134/06 ; publication ATF prévue; arrêt en allemand)

(Art. 4, al. 4, LPP)

Né en 1961, D. exploitait avec un cofermier une entreprise agricole sous la forme d'une société simple. Après la dissolution de cette dernière, D. a eu des besoins d'argent pour verser le capital propre au cofermier ainsi que pour investir dans une nouvelle installation de stockage de fourrage. Pour assurer le financement, D. a voulu utiliser les fonds constitués dans le cadre de la prévoyance professionnelle facultative. Il a ainsi résilié les assurances risques et le plan d'épargne et a demandé le paiement en espèces desdits fonds. L'institution de prévoyance X. a refusé cette requête en invoquant l'art. 4, al. 4, LPP. Le tribunal cantonal a ensuite rejeté l'action introduite par D., sur quoi celui-ci a repris ses conclusions devant le TF.

Devant le TF, le litige portait sur la question de savoir si, après avoir résilié la prévoyance professionnelle facultative, D. avait le droit d'exiger le paiement en espèces de son capital vieillesse accumulé ou si ce montant devait être viré à une institution de libre passage. La réponse dépendait de l'interprétation de l'art. 4, al. 4, LPP.

Selon le Tribunal fédéral, les travaux préparatoires relatifs à la disposition précitée (en particulier l'absence d'opposition, au plénum du Conseil national, à l'intervention du président de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique [le conseiller national Bortoluzzi]) révèlent une volonté claire du législateur d'assouplir l'affectation des fonds de la prévoyance professionnelle, sinon définie de manière très stricte par la

loi (LPP, LFLP), lorsqu'il s'agit de la prévoyance professionnelle facultative des indépendants en faisant une exception pour les prélèvements en vue d'investissements dans l'entreprise. Cela n'est certes pas exprimé explicitement à l'art. 4, al. 4, LPP. Mais le législateur n'a pas qualifié de détournement de fonds de prévoyance de leur destination les prélèvements de cotisations et d'apports dans l'institution de prévoyance à des fins d'investissements dans l'entreprise et il a créé une exception pour de tels investissements. C'est dans la même optique que l'Office fédéral des assurances sociales s'apprêtait à proposer, dans le cadre du processus législatif, une disposition d'ordonnance qui corresponde à l'avis du président de la Commission (voir projet de modification de l'OPP 2 relatif au 3e paquet de la 1re révision de la LPP, art. 32a OPP 2, dans la version soumise à consultation

[http://www.bsv.admin.ch/dokumentation/medieninformationen/archiv/presse/2005/f/0501120101.pdf];
cet art. 32a OPP 2 n'a ensuite pas été intégré dans l'OPP 2). En l'absence d'une disposition d'exécution de l'art. 4. al. 4, LPP, il apparaît justifié au Tribunal fédéral de trancher le présent litige en se référant par analogie aux critères définis par l'art. 32a du projet d'OPP 2, c'est-à-dire en permettant d'exiger un retrait anticipé unique pour des investissements dans l'entreprise si ce retrait anticipé est demandé jusqu'à trois ans avant la naissance du droit aux prestations de vieillesse. Si un retrait anticipé n'en plus en discussion parce que l'assuré est sorti de l'institution de prévoyance, la totalité de la prestation de sortie peut être exigée en espèces pour des investissements dans l'entreprise.

En l'espèce, le remplacement de l'installation de stockage de fourrage représente un investissement classique dans l'entreprise, qui sert au maintien de l'exploitation et finalement à la sauvegarde des conditions d'existence de l'assuré dans le sens de la prévoyance professionnelle. Les conditions d'un paiement en espèces sont ainsi remplies sans autres. Il en est de même si des fonds provenant de l'institution de prévoyance sont demandés pour payer le partenaire commercial, car il s'agit là bel et bien d'investissements dans l'équipement. Une telle utilisation de ces fonds sert finalement également au maintien de l'entreprise et à la sauvegarde des conditions d'existence, ce qui la fait entrer dans la prévoyance professionnelle au sens le plus large. L'institution de prévoyance X. doit dès lors être condamnée à payer en espèces à l'assuré toute la prestation de sortie, y compris les intérêts légaux ou réglementaires.

Remarque:

Ce jugement relativise la réponse à la question 23 publiée dans le Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 86 ch. 501 dans la mesure où il admet le versement en espèces de l'avoir constitué par l'indépendant assuré facultativement pour l'investir dans son entreprise, cela sous réserve de l'abus de droit.

644 Qualité pour recourir d'une institution de prévoyance dans la procédure concernant l'assurance-accidents

(Référence à l'arrêt du TF du 28 janvier 2008 en la cause SUVA contre Caisse de pensions X., 8C_13/2007; publication ATF prévue ; arrêt en allemand)

(Art. 59 LPGA)

Dans cette procédure, le TF devait examiner uniquement si les conditions de recevabilité étaient remplies dans la procédure devant l'autorité inférieure lorsque la caisse de pensions X. avait attaqué la décision de la SUVA sur opposition devant le Tribunal cantonal. Le litige ne portait ainsi que sur la question de savoir si une caisse de pensions devant verser à l'assuré une rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle avait la qualité pour attaquer en justice la décision de l'assurance-accidents obligatoire en demandant une augmentation des prestations.

En raison de la réglementation de droit matériel sur la coordination, la décision de l'assureur-accidents sur son obligation de fournir des prestations a en règle générale une influence déterminante sur l'étendue des prestations que doit fournir l'institution de prévoyance ; si cette décision ne fonde pas l'obligation de base de l'institution de prévoyance de fournir des prestations, elle influe cependant sur l'aspect quantitatif de cette obligation. Ainsi, en raison du régime créé par la loi et l'ordonnance, l'institution de prévoyance est touchée plus directement, au sens de l'art. 59 LPGA, par la décision du droit de l'assurance-accidents sur les droits de l'assuré que, par exemple, la commune compétente en matière d'aide sociale, dont la mise à contribution éventuelle dépend du fait que le minimum vital de la personne assurée est menacé ou non par le refus de prestations. Compte tenu des situations de fait comparables déjà tranchées par la jurisprudence, il convient de répondre affirmativement à la question de savoir si l'institution de prévoyance qui doit verser une rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle subit – en plus de son intérêt (économique) effectif à recourir - un dommage direct lorsque l'assureur-accidents refuse (totalement ou partiellement) de fournir des prestations. Il résulte de cette appréciation qu'il faut reconnaître à l'institution de prévoyance la qualité pour recourir selon l'art. 59 LPGA.

645 Revenu pouvant encore être raisonnablement réalisé selon l'art. 24, al. 2, 2e phrase, OPP 2

(Référence à l'arrêt du TF du 6 février 2008 en la cause Caisse de pensions X. contre A., ATF 134 V 64 [B 10/07]; arrêt en allemand)

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

Dans cette procédure, le Tribunal fédéral devait déterminer comment définir « le revenu ou le revenu de remplacement que l'assuré invalide pourrait encore raisonnablement réaliser » à prendre en compte selon l'art. 24, al. 2, 2e phrase, OPP 2 lors du calcul de la surassurance.

En résumé, le TF est arrivé à la conclusion qu'en examinant la question de savoir si et dans quelle mesure la prestation d'invalidité provenant de la prévoyance professionnelle obligatoire pour une invalidité partielle aboutit à une surassurance, l'institution de prévoyance a le droit de partir de la présomption que le revenu que l'assuré invalide peut encore raisonnablement réaliser correspond au revenu d'invalide déterminé par l'office AI. Elle doit toutefois accorder préalablement à la personne assurée le droit d'être entendue sur ses conditions personnelles et sur la situation effective sur le marché du travail pertinent dans le cas d'espèce. La personne assurée a une obligation de collaborer à ce sujet dans le sens où elle doit alléguer, étayer et autant que possible prouver sa situation personnelle et ses chances sur la marché du travail qui l'empêcheraient de réaliser un revenu résiduel équivalent au revenu d'invalide, notamment en apportant la preuve qu'elle a fait sans succès des efforts pour trouver un emploi.

Remarque

Ce jugement relativise la prise de position publiée dans le Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 82 ch. 478.

646 Moment du remplacement d'une rente d'invalidité par la rente de vieillesse en relation avec le relèvement de l'âge de la retraite des femmes

(Référence à l'arrêt du TF du 14 mars 2008 en la cause OFAS contre D. et Fondation de prévoyance X. en faveur du personnel, 9C_770/2007; arrêt en allemand)

(Art. 13 LPP et art. 62a, al. 1, OPP 2)

Née en mars 1944, D. touche depuis septembre 1999 une demi-rente d'invalidité de la Fondation de prévoyance X. en faveur du personnel. En avril 2006, la fondation lui fait savoir qu'elle lui verserait dès le 1er avril 2006 une

rente de vieillesse de la prévoyance professionnelle en lieu et place de sa rente d'invalidité. Le Tribunal cantonal a admis partiellement l'action introduite par D. en ce sens qu'il a obligé la fondation de lui verser l'ancienne rente d'invalidité jusqu'à fin mars 2008 puis de lui fournir les prestations légales et réglementaires de vieillesse; l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) a recouru contre ce jugement au TF.

Le seul point litigieux devant le TF portait sur le moment du remplacement de la rente d'invalidité par la rente de vieillesse. Alors que le Tribunal cantonal se base sur l'art. 13, al. 1, let. a, LPP en relation avec l'art. 62a, al. 1, OPP 2 et fixe ce moment impérativement à l'âge ordinaire de la retraite AVS fixé à 64 ans pour les femmes (mars 2008), l'OFAS et D. invoquent les art. 9 et 14, al. 6, du règlement applicable, selon lesquels le droit à la rente d'invalidité s'éteint entre autres lorsque l'âge réglementaire ordinaire de la retraite de 65 ans est atteint (mars 2009).

Dans ses prescriptions minimales (art. 13, al. 2, LPP), la LPP permet expressément aux institutions de prévoyance de fixer, dans leurs règlements, un âge de la retraite différent de celui qui est prévu par la loi, pour autant que les droits minimaux des assurés soient respectés (ATF 133 V 575 consid. 5). Cette possibilité ressort également des travaux préparatoires de la loi et elle est aussi soutenue dans la doctrine. Par conséquent, la disposition réglementaire qui fixe l'âge ordinaire de la retraite des femmes au début du mois suivant leur 65^{e} anniversaire s'avère conforme au droit fédéral. Comme les droits minimaux garantis par la LPP continuent d'être respectés, la rente d'invalidité LPP ne devra être remplacée par la rente de vieillesse LPP que le 1er avril 2009.

647 Rachats suivis d'un divorce

(Référence à l'arrêt du TF du 4 mars 2008 en la cause M. contre W. et Fondation de prévoyance X, 9C_865/2007 ; arrêt en français)

(Art. 22, al. 3, LFLP et 198 CC)

La Cour de Justice du canton de Genève a ordonné le partage par moitié des avoirs de prévoyance professionnelle accumulés par l'époux M. pendant la durée du mariage et transmis le dossier au Tribunal cantonal des assurances sociales pour fixer le montant des prestations de sortie et procéder au partage. La Fondation de prévoyance X. a précisé que les prestations accumulées par M. entre le 17 février 1979 et le 2 septembre 2005 s'élevaient à 2'775'178 fr., lesquelles avaient été rachetées pour partie entre 1997 et 2004 par 359'075 fr. M. a interjeté un recours en matière de droit public contre le jugement du Tribunal cantonal des assurances sociales, en demandant l'annulation de celui-ci et le renvoi de la cause aux premiers juges afin qu'ils fixent la prestation de sortie à partager en soustrayant les montants rachetés entre 1997 et 2004 ainsi que les intérêts courus sur ces sommes.

Les parties d'un versement unique financé durant le mariage par l'un des conjoints au moyen de biens qui, dans le régime matrimonial de la participation aux acquêts entreraient de par la loi dans les biens propres (art. 198 CC) doivent être déduits, y compris les intérêts, de la prestation de sortie à partager (art. 22 al. 3 LFLP).

En l'espèce, le jugement cantonal a retenu à titre de prestations à partager de M. le montant de 2'775'178 fr., soit l'intégralité des avoirs accumulés par celui-ci durant le mariage, et ne s'est pas prononcé sur les rachats effectués entre 1997 et 2004. Dès lors qu'ils n'ont pas examiné ce point, ni procédé aux constatations de faits nécessaires, les premiers juges ont violé le droit fédéral, sans que le Tribunal fédéral puisse trancher la question ou compléter l'état de faits à cette fin.

S'il est établi, sur la base du dossier, que des rachats ont été effectués à hauteur de 359'075 fr., celui-ci ne permet pas de retenir qu'ils ont été financés au moyen de biens qui, dans le régime matrimonial de la participation aux acquêts, entreraient de par la loi dans les biens propres, le régime matrimonial des conjoints

sur ce point n'étant pas déterminant. Par conséquent, le recours est admis en ce sens que le jugement cantonal est annulé et la cause renvoyée à l'autorité judiciaire de première instance pour complément d'instruction au sens des considérants et nouveau jugement.

648 Précision de la jurisprudence sur la connexité temporelle

(Référence à l'arrêt du TF du 6 décembre 2007 en la cause Fondation Patria pour le développement de l'assurance du personnel contre N., ATF 134 V 20 [9C_249/2007]; arrêt en allemand)

(art. 23, let. a, LPP)

Dans cet arrêt, le TF a précisé sa jurisprudence sur la connexité temporelle entre l'incapacité de travail survenue pendant les rapports de prévoyance et l'incapacité de gain ultérieure : alors que, pour la survenance de l'incapacité de travail au sens de l'art. 23, let. a, LPP, c'est la perte de la capacité de rendement dans la profession ou dans les tâches exercées jusqu'ici qui est déterminante, la connexité temporelle avec l'invalidité survenue ultérieurement, en tant qu'autre condition pour le droit à des prestations d'invalidité vis-à-vis de l'institution de prévoyance d'alors, doit s'apprécier selon l'incapacité de travail, respectivement selon la capacité de travail dans une activité adaptée à l'atteinte à la santé et raisonnablement exigible. Sont également comprises, dans un tel cas, des formations comparables au niveau du rendement et des exigences requises. Ces activités doivent toutefois permettre, par rapport à l'activité initiale, d'obtenir un revenu excluant une rente. Dans cette mesure, la jurisprudence antérieure sur la notion de connexité temporelle entre l'incapacité de travail pendant les rapports de prévoyance et l'incapacité de gain survenue ultérieurement ne peut plus être maintenue (en particulier B 35/05 du 9 novembre 2005, B 49/00 du 7 janvier 2003 et B 46/06 du 29 janvier 2007).

649 Adaptation rétroactive du salaire annuel en raison d'un jugement pour une bénéficiaire de rente d'invalidité

(Référence à l'arrêt du TF du 14 mars 2008 en la cause Fondation collective LPP X. contre S., 9C_568/2007; arrêt en allemand)

Née en 1974, S. a subi une incapacité durable de travail de 50 % depuis le 17 mars 1998, soit durant ses rapports de prévoyance avec la Fondation collective LPP X. Elle a ainsi touché de l'assurance-invalidité une demi-rente dès le 1er avril 1999, puis une rente complète dès le 1er octobre 2000. De son côté, la Fondation collective LPP X. lui a versé des prestations pour incapacité de gain depuis le 1er juin 1999, basées sur une invalidité de 100 % dès le 1er octobre 2000. Ces prestations ont été calculées d'après le salaire dû pour l'année 1998 selon le contrat de travail. Se fondant sur trois jugements du Tribunal administratif du canton de Zurich du 22 janvier 2001 concernant des prétentions salariales contre le canton pour violation de l'interdiction constitutionnelle de toute discrimination entre les sexes et non-respect de la loi sur l'égalité ainsi que sur une convention basée sur ces jugements, S. a obtenu en février 2002 un paiement complémentaire de Fr. 33'839.90 au total pour les années 1996 à 2001, dont un montant de Fr. 8'358.05 pour l'année 1998. Après le refus de l'institution de prévoyance de recalculer la rente d'invalidité dès son début en tenant compte du complément de salaire versé, l'assurée a ouvert action devant le Tribunal cantonal. Ce dernier a admis la demande. L'institution de prévoyance a alors recouru au TF en concluant à l'annulation de l'arrêt de l'instance inférieure et à la constatation que le paiement du complément de salaire n'entraînait aucune augmentation de la rente d'invalidité en cours.

Le litige soumis au TF porte sur la question de savoir si le paiement du complément de salaire intervenu en février 2002 pour l'année 1998, à savoir Fr. 8'358.05, doit être pris en considération pour le calcul de la rente d'invalidité et, cela rétroactivement dès le moment où la rente a pris naissance, comme l'a admis l'instance inférieure.

Le TF considère que, selon les dispositions réglementaires applicables, le salaire annuel se détermine de manière prospective d'après le revenu annuel fixe convenu depuis le 1er janvier d'une année civile. En conséquence, compte comme salaire annuel tout droit existant au 1er janvier à un salaire pour le travail fourni ou à fournir au cours de l'année civile concernée. Si un tel droit n'est constaté – en justice – que plus tard, un paiement complémentaire intervenant après coup à titre de salaire constitue une partie intégrante du salaire annuel de l'année civile concernée. Le motif juridique du droit au (complément de) salaire est sans importance. Le complément de salaire versé après coup à S. pour l'année 1998, d'un montant de 8'358.05, doit être considéré comme dû selon le contrat de travail au 1er janvier 1998 et fait partie intégrante du salaire annuel ; il faut ainsi en tenir compte pour calculer la rente d'invalidité et cela dès le début du droit à la rente, de sorte que le recours doit être rejeté dans cette mesure. Il n'y a, au surplus, pas lieu d'examiner dans cette procédure si des primes d'assurance de risques étaient dues sur le paiement du complément de salaire pour 1998.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 104

630 Divorce, prise en compte des avoirs de prévoyance effectivement constitués pendant la durée du mariage et non pas des éventuels avoirs supplémentaires qu'un conjoint aurait dû accumuler, compétences respectives du juge du divorce et du tribunal des assurances

(Référence à l'arrêt du TF du 16 octobre 2007, cause M. X contre Mme X., Fonds de prévoyance E. et Caisse de pension G., 9C_96/2007 ; arrêt en français)

(Art. 122 et 142 CC, 22 et 25a LFLP)

La compétence du juge du divorce d'examiner le droit des ex-conjoints à des prestations de sortie à l'égard d'une institution de prévoyance dans la procédure de divorce ne limite pas celle du tribunal des assurances d'examiner, en présence d'indices sérieux, s'il existe d'autres avoirs de prévoyance susceptibles d'être partagés dont le juge civil n'aurait pas tenu compte (ATF 133 V 147).

En l'espèce, le recourant estime que les avoirs de prévoyance de son ex-épouse seraient plus importants que ceux pris en compte par le tribunal cantonal des assurances. Il fait valoir, comme déjà invoqué en procédure cantonale, que des cotisations de prévoyance professionnelle auraient dû être prélevées sur le salaire que son ex-femme a réalisé en travaillant dans un dancing durant les premières années du mariage. Selon les constatations de la juridiction cantonale, qui lient en principe le Tribunal fédéral (art. 105 LTF), l'activité lucrative exercée par l'ex-épouse comme artiste de cabaret n'a pas été soumise à cotisations pour le deuxième pilier. Il ressort des documents se trouvant au dossier et des recherches effectuées par le tribunal cantonal que l'ex-femme n'a pas été affiliée à une institution de prévoyance pour l'activité susmentionnée. Dans ces circonstances, le tribunal cantonal a retenu qu'il n'y avait pas lieu de donner suite à la réquisition de l'ex-mari tendant à ce que l'ex-épouse produise les fiches de salaire et les certificats de prévoyance relatifs à la durée du mariage. S'il incombe au tribunal des assurances de partager tous les avoirs de prévoyance qui ont effectivement été épargnés pendant la durée du mariage, celui-ci n'est en revanche pas compétent pour élucider la question de savoir si l'un ou l'autre des époux aurait dû accumuler plus d'avoirs de prévoyance. Si l'un des conjoints soupçonne l'autre d'avoir travaillé au noir ou l'employeur de celui-ci de ne pas l'avoir affilié à une institution de prévoyance, respectivement de ne pas avoir annoncé ou décompté suffisamment de salaire, il y a lieu pour l'époux qui se sent lésé de s'opposer, dans la procédure de divorce, au partage par moitié ou de demander une indemnité équitable selon l'art. 124 CC. En aucun cas, le tribunal des assurances chargé de l'exécution du partage selon l'art. 142 al. 2 CC ne peut, après que l'affaire lui a été transmise par le juge du divorce, être appelé à reconstruire après coup des rapports de prévoyance qui n'existaient pas.

Le recourant ne peut pas non plus se prévaloir d'un déni de justice ou d'une violation du droit d'être entendu,

voire d'une application arbitraire des dispositions sur le devoir de renseigner des conjoints, dans le fait que la juridiction cantonale a écarté la demande du recourant tendant à ce que son ex-femme produise les fiches de salaire et les certificats de prévoyance relatifs à la durée du mariage. En effet, la motivation de la décision attaquée était suffisante : le tribunal cantonal a dûment mentionné, bien que brièvement, les motifs qui l'ont guidés et sur lesquels il a fondé sa décision.

631 Divorce et découverte d'un avoir de prévoyance postérieurement au jugement du tribunal cantonal des assurances (changement de jurisprudence)

(Référence à l'arrêt du TF du 13 novembre 2007, cause D. contre L., Caisse de pensions de F. SA et Fondation de libre passage de la Banque X., B 98/06 ; arrêt en français)

(Art. 122, 142 CC, 22 et 25a LFLP)

Par jugement de divorce du 15 décembre 2005, le Tribunal de première instance du canton C. a ordonné le partage par moitié des avoirs de prévoyance professionnelle acquis par l'époux D. durant le mariage, après avoir considéré que l'épouse L. n'avait cotisé à aucun fonds de prévoyance professionnelle. Par jugement du 4 juillet 2006, le Tribunal cantonal des assurances sociales a invité la Caisse de pensions de F. SA à transférer du compte de D. la somme de 79'177 fr. 20 à la Fondation de libre passage de la Banque X. en faveur de l'épouse L. L'époux D. a recouru au TF contre ce même jugement, en indiquant qu'il a découvert, suite à un avis de taxation fiscale du 10 août 2006, que son ex-épouse disposait d'un avoir de prévoyance professionnelle et que, selon lui, ledit avoir devrait être aussi partagé.

Il résulte du système prévu par le législateur à l'art. 142 CC en relation avec l'art. 122 al. 1 CC et l'art. 25a LFLP que si le juge du divorce est seul compétent pour fixer les proportions dans lesquelles les prestations de sortie des conjoints doivent être partagées, il appartient au juge des assurances sociales d'établir les prétentions dont peuvent se prévaloir ceux-ci à l'encontre des institutions de prévoyance. Cela implique de déterminer précisément les rapports de prévoyance en cause et, partant, les institutions de prévoyance concernées, ainsi que le montant des avoirs de prévoyance soumis au partage ordonné par le juge du divorce. Par conséquent, l'examen préalable par le juge civil du droit des ex-conjoints à des prestations de sortie ne limite pas la compétence du juge des assurances sociales de déterminer auprès de quelles institutions de prévoyance les ex-époux se sont constitués des avoirs de prévoyance. S'il dispose de sérieux indices que l'un ou l'autre des conjoints a droit à des expectatives de prévoyance qui n'ont pas été prises en compte par le juge du divorce lorsque celui-ci a fixé la clé de répartition du partage au sens de l'art. 122 CC, le juge administratif doit instruire ce point. Il exécutera ensuite le partage prévu avec, cas échéant, des prestations plus importantes que celles prises en considération dans la procédure de divorce (ATF 133 V 147 consid. 5.3.4 p. 152). Ces principes, qui s'écartent de ce qui avait été admis précédemment dans l'arrêt B 108/04 du 3 avril 2006 (résumé dans le Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 93 ch. 543), s'appliquent au cas d'espèce. En définitive, la découverte, postérieurement au jugement attaqué, d'un avoir de prévoyance professionnelle dont la juridiction cantonale ignorait l'existence, justifie un renvoi de la cause à cette autorité afin qu'elle complète l'instruction sur ce point et statue à nouveau.

632 Droit à la prestation de survivant LPP pour l'ex-conjoint seulement en cas de perte de soutien

(Référence à l'arrêt du TF du 9 novembre 2007, cause M. contre Caisse de pensions P., B 135/06 ; arrêt en français)

(Art. 19 al. 3 LPP et 20 OPP 2)

L'art. 19 al. 3 LPP délègue au Conseil fédéral la compétence de définir le droit du conjoint divorcé à des prestations pour survivants. Selon l'art. 20 al. 1 OPP 2, le conjoint divorcé est assimilé au veuf ou à la veuve en

cas de décès de son ancien conjoint à la condition que son mariage ait duré dix ans au moins (let. a), et qu'il ait bénéficié, en vertu du jugement de divorce, d'une rente ou d'une indemnité en capital en lieu et place d'une rente viagère (let. b). En vertu de l'art. 20 al. 2 OPP 2, l'institution de prévoyance peut néanmoins réduire ses prestations dans la mesure où, ajoutées à celles des autres assurances, en particulier celles de l'AVS ou de l'AI, elles dépassent le montant des prétentions découlant du jugement de divorce.

L'art. 34 al. 6 du plan de prévoyance de la Caisse de pensions P. dispose que le conjoint divorcé est assimilé au conjoint veuf si le mariage a duré au moins dix ans et si, en vertu du jugement de divorce, il a perçu une rente ou une indemnité en capital en lieu et place d'une rente viagère. Les prestations de la Caisse de pensions P. sont égales aux prestations minimales selon la LPP et se limitent à la part de contribution à l'entretien qui dépasse les prestations octroyées selon la LAVS ou la LAI.

L'art. 20 OPP 2 vise à indemniser le conjoint divorcé pour la perte de soutien qu'il subit ensuite du décès de son ex-époux (arrêt B 30/93 du 21 avril 1994, in RSAS 1995 p. 137 s consid. 3a p. 139). Le droit à une prestation pour survivants selon la LPP n'existe que dans la mesure où il y a perte de soutien, l'institution de prévoyance ne devant assumer que l'éventuel dommage restant afférent à la disparition des contributions d'entretien (arrêt B 6/99 du 11 juin 2001, in RSAS 2003 p. 52 ; arrêt B 1/06 du 2 juin 2006). Cela correspond d'ailleurs au contenu de l'art. 34 al. 6 du plan de prévoyance de la Caisse de pensions P.

Dans le cas particulier, il n'est pas démontré que la recourante M. ait subit une perte de soutien suite au décès de son ex-mari. En effet, celle-ci continue de bénéficier de la somme de 30'000 fr. octroyée à titre d'équitable indemnité par le jugement de divorce du 7 février 1990, sur la base de l'ancien art. 151 CC. Cette indemnité ne lui a pas été versée directement en espèces mais était comprise dans la valeur de l'appartement que possédait son ex-époux à Grimentz. Selon le ch. 5.2 du jugement de divorce, cet appartement a été cédé à la recourante à titre de participation aux acquêts, et selon le ch. 5.3, l'épouse reconnaissait qu'elle n'avait plus aucune prétention à faire valoir dans la liquidation du régime matrimonial. Lors du décès de son ancien conjoint, la recourante était propriétaire de l'appartement susmentionné. En ce qui la concerne, cet événement n'a pas eu pour conséquence la disparition de contributions d'entretien.

En définitive, la recourante n'a pas droit à une rente de survivant, car les conditions de l'art. 20 OPP 2 et de l'art. 34 al. 6 du plan de la caisse intimée ne sont pas remplies.

633 Survenance des cas d'assurance décès et invalidité

(Référence à l'arrêt du TF du 6 novembre 2007, cause caisse de pension X contre R., 9C_172/2007, publication ATF prévue ; arrêt en allemand)

(art. 18, let. a, LPP, 2 al. 1 et 5 al. 1, let. b, LFLP)

L'assuré, en incapacité de travail complète depuis septembre 2004, a résilié ses rapports de travail le 14 janvier 2005 avec effet immédiat, car il souhaitait devenir indépendant en exerçant l'activité de consultant qui était la sienne à titre accessoire depuis le 1er octobre 2004, raison pour laquelle il a demandé, le 14 février 2005, le versement en capital de sa prestation de sortie à la caisse de pension X. Il s'est suicidé le 16 février 2005. Par la suite, la caisse de pension a refusé de verser la prestation de sortie à R., le frère de l'assuré désigné par le défunt comme son légataire universel, au motif que l'incapacité de travail ayant conduit à la mort de l'assuré était survenue pendant la période d'assurance, le cas de prévoyance décès excluant alors le libre passage. Le Tribunal cantonal a admis le bien-fondé de la plainte déposée par R. et a ordonné à la caisse de pension de payer à R. la prestation de sortie de son frère, décision contre laquelle la caisse de pension a recouru auprès du TF.

La question litigieuse est la suivante : R., en qualité de successeur de l'assuré par rapport à la caisse de pension, a-t-il droit à la prestation de sortie provenant de la prévoyance professionnelle obligatoire ? Pour répondre à cette question, l'élément décisif est de savoir si, au moment où l'assuré a quitté la caisse de pension (le 14 janvier 2005), un cas d'assurance était déjà survenu.

Le TF retient que le cas d'assurance décès ne survient pas avec l'incapacité de travail qui en est éventuellement la cause, mais qu'il se produit au plus tôt au moment du décès de la personne assurée. Il convient donc de distinguer entre la survenance du cas d'assurance décès et la qualité d'assuré, elle-même rattachée soit au moment où le décès se produit, soit à celui où survient l'incapacité de travail dont la cause est à l'origine du décès (art. 18, let. a, LPP). Cette dernière circonstance (début de l'incapacité de travail), déterminante pour la qualité d'assuré, est utilisée de manière analogue à l'art. 23, let. a, LPP, en lien avec le droit à une prestation d'invalidité.

En ce qui concerne le cas de prévoyance invalidité, le TF souligne dans sa jurisprudence que ce cas de prévoyance ne survient pas non plus avec l'incapacité de travail dont la cause est à l'origine de l'invalidité, mais avec le début du droit à des prestations d'invalidité (voir ATF 118 V 35 consid. 2b/aa).

Comme l'assuré a mis fin volontairement à ses jours (et n'est donc pas décédé en raison de la maladie ayant provoqué l'incapacité de travail) et qu'au moment de son décès, il n'était plus assuré auprès de la caisse de pension, il avait quitté l'institution de prévoyance avant la survenance d'un cas d'assurance. Il avait donc droit à une prestation de sortie (art. 2, al. 1, LFLP). Avant son décès, l'assuré s'était de plus mis à son compte – selon les constatations du Tribunal cantonal qui lient le TF – et il avait fait une demande de versement en espèces, ce qui avait conduit le tribunal cantonal à retenir à juste titre la réalisation des conditions autorisant un versement en espèces de la prestation de sortie (art. 5, al. 1, let. b, LFLP) et à admettre le recours déposé par R.

634 Surindemnisation, gain présumé perdu et allocations pour enfants, personne domiciliée en Valais et travaillant dans le canton de Vaud

(Référence à l'arrêt du TF du 19 décembre 2007, cause M. contre Caisse de retraite professionnelle de l'industrie vaudoise de la construction, B 164/06 ; arrêt en français)

(Art. 24 OPP 2)

Le recourant M., domicilié en Valais, a toujours travaillé dans le canton de Vaud, tout comme son épouse. Ils ont deux enfants. M. a perçu des prestations d'invalidité de l'Office cantonal AI du Valais ainsi que de la Caisse de retraite professionnelle de l'industrie vaudoise de la construction. Par la suite, cette caisse a procédé à un calcul de surindemnisation qui est contesté par M.

Le litige porte notamment sur le point de savoir si les allocations pour enfants doivent être ajoutées au gain présumé perdu. Le Tribunal des assurances du canton du Valais a laissé la question indécise estimant que, même si l'on admettait que les allocations rattachées au salaire de l'épouse doivent être ajoutées au salaire dont le recourant est présumé privé, on aboutirait de toute façon à une surindemnisation. Tel n'est pas l'avis du recourant, qui demande que la question soit tranchée. En effet, selon lui, il n'est pas prévu dans le règlement de la caisse intimée que lorsque l'épouse perçoit des allocations pour enfants du fait de son travail à elle, cela constitue un motif de ne pas ajouter les allocations pour enfants au gain présumé perdu du mari. Selon le recourant, il apparaît légitime d'ajouter au salaire dont il est présumé privé les allocations pour enfants du canton du Valais.

Dans le cadre de l'art. 24 al. 1 OPP 2, les allocations pour enfants sont ajoutées au gain annuel dont on peut présumer que l'intéressé est privé (arrêt B 60/03 du 16 décembre 2003, consid. 2.2 non publié aux ATF 130 V

78 ; arrêts B 39/96 du 11 septembre 1998 consid. 4b et c [RSAS 1999 p. 146] et B 20/96 du 31 juillet 1997 consid. 3d). Selon l'art. 20 al. 1 du règlement de la caisse intimée, le salaire annuel brut que réaliserait l'intéressé s'il était resté en activité est augmenté des éventuelles allocations pour enfants.

Selon le Tribunal fédéral, ce sont les allocations pour enfants du canton de Vaud qui entrent en considération. En effet, avant la survenance de son invalidité, le recourant travaillait dans une entreprise ayant son siège dans le canton de Vaud. Ce sont donc les allocations pour enfants de ce canton qu'il y a lieu d'ajouter au gain présumé perdu dans ce canton. L'épouse du recourant travaillant aussi dans le canton de Vaud, le droit à l'allocation pour enfants appartenait par moitié à chacun des époux en vertu de l'art. 14 al. 1 ch. 1 de la loi vaudoise sur les allocations familiales (RSV 836.01). L'entreprise qui employait le recourant ne lui a versé aucune allocation pour enfants. C'est son épouse qui a reçu l'intégralité des allocations pour enfants. En définitive, pour le calcul de la surindemnisation, le salaire annuel brut que réaliserait le recourant s'il était resté en activité doit, conformément à l'art. 20 al. 1 du règlement, être augmenté de la moitié de l'allocation pour enfants vaudoise.

635 Couverture d'assurance LPP et fin du droit aux indemnités journalières de l'assurance-chômage

(Référence à l'arrêt du TF du 27 décembre 2007, cause D. contre Fondation institution supplétive LPP, B 110/06 ; arrêt en français)

(Art. 2 et 10 LPP)

D. a bénéficié d'un délai-cadre d'indemnisation de l'assurance-chômage du 1er juillet 2000 jusqu'au 30 juin 2002. A ce titre, il était affilié auprès de la Fondation institution supplétive LPP (FIS). Suite à une incapacité totale de travail à partir du 15 juillet 2002, l'AI lui a octroyé une rente entière d'invalidité dès le 1er juillet 2003. Par contre, la FIS lui a dénié tout droit à une rente d'invalidité du 2e pilier au motif que l'incapacité de travail à l'origine de l'invalidité était survenue le 15 juillet 2002, soit après la fin du délai-cadre d'indemnisation.

Le Tribunal administratif du canton de Neuchâtel a confirmé la position de la FIS et considéré que la prolongation de 30 jours de la couverture d'assurance prévue à l'art. 10, al. 3, LPP est réservée aux salariés et s'avère inapplicable aux chômeurs.

Dans un premier grief, le recourant considère que l'art. 10, al. 3, LPP s'applique également aux bénéficiaires d'indemnités journalières de l'assurance-chômage. Dans un second grief, le recourant conteste le moment de la survenance de l'incapacité de travail dont la cause est à l'origine de l'invalidité fixé au 15 juillet 2002 par les premiers juges. Se fondant sur un rapport du 5 mai 2004 du docteur X., il considère que celle-ci est survenue au cours de la deuxième semaine du mois de juin 2002, soit pendant sa couverture d'assurance auprès de la FIS.

Les bénéficiaires d'indemnités journalières de l'assurance-chômage sont soumis à l'assurance obligatoire en ce qui concerne les risques décès et invalidité (art. 2 LPP). Pour les bénéficiaires d'indemnités journalières de l'assurance-chômage, l'assurance obligatoire commence le jour où ils perçoivent pour la première fois une indemnité de chômage et elle cesse lorsque le droit aux indemnités s'éteint parce que le délai-cadre est écoulé (art. 10 LPP). Selon l'art. 27, al. 2, LACI (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 30 juin 2003), l'assuré a droit à 85 indemnités au plus lorsqu'il peut prouver qu'il a cotisé durant 6 mois au moins (let. a) ; 170 indemnités au plus lorsqu'il peut prouver qu'il a cotisé pendant 12 mois au moins (let. b) ; 250 indemnités au plus lorsqu'il peut prouver qu'il a cotisé pendant 18 mois au moins (let. c).

Il ressort du dossier que le recourant a bénéficié d'un délai-cadre d'indemnisation à partir du 1er juillet 2000 jusqu'au 30 juin 2002 et qu'il n'a ensuite pas retrouvé d'emploi, ni sollicité l'ouverture d'un nouveau délai-cadre d'indemnisation. Durant ce délai-cadre, il a pu bénéficier, dans l'hypothèse la plus favorable, d'au maximum

250 indemnités journalières. Compte tenu d'une moyenne de 21,7 jours de travail par mois, son droit aux indemnités journalières a perduré environ 12 mois (250 : 21,7), pris fin en juin ou juillet 2001 et simultanément mis un terme au rapport de prévoyance avec la FIS. La question de savoir si la couverture d'assurance s'est prolongée ou non durant les 30 jours suivants (art. 10, al. 3, LPP) peut rester ouverte dès lors qu'en tout état de cause, le recourant n'était plus assuré auprès de la fondation intimée lorsqu'est survenue – en juin 2002, comme il le fait valoir, ou juillet 2002 - l'incapacité de travail dont la cause est à l'origine de l'invalidité. D. ne saurait ainsi prétendre à l'octroi d'une rente d'invalidité de la FIS, sauf s'il avait maintenu son assurance à titre facultatif (art. 47 LPP) ou conclu une police de libre passage ou ouvert un compte de libre passage complété par une assurance-décès ou invalidité.

636 Pas de prescription de la rente complémentaire pour enfant si la rente d'invalidité n'est pas elle-même prescrite

(Référence à l'arrêt du TF du 18 janvier 2008, cause M. contre Mutuelle Valaisanne de Prévoyance, B 162/06 ; arrêt en français)

(Art. 25 et 41 LPP)

M. reçoit depuis le 19 avril 1995 une rente d'invalidité du 2e pilier de la part de la Mutuelle Valaisanne de Prévoyance. En février 2005, l'assuré a informé son institution de prévoyance qu'il était le père d'un fils né en 1985. L'institution de prévoyance a dénié à M. le droit à une rente complémentaire pour enfant, en soulevant l'exception de prescription.

Le litige porte sur le droit du recourant à une rente complémentaire pour enfant, en particulier sur le point de savoir si celui-ci est ou non frappé de prescription décennale. Selon le Tribunal cantonal des assurances, le droit du recourant à une rente complémentaire pour enfant a pris naissance en même temps que son droit à une rente d'invalidité, soit le 19 avril 1995, de sorte que celui-là est frappé de prescription décennale depuis le 19 avril 2005.

Le TF retient, à l'instar de l'OFAS et du recourant, que la rente complémentaire pour enfant constitue une prestation accessoire à la rente d'invalidité de l'assuré et qu'en tant que prétention purement dérivée de la prestation principale, elle en suit le sort juridique (ATF 121 V 104 consid. 4c p. 107, 107 V 219, 101 V 206; VSI 2001 p. 228; Stauffer, Berufliche Vorsorge, Zürich 2005, p. 297 n. 799; Vetter-Schreiber, Berufliche Vorsorge, Zürich 2005, p. 103) « comme son ombre » (ATF 126 V 468 consid. 6c p. 475 avec renvoi à VSI 2000 p. 231 consid. 6). A cela s'ajoute le fait que le recourant a perçu sa rente d'invalidité (art. 24 LPP; art. 14 du règlement de l'institution de prévoyance) de manière ininterrompue depuis le 19 avril 1995, de sorte que ni le droit à cette dernière, ni celui aux prestations périodiques corrélatives n'ont commencé à se prescrire (art. 41, al. 1, 1re phrase, LPP selon sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2004; art. 41, al. 2, 1re phrase, LPP selon sa teneur depuis le 1er janvier 2005). Aussi, le délai de prescription du recourant à une rente complémentaire pour enfant – en tant que prestation accessoire du droit principal à la rente – n'a-t-il pas non plus commencé à courir (art. 25 LPP; art. 15, ch. 3, du règlement). L'art. 133 CO – invoqué dans le recours et applicable en l'espèce conformément à l'art. 41, al 1, 2e phrase, aLPP et à l'art. 41, al. 2, 2e phrase, LPP – selon lequel la prescription de la créance principale entraîne celle des intérêts et autres créances accessoires, ne conduit pas à une appréciation différente du cas d'espèce. Dès lors que le droit du recourant à une rente complémentaire pour enfant depuis le 19 avril 1995 n'est pas frappé de prescription, il appartient au Tribunal cantonal à qui l'affaire doit être renvoyée d'examiner les autres conditions matérielles du droit à la prestation, en particulier eu égard à la prescription quinquennale du droit aux annuités – question qui ne peut être tranchée pour la première fois au niveau fédéral – et au fait que le fils de l'assuré a eu 18 ans révolus en 2003, et, cas échéant, d'en calculer le montant et de veiller à son versement (ATF 129 V 450).

619 Compensation de rentes d'invalidité avec une prestation de sortie déjà versée en espèces

(Référence à l'arrêt du TF du 21 août 2007, cause O. contre caisse de pensions X., B 132/06 ; arrêt en français)

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

Après avoir résilié son contrat de travail pour le 31 mai 1991, l'assuré O. a obtenu le versement en espèces de sa prestation de sortie d'un montant de 108'675 francs pour cause de départ définitif à l'étranger. En septembre 1992, la Caisse suisse de compensation a décidé d'octroyer à O. une demi-rente AI du 1er avril au 30 juin 1991, puis une rente entière AI à partir du 1er juillet 1991. En mars 2000, O. a demandé à la caisse de pensions X. que le paiement de la prestation de sortie soit remplacé à titre rétroactif par le versement d'une rente d'invalidité. X. a répondu à O. qu'il pouvait prétendre dans l'absolu au versement d'une rente mensuelle d'invalidité dès le 1er avril 1991 mais qu'il y avait prescription quinquennale des rentes jusqu'au 1er mars 1995 et que, de plus, elle compensait les arriérés de rentes avec la prestation de sortie déjà versée, de sorte que le versement effectif de la rente d'invalidité débuterait en décembre 1999. En mars 2000, O. a ouvert action devant le Tribunal des assurances du canton de Vaud pour demander le paiement par X. de 108'400 francs au titre de rentes d'invalidité dues pour la période du 1er mars 1995 au 31 mai 2000. Le tribunal a rejeté la demande.

En l'espèce, il n'est pas contesté, ni contestable qu'un cas d'assurance est survenu au moment où le droit à la rente AI a pris naissance, à savoir le 1er avril 1991, soit une période antérieure à celle où les conditions du droit au versement en espèces de la prestation de sortie étaient remplies. Dans la mesure où la possibilité de demander le versement de cette prestation était éteinte, c'est à juste titre que la caisse de pensions a annulé rétroactivement le versement de la prestation de sortie et octroyé une rente d'invalidité à la place de celle-ci. N'est pas non plus litigieux le fait que le recourant n'a droit au versement des rentes qu'à partir du 1er mars 1995, les rentes dues pour la période antérieure étant prescrites (art. 41 al. 1 LPP, dans sa teneur jusqu'au 31 décembre 2004, qui correspond à l'actuel art. 41 al. 2 LPP). Le recourant estime que la compensation opérée par l'institution de prévoyance aurait dû se faire sur les rentes désormais prescrites, qui auraient dû être versées entre 1991 et 1995.

Dans le domaine de la prévoyance professionnelle, la question particulière de la compensation de créances est réglée de manière spécifique à l'art. 39 al. 2 LPP. Selon cette disposition, le droit aux prestations ne peut être compensé avec des créances cédées par l'employeur à l'institution de prévoyance que si ces créances ont pour objet des cotisations non déduites du salaire. Cette interdiction quasi générale de compenser des expectatives de prévoyance professionnelle ne vaut pas lorsque lesdites prétentions sont exigibles. En effet, l'art. 39 al. 2 LPP ne règle pas la question de la compensation des créances propres de l'institution de prévoyance avec celles de l'assuré. Dans ce cas, les art. 120 ss CO sont applicables par analogie. Pour que la compensation ait lieu, l'art. 124 al. 1 CO exige que le débiteur fasse connaître au créancier son intention de l'invoquer. En l'espèce, dans sa réponse du 29 mai 2000 à la demande de rente d'invalidité de l'assuré, la caisse X. a fait connaître de manière claire et non équivoque qu'elle entendait compenser les rentes dont elle reconnaissait être débitrice à compter du 1er mars 1995 avec sa créance en restitution de la prestation de sortie. L'argument du recourant selon lequel il y aurait lieu de requalifier a posteriori le versement de la prestation de sortie comme valant paiement anticipé de la rente d'invalidité doit être rejeté, car les procédures qui aboutissent au versement de ces prestations ne sont pas de même nature, ne visent pas le même but et obéissent à des règles différentes, de sorte qu'elles ne sauraient être confondues.

Le recourant se plaint, à titre subsidiaire, d'une violation du devoir d'information de l'institution de prévoyance; il estime que celle-ci aurait dû le rendre attentif, à l'époque, sur la possibilité qu'il avait de demander le versement

d'une rente d'invalidité en lieu et place du paiement en espèces de sa prestation de sortie. Toutefois, le TF a jugé qu'il n'y avait pas lieu d'examiner plus avant cette question, car le dommage consécutif à une telle violation ne relève pas de la prévoyance professionnelle (au sens large ou au sens étroit), mais de la responsabilité civile des institutions de prévoyance, qui n'est pas de la compétence du tribunal de l'art. 73 LPP (ATF 120 V 26 consid. 3c p. 31, 117 V 33 consid. 3d p. 42). En définitive, le TF a rejeté le recours d'O.

620 Les bénéficiaires de retraites anticipées ont aussi droit à des rentes LPP pour enfants

(Référence à l'arrêt du Tribunal fédéral du 28 août 2007 dans la cause Caisse de pensions X. contre I., B 7/07; publication ATF prévue; arrêt en allemand)

La caisse de pensions a refusé de verser à I., en retraite anticipée depuis le 1er mai 2005, des rentes pour enfants en plus de sa rente de vieillesse incontestée, avant qu'il n'ait atteint l'âge ordinaire de la retraite. Le Tribunal cantonal a admis la requête déposée par I : il a jugé que I. a droit à des rentes pour enfants de retraité, au titre de prestations minimales LPP, pour la période allant du 1er mai 2005 jusqu'à l'âge de la retraite AVS ; la caisse de pensions a recouru au Tribunal fédéral contre cette décision cantonale.

Le Tribunal fédéral renvoie à sa jurisprudence de l'ATF 121 V 104 selon laquelle, dans le régime obligatoire, il faut respecter les prescriptions minimales de la 2e partie de la LPP dont font partie non seulement les dispositions sur le montant des prestations mais également celles concernant les types de prestations. Les rentes pour enfants selon l'art. 17 LPP sont aussi considérées comme un type de prestations prescrit par la LPP en vertu de la systématique de la loi et du caractère accessoire de ces rentes, de sorte que le principe dit d'imputation (cf. ATF 127 V 264 consid. 4, p. 266) ne peut pas s'appliquer dans ce cas-là.

La volonté du législateur ressort clairement des travaux préparatoires, à savoir que les prestations de vieillesse perçues par anticipation peuvent avoir un caractère obligatoire (cf. Bulletin officiel du Conseil des Etats 1980, p. 268, ad art. 14). Il n'est pas exact de considérer, dans ce contexte, qu'il ne s'agit de prestations de vieillesse obligatoires que lorsque le règlement exige à la fois la cessation de l'activité lucrative et l'adaptation du taux de conversion (art. 14 LPP) en fonction de l'anticipation par rapport à l'âge légal de la retraite (cf. art. 13, al. 2, LPP). Si une institution de prévoyance enveloppante prévoit dans son règlement une anticipation de l'âge de la retraite, sans adaptation correspondante du taux de conversion, il ne s'ensuit pas que toute la prestation de vieillesse bascule dans le surobligatoire et que, du même coup, il n'existe plus aucun droit à la rente accessoire pour enfant. C'est pourquoi, la rente minimale pour enfant selon le régime obligatoire LPP doit être calculée au moyen d'un compte témoin, en utilisant un taux de conversion adapté ; I. a droit à la rente d'enfant de retraité ainsi calculée, comme l'a reconnu à juste titre le Tribunal cantonal.

621 Qualification d'un associé majoritaire et gérant d'une Sàrl en droit de la prévoyance

(Référence à l'arrêt du TF du 2 mars 2007, cause X. GmbH contre Fondation Institution supplétive, 2A.461/2006; arrêt en allemand)

(Art. 5, al. 2, phrase 1, LAVS, art. 2, al. 1 et art. 7, al. 1, LPP)

Selon la jurisprudence, la question de savoir si l'activité lucrative est indépendante ou dépendante dans un cas d'espèce ne se tranche pas sur la base de la nature juridique des rapports contractuels entre les parties. Ce sont au contraire les données économiques qui sont déterminantes. Les rapports de droit privé peuvent certes fournir des indices pour la qualification relevant du droit de l'AVS, mais ils ne sont toutefois pas décisifs. Est en général considérée comme exerçant une activité dépendante la personne qui dépend d'un employeur sur le plan de la gestion ou de l'organisation du travail et qui ne supporte aucun risque spécifique lié à l'entreprise (ATF 123 V 161 cons. 1 p. 163; arrêts H 77/04 du 19 mai 2005 cons. 4.2 et B 6/88 du 14 décembre 1989 cons. 7, publié in: SZS 1990 p. 181).

En ce qui concerne les personnes chargées de l'administration d'une société de capitaux, la jurisprudence a toujours admis qu'il s'agissait d'une activité lucrative dépendante et qualifié leur rémunération de salaire déterminant. Jusqu'ici, le Tribunal fédéral n'a jamais expressément tranché la question d'une éventuelle dérogation dans des cas tout à fait particuliers où l'administrateur est propriétaire unique ou majoritaire. Il a cependant toujours qualifié de titulaires d'une activité dépendante les travailleurs ayant une position analogue à celle d'un employeur et a toujours considéré la rémunération reçue pour leur activité d'employés de la société comme un salaire déterminant.

Le choix de la forme de la société implique l'acceptation de ses conséquences juridiques. En particulier, le propriétaire unique ou majoritaire de la société de capitaux doit se laisser opposer l'indépendance juridique de « sa » société (voir ATF 117 IV 259 cons. 3a p. 263). En l'espèce, il résulte de l'extrait du registre du commerce que, depuis l'inscription de la recourante en date du 12 octobre 1998, AC. détient une part de 30 000 francs sur son capital social de 50 000 francs alors la part de BC. est de 20 000 francs. Contrairement aux cas où il a été conclu à l'existence d'une activité dépendante de l'associé malgré sa participation unique ou fortement majoritaire au capital social, AC. a ainsi été dès le début non pas propriétaire unique mais seulement titulaire majoritaire de la société recourante. En tant que gérant de cette société, il n'avait dès lors à assumer qu'un risque personnel limité à la perte de sa part. Le simple fait que son revenu dépende du résultat personnel de son travail ne suffit pas à admettre l'existence d'un risque spécifique lié à l'entreprise (ATF 122 V 169 cons. 3c p. 172 avec renvois). En outre, comme cela ressort des déclarations de salaire fournies par l'employeur à l'institution des assurances sociales de Bâle-Campagne, la société recourante, contrairement à ses affirmations, n'occupait pas seulement AC. mais avait engagé une autre collaboratrice de 2002 à 2004. Dans l'exercice de son activité commerciale, AC. a une liberté étendue en sa position de gérant unique et de seule personne habilitée à signer pour la Sàrl. Le fait que la société recourante ait déclaré au fisc le revenu d'AC. comme des « honoraires d'administrateur » n'est pas décisif pour la qualification juridique de ce revenu.

Comme l'a constaté à juste titre l'instance inférieure, le titulaire majoritaire d'une Sàrl ayant une activité opérationnelle et assumant en même temps les décisions stratégiques de l'entreprise est comparable, du point de vue du droit de la prévoyance, à un actionnaire unique qui est principalement membre de la direction de la société anonyme. En tant que directeur, ce dernier est salarié de « sa » société et soumis à l'affiliation obligatoire. Il n'y a dès lors rien à objecter à l'instance inférieure qui a qualifié de salarié au sens du droit de la prévoyance professionnelle le titulaire majoritaire de la Sàrl ayant pour activité principale de travailler pour cette société, d'autant plus qu'au vu de l'ensemble des circonstances, les traits caractéristiques d'une activité lucrative dépendante sont prédominants.

622 Divorce: pas de partage en cas d'abus de droit

(Référence à l'arrêt du TF du 14 mai 2007, cause B. contre K., 5C.224/2006 (ATF 133 III 497); arrêt en allemand)

(Art. 2, al. 2, art. 122 et 123, al. 2, CC ; art. 63, al. 2, OJ)

Selon la teneur de l'art. 123, al. 2, CC, le partage par moitié des prestations de sortie peut être refusé à la condition que – premièrement – le partage soit manifestement inéquitable et que – deuxièmement – ce caractère manifestement inéquitable relève de motifs tenant à la liquidation du régime matrimonial ou à la situation économique des époux après le divorce.

Dans la mesure où, en cas d'abus manifeste d'un droit, le juge peut aussi bien refuser le partage du bénéfice de l'union conjugale que ne pas allouer ou réduire une contribution d'entretien, il n'y a pas de motif de ne pas prendre en compte l'interdiction de l'abus de droit également dans le partage des prestations de sortie. L'art. 123, al. 2, CC n'exclut ainsi pas en soi l'application autonome de l'art. 2, al. 2, CC.

Le juge peut refuser le partage des prestations de sortie, en tout ou en partie, non seulement lorsque celui-ci s'avèrerait 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), mais il peut également envisager un refus dans un cas concret présentant une situation de fait comparable ou analogue à l'hypothèse légale s'il considère que le partage violerait l'interdiction de l'abus manifeste d'un droit (art. 2, al. 2, CC). Il n'y a en revanche pas de place pour d'autres motifs de refus.

Une application de ces considérants au cas présent aboutit aux conclusions suivantes:

Le motif légal de refus n'est pas réalisé en l'espèce d'autant plus qu'il n'en va pas de la situation économique des époux après le divorce. Contrairement à l'opinion de l'instance cantonale, le droit matériel ne connaît pas, comme motif de refus, la violation fondamentale du sentiment de justice. Seule peut ainsi se poser la question de savoir si le partage des prestations de sortie peut être refusé sur la base du comportement du défendeur pendant le mariage. En effet, toute instance doit tenir compte d'office de l'abus de droit au sens de l'art. 2, al. 2, CC lorsque les conditions de fait en ont été exposées par une partie de la manière prescrite par le droit de procédure et qu'elles sont constantes. Il n'est point besoin que la partie soulève une exception particulière.

Selon les constatations de la dernière instance cantonale, qui lient le Tribunal fédéral (art. 63, al. 2, OJ), force est d'admettre que la demanderesse a assuré la base financière de la famille en travaillant à plein temps et a assumé les tâches ménagères. La garde des enfants a été assumée par les parents de la demanderesse, qui ont également exécuté certaines autres tâches lors de leurs visites de fin de semaine. Par contre, le défendeur n'a pas fourni d'efforts suffisants pour trouver une place de travail afin de contribuer au moins en partie à la charge financière du ménage ; il n'a ni expliqué son inactivité ni allégué de motifs compréhensibles. Il ne s'est guère non plus occupé des tâches ménagères et de la prise en charge des enfants, bien que son inactivité lui eût permis de le faire pendant que la demanderesse travaillait. La demanderesse n'a pas approuvé et encore moins voulu cet état de fait. Toutefois, elle n'a jamais requis de mesures protectrices de l'union conjugale afin de faire intimer judiciairement au défendeur de se conformer à l'art. 163 CC et de participer également aux charges de l'union conjugale.

Le comportement du défendeur ne permet globalement pas de conclure qu'il a assumé sa part de tâches dans la famille et qu'il a voulu vivre un mariage de partenariat. Reste à examiner si ce comportement du défendeur réalise les éléments constitutifs d'un abus manifeste d'un droit dans la mesure où le droit au partage vise à compenser les inconvénients du droit de la prévoyance liés à la répartition des tâches pendant le mariage et sert à l'indépendance économique de chaque conjoint après le divorce.

A la lumière des principes exposés ci-dessus, il faut donner une réponse négative à la question posée. Le partage de la prestation de sortie peut être ressenti comme contraire au sentiment de justice compte tenu du comportement du défendeur peu conforme aux devoirs du mariage. S'il est vrai que l'abus de droit manifeste comporte toujours une grave violation de l'idée de justice, cela ne signifie pas à l'inverse que toute violation grave de l'idée de justice constitue un abus manifeste d'un droit. Dans les relations entre particuliers, l'abus manifeste d'un droit présente la caractéristique qu'une partie incite l'autre à se comporter d'une manière déterminée afin de tirer de ce comportement des avantages en abusant de sa confiance, que ce soit en faisant valoir des prétentions ou en soulevant des exceptions. Dans le contexte du partage des prestations de sortie, il pourrait y avoir un abus manifeste d'un droit par exemple dans un mariage de complaisance ou si le mariage n'a jamais été réellement vécu comme tel ou qu'il n'y a jamais eu de ménage commun et qu'un conjoint entend néanmoins réclamer le partage. Il est toutefois de règle qu'un comportement contraire aux devoirs du mariage ne réalise pas les éléments constitutifs de l'abus manifeste d'un droit et ne peut avoir pour conséquence le refus du partage. Il s'agit en particulier de relever que le législateur n'a pas repris, dans le domaine du partage des

prestations de sortie, la règle de l'art. 125, al. 3, ch. 1, CC selon laquelle une grave violation de l'obligation d'entretien peut justifier le refus de contributions d'entretien.

Pour les motifs exposés, le jugement attaqué doit être annulé dans la mesure où le Tribunal supérieur a refusé le partage des prestations de sortie acquises pendant le mariage. Les prestations de sortie doivent être partagées selon l'art. 122 CC.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 101

601 Divorce, partage de la prévoyance professionnelle, rachat après la date fixée pour le partage

(Référence à l'arrêt du TF du 1er mars 2007, cause E. contre B.E. et Fondation de libre passage X. SA, B 26/06 ; arrêt en français)

(Art. 122 CC, 22 et 22c LFLP)

La période déterminante pour le partage des prestations de sortie est la durée du mariage. Celle-ci commence au jour du mariage et se termine par la dissolution de l'union conjugale au moment de l'entrée en force du jugement de divorce. Il n'est cependant pas exclu que les parties déclarent par convention ou par accord en cours de procédure qu'une date antérieure à l'entrée en force du jugement est déterminante afin de permettre un calcul pendant la procédure de divorce (ATF 132 V 236 consid. 2.3 p. 239).

Les ex-époux E. ont fixé par convention la date du partage des prestations de sortie au 15 décembre 2003. Par jugement du 28 juillet 2004, le juge du divorce a ratifié cette convention qui est devenue partie intégrante de sa décision (ch. II du dispositif). Aussi, le ch. III du jugement de divorce, selon lequel le dossier est transféré au Tribunal des assurances «en vue du partage par moitié de l'avoir de prévoyance professionnelle acquis par les époux durant le mariage», doit être interprété en relation avec le ch. II de ladite convention, aux termes duquel les parties requièrent du Tribunal «de donner ordre à la caisse de prévoyance de l'employeur de E. de verser la moitié des fonds épargnés pendant la durée du mariage, soit du 1er octobre 1997 au 15 décembre 2003 (soit sur les salaires usuels et 13e salaire pro rata jusqu'à fin novembre 2003), sur le compte de prévoyance de B.E. à désigner». On peut en déduire que la période déterminante pour le partage des prestations de sortie, telle que fixée par les parties et ratifiée par le juge du divorce, s'étend du 1er octobre 1997 au 15 décembre 2003 et ne concerne que la prestation de sortie du recourant, l'ex-épouse n'ayant pour sa part jamais été affiliée à une institution de prévoyance.

En ce qui concerne le rachat effectué par le recourant le 22 décembre 2003, il s'agit d'un versement à l'institution de prévoyance qui a eu lieu après la date déterminante du 15 décembre 2003. Contrairement à ce qu'ont retenu les premiers juges, ce rachat n'a pas à être pris en considération pour le partage des prestations de sortie au sens des art. 122 CC et 22 LFLP, puisqu'il a été effectué à une date ultérieure à celle fixée pour ledit partage. La situation est ici identique à celle du conjoint débiteur qui fait usage de la possibilité prévue à l'art. 22c LFLP et rachète la prestation de sortie transférée immédiatement après l'entrée en vigueur du jugement de divorce. Lorsque les parties ont, comme en l'espèce, fixé avec l'accord du juge du divorce la période déterminante pour le partage à une date antérieure à la dissolution du mariage, le conjoint débiteur a la possibilité d'effectuer un rachat au sens de l'art. 22c LFLP après cette date, la prestation versée n'entrant alors plus en compte pour le partage. Pour la prévoyance professionnelle, la provenance des moyens financiers avec lesquels le conjoint débiteur, tel le recourant, effectue alors le rachat ne joue pas de rôle, contrairement à l'avis de la juridiction cantonale, puisque ce versement ne concerne pas la période déterminante. Il en irait en revanche différemment si le rachat avait été effectué pendant celle-ci. En effet, conformément à l'art. 22 al. 3 LFLP, les parties d'un versement unique financé par l'un des conjoints pendant le mariage (respectivement la période déterminante)

au moyen de biens qui, dans le régime matrimonial de la participation aux acquêts entreraient de par la loi dans les biens propres, doivent être déduites, avec les intérêts, de la prestation de sortie à partager.

En définitive, le calcul de la prestation de sortie ne comprend pas le montant du rachat effectué par le recourant après le 15 décembre 2003.

602 Divorce, prestation de sortie ou prestation de vieillesse?

(Référence à l'arrêt du TF du 9 mai 2007, cause G. contre Fondation P., B 60/06 ; arrêt en français ; ATF 133 V 288)

(Art. 122 et 124 CC, art. 5 LFLP et art. 37 LPP dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2004)

Le divorce des époux E. et G. a été prononcé en novembre 2004. Le juge du divorce a ordonné que la moitié de la prestation de sortie de l'époux E. soit transférée sur le compte de libre passage de l'épouse G. auprès de la Fondation X. Il a encore jugé que E. était débiteur de G. de la somme de 100'000 fr. à titre d'indemnité équitable à la condition suspensive que le versement de cette somme due par la Fondation de E. à celle de G. fût impossible. Après l'entrée en force du jugement de divorce et transmission de l'affaire au Tribunal des assurances du canton de Vaud, celui-ci à procédé à des mesures d'instruction qui ont mis en évidence les faits suivants : la Fondation P. à laquelle E. avait été affilié depuis septembre 1976 jusqu'en janvier 2002 a indiqué qu'elle avait reçu un formulaire «annonce de sortie», daté du 14 octobre 2002 et signé par E. et son employeur, l'informant de la fin des rapports de travail au 31 janvier 2002. E. a rempli ce formulaire en mentionnant qu'il était soi-disant déjà divorcé. La Fondation P. a ensuite versé à E. le montant de 159'229 fr. 15 au titre de paiement de l'avoir de vieillesse en capital en raison de la retraite anticipée à 61 ans. Ce montant correspondait aux prestations dues, d'une part, sous forme de rente sur la base d'un premier contrat de prévoyance (145'008 fr. 80) et, d'autre part, sous forme de capital sur la base d'un second contrat (14'220 fr. 35). Le Tribunal des assurances du canton de Vaud a jugé qu'il ne pouvait être procédé au partage. L'épouse G. a recouru contre ce jugement.

Selon le TF, c'est à juste titre que les premiers juges ont retenu que E. (âgé alors de 61 ans), en déclarant vouloir recevoir des prestations de la part de la Fondation P. au moyen du formulaire « annonce de sortie », a fait usage de la possibilité prévue par les règlements de P. de demander le versement de prestations de vieillesse. Certes, il apparaît qu'avec les indications données dans le formulaire, l'assuré visait à bénéficier d'une prestation de sortie au sens de l'art. 5 LFLP (en évitant, par la mention «divorcé», que l'institution ne requière le consentement de la recourante). La fondation intimée a toutefois considéré au vu des circonstances concrètes du cas (âge de l'assuré et fin des rapports de travail) que la demande ne pouvait concerner que le cas de la retraite anticipée et le versement de prestations de vieillesse, ce que l'assuré n'a pas contesté; à cet égard, la correspondance échangée entre l'intimée et l'assuré se réfère aux prestations de vieillesse ensuite d'une retraite anticipée au 1er février 2002. Outre l'âge de l'assuré et la cessation des rapports de travail (au 31 janvier 2002), la déclaration de E. constituait une condition suffisante au regard des dispositions légales et réglementaires applicables pour entraîner la survenance du cas de prévoyance et, partant, ouvrir le droit aux prestations de vieillesse, sous forme de rente ou, si les conditions en étaient remplies, de capital. Toujours selon le TF, le fait que E. ait donné de fausses informations sur son état civil et sur le commencement d'une activité indépendante ne porte pas à conséquence quant à la naissance du droit aux prestations de vieillesse, puisque ce droit ne dépend ni de l'état civil de l'ayant droit, ni de l'absence de toute activité lucrative (indépendante ou salariée auprès d'un nouvel employeur). Le TF estime qu'on ne saurait reprocher à la fondation P. de n'avoir pas bloqué les avoirs de vieillesse de son assuré. Dès lors que les conditions du droit aux prestations de vieillesse étaient remplies et que le cas de prévoyance était survenu, l'institution de prévoyance n'avait pas à différer le versement de celles-ci, du moins pas en l'absence de mesures judiciaires

lui en interdisant le versement, sous une forme ou une autre. Selon le TF, on ne voit pas quelle obligation de diligence aurait imposé à l'intimée de vérifier l'indication de l'assuré sur son état civil, puisque ni la loi alors en vigueur, ni les dispositions réglementaires ne font du consentement du conjoint une condition de la naissance du droit aux prestations de vieillesse.

En définitive, le TF a rejeté le recours de G. Il a considéré que c'est à juste titre que le Tribunal cantonal des assurances a nié le droit de G. au versement en sa faveur de la moitié de la prestation de sortie de son ex-époux, tandis qu'elle a droit à une indemnité équitable au sens de l'art. 124 CC, fixée à 100'000 fr. par le juge du divorce.

603 Partage de prestations en cas de séparation de corps ; survenance du cas de prévoyance

(Référence à l'arrêt du TF du 14 mai 2007, cause X. contre Y., 5C. 238/2006 ; arrêt en allemand)

(Art. 122 et 124 CC)

Il ressort du dossier de la juridiction cantonale que le juge de première instance, se fondant sur l'art. 122 CC, avait ordonné le partage par moitiés de la prestation de sortie le 14 octobre 2004. Le divorce n'était toutefois devenu juridiquement effectif que le 23 mai 2005, lorsque la demanderesse avait déposé sa demande auprès de la juridiction d'appel. Dans l'intervalle, à savoir le 1er mai 2005, le cas de prévoyance était survenu pour le défendeur. Or, le fait qu'un partage de la prestation de sortie au sens de l'art. 122 CC n'était ainsi plus possible était dû à une circonstance fortuite, c'est-à-dire au temps relativement long qu'a mis l'autorité de première instance pour motiver son jugement.

Partant du principe selon lequel l'indemnisation prévue à l'art. 124 CC doit se fonder sur toute la durée de l'union conjugale, période de séparation de corps comprise, on ne voit pas en quoi le tribunal d'appel aurait tranché en l'espèce de manière inéquitable et contraire au droit fédéral en accordant à la demanderesse une indemnité dont le montant correspond à la moitié de la prestation de sortie. En doctrine également, il est admis qu'une indemnisation équitable peut et éventuellement doit, dans le cas concret, conduire au même résultat que le partage par moitiés de la prestation de sortie, notamment lorsque le cas de prévoyance est survenu immédiatement avant le divorce.

604 Restitution d'une prestation de sortie versée sans le consentement de l'épouse

(Référence à l'arrêt du TF du 22 janvier 2007 dans l'affaire L. contre l'institution de prévoyance du groupe d'assurance X., B 93/06 (ATF 133 V 205); arrêt en allemand)

(Art. 5 al. 1 et 2, art. 22 LFLP; art. 122 et 142 CC; art. 62 ss CO)

(situation juridique avant l'entrée en vigueur, le 1er janvier 2005, de l'art. 35a LPP)

Le simple fait que le paiement en espèces de la prestation de sortie est intervenu sans que les conditions de l'art. 5 al. 1 LFLP soient remplies ne permet pas à l'institution de prévoyance d'en demander la restitution.

Lorsque le conjoint n'a pas consenti au paiement en espèces de la prestation de sortie au sens de l'art. 5 al. 2 LFLP et que l'institution de prévoyance doit lui transférer la part de la prestation de sortie lui revenant suite au divorce, celle-ci peut en demander, sous réserve de l'art. 64 CO, la restitution à l'autre conjoint.

605 Interruption de la connexité temporelle : sclérose en plaques, médecin indépendant qui travaille ensuite comme médecin salarié d'un service médical régional AI pendant 14 mois

(Référence à l'arrêt du TF du 31 janvier 2007, cause Caisse de pensions de l'Etat de Vaud. contre F., B 141/05 ; arrêt en français)

(Art. 23 LPP)

F. travaillait comme médecin à titre indépendant depuis 1989. Atteinte de sclérose en plaques, diagnostiquée en 1985, F. a réduit son activité à 50 % à partir du 1er février 1999. L'AI a alloué à F. une demi-rente d'invalidité fondée sur un degré d'invalidité de 50 % à partir du 1er février 2000. Par la suite, F. a travaillé à plein temps comme médecin salarié pour le service médical régional AI (SMR) de juillet 2002 à début septembre 2003. L'AI a alors supprimé la demi-rente avec effet au 30 septembre 2002. Toutefois, en raison d'une aggravation de l'état de santé de F. entraînant une incapacité de travail de 50 %, l'AI a mis de nouveau F. au bénéfice d'une demi-rente d'invalidité dès le 1er octobre 2003. La Caisse de pensions de l'Etat de Vaud (CPEV), à laquelle F. était affiliée depuis le 1er juillet 2002, a refusé de verser à celle-ci une rente d'invalidité au motif que l'affection à l'origine de son invalidité était antérieure à l'affiliation. Le Tribunal des assurances du canton de Vaud a jugé que F. avait droit à une rente d'invalidité de la part de la CPEV. Cette dernière a recouru contre ce jugement.

Le principe d'assurance, sur lequel est fondé l'art. 23 LPP, implique que l'institution de prévoyance (IP) auprès de laquelle était affiliée la personne au moment de la survenance de l'événement assuré (incapacité de travail dont la cause est à l'origine de l'invalidité) répond du cas d'assurance. Ce principe s'applique notamment lorsque l'atteinte à la santé qui a provoqué l'incapacité de travail de la personne assurée existait déjà avant son affiliation dans une IP à une époque où, en raison de l'exercice d'une activité indépendante, il n'existait pas de rapport de prévoyance (ATF 123 V 268. consid. 3; arrêt B 35/05 du 9 novembre 2005, résumé dans RSAS 2006 p. 370). Pour que l'IP ne soit pas tenue à prestations pour une incapacité de travail résultant d'une atteinte à la santé préexistante et déjà présente au début du rapport de prévoyance, il faut qu'il existe entre cette incapacité de travail et l'invalidité une relation d'étroite connexité matérielle et temporelle (ATF 130 V 275 consid. 4.1, 123 V 265 consid. 1c, 120 V 117 consid. 2c/aa). La connexité temporelle implique qu'il ne se soit pas écoulé une longue interruption de la capacité de travail; elle est interrompue si, pendant une certaine période, l'assuré est de nouveau apte à travailler (ATF 123 V 264 consid. 1c, 120 V 117 consid. 2c/aa).

En l'espèce, la connexité matérielle n'est pas contestée. Seul est litigieux le point de savoir si la connexité temporelle a été interrompue. La caisse recourante soutient que l'incapacité de travail de F. dans son activité de médecin indépendant aurait perduré au-delà de son engagement comme médecin pour le SMR, la connexité temporelle n'ayant pas été interrompue par la nouvelle activité.

Comme l'ont retenu à juste titre les premiers juges, F. a été reconnue apte à reprendre une activité professionnelle à plein temps pour le SMR dès l'été 2002. Cette activité était adaptée à l'affection dont souffre F. et lui a permis de travailler jusqu'en août 2003 avec un plein rendement. Entre le 1er juillet 2002 et le 3 septembre 2003, il s'est donc écoulé 14 mois pendant lesquels F. a été pleinement capable de travailler. Cette période est suffisamment longue pour interrompre le lien de connexité entre les incapacités de travail antérieures à l'affiliation et l'invalidité survenue postérieurement (RSAS 2002 p. 153). La circonstance que F. a cherché et obtenu un emploi plus adapté à son atteinte à la santé que son travail en cabinet, en raison notamment de la diminution des sollicitations psychologiques extérieures et des horaires plus réguliers, ne fait pas de son nouveau poste une simple tentative de réadaptation professionnelle qui aurait été motivée par des considérations d'ordre social. Par conséquent, la caisse recourante est tenue de verser une rente d'invalidité à F.

606 Réduction d'une rente d'invalidité LPP transformée en rente de vieillesse pour cause de surassurance

(Référence à l'arrêt du TF du 20 avril 2007,cause Fondatione collectiva LPP della Rentenanstalt contre S., B 120/2005 ; arrêt en italien)

(Art. 34a LPP ; Art. 24 OPP2)

L'assuré, invalide à 100% suite à deux accidents, percevait à la fois une rente de la LAA, de l'AI et de la caisse de pensions. A l'âge de 65 ans, la rente d'invalidité de la caisse de pensions a été transformée en rente de vieillesse, sur la base du règlement de la caisse, mais la caisse n'a pas versé la prestation pour cause de surassurance. L'assuré a intenté une action en paiement de la totalité de la rente de vieillesse, contre la caisse, sur la base de laquelle il a partiellement obtenu gain de cause de l'instance cantonale qui a condamné la caisse de pensions à lui verser la part de la rente de vieillesse correspondant au minimum LPP, sans réduction. Saisi d'un recours de droit administratif de la caisse, le Tribunal fédéral l'a rejeté pour les motifs suivants.

La question portait sur le fait de savoir si la caisse pouvait maintenir la réduction de la rente d'invalidité, transformée en rente de vieillesse, étant entendu que ladite transformation résulte uniquement d'une technique d'assurance qui ne modifie pas le caractère viager de la rente d'invalidité de la LPP comprise dans la rente surobligatoire. Il s'ensuit, d'après la caisse, que la rente ne saurait être splittée en deux parties, l'une correspondant à la part obligatoire et l'autre à la part surobligatoire et donc devrait être entièrement réduite.

Dans son arrêt, la cour considère que les dispositions de coordination des art. 34a LPP et 24 OPP2 n'impliquent pas les prestations de vieillesse. Par ailleurs, le fait que certaines caisses de pensions transforment les rentes d'invalidité en rentes de vieillesse n'implique pas que la rente d'invalidité perde son caractère viager, s'agissant de la prévoyance obligatoire. Or, à partir du moment où le législateur, selon le Tribunal fédéral, n'a pas prévu de coordination pour les rentes de vieillesse de la prévoyance professionnelle et que la jurisprudence n'a pas interdit la surassurance, de manière générale, une réduction pour surassurance ne se justifierait même pas pour les rentes d'invalidité attribuées après la réalisation de l'âge de la retraite. Dans la prévoyance obligatoire, la rente d'invalidité a un caractère viager ; partant elle n'est pas remplacée par une rente de vieillesse dès que l'assuré atteint l'âge de la retraite. Dès lors, un assuré qui n'a pas recouvré sa capacité de gain et qui continue à percevoir une rente d'invalidité à l'âge lui donnant droit à une rente de vieillesse, ne perd pas le bénéfice de la rente d'invalidité viagère. Le règlement de la caisse peut cependant prévoir la transformation de ladite rente en rente de vieillesse, dans le cadre de la prévoyance plus étendue. Mais dans de tels cas, s'agissant du domaine obligatoire, le montant de la rente de vieillesse doit correspondre au moins à celui de la rente d'invalidité perçue jusqu'à ce moment ; c'est-à-dire donc lui être équivalent. Dans le cas d'espèces, vu que l'assuré n'a pas recouvré sa capacité de gain au moment où il a atteint l'âge de la retraite et vu que la rente d'invalidité de la prévoyance obligatoire a un caractère viager, l'assuré continue à avoir droit à la précédente rente d'invalidité. Partant, celle-ci ne peut être réduite pour cause de surassurance, au motif qu'elle peut être, de facto, assimilée à une rente de vieillesse.

607 Abaissement du taux de conversion peu de temps avant le départ à la retraite anticipée

(Référence à l'arrêt du TF du 16 mai 2007 dans l'affaire fondation collective X. contre B., B 127/05 (ATF 133 V 279); arrêt en allemand)

(Art. 13 et 14 LPP)

L'assuré devait compter avec un éventuel abaissement du taux de conversion durant la période - de plusieurs années - subsistant jusqu'à son départ à la retraite anticipée. C'est pourquoi, il ne saurait se prévaloir du fait de ne pas avoir été informé de l'abaissement du taux de conversion dans un délai convenable courant entre le moment où ce dernier a été communiqué et celui à compter duquel il est entré en vigueur.

580 Pas de modification de la rente d'invalidité réglementaire si le degré d'invalidité n'a pas changé (en relation avec la 4e révision de l'AI entrée en vigueur le 1er juillet 2004)

(Référence à l'arrêt du TFA du 11 décembre 2006, cause Caisse de pensions X. contre B., B 80/05 et B 83/05 ; arrêt en français)

(Art. 28 al. 1 LAI et 24 al. 1 LPP)

Le litige porte sur le point de savoir si la Caisse de pensions X. pouvait réduire ses prestations réglementaires d'invalidité. Dans un premier temps, l'AI avait accordé à l'assuré B. une rente entière d'invalidité dès le 1er septembre 1998, fondée sur un degré d'invalidité de 67 %. La Caisse de pensions X. lui a octroyé une rente entière d'invalidité à partir de cette même date. Après l'entrée en vigueur de la 4e révision de la LAI et des modifications apportées à l'échelonnement de la rente d'invalidité, l'AI a remplacé la rente entière par un trois-quarts de rente à partir du 1er juillet 2004 alors que le degré d'invalidité de B était toujours de 67 %. La caisse X. a informé B. qu'elle lui verserait un trois-quarts de rente dès cette même date.

Selon l'art. 38 al. 1 du règlement de X., «au droit à la rente d'invalidité complète de l'AI correspond le droit à la rente d'invalidité complète de la Caisse», tandis que, selon l'art. 39 al. 1 du règlement «au droit à une rente d'invalidité partielle de l'AI correspond le droit à une rente d'invalidité partielle de la Caisse, de même taux, ce dernier étant applicable au montant de la rente d'invalidité complète selon l'art. 38». Sous le titre «Modification de l'invalidité», l'art. 40, 1re phrase, du règlement prévoit que si le degré d'invalidité d'un assuré se modifie et entraîne une modification du taux de la rente servie par l'AI, la rente d'invalidité de la Caisse est modifiée en conséquence.

Le TFA a jugé que la modification de la rente d'invalidité de la Caisse de pensions est possible seulement en cas de modification du degré d'invalidité de l'assuré entraînant une modification de la rente AI, sur la base de l'art. 40 du règlement. En définitive, la Caisse de pensions X. n'était pas en droit de réduire la rente entière de B.

581 Prescription du droit à la rente d'orphelin et tutelle

(Référence à l'arrêt du TFA du 15 décembre 2006, cause F. contre Caisse de pensions G., B 135/05 ; arrêt en français)

(Art. 22 et 41 LPP)

S., né en 1959, travaillait dans l'hôtellerie et était affilié à ce titre auprès de la Caisse de pensions G. Il est décédé le 29 décembre 1992. Sa fille F., née en 1981, a été placée sous tutelle. En 2004, F. a demandé à G. de lui verser une rente d'orpheline. G. a refusé en invoquant la prescription.

Selon l'art. 41 al. 1 LPP, dans sa teneur jusqu'au 31 décembre 2004, les actions en recouvrement de créances se prescrivent par cinq ans quand elles portent sur des cotisations ou des prestations périodiques, par dix ans dans les autres cas. Les art. 129 à 142 du Code des obligations (CO) sont applicables. Le droit de percevoir les rentes comme tel se prescrit par dix ans dès le jour de l'exigibilité du premier terme demeuré impayé conformément à l'art. 131 al. 1 CO, tandis que chacun des arrérages se prescrit par cinq ans dès l'exigibilité de la créance en application de l'art. 130 al. 1 CO; l'exigibilité d'une prestation de la prévoyance professionnelle se situe lors de la naissance du droit à ladite prestation selon les dispositions légales et réglementaires qui lui sont applicables (ATF 132 V 162 consid. 3). Selon l'art. 22 al. 1 LPP, le droit des survivants aux prestations prend naissance au décès de l'assuré, mais au plus tôt quand cesse le droit au plein salaire. En l'espèce, la

prescription décennale a commencé à courir à partir du décès de S. survenu le 29 décembre 1992. Par conséquent, lorsque F. a contacté G. pour la première fois au cours de l'année 2004, le droit à la rente d'orphelin était déjà prescrit depuis presque deux ans.

Par ailleurs, il n'existe aucun élément objectif qui permette de retenir un abus de droit de la part de G. ou une violation du principe de la bonne foi (ATF 128 V 241 consid. 4a). On ne saurait en particulier reprocher à la caisse de pensions d'avoir incité F. à renoncer à entreprendre des démarches juridiques. Par ailleurs, il n'existe pas un devoir légal pour l'institution de prévoyance de renseigner un assuré sur le risque de prescription.

C'est à tort également que F. invoque son jeune âge. La rente d'orphelin est, par nature, destinée à des personnes jeunes ou à charge. D'une manière générale, c'est le représentant légal qui agira pour les intéressés. L'omission par son tuteur de réclamer les prestations auxquelles F. pouvait prétendre est opposable à celle-ci.

582 Conversion d'une rente d'invalidité en rente de vieillesse, pas de garantie des droits acquis en cas de changement de jurisprudence

(Référence à l'arrêt du TFA du 19 décembre 2006, cause M. contre Caisse X., B 139/05 ; arrêt en français)

(Art. 49 al. 1, 2e phrase, LPP)

Par courrier du 1er juillet 2002, la Caisse X. a informé l'assuré M. que sa rente d'invalidité serait remplacée par une rente de vieillesse d'un montant équivalent, soit 12'537 fr. par an, conformément à l'arrêt du TFA du 24 juillet 2001 (ATF 127 V 259), tout en précisant que ce montant ne correspondait pas à ce que l'assuré pouvait normalement prétendre d'après le règlement. De plus, la Caisse se réservait le droit de modifier le montant de la rente en cas de changement ultérieur de la jurisprudence. Le 8 décembre 2004, X. a informé M. que sa rente de vieillesse serait ramenée à 9'312 fr. par an dès le 1er janvier 2005, suite à l'arrêt du TFA du 24 juin 2004 (ATF 130 V 369 qui constitue un revirement de jurisprudence par rapport à l'ATF 127 V 259) et à l'entrée en vigueur de l'art. 49 al. 1, 2e phrase, de la LPP révisée.

Le litige porte sur la question de savoir si la Caisse pouvait réduire le montant de la rente de vieillesse dès le 1er janvier 2005 suite à l'ATF 130 V 369, alors qu'elle avait fait bénéficier M. d'une rente de vieillesse fixée conformément à l'ATF 127 V 259. M. soutient que des prestations d'assurance ne pourraient plus être modifiées une fois le cas d'assurance réalisé et le montant des prestations fixé. Il se prévaut d'un droit acquis aux prestations allouées.

En droit des assurances sociales, un changement de jurisprudence ne peut qu'exceptionnellement conduire à la révocation d'une décision, même si cette décision est assortie d'effets durables (notamment si elle concerne des prestations périodiques). Il faut que la nouvelle jurisprudence ait une telle portée générale qu'il serait contraire au principe de l'égalité de traitement de ne pas l'appliquer dans tous les cas, en particulier en maintenant une ancienne décision pour un seul assuré ou un petit nombre d'assurés. Si cette condition est remplie, la modification n'aura, en règle générale, des effets que pour l'avenir. Cette pratique restrictive vaut en tout cas lorsque l'application d'une jurisprudence nouvelle s'opérerait au détriment du justiciable (ATF 121 V 161 consid. 4a, 119 V 413 consid. 3b et les références). Une institution de prévoyance n'a pas le pouvoir de rendre une décision proprement dite. L'institution de prévoyance doit cependant se conformer aux principes de l'égalité de traitement, de l'interdiction de l'arbitraire, de la proportionnalité et de la protection de la bonne foi. En l'espèce, le TFA a jugé que la Caisse n'a pas violé ces principes. Le TFA considère au contraire que le maintien du montant de la rente de vieillesse sur la base de l'ATF 127 V 259 reviendrait à légitimer plusieurs inégalités de traitement choquantes. En effet, l'ATF 127 V 259 a, sans fondement légal ou réglementaire, amélioré sensiblement la situation d'une catégorie restreinte d'assurés – les bénéficiaires d'une rente d'invalidité ayant atteint l'âge donnant droit à la rente de vieillesse - par rapport à tous les autres assurés pouvant prétendre

une rente de vieillesse. Le maintien de cet arrêt en faveur de quelques assurés aurait engendré une augmentation considérable des coûts et qui, en l'absence de réserves constituées à cette fin par la caisse - en violation du principe d'équivalence (ATF 130 V 375 consid. 6.3) -, aurait dû être financée par les assurés de la génération actuelle - les assurés actifs - et aurait entraîné une baisse significative de leurs propres expectatives à des prestations d'invalidité ou de survivants. Pour ces motifs, le respect du principe de l'égalité de traitement parmi la communauté des assurés doit l'emporter dans le cas particulier sur le principe de la sécurité du droit et l'intérêt du recourant au maintien du montant de sa rente de vieillesse. Justifiée par des motifs sérieux et objectifs, la réduction litigieuse ne peut dès lors être considérée comme arbitraire.

Selon la jurisprudence, la garantie d'un droit acquis au versement d'une rente périodique ne peut porter que sur un droit qui découle d'une disposition légale impérative et dont, par voie de conséquence, le destinataire ne saurait être privé. Cette garantie porte alors sur l'existence et non sur l'ampleur exacte de ce droit que le règlement a pour tâche de fixer. En l'espèce, ni la loi ni les règlements adoptés successivement par la Caisse n'ont jamais conféré à M. un droit à une rente de vieillesse d'un montant équivalent à la rente d'invalidité versée jusqu'à l'âge de la retraite.

Selon le TFA, M. ne pouvait pas non plus se prévaloir du droit à la protection de la bonne foi (art. 9 Cst). En effet, le courrier de X. du 1er juillet 2002 ne pouvait laisser croire à M. que X. s'était engagée, de manière explicite et irrévocable, à lui verser une rente de vieillesse égale à la rente d'invalidité touchée précédemment. Au contraire, la Caisse a clairement exprimé sa volonté de n'être liée par l'ATF 127 V 259 que le temps pour le TFA de revenir sur sa jurisprudence. M. n'a dès lors pas pu être surpris lorsque X. l'a informé que sa rente de vieillesse serait réduite suite à l'ATF 130 V 369. Il s'ensuit que l'assuré ne pouvait se prévaloir d'assurances précises de la part de X. quant à l'octroi d'une rente de vieillesse d'un montant équivalant à la rente d'invalidité versée jusqu'alors. En définitive, le TFA a retenu que la réduction opérée par la Caisse était conforme au droit.

583 Jugement notifié directement à une partie sans passer par son avocat, bonne foi, compétence du tribunal des assurances au sujet d'éventuels avoirs non pris en compte par le juge du divorce

(Référence à l'arrêt du 9 janvier 2007 du TF, II^e^ Cour de droit social, cause Mme X. contre Caisse de retraite P., M. X. et B. Compagnie d'Assurances, ATF 133 V 147 [B 142/05] ; arrêt en français)

(Art. 29 al. 2 Cst, 11 al. 3 PA, 142 CC)

Le Tribunal de première instance de Genève a prononcé le divorce des époux X. et ordonné le partage de leurs prestations de sortie. Les époux étaient tous deux représentés par des avocats. Le Tribunal de première instance a transmis l'affaire au Tribunal cantonal des assurances sociales (TASS) le 21 juin 2005. Appliquant une nouvelle pratique, le TASS s'est alors adressé directement aux parties et non plus à leurs avocats. Le TASS a notifié une première communication aux parties le 21 juin 2005 les informant de l'enregistrement de la procédure au rôle du tribunal.

Comme premier grief, la recourante Mme X. se plaint d'une violation de son droit d'être entendue du fait qu'elle a été privée de la possibilité de se déterminer et de participer à l'administration des preuves par l'intermédiaire de son avocat. Le droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst comprend notamment le droit d'être représenté et assisté en procédure (ATF 119 Ia 261 consid. 6a). Par ailleurs, selon l'art. 11 al. 3 de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA), l'autorité adresse ses communications au mandataire tant que la partie ne révoque pas la procuration. Selon la jurisprudence (arrêt H 201/92 du 17 mai 1993), cette règle, qui exprime un principe général du droit fédéral, vaut aussi pour les autorités judiciaires. La notification à la seule partie représentée est irrégulière (cf. ATF 99 V 182 ; RCC 1991 p. 393 consid. 2a, 1977 p. 170 ss). Demeure toutefois réservé un comportement contraire à la bonne foi de la partie ou de son mandataire (cf. RCC 1991 p. 391).

Selon le TF, la manière de procéder du TASS, qui a modifié sans avertissement une pratique de procédure établie depuis près de deux ans, apparaît certes discutable au regard du principe de la bonne foi. Toutefois, le TF considère que Mme X. n'a pas fait preuve de la diligence requise par les circonstances : en effet, informée de la saisine du TASS en juin 2005, c'est seulement en décembre 2005 (c.-à-d. après la notification du jugement du TASS) qu'elle a réagi et qu'elle s'est plainte que le TASS n'avait pas tenu compte du fait qu'elle était représentée par un avocat. Après avoir pris connaissance de l'avis du TASS du 21 juin 2005, sur lequel ne figurait ni la mention « copie », ni l'indication qu'elle était représentée par un avocat, Mme X. aurait dû s'assurer rapidement, si ce n'est auprès du TASS, du moins auprès de son avocat que celui-ci avait bien été averti de l'ouverture de la procédure de droit administratif. Après avoir reçu la demande d'information du TASS du 18 juillet 2005 (à laquelle elle a répondu personnellement le 10 août 2005), Mme X. aurait dû se renseigner auprès de son mandataire sur la suite à donner à son affaire. Par ailleurs, l'avocat de Mme X. a pris connaissance le 3 octobre 2005 de l'avis de transmission au TASS et a laissé écouler plus de deux mois avant de se renseigner auprès du Tribunal. Par conséquent, compte tenu des règles de la bonne foi qui imposent une limitation à l'invocation de vices de forme, le premier grief de la recourante doit être rejeté.

Comme second grief, Mme X. reproche au TASS d'avoir violé l'art. 142 al. 2 CC en omettant de déterminer d'office le montant précis des avoirs de prévoyance revenant à chacun des époux. Elle soutient que pendant le mariage son ex-conjoint aurait aussi été affilié auprès d'une autre institution de prévoyance que la Caisse de retraite P. et que le TASS aurait dû instruire ce point. Dans un arrêt A. du 3 avril 2006 (B 108/04), le TFA a retenu qu'il n'appartenait pas au juge des assurances sociales de modifier un jugement de divorce sur les points visés par l'art. 142 al. 2 CC. Lorsqu'un des époux découvre après coup qu'une autre prestation de sortie déposée sur un compte de libre passage n'a pas été prise en considération, il doit alors s'adresser au juge du divorce en requérant un complètement ou une modification de son jugement. Toutefois, selon un arrêt R. du 9 mai 2006 (B 118/05), lorsqu'il existe de sérieux indices que l'ex-conjoint a bénéficié d'une autre prestation de sortie qui n'a pas été prise en compte par le jugement de divorce, le juge des assurances sociales doit alors instruire ce point. En l'espèce, le TASS a certes interpellé les ex-conjoints sur l'existence éventuelle d'autres rapports de prévoyance que ceux pris en compte par le juge du divorce. Cependant, comme l'ex-époux a répondu de manière évasive à cette question, le TASS aurait dû se renseigner plus précisément. En définitive, le recours est admis et l'affaire renvoyée au TASS pour complément d'instruction et nouveau jugement.

584 Réduction d'une rente de survivants au conjoint divorcé au bénéfice d'une rente de vieillesse dans le cadre de la prévoyance plus étendue

(Référence à l'arrêt du TFA du 22 décembre 2006 dans la cause caisse de pensions de la Fédération de la Croix-Rouge contre A., B 112/05 ; arrêt en français)

(Art. 19 al. 3 LPP, 20 OPP2)

Le règlement de la caisse de pension recourante contient à son article 46 une réglementation analogue à celle de l'article 20 OPP2. Elle prévoit notamment que le montant annuel de la rente de conjoint divorcé servie est égal à la prestation d'entretien à laquelle était tenu l'ex-conjoint, sous déduction de la rente éventuellement servie par d'autres assurances, en particulier par l'AVS/AI, mais au maximum au montant annuel de la rente de veuve découlant des exigences minima de la LPP (al.3).

L'institution de prévoyance en cause soutient que la disposition litigieuse (al.3) entend plafonner aux seules prestations légales obligatoires la rente annuelle pour survivants servie à l'ex-épouse d'un assuré défunt, ce qui est conforme à la loi et correspond à la réglementation de la plupart des institutions de prévoyance, tandis que l'intimée prétend que les termes «…mais au maximum au montant de la rente de veuve découlant des

exigences minima de la LPP …» se rapporte à la déduction, qui ne peut dépasser le montant de la rente de veuve découlant de la LPP.

Dans ses considérants, le TFA rappelle qu'il a déjà jugé qu'une disposition réglementaire en tout point identique était incontestablement un texte clair, dans la mesure où il disposait que le montant annuel maximum de la pension servie au conjoint divorcé survivant ne devait pas dépasser le montant annuel de la rente de veuve découlant de la LPP, et qu'il n'était pas contraire à la loi, ni aux principes de l'égalité de traitement, de l'interdiction de l'arbitraire ou de la proportionnalité (cf. SZS 2006 p. 361, B 85/04 ; arrêt non publié A. du 21 décembre 2005, B 87/04).

Il ne fait donc aucun doute que la dernière partie de l'art. 46 al. 3 du règlement se rapporte au montant annuel de la rente servie et non à la déduction qu'il est possible d'opérer sur ledit montant, contrairement à ce que soutient l'intimée.

On notera également que la juridiction cantonale écarte, à tort, l'art. 46 al. 3 du règlement en raison de sa non-conformité à la loi. En effet, l'art. 20 al. 2 OPP 2 participe du système de la prévoyance professionnelle obligatoire, en tant qu'il règle les conditions du droit aux prestations de survivant du conjoint divorcé et en définit les modalités, conformément au mandat de l'art. 19 al. 3 LPP. Or, l'art. 20 al. 2 OPP 2 autorise expressément les institutions de prévoyance à descendre en dessous des exigences minimales de la LPP touchant aux rentes de veuve, lorsqu'elles versent une rente de survivant à la femme divorcée de l'assuré décédé et que la somme de celle-ci et d'une éventuelle rente de l'AVS ou de l'AI dépasse le montant de la contribution d'entretien fixée lors du divorce. On notera enfin que le but de l'art. 20 al. 2 OPP 2 est la couverture de la perte de soutien que la femme divorcée subit en raison de la fin du versement de la contribution d'entretien qui découle du décès de son ex-époux (RSAS 1995 p. 139 consid. 3a et les références), ce qui n'a rien de comparable avec la situation d'une personne dont l'époux subvenait aux besoins en vertu du devoir d'assistance et d'entretien entre conjoints.

Il apparaît donc qu'une institution de prévoyance peut réduire ses prestations, même si elles correspondent déjà au minimum légal relatif à une rente de veuve, dans la mesure où la loi le lui permet et qu'il n'appartient pas à une telle institution de contribuer à l'amélioration de la situation financière de la femme divorcée, relativement à la situation régnant avant le décès de l'ex-conjoint.

585 Suppression de rente pour cause de révision dans l'assurance obligatoire

(Référence à l'arrêt du TFA du 28 novembre 2006, cause Fondation collective LPP d'Allianz Suisse Vie contre K., B 25/06, ATF 133 V 67; arrêt en allemand)

(Art. 26 al. 3, LPP)

Dans cette affaire, le TFA avait notamment à se prononcer sur la durée de versement d'une rente d'invalidité, du fait que l'institution de prévoyance avait fait valoir qu'il n'y avait plus invalidité dès lors que l'intimé avait repris une activité lucrative à plein temps. Dans son arrêt, il commence par rappeler que, comme en matière d'AI, la rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle obligatoire doit être adaptée ou supprimée par révision si les circonstances dont dépendait son octroi ont notablement changé (pour ce qui est de la suppression de rente, cette obligation résulte déjà de l'art. 26, al. 3, 1re phrase, LPP). Lorsqu'il s'agit, comme en l'espèce, d'une suppression de rente, l'institution de prévoyance peut reprendre la décision de l'AI. Mais elle peut aussi se déterminer après avoir procédé à sa propre enquête (la question de savoir si les conditions d'une suppression de rente sont remplies s'apprécie par application analogique de l'ancien art. 41 LAI et de l'art. 17, al. 1, LAPG, en corrélation avec l'art. 88a, al. 1, RAI). Ce faisant, l'institution de prévoyance doit en outre appliquer par analogie l'art. 88bis, al. 2, RAI pour fixer la date de la suppression. Au sujet de la let. b de cette disposition, il

convient de préciser que, lors d'une révision effectuée dans le cadre de la prévoyance professionnelle, c'est la violation de l'obligation de renseigner l'institution de prévoyance – et non l'office AI – qui est déterminante. Le TFA a expressément laissée ouverte la question de savoir si l'obligation de la personne assurée d'annoncer à l'institution de prévoyance tous les faits susceptibles d'affecter son droit à prestations résulte directement de la loi ou doit faire l'objet d'une disposition correspondante du règlement de l'institution (en l'espèce, cette obligation était prévue dans le règlement).

586 Le délai de prescription du droit à une rente ne court pas tant qu'il y a surindemnisation

(Référence à l'arrêt du TFA du 16 octobre 2006, cause P. contre caisse de pension GastroSocial, B 54/06 ; arrêt en allemand)

(Art. 26 LPP)

Alors qu'elle était assurée auprès de la caisse de pension GastroSocial, P. subit deux accidents pour les suites desquels elle perçoit, depuis le 1er octobre 1994, une demi-rente de l'assurance-invalidité. De plus, elle a touché de l'assurance-accidents des indemnités journalières jusqu'à fin décembre 2004, puis une rente d'invalidité dès le 1er janvier 2005. A ce moment, P. demanda à GastroSocial de lui allouer une rente d'invalidité du 2e pilier dès le 1er décembre 2004, étant donné qu'il ne pouvait plus y avoir surindemnisation puisque les indemnités journalières avaient été remplacées par une rente LAA plus basse à partir de cette date. GastroSocial rejeta toutefois cette demande, au motif que le droit à la rente était prescrit. Saisi de l'affaire, le tribunal cantonal compétent donna raison à la caisse de pension. P. recourut contre ce jugement auprès du Tribunal fédéral des assurances (TFA).

Dans son arrêt, le TFA constate d'abord que l'art. 41 LPP, valable jusqu'à fin 2004, est applicable en l'espèce. Le délai de dix ans fixé à son al. 1 est un délai de prescription, et non de péremption (contrairement à ce qu'affirme le message relatif à la 1re révision de la LPP). Ce texte renvoie en effet aux art. 129 à 142 CO, qui ne s'appliquent qu'aux délais de prescription.

Une créance est échue lorsque le créancier peut la faire valoir ou en exiger l'exécution, c'est-à-dire en principe dès sa naissance (art. 75 CO). Il n'en est autrement que si un terme est fixé par la loi ou le contrat ou s'il résulte de la nature de l'affaire. Selon la jurisprudence en matière de prévoyance professionnelle, le droit à une prestation prend naissance à la date prévue par la loi ou le règlement. Or, le droit à la rente d'invalidité naît en principe à la fin de la période d'attente prévue à l'art. 29, al. 1, let. b, LAI, disposition à laquelle renvoit l'art. 26, al. 1, LPP.

En l'espèce, nul n'a contesté l'existence du droit de la recourante à une rente d'invalidité du 2e pilier à partir du 1er octobre 1994, ni le fait que, si son versement avait été demandé dès cette date, elle aurait été réduite ou supprimée pour surindemnisation au moins jusqu'en novembre 1999. Aussi le TFA se borne-t-il à examiner la question de savoir si ces circonstances ont pour effet de reporter l'exigibilité de ladite prestation. Sa réponse est affirmative, car il a déjà jugé à plusieurs reprises qu'en cas de surindemnisation, le droit à la rente n'est pas supprimé, mais que le moment où il peut être exercé est simplement différé. Tant que ce moment est ainsi reporté, la rente n'est pas exigible, car le droit à cette prestation n'a pas encore pris naissance. En conséquence, le délai de prescription du droit de la recourante à sa rente du 2e pilier ne pouvait pas commencer à courir avant novembre 1999 (art. 131, al. 1, CO). Le TFA admet donc le recours.

571 Prescription de l'action en restitution, actes interruptifs et institution de droit public

(Référence à l'arrêt du TFA du 16 octobre 2006, cause Caisse fédérale de pensions Publica contre B., B 55/05 ; arrêt en français)

(Art. 41 LPP, 67 et 135 CO)

La question litigieuse est de savoir quels sont les actes susceptibles d'interrompre la prescription en ce qui concerne la créance en restitution de la Caisse fédérale de pensions contre l'assuré B. en raison de prestations perçues en trop, étant en présence d'un cas de surindemnisation. En effet, le Tribunal administratif du canton de Berne a retenu que seuls les actes énumérés par l'art. 135 CO entrent en considération, tandis que la caisse recourante prétend que son statut d'institution de prévoyance de droit public lui permettrait d'invoquer d'autres actes que ceux mentionnés par ce même article.

En l'espèce, l'art. 35a LPP, entré en vigueur le 1er janvier 2005, n'est pas applicable, de sorte que l'obligation de restituer des prestations versées à tort est régie, à défaut de norme statutaire ou réglementaire, par les art. 62 ss CO tant pour la prévoyance professionnelle obligatoire que la prévoyance plus étendue. Dans la présente affaire, le TFA a retenu qu'aucune norme statutaire ou règlementaire ne règle la prescription de la créance en restitution : en effet, l'art. 11 al. 4 des Statuts de la caisse recourante, qui a une teneur similaire à celle de l'art. 41 al. 1 LPP (devenu, dès le 1er janvier 2005, l'art. 41 al. 2 LPP) vise uniquement la prescription des actions en recouvrement de créances portant sur des cotisations ou des prestations et non celle de la restitution de prestations versées à tort. Par conséquent, il y a lieu d'appliquer l'art. 67 al. 1 CO dans le cas d'espèce. En l'occurrence, le TFA a considéré que la caisse a eu une connaissance effective de son droit à répétition au plus tard le 1er septembre 1999, date à laquelle elle a communiqué à B. qu'elle lui verserait dès cette date une rente réduite pour cause de surindemnisation. Le délai de prescription annale a donc commencé à courir le 1er septembre 1999.

En matière de prévoyance professionnelle, les institutions de prévoyance ne sont pas habilitées à rendre des décisions à l'égard de leurs affiliés. Elles doivent - comme les ayants droit ou les employeurs – faire valoir leurs droits par voie d'action (ATF 115 V 229 consid. 2) et sont, sous cet angle, soumises aux mêmes exigences que les créanciers de droit privé, notamment en ce qui concerne l'action en restitution qui est régie par les règles du droit civil (art. 62 ss CO). De plus, l'art. 41 al. 1 LPP renvoie explicitement aux art. 129 et 142 CO. Par conséquent, l'énumération exhaustive des actes interruptifs du créancier selon l'art. 135 ch. 2 CO (arrêt B 53/06 du 18 août 2006, consid. 5.2) s'impose aussi à l'égard des institutions de droit public. Il n'y a donc pas de place pour une réglementation plus large en matière d'interruption de la prescription, qu'il s'agisse d'une action en recouvrement de créances ou de cotisations ou, comme en l'espèce, d'une demande en restitution de prestations versées indûment. Par conséquent, le courrier du 1er janvier 2000 par lequel la caisse recourante a exigé de l'assuré B. la restitution des prestations versées en trop n'a pas interrompu le délai de prescription. La prétention en restitution des prestations était donc déjà prescrite lorsque la caisse recourante a déposé sa demande reconventionnelle auprès du Tribunal administratif le 13 septembre 2002.

572 Divorce et refus du partage des prestations de sortie

(Référence à l'arrêt du TF du 27 octobre 2006, cause Dame X. contre X., 5C.176/2006 ; arrêt en français)

(Art. 122 et 123 al. 2 CC)

Les prestations de sortie de la prévoyance professionnelle doivent en principe être partagées par moitié entre les époux en l'absence de survenance d'un cas de prévoyance d'après l'art. 122 CC. Par la survenance d'un

cas de prévoyance, il faut entendre la naissance d'un droit concret à des prestations de la prévoyance professionnelle, qui rend impossible le partage des avoirs de prévoyance. Ainsi, la survenance de l'âge de la retraite ou du droit à des prestations d'invalidité d'un conjoint qui n'a jamais travaillé ou qui n'a jamais été affilié à la prévoyance professionnelle, dans la mesure où il n'entraîne aucun droit à des prestations d'une institution de prévoyance, permet encore le partage des avoirs de la prévoyance professionnelle de l'autre conjoint en sa faveur (arrêt du TFA, B 19/03 du 30 janvier 2004, consid. 5, résumé dans la RSAS 2004 p. 572 et dans le Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 74 ch. 440). En l'espèce, aucun cas de prévoyance n'est réalisé, puisque l'épouse est rentière AI, que son invalidité est antérieure au mariage et qu'elle n'a pas acquis de prétentions en matière de prévoyance professionnelle durant le mariage.

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. Seules des circonstances économiques postérieures au divorce peuvent justifier le refus du partage, circonstances que le juge doit apprécier en appliquant les règles du droit et de l'équité (ATF 129 III 577 consid. 4.2.1 et 4.2.2 p. 578). En l'espèce, le refus du partage n'apparaît pas manifestement inéquitable, puisque le mari n'a pas de fortune et qu'à sa retraite, sa rente (1'534 francs par mois au total avec l'AVS et la LPP) sera inférieure à la rente AI de l'épouse (1'823 francs par mois), qui continuera d'être versée à celle-ci après l'âge de la retraite.

573 Prescription de l'action en restitution, actes interruptifs et citation en conciliation devant un juge incompétent à raison de la matière

(Référence à l'arrêt du TFA du 18 août 2006, cause N. contre Caisse de pension de X., B 53/06 ; arrêt en français)

(Art. 41 LPP, 67 et 135 CO)

La Caisse de pension de X. a transféré en faveur de N. un montant de 903'998 francs sur un compte de libre passage auprès de la Fondation de libre passage de X., suite au licenciement de N. La Fondation de libre passage de X. a ensuite octroyé à N. un versement anticipé pour le logement de 500'000 francs en janvier 2001, puis un montant de 412'760 francs à titre de prestations de vieillesse en capital en octobre 2002. Le 1er mars 2001, la Caisse de pension a écrit à N. que le montant qui avait été transféré dans la Fondation de libre passage serait trop élevé. Le 13 juin 2001, la Caisse de pension a indiqué à N. qu'elle lui aurait versé en trop une somme de 54'096 francs. Le 17 août 2001, la Caisse de pension a cité N. en conciliation devant le juge de la commune valaisanne Y. Les parties n'ont pas comparu devant le juge conciliateur. Le 10 juillet 2002, la Caisse de pension a cité une seconde fois N. à comparaître en conciliation devant le même juge. De nouveau, N. a répondu à la Caisse qu'il ne viendrait pas à la séance de conciliation. Le 2 juillet 2003, la Caisse de pension a ouvert une action en paiement contre N. devant le Tribunal des assurances du canton du Valais. N. a conclu au rejet de la demande en soulevant notamment l'exception de prescription. Le Tribunal cantonal a admis l'action de la Caisse de pension. N. a alors recouru devant le TFA.

L'art. 35a LPP relatif à la restitution des prestations, entré en vigueur le 1er janvier 2005, n'est pas applicable en l'espèce. Selon la jurisprudence antérieure à cette date, l'obligation de restituer des prestations de la prévoyance professionnelle versées à tort est régie par les art. 62 ss CO pour la prévoyance obligatoire et plus étendue, à défaut de normes statutaires ou réglementaires (ATF 130 V 417 consid. 2, 128 V 50, 128 V 236). En vertu de l'art. 67 al. 1 CO, l'action pour cause d'enrichissement illégitime se prescrit par un an du jour où la partie lésée a eu connaissance de son droit de répétition, et, dans tous les cas, par dix ans dès la naissance de ce droit. Selon le Tribunal cantonal, la Caisse de pension a eu connaissance de son erreur en mars 2001,

lorsqu'elle a interpellé pour la première fois le recourant à ce sujet. La question est de savoir si la prescription a été valablement interrompue entre cette date et celle de l'ouverture de l'action. Dès lors que l'obligation de restituer est soumise aux règles du droit civil (art. 62 ss CO), il convient d'appliquer ces dispositions dans leur contexte juridique, avec leurs avantages et inconvénients respectifs, pour l'enrichi et le lésé, sans en dénaturer le sens et la portée, quand bien même elles s'incorporent dans un système régi en partie par le droit public (ATF 130 V 418 consid. 3.2). De plus, l'art. 41 al. 2 LPP renvoie explicitement aux art. 129 à 142 CO. Selon l'art. 135 ch. 2 CO, la prescription est interrompue lorsque le créancier fait valoir ses droits par des poursuites, par une action ou une exception devant un tribunal ou des arbitres, par une intervention dans une faillite ou par une citation en conciliation. Cette liste des actes interruptifs du créancier est exhaustive. La requête en conciliation doit toutefois être adressée devant le juge conciliateur compétent à raison du lieu et à raison de la matière. La loi valaisanne sur la procédure et la juridiction administrative (LPJA) ne prévoit pas de procédure de conciliation devant le juge de commune, qui est réservée aux contestations de droit civil. Le juge de la commune Y. n'était donc pas compétent à raison de la matière pour connaître des requêtes en conciliation notifiées par la Caisse de pension. Les requêtes en conciliation déposées devant un juge incompétent à raison de la matière ne pouvaient donc pas interrompre valablement la prescription. En définitive, l'action en restitution de la Caisse de pension contre N. est prescrite et le recours de ce dernier s'avère bien fondé.

574 Modification de l'ordre des bénéficiaires fixé par le règlement

(Référence à l'arrêt du TFA du 19 octobre 2006, cause S. contre Winterthur-Columna, fondation pour la prévoyance professionnelle, B 117/05 ; arrêt en allemand)

Né en 1948, B. était employé par l'association X. depuis 1999 et, à ce titre, affilié à la Winterthur-Columna, fondation pour la prévoyance professionnelle (ci-après « fondation »). Le 1er décembre 2000, il a demandé que l'ordre des bénéficiaires soit modifié en faveur de sa compagne K. Il est décédé le 20 décembre 2000 des suites d'une grave maladie, laissant après lui, outre son épouse S., dont il était judiciairement séparé depuis 1983, le fils de celle-ci, D., né en 1968 et qu'il avait adopté, ainsi que son propre fils M., né en 1989. Sur préavis émis le 15 décembre 2000 par la commission de la prévoyance professionnelle du personnel de X. (ci-après « commission »), qui appuyait sans réserve cette demande, la fondation versa à K. un capital-décès de 154 543 francs. Auparavant, la veuve S. avait également fait valoir un droit à cette prestation. Après que la fondation eut confirmé sa position, S. intenta contre elle une action.

La recourante fait valoir que les conditions de fond d'une modification de l'ordre des bénéficiaires ne sont pas remplies parce qu'à l'époque considérée, la bénéficiaire n'était pas soutenue de manière régulière et importante par l'assuré. Cette exigence figure dans le règlement et a été concrétisée par la jurisprudence.

Si un salarié entend fixer un ordre des bénéficiaires spécial, il peut – à l'intérieur des groupes de personnes prévus par le règlement – désigner plus précisément les bénéficiaires et déterminer l'ampleur de leurs droits, pour autant que le but de prévoyance soit ainsi mieux pris en compte.

Or, le but de la prévoyance professionnelle consiste à protéger les salariés et leurs survivants contre les conséquences économiques des pertes de revenus dues à la vieillesse, au décès ou à une incapacité de gain. De là vient que tout avantage accordé à des groupes de personnes mentionnés dans le règlement n'est admissible que si, à l'époque de sa mort, l'assuré était le soutien de la personne avantagée. Tel est le cas lorsque, sur le plan financier, le mode de vie habituel de la personne qui était soutenue jusqu'alors est menacé de subir un important préjudice par suite du décès de l'assuré. Ce préjudice se mesure essentiellement au regard de la situation économique de l'assuré, éventuellement aussi de celle du bénéficiaire.

Au vu de la situation économique de l'épouse et de la concubine de B. après son décès, la modification de l'ordre des bénéficiaires en faveur de celle-ci – qui est aussi la mère de leur fils commun M., né en 1989 –

correspond en principe mieux au but de prévoyance. En ce qui concerne l'autre condition de validité d'une telle modification, à savoir que l'assuré doit avoir soutenu la personne bénéficiaire de manière importante, il faut certes reconnaître que la situation économique de K. était difficile, tant avant qu'après le décès de B. Mais, dans l'ensemble, il n'est pas prouvé, ni ne peut l'être, qu'au moment de son décès, B. était le soutien de K. et que, du point de vue financier, le mode de vie habituel de celle-ci était menacé de subir un important préjudice. Dès lors que ces preuves ne sont pas établies, il faut s'en tenir à l'ordre des bénéficiaires fixé par le règlement, qui donne la priorité à l'épouse. De sorte que l'intimée, qui avait versé le capital-décès à K. tout en sachant que son attribution était contestée, sera finalement tenue à prestation envers la veuve de B. Selon l'ordre réglementaire, l'ayant droit est d'abord et exclusivement le conjoint survivant. Aucun indice ne permet d'établir que B. aurait voulu modifier cet ordre en faveur de son fils M.

Compte tenu de cet état de fait, la question peut rester ouverte (comme dans l'ATF 131 V 31 ss., cons. 5 et 6, avec renvois) de savoir si l'expression « soutenir dans une mesure importante » figurant dans le règlement exige que l'assuré ait subvenu à plus de la moitié des besoins de la personne bénéficiaire ou s'il suffit qu'il ait contribué davantage aux frais d'entretien communs que la personne avec laquelle il vivait en ménage, car aucune des deux éventualités ne se présente en l'espèce. Le recours de droit administratif est donc admis en ce sens que le jugement attaqué est annulé et que la fondation est condamnée à verser à S. la somme de 154 543 francs, assortie d'un intérêt moratoire de 5 % à compter du 15 mars 2001.

575 Voies de droit en cas de litige concernant un contrat de reprise d'effectif éventuellement entaché d'erreurs mais approuvé avec force de chose jugée par l'autorité de surveillance

(Référence à l'arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 14 novembre 2006, cause fondation de prévoyance de P. contre caisse de pension A., B 114/05 ; arrêt en allemand)

(Art. 61, 73 et 74 LPP)

A la suite d'une reprise d'entreprise, le personnel de A. SA et les rentiers de la caisse de pension A. sont passés, sur la base d'un contrat de reprise d'effectif, dans la fondation de prévoyance de P. le 1er janvier 2002. Ledit contrat fixait en particulier le montant du capital de couverture à transférer de la caisse A. à la fondation de P. pour les prestations réglementaires dues aux assurés actifs repris et aux rentiers, dont 175 428 francs pour M., bénéficiaire d'une rente d'invalidité. Le contrat avait été approuvé par l'autorité cantonale de surveillance compétente.

En 2004, la fondation de P. fit valoir auprès de la caisse A. qu'à son avis, le capital de couverture prévu pour M. avait été nettement sous-évalué. Les deux institutions ne parvenant pas à s'entendre, la fondation de P. intenta en janvier 2005, auprès du tribunal cantonal compétent selon l'art. 73 LPP, une action demandant que la caisse A. lui verse, au titre du capital de couverture en faveur de M., un complément de 234 112 francs, assorti d'un intérêt de 5 % à compter du 1er janvier 2002. Subsidiairement, elle demandait que le contrat de reprise d'effectif soit déclaré non obligatoire pour ce qui est du transfert de M. Le 29 juin 2005, le tribunal prit une décision d'irrecevabilité par laquelle il se déclarait matériellement incompétent. La fondation de P. attaqua cette décision par un recours de droit administratif au TFA, demandant que le tribunal cantonal soit reconnu matériellement compétent et que l'affaire lui soit renvoyée pour être jugée au fond.

Vu que le tribunal cantonal avait été saisi le 20 janvier 2005, le TFA commence par constater que les modifications introduites par la 1re révision de la LPP et entrées en vigueur le 1er janvier 2005 doivent être prises en considération.

Le TFA expose ensuite les dispositions légales pertinentes (art. 73, al. 1 et 4, art. 61, al. 1, et art. 74, al. 1, let. a, et al. 4, LPP) et confirme – dans la mesure où elle est applicable en l'espèce – la jurisprudence antérieure

concernant l'art. 73 LPP (jurisprudence relative à l'application de cette disposition aux assurances obligatoire, pré-obligatoire, sous-obligatoire et sur-obligatoire gérées par des institutions enregistrées de droit privé ou public, que les prestations ressortissent au droit public ou privé). Selon ces sources, l'accès à la juridiction cantonale prévue à l'art. 73 LPP n'est possible, en particulier, que si le litige porte sur la prévoyance professionnelle au sens étroit ou large et n'est pas de la compétence des autorités de surveillance désignées aux art. 61 ss. LPP.

Les litiges portant, comme en l'espèce, sur le capital de couverture relèvent du droit de la prévoyance professionnelle. C'est pourquoi ils doivent être tranchés par les autorités (tribunaux et autorités de surveillance) compétentes dans ce domaine spécifique, et non par les tribunaux civils ordinaires.

Cela posé, le TFA a examiné si la décision doit être prise par le tribunal désigné à l'art. 73 LPP ou par l'autorité de surveillance au sens des art. 61 ss. LPP. Les deux voies sont en principe strictement distinctes, en ce sens que la compétence du tribunal exclut celle de l'autorité de surveillance et inversement. Mais on peut imaginer des circonstances relevant du droit de la prévoyance professionnelle où chacun des deux organes est appelé à trancher une partie des questions juridiques qui se posent. Dans un arrêt du 14 novembre 2003 (B 53/03), le TFA avait admis que le tribunal était compétent pour connaître d'un litige portant sur le point de savoir si une personne satisfait aux critères mentionnés dans le plan de répartition approuvé par l'autorité de surveillance lors de la liquidation totale ou partielle d'une institution de prévoyance. C'est à cet arrêt que s'est référée la recourante pour étayer sa demande.

L'argumentation développée dans cet arrêt n'est toutefois pas transposable au cas présent, où il ne s'agit pas de l'exécution d'un plan de répartition dont le contenu est incontesté, mais bien de la question de savoir si un contrat de reprise d'effectif approuvé par l'autorité de surveillance contient une erreur (en l'occurrence dans le calcul du capital de couverture pour un bénéficiaire de rente d'invalidité). Il ne s'agit pas d'interpréter ou d'exécuter ledit contrat, mais d'examiner s'il y a lieu, en raison de cette erreur, de prendre une décision qui s'en écarte, contredisant ainsi l'acte d'approbation. Cette tâche est de la compétence de l'autorité de surveillance, à laquelle il appartiendra de déterminer, par la voie du réexamen ou dans le cadre d'une procédure de révision, si elle doit revenir sur sa décision d'approbation (déjà entrée en force). C'est donc à bon droit que le tribunal cantonal a pris sa décision d'irrecevabilité.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 95

565 Suspension de la rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle pendant l'exécution d'une peine/compensation des montants touchés en trop par les rentes dues à l'avenir

(Référence à l'arrêt du TFA du 31 août 2006, cause Fondation de prévoyance de X. SA contre K., B 63/05, arrêt en allemand)

(Art. 21, al. 5, LPGA et art. 35a LPP, respectivement art. 62 ss et 120 ss CO)

K. touchait depuis le 1er juin 1996 une rente d'invalidité entière de la prévoyance professionnelle obligatoire de la fondation de prévoyance de X. SA. Du 22 mai 2000 au 31 mars 2002, il a purgé une peine privative de liberté, ce qui a conduit l'AI à suspendre le paiement de sa rente pendant cette période. Après avoir commencé par continuer de payer la rente, P., en sa qualité de réassureur pour la fondation de prévoyance de X. SA, a également suspendu ses paiements dès le 1er janvier 2002 et a communiqué à K. qu'il allait compenser les montants versés en trop par les rentes dues dès le 1er avril 2002.

Par la suite, K., représenté par le service social de Trimbach, a agi contre la fondation de prévoyance de X. SA devant le Tribunal des assurances du canton d'Argovie en concluant principalement à ce que la rente lui soit

versée sans suspension et subsidiairement à ce que la compensation soit admise seulement dans une proportion ne touchant pas son minimum vital. Le Tribunal des assurances a admis les conclusions principales de K. et a condamné la défenderesse au paiement des prestations légales et réglementaires également pour la durée de l'exécution de la peine. La fondation de prévoyance de X. SA a interjeté un recours de droit administratif contre ce jugement.

Le Tribunal fédéral des assurances a commencé par examiner si la rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle pouvait être suspendue pendant l'exécution d'une peine privative de liberté. Il n'y a aucune prescription sur la suspension éventuelle des rentes pendant l'exécution d'une peine ni dans la LPP ni dans le règlement de la recourante. Quant à l'art. 21, al. 5, LPGA, qui prévoit la possibilité d'une suspension des prestations pendant l'exécution d'une mesure, il n'est pas applicable parce que la LPGA entrée en vigueur le 1er janvier 2003 ne s'applique en principe pas au domaine de la prévoyance professionnelle et qu'au surplus, les faits du cas d'espèce se sont produits avant l'entrée en vigueur de la LPGA. Cependant, au vu de la jurisprudence de l'ATF 113 V 273, antérieure à l'entrée en vigueur de la LPGA, la rente d'invalidité du domaine de la prévoyance professionnelle peut elle aussi être suspendue car l'argumentation de l'ancienne jurisprudence selon laquelle le détenu invalide – également en comparaison avec les détenus non invalides – n'est pas censé tirer un avantage économique de l'exécution d'une peine est valable de la même manière pour les rentes d'invalidité du 1er et du 2e pilier. L'élément déterminant est qu'une personne condamnée soit empêchée d'exercer une activité lucrative en raison de l'exécution de sa peine. C'est uniquement dans la mesure où le mode d'exécution de la peine offre la possibilité d'exercer une activité lucrative qu'il n'est pas opportun de suspendre le droit du détenu invalide à sa rente car, dans cette hypothèse, celui-ci n'est empêché d'exercer une activité lucrative que pour des motifs de santé.

Le TFA a ensuite examiné la question de l'admissibilité et de l'ampleur de la demande en remboursement par compensation. Comme les faits se sont produits avant l'entrée en vigueur de l'art. 35a LPP, le remboursement de prestations doit intervenir en premier lieu selon le règlement applicable et subsidiairement selon les prescriptions sur l'enrichissement illégitime (art. 62 ss CO). Dans la mesure où le règlement de la recourante prévoit expressément un remboursement des prestations payées en trop, où la créance de l'intimé en paiement de la rente et celle de la recourante en remboursement des rentes payées en trop sont de même espèce au sens de l'art. 120, al. 1, CO et où la créance en remboursement n'était pas prescrite au moment de la compensation, la demande de remboursement par compensation était admissible.

Cependant, l'ampleur de la compensation n'était pas admissible car, selon une jurisprudence constante, les institutions des assurances sociales n'ont le droit de compenser leurs créances par des prestations d'assurance que dans une mesure qui ne touche pas au minimum vital de la personne assurée. La recourante a compensé sa créance en remboursement par les prestations sous forme de rente à nouveau dues après l'exécution de la peine sans égard au minimum vital à telle enseigne que l'intimé s'est retrouvé dans le besoin et a dû recourir à l'aide sociale. Le recours de droit administratif est ainsi admis dans le sens où le jugement de l'instance inférieure est annulé et où la cause est renvoyée au Tribunal des assurances du canton d'Argovie pour nouveau jugement au sens des considérants après un complément d'instruction

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 94

554 Compensation de prétentions en rentes par une créance en dommages-intérêts

(Référence à l'arrêt du TFA du 12 juin 2006, cause X. contre Caisse de pension d'Ascoop, B 99/05 ; arrêt en allemand)

(Art. 52 LPP, art. 53, let. e, OPP 2, art. 120 CO)

Le recourant était du 7 juin 1996 au 6 février 2002 vice-président de la coopérative Ascoop ainsi que de son institution de prévoyance où il était coresponsable notamment de la stratégie de placement et revêtait la qualité d'organe formel (voir art. 51 LPP).

Si est seule litigieuse la créance basée sur l'art. 52 LPP invoquée à titre de compensation (quant à son existence, et quant à l'admissibilité de l'invocation de la compensation), le litige ne concerne pas des prestations d'assurance, ce qui a pour conséquence que la procédure n'est pas gratuite (art. 134 OJ a contrario ; art. 135 en corrélation avec l'art. 156 OJ) et que le Tribunal fédéral des assurances ne dispose que d'un pouvoir de cognition restreint (art. 132 en corrélation avec l'art. 104, let. a et b, ainsi qu'avec l'art. 105, al. 2, OJ).

Selon l'art 52 LPP (dans sa teneur applicable en l'espèce, soit celle en vigueur jusqu'au 31 décembre 2004), toutes les personnes chargées de l'administration, de la gestion ou du contrôle de l'institution de prévoyance répondent du dommage qu'elles lui causent intentionnellement ou par négligence. Cette norme de responsabilité, dont le champ d'application s'étend à la prévoyance plus étendue (art. 49, al. 2, LPP ; art. 89bis, al. 6, CC), est applicable indépendamment de la forme juridique de l'institution de prévoyance (art. 48, al. 2, LPP). Elle accorde à l'institution de prévoyance lésée une prétention directe à l'encontre des catégories décrites plus précisément des personnes responsables. En font partie notamment les organes de l'institution de prévoyance alors que la qualité d'organe, comme dans le cadre de la prescription en responsabilité de l'art. 52 LAVS, peut également être seulement de fait. En plus de l'appartenance aux catégories des personnes mentionnées à l'art. 52 LPP, la responsabilité relative aux droits patrimoniaux suppose en outre, cumulativement, la survenance d'un dommage, l'illicéité, la faute et un lien de causalité.

Le dommage subi par l'intimée est dû au fait qu'elle n'a pas pu vendre 24 400 actions de la société Y. comme cela avait été convenu par contrat le 22 décembre 2000 au prix de 12,50 dollars US la pièce, mais qu'elle en a retiré le 30 mars 2005 seulement 3,50 dollars US la pièce. Ce dommage a été chiffré par l'instance inférieure, après conversion, à 401 624 francs.

L'illicéité, comme autre condition de la responsabilité, est donnée lorsque sont violés les devoirs résultant de la loi et des ordonnances, de l'acte de fondation et des règlements, des décisions du conseil de fondation, d'un rapport contractuel ainsi que des directives des autorités de surveillance, y compris le devoir général de diligence. Dans le domaine du placement de la fortune, il y a illicéité en premier lieu en cas de violation des prescriptions légales et réglementaires sur le placement.

Les titres de la société Y. ont été retirés de la Bourse en été 1999, ce qui a eu pour effet que le placement opéré par l'intimée ne remplissait plus les conditions de l'art. 53, let. e in fine, OPP 2. Dans cette situation claire aussi bien au niveau des faits qu'au niveau du droit, le recourant a déjà agi contrairement au droit en ce que, à concurrence des 24 400 actions qu'il a voulu vendre personnellement, il n'a pas aidé à liquider une participation de l'intimée devenue contraire aux prescriptions.

En ce qui concerne la faute, il suffit d'une négligence légère dans le cadre de l'art. 52 LPP. Une telle négligence existe dans la violation minime de la diligence requise, c'est-à-dire lorsqu'il y a écart par rapport au degré de diligence qu'observerait un membre du conseil de fondation consciencieux et compétent dans une situation comparable dans l'exécution des tâches qui lui sont confiées. Ce qui doit être considéré comme une négligence (grave ou légère) doit être clarifié dans les cas d'espèce selon l'appréciation du juge ; la réponse à la question se base sur un jugement de valeur.

En l'espèce, on ne saurait toutefois en aucune façon parler d'une négligence légère. Il y a eu au contraire un acte gravement contraire aux obligations du recourant dans la mesure où celui-ci, en tant qu'organe formel de l'intimée et membre du conseil d'administration de la société Y., a vendu des actions de la société Y. qu'il détenait personnellement en vue de financer un logement privé et où, ce faisant, il a manifestement agi

gravement à l'encontre des intérêts objectifs de l'intimée. Entre le dommage survenu et le comportement contraire aux devoirs du recourant, il y a un lien de causalité adéquate (sur la notion : ATF 125 V 461 cons. 5a avec les références données).

En résumé, il s'agit de retenir que la créance en responsabilité selon l'art. 52 LPP, que fait valoir la Caisse de pension en compensation de la prétention – échue, à juste titre non litigieuse – en prestations de vieillesse, est établie. La compensation est admissible (art. 120 CO). Une exclusion (art. 39, al. 2, LPP a contrario) n'entre pas en ligne de compte parce qu'à la différence de la créance en transfert des moyens de prévoyance (prestation de sortie), la créance en prestations de vieillesse faisant l'objet de la demande ne concerne pas le maintien de la prévoyance (ce qui, selon la jurisprudence, entraîne une interdiction de la compensation : ATF 132 V 127). Selon les éléments composant le dossier, la limite de la compensation posée par le minimum vital n'est pas touchée (B 52/98).

555 Taux d'intérêt nul dans la prévoyance professionnelle surobligatoire / Interprétation du règlement

(Référence à l'arrêt du TFA du 28 avril 2006,cause Fondation de prévoyance en faveur du personnel de la Banque X. contre N ; B 61/05 ; arrêt en allemand)

(art. 15 LFLP, art. 12 OPP 2)

Dans le cadre du calcul de la prestation de sortie se fondant sur l'art. 15 LFLP (en corrélation avec le ch. 4.5.2, al. 1, du règlement de la Fondation de prévoyance en faveur du personnel), il y a désaccord entre les parties sur la question de savoir comment rémunérer l'avoir d'épargne surobligatoire (au 1er janvier 2001 : 948 123 francs) du 1er janvier 2001 au 31 décembre 2002 (date de la sortie de l'institution de prévoyance). Alors que, selon l'opinion de l'institution de prévoyance recourante, aucun intérêt n'est dû pendant les années en cause, l'intimé, comme l'instance inférieure, préconise l'application du taux minimal LPP fixé par le Conseil fédéral, alors de 4 %, ce qui aboutirait à un produit des intérêts de 77 990 francs (37 925 francs en 2001 et 40 065 francs en 2002).

En ce qui concerne la partie obligatoire de l'avoir de vieillesse, l'art. 15, al. 2, LPP (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002 et applicable dans le cas présent) prévoit que le Conseil fédéral fixe le taux d'intérêt minimal en fonction des possibilités de placement. Celui-ci s'est élevé en 2001 et 2002 à 4 % (art. 12 OPP 2, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002 et applicable dans le cas présent). Conformément au ch. 5.1.2 du règlement, le taux d'intérêt sur l'avoir de vieillesse minimal selon la LPP correspond au minimum au taux d'intérêt LPP prescrit par le Conseil fédéral.

La LPP ne règle pas la manière dont doit être rémunérée la partie des bonifications de vieillesse à imputer au domaine plus étendu de la prévoyance professionnelle. En particulier, elle ne prescrit pas le taux d'intérêt minimal selon l'art. 15, al. 2, LPP pour ce domaine (art. 49, al. 2, LPP) de sorte que les institutions de prévoyance, dans les limites constitutionnelles, sont libres de décider de la rémunération dans leurs règlements et de prévoir par exemple une rémunération des bonifications de vieillesse correspondantes inférieure au taux d'intérêt minimal. La question du contenu et de l'interprétation du règlement de prévoyance est ainsi posée.

Le règlement, en tant que contenu préformulé du contrat de prévoyance (qui doit être classé dans les contrats innommés selon la dogmatique du droit : ATF 131 V 28), doit être interprété selon le principe de la confiance, les particularités inhérentes aux conditions générales devant cependant être observées, comme en particulier les règles dites du douteou de l'insolite. S'il résulte de l'interprétation qu'une norme réglementaire ne prévoit aucun règlement pour un problème surgi entre les parties, la réglementation contractuelle doit être complétée par le tribunal. En l'absence de normes légales dispositives, ce dernier ne peut que déterminer ce que les parties auraient dû convenir en toute bonne foi si elles avaient tenu compte du point non réglé. En l'occurrence,

le tribunal doit se laisser guider par le caractère et le but du contrat et tenir compte de toutes les circonstances du cas. Ces principes s'appliquent également pour compléter les contrats innommés et les contrats mixtes. Les principes actuariels et mathématiques sont également importants pour l'interprétation des règlements de prévoyance.

Le ch. 6.1, 1re et 2e phrases, du règlement dit ce qui suit :

Lorsque le règlement ne prévoit aucune disposition, les autres prescriptions de la prévoyance professionnelle s'appliquent (LPP, CO, LFLP, ordonnances, etc.). Dans les autres cas, le conseil de fondation édicte une règle correspondant au but de la fondation et à l'objectif de la prévoyance.

L'intimé est d'avis que, selon la 1re phrase de cette disposition, le taux d'intérêt minimal prévu à l'art. 12 OPP 2 s'applique également au domaine surobligatoire, le règlement ne contenant aucune disposition propre sur la rémunération du capital d'épargne surobligatoire. A l'inverse, la recourante part de l'idée que, selon la 2e phrase, le conseil de fondation peut fixer le taux de l'intérêt, puisque le ch. 5.1.2 implique un silence qualifié sur cette question. Le ch. 5 du règlement régit le financement des prestations, le ch. 5.1.2, les bonifications de vieillesse. Les al. 1-3 régissent les bonifications de vieillesse annuelles ; l'al. 4 dit ensuite : L'intérêt sur l'avoir de vieillesse minimal selon la LPP correspond au minimum au taux d'intérêt LPP prescrit par le Conseil fédéral.

Cette disposition – vu la clarté de son libellé – ne s'applique qu'à l'avoir minimal de vieillesse selon la LPP, c'est-à-dire pour le domaine obligatoire. C'est d'autant plus frappant que le règlement ne fait en général pas de distinction entre le domaine obligatoire et le domaine surobligatoire. Il faut donc partir de l'idée que le règlement voulait limiter sciemment l'application du taux d'intérêt minimal LPP au domaine obligatoire. Il serait donc contradictoire d'appliquer le taux d'intérêt minimal LPP également au domaine surobligatoire, par le biais du ch. 6.1, 1re phrase. C'est pourquoi il faut admettre avec la recourante que le ch. 5.1.2 , al. 4, en ce qui concerne la rémunération de la partie surobligatoire, comporte un silence qualifié et que pour cette raison, la disposition de l'art. 12 OPP 2 ne s'applique pas au ch. 6.1, 1re phrase, mais que, selon le ch. 6.1, 2e phrase , le conseil de fondation fixe la rémunération.

Avec la recourante, il faut partir de l'idée que la rémunération qui est versée sur le capital d'épargne surobligatoire peut être adaptée à la situation financière de la caisse et doit l'être dans l'intérêt d'une garantie durable du but de la prévoyance. Car, dans le cas d'une institution de prévoyance, les dépenses et les recettes doivent en principe s'équilibrer. C'est pourquoi, économiquement, des intérêts ne peuvent être versés que si la situation sur le marché des capitaux permet d'obtenir un produit de la fortune, à moins que d'autres recettes supplémentaires soient trouvées ou que les intérêts puissent être financés à partir de fonds libres.

556 Répartition d'une prestation de libre passage en cas de décès d'un assuré à demi-invalide

(Référence à l'arrêt du TFA du 2 juin 2006 en la cause OFAS contre Cassa pensione dei dipendenti dello Stato del Cantone Ticino ; B 13/05 ; arrêt en langue italienne)

(Art. 14 OPP2)

L'assuré, au bénéfice d'une demi-rente d'invalidité, est décédé après qu'il ait quitté la caisse de pensions. La caisse a traité la part active restante comme prestation de libre passage. L'intéressé a laissé une veuve et deux enfants, plus deux autres enfants nés d'un second lit. La veuve et ses enfants ont bénéficié d'une rente de veuve calculée sur la base de la demi-rente d'invalidité ainsi qu'une part leur revenant de la prestation de libre passage.

De son côté, l'OFAS a émis l'avis que le décès pouvait être considéré comme une aggravation du cas d'invalidité et que la caisse aurait dû procéder non pas au versement de la part de libre passage, mais aurait dû appliquer

par analogie la jurisprudence en matière d'aggravation de l'invalidité et verser une prestation fondée sur une rente entière d'invalidité. Subsidiairement, l'Office a conclu que si le lien de causalité était nié, le partage de la prestation de libre passage devait être effectué non pas selon le règlement de la caisse, mais selon celui de l'institution supplétive à laquelle la prestation aurait dû être transférée lorsque l'assuré a quitté la caisse.

La Cour rappelle que si l'assuré est au bénéfice d'une demi-rente d'invalidité, la caisse divise l'avoir de vieillesse en deux parts égales, dont l'une est traitée selon l'art. 14 OPP2 (tenue du compte de vieillesse jusqu'à l'âge-terme) et l'autre est assimilée à l'avoir d'un assuré actif, soumis à la LFLP s'il quitte la caisse. Le tribunal confirme que l'assuré démissionnaire avait droit à une prestation de libre passage pour la moitié de l'avoir de vieillesse.

Toutefois, le TFA retient que la prestation de survivant doit être calculée sur la base de l'ancien art. 19 OPP2 (abrogé depuis l'entrée en vigueur de la 1ère révision de la LPP), pour la prévoyance obligatoire, c'est-à-dire sur la base de la rente d'invalidité convertie en rente entière, mais déduction faite d'autres prestations de survivants dues en vertu de la LPP, jusqu'à concurrence de la moitié des prestations légales. La caisse doit donc reformuler son calcul, ce qui pourrait conduire à une rente supérieure à celle octroyée actuellement. Par contre, pour ce qui est du partage de la prestation de libre passage, le fait que l'assuré l'ait gardée dans la caisse au lieu de la transférer à l'institution supplétive correspond à un désir de maintenir la prévoyance, et, dès lors, le partage de l'éventuelle part surobligatoire restante, au titre de prestation de libre passage, doit se faire selon le règlement de la caisse et non selon le règlement de l'institution supplétive.

557 Réduction de la rente de survivant de l'ex-épouse

(Référence à l'arrêt du TFA du 2 juin 2006, cause H. contre Fonds de prévoyance en faveur du personnel de l'entreprise X., B 1/06 ; arrêt en français)

(Art. 19 al. 3 LPP, 20 OPP 2, 23 al. 2 et 24b LAVS, 43 LAI)

L'assuré A. a atteint l'âge de la retraite en 1986 et il est décédé en octobre 1991. Il était marié avec H. depuis 1961 avant de divorcer en 1988 puis de se remarier en 1990. La contribution d'entretien en faveur de H. s'élevait à 853 francs selon le jugement de divorce. L'ex-épouse H. percevait une rente simple de l'assurance-invalidité (AI) de 745 francs, qui a été augmentée à 1'600 francs dès octobre 1991 avant d'être remplacée par une rente de vieillesse de l'AVS de 2'010 francs à partir de 1999. En 2002, H. a demandé au fonds de prévoyance de son ex-mari de lui verser une rente de veuve à partir de la date du décès de celui-ci. Le fonds de prévoyance a estimé que H. n'avait pas droit à une telle prestation dans la mesure où le montant de la rente AI de H., recalculée après le décès de son ex-mari, dépassait celui de la contribution d'entretien convenue dans le cadre du divorce.

D'après l'art. 20 al. 1, let. a et b, OPP 2, le conjoint divorcé est assimilé au veuf ou à la veuve en cas de décès de son ancien conjoint à la condition que son mariage ait duré dix ans au moins et qu'il ait bénéficié, en vertu du jugement de divorce, d'une rente ou d'indemnité en capital en lieu et place d'une rente viagère. Selon l'art. 20 al. 2 OPP 2, l'institution de prévoyance peut néanmoins réduire ses prestations dans la mesure où, ajoutées à celles des autres assurances, en particulier celles de l'AVS ou de l'AI, elles dépassent le montant des prétentions découlant du jugement de divorce. Cette disposition vise à indemniser la femme divorcée pour la perte de soutien qu'elle subit ensuite du décès de son ex-mari (RSAS 1995 p.139 consid. 3a). Le droit à la rente de veuve de la LPP n'existe donc que dans la mesure où il y a perte de soutien. En cas de versement d'une rente de veuve de l'AVS à la femme divorcée, l'institution de prévoyance ne doit assumer que l'éventuel dommage lié à la disparition de la contribution d'entretien (RSAS 2003 p. 52). En ce qui concerne la prévoyance plus étendue, l'art. 53 al. 1 et 2 du règlement du fonds dispose que le montant annuel de la rente de veuve, respectivement de la femme divorcée assimilée à une veuve, est égal à celui découlant des exigences

minimales de la LPP, sous déduction de la rente éventuellement servie par l'AVS/AI, mais au maximum à la prestation d'entretien à laquelle était tenu l'ex-mari. Par conséquent, c'est à bon droit que le fonds de prévoyance a tenu compte de l'augmentation de 855 francs de la rente AI dès octobre 1991 en application des art. 23 al. 2 LAVS et 43 LAI (dans leur teneur en vigueur au moment des faits déterminants), selon lesquels les veuves, respectivement les femmes divorcées assimilées aux veuves, et les orphelins qui ont droit simultanément à une rente de survivants de l'assurance-vieillesse et survivants et à une rente de l'assurance-invalidité reçoivent seulement la rente d'invalidité, celle-ci étant cependant servie toujours sous la forme d'une rente entière et son montant devant atteindre au moins celui de la rente de survivants. Le fonds de prévoyance pouvait aussi prendre en compte la rente de vieillesse AVS versée à H. à partir de 1999 (d'après l'art. 24b LAVS, en cas de concours entre des rentes de veuves et des rentes de vieillesse ou d'invalidité, seule la rente la plus élevée est versée). En définitive, comme la contribution d'entretien s'élevait à 853 francs, la réduction opérée par le fonds de prévoyance est bien fondée.

558 Pas de suspension de la procédure devant le Tribunal des assurances en relation avec une procédure pénale

(Référence à l'arrêt du TFA du 24 mai 2006, cause A. contre Caisse de retraite et de prévoyance X., B 143/05 ; arrêt en français)

(Art. 29 al. 1 Cst, 52 et 73 al. 1 let. c LPP, 61 let. a LPGA)

A., ancien membre de la commission de gestion de l'institution de prévoyance X., a ouvert action contre cette caisse pour obtenir le versement d'une rente de vieillesse mensuelle de 6'244 francs. X. conclut au rejet de l'action. X. estime que A. lui aurait causé un dommage de 4'035'835 francs en violant gravement ses obligations de diligence et de fidélité en tant que membre de la commission de gestion et elle lui oppose en compensation ses prétentions en réparation du dommage. La Présidente du Tribunal cantonal des assurances a suspendu la procédure jusqu'à droit connu sur une procédure pénale ouverte contre A. pour gestion déloyale, abus de confiance et blanchiment d'argent. A. conteste cette suspension de procédure et considère qu'elle retardera inutilement le prononcé d'un jugement sur les prestations litigieuses.

Une suspension de la procédure devant le juge des assurances sociales dans l'attente de l'issue d'une procédure parallèle peut être justifiée par des motifs d'économie de procédure. En particulier, la suspension d'un procès relatif à la responsabilité de l'employeur au sens de l'art. 52 LAVS, ou d'une personne chargée de l'administration, de la gestion ou du contrôle d'une institution de prévoyance au sens de l'art. 52 LPP, jusqu'à droit connu sur le procès pénal, peut être prononcée pour éviter un enchevêtrement des procédures et la répétition de mesures d'instruction par les différentes juridictions saisies. Elle peut aussi être admise lorsque le jugement pénal à rendre devrait permettre de trancher une question décisive pour l'issue du litige dans un délai raisonnable. La suspension de procédure comporte toutefois le risque de retarder inutilement la procédure, de sorte qu'elle n'est admise qu'à titre exceptionnel, eu égard à l'exigence de célérité posée par l'art. 29 al. 1 Cst. De plus, en droit des assurances sociales, les art. 61 let. a LPGA et 73 al. 2 LPP exigent une procédure simple et rapide devant les tribunaux cantonaux des assurances.

A. fait l'objet d'une instruction pénale portant notamment sur d'éventuels abus de confiance et actes de gestion déloyale au détriment de X. Il est clair qu'une éventuelle condamnation du recourant pour l'une ou l'autre de ces infractions conduirait à retenir qu'il a causé fautivement un dommage, dont pourrait se prévaloir X. La question du montant du dommage ne serait en revanche pas forcément réglée et un acquittement du recourant ne le libérerait pas d'une éventuelle responsabilité envers la caisse. En effet, l'art. 52 LPP ne pose pas comme condition de responsabilité qu'une infraction pénale ait été commise. Par ailleurs, le Tribunal cantonal des assurances, saisi de l'action en paiement ouverte par A. contre X., est également la juridiction désignée par l'art. 73 al. 1 let. c LPP pour trancher les actions en responsabilité au sens de l'art. 52 LPP. Il apparaît donc

particulièrement bien placé pour trancher les différents aspects de la créance en réparation du dommage opposée par X. aux prétentions de A. De plus, rien au dossier n'indique dans quel délai un jugement pénal sera prononcé, étant précisé qu'aucune ordonnance d'inculpation ne semblait encore avoir été rendue lorsque la décision de suspension a été prise. Dans ces conditions, la juridiction cantonale n'était pas fondée à considérer que l'issue de la procédure pénale en cours lui permettrait de trancher dans un délai raisonnable une question décisive quant à la responsabilité de l'assuré. L'opportunité d'éviter certaines investigations - la juridiction cantonale ne précise pas lesquelles - ne justifie pas davantage une suspension de la procédure pour une durée indéterminée, alors que les deux parties au procès s'y opposent et que le litige est pendant depuis près de deux ans. Enfin, la Présidente du Tribunal cantonal des assurances n'a procédé à aucune pesée des intérêts en présence.

559 Défaut de participation de l'institution de prévoyance dans la procédure de l'assurance-invalidité - force contraignante des art. 23 et suivants LPP lorsque l'IP se fonde tout de même sur la décision de l'AI pour le calcul de ses prestations

(Référence à l'arrêt du TF du 26 juillet 2006 dans l'affaire Z. contre Fondation L., B 27/05, arrêt en français)

(Art. 23 et 26 LPP)

En décembre 1999, la fondation L. a eu connaissance - par l'intermédiaire de son assurée - de la reconnaissance par l'assurance-invalidité du droit à une demi-rente d'invalidité dès le 1er juillet 1995. Elle s'en est tenue au prononcé de l'office AI et a procédé aux calculs des prestations à partir de l'année 1995 en fonction du taux d'invalidité fixé par l'AI tout en tenant compte d'un «gain mensuel et annuel présumé» réduit de 50%. Sur cette base, elle a ensuite fait part à son assurée des décomptes des prestations dues et lui a versé un montant de 931 fr. 15 à titre de rente d'invalidité pour l'année 1998.

Dans le cadre d'une procédure de révision, l'office AI a maintenu le droit à une demi-rente par décision du 10 février 2004. La fondation, qui a reçu copie de la décision, s'y est opposée.

En vertu de l'arrêt du 29 novembre 2002 (ATF 129 V 73), l'office AI est tenu de notifier d'office une décision de rente à toutes les institutions de prévoyance entrant en considération. Lorsqu'il n'est pas intégré en procédure, l'assureur LPP - qui dispose d'un droit de recours propre dans les procédures régies par la LAI) - n'est pas lié par l'évaluation de l'invalidité (principe, taux et début du droit) à laquelle ont procédé les organes de l'assurance-invalidité. En revanche, lorsque l'institution de prévoyance s'en tient à ce qu'a décidé l'organe de l'assurance-invalidité ou se fonde même sur sa décision, la question du défaut de participation de l'assureur-LPP dans la procédure de l'assurance-invalidité n'a plus d'objet. Dans un tel cas, la force contraignante, voulue par le législateur et exprimée dans les art. 23 et suivants LPP, s'applique sous réserve du caractère d'emblée insoutenable de la décision de l'assurance-invalidité.

La fondation ayant repris à son compte l'évaluation de l'invalidité à laquelle avait procédé l'office AI, pour examiner, puis reconnaître à son assurée le droit à des prestations de la prévoyance professionnelle, elle est - sous réserve du caractère d'emblée insoutenable de la décision AI - liée par cette évaluation, quand bien même la décision de rente ne lui avait pas été valablement communiquée en 1999.

560 L'art. 65, al. 1, LPP est une disposition fondamentale et impérative qui prime les dispositions réglementaires

(Référence à l'arrêt du TF du 28 juin 2006 dans l'affaire Fondation F. contre M. et B., 2A.562/2005, arrêt en français)

(Art. 49 et 65 LPP et art. 44 OPP 2)

Au vu de l'effondrement des marchés financiers au 31 décembre 2002 (-11%) et du degré de couverture atteignant tout juste 100% à la même date avant prise en compte des intérêts à créditer sur les comptes des assurés, le conseil de fondation de la fondation F. a décidé - nonobstant l'art. 18, al. 3 de son règlement prévoyant un taux d'intérêt de minimum 4% - de ne pas créditer cet intérêt pour l'exercice 2002 afin d'éviter de créer un découvert. La fondation a informé les assurés de sa décision tout en précisant que le compte « virtuel » de l'avoir de vieillesse LPP était néanmoins crédité de l'intérêt légal de 4% pour l'exercice 2002.

M., affilié à la fondation F., a déposé plainte auprès de l'autorité de surveillance au motif que la décision du conseil de fondation ne pouvait avoir d'effet rétroactif sans porter atteinte à ses droits acquis. Suite au rejet de sa plainte, M. a recouru auprès de la Commission fédérale de recours en matière de prévoyance professionnelle qui a annulé la décision de l'autorité de surveillance et lui a renvoyé la cause afin qu'elle impartisse un délai au conseil de fondation en vue d'attribuer un intérêt pour l'exercice 2002 respectant les dispositions réglementaires en vigueur à l'époque. Agissant par la voie du recours de droit administratif, la fondation a demandé l'annulation de la décision de la Commission fédérale de recours en matière de prévoyance professionnelle et la confirmation de la décision de l'autorité de surveillance.

Admettant le recours de la fondation F., le Tribunal fédéral a estimé que l'art. 65, al. 1, LPP, qui impose aux institutions de prévoyance professionnelles d'offrir en tout temps la garantie qu'elles peuvent remplir leurs engagements, est une disposition fondamentale et impérative qui prime les dispositions réglementaires dont l'application aurait pour effet de provoquer la survenance d'un découvert ou de l'augmenter. Il ne saurait par conséquent être reproché à une institution de prévoyance d'avoir pris des mesures d'assainissement immédiates, si ce n'est préventives, lui permettant d'éviter un découvert prévisible, avant même de modifier son règlement. Cela reviendrait à lui reprocher d'avoir respecté l'exigence fondamentale de l'art. 65, al. 1, LPP.

En vertu de l'arrêt du 29 novembre 2002 (ATF 129 V 73), l'office AI est tenu de notifier d'office une décision de rente à toutes les institutions de prévoyance entrant en considération. Lorsqu'il n'est pas intégré en procédure, l'assureur LPP - qui dispose d'un droit de recours propre dans les procédures régies par la LAI) - n'est pas lié par l'évaluation de l'invalidité (principe, taux et début du droit) à laquelle ont procédé les organes de l'assurance-invalidité. En revanche, lorsque l'institution de prévoyance s'en tient à ce qu'a décidé l'organe de l'assurance-invalidité ou se fonde même sur sa décision, la question du défaut de participation de l'assureur-LPP dans la procédure de l'assurance-invalidité n'a plus d'objet. Dans un tel cas, la force contraignante, voulue par le législateur et exprimée dans les art. 23 et suivants LPP, s'applique sous réserve du caractère d'emblée insoutenable de la décision de l'assurance-invalidité.

La fondation ayant repris à son compte l'évaluation de l'invalidité à laquelle avait procédé l'office AI, pour examiner, puis reconnaître à son assurée le droit à des prestations de la prévoyance professionnelle, elle est - sous réserve du caractère d'emblée insoutenable de la décision AI - liée par cette évaluation, quand bien même la décision de rente ne lui avait pas été valablement communiquée en 1999.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 93

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

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

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

Par jugement du 27 novembre 2003, le Tribunal de première instance du canton C. a prononcé le divorce des époux X., ordonné le partage par moitié des prestations de sortie des époux et transmis l'affaire au Tribunal cantonal de assurances. Le 19 janvier 2004, Dame X. a fait appel contre ce jugement en concluant à son

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

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

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

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

(Art. 122, 142 CC, 22 LFLP)

Par jugement de divorce du 6 avril 2004, le Tribunal de première instance du canton C. a ordonné le partage par moitié de la prestation de sortie acquise durant le mariage par l'épouse B. assurée, en tant qu'employée de l'hôpital H., auprès de la caisse de prévoyance X., tandis que l'époux A. n'était affilié à aucune institution de prévoyance. Par jugement du 7 septembre 2004, le Tribunal cantonal des assurances a invité la caisse X. à transférer du compte de B. un montant de 31'763 francs sur un compte de libre passage en faveur de A. L'époux A. a recouru contre le jugement du Tribunal des assurances en demandant le partage de la prestation de sortie acquise par l'épouse B. auprès de la caisse de prévoyance Z., alors qu'elle travaillait à l'hôpital Y. dans un autre canton. Selon la communication de Z. du 7 novembre 2005, B. a été affiliée à cette caisse jusqu'au 31 juillet 1995 et sa prestation de sortie s'élevait à 4'408 francs au moment du mariage et à 11'614 francs au 31 juillet 1995. Cette prestation de sortie a ensuite été versée sur un compte bloqué auprès de la banque W.

Le TFA constate tout d'abord que le jugement du Tribunal des assurances du 7 septembre 2004 est conforme au jugement de divorce du 6 avril 2004, lequel est muet sur la prestation de sortie de B. auprès de la caisse de

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

544 Prévoyance professionnelle des prêtres catholiques dans le canton de Vaud

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Le paiement a eu lieu pendant le mariage sans le consentement correspondant de l'autre conjoint, de sorte qu'il n'était pas admissible à la lumière de l'art. 5, al. 2, LFLP et qu'il constituait, dans les circonstances du cas d'espèce, une violation du devoir de diligence de l'institution de prévoyance professionnelle. Le divorce intervenu après le paiement en espèces ne change rien à ce caractère inadmissible, parce que le juge du divorce a expressément ordonné le partage de l'avoir de prévoyance. Il s'ensuit que même s'il avait eu lieu après le divorce, le paiement en espèces serait demeuré inadmissible à concurrence du partage par moitié ordonné par le juge du divorce, d'autant plus qu'en l'espèce, le risque d'un paiement en espèces entre l'entrée en force du divorce et le règlement du litige sur les effets accessoires du divorce aurait été empêché par une mesure provisoire selon l'art. 137, al. 2, CC.

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

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

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

(Art. 134 OJ)

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

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

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

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

Le TFA en arrive à la conclusion qu'au vu des indications divergentes, parfois embrouillées et contradictoires, des médecins, le moment à partir duquel l'assuré est en incapacité de travail dans une mesure à prendre en compte en raison de son atteinte psychique ayant entraîné son invalidité n'est pas établi avec une vraisemblance suffisante, de sorte qu'on ne peut déterminer laquelle des institutions de prévoyance actionnées devant l'instance inférieure doit fournir des prestations d'invalidité. Pour clarifier cette question, le tribunal cantonal, auquel la cause doit être renvoyée, procédera à des clarifications supplémentaires sur le plan psychiatrique. A cet effet, il demandera de manière adéquate une expertise psychiatrique. L'expert devra se prononcer sur l'apparition et l'évolution de la maladie psychique, sur son degré et sa durée. Pour pouvoir se

faire une idée complète, il interrogera également si nécessaire les proches, les employeurs et les autres personnes de confiance de l'assuré. Sur la base des résultats de l'expert, l'instance inférieure rendra un nouveau jugement sur l'action introduite par l'assuré.

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

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

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

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

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

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

Dans son action du 28 juin 2002, le recourant demande que son employeur présente des décomptes de cotisations en sa faveur à la caisse de pension. Après la faillite de cet employeur, puis sa radiation du registre du commerce, le recourant a modifié ses conclusions dans le sens qu'il a réclamé à la caisse de pension, déjà mise en cause par l'action du 28 juin 2002, le versement de la prestation de libre passage lui revenant. Ainsi, il ne se plaint plus de la violation de l'obligation de son ancien employeur de fournir des décomptes, mais exige de la caisse de pension la prestation de sortie qu'elle a calculée plus les intérêts. La légitimation passive de la caisse de pension doit ainsi être reconnue contrairement aux considérants de l'instance inférieure basés sur l'ATF 129 V 320 et sur l'arrêt A. et B. du 9 novembre 2004, B 45 et 46/04. Dès lors, il s'agit d'annuler le jugement cantonal et de renvoyer la cause à l'instance inférieure pour que celle-ci, après avoir procédé aux clarifications éventuellement nécessaires, rende un nouveau jugement, dans le cadre de la jurisprudence (ATF 128 V 224), sur le montant de la prestation de sortie ainsi que sur l'admissibilité de la compensation, par la caisse de pension, des cotisations impayées de l'employeur avec la prestation de sortie.

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

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

(Art. 51, al. 2, CO)

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

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

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

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

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

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

Il ressort de manière incontestée du dossier que K. a été employée par l'entreprise L. du 26 février au 1er juin 2001. Mais la question litigieuse est de savoir si l'employeur de cette époque aurait eu l'obligation d'annoncer et d'assurer K. auprès de son institution de prévoyance. L'entreprise L. avait refusé de procéder à une inscription auprès de son institution de prévoyance en se référant à l'art. 1, al. 1, let. b, OPP 2 pour le motif

que les rapports de travail avaient été convenus pour une durée limitée arrondie à trois mois, la première semaine de mars 2001 ayant été « comblée » par les trois derniers jours ouvrables du mois de février 2001 (lundi 26 février à mercredi 28 février 2001) et la dernière semaine de mai (durant jusqu'au jeudi 31 mai 2001) par le premier jour ouvrable du mois de juin 2001 (vendredi 1er juin 2001).

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

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

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

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

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

(Art. 122 CC, art. 22 LFLP)

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

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

531 Affiliation à deux institutions de prévoyance différentes pour le personnel «fixe» et le personnel «temporaire» puis résiliation du contrat d'affiliation pour le personnel «temporaire», affiliation auprès de l'institution supplétive?

(Référence à l'arrêt du TFA du 31 janvier 2006, cause Fondation institution supplétive LPP contre X., B 72/04 ; arrêt en français)

(Art. 11 et 60 LPP, 7 OPP 2)

L'entreprise de placement X. était affiliée auprès de deux institutions de prévoyance différentes pour deux groupes de salariés distincts : l'institution Z. assurait le personnel «fixe» et l'institution M. assurait le personnel considéré comme «temporaire». A fin août 2001, M. a résilié le contrat d'affiliation pour cause de non-paiement des primes de la part de X., de sorte que le personnel «temporaire» s'est retrouvé sans aucune affiliation LPP, étant donné que Z. a refusé d'assurer le personnel «temporaire» avec le personnel «fixe». L'employeur X. a dès lors demandé à la Fondation institution supplétive LPP (FIS) d'affilier son personnel «temporaire». La FIS a refusé, estimant que c'est Z. qui devrait couvrir l'ensemble du personnel de X., conformément à l'art. 7 al. 1 OPP 2, du moment que Z. assure déjà le personnel «fixe».

Le TFA relève tout d'abord que les salariés considérés comme du personnel «temporaire» doivent être assurés obligatoirement à la LPP dans le cas d'espèce, car ces salariés sont entrés dans l'entreprise depuis bien plus de 3 mois et ont été manifestement engagés pour une durée supérieure à 3 mois.

L'employeur est tenu d'affilier les salariés soumis à l'assurance obligatoire à une institution de prévoyance inscrite dans le registre de la prévoyance professionnelle (art. 11 al. 1 LPP). Les effets de cette affiliation sont prévus à l'art. 7 al. 1 OPP 2: l'affiliation entraîne l'assurance, auprès de cette institution, de tous les salariés soumis à la loi. La loi et l'ordonnance partent de l'idée que tous les salariés d'un employeur qui doivent être assurés le seront en principe auprès de la même institution de prévoyance (Commentaire du projet d'OPP 2 par l'OFAS, août 1983, ad art. 37 Projet OPP 2, p. 64). Quant à l'art. 7 al. 2 OPP 2, il prévoit la possibilité pour l'employeur de déroger à ce principe et de s'affilier, sous certaines conditions, à plusieurs institutions de prévoyance enregistrées. A défaut d'exercer ce choix, l'employeur est affilié à une seule institution de prévoyance, cette affiliation entraînant l'assurance - pour le domaine obligatoire - de tous les salariés qu'il est tenu d'assurer auprès de la même institution.

Toutefois, le TFA est d'avis que l'on ne saurait déduire de l'art. 7 al. 1 OPP 2 que l'institution Z., auprès de laquelle l'employeur est resté affilié pour une partie des salariés, devrait assurer l'ensemble du personnel lorsque le rapport d'assurance concernant l'autre groupe de salariés prend fin. Cela reviendrait à imposer unilatéralement à l'institution Z. une modification du contrat d'affiliation et violerait le principe de la liberté contractuelle.

Dès lors qu'une partie des salariés de X. s'est retrouvée sans couverture LPP et que cet employeur n'a pas pu conclure un nouveau contrat d'affiliation, c'est la FIS qui est tenue d'assurer ce groupe de salariés, conformément à l'art. 60 al. 2, let. b, LPP. Selon le TFA, nier dans un tel cas l'obligation pour la FIS d'assurer une partie des salariés d'un employeur déjà affilié à une autre institution de prévoyance pour un certain groupe de travailleurs reviendrait à empêcher l'employeur d'exécuter son obligation d'affilier à une institution de prévoyance l'ensemble des salariés soumis à l'assurance obligatoire (art. 11 LPP).

532 Divorce, critères de fixation de l'indemnité équitable et versement d'une rente directement entre les mains de l'ex-conjoint

(Référence à l'arrêt du TF du 2 février 2006, cause X. contre Dame X., 5C.155/2005 et 5C.156/2005 ; arrêts en français)

(Art. 124 CC)

Une indemnité équitable est due lorsqu'un cas de prévoyance est déjà survenu pour l'un des époux ou pour les deux ou que les prétentions en matière de prévoyance professionnelle acquises durant le mariage ne peuvent être partagées pour d'autres motifs (art. 124, al. 1, CC). Dès qu'un époux touche des prestations, un partage n'est plus possible et seule une indemnité équitable peut être fixée (ATF 130 III 297 consid. 3.3.1). En l'espèce, l'ex-époux, né en 1943, reçoit une rente d'invalidité de l'AI et du 2e pilier, tandis que l'ex-épouse, née en 1948, travaille à mi-temps et est affiliée auprès d'une institution de prévoyance.

Selon la jurisprudence, il faut fixer l'indemnité équitable en prenant en considération l'option de base du législateur à l'art. 122 CC, à savoir que les avoirs de prévoyance accumulés pendant le mariage doivent en principe être partagés par moitié entre les époux. Toutefois, il ne saurait être question de fixer schématiquement une indemnité qui corresponde à un partage par moitié des avoirs de prévoyance, sans tenir compte de la situation économique concrète des parties. Il convient au contraire de tenir compte de façon adéquate de la situation patrimoniale après la liquidation du régime matrimonial, ainsi que des autres éléments de la situation économique concrète des époux divorcés (ATF 131 III 1 consid. 4.2; 129 III 481 consid. 3.4.1; 127 III 433 consid. 3). On peut procéder en deux étapes : le tribunal calcule d'abord le montant de la prestation de sortie au moment du divorce — respectivement au moment de la survenance du cas de prévoyance — et partant la moitié de ce montant hypothétique selon l'art. 122 CC ; il adapte ensuite le résultat de ce calcul aux besoins concrets des parties en matière de prévoyance (ATF 131 III 1 consid. 4.2; 129 III 481 consid. 3.4.1). Si le cas de prévoyance est survenu de nombreuses années avant le divorce, il ne faut pas fixer le montant de la rente en se fondant sur les principes de l'art. 122 CC (partage par moitié d'un avoir de prévoyance hypothétique). Dans un tel cas, ce sont surtout les besoins concrets de prévoyance des deux époux qui sont déterminants (ATF 131 III 1 consid. 5 et 6). Lorsque l'époux pour lequel un cas de prévoyance est déjà survenu a comme seul actif une rente, l'indemnité équitable due à l'autre doit prendre la forme d'une rente, et non d'un capital (ATF 131 III 1 consid. 4).

L'ex-épouse reproche aux juges cantonaux d'avoir violé l'art. 124 CC en décidant que la rente viagère allouée à titre d'indemnité équitable soit versée à son institution de prévoyance plutôt qu'à elle-même, et cela même lorsqu'elle aura atteint l'âge de la retraite.

En cas d'octroi d'une indemnité équitable selon l'art. 124 CC, le législateur n'a pas prévu — sous réserve de l'art. 22b LFLP, qui présuppose qu'aucun cas de prévoyance ne soit survenu pour l'époux débiteur — que cette indemnité puisse être versée sous une forme liée. En l'absence d'une base légale prévoyant le versement de l'indemnité équitable sous une forme liée, le juge ne peut pas ordonner qu'une indemnité équitable dont le conjoint débiteur doit s'acquitter au moyen de son patrimoine libre (en l'occurrence la rente d'invalidité qu'il reçoit de sa caisse de pensions) soit versée à l'institution de prévoyance du conjoint créancier, ni qu'elle soit versée sur un compte de libre passage ou une police de libre passage au nom du conjoint créancier. Cela dit, rien n'empêche le juge d'entériner un éventuel accord des parties en ce sens, lorsqu'il est établi que l'accord conclu peut être exécuté sur le plan du droit de la prévoyance.

En définitive, la rente due à la défenderesse à titre d'indemnité équitable doit être versée directement entre les mains de l'ex-épouse, et non pas à l'institution de prévoyance de cette dernière. Il incombe à l'institution de

prévoyance de l'ex-époux de prélever le montant correspondant sur la rente LPP de l'ex-époux et de le verser à l'ex-épouse.

533 Point de départ de la prescription du droit à la rente d'invalidité et demande tardive à l'AI

(Référence à l'arrêt du TFA du 2 février 2006, cause S. contre Fondation collective LPP R., B 124/04 ; arrêt en français)

(Art. 26. al. 1 et ancien art. 41 LPP, art. 29 et 48, al. 2, LAI)

En l'espèce, il s'agit d'examiner si la rente d'invalidité LPP de S. était déjà prescrite avant l'entrée en vigueur de l'art. 41 de la LPP révisée en date du 1er janvier 2005. L'art. 41, al. 1, LPP avait la teneur suivante jusqu'au 31 décembre 2004 : «Les actions en recouvrement de créances se prescrivent par cinq ans quand elles portent sur des cotisations ou des prestations périodiques, par dix ans dans les autres cas. Les art. 129 à 142 du code des obligations sont applicables.».

Le Tribunal cantonal des assurances a jugé que le droit à la rente d'invalidité LPP est né le 1er juin 1993 soit à l'expiration de la période de carence d'une année prévue à l'art. 29, al. 1, let. b, LAI, auquel renvoie l'art. 26, al. 1, LPP, indépendamment du fait que la rente AI n'a été allouée qu'à partir du 1er juin 1994 en raison du caractère tardif de la demande de prestations AI (art. 48, al. 2, LAI). D'après cette disposition, si l'assuré présente sa demande plus de 12 mois après la naissance du droit, les prestations AI ne sont allouées que pour les 12 mois précédant le dépôt de la demande. Le Tribunal cantonal des assurances a considéré que la rente d'invalidité était prescrite le 2 décembre 2003, date à laquelle S. a déposé sa demande en justice tendant à l'octroi d'une rente entière d'invalidité LPP.

S. conteste ce jugement et invoque le fait que le droit à la rente AI n'était exigible qu'à partir du 1er juin 1994 en raison du caractère tardif de sa demande de prestations AI. De l'avis de S., le droit à la rente d'invalidité LPP serait né le 1er juin 1994 et le point de départ de la prescription devrait être fixé à cette date-là. Par conséquent, le droit à la rente d'invalidité LPP ne serait pas encore prescrit au moment du dépôt de la demande en justice.

La réglementation de l'art. 26, al. 1, LPP, qui renvoie à l'art. 29 LAI, a pour but de coordonner le début du droit aux prestations de la prévoyance professionnelle et le début du droit à la rente AI (cf. Message du Conseil fédéral à l'appui d'un projet de loi sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 19 décembre 1975, FF 1976 I 142 et 200). L'exigibilité d'une prestation de la prévoyance professionnelle se situe lors de la naissance du droit à ladite prestation selon les dispositions légales et réglementaires qui lui sont applicables (ATF 126 V 263). La date à laquelle la demande est déposée à l'AI (art. 67 RAI) détermine le début du versement de la rente AI mais non pas la naissance du droit qui peut fort bien être antérieure (ATF 117 V 26). C'est pourquoi le moment de la naissance du droit à la rente AI ne se confond pas avec le début du versement de cette prestation lorsque celui-ci est différé en raison de la tardiveté de la demande, en application de l'art. 48, al. 2, LAI. Le renvoi de l'art. 26, al. 1, LPP aux "dispositions de la loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (art. 29 LAI) » vise uniquement l'art. 29 LAI, à l'exclusion de l'art. 48, al. 2, LAI. Il ne se justifie donc pas de faire coïncider la naissance du droit à la rente d'invalidité LPP avec le début du versement différé de la rente AI.

En définitive, la naissance du droit à la rente d'invalidité LPP et son exigibilité doivent être fixées au 1er juin 1993, soit à l'expiration de la période de carence prévue à l'art. 29, al. 1, let. b, LAI. Comme aucun acte interruptif de prescription (art. 135 CO) n'a été effectué avant la demande en justice déposée le 2 décembre 2003, le droit à la rente d'invalidité LPP était prescrit à cette date-là.

534 Divorce, indemnité équitable, compétences respectives du juge du divorce et du juge des assurances, pas de compensation de la prestation de sortie avec d'autres créances

(Référence à l'arrêt du TFA du 23 février 2006, cause B 131/04 ; arrêt en français)

(Art. 124 CC et art. 22b, al. 1, LFLP)

En l'espèce, l'ex-épouse a été reconnue invalide à 100 %. A ce titre, elle a perçu son avoir de prévoyance acquis durant le mariage sous forme d'une prestation en capital. La prestation de sortie acquise par l'ex-époux durant le mariage s'élevait à 134'481 francs. Comme un cas de prévoyance était déjà survenu pour l'un des conjoints, le juge du divorce a décidé l'octroi d'une indemnité équitable en faveur de l'ex-épouse, correspondant à la moitié de la prestation de sortie acquise par l'ex-époux durant le mariage. Le Tribunal cantonal des assurances a ordonné à l'institution de prévoyance de l'ex-mari de prélever un montant de 67'240 francs sur la prestation de libre passage de l'ex-époux et de le transférer sur le compte de prévoyance de l'ex-épouse auprès de la Banque B. L'ex-mari prétend compenser la prestation de sortie due à son ex-épouse avec d'autres créances qu'il détiendrait contre celle-ci.

Pour faciliter le paiement de l'indemnité équitable due à l'un des conjoints en vertu de l'art. 124 CC, le jugement de divorce peut prescrire qu'une partie de la prestation de sortie de l'époux débiteur sera imputée sur cette indemnité (art. 22b, al. 1, LFLP). Ce sera le cas lorsqu'en raison de la situation financière serrée de l'époux débiteur, l'attribution d'une rente ou d'un capital n'entre pas en considération. Cette possibilité suppose toutefois qu'aucun cas de prévoyance n'est encore survenu pour l'époux débiteur (ATF 129 III 488).

Lorsqu'un cas de prévoyance est déjà survenu pour l'un des époux et que ceux-ci ne parviennent pas à se mettre d'accord sur la nature et le montant précis de l'indemnité équitable, il appartient au juge du divorce d'en déterminer les modalités d'exécution. Ainsi, si le jugement de divorce prévoit la cession d'une partie de la prestation de sortie selon l'art. 22b, al. 1, LFLP, le juge du divorce n'a pas le pouvoir de déterminer quel montant exact doit être transféré sur le compte de prévoyance du conjoint bénéficiaire. L'affaire doit être transmise au juge des assurances à qui il incombera d'exécuter le partage selon les proportions fixées par le juge du divorce et de déterminer le montant précis revenant à l'époux bénéficiaire.

Il n'est pas possible de compenser la prestation de sortie due à l'autre conjoint selon l'art. 122 CC ou l'indemnité équitable due à l'autre époux selon l'art. 124 CC avec d'autres créances dans le cadre d'une procédure de divorce. En effet, les art. 3 à 5 LFLP, auxquels renvoie l'art. 22, al. 1, LFLP, expriment le principe fondamental du maintien de la prévoyance et interdisent la compensation de la prestation de sortie avec d'autres créances du conjoint (cf. arrêt B 18/01 du 14 mai 2002, publié in FamPra.ch 2002 p. 568). Les prestations de sortie acquises durant le mariage doivent être soit transférées à l'institution de prévoyance de l'époux bénéficiaire (art. 3), soit maintenues dans la prévoyance sous une autre forme (art. 4), dans la mesure où les conditions du paiement en espèces ne sont pas données (art. 5 LFLP). Le capital de prévoyance et le droit aux prestations non exigibles ne sauraient être ni cédés ni mis en gage (art. 17 OLP). Le droit au partage des avoirs de prévoyance professionnelle ne saurait dépendre ni des régimes matrimoniaux et de leur liquidation, ni de la solution adoptée en matière d'entretien après le divorce (cf. Message du Conseil fédéral concernant la révision du code civil suisse du 15 novembre 1995, Feuille fédérale 1996 I 102). Il en va de même lorsqu'une indemnité équitable est accordée après la survenance d'un cas de prévoyance ou en cas d'impossibilité du partage, à défaut de quoi le but de la réglementation ne serait plus réalisé.

535 Problème de dépendance (alcool); perte d'emploi (menace de retrait du permis de conduire); réaction de panique; absence de volonté implicite de résiliation de la part du travailleur

(référence a l`arrêt du TFA du 7 mars 2006 en la cause C. contre Fondation de prévoyance en faveur du personnel de A. SA, B 58/05; arrêt en allemand)

(art. 19, al. 1, let. a , LPP [dans sa version en vigueur jusqu'à fin 2004, soit avant l'entrée en vigueur de la 1re révision de la LPP]; art. 20 LPP; art. 10, al. 3, LPP et art. 337d CO).

Faits

Le 28 février 2002, J., marié et père de deux enfants, a obtenu un après-midi de congé auprès de son employeur. Le même soir, il a quitté son domicile après une discussion avec son épouse et n'est ensuite plus réapparu ni dans sa famille ni chez son employeur. Par lettre du 18 mars 2002, son employeur lui a communiqué que les rapports de travail étaient résiliés rétroactivement au 28 février 2002. Le 6 avril 2002, J. a été retrouvé sans vie. Les autorités ont conclu à un suicide.

Considérants en droit

La seule question qui est litigieuse et qui doit être examinée est celle de savoir si J. se trouvait encore dans une relation d'assurance avec l'intimée lorsqu'il a mis fin à ses jours le 6 avril 2002 en Autriche et si l'institution de prévoyance doit verser une rente de veuve et des rentes d'orphelins (art. 19, al. 1, let. a, LPP [dans sa version en vigueur jusqu'à fin 2004, soit avant l'entrée en vigueur de la 1re révision de la LPP] et art. 20 LPP).

La résiliation des rapports de travail entraîne la sortie de l'assuré de l'institution de prévoyance et la perte de la qualité d'assuré. Selon l'art. 10, al. 3, LPP, la protection de prévoyance subsiste encore un mois auprès de l'ancienne institution de prévoyance pour les risques de décès et d'invalidité (délai d'extension de la couverture). Dans le cas d'espèce, des prestations pour survivants ne sont dues que si la couverture d`assurance subsistait encore au moment du décès de J. (art. 18, let. a, LPP).

J. n'a plus repris son travail après avoir obtenu de son employeur un après-midi libre, le 28 février 2002. L'art. 337d CO règle les conséquences du cas où le travailleur quitte abruptement son emploi sans indiquer de motifs d'empêchement.

Cette disposition suppose tacitement que le travailleur peut mettre immédiatement fin aux rapports de travail par un tel comportement. L'art. 337d CO ne trouve application que si le travailleur refuse consciemment, intentionnellement et définitivement de fournir sa prestation de travail.

En l'espèce, eu égard à ce qu'il était censé savoir des circonstances concrètes du cas particulier, l'employeur ne pouvait pas admettre de bonne foi que J. ne retournerait plus à sa place de travail. A défaut de déclaration explicite ou d'indices clairs d'une résiliation immédiate par le travailleur dès le départ, le contrat de travail ne prend fin selon l'art. 337d CO qu'une fois qu'on ne peut définitivement plus s'attendre à un retour à la place de travail en raison du temps écoulé. En l'espèce, on pouvait d'emblée exclure que J. avait la ferme intention de se suicider. Même après coup, il n'est apparu aucun nouvel indice sur les motifs de la disparition ni sur les faits concomitants de sorte que la résiliation immédiate a été déclarée non valable. Comme le rapport d'assurance subsistait ainsi encore au moment de l'événement assuré, l'institution de prévoyance était tenue de verser les prestations pour survivants aux ayants droit.

536 Placement de la fortune chez l'employeur qui est une banque : inadmissibilité du risque accru

(Référence à l'arrêt du TF du 4 janvier 2006 en la cause Caisse de pension de la Caisse d'épargne du district de Thoune ; 2A.181/2005 ; arrêt en allemand)

(Art. 48, al. 2, 65, al. 1, et 71, al. 1, LPP ; art. 50, 54, let. a, et 56 à 59 OPP 2)

Aux termes de l'art. 48, al. 2, LPP, toutes les institutions de prévoyance enregistrées doivent être organisées, financées et administrées conformément aux dispositions légales sur la prévoyance professionnelle. La loi prescrit expressément à ce sujet, en tant que principe, que les institutions de prévoyance doivent offrir en tout temps la garantie qu'elles peuvent remplir leurs engagements (art. 65, al. 1, LPP). Elles doivent administrer leur fortune de manière à garantir la sécurité des placements, un rendement raisonnable, une répartition appropriée des risques et la couverture des besoins prévisibles de liquidités (art. 71, al. 1, LPP ; titre : « Administration de la fortune »). Comme cette disposition ne contient aucune délégation législative, il faut admettre que les principes qu'elle fixe pour l'administration de la fortune ont une valeur absolue et ne permettent aucune dérogation.

Les art. 49 à 60 OPP 2 concrétisent – conformément au contenu des directives du législateur – les principes fixés à l'art. 71, al. 1, LPP, dont celui de l'exigence de la sécurité des placements jouit de la première priorité. Ainsi, l'auteur de l'ordonnance a-t-il été expressément enjoint à réglementer la répartition des risques dans l'idée d'accorder une importance déterminante à la sécurité de la fortune ; il s'agit d'une part de veiller à une répartition judicieuse entre les catégories autorisées les plus importantes de placement (biens immobiliers, hypothèques, titres, autres valeurs) ; d'autre part, également à l'intérieur des diverses catégories de placement, il faut veiller à une certaine limitation par débiteur ou placement individuel. Le Conseil fédéral a suivi ces consignes et les a précisées à l'art. 50 OPP 2 (titre: «Sécurité et répartition du risque»).

L'employeur, soit la Caisse d'épargne du district de Thoune, auprès de laquelle il est incontesté que plus du 92 % de la fortune de la recourante était placée en 2000 et 2001, présente pour sa part des créances hypothécaires dépassant 80 % du total de son bilan.

La forte concentration du placement de la fortune de la recourante sur un seul débiteur dont les affaires se résument pour l'essentiel (unilatéralement) à une activité dans le marché immobilier régional d'habitations va clairement à l'encontre du principe de la répartition appropriée du risque dans le placement de la fortune tel que l'a inscrit le législateur à l'art. 71, al. 1, LPP. En particulier, cette concentration ne correspond pas à l'exigence de la diversification dans les catégories les plus importantes de placement (c'est-à-dire : biens immobiliers, hypothèques, titres et autres valeurs) ; en outre, le placement manque de diversification en matière de régions et de secteurs économiques (art. 50, al. 3, OPP 2). Même l'application de stratégies de placement avec une gestion appropriée des actifs et des passifs (*Asset/Liability-Management*), quelle que soit la forme de celle-ci, ne libère aucunement du respect des prescriptions légales et du principe de la diversification selon les catégories de placement en particulier. L'art. 59 OPP 2 (« Extension des possibilités de placement ») invoqué par la recourante réserve également expressément le respect de l'art. 50 OPP 2. Le fait que la recourante et sa politique de placement aient connu manifestement de bons résultats dans le passé (prétendument meilleurs que ceux de diverses autres caisses respectant les prescriptions sur le placement de la fortune) et qu'il n'y ait eu jusqu'ici aucune mise en danger concrète des placements n'y change rien non plus. Son opinion selon laquelle l'autorité de surveillance n'aurait le droit d'intervenir que lorsque le placement des capitaux de l'institution de prévoyance serait « mis en péril avec une forte probabilité » ne trouve aucun fondement dans la loi. Le renvoi de la recourante à l'art. 56 OPP 2 (« Placements collectifs ») ne lui sert à rien car la Caisse d'épargne du district de Thoune ne pratique pas de placements collectifs au sens de cette disposition. Du reste, de tels placements sont également soumis au principe de la diversification appropriée.

La recourante souhaiterait justifier l'admissibilité de sa politique de placement par le fait qu'étant une banque, la Caisse d'épargne du district de Thoune ne serait pas soumise aux limites des placements au sens de l'art. 54, let. a, OPP 2. Elle méconnaît toutefois le fait qu'avec son titre « Limites des placements », cette disposition ne concerne que la restriction à l'intérieur des diverses catégories de placement. Cela ne change cependant en rien le fait que la globalité des placements de la fortune doit toujours respecter le principe de la diversification. On ne saurait dès lors affirmer que le Conseil fédéral, avec l'art. 54, let. a, OPP 2, ait été prêt à accepter un risque accru (du placement global de la fortune) chez les banques.

L'argument de la recourante selon lequel la limitation des placements sans garantie chez l'employeur (art. 57, al. 2, OPP 2 - dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 mars 2004) à 20 % (depuis le 1er avril à seulement 5 % encore) serait inapplicable lorsque l'employeur est une banque ne tient pas car l'art. 54, let. a, OPP 2 n'a pas la priorité sur ce point.

A vrai dire, la recourante souhaiterait déduire des art. 57 et 58 OPP 2 (« Placements chez l'employeur ») que les placements avec garantie chez l'employeur ne seraient soumis à aucune limitation. Comme ses prétentions à l'égard de la Caisse d'épargne du district de Thoune en tant qu'employeur seraient assorties de sûretés, la sécurité des placements serait garantie. Cependant, on ne saurait suivre un tel raisonnement car, également à la lumière de cette disposition, les placements licites en eux-mêmes doivent satisfaire au principe de la diversification (voir ATF 122 IV 279 cons. 2b). En l'espèce, les sûretés font en fait partie de la même catégorie de biens d'investissement qui forment également la base de l'activité commerciale de l'employeur en tant que banque hypothécaire régionale, soit des immeubles d'habitation dans la région de Thoune. Ainsi le risque accru illicite subsiste malgré l'existence de sûretés réelles.

Le fait que la créance de la recourante à l'égard de l'employeur serait privilégiée en cas de faillite de ce dernier (voir ATF 129 III 468) ne change rien à ce résultat.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 90

522 Réduction à opérer lors du calcul de la prestation de sortie parce que la prestation d'entrée était incomplète

(Référence à l'arrêt du TFA du 21 décembre 2005 en la cause Fondation de prévoyance X. contre S., B 11/05; arrêt en allemand)

(Art. 16 LFLP)

La disposition suivante figure à l'art. 22, ch. 2, du règlement de la Fondation de prévoyance X. :

«La prestation de sortie correspond à la valeur actuelle de la rente acquise jusqu'à la date de sortie ; la valeur actuelle de la part non rachetée en est soustraite, mais la prestation correspond au moins à l'avoir de vieillesse LPP. Le tableau de l'annexe sert de référence pour le calcul des valeurs actuelles. Sont déterminantes les années d'assurance effectuées, mises en relation avec le nombre total d'années d'assurance possibles.»

La Fondation de prévoyance X. estime que le montant total de la réduction doit être déduit de la rente ordinaire multipliée par le taux de rente. Elle se base sur un arrêt rendu par le Tribunal fédéral des assurances (TFA) dans un cas similaire (arrêt B. du 15 avril 2004, B 99/02, en langue allemande), dans lequel la Cour considérait que les deux solutions étaient compatibles avec l'art. 16 LFLP et que la réglementation statutaire déterminante ne précisait pas clairement quel mode de calcul devait être préféré. Des réflexions d'ordre mathématique et actuariel ont finalement incité le Tribunal à dire que la part restante (à déduire) devait être calculée sur la base de la somme de rachat totale. L'intimée S. et l'instance inférieure étaient par contre parties du principe que la

réduction ordinaire devait être multipliée par le taux de rente (incontesté). Elles avançaient notamment que, contrairement au cas jugé par le TFA, le règlement applicable fournissait à l'art. 22, ch. 2, 3e phrase, une réponse claire à la question, permettant de dire que le calcul de la réduction devait lui aussi être fondé sur le rapport entre les années d'assurance effectuées et les années possibles.

De par sa position dans la disposition normative, la 3e phrase de l'art. 22, ch. 2, paraît s'appliquer aux deux composantes de la première phrase, et donc tant à la valeur actuelle de la rente qu'à la valeur actuelle de la part qui n'a pas été rachetée, qui doit en être déduite. Le fait que les parties se fondent toutes deux – conformément à l'art. 16, al. 2, LFLP – sur des années d'assurance imputées et non pas, selon le libellé de la 3e phrase, sur des années effectuées, est un indice tendant à indiquer que l'art. 22, ch. 2, 3e phrase, ne doit pas être forcément interprété au sens littéral. L'art. 22, ch. 2, du règlement doit être mis en relation avec l'art. 10, ch. 4, qui prévoit comment procéder avec la part non fournie de la somme de rachat. De toute évidence, selon cette norme, lors de la réduction, c'est le montant total de la somme de rachat non fournie qui est déterminante, et pas seulement le montant proportionnel à la durée. En effet, ce montant manquant, qui correspond à une période de cotisation qui fait défaut, ne peut pas être formateur de rente, raison pour laquelle, logiquement, la rente doit être réduite en fonction des cotisations manquantes. Lors de l'entrée dans la caisse de pension, la période de cotisation manquante est clairement établie et elle ne change pas en fonction de la période d'assurance consécutive. Par conséquent, pour des raisons actuarielles, la valeur actuelle de ce montant total doit aussi être déduite lors du calcul de la prestation de sortie, et pas seulement une partie de ce montant calculé sur la base du rapport (fortuit) existant entre les années d'assurance imputables et les années possibles. Si la solution défendue par l'intimée s'imposait, une personne assurée n'ayant pas racheté toutes les années et sortie avant terme recevrait une prestation qui n'a pas été financée. Cela est fondamentalement contraire au système, même dans une institution de prévoyance en primauté des prestations, car les prestations non financées doivent être prises en charge par l'ensemble des assurés restants.

En résumé, la préférence doit être accordée au mode de calcul de la Fondation de prévoyance X., prévoyant que le montant total de la réduction doit être déduite de la rente ordinaire multipliée par le taux de rente.

523 Modification d'un règlement applicable à une institution de prévoyance de droit public; rétroactivité des arrêtés; qualité pour recourir

(Référence à l'arrêt du TF du 23 novembre 2005 en la cause Commune politique et Caisse de prévoyance du personnel de la ville de Berne ; 2A.228/2005 ; arrêt en allemand)

(Art. 61, al. 1, 62, al. 1, 65d et 74 LPP, 103, let. a, OJ)

La Caisse de prévoyance du personnel de la ville de Berne est une institution de prévoyance de droit public dotée de la personnalité juridique.

Le règlement de prévoyance du personnel (Règlement sur la Caisse de prévoyance de la ville de Berne [RPP]), du 26 avril 1990, contient notamment les dispositions suivantes à l'art. 74 sous le titre marginal «Garantie» :

[1]La ville garantit les prestations d'assurance de la Caisse selon les dispositions du présent règlement.

[2]La ville garantit à la Caisse de pension les intérêts du capital de couverture nécessaire du point de vue de la technique actuarielle à concurrence de 4 %. Les employeurs affiliés doivent participer proportionnellement à cette garantie. Est déterminante pour le calcul la somme des salaires assurés.

Le 27 mars 2003, le conseil municipal de Berne a décidé sur demande du Conseil communal de modifier le règlement de prévoyance du personnel et en particulier d'abroger l'art. 74 , al. 2, RPP. En même temps, un nouvel art. 89b a été introduit avec le titre marginal «Réglementation transitoire de la garantie des intérêts»

avec la teneur suivante : «Pour les années 2002 et 2003, la Caisse renonce aux prestations de garantie des intérêts au sens de l'ancien art. 74, al. 2, du présent règlement».

Par décision du 27 mai 2003, l'Office des assurances sociales et de la surveillance des fondations du canton de Berne – auquel, en sa qualité d'autorité de surveillance, devait être soumise la modification du règlement en vertu de l'art. 62, al. 1, let. a, de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP) – a considéré que le règlement modifié était conforme aux prescriptions juridiques en vigueur, à l'exception de l'art. 89b RPP ; il s'agissait de modifier cet art. 89b RPP de telle sorte que la renonciation aux prestations de garantie soient limitée à l'année 2003. Une renonciation pour l'année 2002 violerait le principe de la confiance et celui de l'interdiction de la rétroactivité.

Considérants du Tribunal fédéral :

L'autorité de surveillance désignée par le canton s'assure que l'institution de prévoyance se conforme aux prescriptions légales (art. 62, al. 1, en liaison avec art. 61, al. 1, LPP). Elle vérifie notamment la conformité des dispositions réglementaires avec les prescriptions légales (de droit fédéral) (art. 62, al. 1, let. a, LPP) et est fondée à prendre les mesures propres à éliminer les insuffisances constatées (art. 62, al. 1, let. d, LPP). Elle peut ainsi annuler tout ou partie des règlements contraires à la loi et donner des directives contraignantes aux institutions de prévoyance sur le contenu des dispositions correspondantes. Ses décisions peuvent être attaquées à la Commission fédérale de recours LPP (art. 74, al. 2, let. a, LPP) dont les décisions peuvent à leur tour être déférées au Tribunal fédéral par la voie du recours de droit administratif (art. 74, al. 4, LPP).

La décision de l'instance inférieure couvre la non-approbation partielle d'une modification du règlement de l'institution de prévoyance de la ville de Berne. Dans la mesure où cette décision provoque des conséquences juridiques – avec notamment des effets financiers particuliers – autant à l'égard de l'institution de prévoyance elle-même que de la commune de Berne en tant qu'employeur et titulaire de l'institution de prévoyance, elle atteint ces deux entités de manière directe, ce qui leur donne la qualité pour déposer leur recours de droit administratif (art. 103, let. a, OJ).

La conclusion des recourantes visant à demander l'annulation également de la décision de l'autorité de surveillance est irrecevable. Cette décision a été remplacée par la décision attaquée de la Commission fédérale de recours LPP (effet dévolutif) et compte comme étant attaquée en même temps ; sa remise en cause de manière distincte est exclue.

En plus de la conclusion visant l'annulation de la décision attaquée, les recourantes déposent également une conclusion en constatation. Comme, contrairement à la règle générale, le Tribunal fédéral opère un contrôle abstrait des normes lorsqu'il examine les décisions de l'autorité de surveillance, il doit dans ce cadre également vérifier la conformité des règlements au droit fédéral et annuler les dispositions réglementaires qui seraient contraires à ce droit. En l'espèce, l'instance inférieure a couvert la décision de l'autorité de surveillance qui avait constaté le caractère contraire au droit de la modification du règlement en ce qui concerne l'art. 89b du règlement de prévoyance dans la mesure où cet article prévoyait la renonciation aux prestations de garantie des intérêts pour l'année 2002. Au cas où la décision attaquée s'avérait contraire au droit fédéral, la modification du règlement en question devrait être complètement approuvée. La conclusion en constatation se révèle ainsi recevable dans cette mesure.

Déjà devant l'instance inférieure, le litige ne portait que sur la question de savoir si le nouvel art. 89b RPP introduit par la modification du règlement du 27 mars 2003 viole ou non le droit fédéral dans la mesure où il prévoit une renonciation aux prestations de garantie des intérêts (selon l'ancien art. 74, al. 2, RPP) également (de manière rétroactive) pour l'année 2002 ; la renonciation prévue dans la même disposition pour l'année 2003 est toujours demeurée incontestée.

Le règlement de prévoyance du personnel de la ville (respectivement de la commune politique) de Berne a été décidé, respectivement arrêté par le conseil municipal, respectivement le législateur communal sur la base du règlement de commune de la ville de Berne du 3 décembre 1998. La question de l'admissibilité d'une disposition réglementaire ayant des effets rétroactifs s'apprécie ainsi selon les principes applicables de manière générale à la rétroactivité des arrêtés.

Dans la perspective temporelle, les normes juridiques déterminantes sont en principe celles qui étaient en vigueur lors de la réalisation des faits donnant lieu aux effets juridiques ; des modifications intervenues après ne doivent pas être prises en considération. Si un arrêté tient compte de faits ou d'événements qui remontent au passé et qui se sont réalisés avant l'adoption de la norme, il y a une rétroactivité proprement dite qui est en principe inadmissible si elle a des effets défavorables ; par contre, il n'y a en général rien à objecter à une rétroactivité favorable. Une dérogation à ce principe n'est constitutionnellement admissible que très exceptionnellement et à des conditions sévères ; tel est le cas lorsque la rétroactivité est expressément ordonnée ou qu'elle est clairement voulue selon le sens de l'arrêté, qu'elle est temporellement modérée, qu'elle n'entraîne pas d'inégalités juridiques choquantes, qu'elle se justifie par des motifs raisonnables et qu'elle ne porte pas atteinte à des droits acquis. Il n'y a en revanche pas de rétroactivité – ou seulement une rétroactivité improprement dite – lorsque le législateur tient compte d'éléments qui sont apparus sous l'empire de l'ancien droit mais qui existent encore lors de l'entrée en vigueur du nouveau droit.

Selon l'art. 73, al. 1, RPP, l'année de calcul correspond à l'année civile. La question de savoir si et dans quelle mesure la garantie des intérêts du capital de couverture de quatre pour cent prévue à l'art. 74, al. 2, RPP doit être réclamée se pose ainsi au 31 décembre de chaque année. La garantie des intérêts a atteint un montant d'environ 22,3 millions de francs pour l'année 2002. Le fait que le calcul exact du montant dû ne soit connu qu'après l'établissement des comptes annuels en mars/avril de l'année suivante ne joue aucun rôle. Les éléments intervenus après le 31 décembre 2002 n'ont plus d'incidence sur les comptes annuels de 2002. L'instance inférieure a ainsi admis, à juste titre, que l'annulation de la garantie des intérêts pour l'année 2002, décidée en mars 2003, correspondait à une rétroactivité proprement dite.

L'instance inférieure a constaté que la renonciation rétroactive des prestations de garantie des intérêts péjorait le degré de couverture de la Caisse de prévoyance en faveur du personnel. Selon le rapport d'exercice et les comptes annuels de 2002, le degré de couverture de la Caisse s'est réduit de 92,32 % en 2001 à 89,08 % en 2002. Cette réduction a eu des effets défavorables pour les assurés.

Le fait que la modification de règlement en question entraîne une diminution du degré de couverture est reconnu expressément par les recourantes. Les arguments qu'elles invoquent contre l'effet défavorable de la renonciation à la garantie des intérêts ne sont toutefois pas convaincants. Certes, la ville de Berne garantit à l'art. 74, al. 1, RPP les prestations (réglementaires) d'assurance de la Caisse. Cela n'a toutefois, contrairement à l'opinion des recourantes, pas pour conséquence de compenser l'effet défavorable de la renonciation à la garantie des intérêts ou du rendement du capital. Selon l'art. 20, al. 1, RPP, les rentes courantes de la Caisse sont adaptées au renchérissement dans le cadre des possibilités de la Caisse. Cette adaptation des rentes n'est donc précisément pas garantie. Si le degré de couverture baisse, cela réduit les possibilités financières de la Caisse. Il est évident alors que l'adaptation des rentes courantes au renchérissement sera diminuée, voire supprimée. A cela s'ajoute qu'en cas de découvert croissant, la Caisse risque de devoir être assainie et que cet assainissement toucherait les assurés sous une forme ou une autre (augmentation des cotisations, diminution des prestations) même si le règlement de prévoyance du personnel prévoit expressément que seuls seraient touchés les employeurs affiliés (art. 74, al. 3, RPP) (voir l'art. 65d LPP, entré en vigueur le 1er janvier 2005).

Les recourantes ont motivé la renonciation à la prestation de garantie par les difficultés financières de la ville de Berne qui doit urgemment assainir sa situation. Des raisons fiscales ne constituent jamais un juste motif

permettant une rétroactivité proprement dite à moins que les finances publiques soient en danger. L'instance inférieure a considéré à ce sujet que le budget de la ville de Berne ne se révèle pas à ce point précaire qu'il nécessite absolument un assainissement rétroactif à la charge de la situation financière de la Caisse de pension.

En l'espèce, on ne saurait en tous les cas pas parler d'un danger sur les finances de la ville de Berne provoqué par la prestation de garantie litigieuse des intérêts. Ainsi, point n'est besoin d'examiner les autres conditions devant être remplies pour qu'une rétroactivité proprement dite soit admissible.

524 Pas d'effet contraignant de la décision de l'office AI lorsque celle-ci n'est pas communiquée à l'institution de prévoyance : aussi valable avec la LPGA

(Référence à l'arrêt du TFA du 9 décembre 2005, cause Fondation collective N. contre Office AI Berne, I 66/05 ; arrêt en allemand)

(Art. 49 al. 4 LPGA)

En l'espèce, la question litigieuse porte sur les conséquences liées au fait que l'office AI a omis d'intégrer la fondation collective, en tant qu'assureur LPP, dans la procédure contre la décision AI du 5 mars 2003. Conformément aux principes généraux du droit intertemporel et compte tenu de l'état de fait déterminant dans le temps, ce sont les dispositions valables dès le 1er janvier 2003 qui sont applicables pour répondre à cette question.

La conception légale selon laquelle il faut épargner aux institutions de prévoyance de coûteuses investigations en se basant uniquement sur les constatations et les évaluations des organes AI déterminantes pour l'examen du droit à une rente dans la procédure AI reste toujours valable après l'entrée en vigueur de la loi sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA), qui ne s'étend en principe pas à la prévoyance professionnelle.

L'évaluation de l'invalidité continue en principe de lier les organes de la prévoyance professionnelle (obligatoire) après le 1er janvier 2003 et elle est de nature à toucher (directement) l'obligation de l'assureur LPP d'allouer des prestations (principe, étendue et délimitation temporelle) selon l'art. 49, al. 4, LPGA. De ce fait, les organes de la prévoyance professionnelle disposent du droit de faire opposition contre la décision AI et de recourir contre la décision sur opposition de l'office AI, en ce qui concerne le droit à la rente en tant que tel ou la fixation du degré d'invalidité ; ils peuvent également interjeter recours auprès du TFA contre les décisions des tribunaux cantonaux dans les litiges relatifs à des rentes de l'assurance-invalidité.

Pour tenir compte du fait que la décision AI n'a pas été communiquée à l'institution de prévoyance qui est censée devoir verser des prestations, l'évaluation de l'AI ne doit pas avoir - dans ce cas-là – un effet contraignant pour l'appréciation de l'invalidité dans la procédure LPP. Cela vaut aussi après l'entrée en vigueur de la LPGA. C'est pourquoi, l'institution de prévoyance qui a connaissance ultérieurement de la décision de l'AI relative à une rente ne dispose d'aucune voie de droit contre celle-ci.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 89

517 Bénéficiaires selon le règlement et le testament

(Référence à l'arrêt du TFA du 27 octobre 2005 en la cause N. contre Fondation du personnel de l'entreprise X. et S., B 92/04; arrêt en allemande)

(Ancien art. 15, al. 1, let. b, et al. 2, OLP ; art. 467 CC)

L'art. 12 du Règlement 1 de la Fondation en faveur du personnel du 1er janvier 1997 (ci-après: le règlement) prévoit notamment ce qui suit sous *III. Prestations. Droit en cas de décès prématuré*:

1. En cas de décès avant l'âge de la retraite, un capital-décès est dû. (...)

(...)

4. Les destinataires suivants ont droit au capital-décès selon le ch. 1 dans l'ordre suivant:

a) le conjoint, à défaut,

b) les descendants, à défaut,

c) les autres héritiers légaux à l'exception de la collectivité publique.

Les assurés ayant des charges d'entretien spéciales, en particulier ceux vivant dans une communauté analogue au mariage et contribuant dans une large mesure à l'entretien de leur partenaire, peuvent adresser une demande écrite au Conseil de fondation pour déroger au système des bénéficiaires. Cette dérogation ne doit pas limiter les droits du conjoint. En l'absence de conjoint, les descendants mineurs ou incapables de travailler doivent être pris en compte de manière appropriée.

5. Si l'assuré laisse une veuve ayant des droits découlant de l'art. 19 LPP, le capital-décès est converti en une rente de veuve. (...) La veuve peut exiger une allocation en capital en lieu et place de la rente de veuve. (...).

6. Si aucune prestation n'est versée selon le ch. 5, le mode de paiement du capital-décès est déterminé par le Conseil de fondation. Celui-ci distribue le montant disponible en parts qu'il fixe lui-même, en tenant compte de l'ordre de répartition selon le ch. 4, à une, plusieurs ou toutes les personnes entrant en considération. Les intérêts prioritaires sont alors ceux du conjoint ou, à défaut, des descendants mineurs ou incapables de travailler. Le Conseil de fondation doit trouver une réglementation qui tienne dûment compte de la situation; en cas de circonstances particulières, il peut déroger à l'ordre susmentionné des priorités pour respecter le but de la fondation.

L'art. 12, ch. 6, du règlement ne saurait être compris dans le sens que, à certaines conditions, le Conseil de fondation ait le pouvoir d'élargir le cercle des bénéficiaires défini au ch. 4. Selon la teneur claire de cette disposition, il s'agit ici du mode de paiement du capital-décès. Il y a d'autant moins de place pour la conception contraire que l'application de l'art. 12, ch. 6, du règlement conduit en fait à une modification de l'ordre des priorités clairement posé préalablement au ch. 4. La réglementation légale de l'ancien art. 15, al. 1, let. b, et al. 2, OLP ne permet aucune autre interprétation. En particulier, l'al. 2 de cette disposition parle expressément de l'élargissement du cercle des bénéficiaires de l'al. 1, let. b, ch. 1 avec ceux du ch. 2. Ainsi, ce droit doit être donné aux assurés dans le contrat. Pour les règlements préétablis et édictés unilatéralement par l'institution de prévoyance, il s'agit de faire application d'un critère sévère dans le respect de cette exigence. L'art. 12, ch. 6, du règlement est pour le moins peu clair sur ce point, mais ce manque de clarté ne saurait avoir des effets en défaveur des bénéficiaires nommés au ch. 4.

En outre, il s'agit de ne pas poser des exigences formelles trop hautes pour une demande valable de modification de l'ordre des priorités au sens de l'art. 12, ch. 4, du règlement. Le Conseil de fondation jouit d'une certaine marge d'appréciation sur ce point. Il peut du reste agir de lui-même s'il prend connaissance d'une situation qui pourrait correspondre à celle réglée par le deuxième paragraphe de l'art. 12, ch. 4, du règlement. D'ailleurs, de teneur semblable, l'ancien art. 15, al. 1, let. b, ch. 2, OLP ne prévoit pas d'exigence pour demander la prise en considération de personnes physiques qui bénéficiaient d'un soutien important de la personne assurée. Il n'est ainsi pas forcément nécessaire que la demande ait été faite du vivant de celle-ci. Ce qui est décisif, c'est une volonté suffisamment claire de modifier l'ordre des bénéficiaires. Dans ce sens, le droit du ou

de la bénéficiaire au capital-décès ne prend pas naissance au moment du décès, avec la conséquence qu'une demande écrite au sens de l'art. 12, ch. 4, du règlement rédigée du vivant de l'assuré, mais non encore déposée, serait en tous les cas insignifiante. En principe, une disposition de dernière volonté (testament) au sens de l'art. 467 CC déposée seulement après la mort de l'assuré peut ainsi également contenir une demande de modification de l'ordre des priorités qui soit valable et qui déploie des effets juridiques. Il convient toujours de relever que le capital-décès ne revient pas à la succession (ATF 129 III 305). Pour qu'une demande de modification de l'ordre des priorités des bénéficiaires puisse être considérée comme valablement comprise dans un testament, il faut dès lors une déclaration de volonté correspondante de l'assuré. Cela d'autant plus qu'une disposition de dernière volonté n'est pas une déclaration de volonté sujette à réception (ATF 117 II 143 cons. 2a). Il s'agit d'appliquer par analogie les règles d'interprétation des testaments (voir ATF 124 III 412 cons. 3).

La déclaration rédigée le 30 septembre 2000 de la main de W. a la teneur suivante:

Je (...) certifie par ces lignes que N. (...) partage de nouveau ma vie depuis 1989 et qu'elle est ma compagne de vie. Elle m'a aussi soigné depuis ma maladie, a assisté avec moi à tous les rendez-vous dans les hôpitaux, m'accompagne et prend soin de moi. Cela davantage que l'on pourrait l'exiger d'une épouse officielle. C'est pourquoi, je souhaite et veux qu'elle puisse également bénéficier de tous les droits d'une épouse.

Il n'est pas sûr que la déclaration du 30 septembre puisse être assimilée à un testament au sens du droit des successions. Cette question ne doit toutefois pas être résolue. En effet, quoi qu'il en soit, la déclaration ne permet pas de lire une volonté suffisamment claire de modifier l'ordre de priorité des bénéficiaires prévu à l'art. 12, ch. 4, du règlement de la fondation en faveur du personnel. Il y manque une référence à cette disposition ou au moins aux droits relevant de la prévoyance professionnelle et engendrés par la mort de l'assuré, ce qui suffirait.

En l'espèce, il faut admettre qu'il n'y a pas de demande de modification de l'ordre des priorités de l'art. 12, ch. 4, du règlement et qu'en conséquence, seule l'intimée 2 doit être considérée comme bénéficiaire du droit au capital-décès. La question peut ainsi demeurer ouverte de savoir si une telle requête est un acte constitutif de droit soumis à réception (voir ATF 113 II 261 cons. 2a, 107 II 191 cons. 2 avec renvois à la doctrine; voir également ATF 126 V 480) ou une demande de modification du contrat de prévoyance sujette à approbation.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 87

508 Pas d'assujettissement à la LPP en cas de contrat de travail de durée déterminée inférieure à 3 mois

(Référence à l'arrêt du TFA du 30 septembre 2005, en la cause M. contre Caisse de pensions A. ; arrêt B 54/04 en français)

(art. 1, al. 1, let. b, OPP 2)

En l'espèce, est litigieuse la durée du contrat de travail entre M. et son employeur la société Y. Le contrat de travail a été conclu uniquement par oral. Le recourant M. considère qu'il avait été engagé pour une durée indéterminée et prétend que les rapports de travail allant du 29 janvier au 27 avril 2000 dépasseraient les 3 mois. Il estime par conséquent qu'il aurait dû être assuré obligatoirement par son employeur Y. et qu'il aurait droit à des prestations d'invalidité de la part de la caisse de pension A. dès le 27 avril 2001. L'AI a alloué à M. une rente entière d'invalidité dès le 1er avril 2001 en retenant une incapacité de travail de longue durée dès le 27 avril 2000. Le Tribunal des assurances du canton du Valais a retenu que M. avait été engagé pour une durée déterminée dès le 1er février 2000 pour effectuer un remplacement et que les rapports de travail inférieurs à 3 mois avaient pris fin le 27 avril 2000.

Il ressort du dossier que le recourant avait commencé à travailler pour la société Y. à partir du 29 janvier 2000 et avait été engagé jusqu'à la fin de la saison d'hiver 2000 comme cuisinier ainsi que pour les travaux de nettoyage après la fermeture saisonnière du café-restaurant situé sur un domaine skiable. Dès lors que la volonté des parties portait sur un engagement «jusqu'à la fin de la saison d'hiver», celles-ci ont conclu un contrat de durée déterminée. Même si le terme du contrat n'a pas été fixé pour une date précise, elles étaient en mesure d'en connaître la fin de façon suffisamment précise, puisqu'elles se sont référées à un laps de temps objectivement déterminable (la fin de la saison d'hiver plus le temps nécessaire pour les travaux de nettoyage).

La durée des rapports de travail ne dépasserait pas les 3 mois même si on considérait que les parties avaient convenu d'un engagement dès le 29 janvier 2000 (comme le prétend le recourant) au lieu du 1er février 2000 (comme l'a retenu le Tribunal cantonal). En effet, en partant du 29 janvier 2000, le délai de 3 mois serait arrivé à échéance au jour qui, dans le dernier mois, correspondait par son quantième au jour du départ du délai (cf. art. 77, al. 1, ch. 3, CO), soit le 29 avril 2000. Or, les rapports de travail avaient déjà pris fin à cette date-là. Par conséquent, le recourant n'était pas soumis à l'assurance obligatoire au sens de l'art. 1, al. 1, let. b, OPP 2.

509 Problématique concernant la réglementation de la prévoyance professionnelle dans le cadre de jugements de divorce étrangers

(Référence à l'arrêt du TF du 11 mars 2004, 5P.330/2003; arrêt en allemand)

(Art. 122 à 124, 141 et 142 CC et art. 22, 22a et 25a LFLP, art. 73 al. 1 LPP, art. 25, 27 et 65 LDIP)

Des jugements des tribunaux de divorce étrangers peuvent être reconnus et exécutés en Suisse conformément aux règles à la LDIP également en ce qui concerne la réglementation de la prévoyance professionnelle. Toutefois, ils devront être compatibles avec l'ordre public qui demeure réservé. Des jugements étrangers incompatibles avec la réglementation relative au libre passage ou au divorce ne sont pas exécutoires. Tel n'est pas le cas si les parties conviennent d'une solution calquée sur les art. 122 ss. CC et sur le 2ème pilier.

Si l'institution de prévoyance n'a pas confirmé le caractère réalisable du partage, la cour étrangère ne peut fixer que le principe et l'étendue du partage. Le calcul de la prestation doit être effectué par le tribunal compétent en Suisse.

510 Pas de compensation avec les cotisations suite à un versement anticipé pour le logement d'un montant trop élevé

(Référence à l'arrêt du TFA du 20 septembre 2005, en la cause S. contre Fondation C.; arrêt B 42/05 en français)

(art. 120 CO)

En février 1998, S. a perçu un certain montant au titre de versement anticipé pour le logement. La Fondation C. a considéré que ce montant était trop élevé et a compensé la somme perçue en trop avec les cotisations encaissées du 1er mars 1998 au 31 décembre 2002.

Une institution de prévoyance n'est pas en droit de compenser une créance résultant d'un montant crédité à tort à l'assuré à titre de versement anticipé pour le logement avec les bonifications de vieillesse et les intérêts crédités sur le compte individuel de celui-ci postérieurement au versement anticipé. Dès lors que l'avoir de vieillesse de S. au 31 décembre 2002 n'était pas susceptible d'être versé sous forme de prestations, il ne pouvait pas faire l'objet d'une compensation (cf. art. 120 al. 1 CO; ATF 130 V 422 consid. 6.2). Si la Fondation C. estimait avoir versé à S. un montant trop élevé, elle devait intenter une action en restitution de l'indu (cf. art. 62 ss CO ; ATF 130 V 417 consid. 2, 128 V 50 et 236).

493 Compétence du tribunal de l'art. 73 LPP, action en responsabilité par l'assuré et critères de répartition des fonds libres

(Référence à l'arrêt du TFA du 25 juillet 2005, en la cause M. contre le Fonds de prévoyance en faveur du personnel de la fiduciaire des arts et métiers SA en liquidation et A., G., C. et Z. SA ; arrêt B 6/05 en français)

(art. 52, 73 et 74 LPP)

L'assuré M., licencié par Z. SA, a intenté devant le Tribunal des assurances du canton de Vaud une action en responsabilité contre 3 membres du conseil de fondation A., G. et C. ainsi que contre la société Z. SA et le Fonds lui-même en raison des actes de ses organes. M. prétend que A., G., C., Z. SA et le Fonds seraient responsables d'avoir soi-disant versé indûment une rente de vieillesse à R., ancien administrateur de Z. SA ainsi qu'une rente de veuve à l'épouse de R après le décès de celui-ci. De plus, M. conteste devant ce même tribunal les critères de répartition des fonds libres.

Selon l'art. 52 LPP, les personnes chargées de l'administration, de la gestion et du contrôle de l'institution de prévoyance répondent du dommage qu'elles lui causent intentionnellement ou par négligence. Le tribunal désigné par l'art. 73 al. 1 LPP statue sur les prétentions en responsabilité émises à ce titre (art. 73 al. 1, 2e phrase, LPP). La créance en responsabilité contre les personnes mentionnées appartient toutefois uniquement à l'institution de prévoyance. Les assurés eux-mêmes ne peuvent faire valoir aucune prétention à ce titre. La voie de l'art. 73 LPP n'est donc pas ouverte contre une action en responsabilité d'un assuré fondée sur le droit de la prévoyance professionnelle (art. 52 LPP). Plus généralement, la responsabilité de l'institution de prévoyance à l'égard des assurés ou de tiers relève de la responsabilité des organes d'une personne morale selon l'art. 55 CC et ressortit en conséquence aux juridictions civiles (arrêt H. du 10 mars 2004, B 37/03). Quant à la prétention en responsabilité dirigée contre l'employeur, elle ne relève pas non plus des juridictions désignées par l'art. 73 LPP (cf. ATF 120 V 26).

Les décisions de l'autorité de surveillance relatives à l'approbation d'un plan de répartition, en cas de liquidation totale ou partielle, sont sujettes à recours selon l'art. 74 LPP (ATF 119 Ib 50 consid. 1c; consid. 1.2 non publié de l'arrêt ATF 128 II 394 du 10 septembre 2002, 2A.54/2002; cf. aussi RSAS 1995 p. 377 consid. 3). Par conséquent, les griefs à l'encontre d'un plan de répartition ne peuvent pas être invoqués par la voie de l'action, mais par la voie du recours administratif à la Commission de recours LPP, puis au Tribunal fédéral (cf. ATF 128 II 394). En revanche, le point de savoir si une personne remplit les critères adoptés dans le plan de répartition entré en force est une question qui relève de l'exécution même du plan de répartition et qui doit être examinée selon la voie de droit de l'art. 73 LPP (arrêt R. du 14 novembre 2003, B 41/03; arrêt K. du 3 mars 2005, B 107/04). Dès lors, même si le plan de répartition est entré en force, un assuré peut faire valoir à l'encontre de l'institution de prévoyance, par la voie de l'action selon l'art. 73 LPP, une prétention tirée du fait que l'institution lui aurait refusé le droit à tout ou partie des fonds libres au motif qu'il ne remplit pas les critères prévus par le plan de répartition.

494 En l'absence d'une situation de liquidation totale ou partielle, l'employeur n'a pas à répondre du découvert technique en cas de sous-couverture envers l'institution de prévoyance

(Référence à l'arrêt du TFA du 30 juin 2005 dans l'affaire Caisse de pensions de l'ASCOOP contre M. SA en liquidation et N. SA en liquidation, B 82/04; arrêt en allemand)

(Art. 19 LFLP, art. 23 LFLP dans sa version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2004)

L'assemblée générale de M. SA a décidé le 11 octobre 2002 de dissoudre la société. N. SA a pris une décision identique le 11 avril 2003. Un grand nombre d'employées des deux entreprises de chemins de fer est entré au service des CFF.

Le 18 mars 2003, l'OFAS a informé la Caisse de pensions de l'ASCOOP qu'il renonçait à ordonner une liquidation partielle en relation avec M. SA. Dans sa lettre du 22 avril 2003, sous la remarque "Sorties de l'ASCOOP et dissolution du contrat d'affiliation M. et N.", l'ASCOOP a informé que, dès lors que l'OFAS ne demandait pas la liquidation partielle dans le cas de M. elle avait décidé, de son côté, de transférer les prestations de sortie non réduites aux collaborateurs des deux sociétés. En même temps toutefois, elle chiffrait le déficit actuariel qui en résultait à 1'774'640.50 francs et demandait aux entreprises de chemins de fer de lui transférer ce montant dans les 30 jours.

Au vu de la décision de l'OFAS entrée en force selon laquelle les conditions pour une liquidation partielle ne sont pas réalisées, se pose la question de savoir si les conventions d'affiliation conclues entre les parties ont été résiliées et le cas échéant, à quel moment. La cour cantonale a répondu par la négative et a conclu que les conventions d'affiliation n'ont pas été résiliées. Conformément à l'art. 105, al. 2, OJ, le TFA estime être lié par les faits constatés par la dernière instance.

L'instance cantonale a en outre décidé que ni la loi, ni le règlement ne permettent de conclure à une obligation pour les défenderesses de prendre en charge le déficit actuariel. Ce déficit est dû au fait que la prestation de libre passage des assurés sortant ne peut pas être réduite en raison d'une situation de découvert, contrairement à la situation d'une liquidation totale ou partielle (non réalisée ici), à l'occasion de laquelle une personne assurée peut avoir des prétentions aux fonds libres mais peut aussi voir sa prestation de sortie réduite du fait d'une situation de découvert, auquel cas l'avoir de retraite ne peut pas être diminué (art. 19 LFLP, art. 23 LFLP dans sa version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2004, art. 53d LPP, en vigueur depuis le 1er janvier 2005.

A défaut d'effet rétroactif, le nouvel art. 65d, al. 3 let. a LPP en vigueur depuis le 1er janvier 2005 n'est pas applicable au présent cas.

495 Incidence du changement d'institution de prévoyance par l'employeur sur l'incapacité de travail d'une salariée

(Référence à un arrêt du TFA du 19 juillet 2005 dans la cause S., fondation collective en liquidation contre P. fondation, B 9/05, arrêt en allemand)

(Art. 23 LPP)

S. était occupée depuis le 1er juin 1995 à titre d'aide infirmière à 60% dans un home médicalisé et était assurée pour la prévoyance professionnelle auprès de la fondation P. L'employeur s'affilia par la suite avec effets au 1er janvier 1999 à la fondation collective S.

Au mois d'août 1998 déjà, S. s'était plainte de douleurs dorsales et s'est annoncée à l'assurance-invalidité qui, par l'intermédiaire de l'office AI du canton de St-Gall, lui a octroyé une demi-rente d'invalidité dès le mois d'août 2000.

Aussi bien la fondation collective S. que la fondation P. ont refusé de lui verser une rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle et l'ont renvoyé à s'adresser à cet effet à l'autre institution de prévoyance.

L'unique question litigieuse en l'espèce porte sur la question de savoir laquelle des deux fondations de prévoyance est tenue à prestations. Il ressort des considérants que la cour cantonale n'a pas examiné si S. a changé de la première institution de prévoyance à la deuxième en tant qu'assurée active ou autrement (à titre d'assurée passive, resp. de bénéficiaire de rentes). A cette question, la recourante n'oppose finalement

comme seul argument pertinent que la détermination du début de l'incapacité de travail invalidante selon l'article 23 LPP est facilement reconnaissable «… car le capital de couverture transféré à la fondation S. ne contenait que les avoirs de vieillesse et non la part afférente aux rentes futures. Si l'incapacité de travail déterminante à l'origine de l'invalidité est survenue alors que l'assurée était affiliée à la fondation P, le capital de couverture nécessaire au financement de ce cas devrait être calculé pour cette dernière et non être transféré à la fondation collective S. étant donné que c'est le règlement de la première institution de prévoyance qui détermine le droit à la prestation…».

Cette objection ne change rien au fait qu'à la date de la résiliation du contrat d'affiliation au 31 décembre 1998, la fondation P. a transféré un capital de couverture d'un montant de 1'560'782,85 francs, inclus, selon les indications de la partie défenderesse, «l'ensemble des capitaux de couverture pour les assurés actifs et pour les rentiers». On ne peut pas non plus prendre en considération que seule l'assurée S. est restée affiliée à la fondation P. au cas où l'on avait pris connaissance, lors du changement d'institution de prévoyance, d'une éventuelle incapacité de travail pouvant conduire par la suite à une invalidité. Il n'y a en effet aucun élément permettant de déduire que les parties concernées par la résiliation du contrat d'affiliation et l'affiliation de l'employeur à la nouvelle institution de prévoyance ont spécialement prévu pour l'assuré S. une telle procédure alors que cependant tous les assurés passifs (rentiers) sont transférés à l'institution de prévoyance recourante.

Traiter différemment les travailleurs dont le cas d'assurance selon l'article 23 LPP –à savoir dont l'incapacité de travail déterminante qui conduit à l'invalidité est déjà survenue- que les autres assurés actifs et les rentiers n'est pas conciliable avec le principe de l'égalité de traitement des destinataires, un élément clef de la prévoyance professionnelle.

496 Le fait que l'un des conjoints ait atteint l'âge à partir duquel il peut prendre une retraite anticipée en vertu des dispositions réglementaires de son institution de prévoyance n'empêche pas le partage de la prestation de sortie en cas de divorce

(Référence à l'arrêt du TFA du 28 juin 2005 dans l'affaire Caisse de pensions de l'Etat de Vaud contre A. et B., B 19/05; arrêt en français)

(Art. 122, al. 1 et 124, al. 1 CC; art. 47, al. 1, LCP-VD)

Lorsqu'un assuré quitte son institution de prévoyance avant la survenance d'un cas de prévoyance (cas de libre passage), il a droit à une prestation de sortie. En règle générale, le cas de prévoyance « vieillesse » se produit, 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. Les dispositions réglementaires de l'institution de prévoyance peuvent toutefois prévoir que le droit aux prestations de vieillesse prend naissance dès le jour où l'activité lucrative prend fin. L'assuré n'a ainsi droit à la prestation de sortie que s'il quitte l'institution de prévoyance avant d'avoir atteint l'âge réglementaire pour prendre une retraite anticipée.

En cas de divorce, la situation est toutefois différente. Le fait que l'un des conjoints ait atteint l'âge à partir duquel il peut prendre une retraite anticipée, selon les dispositions de son institution de prévoyance, n'empêche pas le partage de la prestation de sortie en cas de divorce. Par la survenance d'un cas de prévoyance au sens des art. 122 et 124 CC, il faut entendre la naissance d'un droit concret à des prestations de la prévoyance professionnelle qui rend ainsi impossible le partage des avoirs de prévoyance.

Un conjoint ne saurait en effet être privé de la moitié des avoirs de prévoyance à laquelle il a droit en cas de divorce en vertu de l'art. 122 al. 1 CC. Selon la volonté du législateur, chaque époux a un droit inconditionnel à la moitié des expectatives de prévoyance constituées pendant le mariage. En cas de divorce, la survenance du cas de prévoyance « vieillesse» se produit au moment où l'assuré perçoit réellement des prestations de

vieillesse de son institution de prévoyance professionnelle, et non pas dès l'instant où il pourrait prendre une retraite anticipée en vertu des dispositions réglementaires de son institution de prévoyance.

497 Une réglementation dérogeant à la LPP qui ne prévoit pas pour les rentes de vieillesse des rentes pour enfants recueillis et du premier lit ne porte pas atteinte aux principes constitutionnels de l'égalité de traitement et de l'interdiction de l'arbitraire

(Référence à l'arrêt du TFA du 30 juin 2005 dans la cause E contre la caisse de pension de l'UBS, B 84/03 ; arrêt en allemand)

(Art. 8 al. 1 et 9 Cst. féd. ; art. 17, 20 et 49 LPP ; montant des rentes pour enfants pour les rentes de vieillesse dans le cadre de la prévoyance professionnelle plus étendue)

Dans les limites de la LPP, les institutions de prévoyance peuvent adopter le régime des prestations, le mode de financement et l'organisation qui leur conviennent (art. 49, 1er al., LPP). Par ailleurs, en vertu du 2e alinéa de cette disposition, une institution de prévoyance peut librement déterminer dans son règlement –à la condition de respecter toutefois les principes constitutionnels de l'égalité de traitement, de la proportionnalité ainsi que de l'interdiction de l'arbitraire- dans quelle mesure les personnes appartenant au cercle de l'assuré peuvent bénéficier des prestations.

Il se pose dès lors la question de la conformité à la loi d'une disposition réglementaire qui ne prévoit des rentes pour enfants pour la prévoyance vieillesse obligatoire que pour les enfants dont le lien parental avec l'assuré ressort de l'article 252 CCS et qui exclut par conséquent les rentes de vieillesse pour les enfants recueillis et ceux du premier lit. Il est particulièrement intéressant d'examiner en premier lieu si cette disposition réglementaire ne contrevient pas aux principes de l'égalité de traitement et de l'interdiction de l'arbitraire.

Il y a lieu de constater avec l'OFAS que l'article 43, 2e alinéa du règlement de la caisse de pension prévoit expressément des prestations de vieillesse seulement pour les enfants ayant un rapport de paternité. L'application par analogie de la formulation contenue à l'article 252 CCS «…force du mariage du père avec la mère…» permet de déduire à partir du texte clair et de l'application du principe de la confiance que seuls sont visés les enfants nés pendant le mariage, ce qui exclut justement les enfants recueillis et ceux du premier lit.

Cette disposition réglementaire ne transgresse pas l'égalité de traitement quant au droit aux prestations pour enfants à l'égard, d'une part, de ceux qui jouissent au sens du droit de la famille d'un lien de parenté avec le père et, d'autre part, les enfants recueillis et les enfants d'un premier lit.

Les prestations du régime obligatoire de la prévoyance professionnelle servent –contrairement à la prévoyance plus étendue- uniquement à garantir le maintien de façon appropriée du niveau de vie antérieur. C'est pourquoi, il paraît justifié pour la prévoyance obligatoire où est instituée une obligation d'entretien dans le cadre légal ou contractuel, d'octroyer au bénéficiaire d'une rente de vieillesse, outre son propre droit à la rente, une rente complémentaire pour enfant. Ce principe vaut en particulier pour les rentes pour enfants qui ne couvrent que la part de revenus de la vie active en remplacement des allocations pour enfants versées par l'employeur (SJZ 2003, p. 432).

498 Prévoyance professionnelle obligatoire pour les collaborateurs libres travaillant dans l'informatique

(Référence à l'arrêt du TFA du 21.07.05 en la cause M. contre fondation de prévoyance du personnel de S. SA, B 22/05 ; arrêt rendu en allemand)

(Art. 1, al. 1, let. b, OPP 2)

Du 1er mai 1988 à fin août 1995, M. a animé des séminaires informatiques internes et externes pour le compte de la société S. SA. Il a exercé cette fonction en tant qu' «instructeur informatique», d'abord sur la base d'un contrat de travail pour la période allant du 1er mai 1988 au 31 décembre 1990, puis sur la base de deux «contrats-cadres sur l'organisation et le développement de la formation» pour les périodes allant du 1er septembre 1991 au 30 août 1992 et du 1er avril 1993 au 1er avril 1994, et, enfin, sur la base de «contrats individuels» en 1994 et 1995 (deux séminaires du 6 au 24 juin et du 7 au 25 novembre 1994 et - en dernier lieu - du 14 au 30 août 1995).

La question qui se pose en l'espèce est celle de savoir si le recourant était soumis à l'assurance obligatoire selon la LPP en qualité de travailleur salarié lorsque est survenue son incapacité de travail invalidante, en février 1995. Tel n'était pas le cas de l'avis des premiers juges, qui ont certes qualifié le recourant de travailleur salarié (au sens de la LPP) pour toute son activité chez S. SA, c.-à-d. également pour la période postérieure à l'expiration de son contrat de travail à la fin de 1990, mais qui ont estimé que la courte durée des engagements intervenus en 1994 et 1995 entraînait une exception à l'obligation d'assurance conformément à l'art. 1, al. 1, let. b, OPP 2 (contrats de travail ne dépassant pas trois mois).

L'intimée et la société S. SA se rangent à l'avis de l'instance cantonale quant au résultat, car elles estiment toutes deux qu'à partir de 1991, le recourant avait le statut de travailleur indépendant et qu'à ce titre, il n'était pas assuré obligatoirement. Le recourant considère que depuis septembre 1991, il faisait, en qualité de salarié, du travail sur appel pour S. SA et qu'il devait être assuré selon la LPP.

Pour la qualification des rapports de travail selon la LPP, les critères juridiques de l'AVS sont déterminants, sans toutefois que le statut de cotisations AVS soit formellement contraignant. La jurisprudence a développé des critères de distinction entre activités indépendante (art. 9, al. 1, LAVS) et dépendante (art. 5, al. 2, LAVS); selon ces critères, les collaborateurs libres travaillant dans l'informatique sont en principe considérés comme exerçant une activité dépendante, à moins que l'ensemble des circonstances du cas particulier ne parle en faveur d'une activité indépendante.

Dans VSI 2001, pp. 55 ss, le TFA a précisé que même en l'absence d'un risque d'entrepreneur, on doit considérer une activité comme indépendante lorsqu'il existe une autonomie qualifiée dans l'organisation du travail. Autrement, le critère d'autonomie dans l'organisation du travail en tant que tel devrait être écarté, avec pour conséquence que les collaborateurs informaticiens, qui n'ont pratiquement pas d'investissements à faire dans le domaine des services, ne pourraient plus du tout être considérés comme des personnes exerçant une activité indépendante, ce qui n'est certainement pas le but ni le sens de la jurisprudence.

La question de savoir si le recourant devait être qualifié de travailleur dépendant ou indépendant est, en l'espèce, controversée et n'a pas à être tranchée. Est en effet seul déterminant ici le fait qu'au printemps 1995 (survenance de l'incapacité de travail invalidante), il n'existait pas de rapport de travail fixe et durable.

499 Encouragement à la propriété du logement et divorce: Prise en compte du versement anticipé dans le partage de la prestation de sortie

(Référence à l'arrêt du 22.07.05 en la cause OFAS contre P., B 18/04 ; arrêt rendu en français)

(Art. 22, al. 1 et 2 LFLP, 30c, al. 6, et 30d LPP)

Dans le cas d'espèce, les ex-époux ont tous deux obtenu un versement anticipé pour acquérir ensemble un appartement en co-propriété. Ils ont par la suite acheté une maison, qu'ils ont habité durant quelques années et qu'ils ont été contraints de vendre aux enchères sans pouvoir désintéresser tous leurs créanciers.

Saisi d'un litige concernant la prestation de libre passage à partager suite au divorce, le tribunal cantonal a estimé qu'il convenait de prendre en compte les versements anticipés obtenus par chacun des ex-époux.

Le recourant conteste ce point de vue. Selon lui, les versements en question auraient été transférés sur la maison et auraient servi de manière indirecte au financement du second immeuble, de sorte qu'ils devraient être considérés comme faisant «partie de la masse en faillite» liée à la vente aux enchères de cet immeuble. Comme la réalisation de celui-ci n'aurait pas permis de rembourser les versements anticipés, ceux-ci ne pourraient plus être partagés.

Le TFA a rejeté ce moyen, jugeant que le dossier de la cause ne permettait pas de conclure que les montants versés par les institutions de prévoyance avaient été réinvestis dans le second immeuble, vendu aux enchères. D'autre part, il a considéré que si l'on suivait le raisonnement du recourant, cela reviendrait à admettre que l'assuré peut soustraire le versement anticipé du circuit de la prévoyance à l'insu et, partant, sans l'accord de l'institution de prévoyance. Dans la constellation évoquée par le recourant - affilié contractant des dettes hypothécaires pour un premier logement, les amortissant en partie grâce au versement anticipé, puis augmentant le montant de l'hypothèque et utilisant l'argent pour l'acquisition d'un second immeuble -, l'affilié aurait la possibilité d'éluder l'annotation de la restriction du droit d'aliéner et les règles sur le remboursement du versement anticipé. Une telle opération permettrait d'utiliser le capital de prévoyance à des fins autres que l'accès à la propriété et ne serait donc pas compatible avec l'exigence que le versement anticipé reste lié à la prévoyance professionnelle et serve à son maintien. Le montant anticipé est d'ailleurs versé au vendeur ou au prêteur sans que l'assuré puisse en bénéficier librement (cf. art. 6, al. 2, OEPL). Si aucune disposition légale n'interdit à l'assuré qui a bénéficié d'un versement pour amortir un prêt hypothécaire de convenir avec sa banque d'augmenter ce prêt et d'utiliser les fonds ainsi libérés pour acquérir des biens mobiliers, cette opération n'a pas, du point de vue de la prévoyance professionnelle, d'effet sur le versement anticipé effectué précédemment, qui reste lié à l'immeuble acquis (consid. 3).

Le TFA a également rappelé que si l'utilisation du logement «pour ses propres besoins» (art. 30c, al. 1, LPP et 4, al. 1, OEPL) était une condition du droit au versement anticipé, le fait que cette exigence ne soit plus remplie par la suite n'entraînait en revanche pas une obligation de remboursement du montant versé (cf. également à ce sujet le bulletin de la prévoyance professionnelle n° 55, p. 12).

500 Pas de droit à une part des réserves de fluctuation lorsque des avoirs sont transférés en espèces dans le cadre d'une liquidation partielle

(Référence à un arrêt du Tribunal fédéral du 9 juin 2005, dans la cause opposant 10 assurés et la caisse de pensions H., anciennement caisse de pensions V., à la caisse de pensions A., 2A.451/2004 ; arrêt en allemand)

Suite à la vente par A. SA d'une partie de l'entreprise à l'actuelle H. Sàrl, 734 assurés actifs ont quitté la caisse de pensions A. pour être transférés dans la caisse de pensions V. nouvellement fondée et qui est l'actuelle caisse de pensions H. Les autorités cantonales de surveillance compétentes ont considéré qu'il s'agissait là d'une liquidation partielle et ont approuvé le plan de répartition qui leur était présenté. Les différents assurés ainsi que la caisse de pensions repreneuse ont recouru contre cette décision auprès de la Commission fédérale de recours LPP en concluant essentiellement à une part des réserves de fluctuation de la caisse de pensions A. La Commission fédérale de recours LPP a rejeté le recours. Les assurés déboutés et la caisse de pensions H. ont alors recouru auprès du Tribunal fédéral.

En l'espèce, la seule question litigieuse est de savoir si le principe de l'égalité de traitement exige ou non le transfert de 42 (éventuellement 41,2) millions de francs supplémentaires en faveur des assurés qui ont été repris par la caisse recourante H.

Les assurés qui sont touchés par la liquidation partielle de leur institution de prévoyance disposent, en plus de leur droit à la prestation de sortie, d'un droit (individuel ou collectif) à une part des fonds libres. La caisse de pensions intimée A. a calculé les fonds libres revenant aux assurés qui ont quitté A. et dont les droits sont litigieux en l'espèce. A. a ensuite transféré ces fonds en espèces avec la prestation de sortie restante à la caisse de pensions recourante H., comme cela avait été convenu.

Lorsqu'une institution de prévoyance est en liquidation partielle, elle peut se prévaloir de «l'intérêt à la pérennité de l'institution de prévoyance». A ce titre, l'institution de prévoyance constitue les réserves et les provisions dont elle a besoin après la fin de la liquidation partielle, sur le plan des risques actuariels et des risques liés aux placements, pour maintenir la prévoyance des assurés restants dans les mêmes conditions que précédemment; c'est pourquoi les réserves de fluctuation font partie des actifs. En plus de l'intérêt à la pérennité, il faut aussi tenir compte du principe fondamental de l'égalité de traitement en cas de liquidation partielle.

Le Tribunal fédéral considère comme mal fondé l'argument des recourants selon lequel ils seraient dans une situation particulière au motif que la caisse de pensions V. (actuellement H.) est une institution nouvellement créée et qu'elle ne dispose pas de réserves ni de placements. En cas de transfert d'assurés venant d'une autre caisse de pensions, la situation d'une institution de prévoyance nouvellement créée ne diffère pas fondamentalement de celle d'une institution déjà existante; cette dernière dispose certes de réserves mais seulement pour l'effectif des assurés déjà présents. D'autre part, les réserves de fluctuation constituent un poste du bilan servant à la couverture du risque lié aux fluctuations de valeur des placements de l'institution de prévoyance et une correction comptable de ce poste du bilan est également admissible dans le cadre d'une liquidation partielle en raison de l'intérêt à la pérennité de l'institution de prévoyance. Par conséquent, il n'y a rien à objecter au fait que la caisse de pensions intimée ait révisé ses réserves de fluctuation et les ait réduites à 41,2 millions de francs environ.

Comme les réserves de fluctuation constituent un poste particulier à corriger dans les actifs et que, dans la présente affaire, ce correctif reste dans les limites de l'admissible, les recourants auraient dû les déduire lors de leur calcul comparatif des degrés de couverture. Ils auraient alors constaté qu'il n'y avait pas de différence entre les degrés de couverture des deux institutions de prévoyance. Cette comparaison (corrigée) des degrés de couverture constitue un indice que les assurés sortants et les assurés restants ont été traités de manière égalitaire dans le cas d'espèce.

Par contre, les deux caisses de pensions se trouvent dans une situation fondamentalement différente en ce qui concerne les réserves de fluctuation; en effet, la caisse de pensions intimée a des réserves de fluctuation pour 360 millions de francs, tandis que la caisse recourante n'en a pas du tout, puisqu'elle a obtenu en espèces la totalité des avoirs à transférer. Comme les réserves de fluctuation ont pour but de compenser les variations de valeur des placements, il est logique que ces réserves ne soient pas constituées avec des avoirs en espèces, car ceux-ci ne sont pas soumis à des fluctuations de valeur. Par conséquent, il n'y a pas de droit à une part des réserves de fluctuation lorsque des avoirs sont transférés en espèces dans le cadre d'une liquidation partielle.

Le fait que la nouvelle institution de prévoyance procède au placement des avoirs transférés et qu'elle doive ensuite constituer elle-même des réserves de fluctuation pour ses nouveaux actifs ne change rien à ce résultat. L'institution de prévoyance qui a reçu les avoirs transférés en espèces est totalement libre dans le choix de sa stratégie de placements et n'est donc pas liée par celle de l'institution qui a transmis lesdits avoirs. Ce principe reste valable avec l'entrée en vigueur du nouvel art. 27h OPP 2, car celui-ci prévoit certes expressément un droit collectif de participation proportionnelle aux réserves de fluctuation mais seulement dans la mesure où les risques actuariels et les risques liés aux placements sont également transférés; or, tel n'est pas le cas lorsque le transfert des avoirs s'effectue intégralement en espèces.

488 Refus de prestations de survivants et faute de l'assuré

(Référence à l'arrêt du TFA du 14 avril 2005, en la cause A. et B. contre Fondation collective LPP de la Rentenanstalt, B 133/04 ; arrêt en français)

(art. 34a LPP et 25, al. 2, OPP 2)

Un assuré est décédé dans un accident de voiture. Il ne portait pas la ceinture de sécurité et il avait un taux d'alcoolémie de 3,37 grammes pour mille. L'assureur-accidents a réduit les prestations de survivants de 50 % au motif que l'assuré avait provoqué l'accident en commettant un délit. L'institution de prévoyance (IP) a refusé le versement de prestations de survivants en faisant valoir qu'elle n'était pas tenue de compenser la réduction de prestations opérée par l'assureur-accidents, de sorte que les rentes LAA devaient être comptées comme si elles avaient été versées entièrement. Il en résultait que le total des revenus à prendre en compte dépassait 90 % du gain présumé perdu de l'assuré décédé.

Selon l'art. 25, al. 2, OPP 2 (dans sa version jusqu'au 31.12.2004), l'IP n'est pas obligée de compenser le refus ou la réduction de prestations que l'assurance-accidents ou l'assurance militaire a décidé parce que le cas d'assurance a été provoqué par la faute de *l'ayant droit*. En l'espèce, l'art. 9 ch. 1 du règlement de l'IP prévoit une réglementation semblable, mais à la différence que la non-compensation intervient si le sinistre a été provoqué par la faute de *l'assuré*.

Selon le TFA, on ne saurait s'arrêter à une lecture purement littérale de l'art. 25, al. 2, OPP 2. Quand des prestations de survivants sont réduites par l'assureur-accidents, il est conforme à l'esprit et au but de l'art. 25, al. 2, OPP 2 que l'IP ne soit pas tenue de compenser, en tout ou en partie, les conséquences de cette réduction; la possibilité de cumuler les prestations de plusieurs assurances ne saurait l'emporter sur l'obligation des survivants d'assumer une part du dommage. Il s'agit là de la conséquence logique prévue par la loi de réduire les prestations de survivants même en l'absence de faute de ces derniers. Le projet d'ordonnance du 2 août 1983 stipulait à son art. 20, al. 2 (qui est devenu l'art. 25, al. 2): « Lorsque l'assurance-accidents ou l'assurance militaire n'octroie pas des prestations complètes de survivants ou d'invalidité parce que la cause qui est à l'origine du décès ou de l'invalidité n'est pas entièrement couverte par l'une de ces assurances, l'institution de prévoyance est tenue à prestations dans une proportion limitée. Elle n'est cependant pas obligée de compenser le refus ou la réduction de prestations que l'assurance-accidents ou l'assurance militaire a décidé parce que le cas d'assurance a été provoqué par une faute ». La formulation large de cette dernière phrase pouvait viser aussi bien le comportement fautif de l'assuré (pour des prestations d'invalidité ou de survivants) que celui des ayants droit (pour des prestations de survivants). L'adjonction du mot *« ayant droit »* dans la version définitive de l'ordonnance relève d'une modification purement rédactionnelle dans laquelle on ne peut déceler une quelconque volonté du Conseil fédéral de ne pas appliquer cette règle aux prestations de survivants en cas de faute de l'assuré décédé.

En définitive, la non-compensation prévue par l'art. 25, al. 2, OPP 2 vaut également en cas de réduction des prestations de survivants de l'assurance-accidents en raison d'un comportement fautif de l'assuré.

489 Institution de prévoyance de droit public; modification du règlement Financement intégral de l'institution de prévoyance: augmentation des cotisations de l'employeur; délimitation des voies de droit selon les art. 73 et 74 LPP

(Référence à l'arrêt du Tribunal fédéral du 13 mai 2005 en la cause E.-R. K., 2A.609/2004; arrêt en langue allemande)

(art. 50, 51, 62, 66, 73 et 74 LPP)

La caisse de pension de la ville de Lucerne est une institution de prévoyance de droit public dotée d'une personnalité juridique propre. Le 29 juin 2000, le Grand-Conseil de la ville de Lucerne a décidé que la caisse de pension passerait à un système fondé exclusivement sur la capitalisation. La ville de Lucerne a assumé au 1er janvier 2001 la totalité du découvert technique que la caisse affichait dans le bilan de liquidation établi au 31 décembre 2000, en s'engageant à compenser ce découvert par des contributions annuelles versées rétroactivement. Selon le règlement modifié, tout employeur affilié de la ville doit payer en annuités la part du découvert technique qui lui revient. Cette modification du règlement est entrée en vigueur le 31 décembre 2000.

Le litige porte tout d'abord sur la légalité de ladite modification. Selon les recourantes (les paroisses affiliées), la modification litigieuse viserait le financement intégral de la caisse et elles devraient prendre en charge seules, en tant qu'employeurs, un découvert de 530 235 francs échéant au 31 décembre 2000. La réglementation prévue des annuités destinées à couvrir le déficit technique modifierait ainsi rétroactivement la répartition des cotisations de prévoyance entre employeurs et salariés. Les recourantes n'auraient jamais donné leur accord à ce changement.

Aux termes de l'art. 62, al. 1, LPP, l'autorité de surveillance s'assure que les institutions soumises à sa surveillance se conforment aux prescriptions légales. Ce faisant, elle vérifie notamment la conformité des dispositions réglementaires avec les prescriptions légales (art. 62, al. 1, let. a, LPP). Conformément à l'art. 66, al. 1, LPP, l'institution de prévoyance fixe dans ses dispositions réglementaires le montant des cotisations de l'employeur et de celles des salariés. La somme des cotisations (contribution) de l'employeur doit être au moins égale à la somme des cotisations de tous les salariés. La part de l'employeur ne peut être augmentée qu'avec son assentiment (art. 66, al. 1, 3e phrase, LPP). Cette disposition s'applique également, du moins pour le régime obligatoire, aux institutions de prévoyance de droit public. La forme de l'assentiment n'est pas prescrite par la loi. Un assentiment tacite n'est pas exclu.

Les modifications de règlement relatives aux prestations du régime obligatoire relèvent de la seule compétence du Grand Conseil de la ville de Lucerne, l'organe paritaire ayant toutefois le droit d'être consulté préalablement (cf. art. 51, al. 5, LPP). Le fait que les employeurs aient été consultés ne permet pas à lui seul de conclure qu'ils ont donné leur accord. Personne ne conteste en effet que les recourantes n'ont jamais expressément approuvé la modification en question du règlement.

Conformément à l'art. 10 du contrat d'affiliation que les recourantes ont conclu avec la caisse de pension de la ville de Lucerne le 1er juin 1989, les modifications ultérieures des statuts de la caisse sont contraignantes pour l'employeur et ses assurés. Ainsi les recourantes se sont concrètement engagées à reconnaître les modifications futures du règlement. Ce principe empêche également que les employeurs affiliés n'entravent ou ne compliquent sérieusement la procédure d'adaptation du règlement de la caisse de droit public. Cette réglementation correspond à la reconnaissance unilatérale des institutions de prévoyance d'établir des règles de droit telle qu'elle découle de l'art. 50 LPP. Une exception à ce principe est toutefois créée par l'art. 66, al. 1, 3e phrase, LPP, qui accorde à l'employeur, par la réserve d'assentiment qu'il prévoit, une protection particulière contre l'augmentation unilatérale des cotisations d'employeur par les organes compétents pour édicter les règlements de l'institution de prévoyance.

L'assentiment donné au préalable à toute modification du règlement constitue une sorte de procuration générale accordée aux organes de la caisse qui peut avoir des conséquences importantes pour les employeurs concernés. Permettre sans poser d'autres conditions que l'employeur renonce à donner son accord à une décision unilatérale d'augmenter ses cotisations irait à l'encontre de la disposition de l'art. 66, al. 1, 3e phrase, LPP. Pour cette raison, il faut que les employeurs concernés aient la possibilité de résilier leur contrat suffisamment tôt, afin d'éviter que les nouvelles dispositions ne s'appliquent à leurs rapports de prévoyance. La fixation de la date de l'entrée en vigueur d'une modification du règlement a une incidence directe sur la question de savoir si les employeurs affiliés ont la possibilité de quitter la caisse suffisamment tôt. Il ne s'agit là pas (seulement) d'un litige concret impliquant deux parties, mais d'une question litigieuse générale qui intéresse le contrôle relevant du droit de la surveillance.

La loi fait certes une distinction de principe entre la voie de droit relevant du droit de la surveillance selon l'art. 74 LPP et celle pour les litiges concrets, notamment entre une institution de prévoyance et un employeur affilié, selon l'art. 73 LPP. Ces voies peuvent cependant se recouper lorsqu'il s'agit de l'examen abstrait de dispositions réglementaires sous l'angle de leur conformité avec la loi. En ce sens, l'admissibilité générale d'une disposition transitoire ou relative à l'entrée en vigueur peut être examinée du point de vue du droit de la surveillance, ce qui ouvre également la voie de droit selon l'art. 74 LPP. En revanche, pour les litiges portant sur des conséquences juridiques concrètes et impliquant une institution de prévoyance et un employeur affilié, il convient de renvoyer à la voie de droit selon l'art. 73 LPP.

Il est donc possible, pour les modifications de règlement, d'examiner du point de vue du droit de la surveillance si le droit transitoire ou la réglementation en matière d'introduction, y compris l'entrée en vigueur, sont conformes aux prescriptions légales au sens de l'art. 62, al. 1, let. a, LPP. Quant à savoir si, en l'espèce, le contrat a été résilié dans les délais et quelles sont les conséquences juridiques concrètes de la résiliation, ce sont là évidemment des questions qui concernent uniquement le rapport direct entre les parties et pour lesquelles, en cas de litige, la procédure selon l'art. 73 LPP est applicable.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 82

481 Révocation du versement en capital

(En référence à un arrêt du TFA du 31 janvier 2005 en la cause K. W. W., B 29/04,en allemand)

(Art. 37, al. 3, ancienne LPP; art. 37, al. 4, let. b, LPP)

Nous nous sommes prononcés, au ch. marginal 388 du Bulletin de la prévoyance professionnelle No 64 du 28 octobre 2002, sur le délai dont dispose la personne assurée pour revenir sur son choix d'un versement sous forme de capital plutôt que sous forme de rente. A l'époque, nous partions du principe qu'une personne assurée devait pouvoir revenir sur une décision qu'elle avait prise, mais, pour qu'il n'y ait pas de risque d'anti-sélection, nous avons affirmé qu'il convenait de limiter la révocation du choix du capital à un délai de six mois avant l'âge de la retraite. Or, le TFA a affirmé, dans l'arrêt mentionné ci-dessus, que l'art. 37, al. 3, ancienne LPP (en vigueur jusqu'au 31 décembre 2004) n'autorisait pas une révocation du droit formateur lorsque a commencé à courir le délai de trois ans avant la naissance du droit à des prestations de vieillesse.

Cette disposition légale ne porte que sur les conditions qui doivent être remplies pour qu'une personne assurée puisse exiger le versement de prestations de vieillesse de la prévoyance professionnelle sous forme de prestation en capital plutôt que sous forme de rente, mais elle ne prévoit aucune possibilité de révocation.

Le Conseil fédéral avait voulu introduire le délai légal de l'art. 37, al. 3, ancienne LPP pour protéger l'institution de prévoyance contre le danger du risque d'anti-sélection (message sur la LPP, FF 1976 I 217 s.). La LPP

prévoit aussi ailleurs un délai de trois ans en faveur des institutions de prévoyance. C'est ainsi que la personne assurée peut, au plus tard trois ans avant la naissance du droit aux prestations de vieillesse, faire valoir auprès de son institution de prévoyance le droit au versement d'un montant pour la propriété d'un logement pour ses propres besoins (art. 30c, al.1, LPP et art. 331e, al. 1, CO) ou mettre en gage son droit aux prestations de prévoyance (art. 331d, al. 1, CO), le remboursement d'un montant obtenu dans ce but étant aussi autorisé jusqu'à trois ans avant la naissance du droit aux prestations de vieillesse (art. 30d, al. 3, let. a, LPP). Ces dispositions non plus ne prévoient pas de possibilité de révocation lorsque le délai a commencé à courir. Le délai de trois ans devait empêcher ou réduire le risque d'anti-sélection. Il peut aussi y avoir un risque d'anti-sélection lorsqu'une personne assurée qui a opté pour un versement en capital revient sur sa décision parce qu'elle a jugé après-coup qu'elle allait probablement vivre plus longtemps et, de ce fait, qu'elle constituait un mauvais risque pour l'institution de prévoyance. Le but de l'art. 37, al. 3, ancienne LPP étant précisément de rendre impossible ce type de comportement, il ne serait pas judicieux de permettre une révocation qui ne respecterait pas le délai légal mentionné.

Si une personne assurée a pris une fois ce genre de décision, elle ne peut donc plus revenir en arrière, au moins lorsque le délai de trois ans a commencé à courir. Si le droit formateur pouvait être révoqué après le début du délai, toutes les personnes assurées pourraient user de la possibilité de révoquer la décision jusqu'au moment du paiement. De ce fait, la possibilité de choisir prévue à l'art. 37, al. 3, ancienne LPP ne serait plus limitée dans le temps pour ce groupe de personnes. Toutes les personnes assurées pourraient contourner la disposition au moyen d'une simple déclaration si bien que la norme pourrait être vidée de son contenu (soit empêcher ou freiner le risque d'anti-sélection). Pour prévenir ce genre d'abus, la révocation ne doit être autorisée que jusqu'à trois ans au plus avant la naissance du droit à des prestations de vieillesse de la prévoyance professionnelle.

Mise à jour

Dans cadre de la 1re révision LPP, le législateur a élaboré une nouvelle version de l'art. 37 LPP (forme des prestations) et remplacé l'al. 3 par deux nouveaux alinéas (le nouvel article est en vigueur depuis le 1er janvier 2005). Selon l'art. 37, al. 4, let b, LPP, il n'existe plus de délai légal que la personne assurée doit respecter pour faire connaître sa volonté ; l'institution peut par contre prévoir que les ayants droit aient à respecter un délai déterminé pour faire savoir qu'ils désirent percevoir une prestation en capital.

En raison de cette jurisprudence – même si elle se réfère à l'art. 37, al. 3,ancienne LPP –, nous estimons quant à nous qu'il faut aussi partir du principe que le nouvel art. 37, al. 4, let. b, LPP n'autorise pas une révocation de droit formateur après le début du délai fixé par l'institution de prévoyance pour faire connaître sa volonté de percevoir une prestation en capital.

482 Institutions enveloppantes en primauté des cotisations : taux d'intérêt nul en cas de découvert

(En référence à un jugement du tribunal des assurances du canton d'Argovie du 11 janvier 2005 en la cause A.P.)

(Art. 17 LFLP ; directives du 21 mai 2003 concernant des mesures destinées à résorber les découverts dans la prévoyance professionnelle)

Le ch. 33 des directives affirme que les institutions de prévoyance enregistrées en primauté des cotisations qui étendent la prévoyance au-delà des prestations minimales de la LPP (institutions de prévoyances dites enveloppantes) peuvent, en cas de découvert, appliquer à l'ensemble de l'avoir d'épargne un taux d'intérêt réduit ou nul en application du principe d'imputation. Le tribunal des assurances du canton d'Argovie, invoquant la jurisprudence du TFA relative au principe d'imputation (adaptation au renchérissement : 127 V 264 ; calcul

du libre passage : 114 V 248 ; réduction des rentes pour cause de surindemnisation : B 74/03), juge conforme au système d'invoquer le principe d'imputation également dans le cas de rémunération réduite ou nulle des avoirs. Comme cela est le cas pour les situations sur lesquelles la jurisprudence s'est déjà prononcée, deux calculs sont mis en parallèle, l'un portant sur le seul domaine LPP obligatoire et l'autre sur l'ensemble des domaines obligatoire et surobligatoire ; les droits légaux des assurés doivent dans tous les cas être préservés. Le ch. 33 des directives correspond donc à la jurisprudence et ne doit pas être mis en cause. Pour ce qui est du principe d'imputation, les prescriptions légales minimales doivent être respectées. Le ch. 331, al. 2, des directives le prévoit aussi. L'application prévue d'un intérêt nul, conformément au principe d'imputation, présuppose que le taux minimal continue à s'appliquer sur la part obligatoire. En outre les cotisations minimales versées lors de la sortie de l'institution de prévoyance, selon l'art. 17 LFLP doivent-elles être garanties. Par ailleurs, l'application d'un taux nul selon le principe d'imputation n'est autorisée que si cette possibilité est prévue dans le règlement (ch. 331 des directives).

Mise à jour

Le 27 octobre 2004, le Conseil fédéral a édicté les nouvelles directives concernant des mesures destinées à résorber les découverts dans la prévoyance professionnelle et abrogé les anciennes directives du 21 mai 2003. Aux ch. 33 et 331 évoqués dans le jugement correspondent les ch. 31 et 311 des nouvelles directives. Nous estimons donc quant à nous que la jurisprudence citée plus haut s'applique aussi à ces nouvelles directives et à ces nouveaux chiffres.

483 Divorce - partage de la prestation de sortie lors de la réalisation du risque - droit applicable

(référence à l'arrêt du TFA du 30 mars 2005, en la cause Pax contre F., B 107/03;arrêt en italien)

(art. 23, LPP; art. 22 aLFLP)

Suite à un jugement de divorce entré en force le 21 octobre 1999, le juge du divorce a ordonné à l'institution de libre passage de verser une partie de la prestation de sortie à l'assuré. La caisse a refusé d'obtempérer au motif que son assuré présentait une incapacité de travail suite à un accident. Saisi d'une action, le Tribunal cantonal a ordonné le versement au motif que le cas de prévoyance n'était pas réalisé, car l'AI n'avait pas accordé de prestation et la caisse, de son côté, n'avait pas admis le cas. Saisi à son tour par la caisse, le Tribunal fédéral a admis le recours.

Les questions auxquelles le TFA a répondu portent sur le droit applicable (l'ancien droit du divorce ou le nouveau droit, entré en vigueur entre temps) et sur la réalisation du risque invalidité qui empêche le versement de la prestation.

S'agissant du droit applicable, le TFA a rappelé sa jurisprudence du 28 janvier 2003 (B 96/00, cons. 3.2) aux termes de laquelle lorsque le jugement de divorce est passé en force, il y a lieu d'appliquer le droit en vigueur à ce moment. En l'occurrence, il s'agit ici de l'ancien droit.

Pour ce qui est de la réalisation du cas d'assurance et donc du versement ou non de la prestation de libre passage, le TFA a rappelé que le cas d'assurance est réalisé si l'assuré présente une incapacité permanente de gain de 50% au moins ou s'il est victime d'une incapacité de travail moyenne de 50% au moins sur une période d'une année, sans interruptions notables et qu'il ait bénéficié d'une rente d'invalidité ou d'un capital de l'institution de prévoyance. Lorsque la caisse fonde sa décision sur la base de l'AI, le droit naît en même temps que la rente AI; tandis que si la caisse a sa propre définition de l'invalidité, il lui appartient de fixer le début de celle-ci.

Dans le cas d'espèces, à la date d'entrée en force du jugement du divorce, l'assuré présentait une incapacité totale de travail ; il y a donc lieu d'admettre que le cas d'assurance était réalisé et, partant, que la prestation ne pouvait être versée en espèces.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 78

464 Rente d'invalidité viagère

(Référence à un arrêt du Tribunal fédéral des assurances sociales du 24 juin 2004 dans la cause K., B 106/02)

(Art. 24 et 26 al. 3 LPP)

Dans l'arrêt 127 V 259, le TFA a étendu à la prévoyance plus étendue le principe selon lequel le montant de la rente d'invalidité viagère, resp. de la rente de vieillesse, devait être au moins égal à celui de la rente d'invalidité allouée jusqu'à l'âge de la retraite. Le Tribunal a considéré qu'après cet âge limite, le versement d'une rente de vieillesse d'un montant inférieur à la rente d'invalidité n'était pas conforme au système de la prévoyance professionnelle et ne respectait pas la volonté du législateur. D'une part, cela ne correspondait pas au principe général applicable dans le domaine de la prévoyance professionnelle qui veut que la personne assurée lorsqu'elle atteint l'âge de la retraite puisse maintenir son niveau de vie de manière appropriée. D'autre part, la diminution de la prévoyance vieillesse est la conséquence même de l'invalidité laquelle a empêché la poursuite du financement de la prévoyance vieillesse, de telle sorte que l'on se trouve en présence d'une rente de vieillesse pour laquelle la personne assurée, en raison même de son invalidité, n'a pas pu contribuer dans la même mesure au versement des cotisations que les autres assurés qui auraient exercé une activité lucrative jusqu'à l'âge-terme de la retraite.

L'article 113 Cst fédérale, qui correspond à l'art. 34^{quater}, alinéa 3 dans sa teneur jusqu'au 31 décembre 1999 de notre Constitution du 29 mai 1874, confère à la Confédération, en vertu de l'alinéa 1 une large compétence législative pour la prévoyance professionnelle qui ne se limite donc pas uniquement à l'énoncé de principes. Les principes que le législateur est tenu de respecter pour la concrétisation de la prévoyance professionnelle découlent explicitement de l'alinéa 2, en ce sens que ce dernier précise la portée législative qui résulte du premier alinéa en fixant certaines exigences, en particulier pour ce qui est du but des prestations dans la prévoyance professionnelle. La réalisation de ce but fixé à l'article 113, alinéa 2, lettre a, Cst fédérale, soit le maintien de façon appropriée du niveau de vie antérieur, implique une durée de cotisations, resp. d'assurance, complète pour le 1er et 2^{e} pilier. Le but fixé pour la prévoyance professionnelle résultant de la disposition constitutionnelle précitée n'a pas été examiné dans l'arrêt du TFA 127 V 259 sous l'angle de l'interprétation législative (comme par ex. pour les ATF 126 V 475, consid. 6c, 108 V 239, consid. 4) mais à titre de référence quant à l'approbation d'un droit aux prestations dans le cadre de la prévoyance plus étendue. Il ne peut en aller différemment, car cette disposition constitutionnelle ne contient qu'un simple mandat à l'égard du législateur de telle sorte que l'on ne peut point en déduire un droit bien défini et concret à une prestation de prévoyance.

L'argumentation selon laquelle la diminution de la prévoyance professionnelle est la conséquence de l'invalidité qui a empêché la continuation de cette même prévoyance, mais uniquement dans cette optique, ne peut être retenue (cf. ATF 127 V 259). Ainsi que l'a objecté à juste titre la doctrine, cet argument n'est pas pertinent. En effet, la plupart des plans de prévoyance qui prévoient des rentes d'invalidité temporaires, c'est-à-dire converties en rentes de vieillesse dès l'âge réglementaire de la vieillesse, appliquent le principe de la libération des primes, à savoir que pendant la durée de l'invalidité et jusqu'à l'âge de la retraite, les cotisations pour l'assurance vieillesse continuent à s'accumuler sur la base du salaire assuré lors de la survenance de l'invalidité. Dès lors, ce système permet de bonifier des cotisations pour la prévoyance vieillesse dans la même mesure que pour un assuré actif avec un salaire assuré identique (cf. également l'art. 34, al. 1, let. b, LPP en relation

avec l'art. 14 OPP2 pour le régime obligatoire). Il en va de même pour la défenderesse dont le règlement prévoit une libération du paiement des primes lors d'une incapacité de travail.

Il est relevé avec raison dans la littérature que la jurisprudence selon l'ATF 127 V 259, qui oblige les institutions de prévoyance, à défaut de disposition réglementaire expresse, à verser des prestations qui n'ont pas été financées auparavant par des cotisations correspondantes (selon les estimations de l'association suisse des caisses de pensions, cela représente des frais supplémentaires de plusieurs centaines de millions; cf. Bulletin de l'Ass.féd. 2002 N 550, vote Widrig), contredit le principe de l'équivalence qui exige un équilibre technique d'assurance entre les recettes et les dépenses. Les bases de calcul pour les rentes d'invalidité temporaires (qui varient selon que l'institution de prévoyance est en primauté de cotisations ou de prestations) reposent toujours sur l'hypothèse que dès l'âge de la retraite on verse en principe des rentes de vieillesse réduites (régies le plus souvent en primauté des cotisations; consid. 6.3).

Afin de déterminer si une institution de prévoyance est en droit, dans le domaine de la prévoyance plus étendue, de remplacer une rente d'invalidité par une rente de vieillesse d'un montant inférieur, doit être examiné sous la maxime que les institutions de prévoyance sont libres de définir le contenu contractuel en matière de prestations délimité par l'article 49, alinéa 2, LPP, à condition toutefois de respecter certains principes constitutionnels (comme par ex. celui de l'égalité de traitement, de l'interdiction de l'arbitraire ou de la proportionnalité; ATF 115 V 100, consid. 4b, SZS 200 p. 142, consid. 6, 1991, p. 203). Ce principe interdit de contraindre les institutions de prévoyance –également dans le domaine de la prévoyance plus étendue- de verser des rentes d'invalidité après l'âge de la retraite, en l'occurrence des rentes de vieillesse dont le montant est équivalant à celui de la rente d'invalidité octroyée avant l'âge-terme de la vieillesse.

Le législateur a par ailleurs volontairement précisé dans le cadre de la 1ère révision LPP à l'article 49, alinéa 1, LPP que: «Elles (les institutions de prévoyance) peuvent prévoir dans le règlement que les prestations qui dépassent les dispositions légales minimales ne soient versées que jusqu'à l'âge de la retraite.».

465 Encouragement à la propriété du logement – caractère semi-impératif du délai de 3 ans avant la naissance du droit aux prestations de vieillesse et interprétation de la notion de « naissance du droit aux prestations de vieillesse »

(Référence à un arrêt du Tribunal fédéral du 18 mai 2004 dans la cause CP T., 2A.509/2003 ; arrêt en français)

(Art. 30c al. 1 LPP)

Dans un arrêt du 18 mai 2004, le Tribunal fédéral a retenu que le délai de trois ans instauré par l'art. 30c al. 1 LPP est bien de droit semi-impératif. Par voie de conséquence, les caisses de pensions sont autorisées à réduire ce délai, voire même le supprimer totalement, à condition qu'elles soient en mesure d'offrir la garantie qu'elles peuvent remplir en tout temps leurs engagements conformément à l'art. 65 al. 1 LPP.

Dans le cadre de cet arrêt, le Tribunal fédéral a également examiné les termes de « naissance du droit aux prestations de vieillesse » et a considéré que lorsque le règlement d'une institution de prévoyance subordonne l'accession à la retraite anticipée à une déclaration de volonté de la part des assurés qui en remplissent les conditions, le cas de prévoyance vieillesse ne survient pas dès que les assurés atteignent l'âge réglementaire minimum de la retraite mais seulement lorsqu'ils font effectivement usage de ce droit. Il n'y a dès lors pas lieu de priver d'une prestation de libre passage les assurés dont les rapports de services prennent fin alors qu'ils ont déjà atteint l'âge réglementaire minimum ouvrant le droit aux prestations de vieillesse, mais qu'ils n'ont pas fait usage de ce droit (cf. arrêt B 38/00 du 24 juin 2002). Fixer le terme limite en fonction de l'âge réglementaire minimum de la retraite reviendrait, pour les assurés prenant la retraite à 65 ans, à rallonger singulièrement le délai instauré à l'art. 30c al. 1 LPP. En l'espèce, cela contraindrait les assurés à requérir un versement anticipé

au plus tard à 54 ans, soit onze ans avant l'âge terme réglementaire et ordinaire. Le Tribunal fédéral a estimé qu'il serait contraire à la volonté du législateur visant à encourager l'accession à la propriété du logement de priver des assurés de toute prestation anticipée pendant la période de leur vie professionnelle entre 54 et 62 ans.

466 Compétence du tribunal de l'art. 73 LPP et gestion paritaire

(Référence aux arrêts du TFA du 26 août 2004, causes B., B 49/04 et 50/04 ; arrêts en français)

(Art. 51, 73 et 74 LPP)

X a ouvert action devant le Tribunal administratif du canton de Fribourg contre son ex-employeur Y, en lui reprochant d'avoir violé l'art. 51 LPP relatif à la gestion paritaire dans les organes de la fondation collective auprès de laquelle Y était affilié. Pour ce motif, X contestait «toutes les décisions, y compris les décisions financières prises dans le cadre de la Commission de gestion paritaire, qui n'en est pas une au sens juridique, depuis son entrée dans la caisse le 1er mars 1996» et il concluait à ce qu'Y lui rétrocède sur son compte de prévoyance « la somme de la différence des intérêts réellement réalisés moins la somme des intérêts qui avaient été réellement versés, ceci pendant toute la durée de son affiliation à cette caisse de prévoyance, vu que les sommes qui ont été ponctionnées pour couvrir autre chose que les intérêts l'ont été sans l'accord du personnel ». De plus, comme son contrat de travail avait été résilié, X réclamait au titre de dommages-intérêts « la somme manquante actuellement dans son actuel fonds de prévoyance ». X a aussi conclu à ce qu'Y verse à l'institution de prévoyance les contributions correspondantes pour la prévoyance professionnelle en relation avec une indemnité fixée par le Tribunal des Prud'hommes. Le Tribunal administratif a déclaré irrecevable l'action de X.

Le tribunal de l'art. 73 LPP n'est pas compétent pour se prononcer sur une violation alléguée de l'obligation de consulter l'organe paritaire, en vertu de l'art. 51 al. 5 LPP (ATF 119 V 195). Les griefs à l'encontre d'un bon fonctionnement de la gestion paritaire selon l'art. 51 LPP – en particulier en ce qui concerne la désignation des représentants des assurés – ne sont certainement pas de nature à entraîner la nullité des dispositions prises par l'institution de prévoyance. C'est à l'autorité de surveillance – d'office ou sur requête d'un intéressé – de prendre les mesures appropriées et l'autorité compétente selon l'art. 74 LPP pourra être saisie, le cas échéant.

En l'espèce, X a critiqué le fait que le représentant du personnel au sein de l'institution de prévoyance n'avait pas été élu « par ses pairs ». X n'a jamais prétendu que le montant de sa prestation de sortie a été calculé de manière contraire au règlement ou encore que l'institution de prévoyance a violé des dispositions matérielles du règlement ou les principes généraux dans la perception des cotisations. Il s'agit donc d'un litige qui porte principalement sur un contrôle abstrait de normes de procédure et qui relève donc de l'autorité de surveillance et non du tribunal de l'art. 73 LPP. C'est pourquoi, la conclusion de X concernant la gestion paritaire est irrecevable.

La conclusion de X en dommages-intérêts est, elle aussi, irrecevable devant le tribunal de l'art. 73 LPP (ATF 120 V 30 consid. 3 ; SVR 1994 BVG n° 2 p. 6 consid. 4c ; RSAS 1993 p. 161 consid. 6; arrêt P. du 15 mars 2000 dans la cause B 36/99). Par contre, la conclusion de X concernant le versement de contributions par l'employeur est recevable sur la base de l'art. 73 LPP, car elle relève spécifiquement de la prévoyance professionnelle (ATF 129 V 320).

467 Les autorités de surveillance LPP disposent d'un pouvoir d'appréciation considérable, en particulier lorsqu'elles ordonnent des mesures basées sur le droit de surveillance.

(Référence à un arrêt du Tribunal fédéral du 14.08.03 dans la cause PK X., 2A 395/02 ; arrêt en allemand)

(Art. 62, al. 1, let. d, art. 71, al. 1, LPP)

Dans la présente affaire, le Tribunal fédéral (TF) a dû notamment examiner si toutes les mesures basées sur l'art. 62, al. 1, let. d, LPP que l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) ordonne en tant qu'autorité de surveillance LPP doivent être spécialement mentionnées dans la loi.

Le TF considère que ni la loi, ni les ordonnances n'énumèrent exhaustivement les mesures qui peuvent être ordonnées par l'autorité de surveillance. De plus, l'autorité de surveillance dispose d'un pouvoir d'appréciation considérable, cela d'autant plus que cette tâche exige des connaissances spécialisées dont dispose précisément cette autorité. C'est pourquoi, le TF n'examine qu'avec retenue de telles mesures et il n'est pas nécessaire que chaque mesure ordonnée soit prévue par un arrêté. Selon le TF, ce sont les principes généraux du droit qui sont déterminants (notamment la proportionnalité, l'interdiction de l'arbitraire, la bonne foi et l'égalité de traitement) ainsi que l'obligation juridique inhérente à l'institution de prévoyance d'administrer sa fortune conformément aux dispositions légales et réglementaires et de garantir la sécurité de celle-ci. Il faut donc que l'autorité de surveillance dispose de moyens de contrôle suffisants pour s'assurer du respect de ces principes. La forme juridique que revêt l'institution de prévoyance ne joue aucun rôle.

Les institutions de prévoyance sont libres d'adopter le régime de prestations et le mode de financement et l'organisation qui leurs conviennent. L'autorité de surveillance a pour tâche d'examiner si celles-ci respectent les prescriptions légales (art. 62, al. 1, LPP). Selon le TF, il va de soi que les dispositions d'ordonnance font aussi partie des « prescriptions légales » (consid. 3.2). Le non-respect des dispositions d'ordonnance équivaut donc à une violation de la loi.

Comme les frais administratifs (frais de publicité, courtage, etc.) sont inhabituellement élevés en l'espèce, c'est à juste titre que l'autorité de surveillance a exigé de l'institution de prévoyance qu'elle complète ses dispositions réglementaires, qui sont très lacunaires sur ce point, et qu'elle l'informe sur le montant de ces frais ainsi que sur les mesures de surveillance.

468 Indépendance de l'expert

(Référence à un arrêt du Tribunal fédéral du 12 novembre 2004 dans la cause CP V., arrêt en français)

(Art. 53 LPP, 34 et 40 OPP 2)

Même si l'expert agréé n'est pas soumis aux critères imposés à l'organe de contrôle par l'art. 34, let. b à d, OPP 2, cela ne signifie pas pour autant qu'il faille le considérer comme indépendant au sens de l'art. 40 OPP 2 quelles que soient les circonstances.

L'expert agréé doit d'abord, à l'instar de l'organe de contrôle, être rigoureusement indépendant de l'institution de prévoyance elle-même. En particulier, il ne saurait être son employé. En effet, l'expert doit conserver une certaine autonomie vis-à-vis de l'employeur, dont les intérêts peuvent se trouver en conflit tant avec ceux des assurés qu'avec ceux de l'institution de prévoyance elle-même. Dans le même sens du reste, l'expert ne saurait être soumis aux instructions de la société de réassurance, cas échéant, quand bien même un tel lien n'est pas expressément exclu par les art. 34 ou 40 OPP 2.

449 En cas de réticence de la part de l'assuré, l'institution de prévoyance est fondée, dans les quatre semaines après avoir pris connaissance du fait, à exclure la prévoyance surobligatoire prévue dans le contrat de prévoyance. Le délai commence à courir le jour où l'institution de prévoyance a reçu le dossier de l'assurance-invalidité

(Référence à un arrêt du TFA du 1er décembre 2003, en la cause Z., B 50/02 ; arrêt rendu en allemand)

(Art. 4ss LCA)

La réticence et ses conséquence dans le domaine de la prévoyance plus étendue s'apprécient en premier lieu à la lumière des dispositions réglementaires de l'institution de prévoyance. Lorsque les statuts et les règlements n'en disposent pas autrement, l'institution de prévoyance est fondée, si l'assuré a commis une réticence, à dénoncer le contrat de prévoyance dans les quatre semaines, cela en application par analogie des art. 4ss LCA.

Selon l'art. 6 LCA, si celui qui devait faire la déclaration a, lors de la conclusion du contrat, omis de déclarer ou inexactement déclaré un fait important qu'il connaissait ou devait connaître (réticence), l'assureur n'est pas lié par le contrat, à condition qu'il s'en soit départi dans les quatre semaines à partir du moment où il a eu connaissance de la réticence. Ce délai commence à courir dès le moment où l'assureur est mis au courant de la réticence de façon certaine, c.-à-d. qu'il n'a plus aucun doute à son sujet. Une personne morale a une connaissance relevante d'un état de fait lorsqu'elle dispose des éléments pertinents au sein de son organisation.

Il s'ensuit que pour l'institution de prévoyance, le délai de quatre semaines selon l'art. 6 LCA commence à courir non à la date où elle reçoit la prise de position de son médecin de confiance, mais à la date où elle reçoit le dossier de l'assurance-invalidité. L'institution doit alors déterminer s'il y a eu réticence. Lorsque cette détermination doit se faire en étroite collaboration avec le médecin de confiance, la caisse de pension est considérée comme informée des faits que ce dernier connaît et dont on peut déduire qu'il y a eu réticence. Si, pour fixer le moment à partir duquel court le délai, on se fondait sur la date de réception du rapport du médecin de confiance par l'institution, indépendamment de la durée pendant laquelle le dossier de l'assurance-invalidité est resté chez ledit médecin, cela reviendrait pratiquement à permettre à l'institution de fixer à bien plaire le moment où commence à courir le délai. Le délai de quatre semaines suffit pour que l'institution puisse décider si elle veut se départir de la partie surobligatoire du contrat de prévoyance. Dans l'affirmative, cela constitue une mesure grave pour l'assuré, raison pour laquelle l'institution de prévoyance doit se montrer particulièrement attentive au respect du délai.

450 Calcul de surindemnisation et comparaison avec le revenu du frère de l'assuré dans l'entreprise familiale

(référence à l'arrêt du TFA du 22 mars 2004, en la cause S., B 98/03 ; arrêt en français)

(art. 34a LPP et 24 OPP 2)

L'institution de prévoyance (IP) a versé à S. des prestations d'invalidité depuis 1992, sur la base d'une incapacité de gain de 100 %, puis de 50 %. Dans son calcul de surindemnisation, l'IP s'est basée sur un salaire de 70'200 francs en 1991, dans une activité à plein temps. Elle a retenu un gain présumé perdu de 83'263 francs en 2002 après avoir indexé le salaire susmentionné selon la convention collective de la branche professionnelle.

S. prétend qu'il faudrait se baser sur le revenu brut de 106'100 francs réalisé en 2001 par son frère, qui exerce la même activité que lui au sein de la société, mais à plein temps, tandis que S. a travaillé à mi-temps depuis 1996.

Le revenu sans invalidité doit être évalué de la manière la plus concrète possible; c'est pourquoi il se déduit en principe du salaire réalisé en dernier lieu par l'assuré avant l'atteinte à la santé, en tenant compte de l'évolution des salaires (ATF 129 V 474 consid. 4.1). Cette règle n'est pas absolue, notamment dans le cas d'indépendants, pour lesquels il est parfois nécessaire d'analyser la situation concrète au regard notamment de la situation économique dans la branche considérée, des aptitudes de l'intéressé et des fonctions exercées au sein de l'entreprise (Meyer-Blaser, Bundesgesetz über die Invalidenversicherung [IVG], 1997, p. 208; RCC 1981 p. 40).

En l'espèce, on ignore sur quelle base l'IP s'est fondée pour retenir un salaire de 70'200 fr. en 1991. De plus, on ne dispose d'aucune indication sur le salaire versé au frère de S. avant la survenance de l'invalidité, ni sur l'évolution de ce salaire durant les années ultérieures ou encore sur la répartition entre les deux frères des activités dans la société. Ces derniers éléments seraient éventuellement aptes à fournir des indices sur l'évolution probable du salaire de S. sans invalidité. Comme S. est actionnaire et administrateur de la société qui l'emploie, il a un statut qui s'apparente, dans les faits, à celui d'un indépendant. Or, il n'est pas d'emblée exclu qu'un indépendant à la tête d'une entreprise familiale d'installation de chauffages et de sanitaires puisse réaliser un revenu sensiblement supérieur à 80'000 francs, même si l'entreprise est exploitée en association avec un autre membre de la famille. Il n'est pas non plus déraisonnable de penser que si le recourant était à même de mettre à profit sa capacité de travail sans restriction, il pourrait espérer un revenu comparable à celui de son frère. C'est pourquoi, le TFA a renvoyé la cause au tribunal cantonal pour complément d'instruction.

451 Compétence pour statuer sur l'action en responsabilité civile contre l'institution de prévoyance

(référence à l'arrêt du TFA du 27 avril 2004, en la cause L., B 93/03 ; arrêt en français)

(art. 73, al. 1, LPP)

L. est au bénéfice d'une rente entière de l'AI depuis le 1er mars 1996. L'institution de prévoyance (IP) de L. a refusé de lui verser toute prestation d'invalidité, car l'incapacité de travail à l'origine de l'invalidité était survenue le 27 mars 1995, alors qu'il n'était plus assuré chez elle, suite à la résiliation des rapports de travail le 21 décembre 1994. L. a ouvert action devant le tribunal cantonal des assurances pour réclamer le paiement d'une somme de 123'834 francs, correspondant selon lui au dommage résultant de la perte des rentes qu'il aurait dû percevoir s'il avait été assuré. L. reproche à l'IP d'avoir omis de l'informer personnellement de toutes les possibilités légales de maintien de la prévoyance. Le tribunal cantonal des assurances a rejeté l'action de L., en considérant que l'IP n'était pas responsable de l'absence de couverture d'assurance lorsque L. a été victime d'un infarctus le 27 mars 1995.

Le TFA constate que L. n'a pas saisi le juge des assurances sociales d'une action dirigée contre l'IP en paiement de prestations de la prévoyance professionnelle, en exécution d'un contrat de prévoyance. En effet, L. a uniquement invoqué la responsabilité de l'IP dans le défaut d'assurance lors de la survenance du risque afin d'obtenir la réparation du préjudice causé, qui correspondrait selon lui aux rentes qu'il ne pouvait pas percevoir.

Or, un tel litige ne relève pas spécifiquement de la prévoyance professionnelle, au sens de l'art. 73 al. 1 LPP. En effet, il s'agit-là manifestement d'une action en responsabilité civile du fait d'un dommage, intentée contre l'IP. Une telle action n'est pas recevable devant les autorités juridictionnelles désignées à l'art. 73 LPP (ATF 117 V 42 consid. 3d, ATF 120 V 30 consid. 3 et 4, RSAS 1998 p. 133 consid. 4b, RSAS 1998 p. 53 consid. 2). Le TFA n'est donc pas compétent pour en connaître, pas plus qu'il ne saurait constater en l'état une éventuelle violation d'une obligation de renseigner.

Par conséquent, le Tribunal cantonal des assurances n'était pas habilité, en sa qualité de juge de l'art. 73 LPP, de connaître de la demande portée devant lui. En définitive, le jugement cantonal attaqué doit être annulé d'office (cf. ATF 120 V 32 consid. 4).

452 Pas de droit à la prise en compte d'avoirs provenant d'une institution de libre passage après la survenance d'un cas de prévoyance

(Référence à un arrêt du TFA du 30 avril 2004, en la cause K., B 83/02 ; arrêt rendu en allemand)

(confirmation de l'arrêt du 10.07.2003, B 9/01 = TFA 129 V 440, résumé dans le bulletin LPP N° 71, du 23.12.2003,. ch. 424, et délimitation de l'état de fait ayant donné lieu à cet arrêt)

Dans le cas présent, l'assuré a exigé, après la survenance de l'invalidité, que des avoirs de libre passage transférés par des institutions de prévoyance précédentes à une fondation de libre passage et à l'institution supplétive soient pris en compte par son institution de prévoyance et utilisés pour le calcul de la rente d'invalidité. Lors de l'entrée dans l'institution de prévoyance débitrice de la prestation, il n'existait aucune obligation réglementaire d'apporter les avoirs déposés auprès d'institutions de libre passage. En outre, l'institution de prévoyance avait à l'époque attiré l'attention de l'assuré sur son obligation de transférer l'avoir acquis dans l'institution de prévoyance immédiatement précédente et sur la possibilité de racheter des prestations.

En l'espèce, le TFA a jugé que conformément à la jurisprudence rendue à propos de l'art. 4, let. a, de l'ordonnance du 12 novembre 1986 sur le maintien de la prévoyance et le libre passage, en vigueur jusqu'au 31 décembre 1994 (aOLP), qui visait le même objectif que l'actuelle OLP, le droit de pouvoir transférer en tout temps un avoir d'une institution de libre passage à une institution de prévoyance n'existait qu'aussi longtemps qu'un cas d'assurance (vieillesse, décès ou invalidité) n'était pas encore survenu. Cette situation est différente de celle où la prestation de libre passage se trouve encore auprès de l'institution de prévoyance précédente et où par conséquent cette dernière doit en tenir compte même après la survenance du cas de prévoyance (ATF 129 V 440).

453 Droit de recours du fonds de garantie contre un canton dont l'autorité de surveillance a contribué par sa faute à l'insolvabilité d'une institution de prévoyance

(référence à l'arrêt du TFA du 4 mai 2004, en la cause canton de Soleure c. fonds de garantie, B 78/01 ; arrêt en allemand)

(art. 52, 56a, al. 1, 73, al. 1, 2e phrase, LPP)

Le fonds de garantie qui, d'après l'art. 56, al. 1, LPP, garantit les prestations légales des institutions de prévoyance devenues insolvables, dispose, à concurrence des prestations garanties, d'un droit de recours contre les personnes responsables de l'insolvabilité de l'institution de prévoyance ou du collectif d'assurés (art. 56a LPP dans sa teneur en vigueur depuis le 1er janvier 1997). Depuis le 1er janvier 1997, le tribunal (cantonal) de l'art. 73, al. 1, 2e phrase, LPP compétent pour connaître des actions en responsabilité au sens de l'art. 52 LPP est aussi compétent pour statuer sur les actions en remboursement intentées par le fonds de garantie, même lorsque la situation litigieuse a débuté avant le 1er janvier 1997.

L'art. 56a, al. 1, LPP régit non pas la responsabilité d'un cercle déterminé de personnes mais le droit au remboursement du fonds de garantie contre les personnes qui ont contribué par leur faute à l'insolvabilité de l'institution de prévoyance ou du collectif d'assurés. Par contre, l'art. 52 LPP prévoit la responsabilité des personnes chargées de l'administration, de la gestion ou du contrôle de l'institution de prévoyance pour le dommage qu'elles ont causé à celle-ci par leur propre faute. D'après la volonté du législateur, le fonds de

garantie doit être indemnisé pour les prestations qu'il a garanties, de sorte que le cercle des personnes contre lesquelles il peut se retourner dépasse celui de l'art. 52 LPP. L'art. 56a, al. 1, LPP constitue la base légale pour la responsabilité de toutes les personnes qui ont contribué par leur faute à l'insolvabilité de l'institution de prévoyance. Il vise notamment les personnes dont la responsabilité n'est pas engagée selon l'art. 52 LPP. Sur la base de l'art. 56a, al. 1, le fonds de garantie dispose donc aussi d'un droit au remboursement contre ces personnes.

Le droit de recours du fonds de garantie selon l'art. 56a, al. 1, LPP peut s'exercer également contre les personnes morales du droit public, y compris les cantons. Le législateur a délibérément renoncé à un renvoi à l'art. 52 LPP, qui régit la responsabilité sans mentionner les autorités de surveillance, cela afin d'inclure les autorités de surveillance et leurs cantons respectifs dans le cercle des personnes ayant la légitimation passive. Dans le cadre de l'application du droit fédéral sur la prévoyance professionnelle obligatoire, la surveillance relève de la compétence des cantons (art. 61 ss LPP). C'est pourquoi, le fonds de garantie doit pouvoir agir contre le canton, en tant qu'organe chargé de la surveillance, lorsque l'autorité cantonale de surveillance n'a pas rempli correctement les tâches qui lui incombent selon l'art. 62 LPP et qu'elle a contribué ainsi à l'insolvabilité de l'institution de prévoyance.

454 Annonce d'un salaire inexistant

(référence à l'arrêt du TFA du 28 mai 2004, cause B 91/03 ; arrêt en allemand)

Pendant plusieurs années, un salaire annuel de 40'000 francs avait été annoncé à l'institution de prévoyance au nom de l'intimée, en tant qu'épouse collaborant dans l'entreprise de son mari. Toutefois, aucun salaire n'a jamais été versé et aucune cotisation AVS n'a été prélevée. Lorsque l'intimée atteignit l'âge de la retraite, l'institution de prévoyance versa à celle-ci une prestation de vieillesse sous forme de capital. Par la suite, l'institution de prévoyance exigea le remboursement de cette prestation après avoir constaté qu'il n'y a jamais eu perception de cotisations AVS en faveur de cette assurée.

Le TFA a considéré l'intimée comme une épouse collaborant (occasionnellement) dans l'entreprise de son mari, sans toucher de salaire en espèces, ni d'indemnité au sens de l'art. 165 CC. En l'absence de salaire, elle n'était donc pas assurée obligatoirement. Il n'y avait, par ailleurs, aucun indice que l'intimée était assurée comme indépendante ou facultativement. De plus, l'intimée ne pouvait se prévaloir d'aucun droit en invoquant la protection de la bonne foi, car elle a déclaré qu'elle s'occupait de l'administration, de sorte qu'elle était censée savoir que son mari a fait croire à l'institution de prévoyance qu'un salaire était versé à l'épouse. C'est pourquoi, le TFA a jugé que la prestation de vieillesse avait été versée à tort et que, dès lors, l'action en remboursement de l'institution de prévoyance était bien fondée.

La question du remboursement des cotisations encaissées peut rester ouverte. En effet, ni les mémoires des parties dans la procédure cantonale, ni le jugement attaqué n'avaient pour objet l'existence et l'étendue d'un éventuel remboursement des cotisations. Par conséquent, cette question ne peut faire l'objet d'un recours devant le TFA.

455 Divorce et partage de la prévoyance

(Référence à l'arrêt du TFA du 3 juin 2004 en la cause JL et S. M., B 115/03; arrêt rendu en français)

(Art. 22 LFLP ; art. 122, 123, 141 et 142 CC ; art. 7 OLP ; art. 12 OPP2)

Conformément à l'art. 122, al. 1 CC, les prestations de sorties acquises par chaque époux durant le mariage sont partagées par moitié, lorsqu'aucun cas de prévoyance n'est survenu. Chaque époux a droit à la moitié des

avoirs de l'autre, tandis que, lorsque les deux conjoints ont des créances réciproques, seule la différence entre ces deux créances est partagée (art. 122 al. 2 CC).

Le TFA rappelle que pour chaque conjoint, on calcule la prestation à partager en déduisant la prestation de sortie existant avant le mariage et on rajoute les intérêts. En revanche, lorsque des sommes ont été transférées au titre de mesures spéciales ou de fortune libre à l'un des époux, avant le mariage, on ne doit pas les prendre en considération dans le calcul de la prestation à partager.

A cette occasion, le TFA rappelle que le calcul de la somme à partager doit s'opérer non pas en additionnant les montants respectifs des époux avant le partage et diviser par deux la somme obtenue, comme le préconisent certains actuaires, puis de transférer le résultat de ce partage, mais bien de déduire du montant le plus élevé des deux avoirs le montant le moins élevé et de partager en deux le montant y résultant. Cette somme ainsi obtenue sera ensuite transférée à l'institution de prévoyance de l'époux créancier (cf. ATF 129 V 254 cons. 2.3). D'autre part, sur la somme de la prestation de sortie à transférer, l'institution de prévoyance débitrice doit verser à la fois des intérêts compensatoires et moratoires. L'intérêt compensatoire est dû dès l'entrée en force du jugement de divorce, au taux fixé par son règlement, ou, à tout le moins, à celui correspondant au taux légal LPP. A cela s'ajoute un intérêt moratoire éventuel dès le 31ème jour après l'entrée en force du jugement de divorce, du jugement du tribunal LPP compétent, respectivement du jugement du TFA. Le taux de l'intérêt moratoire correspond à l'art. 7 OLP en corrélation avec l'art. 12 OPP2.

456 Compensation de la créance en dommages-intérêts contre le mari divorcé avec la créance de l'épouse divorcée

(référence à l'arrêt du TFA du 28 juin 2004, en la cause W., B 76/03 ; arrêt en allemand)

(art. 120 CO)

L'institution de prévoyance a fait valoir une créance en dommages-intérêts contre le mari divorcé dans le cadre de la faillite privée de celui-ci. Il y a lieu d'examiner si l'institution de prévoyance peut compenser sa créance en dommages-intérêts avec le droit de l'épouse divorcée à une part de la prestation de sortie selon le jugement de divorce.

La compensation de créances réciproques constitue selon la doctrine et la jurisprudence un principe général du droit qui est ancré aux art. 120 ss CO en ce qui concerne le droit civil, mais qui s'applique aussi au droit administratif. Le principe de compensation s'applique également au droit des assurances sociales, même lorsqu'il n'est pas prévu expressément. Dans le domaine de la prévoyance professionnelle, la loi régit (de manière restrictive) uniquement le cas de la compensation des créances que l'employeur a cédées à l'institution de prévoyance. La réciprocité des créances constitue une des conditions positives de la compensation d'après l'art. 120, al. 1, CO, ainsi qu'en droit administratif. Il y a réciprocité au sens de cette disposition lorsqu'il y a deux obligations et que deux personnes sont simultanément créancières et débitrices l'une envers l'autre pour chacune des obligations.

L'épouse divorcée dispose, sur la base du jugement de divorce, d'un droit direct sur une part de la prestation de sortie. Dans le cas d'espèce, ce n'est pas la femme divorcée qui est débitrice de la créance à compenser, mais l'époux divorcé, de sorte qu'il n'y a pas de réciprocité, qui est l'exigence fondamentale pour la compensation.

La déclaration de compensation de l'institution de prévoyance à l'égard de l'époux divorcé est sans importance dans le présent cas, car la question litigieuse est de savoir si le jugement de divorce confère à l'épouse divorcée le droit de faire transférer une partie de la prestation de sortie de son ex-mari. Par conséquent, c'est uniquement

la déclaration de compensation à l'égard de l'épouse divorcée qui entre en considération, laquelle s'avère inadmissible en l'absence de réciprocité des créances.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 74

431 Accession à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle: peut-on également englober dans un contrat de mise en gage de la prestation de libre passage dans le cadre du 2e pilier ou du pilier 3a les intérêts de retard, les frais de réalisation du gage ou divers autres frais?

(art. 30b LPP, art. 1, al. 1 OEPL, art. 3 al. 3 et 4 OPP3)

Les articles 1, 1er alinéa, OEPL et 3, 3e alinéa, OPP3, concrétisent les trois buts pour lesquels l'assuré est en droit d'utiliser les ressources de la prévoyance professionnelle en vue d'accéder à la propriété du logement, en l'occurrence pour:

a. Acquérir ou construire un logement en propriété;

b. Acquérir des participations à un logement;

c. Rembourser des prêts hypothécaires.

Dans le commentaire de l'OEPL, il a été précisé concernant la lettre c que pour une annuité, il incombe de veiller à ce que le versement anticipé ne serve qu'à rembourser la part d'amortissement et non pas la part constituée des intérêts hypothécaires à payer. En revanche, la mise en gage peut, à la différence du versement anticipé, servir à garantir les intérêts hypothécaires capitalisés (cf. Bulletin de la prévoyance professionnelle no 30 –édition spéciale-, du 5 octobre 1994, p. 25). En d'autres termes, on peut déduire de ce qui précède que dans un premier temps il n'est pas possible de constituer une mise en gage de la prestation de libre passage uniquement pour couvrir les intérêts d'une dette hypothécaire ou pour garantir en faveur du créancier gagiste, en général un institut bancaire, d'autres créances liées à la conclusion du contrat hypothécaire, tels le paiement des intérêts de retard, les frais de réalisation du gage, les commissions, etc.

En second lieu, d'autres motifs qui ressortissent du droit de la prévoyance s'opposent à cette extension des possibilités de mise en gage.

En effet, faire également bénéficier, au moyen de la mise en gage, d'autres créances que celles qui sont prévues par le législateur en vue de favoriser l'accession à la propriété du logement irait à l'évidence à l'encontre de l'objectif visé par la LPP. Les ressources de la prévoyance professionnelle ne peuvent être utilisées que pour les buts fixés de manière exhaustive aux articles 1, alinéa 1, OEPL et 3, alinéa 3, OPP3, mais non à d'autres fins.

D'autre part, un élargissement de la couverture de la mise en gage diminuerait d'autant la protection de prévoyance de l'assuré. L'article 891 alinéa 2 CCS n'a donc pas son pendant dans la prévoyance professionnelle.

432 Durée des réserves de santé dans le domaine surobligatoire et procédure

(Réf. à un jugement du TFA du 18.06.03 dans la cause S., B 66/02 ; jugement en allemand)

(Art. 331c CO)

La question délicate que le TFA devait résoudre était celle de déterminer la portée temporelle des effets juridiques de la réserve pour raison de santé. Pour l'examen de ce point, les dispositions réglementaires en vigueur au moment du litige sont déterminantes quant au droit aux prestations de prévoyance (ATF 121 V 97ss).

Le règlement applicable dans le cas présent ne contenait aucune disposition en vertu de laquelle les assurés atteints d'une incapacité de travail survenue dans le délai de cinq ans de la réserve de santé ne pouvaient prétendre qu'à des prestations de l'assurance obligatoire. Il s'agit donc de trancher uniquement si ce principe découle de la réglementation en matière de prévoyance professionnelle. On ne peut y répondre que par la négative. La réserve de santé est une limitation individuelle, concrète et temporelle de la protection d'assurance (ATF 127 III 238, consid. 2c). Elle échoit au terme de la période de la réserve avec pour conséquence que l'assuré est réintégré dans son droit, qui était suspendu auparavant. Il en va de même lorsque le risque faisant l'objet d'une réserve se réalise pendant la durée de cette même réserve. Dans ces cas de figures, l'assuré ne doit pas être privé de son droit aux prestations pendant toute la durée d'assurance. C'est dans ce sens que s'est prononcé le Tribunal fédéral des assurances en statuant sur le droit aux indemnités journalières selon les anciens art. 5 al. 3 LAMA et 2 al. 2 de l'ord. III relative à la LAMA et en a déduit que la durée du droit aux indemnités journalières ne débute qu'à partir du moment où la réserve prend fin (ATF 115 V 392 et ss consid. 4b et références citées et consid. 5). Même si le présent litige porte sur un droit aux prestations ayant trait à la prévoyance surobligatoire, toute autre solution n'est guère envisageable. Il ne ressort pas de la teneur de l'article 331c CO que le droit aux prestations s'éteint définitivement lorsque le cas d'assurance survient pendant la durée de la réserve. Au contraire, la faculté de suspendre en général les prestations d'assurance pour les risques de décès et d'invalidité est limitée à cinq ans au plus. Cette jurisprudence a été confirmée depuis.

Le TFA apporte au surplus dans cet arrêt un nouvel élément en considérant que le Tribunal cantonal peut se saisir d'une prétention en procédure qui n'est pas chiffrée et n'examiner que la question du droit à la prestation d'assurance tout en renvoyant l'affaire à l'institution de prévoyance afin qu'elle détermine le montant exact de la prestation. (Nouveauté par rapport à l'arrêt du 3 juin 2002 résumé dans le bulletin de la prévoyance professionnelle no 64, sous chiffre 389 ou jugement du 7.1.2003 B 49/00).

433 Obligation de verser des prestations suite à une admission expresse et sans réserve

(référence à un arrêt du TFA du 22.08.2003, cause W., B 101/02, en allemand)

W. exerçait une activité professionnelle depuis janvier 1994. Suite à une maladie en juin 1994, elle devint invalide et obtint de l'AI une demi-rente pour cas pénible (avec un degré d'invalidité de 47 %), puis un quart de rente. Durant cette période, l'AI fit effectuer un recyclage à W. qui changea deux fois de place de travail, la seconde fois à fin juillet/début août 1998. W. travaillait à 50 % dans le cadre de ce dernier emploi. Suite à une aggravation de son état de santé survenue en mars 1999, W. obtint une rente entière de l'AI dès le 1er juin 1999. W. dut cesser complètement son activité lucrative pour raisons de santé à partir de fin novembre 1999. L'institution de prévoyance où elle était assurée en dernier lieu était une caisse enveloppante qui accordait des prestations d'invalidité en se basant sur les décisions de l'AI. En cas d'état de santé insatisfaisant, il est possible de limiter les prestations conformément au règlement. Lors de son entrée, l'assurée a informé correctement l'institution de prévoyance sur son état de santé. Par la suite, l'institution de prévoyance confirma expressément, sur la base de ses investigations médicales, qu'elle assurait sans réserve W. pour son activité lucrative à 50 %.

Au stade du recours auprès du TFA, il n'était plus contesté que W. n'avait pas droit à des prestations d'invalidité de la part de la dernière institution de prévoyance dans le cadre de la prévoyance obligatoire, car l'incapacité de travail a débuté avant que W. ne soit assurée auprès de cette institution. Dans la prévoyance surobligatoire, les rapports entre l'institution de prévoyance et la personne assurée sont définis par le règlement, qui constitue le contenu préformulé du contrat de prévoyance, respectivement les conditions générales (CG) de celui-ci, et qui doit être interprété selon le principe de la confiance. Il résulte de cette interprétation que W. pouvait se fier à la déclaration de l'institution de prévoyance et considérer qu'elle serait aussi assurée si elle venait à cesser son activité lucrative résiduelle à 50 % à cause de l'aggravation d'une atteinte à la santé préexistante. La dernière institution de prévoyance doit verser des prestations d'invalidité de la prévoyance surobligatoire en cas

de cessation de l'activité lucrative résiduelle, alors qu'il n'y a pas une telle obligation de la part de l'ancienne institution de prévoyance, où W. était assurée lorsque son incapacité de travail a débuté.

434 Obligation de verser des prestations sur la base de renseignements erronés (protection de la bonne foi)

(référence à un arrêt du TFA du 24.10.2003, cause B., B 59/01, en allemand)

En vue d'une éventuelle résiliation anticipée des rapports de travail, B. a demandé à son institution de prévoyance (de droit public) des renseignements sur le niveau de ses expectatives de prévoyance ; sur la base de ceux-ci, elle a effectivement quitté son emploi. Par la suite, il fut constaté que le montant des prestations confirmé à plusieurs reprises avait été calculé de manière trop élevée. En l'espèce, le TFA a considéré que B. devait être protégé dans sa bonne foi, car les conditions suivantes étaient remplies:

1. l'autorité était intervenue dans une situation concrète à l'égard d'une personne déterminée;
2. elle était compétente pour donner les renseignements en question;
3. B. ne pouvait sans autre se rendre compte de l'inexactitude des renseignements obtenus;
4. B. s'était fié aux renseignements donnés pour prendre des dispositions qu'il ne pouvait modifier sans subir un préjudice (en l'occurrence, résiliation des rapports de travail);
5. la loi n'avait pas changé depuis le moment où les renseignements avaient été donnés.

Par conséquent, l'institution de prévoyance devait verser à B. une prestation de sortie égale au montant trop élevé qu'elle lui avait communiqué de manière erronée.

435 Une institution de prévoyance peut émettre des réserves de santé pour les risques décès et invalidité dans le cadre de la prévoyance surobligatoire. Comme il ne peut y avoir de réserve rétroactive, l'institution de prévoyance a le droit de se départir du contrat en cas de réticence.

(référence à un arrêt du TFA du 28.10.2003, cause A.L., B 15/02 et B 16/02, publié aux ATF 130 V 9, en allemand)

(art. 14 LFLP, art. 331a-c CO et art. 4 ss LCA)

L'art. 331c CO, entré en vigueur le 1er janvier 1995, permet à l'institution de prévoyance de faire des réserves pour raisons de santé dans la prévoyance surobligatoire. Par conséquent, elle peut exiger de la personne nouvellement assurée de remplir un questionnaire sur son état de santé en relation avec un risque d'assurance d'une certaine importance et de réduire la couverture de ce risque au niveau ordinaire. La durée de réduction de la couverture d'assurance est toutefois limitée à 5 ans.

En ce qui concerne la possibilité de faire des réserves de santé rétroactives, il existe une différence fondamentale entre la prévoyance professionnelle surobligatoire (art. 331c CO), d'une part, et l'assurance-maladie et l'assurance facultative d'indemnités journalières (ancien art. 5, al. 3, LAMA et art. 69 LAMal), d'autre part. La réserve de santé dans l'assurance-maladie entraîne une exclusion temporaire de la couverture d'assurance seulement pour une maladie clairement déterminée, alors qu'il n'y a aucune réduction de l'assurance pour toutes les autres maladies pouvant survenir pendant la durée de couverture de l'assurance. Par contre, dans la prévoyance professionnelle surobligatoire, une réserve pour les risques décès et invalidité (entière) ne peut avoir un effet rétroactif après que le risque en question s'est déjà réalisé. Par conséquent, la jurisprudence sur les réserves rétroactives en relation avec l'art. 5, al. 3, LAMA ne peut pas être appliquée dans le cadre de l'art. 331c CO. Une réserve rétroactive pour les cas de décès et d'invalidité dans le cadre de l'art. 331C CO équivaudrait à une exclusion des prestations dès la survenance du risque. L'art. 331c CO n'admet donc que les réserves qui ont été émises expressément par l'institution de prévoyance lors de l'entrée de l'assuré. Comme correctif à l'interdiction des réserves rétroactives, l'institution de prévoyance a la possibilité de se départir du contrat en cas de réticence. L'art. 331a, al. 1, CO, selon lequel la prévoyance commence le

jour où débutent les rapports de travail, ne s'oppose pas à une telle possibilité, cela d'autant plus que l'art. 331c CO permet d'exclure la couverture d'assurance pour un risque de santé élevé durant une certaine période.

La possibilité de se départir du contrat n'est pas non plus exclue par l'art. 14 LFLP. L'art. 14, al. 1, LFLP, empêche certes que la prestation de sortie apportée soit réduite par une réserve en cas de changement d'emploi; toutefois, il n'y a pas de remise en question du droit de la nouvelle institution de prévoyance de se départir du contrat de prévoyance pour annuler rétroactivement la couverture de prévoyance surobligatoire développée au moyen des cotisations du nouvel employeur et de l'assuré. Si le règlement de l'institution de prévoyance ne contient aucune disposition sur la réticence et ses conséquences, les art. 4 ss LCA sont alors applicables par analogie. Dans tous les cas, il faut examiner si l'institution de prévoyance a observé le délai de prescription, étant précisé que les faits connus par le réassureur sont aussi censés l'être par l'institution de prévoyance.

436 Moyens de droit lors de la détermination du droit au fonds libres

(Référence à deux arrêts du TFA du 14 novembre 2003 en les causes M. R., B 41/03, et A. R., B 53/03 ; arrêts rendus en allemand)

(Art. 23 et 25 LFLP ; art. 73 et 74 LPP)

L'art. 23, al. 1, LFLP dispose qu'en cas de liquidation partielle ou totale d'une institution de prévoyance, un droit individuel ou collectif à des fonds libres s'ajoute au droit à la prestation de sortie. L'autorité de surveillance décide si les conditions d'une liquidation partielle ou totale sont remplies et elle approuve le plan de répartition.

Les décisions des autorités de surveillance concernant l'approbation des plans de répartition en cas de liquidations partielles ou totales sont sujettes à recours conformément à l'art. 74 LPP ; la voie de la contestation selon l'art. 73 LPP n'est donc pas ouverte. Il s'ensuit que les griefs à l'encontre d'un plan de répartition doivent être formulés dans le recours administratif contre la décision d'approbation de l'autorité de surveillance. Quant aux contestations relatives à la mise en œuvre du plan de répartition, elles opposent le travailleur à l'institution de prévoyance, ce qui signifie que c'est le tribunal institué par l'art. 73 LPP qui est compétent en pareil cas.

437 Divorce et prévoyance professionnelle : confirmation par le Tribunal fédéral de la prise de position de l'OFAS citée sous chiffre 401 dans le bulletin de la prévoyance professionnelle no 66, du 17 janvier 2003

(Référence à l'arrêt du TF, du 18 décembre 2003 en la cause A., 5C.108/2003 ; arrêt en langue française)

(Art. 2 al. 1 et 2 et art. 22 al. 1, LFLP ; art. 122 et 124 CC)

Dans notre bulletin de la prévoyance professionnelle cité en exergue notre office a précisé qu'à la suite de l'arrêt du TFA du 24 juin 2002 (résumé dans le bulletin no 64, chiffre 390), il y a lieu de partir du principe que si l'assuré ne prend pas de retraite anticipée et qu'il a donc toujours droit à une prestation de sortie, il faudra par conséquent, en cas de divorce, procéder au partage, conformément à l'art. 122 CC, car il n'y a encore aucun cas de prévoyance vieillesse. Par contre, si l'assuré a déjà pris sa retraite anticipée, le juge de divorce accordera une indemnité équitable sur la base de l'art. 124 CC.

Le TFA a par ailleurs rendu un jugement dans la même sens (B 81/01 du 2 décembre 2002).

Le Tribunal fédéral de Lausanne, dans l' arrêt susmentionné, ne s'est pas écarté de ces principes. Dans un premier temps, il a tranché une question de procédure en rappelant que dans le cadre de l'application de l'art. 122 al. 1 CC, la question de savoir si l'un des époux dispose d'un droit à une prestation de sortie est un point qui découle du rapport de prévoyance et qui relève donc de la compétence matérielle du juge des assurances

sociales. Toutefois, le juge de divorce, qui doit régler le sort de la prévoyance professionnelle des époux, doit examiner ce problème à titre préjudiciel (ATF 128 V 41 consid. 1b, 2c et 3b).

Quant au partage de la prestation de sortie conformément à l'art. 122 al. 1 CC, le TF a porté l'accent sur le fait que selon la volonté du législateur, chaque époux, a un droit inconditionnel à la moitié des expectatives de prévoyance constituée pendant le mariage. En cas de divorce, la survenance du cas de prévoyance «vieillesse» se produit donc au moment où l'assuré perçoit réellement des prestations de vieillesse de son institution de prévoyance. Dans la procédure de divorce tant que l'assuré ne reçoit pas de telles prestations, il dispose donc d'une prestation de sortie et le partage est possible. Inversément, dès que l'assuré touche des prestations, le droit à la prestation de sortie s'éteint et seule une indemnité équitable peut être fixée selon l'art. 124 al. 1 CC.

438 Adaptation au renchérissement dans les rapports de prévoyance de droit public et voie de droit pour les prestations relevant de la liberté d'appréciation

(référence à un arrêt du TFA du 31 décembre 2003, B 34/02)

Les statuts d'une caisse de pension d'une commune prévoyaient que les rentes de vieillesse seraient adaptées au renchérissement dans la même mesure que les traitements du personnel actif. Le Conseil communal a mis en vigueur un nouveau règlement dès le 1.1.1998, qui prévoit que l'adaptation au renchérissement ne serait accordée désormais que « dans les limites financières de la caisse ». En 2001, il n'y a pas eu d'adaptation des rentes de vieillesse versées depuis plusieurs années avant l'entrée en vigueur du nouveau règlement.

Selon le TFA, l'adaptation prévue dans le cadre de la prévoyance surobligatoire est régie en l'espèce par des normes de droit public. Par conséquent, l'interprétation des dispositions réglementaires doit s'effectuer selon les règles habituelles d'interprétation de la loi, cela contrairement aux prestations surobligatoires dans les rapports de prévoyance de droit privé, où le contrat de prévoyance doit être interprété selon le principe de la confiance. Cette interprétation aboutit au constat suivant : les anciennes dispositions statutaires ne constituent pas une réglementation fixée « une fois pour toutes » sans tenir compte de l'évolution de la législation, de sorte que les rentes déjà en cours doivent être soumises aux nouvelles dispositions sur l'adaptation au renchérissement dès l'entrée en vigueur de celles-ci.

Le TFA a précisé sa jurisprudence sur la délimitation des voies de droit des art. 73 et 74 LPP : selon la jurisprudence antérieure, une «prestation qui relève exclusivement de la liberté d'appréciation» constituait un critère déterminant pour la voie de droit de l'art. 74 LPP. Selon l'ATF 128 II 386, l'art. 73 LPP était applicable «lorsqu'un assuré a droit de toute façon à des prestations de retraite de la part de son institution de prévoyance (pour faire valoir celles-ci, il faut emprunter la voie de droit de l'art. 73 LPP), mais qu'il y a un désaccord entre l'assuré et l'institution concernant l'octroi de prestations plus étendues, qui seraient par exemple calculées en dérogeant aux règles de la pure technique d'assurance». Le juge de l'art. 73 LPP est aussi compétent lorsqu'il existe un droit statutaire à la rente mais que le montant de la rente est influencé par une disposition potestative («Kann-Vorschrift»); il n'y a alors pas de fractionnement des voies de droit. Cela ne contredit pas la jurisprudence antérieure selon laquelle le juge de l'art. 73 LPP n'était pas compétent pour les prestations qui relèvent exclusivement de la liberté d'appréciation, car les prestations litigieuses à l'époque n'avaient pas de base statutaire: soit des prestations relevant de la liberté d'appréciation dans un fonds purement patronal, soit la répartition de fonds libres dans le cadre d'une liquidation partielle ou totale, où il existait une grande marge d'appréciation.

439 Dans le cadre de la procédure de divorce, la voie de droit selon art. 73 LPP est également ouverte pour les litiges avec une institution de libre passage.

(Référence à deux arrêts du TFA du 6 janvier 2004, dans l'affaire G.S., B 92/02 et dans l'affaire B.+ P.S., B 102/108/02, arrêts en langue allemande)

(Art. 122 et 142 CC, 22 et 25a LFLP)

Selon la jurisprudence du TFA la voie judiciaire selon l'art. 73 LPP n'est pas ouverte en cas de litige entre un assuré et une institution de libre passage (fondation bancaire, institution d'assurance) lorsque ce litige est en relation avec une police de libre passage ou un compte de libre passage et qu'il porte comme par exemple sur l'étendue et le moment de la prétention. Le TFA a toutefois confirmé la compétence du juge de la prévoyance pour la mise en oeuvre du partage des prestations de sortie dans le cadre d'une procédure de divorce.

Avec l'entrée en vigueur du nouveau droit du divorce le 1er janvier 2000, le partage des prétentions de la prévoyance professionnelle entre les conjoints et la procédure y afférente, notamment la compétence du juge du divorce et du juge de la prévoyance, ont été nouvellement réglés. Conformément au nouveau droit du divorce (art. 122 al. 1 CC), toutes les prétentions découlant de rapports de prévoyance doivent en principe être partagées, qu'il s'agisse de rapports soumis à la LFLP, de polices ou de comptes de libre passage au sens de l'art. 10 LFLP.

En présence d'un cas d'application de l'art. 122 CC et si les conjoints n'ont rien convenu au sujet du partage des prestations de sorties ni sur la manière dont le partage sera exécuté, le juge du divorce fixe, conformément à l'art. 142 al. 1 CC, les proportions dans lesquelles les prestations de sortie doivent être partagées. Dès que cette décision est entrée en force, le juge du divorce transmet d'office le litige au tribunal compétent selon la LFLP (art. 142 al. 2 CC). L'art. 25a LFLP, introduit avec la révision du droit du divorce, prévoit qu'en cas de désaccord des conjoints sur la prestation de sortie à partager, le juge du lieu du divorce compétent au sens de l'art. 73 LPP doit, après que l'affaire lui a été transmise, exécuter d'office le partage sur la base de la clé de répartition déterminée.

Avec l'introduction du nouveau droit du divorce dans les art. 141/142 CC et 25a LFLP, le législateur a - s'agissant des prestations de sortie provenant de la prévoyance professionnelle à partager selon l'art. 122 CC - coordonné la procédure de divorce avec la procédure sur les prétentions découlant de la prévoyance professionnelle et l'a placée sur une nouvelle base. Il n'a pas voulu uniquement englober les institutions de prévoyance dans cette coordination mais également les institutions de libre passage. Au vu des efforts législatifs de coordination, il ne fait pas de sens de diviser la procédure se rapportant à l'art. 142 CC selon qu'une institution de prévoyance ou une institution de libre passage (société d'assurance-vie ou banque) gère pour une des parties au divorce un avoir de prévoyance ou une police de libre passage. À côté de la séparation entre tribunal du divorce et le tribunal des assurances, le législateur n'a pas voulu d'autre morcellement de la compétence juridique pour le partage des prestations de sortie.

440 Versement en espèces sans le consentement du conjoint, suivi d'un divorce

(référence à l'arrêt du TFA du 30 janvier 2004, en la cause A., B 19/03 ; arrêt en français)

(art. 5 et 22 LFLP, art. 122 CC)

L'examen de la validité du versement d'une prestation de sortie en espèces à un assuré, pendant la durée du mariage, est de la compétence du juge des assurances (ATF 128 V 41 consid. 2d).

Pour les personnes mariées, le versement de la prestation de sortie en espèces constitue un acte juridique soumis à la condition du consentement du conjoint (art. 5, al. 2, LFLP et arrêt du TFA du 10 octobre 2003, cause

H., B 19/01). Seule l'institution de prévoyance, à qui une violation de son devoir de diligence ne peut être reprochée dans le versement de la prestation en espèces, s'acquitte valablement de son obligation et ne s'expose pas à devoir verser à nouveau la prestation de sortie. En l'espèce, la fondation W. a violé son devoir de diligence en accordant à son assuré un versement en espèces sans avoir requis le consentement de son épouse A. Par conséquent, W. reste tenue de fournir la prestation de sortie, qui peut dès lors être partagée en cas de divorce, conformément à l'art. 122 CC. C'est donc à tort que le tribunal cantonal des assurances a retenu qu'il était impossible d'effectuer ce partage.

Née le 30 septembre 1938, A. n'a jamais été assurée à la LPP. Le 30 septembre 2000, elle a atteint l'âge de 62 ans, donnant droit à des prestations de vieillesse de la prévoyance professionnelle (art. 13, al. 1, lit. b, LPP). Cet élément à lui seul ne permet pas d'exclure le partage des avoirs de prévoyance (art. 22 LFLP et 122 CC) et d'imposer le versement d'une indemnité équitable (art. 124, al. 1, CC). Ainsi, la survenance de l'âge de la retraite ou du droit à des prestations d'invalidité d'un conjoint qui n'a jamais travaillé ou qui n'a jamais été affilié à la prévoyance professionnelle, dans la mesure où il n'entraîne aucun droit à des prestations d'une institution de prévoyance, permet encore le partage des avoirs de la prévoyance professionnelle de l'autre conjoint en sa faveur.

441 Une institution de prévoyance doit réparer le dommage résultant d'un paiement en espèces effectué à tort, à moins qu'elle ne prouve qu'aucune faute ne peut lui est imputable ; à cet égard, une négligence, même légère, est assimilée à une faute.

(Référence à un arrêt du TFA du 2 février 2004 en la cause C. S., B 45/00 ; arrêt rendu en allemand)

(Art. 5, al. 2, et 22 LFLP ; art. 122 CC ; art. 97ss CO et art. 64, al. 1, LDIP)

Lorsqu'un jugement de divorce rendu à l'étranger est reconnu en Suisse, mais que la question des avoirs de prévoyance n'a pas été tranchée, la jurisprudence du TF donne la compétence internationale au juge suisse du divorce de compléter ledit jugement quant à la question de la répartition compensatoire de la prévoyance ; cette jurisprudence se fonde sur l'art. 64, al. 1, LDIP. Il appartient au juge du divorce – et non à celui des assurances sociales – de se prononcer sur le partage de la prévoyance dans le cadre du complément à apporter à un jugement de divorce. Le TFA a laissé ouverte la question de la compétence internationale du tribunal suisse dans le cas où le juge du divorce étranger aurait procédé à un partage de la prévoyance, mais sans se référer expressément à l'avoir de prévoyance suisse, alors que le juge du divorce aurait dû trancher cette question.

Le juge de la prévoyance professionnelle est en revanche compétent pour se prononcer sur la validité d'un paiement en espèces selon l'art. 5, al. 2, LFLP. Afin qu'un jugement du tribunal du divorce fixant une clé de répartition conformément à l'art. 122 CC puisse être rendu exécutoire à l'égard de l'institution de prévoyance, le conjoint ayant droit a un intérêt juridique notable à ce que le juge des assurances sociales déclare - avant le prononcé du divorce et de façon à lier l'institution de prévoyance - que le versement en espèces est nul en raison du défaut de consentement du conjoint selon l'art. 5, al. 2, LFLP. Cela vaut également lorsque la procédure de divorce a été menée devant un tribunal étranger.

Un versement en espèces intervenu dans le cadre de la prévoyance surobligatoire sans l'accord du conjoint prévu à l'art. 5, al. 2, LFLP constitue une exécution imparfaite du contrat de prévoyance et doit, à ce titre, être traité en application des art. 97 ss CO. L'institution de prévoyance est donc tenue de réparer le dommage résultant d'un versement en espèces effectué à tort, à moins qu'elle ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable ; à cet égard, une négligence, même légère, est assimilée à une faute. Il faut en outre juger sur la base des circonstances du cas particulier si l'institution peut se voir reprocher une violation de son devoir de diligence parce qu'elle n'a pas examiné la signature (falsifiée) figurant sur la demande de versement en espèces.

442 Invalidité, surindemnisation et versement anticipé pour le logement

(référence à l'arrêt du TFA du 11 février 2004, en la cause S., B 47/01 ; arrêt en français)

(art. 30c LPP, art. 2 LFLP)

La somme qu'un assuré peut utiliser à titre de versement anticipé pour l'acquisition d'un logement dépend, comme le texte de l'art. 30c al. 2 LPP le spécifie, du montant de la prestation de libre passage à laquelle il a droit. Le versement anticipé est donc directement lié à la réglementation sur le libre passage (LFLP), en particulier l'art. 2 LFLP. L'utilisation d'un même avoir de prévoyance pour l'indemnisation des éventualités assurées d'une part, et pour l'acquisition d'un logement d'autre part, est absolument incompatible avec le système de prévoyance instauré par la LPP. Il s'ensuit qu'à l'instar de la personne qui a atteint l'âge minimum de la retraite (voir l'ATF 124 V 276), l'assuré reconnu totalement invalide ne saurait prétendre un versement anticipé en vertu de l'art. 30c LPP. Le fait que dans le cas particulier, le recourant (bénéficiaire d'une rente d'invalidité entière de l'assurance-invalidité et de l'assurance militaire) ne perçoit pas de prestations de prévoyance professionnelle de la part de l'intimée pour cause de surindemnisation n'y change rien. Le TFA a déjà eu l'occasion, sous l'ancien droit (art. 27 aLPP), de se prononcer sur la portée des règles de surindemnisation en la matière (cf RSAS 1996 p. 71). La survenance du risque assuré impose que l'avoir de prévoyance existant ne soit pas affecté à un autre but que celui de garantir le versement des prestations prévues dans cette éventualité, car il se peut aussi que la situation à l'origine de la surindemnisation vienne à changer, par exemple à la suite d'une réduction ou d'une suppression des prestations concurrentes des autres assureurs sociaux. Sinon, l'assuré serait placé dans une situation économique plus favorable après la réalisation du cas d'assurance qu'avant, alors que les règles sur la surindemnisation ont justement pour objectif d'empêcher que le cumul de prestations ne procure un avantage injustifié à l'assuré. Ce serait vider de leur sens les dispositions légales sur la surindemnisation.

443 Distribution des fonds libres et résiliation du contrat de travail par l'employé

(référence à l'arrêt du TFA du 27 février 2004, dans les causes B. et OFAS, B 59/02 et B 60/02; arrêts en français).

(art. 23, al. 1, LFLP)

Selon l'art. 23, al. 1, 1re phrase LFLP, en cas de liquidation partielle ou de liquidation totale de l'institution de prévoyance, un droit individuel ou collectif à des fonds libres s'ajoute au droit à la prestation de sortie. D'après l'al. 4 de cette disposition, les conditions d'une liquidation partielle sont présumées en cas de réduction considérable de l'effectif des assurés, de restructuration de l'entreprise ou de résiliation du contrat d'affiliation avec la fondation collective ou commune. En dehors des cas de liquidation partielle ou totale, les institutions de prévoyance disposent d'un large pouvoir d'appréciation dans l'usage de leurs fonds libres. Lorsqu'un travailleur résilie ses rapports de travail dans des circonstances normales et qu'il sort de la fondation de prévoyance en faveur du personnel, il a droit aux prestations prévues par la loi et les statuts. Il n'a pas droit à une part des fonds libres lorsqu'il n'y a pas de liquidation de l'institution de prévoyance. Lorsqu'il n'y a pas de liquidation totale ou partielle, ce sont les autorités judiciaires selon l'art. 73 LPP qui sont compétentes pour examiner la prétention de l'assuré à bénéficier de la répartition de fonds libres, dans la mesure où il s'agit de l'octroi de prestations discrétionnaires. Le présent litige ne relève donc pas de la compétence de l'autorité de surveillance (art. 74 LPP), ni de celle du Tribunal fédéral.

Comme il ne s'agit pas d'une liquidation au sens de l'art. 23 LFLP, seuls les employés affiliés peuvent prétendre à la répartition des fonds libres. L'unique question de fond est de savoir si le recourant B. peut prétendre à une part de ces fonds libres au vu de la décision du conseil de fondation de Y. L'interprétation d'une décision du

conseil de fondation doit se faire selon le principe de la confiance. Or, de l'ensemble des documents écrits et du dossier, il ressort sans doute possible que la décision doit être comprise comme fixant le cercle des bénéficiaires aux employés affiliés le 1er janvier 1998, à l'exclusion des employés sortis avant et jusqu'au 31 décembre 1997. En l'occurrence, B. a donné son congé pour le 31 décembre 1997. Il est donc sorti de l'institution de prévoyance à cette même date et ne saurait prétendre à cette distribution dès lors qu'il n'était pas affilié à la fondation au moment déterminant.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 71

424 Obligation pour l'institution de prévoyance d'accepter le transfert d'une prestation de sortie après la survenance d'un cas de prévoyance

(référence à l'arrêt du TFA du 10 juillet 2003 en la cause J.-M. B, B 9/01; arrêt rendu en français)

(Art. 2,3 et 9 LFLP; art. 1, al. 2, OLP)

Dans cet arrêt, le TFA tranche la question de savoir si le montant de la prestation de sortie acquis par l'assuré dans une ancienne institution de prévoyance doit être transféré auprès de la nouvelle caisse après la survenance du cas d'invalidité, ce qui, le cas échéant, lui procurerait une rente d'invalidité LPP plus élevée. Il faut savoir que dans le cas d'espèce, l'assuré n'avait communiqué à l'ancienne institution de prévoyance aucune indication quant au transfert de sa prestation de sortie.

La cour fédérale constate en premier lieu que le principe du transfert obligatoire de la prestation de sortie à la nouvelle institution de prévoyance en vertu de l'article 3, 1er alinéa, LFLP, ne trouve ses limites que dans les autres formes de maintien de la prévoyance admises, à savoir lorsqu'il est établi une police ou un compte de libre passage. Par conséquent, aussi longtemps qu'aucune autre forme légale de maintien de la prévoyance n'a été mise en place pour permettre à l'assuré de maintenir ou de poursuivre sa prévoyance sur la base de celle qu'il avait acquise précédemment, le principe du transfert obligatoire de la prestation de sortie à la nouvelle institution compétente reste pleinement valable même si, dans l'intervalle, un cas de prévoyance s'est réalisé et que l'assuré n'a rien fait pour permettre le transfert à temps. Une interprétation différente n'est pas possible étant donné que l'article 9, alinéa 1, LFLP vise à maintenir et à augmenter la prévoyance dans la nouvelle institution de prévoyance. Partant, il y a lieu de comprendre par «prestations de sortie apportées», aux termes de la disposition légale précitée, la prestation matérielle à laquelle l'assuré a droit en vertu de l'article 2 LFLP et non pas le versement effectif de cette prestation de sortie.

425 Date déterminante pour la liquidation partielle d'une institution de prévoyance

(référence à l'arrêt du TF du 4.11.2003 en la cause caisse de pension U., numéro 2A. 576/2002 ; arrêt rendu en français)

(Art. 23, al. 4, LFLP)

Dans cette affaire, l'assuré s'était plaint d'une inégalité de traitement entre assurés, ainsi qu'entre les assurés et les retraités transférés à la nouvelle institution de prévoyance en ce sens que le plan de répartition n'avait pas pris en considération les assurés qui, comme lui, avaient quitté la fondation avant la date déterminante pour la distribution des fonds libres. Il aurait fallu, selon lui, et conformément à une pratique constante, y inclure également tous les assurés partis dans un délai de trois à cinq ans avant la liquidation partielle.

Dans cet arrêt, le TF confirme deux principes importants : le premier veut que l'on puisse tenir compte dans le cercle des bénéficiaires pour la distribution des fonds libres les personnes qui ont quitté l'entreprise dans la période précédant la date déterminante pour la liquidation partielle, qui peut aller jusqu'à trois, voire cinq ans

(ATF 128 II 394 consid. 6.4 p. 405). Le second qu'une réduction de 10 pour cent de l'effectif de l'entreprise entraîne la liquidation partielle de l'institution de prévoyance. Cependant, comme dans le cas d'espèce, lorsqu'une entreprise réduit son personnel à plusieurs reprises successives («vagues de licenciement»), celles-ci doivent être considérées globalement comme les étapes d'une même restructuration, à condition qu'elles se réfèrent à la même cause économique. En pareil situation, toutes les personnes licenciées aux différents stades de ce processus unique devraient pouvoir bénéficier des fonds libres (cf. arrêts 2A.48/2003 consid. 3.1 et 2A.76/1997 consid. 3). Sur la base de ces principes, le TF a constaté que les premières mesures de licenciements survenues en 1996, certes dans le cadre du délai susmentionné, étaient des mouvements de faible ampleur qui ne justifiaient pas une liquidation partielle et que c'est au contraire la fusion de la société U avec une autre entreprise qui a rendu cette mesure nécessaire. Or, étant donné qu'il n'y a aucun lien entre les mesures de réorganisation ou de restructuration d'une part et cette fusion d'autre part, il n'y a pas lieu de considérer ces deux opérations comme un tout. Partant, la commission de recours en décidant comme arbitraire la date de liquidation fixée par la fondation recourante (qui se rapportait à juste titre qu'à la date de l'annonce de la fusion) a violé l'article 23, alinéa 4, LFLP et indûment empiété sur le pouvoir d'appréciation de l'autorité de surveillance.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 70

413 Intérêts sur la prestation de sortie

La prestation de sortie à transférer dans le cadre d'une procédure de divorce doit être assortie d'intérêts au taux minimal prévu pour l'avoir de vieillesse – pour autant que le règlement de prévoyance ne prévoie pas un taux supérieur. D'éventuels intérêts moratoires sont dus dès le prononcé du jugement du divorce, respectivement après l'écoulement d'un délai de 30 jours à compter de la décision du juge LPP ou dès que l'arrêt du TFA a été prononcé.

(Note au sujet de sept arrêts du TFA du 8 avril 2003 en la cause P.B., B 70/02, en la cause U.G., B 71/02, en la cause U.F., B 73/02, en la cause R.D.J., B 78/02, en la cause F.K.-C., B 88/02, en la cause A.D., B 103/02 et en la cause R.L., B 109/02, au sujet d'un arrêt du TFA du 8 juillet 2003 en la cause G.L., B 113/02; arrêt en langue allemande, au sujet d'un arrêt du TFA du 18 juillet 2003 en la cause M.L.-S., B 36/02, et d'un arrêt du TFA du 4 septembre 2003 en la cause C.C.-S., B 105/02, arrêts en langue française).

(Art. 122, 141 et 142 CC ; art. 2 al. 3 et 25a LFLP, art. 7 OLP)

Lorsque l'un des époux au moins est affilié à une institution de prévoyance professionnelle et qu'aucun cas de prévoyance n'est survenu, l'art. 122 al. 1 CC prévoit, en cas de divorce, que 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). En cas de désaccord, le litige est transmis au juge compétent selon l'art. 73 LPP qui doit procéder au partage de la prestation de sortie (art. 25a LFLP, art. 141 et 142 CC). Si les deux époux ont créances réciproques, seule la différence doit être partagée. La prestation de sortie partagée doit en principe rester affectée à la prévoyance professionnelle.

La prestation de sortie à partager d'un conjoint correspond à la différence entre la prestation de sortie augmentée des éventuels avoirs de libre passage au moment du divorce et la prestation de sortie augmentée des éventuels avoirs de libre passage au moment de la conclusion du mariage. Dans ce calcul, il faut affecter la prestation de sortie et les avoirs de libre passage au moment de la conclusion du mariage d'intérêts rémunératoires (compensatoires) jusqu'au moment du divorce au taux minimal valable pendant ce laps de temps selon l'art. 12 OPP 2 (jusqu'au 31 décembre 2002 : 4% et dès le 1er janvier 2003 : 3,25%), pour autant que le règlement de prévoyance ne prévoie pas un taux supérieur.

Selon l'art. 2 al. 3 LFLP, la prestation de sortie est due lors de la sortie de l'institution de prévoyance. Des intérêts moratoires sont également dus sur la partie de la prestation de sortie à l'autre époux. Les intérêts moratoires à payer correspondent au taux minimal prévu à l'art. 12 OPP 2 plus un quart pour cent (art. 7 OLP).

Le moment à partir duquel les intérêts moratoires sont dus est différent si les conjoints sont parvenus à un accord devant le tribunal de divorce quant au partage de la prestation de sortie et aux modalités de son exécution (art. 141 CC) ou si la cause ait été transmise au tribunal cantonal compétent en matière de prévoyance (art. 142 CC). Dans le premier cas, les intérêts moratoires sur la prestation de sortie à compenser sont dus 30 jours après le prononcé du jugement de divorce ; dans le second cas, le jour de référence pour le début du délai de paiement de 30 jours se situe au moment de l'entrée en force de la décision du tribunal cantonal compétent en matière de prévoyance ou, si celle-ci a été déférée au Tribunal fédéral des assurances, au jour du prononcé de l'arrêt.

L'arrêt B 36/02 mérite une brève analyse, car, tout en reprenant l'argumentation développée jusqu'ici dans les arrêts du 8 avril 2003 et du 8 juillet 2003, le TFA l'a affinée quant au point de départ du calcul des intérêts, notamment si le jugement est partiellement entré en force. Dans cette affaire, le divorce des époux a été prononcé par le Tribunal civil en date du 26 avril 2001 et est devenu définitif le 28 mai 2001. Le montant de la prestation à partager a pour sa part été déterminé par le Tribunal administratif de la prévoyance, par jugement du 26 mars 2002. Il a ensuite été notifié à l'institution de prévoyance en date du 28 mars 2002. L'épouse n'a contesté le montant à partager, mais le fait qu'aucun intérêt sur cette somme n'ait été retenu par le tribunal de la prévoyance. De ce fait et compte tenu des délais de recours et des féries judiciaires, ce jugement est entré partiellement en force le 9 mai 2002. La question portait donc sur l'obligation de verser des intérêts rémunératoires (compensatoires) et éventuellement aussi des intérêts moratoires. Le Tribunal fédéral, compte tenu du fait que le jugement de divorce est entré en force le 28 mai 2001, a admis que les intérêts compensatoires commencent à courir dès cette date. Par contre, l'institution de prévoyance était tenue de verser des intérêts moratoires dès le 31ème jour de l'entrée en force (partielle) du jugement, soit dès le 8 juin 2002, au taux d'intérêt de 4,25% jusqu'à fin 2002 et de 3,5% dès le 1er janvier 2003 (art. 7 OLP en relation avec l'art. 12 OPP2).

414 Invalidité partielle et divorce

(Référence à l'arrêt du TF du 15.5.2003 en la cause K. et B., 5C66/2002 ; en langue allemande)

(Art. 122 et 124 CC, art. 22b al. 1 LFLP)

La prestation de sortie ne peut pas être partagée selon l'article 122 CC dans une procédure de divorce lorsque le cas de prévoyance est déjà survenu chez un des conjoints. Dans le contexte du divorce, par cas de prévoyance, il y a lieu d'entendre l'invalidité et la réalisation de l'âge limite de la retraite. A cet égard, une invalidité partielle suffit.

Le cas de prévoyance « invalidité » est survenu lorsqu'un conjoint est devenu – sous réserve de dispositions réglementaires plus étendues – durablement incapable de travailler à raison d'au moins 50% ou a été incapable de travailler à 50% au moins pendant une année sans interruption notable et qu'il touche une rente d'invalidité de l'institution de prévoyance professionnelle ou a touché d'elle une indemnité en capital.

Lorsque l'assuré touche une demi-rente d'invalidité, l'institution de prévoyance répartit l'avoir de vieillesse en deux parts égales. La moitié qui n'est pas « transformée » en une rente a le même sort que l'avoir de vieillesse d'un assuré ayant une pleine capacité de travail. En cas d'invalidité partielle, il subsiste ainsi une prestation de sortie dont le partage est « techniquement possible ». A la teneur claire de l'art. 122 al. 1 et de l'art. 124 al. 1 CC, la réalisation d'un ou de plusieurs cas de prévoyance excluent le partage selon

l'art. 122 al. 1. Les travaux préparatoires ne permettent pas d'interprétation restrictive selon laquelle seul est visé le cas de prévoyance qui « transforme » toute la prestation de sortie en rente.

Pour des motifs également de praticabilité, le Tribunal fédéral refuse de partager selon l'art. 122 CC une prestation de sortie encore existante et d'accorder selon l'art. 124 CC une indemnité équitable pour le solde des prétentions découlant de la prévoyance professionnelle. Se pose la question de savoir comment procéder lorsque le risque invalidité est seulement probable au moment de la procédure de divorce mais qu'il ne s'est pas encore réalisé ou lorsqu'il survient au cours de la procédure de divorce. S'il existe déjà une invalidité partielle, il existe un risque accru que l'invalidité s'aggrave pendant la procédure de divorce. C'est pourquoi, les prétentions découlant de la prévoyance professionnelle en cas d'invalidité partielle ayant conduit à des prestations de l'institution de prévoyance ne doivent pas être basées sur l'art. 122 al. 1 CC ; il s'agit au contraire de régler ce cas exclusivement par le biais de l'indemnité équitable de l'art. 124 CC.

Lorsqu'un conjoint se voit allouer une indemnité équitable selon l'art. 124 CC, il peut être précisé dans le jugement de divorce conformément à l'art. 22b al. 1 LFLP qu'une partie de la prestation de sortie est transférée en imputation sur l'indemnité équitable. Cette forme de paiement ne peut cependant être ordonnée que s'il existe une prestation de sortie mais indépendamment du fait qu'un cas de prévoyance soit ou non survenu. Il suffit qu'il existe une prestation de sortie. C'est pourquoi, en cas d'invalidité partielle, l'indemnité équitable peut être payée selon l'art. 124 CC, en application de l'art. 22b al. 1 LFLP.

Lorsqu'il est incertain qu'une incapacité de travail fasse naître une prestation d'invalidité de nature à empêcher le transfert d'une partie de la prestation de sortie, le juge peut – sur demande de la partie intéressée – imposer l'obligation à fournir une prestation de remplacement.

En cas de transfert selon l'art. 22b al. 1 LFLP, la décision du juge civil lie la caisse de pension lorsque celle-ci a confirmé non seulement le montant de la prestation de sortie mais encore la possibilité de procéder au partage et au transfert. Si elle n'a pas confirmé ces points, le jugement pourrait éventuellement ne pas être exécuté à son encontre.

415 Compétence de l'institution de prévoyance lorsque les rapports de travail ont été résiliés de manière anticipée en raison du transfert de l'entreprise selon l'art. 333 CO

(Référence à l'arrêt du TFA du 14 avril 2003 en la cause M.S., B 89/02 ; en langue allemande)

(Art. 10 al. 1 et 2, art. 23, art. 26 al. 1 LPP ; art. 333 CO)

L'art. 333 CO règle le transfert des rapports de travail lorsque l'employeur transfère l'entreprise ou une partie de celle-ci à un tiers. Cette disposition du droit du travail suppose que l'employeur transfère l'entreprise à un tiers qui s'engage à reprendre les rapports de travail. Par entreprise au sens de l'article 333 CO, il faut comprendre le regroupement organisationnel des moyens et droits personnels, réels et immatériels qui forment une unité économique et qui servent à poursuivre un but relevant d'une technique de travail déterminée. Il n'y a transfert d'entreprise que si l'identité de l'entreprise est la même avant et après le transfert. L'organisation, le but et le caractère individuel de l'entreprise doivent alors être conservés, c'est-à-dire que tous les actifs et passifs sur lesquels repose, pour l'essentiel, la continuation de l'entreprise doivent être transférés. Par contre, il n'est pas nécessaire que tous les actifs et passifs soient transférés ni que l'entreprise continue d'exister. Certaines parties de l'entreprise peuvent être enlevées de l'organisation pour autant que ces parties ne puissent remplir leur ancien but qu'après leur séparation. Le transfert d'entreprise au sens de l'art. 333 CO n'équivaut qu'au transfert contractuel de l'entreprise à un autre sujet de droit.

Pour déterminer quelle institution de prévoyance est tenue de fournir des prestations en cas d'invalidité, il faut se demander selon l'art. 23 LPP, auprès de quelle institution de prévoyance était assuré l'intéressé lors de la

survenance de son incapacité de travail. Indépendamment du fait que l'entreprise de l'ancien employeur ait été liquidée ou transférée à un tiers au sens de l'art. 333 CO, il faut se demander, dans le cas d'un travailleur qui a subi une incapacité de travail après la cessation de l'entreprise de son employeur, s'il a conclu ou non un contrat de travail avec l'entreprise reprenante dans le cadre du transfert de l'entreprise. S'il a refusé de le faire, il reste affilié à l'ancienne institution de prévoyance jusqu'à la fin des rapports de travail et celle-ci peut alors être également tenue à fournir les prestations.

416 Légitimation passive de l'ancien employeur

L'ancien employeur d'un travailleur a la légitimation passive seulement lorsque le litige porte sur l'inexactitude d'un décompte avec l'institution de prévoyance, mais pas lorsque c'est le montant de la prestation de sortie qui est contesté.

(Référence à l'arrêt du TFA du 14 mai 2003 en la cause H.O., B 69/01 ; en langue allemande)

(Art. 66 al. 3, 73 al. 1 LPP)

Selon une première jurisprudence, une action portant sur le paiement, après coup, de cotisations d'un précédent employeur était intentée, dans tous les cas, contre la précédente institution de prévoyance ou à la rigueur contre l'institution supplétive mais jamais contre l'ancien employeur même si celui-ci n'avait jamais versé à une institution de prévoyance les cotisations déduites du salaire pour la prévoyance professionnelle. Cette jurisprudence s'appliquait non seulement à l'exigibilité d'une prestation de sortie mais aussi lors de la survenance du cas de prévoyance comme par exemple pour les prestations de vieillesse.

Par la suite, le TFA a modifié sa jurisprudence et a reconnu qu'une demande de paiement de cotisations arriérées, c'est-à-dire la prise en compte d'un gain plus élevé à assurer avec le paiement de cotisations supérieures y relatives, constitue un litige entre employeur et travailleur au sens de l'art. 73 al. 1 LPP. Après avoir reconnu la légitimation passive de l'employeur également après la résiliation du contrat de travail et après avoir considéré qu'il était sans importance pour l'obligation de l'employeur de présenter des décomptes que cette obligation soit invoquée après la survenance du cas d'assurance ou de libre passage, le TFA a finalement précisé, dans l'idée d'uniformiser la jurisprudence, que l'ancien employeur a aussi la légitimation passive si le travailleur fait valoir des prétentions basées sur l'art. 66 al. 3 LPP que la résiliation des rapports de travail donne lieu à une prestation d'assurance ou à une prestation de sortie (dans la terminologie de l'art. 2 LFLP). C'est pourquoi, l'ancien employeur a la légitimation passive également lorsque le litige porte sur l'inexactitude d'un décompte d'un ancien employeur avec l'institution de prévoyance. Toutefois, si c'est concrètement le montant de la prestation de sortie qui est contesté, c'est l'institution de prévoyance, à la rigueur l'institution supplétive, qui a la légitimation passive, mais pas l'employeur.

417 Versement de la prestation de sortie en cas de divorce

La prestation de sortie à transférer dans le cadre d'une procédure de divorce doit être en principe versée à l'institution de prévoyance de l'autre conjoint. Si l'ayant droit n'est affilié à aucune institution de prévoyance ou s'il n'a pas besoin du montant en question pour combler des lacunes en vue des prestations réglementaires, sa part sur la prestation de sortie peut être versée sur deux comptes de libre passage au maximum.

(Référence à l'arrêt du TFA du 17 mars 2003 en la cause W. + M.F., B 87/01 ; en langue allemande)

(Art. 122 et 142 CC, art. 3 al. 1, art. 4 al. 1 et art. 22 LFLP, art. 12 al. 1 OLP)

Le tribunal prévu à l'art. 73 LPP, respectivement aux art. 25 et 25a LFLP doit veiller à l'application correcte du droit fédéral dans le domaine de la prévoyance professionnelle. Il doit se saisir d'office du litige qui lui a été

transmis par le tribunal du divorce et procéder au partage de la prestation de sortie en se basant sur la clé de répartition définie par le jugement de divorce.

Dès que le jugement de divorce est devenu exécutoire, le tribunal cantonal des assurances sociales doit se prononcer d'office sur l'existence et le montant des prestations de sortie à transférer et sur l'exécution du partage, c'est-à-dire fixer les modalités à quelle institution (caisse de pension, institution de libre passage de l'ayant droit) doit être transféré le montant de la différence à déterminer entre les prestations de sortie.

La prestation de sortie à partager doit servir à maintenir la protection de prévoyance de la personne y ayant droit. Il s'ensuit que la part de la prestation de sortie à transférer doit en principe être versée à l'institution de prévoyance de l'autre conjoint. Le bénéficiaire a le droit de combler des lacunes avec sa part de la prestation de sortie à transférer jusqu'aux prestations réglementaires complètes et ainsi d'augmenter les prestations en cas d'invalidité ou de retraite mais aussi d'éventuelles prestations en faveur des survivants.

Si l'ayant droit n'est affilié à aucune institution de prévoyance ou s'il n'a pas besoin de la somme totale pour combler ses lacunes dans son institution de prévoyance, il doit communiquer à l'institution de prévoyance de l'autre conjoint sous quelle forme il veut recevoir (le solde de) la protection de prévoyance. Celle-ci sera reçue par le biais d'une police de libre passage ou sur un compte de libre passage. La prestation de sortie à transférer peut versée à deux institutions de libre passage au maximum (art. 12 al. 1 OLP).

418 Invalidité partielle survenant lors de deux emplois à mi-temps

(Référence à l'arrêt du TFA du 18 février 2003 en la cause M.F., B 57/01 ; en langue allemande)

(Art. 23 LPP, art. 1 al. 1 let. c OPP 2)

Une travailleuse avait, depuis plusieurs années, deux emplois à 50% de même fonction et touchait chez chacun de ses deux employeurs un salaire dépassant le salaire minimal de l'art. 2 al. 1 LPP. Elle était assurée chez les deux employeurs dans leur institution de prévoyance respective. Après être devenue invalide à 50% (55% d'incapacité de travail), elle quitta un de ses emplois à mi-temps et conserva l'autre.

Le TFA a jugé qu'en cas d'activités de même importance exercées de front et pour lesquelles le salaire minimum est à chaque fois dépassé, il existe une obligation multiple d'être assuré à la prévoyance professionnelle. L'exception prévue pour les activités accessoires (art. 1 al. 1 let. c OPP 2) n'est pas applicable dans ce cas car aucune des activités ne peut être considérée comme accessoire.

L'institution de prévoyance de l'employeur avec lequel les rapports de travail sont poursuivis ne doit actuellement pas verser de prestations d'invalidité. En revanche, l'institution de prévoyance de l'employeur pour lequel l'emploi a cessé doit payer une rente complète d'invalidité d'après le salaire assuré chez elle. Si l'incapacité de travail augmente à 66,6% au moins pour les mêmes raisons de santé que celles qui ont entraîné une incapacité de travail d'environ 50%, cette deuxième institution de prévoyance doit fournir des prestations à cet effet car l'incapacité de travail survient à un moment où la travailleuse est assurée auprès d'elle et où elle touche de l'autre institution de prévoyance une pleine prestation.

419 La résiliation des rapports de travail à un âge auquel il existe déjà un droit à la prestation de vieillesse peut également déclencher des prestations de vieillesse contre la volonté de l'assuré.

(Référence à l'arrêt du TFA du 23 mai 2003 en la cause J.R., B 86/02 ; en langue allemande)

(Art. 13 al. 2 LPP, art. 1 al. 2 et 2 al. 1 LFLP)

Selon l'art. 2 al. 1 LFLP, les assurés qui quittent l'institution de prévoyance avant la survenance d'un cas de prévoyance ont droit à une prestation de sortie. Selon l'art. 1 al. 2 LFLP, la loi sur le libre passage s'applique à

tous les rapports de prévoyance où une institution de prévoyance accorde, sur la base de ses prescriptions (règlement), un droit à des prestations lors de l'atteinte de l'âge limite, ou en cas de décès ou d'invalidité (cas de prévoyance). Il résulte de ces deux dispositions qu'un assuré n'a droit à une prestation de sortie que lorsqu'il quitte l'institution de prévoyance avant d'avoir atteint l'âge ouvrant le droit à la rente.

Dans les institutions de prévoyance dont le règlement prévoit la possibilité d'une retraite anticipée, il faut comprendre par survenance du cas de prévoyance vieillesse non pas l'atteinte de l'âge légal de la retraite selon l'art. 13 al. 1 LPP, mais l'atteinte de l'âge limite réglementaire en vue d'une retraite anticipée. Ainsi, en cas de résiliation des rapports de travail à un moment où les conditions d'une retraite anticipée sont remplies, le droit aux prestations de vieillesse prévues dans le règlement prend naissance en principe indépendamment de l'intention de l'assuré de continuer d'avoir une activité lucrative ailleurs.

Ce n'est que dans les institutions de prévoyance dont le règlement fait dépendre la possibilité du versement d'une rente de vieillesse anticipée de l'exercice d'une déclaration de volonté correspondante que le cas de prévoyance vieillesse n'est pas considéré comme survenu, dans tous les cas de résiliation des rapports de travail ou de service, à un moment où l'assuré a atteint l'âge réglementaire ouvrant le droit à la rente pour une retraite anticipée, mais seulement si l'assuré fait usage de la possibilité prévue dans les statuts d'exiger le versement d'une rente de vieillesse anticipée (voir Bulletin de la prévoyance professionnelle no 64 du 28 octobre 2002 ch. 390). Dans les autres institutions de prévoyance, la résiliation des rapports de travail dans cette tranche d'âge peut déclencher une prestation de vieillesse diminuée même contre la volonté du travailleur.

420 En cas de divorce, le juge de l'art. 73 est compétent pour connaître d'un litige issu de l'impossibilité de transfert de la moitié de la PLP de l'un des conjoints à l'institution de l'autre pourtant décidé par le tribunal civil

(Référence à l'arrêt du TFA du 28.01.03 en la cause F.C., B 96/00 ; arrêt en langue italienne)

(Art. 73 LPP, 22 al. 2 LFLP version en vigueur jusqu'au 31.12.99)

Le TFA a été appelé à juger d'un recours de la femme divorcée qui demandait à la caisse de pensions de son mari de transférer la moitié de l'avoir LPP de ce dernier, conformément à ce qui avait été ordonné par le jugement du divorce. Devant le refus de cette dernière, en raison du fait que l'assuré était en incapacité totale de travail et avait réalisé le cas de prévoyance, elle a porté l'affaire devant la juridiction cantonale de l'art. 73 LPP (canton du Tessin). Ce tribunal s'étant déclaré incompétent pour connaître du sort du litige, l'intéressée a recouru devant le TFA qui lui a donné raison, pour les motifs suivants.

Tout d'abord le TFA relève qu'il est incontestable que le litige concerne un ayant droit et une institution de prévoyance et que la recourante était légitimée à agir en procédure administrative à l'encontre de l'institution du conjoint, étant donné qu'elle devenait cessionnaire légale de la créance contestée sur la base de la décision de transfert émise par le juge civil (art. 166 CO) – cons. 3.1.

Le TFA rappelle ensuite que, sous l'ancien droit, le jugement civil n'a autorité de chose jugée qu'à l'égard des parties (les conjoints) qui ont participé à la procédure ; dès lors, l'institution de prévoyance qui n'a pas participé à la procédure devrait aussi avoir la possibilité de contester un transfert devant le juge de la prévoyance professionnelle compétent. Bien plus faut-il distinguer entre les rapports interne entre conjoints de ceux avec l'institution de prévoyance. Si le conjoint, lié par le jugement de divorce ne peut s'opposer au transfert, en revanche, le tribunal de l'art. 73 LPP doit, d'un autre côté, décider si l'assureur est en mesure d'exécuter ledit jugement, en vérifiant l'existence et la cessibilité du transfert.

Note: cet arrêt prévoit que le tribunal de l'art. 73 LPP est compétent en matière de transfert de la PLP et notamment lorsque la caisse refuse le transfert car les conditions ne sont pas ou plus données, comme par

exemple lors de la réalisation du cas d'assurance. Ce jugement concerne le droit en vigueur avant l'application des nouvelles dispositions du droit du divorce. On peut toutefois se poser la question de son application mutatis mutandis au nouveau droit, vu que l'art. 141 CC prévoit certes que le juge du divorce notifie le jugement à l'institution de prévoyance, mais toutefois n'accorde pas à celle-ci la qualité de partie. Cela ressort aussi de l'ATF 128 V 41.

421 Affiliation d'office par l'institution supplétive – rapports entre l'art. 11 et l'art. 12 LPP – prescription

(Référence à l'arrêt du TFA du 28.03.03 en la cause OFAS et Fondation LPP Vaudoise assurance, B 68 et 69/02 ; arrêt en langue française)

(Art. 11, 12, 41 et 60 al. 2 let. d LPP, 142 CO)

Le TFA a été appelé à juger d'un recours conjoint de l'OFAS et de la fondation LPP de la Vaudoise assurances contre un jugement de première instance en matière d'affiliation d'office. L'assurée incapable de travailler a présenté une demande de rente à l'institution de prévoyance de son ex-employeur. Celle-ci, constatant que l'incapacité de travail remontait à une période antérieure à la conclusion du contrat, a refusé toute prestation. Or, durant la période d'emploi, l'assurée n'a pas été affiliée à une institution de prévoyance alors qu'elle aurait dû l'être. L'OFAS, de son côté, a soulevé l'exception de la prescription, tout en soutenant que ni la caisse vaudoise ni l'institution supplétive n'étaient redevables d'une prestation dans le cas d'espèces.

Le TFA n'est pas entré en matière sur la question de la prescription en ce sens que ce moyen n'avait pas été soulevé en procédure cantonale. En revanche, il a estimé que, selon l'art. 12 LPP, les salariés ont droit à une prestation même si l'employeur ne s'est pas affilié. Ces prestations sont servies par l'institution supplétive à laquelle l'employeur est redevable non seulement des cotisations arriérées, mais aussi d'un complément destiné à couvrir le dommage. Par rapport à l'art. 11 LPP, l'art. 12 est un cas spécial qui se présente lorsqu'un cas d'assurance naît avant que l'employeur ait été affilié à une institution de prévoyance. Dès lors, l'assurée a droit à une prestation de l'assurance obligatoire, servie non pas par la Vaudoise assurances, mais par l'institution supplétive.

Le TFA a renvoyé la cause à l'autorité inférieure, car l'institution supplétive a soulevé l'exception de la prescription. Il appartient donc au juge de 1ère instance d'examiner ce point en relation avec le montant du gain assuré.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 66

402 Le transfert d'une entreprise au sens de l'art. 333 (a)CO n'implique pas une dissolution des rapports de travail susceptible d'entraîner un cas de libre passage

(Référence à l'arrêt du TFA du 20.11.02 en la cause S.C., B 24/02 ; arrêt en langue française)

(Art. 27al. 2 et 29 LPP anciens ; art. 333 [a]CO)

Le TFA a été confronté à la question de savoir si dans le cadre d'une reprise d'une entreprise par une autre, l'on se trouve dans un cas de libre passage à l'égard du salarié concerné par ce transfert. Le TFA a considéré en premier lieu qu'aux termes de l'art. 333 CO que ce soit sous l'empire de l'ancien droit ou du nouveau droit, le nouvel employeur, par le transfert des rapports de travail, reprend l'ensemble des droits et obligations découlant du contrat de travail depuis son origine. La jurisprudence a par ailleurs précisé qu'il n'y a transfert au sens de l'art. 333 CO que si l'entreprise reste identique avant et après l'opération. En l'espèce, il n'a pas été contesté que les gestionnaires successifs de l'entreprise cédée ont repris l'exploitation dans sa totalité ainsi que

les rapports de travail du personnel, dont ceux du recourant. Il n'y a donc pas eu de dissolution des rapports de travail susceptible d'entraîner la survenance d'un cas de libre passage.

A partir des considérations ci-devant, il y a lieu de constater que le transfert des employés de la société B et la réaffiliation de ces derniers à la nouvelle institution de prévoyance P ont entraîné la résiliation par le nouvel employeur de l'ancien contrat d'affiliation. Dans une pareille situation, l'OFAS a édicté à l'intention des institutions de prévoyance des «instructions concernant l'examen de la résiliation des contrats d'affiliation et de la réaffiliation de l'employeur» (cf. RSAS 1993, p. 361ss). Elles définissent les exigences minimales à respecter, notamment en matière d'information, de respect des droits acquis, de répartition des fonds libres et de tâches de l'organe de contrôle.

Dès lors, la règle du maintien des droits acquis concrétisés dans ces instructions implique nécessairement, pour chaque assuré, que les montants transférés par l'ancienne institution de prévoyance soient pris en compte par la nouvelle institution de prévoyance dans le calcul de ses prestations. Peu importe en l'occurrence que le montant (avoir de vieillesse acquis auprès de l'ancienne caisse) n'ait pas été versé immédiatement à la nouvelle institution de prévoyance.

L'assuré a par conséquent droit à une rente d'invalidité LPP calculé sur l'avoir de vieillesse total découlant de la LPP, comme s'il n'avait pas changé d'institution de prévoyance.

403 La demande de restitution de prestations de la prévoyance professionnelle obligatoire versées à tort par une institution de prévoyance relève-t-elle de l'art. 47 LAVS ou convient-il d'appliquer les règles du CO ?

(Référence à l'arrêt du TFA du 24.09.2002 en la cause fondation de prévoyance V., B 32/01 ; arrêt en langue française)

(Art. 62 à 67 CO ; art. 49 al. 2 LPP; art. 47 LAVS)

Selon la jurisprudence constante, l'obligation de restituer l'indu se fonde en premier lieu sur les dispositions spéciales qui la prévoient, et, à défaut, sur les règles générales de l'enrichissement illégitime au sens des art. 62 à 67 CO. La LPP, qui se rapporte pour l'essentiel de ses dispositions à la prévoyance obligatoire (art. 49 al. 2 LPP), ne renferme pas de norme relative à la restitution de prestations payées à tort par une institution de prévoyance.

A défaut de norme réglementaire, la demande de restitution de prestations de la prévoyance plus étendue versées à tort par une institution de prévoyance se fonde sur les art. 62 ss CO. En revanche, dans la prévoyance obligatoire, la question de savoir s'il y lieu d'appliquer l'art. 47 LAVS, considéré comme l'expression d'un principe de portée générale ou s'il convient d'appliquer également le CO a été laissée jusqu'à présent ouverte.

Dans son jugement, le TFA relève que l'application de l'art. 47 LAVS ou des art. 63 ss CO n'est pas indifférent quant au sort des prétentions. Outre la base du remboursement de la prestation obligatoire, les deux systèmes divergent sur l'étendue de la restitution (cf. art. 64 CO en relation avec les art. 47 LAVS et 79 RAVS).

L'art. 47 LAVS, comme fondement de l'obligation de restituer des prestations versées à tort, s'applique dans la plupart des branches du droit des assurances sociales. Néanmoins, la transposition de l'art. 47 LAVS dans la prévoyance professionnelle obligatoire ne va pas de soi, car son application suppose entre le créancier et le débiteur un rapport d'autorité, inconnue de la LPP. En outre, un traitement identique de la même problématique dans la prévoyance obligatoire et dans la prévoyance plus étendue apparaît souhaitable. Une différence de traitement dans le remboursement des prestations versées à tort, selon qu'elles ressortissent à la première ou à la seconde, n'apparaît pas justifiée par une raison objective, sauf à considérer que l'art. 47 LAVS est un

principe général dont l'application ne souffre aucune exception dans le domaine des assurances sociales. Et à cet égard, l'art. 25 LPGA qui reprend la teneur de l'art. 47 LAVS ne trouve pas application dans la prévoyance professionnelle.

En définitif, tous ces arguments plaident pour l'application dans la prévoyance obligatoire des règles dégagées par le TFA relatives à la restitution de prestations de la prévoyance plus étendue versées à tort et, par conséquent, de l'application des règles du CO.

404 Détermination du salaire coordonné pour le calcul de la rente d'invalidité LPP alors que les rapports de travail ont duré moins d'une année et que les conditions d'engagement ont été fondamentalement modifiées. Absence d'éléments probants pour le calcul du revenu déterminant et application de la convention collective

(Référence à l'arrêt du TFA du 20.9.2002 en la cause B., B 29/02 ; arrêt en langue française)

(Art. 7, 2e al., 8, 24, 3e al. et 34,1er al. let. a, LPP; art. 3 et 18 OPP2)

Dans le cas qui occupait le TFA, le travailleur au moment de la survenance de l'incapacité de travail n'était plus au bénéfice des mêmes conditions de travail. Son nouvel engagement portait non seulement sur le degré d'occupation (qui passait d'un horaire de travail de l'ordre du mi-temps à un horaire à plein temps), mais aussi sur la nature des conditions du contrat de travail. Son activité avait de surcroît un caractère durable et l'horaire de travail n'était pas sujet à de sensibles variations. En pareille situation, il y a lieu d'adapter le salaire coordonné et de déroger ainsi à la règle selon laquelle le salaire assuré est calculé au début de l'année et demeure inchangé pour toute l'année civile. Cette adaptation se justifie notamment par le fait que le salaire déterminant doit en principe correspondre au salaire déterminant selon la LAVS. Il importe également que lorsque les conditions d'engagement changent que l'assurance pour les risques d'invalidité et de décès déploie pleinement ses effets dès la modification des rapports de travail, conformément au principe légal selon lequel l'assurance prend effet le jour où le salarié commence le travail (art. 10 al. 1 LPP et art. 6 OPP2).

Ces principes sont donc également applicables lorsque le travailleur commence son activité en cours d'année et qu'il y a lieu de calculer le salaire coordonné sur la base du revenu déterminant annuel pour établir le montant de la rente d'invalidité LPP. En l'absence d'éléments probants pour le calcul du revenu déterminant, il convient d'établir de manière forfaitaire le montant mensuel présumé au début de l'engagement à plein temps de l'assuré. Pour fixer ce montant, on peut se référer à la convention collective régissant la profession, en l'occurrence, dans le cas d'espèce, à la convention nationale pour le secteur principal de la construction en Suisse.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 64

389 Obligation d'enquêter du juge LPP

(Note sur un arrêt du TFA du 3 juin 2002 dans la cause M.J. B 59/00; arrêt en allemand)

(Art. 73 al. 2 LPP)

Le point de départ de la procédure prévue à l'article 73 LPP n'est pas une décision au sens juridique du terme, mais une simple prise de position de l'institution de prévoyance, laquelle ne devient exécutoire qu'en vertu d'une décision judiciaire consécutive à une action. Le juge compétent en matière de LPP ne peut dès lors renvoyer la cause à l'institution de prévoyance pour nouvelle décision. Le juge, qui doit constater les faits d'office (art. 73 al. 2 LPP), est aussi tenu de procéder lui-même, par voie de procédure probatoire, aux compléments d'instruction nécessaires. Pour ce faire, il lui est loisible de requérir de l'institution de prévoyance les éclaircissements nécessaires dans le cadre des mesures probatoires ordonnées ou en exécution de son

obligation d'interroger les parties. Par conséquent, le juge LPP est tenu de procéder lui-même aux enquêtes qu'il estime nécessaires, par exemple lorsqu'il doit se prononcer sur le montant et le début de la rente d'invalidité due en vertu de la LPP.

390 Prestation de libre passage et retraite anticipée

(Note sur un arrêt du TFA du 24 juin 2002 dans l'affaire H.S., B 38/OO ; arrêt en allemand)

(Art. 13 al. 2, LPP, art 2 al.1, LFLP)

Selon la jurisprudence constante (ATF 126 V 89, 120 V 306, RSAS 1998, p. 126) qui s'est référée au droit régissant la prestation de libre passage en vigueur jusqu'au 31 décembre 1994, découlant de l'article 27 alinéa 2 LPP (pour la part obligatoire) et de l'article 331b alinéa 1 CO (pour la part surobligatoire), l'assuré n'a pas droit à une prestation de libre passage -qui sert au financement des prestations de vieillesse- lorsque la résiliation des rapports de travail survient à un moment où il remplit les conditions réglementaires donnant droit à une retraite anticipée.

Selon le TFA, il s'agit de savoir si ces principes sont conciliables avec la nouvelle réglementation sur le libre passage, valable à partir du 1er janvier 1995, dont le but est que l'assuré puisse changer d'emploi sans avoir le souci de subir en pareil cas d'importantes pertes dans sa prévoyance professionnelle. Cela se pose notamment dans les cas où l'assuré ne veut pas cesser d'exercer une activité lucrative alors qu'il a atteint l'âge de la retraite anticipée, mais qu'il a au contraire en vue d'exercer une nouvelle activité lucrative dépendante, et, par conséquent, d'entrer dans une nouvelle institution de prévoyance. Ce problème relatif à ce cas d'espèce n'a pas besoin d'être traité et cette question a donc été laissée ouverte, car une interprétation correcte des dispositions statutaires applicables en la matière conduit à une solution claire.

Etant donné que l'intimée est une institution de prévoyance de droit public, ce sont les règles relatives à l'interprétation du texte légal qui demeurent applicables lorsqu'il s'agit de déterminer le sens précis des dispositions statutaires. On ne peut s'écarter qu'exceptionnellement d'un texte clair et précis, et donc sans ambiguïté, d'une disposition légale que lorsqu'il existe en particulier des motifs pertinents que le texte légal ne traduit pas le sens véritablement voulu par la disposition.

La disposition correspondante des statuts en vertu de laquelle l'assuré, qui a atteint l'âge de 60 ans, peut exiger sa sortie de l'institution de prévoyance et le versement d'une rente de vieillesse lorsqu'il a résilié ses rapports de service ou de travail, laisse clairement la possibilité à ce dernier, selon sa teneur, de demander le paiement de la rente de vieillesse anticipée si les conditions sont remplies.

Si l'interprétation du règlement de prévoyance fait juridiquement dépendre le versement aux assurés de la rente de vieillesse d'une déclaration de volonté quand ils remplissent les conditions pour la retraite anticipée, le cas de prévoyance vieillesse –qui exclut le paiement de la prestation de sortie conformément à l'article 2, 1er alinéa, LFLP- n'est pas automatiquement réalisé dans tous les cas où les rapports de travail ou de service sont résiliés alors que l'assuré a déjà atteint l'âge réglementaire de la retraite anticipée. Bien plus, le cas de prévoyance ne survient que lorsque l'assuré a fait usage de son droit -selon la possibilité offerte dans les statuts- d'exiger le versement de la rente de vieillesse anticipée. Si l'assuré n'exerce pas son droit, il a droit à une prestation de sortie (art. 2 al. 1 LFLP).

391 Calcul de surindemnisation pour les personnes travaillant à temps partiel; interprétation d'une disposition réglementaire d'une caisse de droit public

(Note sur un arrêt du TFA du 18 juillet 2002 dans la cause J. contre caisse de pension des fonctionnaires X., B 10/99 ; arrêt en allemand)

(Art. 34 al. 2 LPP, 24 al. 1 et 2 OPP 2, 5 al. 1 LAI, 27bis al. 1 RAI)

L'objet du litige porte sur le calcul de surindemnisation. La question qui se pose est de savoir dans quelle mesure il faut prendre en compte la rente allouée par l'assurance-invalidité dans le calcul de surindemnisation à effectuer par la caisse de pension.

S'agissant d'une personne travaillant à temps partiel, la rente de l'assurance-invalidité lui revenant doit être déterminée sur la base de la méthode mixte d'évaluation de l'invalidité. Cette rente est destinée à indemniser, d'une part, la perte de gain et, d'autre part, l'incapacité d'accomplir les travaux habituels au sens de l'article 5 alinéa 1 LAI (art. 27bis al. 1 RAI; ATF 125 V 146). Pour sa part, la rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle sert uniquement à compenser la diminution de la capacité de gain. C'est la raison pour laquelle, dans son arrêt de principe X. du 16 juillet 1998, B 24/97, se fondant sur l'article 34 alinéa 2 LPP en liaison avec l'art. 24 al. 1 et 2 OPP 2, le Tribunal fédéral des assurances a jugé que, s'il y a concours entre une rente de l'assurance-invalidité calculée selon la méthode mixte d'évaluation de l'invalidité et une rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle, le calcul de surindemnisation doit tenir compte, selon le principe de la concordance des droits, uniquement de la part de la rente de l'assurance-invalidité correspondant à l'incapacité de gain (ATF 124 V 279).

Selon les conditions d'assurance de la caisse de pension X., les rentes d'invalidité et de survivants de la caisse de pension sont réduites dans la mesure où, ajoutées au salaire ou aux prestations de l'AVS fédérale, de l'AI, de l'assurance-accidents (selon la LAA) ou de l'assurance militaire (selon la LAM), elles dépassent 90 pour cent du traitement brut.

Etant donné que l'institution de prévoyance en question est une institution de droit public, l'interprétation de la disposition précitée est soumise aux règles habituelles d'interprétation de la loi. Dans le domaine de la prévoyance facultative, les rapports de prévoyance de droit privé entre les assureurs et les assurés reposent sur un contrat de prévoyance, lequel doit être interprété selon le principe de la confiance, compte tenu des règles régissant les dispositions peu claires et inhabituelles (ATF 122 V 146 consid. 4c, 116 V 221 consid. 2, et références citées). Par contre, les rapports de prévoyance soumis au droit public ne présentent aucun élément contractuel.

Les conditions d'assurance de la caisse de pension X. ne font aucune distinction formelle entre les prestations de la prévoyance obligatoire et celles de la prévoyance surobligatoire, de sorte qu'elles s'appliquent, en ce qui concerne la réduction pour cause de surindemnisation, à l'ensemble des prestations d'invalidité et de survivants (c.-à-d. à la fois les prestations obligatoires et sur-obligatoires) de l'institution de prévoyance conçue comme une caisse enveloppante. Il en résulte que le calcul de surindemnisation pour les prestations obligatoires (au moins) doit être conforme à l'article 34 alinéa 2 Cst., en relation avec l'art. 24 al. 1 et 2 OPP 2, et à la jurisprudence (ATF 124 V 279). Dès lors que les conditions générales s'appliquent aussi bien aux prestations de la prévoyance obligatoire qu'à celles de la prévoyance surobligatoire, la disposition doit être interprétée de manière identique pour ces deux domaines de la prévoyance, à savoir que la rente versée par l'assurance-invalidité n'entre en ligne de compte pour calculer la surindemnisation que dans la mesure où elle indemnise l'incapacité de gain. Seule cette interprétation restitue sa véritable portée au texte réglementaire peu clair et susceptible de plusieurs interprétations. Dans le cas d'une rente de l'assurance-invalidité calculée selon la méthode mixte d'évaluation de l'invalidité, la part liée à l'incapacité d'accomplir les travaux habituels au sens de l'article 5 alinéa 1 LAI n'entre pas en ligne de compte pour le calcul de surindemnisation de l'institution de prévoyance.

392 Obligation des caisses de pension de renseigner les autorités fiscales fédérales et cantonales

Une caisse de pension est tenue de renseigner les autorités fiscales fédérales et cantonales sur l'adresse de paiement de la rente d'invalidité d'un de ses assurés

(Note sur un arrêt de la IIe Cour de droit public du Tribunal fédéral du 25.7.2001, 2A.96/2000 ; arrêt en langue allemande)

(Art. 112 LIFD, art. 86 et 86a LPP)

Le Tribunal fédéral a admis un recours contre la décision du 18 janvier 2000 de la Commission fédérale en recours en matière de LPP, résumée dans les Communications sur la prévoyance professionnelle no 49, ch. marg. 300 (CRLPP 522/98). Ladite Commission était d'avis qu'il suffisait que l'institution de prévoyance déclare les prestations versées. Le Tribunal fédéral a désormais jugé que l'adresse de paiement (numéro de compte et banque) devait aussi être communiquée. Résumé des considérants:

L'administration fédérale des contributions, en qualité de recourante, invoquait en particulier que l'adresse de paiement était indispensable. Selon elle, la perception de l'impôt (art. 2 LIFD), qui puisse être garantie par la constitution de sûretés, fait aussi partie des mesures permettant une juste application de la loi fiscale. A ce sujet, il serait manifeste que la relation bancaire et le numéro du compte jouent un rôle central. En plus, il ne saurait être exclu que le contribuable possède auprès de la banque en question d'autres valeurs patrimoniales non taxées au sujet desquelles la banque devrait éventuellement fournir des renseignements dans le cadre d'une attestation complète (art. 127 al. 1 let. e LIFD).

Le Tribunal fédéral a suivi cette argumentation: la seule possibilité que l'administration fiscale puisse, selon l'article 127 LIFD, exiger une attestation complète suppose que l'adresse de la banque lui soit communiquée. Pour la constitution de sûretés lorsque les droits du fisc paraissent menacés (art. 169 LIFD), il est nécessaire que l'administration fiscale sache où se trouvent les actifs. Il y a là un lien direct avec l'exécution de la loi fiscale. Toutefois, cela ne signifie pas que l'obligation de renseigner l'administration fiscale selon l'article 112 LIFD n'ait pas de limites. Au contraire, le renseignement doit être pertinent pour l'„application de la présente loi" (voir la teneur de la loi). Un soupçon concret de comportement pénalement répréhensible du contribuable n'est pas nécessaire, mais des actes généraux d'enquête sans but concret ne sont pas admissibles (consid. 4).

En modifiant la teneur de l'article 86 LPP et en adoptant le nouvel article 86a LPP – dispositions entrées en vigueur le 1er janvier 2001 – le législateur avait pour but d'adapter les dispositions de la LPP en matière de protection des données aux exigences de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données. A cet effet, les exceptions à l'obligation de garder le secret réglées jusqu'alors par voie d'ordonnance (Ordonnance sur les exceptions à l'obligation de garder le secret dans la prévoyance professionnelle et sur l'obligation de renseigner incombant aux organes de l'AVS/AI (OSRPP) ont été reprises dans la loi. De ce fait, il n'a été nécessaire de modifier la réglementation sur l'obligation de garder le secret (message du Conseil fédéral du 24 novembre 1999, FF 2000 225, 256, 261 s.).

Par "intérêts privés prépondérant" au sens de l'article 86a al. 1 LPP, il faut entendre ceux qui touchent l'assuré, l'employeur ou d'autres personnes intéressées. Il s'agit en premier lieu de faits qui concernent la personne de l'assuré tels que sa santé ou sa situation professionnelle, ou des secrets professionnels de l'employeur. On ne voit pas en quoi de tels faits jouent un rôle dans la présente espèce. Il est évident que, lorsque l'administration fiscale demande des renseignements, on ne saurait refuser d'y donner suite en invoquant l'intérêt de l'assuré à ne pas dévoiler sa situation financière à l'égard du fisc. L'article 86a al. 1 LPP exige un "intérêt prépondérant", qui doit concerner la personne de l'assuré et qui ne justifie pas que l'on garde le secret sur des faits qui doivent être déclarés au fisc, ainsi que cela découle naturellement de cette disposition. Il faut y ajouter le principe de la

proportionnalité: Les renseignements ne doivent pas fournir plus de données que celles qui sont ou peuvent être nécessaires à l'application de la législation fiscale. En communiquant l'adresse de paiement, l'on ne fournit aucune donnée qui ne pourrait pas être nécessaire à l'application de la loi fiscale (cons. 5).

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 63

380 Partage de la prestation de sortie en cas de divorce lorsque le lieu de résidence du conjoint bénéficiaire est inconnu

(Note sur un arrêt du TFA du 14.5.2002 en la cause P.K., B 18/01; arrêt en langue allemande)

(Art. 22 LFLP, art. 122 CC)

Le TFA retient ce qui suit: lorsqu'il s'agit d'appliquer l'article 122 CC et que les conjoints ne sont pas parvenus à un accord quant au partage des prestations de sortie et aux modalités de son exécution (voir art. 141 al. 1 CC), c'est le juge du divorce qui fixe, en vertu de l'article 142 alinéa 1 CC, les proportions dans lesquelles les prestations de sortie doivent être partagées. Dès que ce jugement est entré en force, il transmet d'office le litige au tribunal du lieu du divorce, qui est compétent selon l'article 73 alinéa 1 LPP et qui doit procéder au partage (art. 142 al. 2 CC; art. 25a LFLP).

Le recourant demande que, au cas où son épouse divorcée, dont le lieu de résidence est inconnu, ne s'annonce pas dans un certain délai à fixer, la part de la prestation de sortie lui revenant soit à nouveau créditée sur son avoir à lui auprès de sa caisse de pension. Le TFA argumente de la manière suivante: selon l'article 22 alinéa 1 LFLP, les articles 3 à 5 LFLP sont applicables par analogie à la prestation de sortie à transférer. Ainsi, celle-ci doit soit être transférée à l'institution de prévoyance du conjoint bénéficiaire (art. 3 LFLP) soit servir à maintenir une prévoyance sous une autre forme (art. 4 LFLP). Le capital de prévoyance et le droit aux prestations non exigibles ne peuvent alors être ni cédés ni mis en gage (art. 17 OLP). Ces dispositions, qui sont l'expression du principe du maintien de la prévoyance, interdisent autant une compensation de la prestation de sortie revenant à l'épouse par d'éventuelles créances du recourant établies par le jugement du divorce (telles que des émoluments de justice ou des primes d'assurance pour un véhicule) que le retour, après un certain délai, de la prestation de sortie de l'épouse divorcée, dont le lieu de résidence est inconnu, à l'autre conjoint (voir art. 24 a-f LFLP et art. 19 a-f OLP concernant les avoirs oubliés).

Détermination du gain assuré: éléments de salaire de nature occasionnelle

(Note sur un arrêt du TFA du 30.4.2002 en la cause E.B., B 58/00; arrêt en langue allemande)

(Art. 3 al. 1 let. a OPP2, art. 5 al. 2 LAVS et art. 7 RAVS)

Les parties n'étaient pas d'accord sur le point de savoir s'il fallait considérer les indemnités touchées par la recourante pour des heures supplémentaires et du travail de nuit et du dimanche comme des éléments de salaire de nature occasionnelle dont on ne tient pas compte dans le calcul du gain assuré.

L'article 16 alinéa 1 du règlement concerné prévoit: „Le gain assuré correspond au revenu soumis à l'AVS déterminant le 1er janvier, respectivement au moment de l'entrée dans l'assurance. Les éléments de salaire de nature occasionnelle ne sont pas pris en considération. …". Le revenu soumis à l'AVS qui est déterminant pour le montant du gain assuré comprend également les indemnités pour les heures supplémentaires, pour le travail de nuit et pour le travail du dimanche (art. 5 al. 2 LAVS en relation avec art. 7 RAI; Käser, Unterstellung und Beitragswesen in der obligatorischen AHV, 2e édition, Berne 1996, p. 149 no 4.110). Pour la détermination du salaire coordonné, l'article 3 alinéa 1 lettre a OPP2 permet à l'institution de prévoyance de s'écarter, dans son règlement, du salaire déterminant de l'AVS en faisant abstraction d'éléments de salaire de nature occasionnelle.

Toutefois, une disposition du règlement d‘une institution de prévoyance allant dans ce sens ne peut pas se borner à reprendre cette norme de façon abstraite. Pour restreindre le principe qu‘il s‘agit d‘assurer selon la LPP tout le salaire soumis à l‘AVS (y compris les heures supplémentaire et le travail de nuit et du dimanche) dans les limites du salaire coordonné, il est au contraire nécessaire de prévoir une disposition réglementaire formulée de manière concrète et précisant les éléments de salaire à ne pas prendre en considération dans le calcul. L‘article 16 alinéa 1 du règlement ne satisfait pas à ces exigences, raison pour laquelle il faut, en l‘espèce, s‘en tenir au principe et tenir compte, lors de la détermination du gain assuré, des indemnités versées régulièrement pendant des années à la recourante pour les heures supplémentaires, le travail de nuit et le travail du dimanche. Dans ces circonstances, le TFA a laissé ouverte la question de savoir dans quelle mesure une institution de prévoyance pourrait exclure des éléments de salaire de la détermination du gain assuré sans remettre en cause le but de protection de la prévoyance professionnelle.

Compensation inadmissible d‘une prestation de libre passage

(Note sur un arrêt du TFA du 30 avril 2002 en la cause A.K., B 95/00; arrêt en langue allemande)

(Art. 39 al. 2 LPP, art. 125 ch. 2 CO)

La caisse de pension refusa de payer la prestation de libre passage en espèces à l‘assuré qui quittait définitivement la Suisse (art. 5 al. 1 let. a LFLP) et opéra une compensation avec une créance en dommages-intérêts contre l‘assuré, que lui avait cédée l‘employeur.

Le TFA jugea la compensation inadmissible. Il se basa à ce sujet sur l‘ATF 126 V 314 ss. Dans cet arrêt, le TFA devait trancher la question de savoir si une prestation de libre passage payée en espèces conformément à l‘article 5 alinéa 1 lettre b LFLP à l‘assuré s‘établissant à son compte pouvait être en tout ou partie compensée par une créance en contrepartie – appartenant dès son origine à l‘institution de prévoyance ou lui ayant été cédée – et décida qu‘il fallait se baser sans autre sur l‘article 39 alinéa 2 LPP dans la mesure où la prestation de sortie calculée selon les articles 15 et suivants LFLP doit garantir l‘avoir de vieillesse (cons. 3a). En vertu de ce qui précède, le droit aux prestations ne peut être compensé par des créances que l‘employeur a cédées à l‘institution de prévoyance que si elles se rapportent à des cotisations qui n‘ont pas été déduites du salaire. Dans le domaine de la prévoyance dépassant ce qui est obligatoire, le TFA exclut également dans le même arrêt (cons. 3b) le caractère compensable de créances de l‘employeur cédées à l‘institution de prévoyance. Ce faisant, il s‘est laissé guider en premier lieu par la notion de paiement en espèces selon l‘article 5 alinéa 1 LFLP. Si le législateur donne tant de poids à l‘établissement dans une activité lucrative indépendante que l‘affectation des moyens de prévoyance à un but en soit abandonnée, cela signifie aussi en même temps que ces moyens doivent être effectivement versés à l‘assuré qui s‘établit à son compte. Une compensation n‘est pas conciliable avec une telle notion de paiement en espèces. La prestation de libre passage à payer en espèces relève d‘une obligation dont la nature spéciale exige le paiement effectif entre les mains du créancier (art. 125 ch. 2 CO dont l‘énumération n‘est pas exhaustive). Le TFA a estimé que ces considérants s‘appliquaient également dans le cas d‘espèce où il s‘agissait d‘un paiement en espèces faisant suite à un départ définitif de Suisse au sens de l‘article 5 alinéa 1 lettre a LFLP.

381 Encouragement à la propriété du logement et divorce : Sort du versement anticipé effectué antérieurement au mariage

(Référence à l'arrêt du 13.05.02 en les causes C. P. BCV et J.-C. T., B 1+4/01 ; arrêt rendu en français)

(Art. 30c, al. 6, LPP, 22 LFLP, 122, 123 et 141 CC)

Interprété conformément à la lettre, au but et au sens de la loi, l'art. 30c, al. 6, LPP s'applique aussi dans les cas où les fonds de la prévoyance professionnelle ont servi au versement anticipé avant le mariage.

En effet, ces fonds demeurant liés à un but de prévoyance, ils n'entrent pas dans le patrimoine à partager selon les règles du régime matrimonial (Thomas Geiser, in : De l'ancien au nouveau droit du divorce, Le nouveau droit du divorce et les droits en matière de prévoyance professionnelle, p. 73). Autrement dit, lorsqu'il y a divorce avant la survenance d'un cas de prévoyance, le versement anticipé antérieur au mariage est également considéré comme une prestation de libre passage et doit être partagé conformément aux art. 122, 123 et 141 CC et à l'art. 22 LFLP (consid. 2c).

En vertu du renvoi de l'art. 30c, al. 6, LPP aux art. 122 CC et 22 LFLP, le versement anticipé ne saurait être partagé séparément mais doit être pris en compte dans le calcul de la prestation de sortie à partager. Dans ce calcul, le montant du versement anticipé qui fait encore l'objet d'une obligation de remboursement au moment du divorce est à comptabiliser dans la prestation de sortie au moment du divorce (Thomas Geiser, in op. cit., p. 73 ; Jacques-André Schneider / Christian Bruchez, in : Le nouveau droit du divorce, La prévoyance professionnelle et le divorce, Travaux de la Journée d'étude organisée le 8 septembre 1999 à l'université de Lausanne, publication CEDIDAC 41, pp. 229 sv.) De la même manière, et conformément à l'art. 22, al. 2, LFLP, le versement anticipé considéré comme prestation de libre passage aux termes de l'art. 30c, al. 6, LPP est ajouté à la prestation de sortie existant au moment de la conclusion du mariage (consid. 3b).

A la différence de la prestation de sortie, le versement anticipé pour l'acquisition d'un logement conserve sa valeur nominale jusqu'au divorce (Thomas Geiser, in op. cit., p. 73 ; Jacques-André Schneider / Christian Bruchez, in op. cit, p. 230). Il ne produit donc pas d'intérêts au sens de l'art. 22, al. 2, 2ème phrase, LFLP. En effet, ces intérêts, échus durant le mariage et qui profitent au conjoint affilié à l'institution de prévoyance, sont destinés à compenser l'inflation (message du Conseil fédéral du 15 novembre 1995 concernant la révision du CC ; FF 1996 I 110) ; voir aussi Rolf Brunner, die Berücksichtigung von Vorbezügen für Wohneigentum bei der Teilung der Austrittsleistung nach Art. 122 ZGB, ZBJV 136/2000, pp. 536 sv.) (consid. 3c).

382 Responsabilité pour des prêts et des crédits sur compte courant accordés peu de temps avant l'ouverture de la faillite de la société employeur

(Note sur un arrêt du TFA du 14.5.2002 en la cause W.H. et R.L., B 85+89/00, arrêt en langue allemande)

(Art. 52 LPP)

L'article 73 alinéa 1 deuxième phrase LPP, qui prévoit que le tribunal désigné par le canton pour connaître des contestations relevant du droit de la prévoyance statue également sur les prétentions en matière de responsabilité selon l'article 52 LPP, est entré en vigueur le 1er janvier 1997 et est immédiatement applicable dès cette date, c'est-à-dire également aux faits relevant du droit de la responsabilité, qui se sont produits déjà avant cette entrée en vigueur.

X. était depuis le 16 juin 1988 président et Y. depuis le 9 septembre 1993 membre du conseil de fondation de la fondation de prévoyance en faveur du personnel de la société Z. SA. A fin 1993, les placements sans garantie de la fondation auprès de la société employeur Z. SA s'élevaient à 409'260 fr. 80 et représentaient ainsi environ le 19% de sa fortune totale de 2'139'427 fr. 75. En février 1994, la fondation de prévoyance en faveur du personnel a accordé à la société fondatrice un prêt de 100'000 francs. Entre le 1er juillet 1993 et l'ouverture de la faillite le 1er avril 1996, le débit du compte courant a en outre augmenté de 55'811 francs. La créance de 474'034 fr. 20 produite par la fondation de prévoyance en faveur du personnel dans la faillite de la société fondatrice a fait l'objet d'un acte de défaut de biens total. Le tribunal administratif a condamné X. et Y. au paiement de Fr. 155'811 francs au titre de leur responsabilité solidaire. Le TFA rejette le recours de droit administratif interjeté contre ce jugement.

Parmi les personnes responsables selon l'article 52 LPP, il n'y a pas seulement les organes formels mais aussi les organes de fait de la fondation. Le fondement et la fin de la position d'organe formel ne dépend pas de l'inscription au Registre du commerce mais de la période où la position d'organe a été effectivement fondée, ce qui, pour Y., a été le cas dès son élection à la séance du conseil de fondation du 9 septembre 1993.

La responsabilité concernant le patrimoine suppose la survenance d'un dommage, une illicéité, une faute et un lien de causalité. En ce qui concerne l'existence du dommage parmi les conditions de la responsabilité, l'objection que la société employeur a remboursé deux fois 30'000 francs, réduisant de 100'000 à 40'000 francs la dette résultant du prêt, est infondée parce que la dette totale est nettement plus élevée et que la société fondatrice n'était pas en mesure de rembourser les montants réclamés de 100'000 francs (prêt) et de 55'811 francs (créances résultant du compte courant y compris les frais accessoires).

Dans le domaine des placements de la fortune, l'illicéité consiste en premier lieu en une violation des dispositions légales (art. 71 LPP, art. 49 ss. OPP 2) et réglementaires (art. 49a OPP 2) en matière de placement. L'article 50 OPP 2 se fait l'expression de la diligence accrue exigée en matière de placements de fortune, concrétisant ainsi le devoir général de diligence. Selon l'article 57 alinéa 1 OPP 2, la fortune, dans la mesure où elle est liée à la couverture des prestations de libre passage et à celles des rentes en cours, ne saurait être placée sans garantie chez l'employeur. Le bilan de l'année 1992 ne prenait en compte qu'un montant de 172'125 fr. 55 comme fonds libres alors que les créances ouvertes contre la société fondatrice s'élevaient à 291'760 francs. Comme les responsables de la fondation ne disposaient pas encore du bilan de l'année 1993 en février 1994, un autre octroi de crédit n'entrait tout simplement pas en ligne de compte. Cependant, il s'agit de respecter l'article 57 alinéa 2 OPP 2 qui exige que les placements sans garantie chez l'employeur ne dépassent pas le 20 pour cent de la fortune de la fondation. Au 31 décembre 1993, les créances non couvertes contre la société fondatrice atteignaient 19% (409'260 francs sur 2'139'427) et, à fin 1994, 21,6% (651'575 fr. 10 sur 3'014'221 fr. 20) de la fortune totale. Il est hautement invraisemblable que la limite de 20% ne serait pas dépassée par l'augmentation du crédit de 100'000 francs supplémentaires. Même si la limite ne devait pas être objectivement dépassée par l'octroi du nouveau prêt, il est constant que les membres du conseil de fondation ne savaient subjectivement pas en février 1994 ni ne pouvaient savoir s'il existait une marge pour l'octroi d'un nouveau crédit et qu'ils n'avaient pas le droit de consentir à une augmentation du crédit de 100'000 francs au vu du taux de placement de 19% existant déjà à fin 1993. En outre, le devoir d'informer résultant de l'article 58a alinéas 1 et 2 OPP 2 a été violé.

En accordant l'augmentation du prêt et en laissant augmenter le montant ouvert du compte courant, X. et Y. ont violé à plusieurs titres les prescriptions de l'OPP 2 en matière de placement et ont ainsi agi de manière illicite. Du point de vue de la faute, l'article 52 LPP se contente d'une négligence légère. Mais, en l'espèce, il y a même une violation grossière des devoirs de diligence car les deux membres du conseil de fondation, en leur qualité de représentants de l'employeur, se situaient manifestement dans une position de défense des intérêts de l'entreprise fondatrice et ont ainsi insuffisamment respecté leur devoir d'apprécier la situation financière de manière libre et indépendante, violant diverses prescriptions élémentaires en matière de placement.

Comme il ne s'agit pas en l'espèce de l'octroi ou du refus de prestations d'assurance, la procédure est onéreuse (art. 134 OJ a contrario). Selon l'article 159 alinéa 2 OJ, l'institution de prévoyance n'a en principe pas droit à des dépens en sa qualité d'institution chargée de l'exécution de tâches publiques. Une exception doit cependant être admise pour le procès en responsabilité selon l'article 52 LPP. On ne saurait en effet exiger d'une institution de prévoyance qu'elle supporte elle-même ses frais d'avocat qu'elle a dû engager pour obtenir réparation de ceux qui lui ont causé un dommage.

383 Compensation et cession de créances - exception de l'inexécution de la prestation

(Note sur un arrêt du TFA du 1.5.2002 en la cause DS. A., B 21/01; arrêt en langue française)

(Art. 39 al. 2 LPP, art. 2 al. 1 et 3 LFLP, art. 66 LPP, art. 120ss C0, art. 164ss CO et art. 82 CO)

Dans le cas d'espèces, le salarié a signé une déclaration de renonciation à s'affilier à l'institution de prévoyance de son employeur en août 1988. Dix ans après, il a demandé à son ancien employeur de lui rembourser les cotisations dues. L'institution de prévoyance a accepté de lui rembourser la moitié des cotisations dues et a compensé l'autre moitié avec la créance de l'employeur pour les cotisations non prélevées sur les salaires.

Le litige portait donc sur la question de savoir si l'institution avait le droit de compenser partiellement le droit aux prestations en faveur du salarié avec une créance de cotisations non retenues cédée par l'employeur. L'institution de prévoyance a invoqué l'exception d'inexécution de la prestation (art. 82 CO) pour refuser de s'exécuter. Le TFA a estimé que lorsque l'assuré quitte une institution de prévoyance, celle-ci est tenue de lui verser une prestation de sortie et ne saurait lui opposer l'exception de l'inexécution de l'art. 82 CO, car le versement des cotisations incombe à l'employeur et l'institution ne peut les exiger que de ce dernier. Elle ne détient aucune prétention directe à l'égard de l'assuré.

S'agissant de la cession de créances, elle n'est possible que si l'employeur a effectivement une créance à l'égard de l'assuré. Le droit des assurances sociales admet la compensation de créances réciproques, y compris la LPP (art. 39 al. 2 LPP et ATF 126 V 315, 114 V 33), mais de manière restrictive. Il y a lieu d'appliquer les dispositions du CO sur la compensation de créances, par analogie. A cet effet, il faut que les créances existent de manière réciproque entre elles et que la dette soit exigible.

Dans ce cas, l'employeur estime devoir compenser sa créance sur une partie de salaire versée en trop, faute de prélèvement de contributions à la LPP. A cet effet, il doit pouvoir prétendre la restitution de la part de salaire en cause. Les règles générales régissant la formation et l'extinction des obligations s'appliquent. Dès lors, une compensation automatique est exclue et l'art. 39 al. 2 LPP doit être interprété de manière restrictive. Dans le cas d'espèce, toutefois, il ne ressortait pas clairement du dossier si cette compensation était possible, raison pour laquelle le dossier est renvoyé à l'autorité inférieure.

384 Résiliation d'un contrat d'affiliation à une fondation collective: les rentiers sont transférés à la nouvelle institution de prévoyance conformément au contrat d'affiliation

(Note sur un arrêt du TFA du 3.10.2001 en la cause S. Stiftung, B 84/00 et B 86/00; arrêt en langue allemande)

L'employeur a résilié le contrat d'affiliation qui le liait à la fondation collective. Par la suite, l'employeur et la fondation collective ne sont pas parvenus à se mettre d'accord sur la question de savoir si les personnes au bénéfice d'une rente resteraient affiliées auprès de la fondation collective ou si elles devaient être prises en charge par la nouvelle institution de prévoyance. Le TFA a jugé dans ce cas qu'elles devaient être transférées à la nouvelle institution de prévoyance.

La nouvelle institution de prévoyance a été invitée à participer à la procédure en vertu des principes posés dans l'ATF 125 V 94 cons. 8b. D'un point de vue strict, le tribunal cantonal aurait déjà dû le faire. Cette mesure permet d'assurer que la nouvelle institution de prévoyance se laissera opposer le jugement tranchant la question de savoir si les personnes au bénéfice d'une rente restent rattachées à l'ancienne fondation ou si elles la quittent (cons. 3).

La nouvelle institution de prévoyance n'a pas une légitimation active dans la procédure. Entre l'ancienne institution de prévoyance et la nouvelle, il n'existe ni ne naît aucun lien juridique qui puisse fonder des prétentions concernant la restitution des capitaux de couverture pour les assurés actifs et passifs. Dans l'arrêt publié dans SVR 1999, TFA no 11, p. 33, l'ancienne institution de prévoyance et la nouvelle se trouvaient face

à face seulement parce que l‘employeur avait cédé à la nouvelle institution de prévoyance tous les droits nés du changement qu‘elle avait à l‘égard de l‘ancienne institution de prévoyance (cons. 4b).

La LPP ne règle pas le changement d‘institution de prévoyance par l‘employeur et en particulier pas non plus la question de savoir si les personnes au bénéfice d‘une rente au moment de la résiliation du contrat d‘affiliation doivent également sortir de l‘ancienne institution de prévoyance. La loi sur le libre passage ne règle pas non plus cette question. Dans l‘ATF 125 V 423 ss, le TFA a tiré la conclusion que le droit fédéral n‘impose pas de manière absolue à l‘institution de prévoyance, en cas de résiliation d‘un contrat d‘affiliation, de garder les rentiers rattachés à l‘employeur sortant. Dans le sens d‘une exigence minimale, il a toutefois exigé que le droit interne à la caisse contienne une réglementation correspondante. Il faut qu‘on sache clairement comment procéder en cas de changement d‘affiliation de l‘employeur. A défaut d‘une réglementation claire, il faut admettre que les rentiers concernés ont droit à ce que l‘ancienne institution de prévoyance continue de fournir les prestations légales et réglementaires (cons. 5b).

La solution dépend de manière décisive de la situation contractuelle d‘affiliation existant dans le cas particulier. En l‘espèce, la situation se présente de telle sorte que les assurés ne sont pas d‘abord membres d‘une institution de prévoyance en tant que telle, mais d‘une œuvre de prévoyance créée pour chaque employeur et ayant une comptabilité distincte. Leur appartenance à une œuvre de prévoyance d‘un employeur gérée dans le cadre de la fondation collective se basait exclusivement et inconditionnellement sur le contrat d‘affiliation qui formait juridiquement un tout avec le contrat d‘assurance collective et les règlements de prévoyance. Dans une fondation collective, la prévoyance professionnelle repose directement sur les contrats d‘assurance conclus selon l‘article 68 LPP et il en va ainsi autrement que dans une caisse fermée ou semi-autonome de droit public qui assume le financement des prestations de vieillesse et/ou en cas de risque au moyen de ses propres ressources financières, alimentées parfois en partie par des subventions étatiques. Il en va tout autrement dans le cas jugé par le TFA: l‘institution de prévoyance, c‘est-à-dire la fondation collective, qui d‘un point de vue organisationnel mettait une œuvre de prévoyance à disposition de l‘employeur, n‘existait qu‘en raison du numerus clausus des formes juridiques prévu à l‘article 48 alinéa 2 LPP, mais n‘était en réalité qu‘un instrument intercalé entre l‘employeur tenu de s‘affilier et la société d‘assurances pour pouvoir mettre sur pied la prévoyance professionnelle selon les prescriptions de la LPP. Il n‘y avait, dans ce système, pas de contrat d‘affiliation sans un contrat collectif d‘assurance correspondant. La cessation du contrat d‘affiliation avait, selon son article 7 alinéa 5, pour conséquence la résiliation du contrat collectif d‘assurance-vie conclu selon l‘article 2 entre la fondation et la société d‘assurances. Si le contrat d‘affiliation venait à être résilié, le contrat collectif d‘assurance-vie prenait également fin avec la conséquence prévue contractuellement (selon l‘article 7 alinéa 5 deuxième phrase précité) que la fondation, dans ce cas de résiliation, met à disposition, en tant que valeur de remboursement, le montant qu‘elle reçoit de la société d‘assurances sur la base du contrat collectif d‘assurance-vie. Cette situation contractuelle d‘affiliation ne permettait pas d‘objecter que le cas des personnes déjà au bénéfice d‘une rente n‘était pas réglé de manière explicite. Au contraire, les personnes au bénéfice d‘une rente étaient englobées sans autre par le contrat d‘affiliation et le contrat collectif d‘assurance-vie, ce qui signifie qu‘il n‘y avait, pour elles, aucune autre base juridique entrant en considération. C‘est pourquoi, la conséquence juridique prévue contractuellement en cas de résiliation du contrat d‘affiliation intervenait pour elles comme pour les travailleurs actifs. L‘employeur sortant ne pouvait dès lors pas, à la suite de la disparition des bases contractuelles, prétendre à ce que les personnes au bénéfice d‘une rente restent dans la fondation collective (cons. 5c).

Aucune autre solution ne ressort du bulletin de la prévoyance professionnelle de l‘OFAS No 24 du 23 décembre 1998, chiffre 148. Ces instructions de l’OFAS ne peuvent pas être comprises comme voulant que les diverses personnes au bénéfice d‘une rente doivent donner leur consentement avec le fait de changer d‘institution de prévoyance ou de rester dans l‘ancienne; au contraire, cette circulaire ne fait que poser l‘exigence découlant

de l‘article 51 LPP (gestion paritaire) que l‘organe paritaire ait consenti à la résiliation du contrat d‘affiliation et au changement de l‘institution de prévoyance (cons. 5d).

Selon la jurisprudence, les droits réglementaires et statutaires aux prestations comptent comme des créances ayant un jour d‘échéance déterminé, raison pour laquelle l‘institution de prévoyance entre en principe en demeure sans qu‘une interpellation de l‘assuré ne soit nécessaire. Cela doit valoir également pour le capital de couverture à transférer en cas de dénonciation d‘un contrat d‘affiliation et l‘obligation de payer des intérêts commence à courir dès la date où prend effet la dénonciation. Le taux de l‘intérêt de retard doit être fixé à 5%. Cet intérêt porte sur l‘entier du capital de couverture de tous les assurés actifs et passifs et non pas sur la prestation de sortie des assurés en particulier. C‘est pourquoi, il se justifie de ne pas déterminer le taux d‘intérêt selon l‘article 7 LFLP, mais, à défaut de base réglementaire, d‘appliquer l‘article 104 alinéa 1 CO (cons. 5e).

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 61

374 Preuve indubitable de la survenance de l'incapacité de travail déterminante en matière de prévoyance professionnelle

(Référence à l’arrêt du TFA du 22 février 2002 dans la cause H.B., B 35/00, en allemand)

(art. 23 LPP)

Le moment de la survenance de l'incapacité de travail dont la cause est à l'origine de l'invalidité au sens de l'art. 23 LPP est d'une importance décisive pour l'institution de prévoyance, du fait que la survenance de l'incapacité de travail déterminante pendant la durée des rapports de travail ou pendant le délai de couverture prolongée donne souvent naissance à des rentes viagères. Ce moment doit dès lors être établi à satisfaction de droit. A l'instar de ce qui se passe en droit du travail où le travailleur est tenu de justifier une incapacité de travail de quelques jours par un certificat médical ou d'une autre façon, on ne saurait, en matière de prévoyance professionnelle, renoncer à exiger la preuve indubitable de la survenance de l'incapacité de travail déterminante si l'on considère les conséquences beaucoup plus étendues qui peuvent en résulter dans ce domaine. Le moment de la survenance de l'incapacité de travail ne saurait faire l'objet d'hypothèses ou de déductions purement spéculatives, mais doit être établi, selon le droit des assurances sociales, avec le degré de preuve habituel de la vraisemblance prépondérante.

L'absence de preuve de la survenance de l'incapacité de travail à l'origine de l'invalidité avant l'expiration du délai de couverture prolongée est interprétée en défaveur de l'assuré, qui entendait déduire un droit d'un état de fait non établi. Si, en l'occurrence, il n'est pas prouvé que l'incapacité de travail déterminante existait déjà au moment où l'intéressé était assuré auprès de l'institution de prévoyance, le droit à la rente doit être nié.

375 Effet du rachat d'années d'assurance en vue d'une retraite anticipée en cas de poursuite de l'activité jusqu'à 65 ans

(Référence à l’arrêt du TFA du 14 février 2002 dans la cause M.N., B 63/01, en allemand)

(art. 65 al. 2 LPP)Il n'y a pas d’enrichissement illégitime de la part de l'institution de prévoyance lorsque l'assuré qui a racheté des années de cotisations en vue de prendre sa retraite à un certain âge ne fait pas usage de son droit et continue de travailler jusqu'à 65 ans. Le rachat d'années d'assurance ne constitue pas un processus d'épargne à proprement parler, mais sert essentiellement à améliorer les prestations en cas de survenance d'un risque assuré – non seulement les prestations de vieillesse mais aussi celles d'invalidité et de survivants. Dans une institution de prévoyance organisée selon le système de la primauté des prestations et dont le financement repose sur un principe d'équivalence collective, les prestations ne correspondent pas

nécessairement aux cotisations individuelles versées. Un tel système est solidaire dans une certaine mesure. Le fait que l'assuré n'a pas fait usage de la possibilité de prendre une retraite anticipée ne signifie dès lors pas que l'institution de prévoyance se soit enrichie illicitement et qu'elle doive restituer la somme de rachat.

L'art. 65 al. LPP accorde aux institutions de prévoyance une grande liberté dans la réglementation du système de cotisations. On ne saurait en déduire qu'il doit exister une relation ferme (équivalence individuelle) entre les cotisations et les prestations et que l'obligation de cotiser prend fin lorsque les cotisations versées ne génèrent plus de prestations. Le fait que l'assuré ait acquis, grâce à ses cotisations et à la somme de rachat versée, un droit aux prestations statutaires à partir d'un certain âge ne le libère pas de l'obligation de cotiser. Il devra donc continuer à verser des cotisations tant qu'il n'aura pas fait usage de la possibilité de prendre une retraite anticipée.

376 Constatation de la nullité du paiement en espèces

(Référence à l'arrêt du TFA du 29 janvier 2002 dans la cause R.S.P.R, B 1/00, en allemand)

(Art. 122 ss CC, art. 5 al. 2 LFLP en relation avec l'art. 25 LFLP et l'art. 73 LPP)

Un conjoint a le droit de faire constater par le tribunal des assurances que l'autre conjoint a obtenu indûment le paiement en espèces de la prestation de sortie durant le mariage en falsifiant sa signature valant consentement pour le paiement en espèces (art. 5 al. 2 LFLP).

Le TFA a admis que le conjoint a un intérêt digne de protection à une telle constatation par le tribunal des assurances, car le juge du divorce peut certes examiner la nullité du versement en espèces en tant que question préjudicielle, mais l'institution de prévoyance ne sera pas liée par cette décision judiciaire. Cette dernière pourrait s'opposer à un nouveau paiement, étant donné qu'elle n'est pas partie à la procédure de divorce. Par conséquent, l'intérêt à la constatation ne peut être dénié au conjoint, en renvoyant celui-ci à la procédure de divorce.

Une telle décision du tribunal des assurances sera déterminante pour le juge du divorce qui doit examiner si les avoirs de prévoyance peuvent être partagés conformément à l'art. 122 CC ou si une autre voie doit être trouvée (art. 124 CC).

377 Liquidation partielle d'une fondation patronale

Approbation du plan partiel par l'autorité de surveillance – inclusion d'anciens travailleurs

(Référence à l'arrêt du Tribunal fédéral du 24 janvier 2002 en la cause F. + Z. GmbH, en allemand)

L'approbation de plans de répartition dans le cadre de la liquidation ou de la liquidation partielle d'une institution de prévoyance incombe à l'autorité de surveillance compétente. Des restructurations essentielles dans l'entreprise fondatrice ont en général pour effet que le but de la fondation de prévoyance en faveur du personnel doit être adapté. Selon le principe que la fortune servant à la prévoyance du personnel suit le personnel, la fondation de prévoyance en faveur du personnel doit tenir compte du changement de situation, ce qui peut se faire par une liquidation partielle.

Lorsqu'un travailleur résilie ses rapports de travail dans des circonstances normales et qu'il sort de la fondation de prévoyance en faveur du personnel, il a droit aux prestations prévues par la loi et les statuts. En règle générale, il n'a pas droit à une part de la fortune libre et non liée réglementairement de la fondation. Tel est également le cas notamment pour les fonds patronaux ou les fonds de bienfaisance dont les prestations sont octroyées exclusivement à bien plaire. Le départ d'un seul travailleur ne profite aux autres que de manière insignifiante et, de son côté, le travailleur qui part pourra s'affilier à une fondation de prévoyance d'un nouvel

employeur parce qu'il ne portera guère atteinte aux expectatives des bénéficiaires de cette fondation. Lorsque les changements opérés par l'employeur impliquent en revanche des départs plus importants au sein du personnel, des attentes justifiées portant sur de futures prestations à bien plaire seraient déçues si la fortune libre de la fondation restait réservée au seul groupe des bénéficiaires qui ne quittent pas l'entreprise.

Le principe de la bonne foi impose dans ce cas que la fortune de prévoyance en faveur du personnel suive les salariés et le principe de l'égalité interdit d'en faire profiter certains groupes de bénéficiaires au détriment d'autres. Il s'agit de tenir compte de cet aspect par une répartition de la fortune de la fondation qui soit adaptée à la situation. La jurisprudence et la doctrine reconnaissent qu'il y a lieu d'inclure dans le plan de répartition non seulement les travailleurs occupés à ce moment-là par l'entreprise fondatrice mais aussi ceux qui – vus sous un angle large - ont déjà auparavant perdu leur place de travail en raison des mêmes changements dans l'entreprise (ATF 119 Ib 46).

L'inclusion dans le plan de répartition ne dépend pas de la personne qui a procédé à la résiliation. Est seul décisif le fait que la réduction du personnel soit due aux changements opérés au sein de l'entreprise fondatrice. Peu importe à ce sujet la nature de ces changements. En tous les cas, l'institution de prévoyance doit procéder à une liquidation partielle et inclure les anciens collaborateurs dans le plan de répartition.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 59

371 Pas de prescription de la prestation de libre passage tant que dure l'obligation de maintenir la prévoyance

(référence à l'arrêt du 19.10.2001 dans la cause E.S. 2/01)

L'assurée E.S. a quitté l'institution de prévoyance (IP) de son employeur de droit public le 30.9.1986 (c'est-à-dire après l'entrée en vigueur de la LPP, mais avant celle de la LFLP). Voulant se mettre à son propre compte, E.S. a fait une demande de versement en espèces de sa prestation de sortie, mais cette demande a été refusée en date du 2.5.1987. Bien que l'IP ait invité E.S. à remplir la demande pour la conclusion d'une police de libre passage, E.S. n'a pas réagi. Elle se manifesta seulement en 1998, au moment où elle atteignit l'âge de la retraite AVS, et exigea alors le versement en espèces de son avoir de prévoyance. L'IP invoqua la prescription.

Selon les dispositions statutaires de l'IP, les prestations de libre passage se prescrivent par 10 ans. Le Tribunal fédéral constate que la prescription telle que prévue par les statuts n'est pas applicable, car elle est contraire au droit supérieur : du point de vue du droit et de la technique des assurances, les prestations de libre passage ne sont pas des prestations comparables aux prestations de vieillesse, de survivants et d'invalidité, mais constituent les bases de financement pour d'éventuelles prestations futures. Depuis le 1.1.1985, des dispositions exigent le maintien de la prévoyance. Il n'y a pas de prescription de la prestation de libre passage selon l'art. 41 LPP tant que dure l'obligation de maintenir la prévoyance. Même si l'on excluait cette interprétation en se basant sur le but de la norme et la systématique de la loi, il n'y aurait pas encore prescription, car ce cas de libre passage n'était pas encore liquidé au moment de l'entrée en vigueur de l'ordonnance sur le maintien de la prévoyance et le libre passage en date du 1.1.1987 (ordonnance sur le maintien), comme cela ressort de la correspondance. Cette ordonnance précise expressément qu'il faut maintenir la prévoyance même en l'absence de collaboration de l'assuré. L'entrée en vigueur de cette ordonnance exclut à plus forte raison la prescription des prestations de libre passage, aussi longtemps que dure l'obligation de maintenir la prévoyance.

Cet arrêt concernant une sortie d'IP sous le régime de l'ordonnance sur le maintien reste valable avec la loi et l'ordonnance actuelles sur le libre passage qui stipulent clairement l'obligation de maintenir la prévoyance de l'assuré, même lorsqu'il ne fournit aucune indication.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 58

360 Précision concernant la force contraignante de la décision de l'AI pour le début de l'incapacité de travail

(renvoi à l'arrêt du 14 août 2000 dans la cause Fondation de prévoyance en faveur du personnel T., B 50/99)

S'agissant des prestations d'invalidité de la prévoyance professionnelle dans le régime obligatoire, la décision de l'office AI est en principe contraignante non seulement en ce qui concerne la fixation du taux d'invalidité, mais aussi pour la survenance de l'incapacité de travail invalidante. Ne sont cependant contraignantes que les constatations des organes de l'AI qui sont déterminantes, dans la procédure AI, pour statuer sur le droit à une rente d'invalidité. Or, en l'espèce, comme la fin du délai d'attente d'une année se situait de toute manière dans une période où l'assuré percevait des indemnités journalières de l'AI durant des mesures de réadaptation, il n'y avait pas lieu, dans la procédure AI, de déterminer avec précision le début du délai d'attente et, partant, la date de la survenance de l'incapacité de travail déterminante. Dans ces cas, les décisions de l'AI n'ont donc pas force contraignante pour ce qui est du début de l'incapacité de travail et, dans la procédure relative aux prestations de la prévoyance professionnelle, le juge examine non seulement si la décision de l'AI est d'emblée insoutenable, mais il dispose encore d'un plein pouvoir d'examen. Par ailleurs, dans la procédure AI, les investigations et les constatations des médecins visent souvent plutôt à déterminer l'état de santé actuel et les perspectives de développement de la capacité de travail de la personne concernée. C'est pourquoi, en l'occurrence, on a procédé à une nouvelle appréciation des constatations médicales issues de la procédure AI à la lumière des explications ultérieures du médecin qui portaient de manière plus précise sur la question du début de l'incapacité de travail.

Il est important de préciser dans quelle mesure les constatations des autorités de l'AI sont pertinentes pour le début de l'incapacité de travail selon l'art. 23 LPP, non seulement après des mesures de réadaptation, mais aussi dans les cas relativement fréquents de demande tardive de rente AI. Dans ces cas, il n'y a généralement pas lieu non plus, pour les autorités de l'AI, de déterminer le début de l'incapacité de travail avec précision.

Cette jurisprudence a entre-temps été confirmée et en partie approfondie dans des arrêts du 2 novembre 2000 (B 50/00, arrêt rendu en français) et du 26 janvier 2001 (B 79/99, B 4/00).

361 Rente d'invalidité payée à vie

(Art. 26 al. 3 LPP - Renvoi à l'arrêt du 24 juillet 2001)

La rente d'invalidité est une rente payée à vie, même dans la prévoyance professionnelle surobligatoire. Dans un arrêt B 48/98 du 24 juillet 2001, en langue italienne, le TFA devait connaître d'une rente d'invalidité versée à une assurée qui avait été affiliée une année seulement auprès de la caisse de pensions. Lorsque cette assurée a atteint l'âge de la retraite, elle a vu sa rente diminuée radicalement (la rente est ainsi passée de quelque 9'000 francs à un peu plus de 2'000 francs). De plus, l'assurée contestait également que le renchérissement ne lui ait plus été accordé. Pour ce qui est du caractère viager de la prestation d'invalidité, le TFA confirme sa jurisprudence de l'ATF 118 V 106 limitée à la rente obligatoire et autres arrêts postérieurs non publiés et l'étend à la prévoyance surobligatoire. Le TFA estime que, pour respecter le principe de base de la prévoyance professionnelle, selon lequel l'assuré doit pouvoir, lors de la retraite, maintenir son niveau de vie habituel, il doit bénéficier d'une prestation adéquate. Or, tel principe n'est pas garanti dans le cas où, comme en l'espèce, une rente d'invalidité d'un montant proche de 9'000 francs est remplacée par une rente de vieillesse

de quelque 2'100 francs. De plus, le TFA admet que, en raison de son invalidité, l'assuré n'est plus à même d'alimenter sa prévoyance vieillesse et ne peut plus constituer son avoir de vieillesse, à l'instar des autres assurés (cons. 3 b). Pour ces raisons, il se justifie de verser la prestation d'invalidité à vie.

362 Cas spécial de début du délai de prescription des cotisations

(renvoi à l'arrêt du 9 août 2001 dans la cause W. H., B 26/99)

W. H. a travaillé pour la SA H. de 1988 à 1993, et il a été qualifié d'indépendant. En 1993, la caisse de compensation a réclamé de la SA H. le paiement d'arriérés de cotisations aux assurances sociales sur les rémunérations versées à W. H.. Cette décision a été confirmée par le Tribunal fédéral des assurances en 1996. W. H. a été assuré avec effet rétroactif auprès de l'institution de prévoyance à laquelle est affiliée la SA H.. La SA H. a cédé à l'institution de prévoyance la créance portant sur les cotisations de salarié non payées, et l'institution de prévoyance l'a déduite de la prestation de sortie. W. H. a fait valoir l'argument selon lequel la créance de cotisations de salarié était prescrite et ne pouvait donc pas être déduite contre sa volonté.

Le TFA a jugé que la créance relative aux cotisations de salarié non déduites que l'employeur fait valoir à l'égard du salarié devait être examinée à la lumière de l'art. 66, al. 3, LPP, et non de l'art. 62 ss CO (enrichissement illégitime). C'est donc l'art. 41, al. 1, LPP qui s'applique également en ce qui concerne la prescription de ces droits. Le rapport d'assurance entre le salarié et l'institution de prévoyance de son employeur prend naissance de par la loi. Dans ce cas particulier, où la question du statut juridique en matière de cotisations AVS et, partant, de l'obligation de s'assurer selon la LPP ne s'est posée qu'ultérieurement, les cotisations ne sont payables qu'après l'entrée en force de la décision concernant le statut juridique litigieux en matière de cotisations AVS (il en va de même pour la prestation de libre passage). La déduction était donc admissible.

363 Motif de récusation d'un juge

(référence à l'arrêt du TFA du 11 décembre 2000 dans la cause O. T., 7/99)

L'institution de prévoyance I. avait fait réassurer les risques décès et invalidité par la compagnie d'assurance P. et avait confié la comptabilité et l'administration à la société W.-AG. C'est P. qui communiqua le montant de la prestation de vieillesse à l'assuré O. T. Après en avoir discuté avec les experts et le juriste de P., W.-AG fournit des explications à O. T., car celui-ci n'était pas d'accord avec le calcul de la prestation de vieillesse (ce calcul était conforme aux principes généralement reconnus). N'étant pas convaincu par ces explications, O. T. ouvrit action contre l'institution de prévoyance I. W., juge suppléant dans la procédure devant le tribunal cantonal des assurances, était par ailleurs président de l'association dont P. était membre. Le juge W. rendit O. T. attentif au fait qu'il devait s'attendre à ce que sa demande fût rejetée et qu'il risquait de devoir payer une indemnité de procédure à la partie adverse si sa demande s'avérait téméraire.

Le TFA rappelle qu'il y a motif à récusation non seulement lorsqu'une prévention effective du juge est établie, mais également lorsque les circonstances constatées objectivement donnent l'apparence de la prévention et font craindre un risque de partialité. L'information donnée au sujet de l'éventuelle obligation de verser une indemnité de procédure n'est pas considérée comme un acte de partialité de la part de W. Le TFA a cependant considéré comme un motif propre à éveiller l'apparence de partialité de W. le fait qu'il préside l'association dont P. est membre depuis des années, même si la partie au procès (institution de prévoyance I.) n'est pas elle -même membre de cette association. Mais comme l'institution de prévoyance I. et P. ont collaboré très étroitement pour le calcul de la rente, le motif de récusation contre W. a été admis.

364 Droit à une attestation de départ

(référence à l'arrêt de la IIe Cour de droit public du Tribunal fédéral du 29 juin 2001 dans la cause W.)

Selon l'article 5 alinéa 1 lettre a LFLP, l'assuré peut exiger le paiement en espèces lorsqu'il quitte définitivement la Suisse. Il doit fournir la preuve que son départ à l'étranger a un caractère définitif. Les institutions de prévoyance doivent par conséquent requérir les justificatifs idoines. La plupart du temps, elles exigeront notamment une attestation de départ établie par la commune.

Lors de la délivrance d'une attestation de départ, il s'agit en principe de confirmer le départ en tant que tel, sans émettre de jugement sur les buts poursuivis avec une telle attestation. C'est à la seule institution de prévoyance de décider si les conditions du versement en espèces de la prestation de sortie sont remplies. Si l'autorité doute de la réelle volonté de l'intéressé de quitter définitivement la Suisse ou si elle craint une manœuvre abusive, elle peut le cas échéant compléter l'attestation de départ par les indications nécessaires à l'attention de l'institution de prévoyance.

Sur la base de la Constitution fédérale, le citoyen dispose d'un droit général (non écrit) à ce que les autorités lui délivrent sur demande une attestation relative à un événement contrôlé par celles-ci, par exemple le départ; ce droit résulte du principe de l'égalité devant la loi (art. 8 Cst) et du principe de la bonne foi auquel sont soumis les organes de l'Etat (art. 9 Cst). Il faut que l'attestation requise soit nécessaire pour des démarches juridiques ultérieures d'une certaine importance et que l'attestation en question reste usuelle. Si ces conditions sont remplies, le contrôle de l'habitant ne peut refuser une attestation de départ que s'il existe des motifs objectifs. Il est par exemple inadmissible de faire dépendre la délivrance de l'attestation de départ du règlement des dettes fiscales.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 57

352 Nullité du paiement en espèces lorsque la signature du conjoint manque ou qu'elle a été falsifiée

A relever : un arrêt cardinal du Tribunal des assurances sociales du canton de Zurich du 24 janvier 2001 dans la cause M.H. et al. (cette décision a été portée par l'institution de prévoyance devant le TFA qui ne s'est pas encore prononcé.)

Selon l'art. 5, al. 2, de la LFLP, le paiement en espèces de la prestation de sortie à l'ayant droit marié n'est admissible que si son conjoint y consent par écrit. Cette disposition est destinée à protéger la famille, car la décision relative au paiement en espèces concerne les deux époux et déploie des effets sur leurs enfants. Au cas où le consentement de l'autre conjoint ne pourrait être obtenu ou s'il est refusé sans motif légitime, l'assuré peut en appeler au tribunal (art. 5, al. 3, LFLP. Cette disposition est calquée sur le droit du bail et vise à empêcher que le conjoint ayant droit qui désire recevoir le paiement en espèces soit totalement livré à l'arbitraire de l'autre conjoint. Dans de pareils cas, le consentement de l'autre conjoint peut être remplacé par celui du juge.

La demande de paiement en espèces de la prestation de sortie n'est pas soumise à une forme écrite spécifique et peut donc être effectuée sans observer de forme. En revanche, le consentement du conjoint au paiement en espèces doit revêtir la forme écrite ; la forme écrite simple suffit. Le fait que la validité d'un contrat (cf. art. 11, al. 2, CO) dépend de l'observation d'une forme prescrite par la loi permet de déduire que les contrats ne respectant pas la forme prescrite sont en principe nuls. Néanmoins, la conséquence de la nullité est notablement limitée par l'interdiction d'abus de droit (art. 2, al. 2, CC). Si le contrat inefficace quant à sa forme a été complètement exécuté, il faut considérer l'invocation du vice de forme comme un abus de droit. Par conséquent, l'assuré avantagé par le paiement en espèces ne peut ultérieurement se prévaloir de la nullité formelle. Bien au contraire, il revient au conjoint extérieur à la relation de prévoyance d'invoquer ce vice, dans la mesure où l'on n'est en présence d'aucun consentement au paiement en espèces ou seulement d'un consentement frappé d'invalidité (p.ex. signature falsifiée). Dans ce cas, l'institution de prévoyance risque de devoir effectuer un paiement supplémentaire à l'autre conjoint dans la mesure où elle ne peut, à son égard,

se prévaloir d'une exécution valable, respectivement dans la mesure où elle ne peut apporter la preuve d'une exécution correcte (Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 51 du 22 juin 2000, ch. 302). A cet égard, le principe du degré de preuve de la vraisemblance prépondérante qui prévaut habituellement dans le droit des assurances sociales n'est que d'un maigre secours pour l'institution de prévoyance.

Effingerstrasse 20, 3003 Berne, Téléphone 031 322 91 51,
Téléfax 031 324 06 83
Internet: http://www.ofas.admin.ch

La question de savoir si l'institution de prévoyance a violé son devoir de diligence en versant la prestation de libre passage n'est pas déterminante. C'est de toute manière l'institution de prévoyance qui supporte le risque d'une signature falsifiée du conjoint appelé à donner son consentement. C'est pourquoi, il est recommandé, en cas de doute, de faire examiner l'authenticité de la signature du conjoint consentant.

Indication de l'Administration fédérale des contributions

Critères		***Assujettissement/ Registre des négociations***	***Explications***
Total des actifs: Actifs supérieurs à 10 mios de francs?	**non** →	pas d'assujettissement	
↓ **oui**			
Actifs: Détermination de la structure du bilan selon documents imposables et documents non imposables.			**Sont des documents imposables:** Obligations, actions, parts de Sàrl et de stés coopératives, bons de participation et de jouissance, parts de fonds de placement **Ne sont pas des documents imposables:** Hypothèques, prêts individualisés, parts de fondations de placement, placements fiduciaires
Importance des documents imposables: Total des documents imposables supérieur à 10 mios de francs ?	**non** →	pas d'assujettissement	
↓ **oui**			
Annonce: S'annoncer auprès de l'AFC en joignant le dernier bilan. L'AFC répondra par une lettre d'assujettissement contenant des annexes (Directives, No de dossier).		**Domicile de la banque partenaire:**	

Registre des négociations

Manière de s'annoncer:
Aucun formulaire n'est nécessaire. Une courte lettre avec l'adresse de l'institution de prévoyance contenant le dernier bilan (jusqu'au 31.12.2000) est suffisante. L'annonce peut être faite dès maintenant.

Procédure de décompte
Si le montant du droit est supérieur à fr. 5000.-- par an, décompte trimestriel sinon annuel.

Les opérations sur documents imposables sont-elles traitées uniquement auprès de banques suisses ?

non →

Pour les transactions qui ne sont pas effectuées par l'intermédiaire d'une banque suisse, un registre des négociations doit être tenu.

oui ↓

Autres tâches administratives:
La déclaration 9 annuelle doit être signée et retournée avec zéro jusqu'à fin janvier.

Informations:

Administration fédérale des contributions
Section banques, fonds de placement,
Commerçant de titres
Eigerstrasse 65
3003 Berne

Tel. 031 / 322 72 37
Fax 031 / 322 71 59

E-Mail: dvs@estv.admin.ch / www.estv.admin.ch

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 56

335 Rachat d'années d'assurance

(Référence à l'arrêt du 15.10.98 en la cause P. A., B 14/98; arrêt rendu en français) (Art. 43 al. 1 let. b et 27 Statuts CFP; art. 1er et 9 al. 3 LFLP)

Résumé des faits

P. A., née en 1945, a été assurée pour la prévoyance professionnelle auprès de la

Caisse fédérale de pensions (CFP) à partir de 1981; elle a, par la suite, racheté six années et neuf mois d'assurance. Le 31 décembre 1996, elle a perdu son emploi en raison de la suppression du poste qu'elle occupait (résiliation administrative).

P. A. a demandé l'octroi d'une rente à compter du 1er janvier 1997. Cette demande a été rejetée, au motif que l'assurée ne remplissait pas l'une des conditions nécessaires, à savoir avoir été affiliée pendant 19 années ininterrompues.

Déboutée par l'instance cantonale devant laquelle elle avait ouvert action, P. A. a interjeté un recours de droit administratif devant le TFA.

En droit

En cas de résiliation administrative des rapports de service, la CFP verse, conformément à l'art. 43 al. 1 de ses statuts, des prestations (rente selon l'art. 39 et supplément fixe selon l'art. 40 Statuts CFP) lorsque :

a) les rapports de service sont résiliés sans faute de l'affilié;
b) l'affilié a fait partie pendant 19 ans au moins sans interruption de la CFP;
c) l'affilié a plus de 50 ans.

En l'espèce, seule la deuxième de ces conditions est litigieuse.

L'assurée soutient qu'elle a fait partie de la CFP pendant 19 ans au moins sans interruption dès lors qu'elle a racheté six années d'assurance qui s'ajoutent à ses années d'affiliation.

Le rachat d'années d'assurance, obligatoire ou facultatif selon les cas, est destiné à épargner à l'assuré une réduction ultérieure des prestations en raison d'un nombre d'années insuffisant (cf. Helbling, Personalvorsorge und BVG, 6e éd., p. 140; ATF 114 V 107). Mais cela ne signifie pas que le rachat ait pour conséquence de faire remonter - fictivement - dans le temps la date de l'affiliation proprement dite (cf. RSAS 1990 p. 93).

Dans le cas particulier, l'affiliation est intervenue le 1er novembre 1981. A la date déterminante du 31 décembre 1996, elle avait donc duré 15 ans et 2 mois. Or, l'art. 43 al. 1 let. b des Statuts CFP vise

manifestement la durée effective de l'appartenance à l'institution de prévoyance - c.-à-d. le nombre d'années d'affiliation ininterrompue - et non le nombre d'années de cotisations (y compris les années de rachat). Il n'y a en conséquence pas lieu d'ajouter les années de rachat aux années d'affiliation.

L'assurée fonde par ailleurs son argumentation sur la LFLP, en particulier sur l'art. 9 al. 3 de ladite loi; aux termes de cette disposition, l'institution de prévoyance n'est pas autorisée à faire la distinction entre les prestations qui ont été obtenues pendant la période de cotisations et celles qui ont été acquises par la prestation d'entrée. Ce moyen n'est toutefois pas pertinent dès lors que le droit à une rente en cas de résiliation administrative des rapports de service, prestation de la prévoyance plus étendue (ATF 119 V 138), ne relève pas d'un cas de prévoyance au sens étroit visé par l'art. 1er al. 2 LFLP (atteinte de la limite d'âge, décès ou invalidité) et que, par conséquent, une telle résiliation ne constitue pas un cas de prévoyance entrant dans le champ d'application de la LFLP.

Par ces motifs, le TFA a rejeté le recours.

336 Réticence

Référence à l'arrêt du 14.08.98 en la cause P. d'A., B 59/97; arrêt rendu en français)

(Art. 4 et 6 LCA)

Résumé des faits

En vue de son affiliation à la caisse de pension de son nouvel employeur, l'assuré a rempli et signé, en février 1991, un document intitulé "Déclaration de santé de la personne à assurer". A la question "êtes-vous actuellement en bonne santé et entièrement apte au travail sans restriction due à votre santé ?", il a répondu par l'affirmative, alors qu'il était régulièrement soigné pour des troubles psychiques (notamment une schizophrénie) depuis 1973.

Estimant qu'il y avait eu réticence, la caisse a réduit au minimum LPP les prestations d'invalidité qu'elle a été amenée à verser à l'assuré dès le 1er septembre 1995.

Débouté par l'instance cantonale devant laquelle il avait ouvert action, l'assuré a interjeté un recours de droit administratif devant le TFA.

En droit

En matière de prévoyance plus étendue, on applique, en cas de réticence, les dispositions statutaires ou réglementaires et, en l'absence de dispositions idoines, comme c'est le cas ici, les règles de la LCA (ATF 118 V 168 consid. 5 et les réf.). Selon la jurisprudence rendue au sujet des art. 4 et 6 LCA (ATF 118 II 337 consid. 2a, 116 V 227 consid. 5b, SVR 1997 BVG 81 249), il ne faut adopter ni un critère purement objectif ni un critère purement subjectif pour déterminer s'il y a eu violation de l'obligation de renseigner, laquelle, au demeurant, s'apprécie sans égard à une éventuelle faute du déclarant.

Ce qui est finalement décisif, c'est de juger si et dans quelle mesure le proposant pouvait donner de bonne foi telle ou telle réponse à une question de l'assureur, selon la connaissance qu'il avait de la situation et, le cas échéant, selon les renseignements que lui avaient fournis des personnes qualifiées. La LCA exige du proposant qu'il se demande sérieusement s'il existe un fait qui tombe sous le coup des questions de l'assureur, mais elle n'exige pas de lui qu'il recueille des renseignements sur l'existence d'un pareil fait. La capacité ou l'incapacité de discernement du proposant joue également un rôle pour l'appréciation de la situation.

En l'espèce, il n'est ni contestable ni contesté que les réponses données par le recourant à la caisse en février 1991 sont objectivement inexactes. Cette constatation ne suffit cependant pas pour déduire qu'il y a eu réticence, sans que soient encore examinées les circonstances personnelles (critère subjectif).

A cet égard, et contrairement à ce que soutient le recourant, le fait qu'il ne se sente effectivement pas malade ou qu'il n'accepte pas sa maladie est sans importance dès lors que l'appréciation personnelle de l'assuré ne joue pas de rôle pour déterminer ce qui a valeur de maladie. Par ailleurs, comme le questionnaire simple qui lui était soumis ne demandait aucun renseignement médical précis, il importe peu qu'il n'admette pas sa schizophrénie, dont le diagnostic ne lui était au demeurant pas nécessairement connu.

En réalité, le fait de devoir se rendre à une consultation médicale chaque mois depuis des années ne l'autorisait simplement pas à répondre qu'il était en bonne santé. De ce point de vue, la capacité de discernement du recourant, lorsqu'il a rempli la déclaration de santé, en février 1991, n'apparaît pas discutable. En effet, selon un avis médical autorisé, l'assuré ne pouvait pas raisonnablement s'estimer en bonne santé à cette époque. Dans ces conditions, le recourant ne pouvait pas non plus, de bonne foi, donner une réponse affirmative à la question qui lui était posée.

Le TFA a par conséquent rejeté le recours.

337 Détermination du salaire coordonné

(Référence à l'arrêt du 16.10.97 en la cause L. R., B 4/95; arrêt rendu en italien) (Art. 7 al. 2 et 8 LPP, 3 al. 1 let. b OPP 2)

L'institution de prévoyance qui, en application de son règlement et en dérogation au système du salaire déterminant de l'AVS, fixe d'avance le salaire coordonné déterminant pour le calcul des cotisations de la prévoyance professionnelle, doit, en vertu de l'art. 3 al. 1 let. b, dernière phrase, OPP 2, tenir compte des changements déjà intervenus durant l'année en cours. Cette obligation ne s'applique toutefois pas aux cas où les salaires se révèlent inférieurs à ceux qui avaient été annoncés dans un premier temps par l'employeur, mais uniquement aux modifications déjà convenues et connues au moment de la détermination du salaire coordonné (par exemple, les éventuelles augmentations de salaires ou l'introduction d'un horaire minimal influençant les salaires).

338 Droit applicable en cas de divorce

(Référence à l'arrêt du 17.7.98 en la cause A. G., B 44/97; arrêt rendu en français)

(LFLP, en partic. art. 22)

La LFLP - in casu son art. 22 - ne fonde aucun droit lorsqu'un jugement de divorce est entré en force antérieurement au 1er janvier 1995.

339 Interprétation du contrat de prévoyance

Interprétation du contrat de prévoyance - Engagement à verser une rente future - Adaptation de la rente

(Référence à l'arrêt du 10.10.97 en la cause J.-J. M., B 44/96; arrêt rendu en français) (Art. 49 al. 2 LPP et 18 CO)

Résumé des faits

L'assuré a quitté son employeur en mai 1984, après un peu moins de 25 ans de service. A ce moment, il a passé avec l'institution de prévoyance compétente une convention aux termes de laquelle il lui serait alloué une rente annuelle future de Fr. 362'304.- dès l'âge de 60 ans, soit dès le mois de décembre 1995. A fin 1984, l'assuré disposait auprès de l'institution d'un capital de prévoyance de Fr. 1'101'662,50.-, ce qui lui aurait permis de prétendre une rente annuelle de Fr. 110'436.- à partir de 60 ans. L'engagement de l'institution de lui verser une rente annuelle de Fr. 362'304.- a nécessité la constitution d'une réserve mathématique supplémentaire de Fr. 2'512'758.- à fin 1984. Le financement de ce complément a été fourni par l'employeur.

En avril 1995, l'institution de prévoyance a informé l'assuré qu'il serait mis au bénéfice, comme convenu, d'une rente annuelle de Fr. 362'304.- dès le mois de décembre suivant. Elle a également précisé que, conformément à son règlement, l'indexation des rentes s'appliquait aux rentes en cours de service et que, dans le cas particulier, la première augmentation interviendrait en janvier 1997.

L'assuré a assigné l'institution de prévoyance en paiement d'une rente indexée en janvier de chaque année, pour la première fois en janvier 1985, soit une rente annuelle de Fr. 496'975.- pour 1995 et Fr. 504'397,85 pour 1996. Pour le futur, il concluait au versement d'une rente indexée chaque année.

Débouté en instance cantonale, l'assuré a interjeté un recours de droit administratif devant le TFA.

En droit

S'agissant, comme en l'espèce, d'une contestation qui relève de la prévoyance professionnelle plus étendue, les employés assurés sont liés à l'institution de prévoyance par un contrat innomé (sui generis) dit de prévoyance. Le règlement de prévoyance est le contenu préformé de ce contrat, à savoir ses conditions générales, auxquelles l'assuré se soumet expressément ou par acte concluant. Il doit donc être interprété selon les règles générales sur l'interprétation des contrats. C'est ainsi qu'il y a lieu, tout d'abord, de rechercher la réelle et commune intention des parties (art. 18 al. 1 CO). Lorsque celle-ci ne peut être établie, il faut tenter de découvrir la volonté présumée des parties en interprétant leurs déclarations d'après le sens que le destinataire de celles-ci pouvait et devait raisonnablement leur donner selon les règles de la bonne foi (principe de la confiance) (consid. 2a).

Dans le présent cas, l'objet de l'interprétation est la convention de mai 1984, document dont on doit admettre qu'il fait partie intégrante du contrat de prévoyance. Il n'a pas été possible en l'occurrence d'établir la volonté réelle des parties. C'est donc au regard du principe de la confiance qu'il faut interpréter l'engagement litigieux de l'institution de prévoyance (consid. 2b).

La convention de mai 1984 ne contient, à propos du renchérissement, aucun engagement ni aucune promesse qui s'écarterait du régime général valable pour tous les affiliés retraités. L'assuré devait donc logiquement considérer que le droit à une adaptation de sa pension de retraite ne prendrait naissance qu'à partir du versement de cette prestation et non pas déjà au moment de la constitution de la rente future. Le sens des déclarations des parties ne pouvait de bonne foi pas être compris autrement (consid. 2c).

Par ailleurs, l'argument de l'assuré selon lequel il entendait, à l'époque, soit en 1984, se prémunir contre les conséquences de l'inflation n'apparaît pas décisif. On peut penser en effet que, dans l'esprit des parties, le risque d'une diminution de la valeur réelle de la rente était déjà pris en compte dans l'augmentation considérable du montant de la rente future par rapport à celui qui aurait été versé en fonction du seul capital accumulé par l'assuré (consid. 2c).

Enfin, une augmentation de la rente dans le sens voulu par l'assuré eût nécessité un financement supplémentaire important. Selon les informations de la caisse de pensions, le versement d'une rente annuelle de Fr. 496'975.- dès 1995 aurait exigé la constitution d'une réserve mathématique de Fr. 1'075'717.-, à prélever sur les réserves libres de la caisse. De pareilles conséquences pour l'institution de prévoyance ne pouvaient échapper aux parties, toutes rompues aux questions financières et actuarielles. Si donc elles avaient voulu adopter dans le présent cas un régime spécial d'indexation avant même le versement de la rente, elles n'auraient certainement pas manqué d'en régler le financement. Or, elles ne l'ont à l'évidence pas fait (consid. 2c).

Le TFA a par conséquent rejeté le recours de droit administratif.

340 Maintien de la prévoyance pour survivants

Maintien de la prévoyance - Droit des héritiers survivants aux prestations ou à la restitution des contributions versées par l'assuré décédé - allocation de dépens à l'institution de prévoyance qui obtient gain de cause

(Référence à l'arrêt du 14.8.98 en la cause B. H., B 20/98; arrêt rendu en français) (Art. 3 al. 1 et 2, 4 al. 2 et 3 LFLP; art. 159 al. 2 in fine OJ)

Après la dissolution des rapports de travail, la responsabilité de l'institution de prévoyance subsiste si l'assuré devient invalide en raison d'une incapacité de travail survenue avant cette dissolution (ATF 120 V 116 consid. 2b). Lorsque ladite institution a déjà transféré la prestation de sortie à l'institution supplétive, elle est fondée à réclamer à celle-ci la restitution de cette prestation dans la mesure nécessaire pour accorder le paiement de la rente d'invalidité (art. 3 al. 2 LFLP) (consid. 3 a et c)

Sauf dans les cas visés à l'art. 5 LFLP, le paiement en espèces d'un capital ou d'une prestation de libre passage n'est pas prévu par la loi, car il s'agirait d'un système étranger aux buts de la prévoyance professionnelle. En cas de décès de l'assuré, les ayants droit ne reçoivent pas la prestation de l'institution de prévoyance en vertu d'une prétention successorale. Ils disposent d'un droit originaire qui leur est conféré directement par la loi (art. 18 à 22 LPP) ou par le règlement de l'institution de prévoyance; dans cette dernière éventualité, ils apparaissent comme les bénéficiaires d'une stipulation pour autrui au sens de l'art. 112 CO, le travailleur stipulant s'étant fait promettre par la caisse, obligée, le versement de prestations à certains tiers survivants. Ainsi, à défaut de survivants désignés par la loi ou les statuts, les héritiers, en tant que tels, ne peuvent prétendre ni le paiement de prestations ni la restitution des contributions versées (ATF 113 V 289 consid. 4 b et les références) (consid. 4 a).

Même si elle obtient gain de cause, l'institution de prévoyance (in casu intimée) ne saurait prétendre à l'allocation de dépens, aucune indemnité pour frais de procès n'étant accordée, en règle générale, aux organismes chargés de tâches de droit public (art 159 al. 2 in fine OJ; ATF 118 V 169-170 consid. 7 et les références) (consid. 5).

341 Prévoyance professionnelle et droit des successions

(Référence à l'arrêt du 18.11.97 en la cause W. R., B 29/96; arrêt rendu en français)

(Art. 49 LPP et rapport entre le droit de la prévoyance professionnelle et le droit des successions)

Résumé des faits

Le règlement de la fondation de prévoyance dispose qu'en cas de décès de l'assuré avant l'âge de la retraite, le capital-épargne constitué par ses propres contributions va aux héritiers légaux ou testamentaires alors que le capital-épargne correspondant aux contributions de l'employeur va en première ligne au conjoint survivant, celui-ci excluant, le cas échéant les autres bénéficiaires, c'est-à-dire les enfants et les parents; pour cette dernière prestation, le règlement autorise cependant le conseil de fondation à procéder à une attribution différente si "des raisons d'équité" l'exigent.

Par testament, l'assurée décédée, mariée et sans enfant, avait institué sa mère comme seule bénéficiaire des prestations de prévoyance. La fondation de prévoyance a dès lors versé la totalité des prestations à la mère, ce que le mari survivant conteste.

En droit

Le TFA a jugé que la faculté pour le travailleur de désigner un ou des bénéficiaires des prestations de prévoyance découle de la législation sur la prévoyance professionnelle ou du règlement de l'institution et non des règles du droit des successions. Par ailleurs, le capital-épargne ne tombe pas

dans la masse successorale, de sorte que le travailleur ne peut en disposer librement par testament (consid. 3 et 4b).

En l'espèce, la disposition réglementaire relative au capital-épargne constitué par les contributions de l'assurée ne prévoit pas l'exclusion par le groupe de survivants auquel la prestation est dévolue des autres groupes. Cela étant, le TFA a considéré qu'il était raisonnable, dans le cas particulier, d'attribuer ce capital pour moitié à la mère et pour moitié au mari de l'assurée et il a ordonné de procéder ainsi. Il a en effet estimé qu'une clause du contrat de prévoyance selon laquelle, en cas de décès de l'assuré avant l'âge de la retraite, le capital-épargne constitué par ses contributions personnelles est versé aux héritiers légaux ou testamentaires ne lui permettait pas de désigner librement ses ayants droit dans le cercle des survivants et à exclure d'autres héritiers légaux (consid.4c et chapeau d'arrêt).

Quant au capital-épargne constitué par les contributions de l'employeur, le TFA a considéré qu'en l'absence d'une comparaison de la situation respective des survivants appelés à bénéficier d'une part du capital-épargne, il n'était pas possible de se prononcer sur l'existence ou non de raisons d'équité, au sens du règlement, permettant de déroger à la règle ordinaire d'attribution prévue par ce dernier. Il a donc ordonné un complément d'instruction sur ce point (consid. 4d).

342 Prestations de survivants de femme divorcée

(Référence à l'arrêt du 30.10.97 en la cause M. S., B 45/96; arrêt rendu en français) (Art.19 al. 3 LPP, 20 al. 1 OPP 2)

L'art. 20 al. 1 OPP 2 garantit un droit à des prestations de survivants à la femme divorcée au bénéfice, en vertu du jugement de divorce, d'une indemnité en capital allouée en lieu et place d'une rente viagère.

En l'espèce, le TFA a constaté qu'à teneur du jugement de divorce, l'ex-épouse a bénéficié d'un versement de Fr. 1'000.- à titre d'indemnité au sens de l'art. 151 al. 1 CC, cela pour solde de tout compte, et que cette indemnité n'a donc pas été allouée en lieu et place d'une rente viagère. Dès lors, l'intéressée ne remplit pas les conditions de l'art. 20 al. 1 OPP 2, de sorte qu'elle ne saurait être assimilée à une veuve.

343 Réticence

Référence à l'arrêt du 14.08.98 en la cause P. d'A., B 59/97; arrêt rendu en français) (Art. 4 et 6 LCA)

Résumé des faits

En vue de son affiliation à la caisse de pension de son nouvel employeur, l'assuré a rempli et signé, en février 1991, un document intitulé "Déclaration de santé de la personne à assurer". A la question "êtes-vous actuellement en bonne santé et entièrement apte au travail sans restriction due à votre santé ?", il a répondu par l'affirmative, alors qu'il était régulièrement soigné pour des troubles psychiques (notamment une schizophrénie) depuis 1973.

Estimant qu'il y avait eu réticence, la caisse a réduit au minimum LPP les prestations d'invalidité qu'elle a été amenée à verser à l'assuré dès le 1er septembre 1995.

Débouté par l'instance cantonale devant laquelle il avait ouvert action, l'assuré a interjeté un recours de droit administratif devant le TFA.

En droit

En matière de prévoyance plus étendue, on applique, en cas de réticence, les dispositions statutaires ou réglementaires et, en l'absence de dispositions idoines, comme c'est le cas ici, les règles de la LCA (ATF 118 V 168 consid. 5 et les réf.). Selon la jurisprudence rendue au sujet des

art. 4 et 6 LCA (ATF 118 II 337 consid. 2a, 116 V227 consid. 5b, SVR 1997 BVG 81 249), il ne faut adopter ni un critère purement objectif ni un critère purement subjectif pour déterminer s'il y a eu violation de l'obligation de renseigner, laquelle, au demeurant, s'apprécie sans égard à une éventuelle faute du déclarant.

Ce qui est finalement décisif, c'est de juger si et dans quelle mesure le proposant pouvait donner de bonne foi telle ou telle réponse à une question de l'assureur, selon la connaissance qu'il avait de la situation et, le cas échéant, selon les renseignements que lui avaient fournis des personnes qualifiées. La LCA exige du proposant qu'il se demande sérieusement s'il existe un fait qui tombe sous le coup des questions de l'assureur, mais elle n'exige pas de lui qu'il recueille des renseignements sur l'existence d'un pareil fait. La capacité ou l'incapacité de discernement du proposant joue également un rôle pour l'appréciation de la situation.

En l'espèce, il n'est ni contestable ni contesté que les réponses données par le recourant à la caisse en février 1991 sont objectivement inexactes. Cette constatation ne suffit cependant pas pour déduire qu'il y a eu réticence, sans que soient encore examinées les circonstances personnelles (critère subjectif). A cet égard, et contrairement à ce que soutient le recourant, le fait qu'il ne se sente effectivement pas malade ou qu'il n'accepte pas sa maladie est sans importance dès lors que l'appréciation personnelle de l'assuré ne joue pas de rôle pour déterminer ce qui a valeur de maladie. Par ailleurs, comme le questionnaire simple qui lui était soumis ne demandait aucun renseignement médical précis, il importe peu qu'il n'admette pas sa schizophrénie, dont le diagnostic ne lui était au demeurant pas nécessairement connu.

En réalité, le fait de devoir se rendre à une consultation médicale chaque mois depuis des années ne l'autorisait simplement pas à répondre qu'il était en bonne santé. De ce point de vue, la capacité de discernement du recourant, lorsqu'il a rempli la déclaration de santé, en février 1991, n'apparaît pas discutable. En effet, selon un avis médical autorisé, l'assuré ne pouvait pas raisonnablement s'estimer en bonne santé à cette époque. Dans ces conditions, le recourant ne pouvait pas non plus, de bonne foi, donner une réponse affirmative à la question qui lui était posée.

Le TFA a par conséquent rejeté le recours.

344 Survenance de l'incapacité de travail à l'origine de l'invalidité

(arrêt du TFA du 2.8.2000 en la cause N., B 65/99; en français)

(Art. 26 LPP, 29 LAI)

Par décision du 3 décembre 1996, l'assurance-invalidité a fixé le degré d'invalidité de N. à 80 % et lui a accordé une rente d'invalidité à partir du 1er janvier 1996. La Fondation de prévoyance de l'employeur S. refuse de verser à N. toute prestation, car l'incapacité de travail à l'origine de l'invalidité serait survenue après la fin des rapports de travail entre N. et S. en date du 31 janvier 1994. N. prétend au contraire, sur la base du certificat médical du Docteur V. du 27 octobre 1999, qu'une incapacité de travail invalidante se serait produite entre le 15 et le 31 janvier 1994.

Il faut que les différents documents médicaux permettent d'établir au degré de vraisemblance prépondérante, applicable à l'appréciation des preuves dans l'assurance sociale (ATF 125 V 195 consid. 2) que le recourant a subi une incapacité de travail pendant la période litigieuse. Tel n'est pas le cas en l'espèce. Premièrement, dans sa demande d'indemnités de chômage datée du 15 janvier 1994, mais reçue par l'administration le 2 février 1994, N. a indiqué que, pendant le délai de résiliation, il n'avait pas été empêché de travailler en raison d'une maladie. Deuxièmement, l'attestation de l'employeur S. du 15 novembre 1995, selon laquelle N. aurait été en incapacité de travail du 15 au 31 janvier 1994, est contredite par l'attestation de ce même employeur adressée à l'assurance-chômage le 31 janvier 1994. Troisièmement, sur la base de l'ensemble des certificats

médicaux (hormis celui du Docteur V. daté du 27 octobre 1999), le début de l'incapacité de travail déterminante pour le droit à des prestations d'invalidité doit être fixé au plus tôt au mois d'avril 1994, c'est-à-dire après la fin des rapports de travail. N. n'était donc plus assuré auprès de la Fondation de S. lors de la survenance de l'incapacité de travail, de sorte qu'il n'a pas droit à une rente d'invalidité de la part de celle-ci.

345 Moyens de preuve nouveaux

(arrêt du TFA du 2.8.2000 en la cause Société D. contre Fondation institution supplétive LPP, B 7/00; en français) (Art. 105 al. 2 OJ)

Lorsque le pouvoir d'examen du TFA est limité par l'art. 105 al. 2 OJ, la possibilité d'alléguer des faits nouveaux ou de faire valoir de nouveaux moyens de preuve est très restreinte. Seules sont admissibles les preuves que l'instance inférieure aurait dû réunir d'office, et dont le défaut d'administration constitue une violation de règles essentielles de procédure (ATF 120 V 485 consid. 1b, 121 II 99 consid. 1 c). Les parties ne peuvent pas invoquer devant le TFA des faits nouveaux qu'elles auraient été en mesure - ou qu'il leur appartenait, en vertu de leur devoir de collaboration à l'instruction de la cause - de faire valoir devant la juridiction inférieure déjà. De tels allégués tardifs ne permettent pas de qualifier d'imparfaites, au sens de l'art. 105 al. 2 OJ, les constatations des premiers juges (ATF 102 Ib 127, 121 II 100 consid. 1c). En l'espèce, la recourante D. conteste les cotisations d'employeur qui lui sont réclamées par la Fondation institution supplétive LPP, en faisant valoir que le montant réel des salaires afférents à l'année 1997 serait de Fr. 39'600.--, et non pas de Fr. 79'200.--. La recourante D. pouvait et devait invoquer ce moyen devant l'instance cantonale déjà, cela d'autant plus qu'elle avait bénéficié de deux prolongations de délai, sans toutefois les utiliser. Soulevé pour la première fois devant le TFA, ce moyen, qui n'est au demeurant nullement établi, est irrecevable. Il n'y a dès lors pas lieu d'entrer en matière sur le recours de D.

346 Prescription

(arrêt du TFA du 4.8.2000 en la cause X., B 9/99; en français)

(Art. 41 LPP)

Dans son préavis, l'OFAS considère que la prescription décennale de l'art. 41 LPP a commencé à courir seulement lorsque l'AI a notifié à l'assuré sa décision de rente du 16 juillet 1990. Contrairement à l'opinion de l'OFAS, la prescription de l'art. 41 LPP court indépendamment de la connaissance qu'a l'assuré de l'existence de son droit à la rente, à l'instar de ce qui prévaut pour les prescriptions décennales des art. 60 et 127 CO (ATF 106 II 136 consid. 2a). L'exigibilité d'une prestation de la prévoyance professionnelle doit être distinguée de son exécutabilité. Si une telle prestation ne peut être exécutée que lorsque la créance en prestations futures n'est plus une simple expectative mais peut être effectivement réalisée, son exigibilité se situe en revanche lors de la naissance du droit à cette prestation selon les dispositions légales et réglementaires qui lui sont applicables (arrêt H. du 14 juin 2000, B 2/99, prévu pour la publication, consid. 3a; ATF 117 V 308 consid. 2c, 124 V 276).

En l'espèce, la Caisse suisse de compensation a mis l'assuré X. au bénéfice d'une rente entière d'invalidité et de rentes complémentaires pour son épouse et ses enfants à partir du 1er mai 1987, par décision du 16 juillet 1990. Le droit de X. à une rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle est donc né en même temps que son droit à la rente de l'AI, soit à l'échéance de la période de carence d'une année prévue à l'art. 29 al. 1 let. B LAI, applicable en vertu du renvoi de l'art. 26 al. 1 LPP (ATF 121 V 271 consid. 2a in fine et 273). Par conséquent, l'exigibilité du premier terme impayé, au sens de l'art. 131 al. 1 CO remonte à mai 1987 (et non pas à la date de l'accident professionnel survenu le 26 mai 1986), de sorte que la prescription décennale a commencé à courir à partir du mois de mai 1987. Il en résulte que le droit de X. à une rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle est prescrit

depuis le mois de mai 1997, ce qui entraîne également la prescription des arrérages de rentes (art. 131 al. 2 CO).

347 Délai pour se départir du contrat en cas de réticence

(arrêt du TFA du 20.9.2000 en la cause S. contre institution de prévoyance G., B 51/99, en allemand)

(art. 4 LPP et 4 LCA)

L'assurée S. travaillait comme aubergiste depuis 1991. Elle a subi une opération des glandes sudoripares en 1988 et 1990 et une intervention pour enlever des calculs rénaux en juin et octobre 1992. Le 23 mars 1993, S. a conclu un plan de prévoyance avec l'institution de prévoyance G. G. était réassurée auprès de l'établissement d'assurance R. Le 23 avril 1993, suite à une éruption cutanée, S. a consulté un médecin, qui a diagnostiqué un eczéma au niveau des mains, des avant-bras et de la partie supérieure du dos. A cause de cette atteinte à la santé, S. a cessé de travailler comme aubergiste depuis fin juillet 1993. Dans un premier temps, G. a accordé une rente annuelle d'invalidité à S. Mais par courrier du 26 novembre 1996, G. a déclaré se départir du contrat la liant à S., au motif que l'assurée n'aurait pas déclaré, lors de la conclusion du plan de prévoyance, qu'elle avait subi une opération au niveau des reins et qu'elle lui aurait caché son abandon prochain de la profession d'aubergiste à cause de son atteinte cutanée. G. a exigé de S. le remboursement du montant des rentes versées jusqu'alors. Ensuite de quoi, S. a ouvert action pour faire constater son droit à une rente d'invalidité dès le 23 juillet 1993 et pour demander le versement d'une rente de la prévoyance plus étendue. En date du 11 août 1999, le Tribunal des assurances du canton de X. a rejeté la demande de S. C'est pourquoi S. a recouru au TFA.

En matière d'assurance d'assurance facultative (art. 4 LPP), les dispositions de la loi sur le contrat d'assurance (LCA) sont applicables par analogie. Le TFA examine d'office si le délai de 4 semaines de l'art. 6 LCA pour se départir du contrat a été respecté en cas de réticence au sens de l'art. 4 LCA. En l'espèce, la question est de savoir si les éléments connus par le réassureur R. étaient censés connus de l'institution de prévoyance G. et donc opposables à celle-ci. En l'espèce, G. a transmis la gestion administrative des cas de prévoyance à R. En effet, le réassureur a procédé à des investigations sur l'obligation de G. de fournir des prestations. Le médecin-conseil de R. a obtenu des informations de la part des médecins traitants de S. La lettre du 18 novembre 1993 accordant une rente d'invalidité à S. pour l'année 1993 a été rédigée et envoyée par R. en son propre nom.

A l'occasion de l'examen du droit de S. à des prestations basées sur une police de prévoyance liée, R. a eu accès au dossier AI de S. C'est au plus tard lors de la restitution du dossier de S. à l'AI en date 22 octobre 1996, que R. a eu connaissance des opérations subies par S. au niveau des reins et des glandes sudoripares. R. a informé G. de la prétendue réticence de S. en date du 15 novembre 1996. Quant à l'atteinte cutanée de S., le Docteur F. a indiqué dans son rapport du 3 septembre 1993, qu'elle avait débuté en mars 1993 (soit avant la conclusion du plan de prévoyance). Bien que ce rapport médical soit parvenu à sa connaissance le 8 septembre 1993, R. a néanmoins écrit à S. le 18 novembre 1993 pour l'informer du versement d'une rente d'invalidité. Dans ces circonstances, les faits connus de R. sont également censés connus de G. et donc opposables à cette dernière. Le fait que R. ait appris les opérations de S. dans le cadre d'un rapport de droit où G. n'était pas partie (service des "personnes privées" et non pas des "assurances collectives") n'y change rien.

En définitive, le délai de 4 semaines de l'art. 6 LCA était déjà écoulé lorsque G. a déclaré se départir du contrat pour cause de prétendue réticence de la part de S. en date du 26 novembre 1996. Le TFA admet le recours de S.

348 Evaluation de l'invalidité

(arrêt du TFA du 25.9.2000 en la cause Fonds de prévoyance F. contre A., B 13/00; en français)

(Art. 26 al. 1 LPP, 29 LAI)

L'employeur E. a engagé A. comme aide-soignant dès le 1er septembre 1989. A. a été affilié à ce titre auprès du Fonds de prévoyance F. E. a licencié A. avec effet immédiat le 27 février 1992. L'assurance-invalidité a d'abord octroyé une rente AI entière à A. dès le 1er mai 1994. En date du 23 septembre 1997, le TFA a admis partiellement le recours de A. et a renvoyé la cause au Tribunal cantonal pour complément d'instruction sur le moment de la survenance de l'incapacité de travail de A. Le Tribunal cantonal a alors reconnu le droit de A. à une rente AI entière dès le 1er mars 1993, sur la base du rapport médical du Docteur P. constatant que l'incapacité de travail de A. avait débuté le 1er mars 1992. A. a ensuite demandé au Fonds de prévoyance F. de lui verser une rente d'invalidité à partir du 1er mars 1993. Mais F. a refusé au motif que l'incapacité de travail de A. aurait débuté le 1er mai 1993. Le Tribunal des assurances du canton de X. a retenu que l'incapacité totale de travail de A. avait débuté le 1er mars 1992, alors qu'il bénéficiait d'une couverture du risque invalidité par le Fonds de prévoyance F. Par jugement du 26 mai 1999, le Tribunal cantonal a reconnu le droit de A. à une rente d'invalidité de la part de F., qui devait cependant être différé jusqu'au 1er mars 1994, étant donné le versement d'indemnités journalières en cas de maladie jusqu'au 28 février 1994. F. a interjeté recours au TFA.

Si une institution de prévoyance reprend la définition de l'invalidité de la LAI (comme c'est le cas en l'espèce), elle est en principe liée par l'estimation des organes de l'assurance-invalidité, sauf si cette estimation apparaît d'emblée insoutenable. Cette force contraignante vaut aussi pour la naissance du droit à la rente et pour la détermination du moment à partir duquel la capacité de travail de l'assuré s'est sensiblement détériorée.

Dans son arrêt du 23 septembre 1997, le TFA a constaté que les rapports du Docteur P. étaient contradictoires. C'est pourquoi la cause a été renvoyée au Tribunal cantonal des assurances, afin d'obtenir des précisions de la part de ce médecin. Au vu des explications fournies par le Docteur P., retenant que l'incapacité de travail invalidante de A. a débuté le 1er mars 1992, le jugement cantonal attaqué n'apparaît pas d'emblée insoutenable. Le fait de considérer que A. subissait, à tout le moins une diminution sensible de rendement dans son travail en raison d'une affection oculaire peut certes prêter à discussion, du moment que les rapports de travail entre A. et E. ne semblent pas avoir été résiliés pour raisons de santé. Mais ce point de vue n'apparaît pas indéfendable. Il trouve un certain appui dans le fait que A. a dû abandonner un précédent emploi en décembre 1987 en raison de la déficience de sa vue. Le Docteur P. a diagnostiqué une importante aggravation de l'atteinte oculaire de A. entre 1987 et 1992. Selon ce médecin, l'état de santé de A. justifiait déjà une incapacité de travail totale de A. dès le début de l'année 1992, bien qu'il ait encore travaillé jusqu'à fin février 1992. Le fait que A. se soit inscrit à l'assurance-chômage et ait reçu des indemnités journalières après la fin des rapports de travail avec E. n'est pas déterminant. En effet, d'après l'art. 15 al. 3 OACI, lorsque l'assuré s'est annoncé à l'assurance-invalidité ou à une autre assurance, il est réputé apte au placement jusqu'à la décision de l'autre assurance, mais cette reconnaissance n'a pas d'incidence sur l'appréciation par les autres assurances. Par ces motifs, le TFA rejette le recours de F.

349 Récusation et affiliation obligatoire à la LPP

(arrêt du TFA du 26.9.2000 en la cause S. contre F. Fondation collective LPP et Fondation institution supplétive LPP, B 53/99; en français) (Art. 6 § 1 CEDH, art. 58 al. 1 aCst, art. 2 al. 2, 7 al. 1, 10 al. 1 et 12 LPP, art. 1 al. 1 let. b et art. 2 OPP 2).

S. a travaillé en Suisse comme jardinier pour E. du 28 février au 30 novembre 1989. Il avait alors un permis de travail pour saisonnier ("A"). A ce titre, S. a été affilié auprès de F. Fondation collective LPP du 1er mars au 31 décembre 1989, sur la base d'un salaire annuel de Fr. 28'080.--.

A partir de mars 1990 et jusqu'à la fin de cette année-là, S. a continué à travailler pour E., sans autorisations de travail et de séjour. E. n'a pas déclaré S. à la Fondation F. en 1990. S. a ensuite été réengagé par E. dès mars 1991. S. a été victime d'un accident alors qu'il travaillait pour E. en date du 7 mars 1991. S. a été mis au bénéfice d'une rente entière de l'AI et d'une rente de l'assurance-accidents de 25 %. S. a demandé à la Fondation F. de lui verser une rente d'invalidité, mais celle-ci a refusé. Le Tribunal des assurances du canton de X. a rejeté la demande de S. tendant au versement d'une rente d'invalidité, au motif qu'il n'y aurait pas eu de contrat de travail d'une durée supérieure à trois mois entre E. et S. au moment de l'accident. Dans son recours au TFA, S. conclut principalement à l'annulation du jugement cantonal pour violation de l'art. 6 § 1 CEDH et de l'art. 58 al. 1 aCst, au motif que le juge assesseur J. était sous-directeur de l'institution de prévoyance P. Pour ce motif, S. demande que le Tribunal cantonal le juge avec une nouvelle composition de la Cour préalablement annoncée à S. A titre subsidiaire, S. conclut à ce que l'existence d'un contrat de travail d'une durée supérieure à trois mois soit constatée et que le dossier soit renvoyé au Tribunal cantonal pour qu'il détermine qui de la Fondation F. ou de la Fondation institution supplétive LPP doit verser des prestations d'invalidité à S. L'OFAS propose l'admission de la conclusion subsidiaire du recours de S.

En ce qui concerne la conclusion principale de S., le TFA rappelle que la garantie du juge naturel comprend aussi le droit d'être informé de la composition du tribunal compétent. Mais l'identité des juges appelés à statuer ne doit pas nécessairement être communiquée de manière expresse au justiciable. Il suffit en effet que le nom de ceux-ci ressorte d'une publication générale, facilement accessible, par exemple un annuaire officiel. En l'espèce, le nom du juge assesseur J. figurait parmi la liste des 19 assesseurs du Tribunal des assurances publiée dans l'annuaire officiel du canton de X. Le grief de récusation n'a pas été allégué tardivement par S., dans la mesure où la liste des assesseurs ne mentionne ni leur activité professionnelle, ni le domaine juridique pour lequel ils sont élus. Il se justifie par conséquent d'examiner le bien-fondé de ce grief. En l'espèce, le juge assesseur J. n'a déployé aucune activité pour la Fondation F., pour la Fondation institution supplétive LPP ou encore pour la société A. qui gère le dossier de la Fondation F. De plus, l'institution de prévoyance P. dans laquelle J. exerce une activité professionnelle n'a aucun lien avec les fondations intimées. Le seul fait que l'institution de prévoyance P. est active dans la même branche économique que les intimées, n'est pas de nature à faire naître une apparence de prévention dans le procès. Dans ces circonstances, il n'y a aucun motif de récusation contre J. (le TFA renvoie à son arrêt du 25 avril 2000 en la cause N. contre Fonds de prévoyance en faveur du personnel E., B 60/99, résumé dans le BPP n° 53 ch. 321 p. 17).

Concernant la conclusion subsidiaire, le TFA retient qu'il est pour le moins douteux que lors de l'engagement en mars 1991, la volonté commune de l'employeur E. et du recourant S. aurait été de subordonner le maintien des rapports de travail à l'obtention du permis de travail pour saisonnier. En effet, une année auparavant en mars 1991, S. avait également commencé à travailler pour E. et que, malgré la réponse négative de l'autorité compétente pour les permis de travail, S. a continué son travail chez E. jusqu'à la fin de l'année 1991. L'année suivante, E. a repris S. à son service sans attendre que l'autorité compétente se prononce sur le droit de S. de travailler en Suisse. De plus, ce n'est qu'après la survenance de l'accident du 7 mars 1991 que la demande de permis de travail a été présentée à l'autorité pour l'année 1991. De toute manière, même si E. et S. s'étaient mis d'accord sur la résolution des rapports de travail en cas de non- obtention du permis saisonnier, le recourant était au bénéfice d'un contrat de durée indéterminée au moment de la survenance de l'accident. Vu son salaire de Fr. 580.-- réalisé du 4 au 7 mars 1991, S. pouvait prétendre à un salaire annualisé (cf art. 2 OPP 2) supérieur à la limite fixée à l'art. 7 LPP, qui était alors de Fr. 19'200.-- (RO 1989 II 1901). S. remplissait donc en 1991 les conditions de la soumission à l'assurance obligatoire LPP. Les séquelles de l'accident de S. doivent par conséquent être prises en charge soit par l'institution de prévoyance à laquelle l'employeur de S. était éventuellement affilié à l'époque (art. 10 al. 1 LPP), soit par la Fondation institution supplétive, à défaut d'affiliation (art. 12 al. 1 LPP).

Le TFA admet partiellement le recours de S. et renvoie la cause au Tribunal cantonal pour qu'il détermine laquelle des deux intimées doit verser des prestations au recourant.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 53

316 Réticence

(arrêt du TFA du 20.4.2000 en la cause Q., B 46/99; en français) (art. 6 LCA)

Le 12 novembre 1988, Q. a rempli un questionnaire de santé à la demande de sa caisse de pensions M. Par lettre du 15 août 1996, M. a reproché à Q. d'avoir commis une réticence en remplissant le questionnaire de santé. M. a décidé de ne verser à Q qu'une rente d'invalidité totale réduite au minimum légal, à l'exclusion de toute prestation de la prévoyance plus étendue.

Le chiffre 3 de l'article 57 du règlement de la caisse de pensions M. a la teneur suivante:

"En cas d'infraction à l'obligation d'information, les prestations sont réduites au niveau obligatoire légal. Lors d'une demande de prestation, la caisse notifiera à l'assuré la réduction de prestation dans un délai de six mois. Ce délai ne commencera à courir que lorsque la caisse a acquis la certitude qu'il y a infraction à l'obligation d'information".

Cette disposition est entrée en vigueur le 1er janvier 1995. Jusqu'au 31 décembre 1994, l'article 57 du règlement ne comportait aucune disposition sur la réticence et le délai pour invoquer la violation de l'obligation d'informer. En relation avec l'ancienne teneur de cet article (avant le 1er janvier 1995), le TFA a jugé que si les dispositions réglementaires de l'institution de prévoyance sont muettes au sujet du délai dans lequel celle-ci peut invoquer une réticence, il faut appliquer par analogie l'article 6 LCA pour décider si l'assureur s'est départi du contrat ou a introduit une réserve en temps utile (ATF 119 V 287 consid. 5a). D'après l'article 6 LCA, l'assureur n'est pas lié par le contrat, à condition qu'il s'en soit départi dans les quatre semaines à partir du moment où il eu connaissance de la réticence.

C'est la réglementation applicable lors de la commission prétendue de la réticence, soit le 12 novembre 1988, et non pas lors de la découverte de celle-ci qui est déterminante (ATF 121 V 100 c. 1a). L'article 57 ch. 3 du règlement de M. est donc inapplicable en l'espèce. L'article 6 LCA s'applique alors à titre supplétif et fixe à l'assureur un délai de quatre semaines pour se départir du contrat à partir du moment où il a eu connaissance de la réticence.

En l'espèce, lorsque M. a écrit à Q. le 15 août 1996 pour invoquer la réticence, plus de 4 semaines s'étaient déjà écoulées depuis la connaissance de la prétendue réticence, que l'on tienne compte de l'une ou l'autre des deux dates alléguées par M. (le 20 juin ou le 9 juillet 1996). Le TFA a par conséquent admis le recours de Q.

317 Prescription et affiliation d'office

(arrêt du TFA du 1.5.2000 en la cause Fondation institution supplétive LPP, B 54/99; en français)

(art. 41 LPP, 130 CO)

D'après l'article 41 LPP, les actions en recouvrement de créances se prescrivent par cinq ans quand elles portent sur des cotisations ou des prestations périodiques, par dix ans dans les autres cas. Les articles 129 à 142 CO sont applicables, en particulier l'article 130 alinéa 1 CO selon lequel la prescription court dès que la créance est devenue exigible. A titre exceptionnel, la prescription relative aux cotisations des années précédentes court seulement dès l'affiliation (obligatoire) à l'institution supplétive de la LPP, parce que cette décision crée un rapport juridique nouveau (RSAS 1994 p. 390 c. 3b; SVR 1996 BVG N° 46 c. 4 p. 137).

Il n'appartient pas au juge de constater d'office la prescription (art. 41 al. 1 LPP en corrélation avec l'art. 142 CO). Au contraire, ce moyen doit être expressément soulevé (RSAS 1994 p. 389 c. 3a). En l'espèce, comme le moyen de la prescription examiné d'office par le tribunal des assurances du canton de Vaud n'a pas été soulevé par l'intimé P, le jugement entrepris s'avère pour ce premier motif déjà contraire au droit (art. 104 let. a OJ). La juridiction cantonale a aussi violé le droit fédéral en considérant que la créance de la Fondation institution supplétive LPP était prescrite. En effet, le point de départ de la prescription selon l'article 41 alinéa 1 LPP est la décision d'affiliation rétroactive de P du 17 novembre 1995, de sorte qu'à ce jour, la prescription quinquennale n'est pas encore acquise. De plus, la prescription a été interrompue par le commandement de payer notifié par la Fondation à P le 29 juin 1998 et un nouveau délai de cinq ans a commencé à courir dès cette date.

318 Contestation entre ayant droits et employeurs

(arrêt du TFA du 6.12.1999 en la cause P.-W. contre Commune de D., B 4/99; en allemand)

(art. 73 LPP)

En date du 24 mars 1995, P.-W. , retraité depuis le 31 juillet 1994, a agi contre son ancien employeur la Commune de D. devant le Tribunal administratif du canton de Zurich, car il estime que D. aurait dû annoncer un salaire plus élevé et par conséquent verser plus de contributions LPP. P.-W. pourrait ainsi obtenir une rente plus élevée de la caisse de pension du personnel du canton de Zurich.

Le Tribunal administratif a transmis l'affaire au Tribunal cantonal des assurances. Ce dernier a nié la légitimation passive de la Commune de D.. P.-W. a alors recouru au TFA contre ce jugement cantonal.

La notion de contestation au sens de l'article 73 LPP comprend notamment les litiges entre les ayants droits et les employeurs. Il s'agira entre autres de contestations concernant les obligations de l'employeur, le montant des cotisations déductible du salaire de l'employé et transférable à l'institution de prévoyance, les prestations pécuniaires de la part de celle-ci ou encore l'accomplissement d'actes déterminés, tels que la remise de documents, la fourniture d'explications ou la communication de renseignements.

Si l'employeur annonce à la caisse de pensions un salaire de l'employé plus élevé (art. 10 OPP 2) et s'acquitte des cotisations proportionnelles à celui-ci (art. 66 al. 2 et 3 LPP), l'assuré dispose alors d'un droit à une rente plus élevée de la part de la caisse de pensions.

Il est possible d'agir devant le Tribunal des assurances au sens de l'article 73 LPP simultanément contre l'employeur et contre la caisse de pensions. L'assuré agira contre le premier pour faire constater que celui-ci aurait dû verser plus de contributions LPP sur la base d'un salaire plus élevé. De la part de la seconde, il exigera une rente plus élevée.

C'est donc à tort que le Tribunal cantonal des assurances a nié la légitimation passive de la Commune de D. en tant qu'ancien employeur de P.-W. Le TFA a par conséquent admis le recours de P.-W.

319 Conversion de la rente d'invalidité en rente de vieillesse

(arrêt du TFA du 25.2.2000 en la cause C. contre Fondation de prévoyance en faveur du personnel de S. AG., B 23/99; en allemand)

(art. 26 al. 3 LPP)

C. recevait depuis 1988 une rente d'invalidité LPP de la Fondation de prévoyance en faveur du personnel de S. AG (ci-dessous S) d'un montant annuel de Fr. 37'268.--. En 1997, se fondant sur le règlement de prévoyance de 1988, S. a annoncé à C. que sa rente d'invalidité était remplacée par une rente de vieillesse de Fr. 8'466.-- par an depuis mars 1996 et que C. devait lui restituer Fr. 43'203.-- versés à tort. C. a recouru au Tribunal des assurances du canton de Soleure en concluant au versement

d'une rente d'invalidité à vie prévue par le règlement de 1996, d'un montant que le tribunal jugera équitable.

Le Tribunal cantonal a accordé à C. une rente de vieillesse de Fr. 10'274.-- par année à partir du 1er octobre 1997, sur la base du règlement de prévoyance de 1988. C. a recouru au TFA et demande le versement d'une rente d'invalidité annuelle d'au moins Fr. 37'268.--.

Le montant des rentes à partir du 1er avril 1996 se détermine sur la base des dispositions transitoires du règlement de prévoyance du 1er janvier 1996.

Le chiffre 6.1 de ce même règlement *stipule:*

"1. Les personnes affiliées à la caisse au 31 décembre 1995 sont soumises au présent règlement avec effet au 1er janvier 1996.

2. Les rentes actuellement versées sur la base de l'ancien règlement restent inchangées (maintien des droits acquis)."

Le chiffre 6.1.2 a pour but de protéger le bénéficiaire d'une rente en cours contre une détérioration future de sa situation. Cette disposition n'exclut cependant pas des prestations plus élevées. En outre, selon le chiffre 6.1.1, les personnes affiliées jusqu'alors sont désormais soumises au nouveau règlement. En définitive, le droit à la rente en tant que tel est régi par l'ancien règlement de 1988, tandis que la continuation du versement de la rente après le 1er janvier 1996 dépend du nouveau règlement de 1996. En l'espèce, C. a acquis son droit à une rente d'invalidité sous le régime du règlement de 1988 et conserve un tel droit, conformément au chiffre 6.1.2 du règlement de 1996. Mais comme d'après le chiffre 6.1.1 susmentionné, c'est le nouveau règlement de 1996 qui s'applique en ce qui concerne le versement de la rente après le 1er janvier 1996, C. a droit à l'octroi d'une rente d'invalidité à vie.

C. a ainsi droit à une rente annuelle d'invalidité d'au moins Fr. 37'268.-- également après l'âge de 65 ans. Le TFA admet le recours de C. et lui accorde le droit à une rente annuelle d'invalidité de Fr. 37'268.--.

320 Droit applicable à la prestation de sortie

(arrêt du TFA du 17.4.2000 en la cause G. contre Fondation de prévoyance S., B 29/99; en allemand)

(art. 27 LFLP)

G. a travaillé à la clinique S. de novembre 1991 à fin avril 1998 et était affilié à ce titre auprès de la fondation de prévoyance S. Un contrat d'assurance vie collective a été conclu avec l'assurance Z. Ce contrat est entré en vigueur le 1er janvier 1995 et remplace l'ancien contrat du 1er janvier 1992. Le 30 avril 1998, S. a remis à G. un décompte de libre passage de Fr. 26'138.30 (dont Fr. 17'531.70 pour la partie obligatoire), calculé selon l'ancien règlement de prévoyance en vigueur avant le 1er janvier 1998.

G. a ouvert action devant le Tribunal des assurances du canton de St-Gall pour obtenir le versement d'une prestation de sortie de Fr. 32'498.-- sur la base d'une attestation de l'assurance Z. Selon G., cette prestation supplémentaire devrait être ajoutée aux Fr. 26'138.30 déjà versés. Débouté par le Tribunal des assurances du canton de St-Gall, G. a recouru au TFA.

Selon l'article 27 alinéa 1 LFLP, les prestations d'entrée et de sortie sont déterminées selon le droit en vigueur au moment de l'entrée dans une institution de prévoyance ou de la sortie d'une institution. En l'espèce, la prestation de sortie doit être évaluée sur la base des dispositions légales et réglementaires en vigueur au moment où G. a quitté la fondation de prévoyance S., soit le 30 avril 1998. C'est donc sur la base du nouveau règlement de S., entré en vigueur le 1er janvier 1998, que doit être calculé le montant de la prestation de sortie. Le fait que S. soit passée du régime de la primauté des prestations à celui de

la primauté des cotisations à partir du 1er janvier 1995 n'est pas un cas donnant lieu à une prestation de sortie au sens de l'article 27 LFLP.

Il est par conséquent exclu de déterminer le montant de la prestation de sortie sur la base de l'ancien règlement antérieur au 1er janvier 1998. Le TFA admet le recours de G. Les Juges de Lucerne renvoient l'affaire au Tribunal des assurances de St-Gall pour qu'il applique le nouveau règlement de 1998, obtienne des renseignements complémentaires auprès de l'assurance Z. et rende une nouvelle décision.

321 Récusation et adaptation des rentes au renchérissement

(arrêt du TFA du 25.4.2000 en la cause N. contre Fonds de prévoyance en faveur du personnel E., B 60/99; en français).

(art. 36 al. 1 LPP)

N. est au bénéfice d'une rente d'invalidité versée par la compagnie d'assurance vie Z. auprès de laquelle le Fonds de prévoyance E. est réassuré. La rente a été indexée au coût de la vie au début de chacune des années 1991, 1992, 1993 et 1995. Dès le 1er juillet 1995, Z. a réduit le montant annuel de la rente de Fr. 18'463.80 à Fr. 16'524.-- au motif que le contrat entre E. et Z. ne prévoyait pas l'indexation de la part des rentes qui excédait le minimum obligatoire selon la LPP. N. a ouvert action devant le Tribunal vaudois des assurances pour demander une indexation de 2,6 pour cent. Débouté, N. a recouru au TFA. Il conclut principalement à l'annulation du jugement cantonal au motif d'une constitution irrégulière du tribunal, contraire aux articles 58 alinéa 1 aCst et 6 § 1 CEDH, et subsidiairement, à une indexation annuelle de la rente de 2,6 pour cent.

La garantie des articles 58 aCst et 30 nCst permet d'exiger la récusation d'un juge dont la situation ou le comportement est de nature à faire naître un doute sur son impartialité. La suspicion est légitime lorsque l'arbitre est un organe ou un employé de la caisse qui participe à la procédure comme demanderesse ou intimée, même lorsqu'il n'est pas susceptible d'être influencé ou lorsque l'administration ne tire pas avantage du rapport de dépendance dans lequel se trouve l'intéressé (ATF 115 V 264 consid. 5c). Toute participation à une association ou une société commerciale partie au procès ou directement intéressée à celui-ci au sens de l'article 22 alinéa 1 let. a OJ constitue un motif de récusation, alors même que le magistrat intéressé n'a aucun intérêt personnel en cause.

En l'espèce, X. est juge assesseur à temps partiel au Tribunal cantonal des assurances. Il est par ailleurs fondé de pouvoirs de la Société d'assurances S. Or, S. n'a aucun lien connu ni avec le réassureur Z., ni avec la Banque B. qui gère le dossier du Fonds E. Comme X. est objectivement indépendant des parties, le moyen de récusation est rejeté.

L'adaptation de 2,6 pour cent des rentes selon l'article 36 alinéa 1 LPP et l'ordonnance sur l'adaptation des rentes de survivants et d'invalidité en cours à l'évolution des prix du 16 septembre 1987 ne vaut que pour la prévoyance obligatoire (cf BPP n° 37 ch. 212 p.5). Pour la prévoyance plus étendue, il n'existe pas d'obligation légale d'adaptation des rentes au renchérissement. Les dispositions statutaires des institutions de prévoyance sont alors déterminantes.

En l'espèce, le nouveau règlement de 1990, remplaçant celui de 1986, ne prévoit plus l'adaptation des rentes d'invalidité au renchérissement. Dans le cadre de la prévoyance plus étendue, il n'existe de par la loi aucun droit acquis à l'adaptation des rentes au renchérissement. Le TFA a rejeté le recours de N.

322 Absence de choix entre la prestation de libre passage et la rente de vieillesse

(arrêt du TFA du 27.3.2000 en la cause Z. contre caisse de prévoyance A., B 35/99; en français)

(art. 1 et 2 LFLP, 13, 27 et 49 LPP)

Z., né en 1935, a résilié pour le 30 septembre 1998 son contrat de travail avec l'entreprise A. pour s'établir comme indépendant. Z. a demandé à la caisse de prévoyance A. le transfert de la prestation de libre passage à la fondation de libre passage 2e pilier de la Banque C. La caisse A. a rejeté la demande de Z, mais lui a par contre reconnu le droit à une rente de vieillesse à partir du 1er octobre 1998. Débouté en instance cantonale, Z. a recouru au TFA. L'OFAS a proposé l'admission du recours.

Le droit à la prestation de libre passage doit être nié lorsque la résiliation du rapport de travail intervient à un âge auquel l'assuré peut, en vertu du règlement de prévoyance, prétendre des prestations de vieillesse au titre de la retraite anticipée. Si le règlement donne droit à des prestations de vieillesse à partir d'une limite d'âge (inférieure à 65 ans) déjà atteinte par l'assuré lorsque les relations de travail prennent fin, la cas de prévoyance est alors donné. Dans cette hypothèse, l'assuré ne saurait se voir reconnaître la faculté de choisir entre l'octroi d'une rente de vieillesse et l'octroi d'une prestation de sortie (ATF 120 V 309 consid. 4 et les références).

La question de savoir, s'il est encore possible de soutenir, comme l'a fait la jurisprudence précitée, que la loi manquerait son but de prévoyance si l'assuré était en droit de choisir entre diverses formes de maintien de la prévoyance, alors que la LFLP en organise les modalités, apparaît pour le moins discutable.

Elle peut toutefois rester indécise dès lors que pour les raisons qui suivent le recourant n'a pas droit à une prestation de libre passage en l'espèce.

En effet, le règlement de la caisse A. fixe la limite d'âge pour le droit à la prestation de vieillesse à 60 ans révolus. Cela constitue, au regard de la LFLP également, la limite d'âge pouvant donner lieu à un cas de prévoyance (art. 2 LFLP). Comme Z., âgé de 63 ans et quelques mois lors de la cessation des relations de travail, a droit à une prestation de vieillesse, Z ne peut pas exiger une prestation de libre passage. Le TFA a rejeté le recours de Z.

323 Compétence du tribunal selon l'article 73 LPP en cas de non-versement des contributions LPP par l'employeur

(arrêt du TFA du 15.3.2000 en la cause OFAS contre X., B 36/99; en français)

(art. 73 LPP)

P. a travaillé auprès de X., mais n'a pas été annoncé auprès de l'institution de prévoyance A., où était assuré le personnel de X.. P. a agi devant le Tribunal administratif (TA) du canton de Genève en concluant à ce que X. soit condamné à lui payer les sommes LPP non versées par l'employeur. La juridiction cantonale a déclaré la demande irrecevable. L'OFAS a interjeté recours contre le jugement genevois en concluant à ce que le TA genevois soit déclaré compétent pour statuer sur la demande de P.

Selon l'article 4a alinéa 2 OPP 1, l'OFAS a qualité pour recourir.

La compétence des juridictions désignées à l'article 73 LPP est donnée lorsque le litige oppose employeur et employé et soulève une question spécifique au sens étroit ou au sens large, du droit de la prévoyance professionnelle (cf ATF 125 V 168 consid. 2, 122 V 323 consid. 2b). Une contestation entre un employeur et un ayant droit peut porter en particulier sur le versement des cotisations par l'employeur à l'institution de prévoyance (art. 66 al. 2 et 3 LPP). Dans un tel cas, ce ne sont pas les juridictions des Prud'hommes qui sont compétentes, mais le juge désigné en vertu de l'article 73 LPP,

même si la question de l'existence d'un contrat de travail doit être tranchée à titre préjudiciel (ATF 120 V 29 consid. 2). Cela ne concerne pas seulement le montant des cotisations mais aussi le principe de l'obligation de cotiser, que celle-ci découle du contrat de travail ou du droit public. Le TA du canton de Genève est donc compétent pour examiner la demande de P., de sorte que la cause lui est renvoyée.

324 Interruption du lien de connexité temporelle

(arrêt du TFA du 21.6.2000 en la cause Institution de prévoyance en faveur du personnel de T. contre P., B 19/98; en allemand)

(art. 23 LPP, 29 LAI, 88a al. 1 RAI)

L'ancienne institution de prévoyance reste tenue à prestations si l'incapacité de travail a débuté à une époque où l'assuré lui était affilié et s'il existe entre cette incapacité de travail et l'invalidité un lien de connexité à la fois matérielle et temporelle (ATF 123 V 265 consid. 1c).

Par contre, en cas d'interruption d'un tel lien, c'est la nouvelle institution de prévoyance qui sera tenue à prestations. La connexité temporelle est interrompue si la capacité de gain d'une personne jusqu'alors invalide s'est améliorée durablement dans une mesure permettant un assujettissement à l'assurance obligatoire LPP (ATF 118 V 166 c. 4e). Une amélioration n'est pas durable du seul fait qu'elle a duré trois mois sans interruption notable. *Le délai de trois mois de l'article 88a alinéa 1 RAI ne doit pas être appliqué schématiquement* (ATF 118 V 167 c. 4e, ATF 123 V 267 c. 2c). Il ne saurait en particulier y avoir de rétablissement de la capacité de gain de l'assuré lorsque la tentative de réinsertion professionnelle de celui-ci, d'une durée même supérieure à trois mois, est essentiellement motivée par des considérations d'ordre social et qu'il apparaît improbable qu'elle aboutisse à une véritable réadaptation (ATF 120 V 118 c. 2c).

En l'espèce, l'assuré P. souffre de maux de dos depuis 1981. Il a travaillé dans l'entreprise de construction automobile C. du 1er mars 1990 au 30 septembre 1991. P. a ensuite été en incapacité de travail totale à partir du 9 septembre 1991 à cause de ses douleurs dorsales. Mais plus tard, le médecin traitant de P. a constaté la pleine capacité de travail de celui-ci dès le 2 décembre 1991. P. a également été reconnu apte au placement par l'assurance-chômage du 1er janvier au 28 février 1992. Après quoi, P. a travaillé pour l'entreprise de transports T. dès 1er mars 1992 jusqu'au 7 juillet 1992, où il a soudain éprouvé de vives douleurs de dos lors du montage du plancher d'un camion. Il est depuis lors dans l'incapacité totale de travailler. P. a été mis au bénéfice d'une rente entière de l'assurance-invalidité à partir du 1er juillet 1993. Il a ainsi été en pleine capacité de travail pendant six mois avant le 7 juillet 1992. Le lien de connexité temporelle est par conséquent interrompu, de sorte que l'institution de prévoyance en faveur du personnel de T. doit verser à P. une rente entière d'invalidité dès le 8 juillet 1992.

325 Liquidation partielle; répartition des fonds libres

(arrêt du 18.5.2000 de la Commission fédérale de recours en matière de prévoyance professionnelle en la cause H. et B. contre X.; en français)

(art. 23 LFLP)

Le ***plan de liquidation partielle*** arrêté par le conseil de la Caisse de pensions du personnel de Y. et approuvé par le Service de surveillance des fondations et des institutions de prévoyance du canton de X. (SSF) ***comporte les modalités suivantes***:

a. *Les dates de référence sont, pour la définition du cercle des bénéficiaires, le 1er janvier 1995, et, pour le montant de la fortune libre à répartir, le 1er janvier 1996.*

b. *La fortune libre disponible au 1er janvier 1996, telle qu'elle a été déterminée par l'expert agréé, se monte à Fr. 12'000'243.34.*

c. *Le montant à répartir se chiffre à 75 % du montant susmentionné, soit à Fr. 9'000'000.--.*

d. *Les bénéficiaires sont répartis en trois catégories, 80 %, soit Fr. 7'200'000.-- vont aux assurés actifs présents dans l'entreprise au 1er janvier 1995, 10 %, soit Fr. 900'000.-- vont aux assurés actifs sortis dans le courant de l'année 1995 et 10 %, soit Fr. 900'000.-- vont aux pensionnés à la date du 1er janvier 1995.*

e. *Le montant maximum des prestations individuelles est limité à Fr. 150'000.--.* H. et B. contestent la répartition des bénéficiaires en trois catégories et la limite d'attribution individuelle de Fr. 150'000.--.

Le principe de l'égalité de traitement consiste à traiter de manière identique ce qui est semblable et de manière différente ce qui est dissemblable (ATF 118 Ia 1). En l'espèce, ce principe a été violé. Les assurés partis durant l'année 1995 doivent être traités de la même manière que les assurés présents du 1er janvier 1995 au 31 décembre 1995. La répartition entre les actifs doit par conséquent s'effectuer selon l'effectif global au 1er janvier 1995. Il faut donc modifier en conséquence le plan de liquidation partielle du 31 août 1998 (lettre d).

En ce qui concerne le montant maximum de FR. 150'000.--, il est déterminant de comparer le plan de répartition plafonné avec le plan de répartition sans limitation. Sans limitation, 11 bénéficiaires sur 273 reçoivent à eux seuls 48.8 % des fonds disponibles.

De plus, sur les 11 cas répertoriés par le SSF, seuls 3 assurés ont été amenés à un changement d'emploi en 1995 ou 1996 à la suite du rachat d'Y. par le groupe Z., les 8 autres étant restés au sein de l'entreprise et de la caisse. En outre, la caisse a appliqué le système de la primauté des prestations jusqu'au 31 décembre 1995, qui se caractérise par sa forte solidarité des jeunes assurés envers les plus âgés.

Il faut également relever que la clé de répartition retenue par le conseil de fondation - soit: durée x (salaire + réserve mathématique) - favorise nettement les assurés les plus anciens aux salaires assurés élevés par rapport aux jeunes assurés à faible revenu. La limitation à Fr. 150'000.-- vise à répartir les fonds disponibles de manière plus homogène entre les bénéficiaires potentiels. Elle n'est donc ni arbitraire, ni contraire au principe de la proportionnalité.

326 Cession du droit aux prestations; compétence du juge de l'article 73 LPP; qualité pour recourir; moment où les prestations deviennent exigibles

(arrêt du TFA du 14.6.2000 en la cause Fondation collective Z. contre X. et Y., B 2+3/99; en français)

(art. 26, 39 et 73 LPP, 29 LAI, 331b CO)

Les autorités juridictionnelles de l'article 73 alinéa 1 LPP sont compétentes pour connaître du litige portant sur la validité d'une cession du droit à des prestations LPP (en l'espèce une rente d'invalidité) au regard des articles 39 alinéa 1 LPP et 331b CO (ATF 122 V 323 consid. 2).

La Fondation collective Z. a qualité pour recourir au TFA, car X. a agi avec succès en instance cantonale pour faire constater la nullité de la cession et pour faire condamner Z. au versement de prestations d'invalidité. La banque Y., cessionnaire des droits prétendus de l'assuré X., peut également intervenir dans la procédure fédérale en qualité d'intéressée au sens de l'article 110 alinéa 1 OJ en relation avec l'article 132 OJ.

Dans le régime obligatoire, le droit à la rente d'invalidité ne peut naître, et donc être valablement cédé, avant la naissance du droit à la rente de l'AI, c'est-à-dire avant l'échéance de la période de carence d'une année fixée à l'article 29 alinéa 1 let. b LAI en corrélation avec l'article 26 LPP (ATF 123 V 207 consid. 2). Tant que la décision de l'AI concernant le droit de l'assuré à une rente n'a pas été rendue, le

droit de celui-ci à une rente d'invalidité LPP n'existe qu'à titre virtuel. En l'espèce, comme la Fondation collective Z. avait accepté d'allouer - à bien plaire et sous réserve de restitution - une rente à X. avant la décision de l'AI, la rente LPP n'était pas encore exigible lors de la cession de créance par X. en faveur de la banque. Cette cession était donc nulle.

327 Surindemnisation et activité indépendante sans la survenance de l'invalidité

(arrêt du TFA du 24.5.2000 en la cause S. contre Fondation de prévoyance P., B 12/98; en allemand)

(art. 34 al. 2 LPP, 24 et 25 OPP2)

Suite à un accident le 18 mai 1992, l'assuré S, né en 1965, reçoit une rente entière d'invalidité de la CNA et de l'AI. La Fondation de prévoyance P. refuse de lui verser une rente d'invalidité LPP, car la limite de 90 % de l'article 24 alinéa 1 OPP 2 serait déjà atteinte. P s'est basée sur le salaire annuel de Fr. 52'000.-- de S. comme chauffeur pour l'entreprise G. juste avant l'accident. S. estime qu'il faudrait prendre en considération le revenu qu'il aurait pu réaliser comme indépendant dans l'installation d'échafaudages s'il n'était pas devenu invalide.

Le revenu hypothétique que l'assuré aurait acquis comme indépendant peut aussi constituer un "gain annuel dont on peut présumer que l'intéressé est privé" (arrêt B 6/98 du 28 avril 2000 en la cause J., consid. 5).

Le TFA renvoie l'affaire au Tribunal cantonal des assurances pour déterminer si S. aurait pu travailler comme indépendant s'il n'était pas devenu invalide. C'est à l'instance cantonale de régler la procédure probatoire et d'apprécier les preuves fournies. Si le tribunal cantonal retient avec une vraisemblance prépondérante que l'assuré aurait continué à travailler comme employé, il faudra déterminer d'après les caractéristiques personnelles de celui-ci (âge, formation, cursus professionnel, etc.) quel salaire il aurait gagné comme chauffeur ou dans une autre profession adaptée à sa formation.

En l'espèce, il existe un certain nombre d'indices permettant de retenir que l'assuré S. n'aurait pas continué à travailler comme chauffeur après l'accident du 18 mai 1992. En effet, le jeune S. ne travaillait comme chauffeur chez G. que depuis le 4 mai 1992. Par contre, il a travaillé relativement longtemps comme monteur d'échafaudages de février 1988 à octobre 1991 avec un salaire mensuel de Fr. 5'715.--. Dans ces circonstances, il est probable que, sans la survenance de l'accident, S. aurait travaillé comme employé, avec un salaire déterminable sur la base de l'enquête de l'Office de la statistique sur la structure des salaires en Suisse.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 51

305 Surindemnisation

(Référence à l'arrêt du 19.1.2000 en la cause D. R., B 20/99; arrêt rendu en français)

(Art. 24 OPP 2)

Résumé des faits

Le recourant, qui est au bénéfice d'une rente d'invalidité de l'assurance-accidents, prétend à une rente d'invalidité LPP. La caisse de pension refuse d'allouer cette prestation au motif que le versement de celle-ci conduirait à une surindemnisation.

En droit

Le règlement de la caisse prévoit que si le décès ou l'invalidité résulte d'un événement donnant droit à des prestations de l'assurance-accidents ou de l'assurance militaire, la caisse réduit ses prestations de manière à ce qu'il n'en résulte aucune surindemnisation.

Le recourant fait valoir que la limite de surindemnisation de 90 % inscrite à l'art. 24, al. 1, OPP 2 ne lui est pas applicable, faute d'être fixée dans le règlement. Il allègue que la caisse aurait dû prévoir expressément une disposition réglementaire relative d'une part au principe de la réduction des prestations d'invalidité et d'autre part à la fixation du plafond de 90 %. Citant l'art. 24, al. 1, OPP 2, il est d'avis que si le Conseil fédéral avait voulu que la réduction s'applique indépendamment d'une norme réglementaire de l'institution de prévoyance, il aurait dit : «Les prestations d'invalidité et de survivants sont réduites dans la mesure…».

De l'avis du TFA, ce raisonnement n'est pas pertinent. En effet, selon la jurisprudence, ce qui importe au regard des exigences minimales de la LPP (art. 6 LPP), c'est que l'assuré reçoive, pour la prévoyance obligatoire, une rente qui ne puisse être réduite que dans les limites et aux conditions de l'art. 24 OPP 2. La limite de 90 % inscrite à l'al. 1 de cette disposition est une exigence minimale, qui s'impose à la caisse de pension. Le libellé du règlement n'est donc pas déterminant en ce qui concerne la surindemnisation dans la prévoyance obligatoire.

Le TFA rappelle également quelques principes concernant la notion et la détermination du «gain annuel dont on peut présumer que l'intéressé est privé». Ce gain consiste dans le salaire hypothétique que l'assuré réaliserait sans invalidité au moment où s'effectue le calcul de la surindemnisation. Cela peut conduire, après la fixation de la rente, à une modification du calcul de la surindemnisation, si l'on peut admettre, concrètement, que le montant de ce revenu hypothétique se serait modifié de manière importante, c.-à-d. de 10 % au moins (ATF 125 V 164 consid. 3b et les références). Ce système se distingue clairement de celui qui prévaut en matière de rentes complémentaires d'invalidité selon l'art. 20, al. 2, LAA, où la limite de la surindemnisation, en cas de concours entre une rente de l'AI et une rente de l'assurance-accidents, correspond à 90 % du gain assuré, soit, en principe, du salaire que l'assuré a gagné dans l'année qui a précédé l'accident (ATF 122 V 155 consid. 3c).

Le TFA rejette en outre l'argumentation du recourant selon laquelle il y a lieu de calculer le gain dont on peut présumer qu'il est privé en se fondant sur le salaire médian figurant dans l'enquête suisse sur la structure des salaires. Une telle manière de procéder irait à l'encontre des principes développés par la jurisprudence dans le cadre de l'art. 24 OPP 2 (ATF 123 V 94 consid. 4a et 210 consid. 5c in fine), où il n'est question, pour ce qui est du revenu provenant d'une activité lucrative (art. 24, al. 2, dernière phrase, OPP 2), que des revenus effectifs.

306 Indemnité de dépens et compétence du Tribunal fédéral des assurances

(Référence à l'arrêt du TFA du 3.4.2000 en la cause L. contre Fondation de prévoyance du personnel de X. AG et Tribunal administratif du canton de Berne; arrêt rendu en allemand; changement de jurisprudence)

(73 al. 2 LPP, 97ss., 128 et 159 al. 2 OJ)

Résumé des faits

L'assurée L. a ouvert action contre la Fondation de prévoyance du personnel de X. AG (ci-dessous X.) pour exiger le versement de ses prestations de prévoyance à concurrence de Fr. 95'622.40. Le Tribunal administratif du canton de Berne a refusé d'entrer en matière pour cause d'incompétence matérielle et a condamné la demanderesse à verser à X. une indemnité à titre de dépens de Fr. 14'750.15. L. a interjeté un recours de droit public au Tribunal fédéral contre la décision du tribunal cantonal en tant qu'elle la condamne aux dépens. Après un double échange de vues entre le Tribunal fédéral et le Tribunal fédéral des assurances, ce dernier s'est déclaré compétent et a traité le recours de droit public comme un recours de droit administratif.

En droit

Selon la jurisprudence actuelle, l'indemnité de dépens allouée par les tribunaux cantonaux est une question de droit cantonal de procédure que le TFA n'examine pas, étant donné que le droit fédéral n'en prévoit pas expressément (ATF 124 V 286 c. 2 avec renvois, ATF 112 V 111). Jusqu'à présent, le TFA a déclaré en principe irrecevable les recours de droit administratif contre les décisions fondées sur le droit cantonal de procédure, notamment celles relatives aux dépens (ATF 112 V 111).

Exceptionnellement, le recours de droit administratif était ouvert, lorsqu'une décision de non-entrée en matière basée sur le droit cantonal violait le droit fédéral ou empêchait l'application du droit matériel fédéral (ATF 120 Ib 382 c. 1b , 114 V 205 c. 1a, 112 V 112) ou encore lorsque le droit cantonal avait été appliqué à tort en lieu et place du droit fédéral (ATF 109 V 232).

Toujours d'après cette jurisprudence constante, le TFA n' examinait la question de l'indemnité de procédure et des dépens que si le recours de droit administratif portait également sur le fond. Par contre, seule la voie du recours de droit public au Tribunal fédéral était ouverte en ce qui concerne le droit cantonal de procédure en tant que tel, sans relation avec des aspects de droit matériel (ATF 123 II 361 c. 1 a/aa, 122 II 274 c. 1b/aa, 277 c. 1b/aa et bb et 278 c. 1b/bb et ATF 123 I 275 c.2; voir aussi SZS 1987 p.209 et 1997 p.408).

Mais la jurisprudence susmentionnée a abouti à un "splitting" ("Gabelung") des voies de droit incompatible avec les principes de l'unité, de la gratuité et de la simplicité de la procédure (cf art. 85 al. 2 LAVS, 103 al. 4 LACI, 73 al. 2 LPP; voir aussi ATF 125 V 341 c. 3a, 123 V 114 c. 3, 122 II 277 c. 1b/aa).

Il se justifie par conséquent de modifier la jurisprudence dans le sens suivant: des normes susmentionnées aménageant la procédure cantonale en matière d'assurances sociales, ainsi que du principe de l'unité de la matière et de la procédure, il résulte que l'objet litigieux de la procédure (en l'espèce l'indemnité de dépens) fait partie du droit public fédéral, même s'il s'agit d'une contestation de pur droit cantonal de procédure. Le droit régissant l'objet litigieux au fond détermine aussi la compétence matérielle. Cet élargissement de la compétence du TFA vaut aussi lorsqu'il s'agit uniquement de la contestation d'une décision (incidente) de pur droit cantonal de procédure et cela, indépendamment d'un éventuel recours sur le fond. Il existe donc une base décisionnelle de droit fédéral lorsque l'objet litigieux sur le plan du droit matériel - et sur lequel se fonde la procédure - fait partie du droit fédéral de la sécurité sociale.

En condamnant L. à verser une indemnité de dépens à l'institution de prévoyance X., le tribunal cantonal a violé le droit fédéral qui garantit la gratuité de la procédure à l'art. 73 al. 2 LPP. Ce n'est que si la partie agit avec témérité ou légèreté que des frais de procédure peuvent être mis à la charge de celle-ci. Ce principe vaut pour l'ensemble des assurances sociales, y compris la prévoyance professionnelle et l'assurance-chômage (cf art. 85 al. 2 lettre a LAVS, 103 al. 4 LACI, 108 al. 1 lettre a LAA, 87 lettre a LAMal, 106 al. 2 LAM, 73 al. 2 LPP).

L'art. 159 al. 2 OJ stipule que dans les procédures de recours et d'action de droit administratif, aucune indemnité n'est allouée, en règle générale, aux autorités qui obtiennent gain de cause et aux organismes chargés de tâches de droit public. Cette règle s'impose aussi aux institutions et aux assureurs actifs dans la prévoyance professionnelle (ATF 118 V 169 c. 7, 117 V 349 c. 8).

Le principe de la gratuité de la procédure en matière d'assurances sociales vise à éviter que l'assuré, partie socialement faible, renonce à faire valoir ses droits par crainte de devoir payer une indemnité de dépens à l'assureur qui obtiendrait gain de cause. A plus forte raison, l'instance inférieure ne saurait violer le principe de la gratuité en condamnant une partie à verser à l'autre une indemnité de dépens. Le principe de l'art. 159 al. 2 OJ s'applique aussi en procédure de première instance dans le domaine de la prévoyance professionnelle.

En l'espèce, L. n'a pas agi à la légère ou de façon téméraire, car il était difficile de faire la distinction entre les différentes procédures en matière de droit civil, de prévoyance professionnelle (73 LPP) et de surveillance (74 LPP).

307 Principe procédural de la maxime d'office

(Référence à l'arrêt du du 21 janvier 2000 en la cause M. S. D., B 40/99; arrêt rendu en allemand)

(art. 73 al. 2 LPP; statuts de la caisse de pension et dispositions des conditions générales).

Le principe procédural de la maxime d'office qui a également cours en matière d'assurances sociales inclut l'application d'office du droit. Cela vaut aussi pour l'interprétation d'un contrat de prévoyance qui, en tant que contrat innommé, est régi par les dispositions figurant dans les conditions générales.

Cela signifie concrètement qu'une réserve figurant dans un règlement constitue en soi une formulation préalable du contenu du contrat de prévoyance et doit donc se comprendre et s'interpréter comme un élément des conditions générales du contrat.

La caisse a formé recours de droit administratif *en concluant entre autres à la conformité au droit d' une réserve formulée dans une lettre de mai 1985 et* portant *exclusion de toutes prestations futures en raisons de lésions oculaires pré existantes.* Les premiers juges ont confirmé cette manière de voir; ils ont toutefois été de l'avis qu'une rente devait être allouée sans réserve à la recourante du fait que son invalidité partielle était imputable à d'autres affections que les douleurs oculaires alléguées. La caisse soutien en revanche que les lésions oculaires en question constituent l'unique cause de l'incapacité partielle de travail. Préjudiciellement, *l'assurée conteste la validité de la réserve en tant que telle.*

Le TFA constate d'abord que les statuts de janvier 1982 ne prévoient nullement la possibilité d'une réserve. Au demeurant, une telle réserve ne peut se déduire d'autres dispositions des statuts, à la faveur du principe "a maiore minus" par exemple.

Il estime ensuite, contrairement à l'avis des premiers juges, qu'une réserve n'a pas été formulée de manière juridiquement valable par un avenant au contrat de prévoyance. En matière de prévoyance professionnelle facultative - dont il est question ici - le rapport de droit repose sur un contrat de prévoyance qui, en tant que contrat innommé, est également régi par les dispositions générales du droit des obligations. Le règlement doit par conséquent être considéré comme un élément des conditions générales du contrat de prévoyance. La communication du mois de mai 1985, à laquelle il est fait allusion plus haut, faisait état d'une augmentation du salaire assuré à laquelle correspondait une augmentation de la rente annuelle. La réserve, portée au verso de la lettre, tenait en quatre lignes dactylographiées; une signature ne figurait qu'au recto; au surplus, la lettre en question tenait également lieu de certificat d'assurance. Aussi ne peut-on reprocher dans un tel cas à l'assurée de ne pas avoir répondu à l'envoi précité.

Etant donné que la réserve d'assurance était en soi déjà non avenue ainsi que cela ressort de ce qui précède, le TFA ne s'est pas prononcé sur la question de savoir à quel genre d'affections l'invalidité de l'assurée était due.

308 Quand peut-on renoncer à une liquidation partielle?

Décision de la Commission fédérale de recours du 20 août 1999 en la cause L.B. et consorts contre Département de justice du canton de Bâle-Ville

Dans cette affaire se posait la question de savoir dans quels cas il était possible de renoncer à une liquidation partielle. La Commission fédérale de recours a laissé ouverte la question de savoir si l'on peut renoncer à une liquidation partielle lorsque les fonds libres de l'institution de prévoyance atteignent au moins 10 % du capital de couverture.

Il ne peut être répondu de manière générale à cette question. En effet, de l'avis de la Commission fédérale de recours, une réserve de 10 % du capital de couverture peut s'avérer soit insuffisante, soit disproportionnée. Il incombe par conséquent à l'expert en matière de prévoyance professionnelle d'établir que, dans le cas d'espèce, il existe des réserves suffisantes pour procurer des fonds libres aux destinataires en plus de leurs prestations de sortie.

Même si - comme dans la présente affaire - les fonds libres atteignent les 5 % et que l'institution de prévoyance est complètement réassurée, l'expert doit quand même se prononcer, en ce qui concerne cet aspect, sur l'intérêt au maintien de l'institution de prévoyance et, le cas échéant, inviter l'autorité de surveillance à renoncer à la liquidation.

L'expert doit en outre tenir compte de ce qui suit:

Selon l'art. 65 al. 1 LPP, les institutions de prévoyance doivent offrir en tout temps la garantie qu'elles peuvent remplir leurs engagements. D'après l'alinéa second de ce même article, elles régleront leur système de cotisations et leur financement de telle manière que les prestations prévues par la LPP puissent être fournies dès qu'elles sont exigibles. Le principe de la sécurité financière qui découle de ces dispositions vaut tant pour la prévoyance obligatoire que celle plus étendue. Le maintien durable de l'institution de prévoyance grâce à des structures financières solides nécessite en général l'existence de réserves suffisantes qui ne soient pas affectées à la couverture des prestations réglementaires en cas de liquidation partielle. Ce principe s'impose à plus forte raison en cas de future liquidation partielle ou totale, où la fortune de l'institution de prévoyance retombera dans la masse des actifs à réaliser et sera ainsi soumise à des fluctuations de valeur.

En vertu de l'art. 62 LPP, l'autorité de surveillance doit s'assurer que l'institution de prévoyance respecte les dispositions légales et statutaires. D'après l'art. 84 al. 2 CC, elle doit aussi pourvoir à ce que les biens des fondations soient employés conformément à leur destination. Il est également du devoir de l'autorité de surveillance de protéger les destinataires contre des décisions arbitraires du conseil de fondation, y compris dans les cas où ceux-ci ne disposent pas de prétentions proprement juridiques contre la fondation. C'est pourquoi, il se justifie de conférer un certain pouvoir d'appréciation à l'autorité de surveillance lorsqu'il s'agit d'approuver une éventuelle liquidation partielle, cela même en l'absence de réglementation particulière à ce sujet. Elle doit interdire de procéder à la liquidation partielle lorsque celle-ci risquerait de mettre en péril l'existence de la fondation de prévoyance. L'autorité de surveillance doit se fonder sur les conclusions de l'expert en matière de prévoyance professionnelle. Elle ne pourra s'écarter de l'expertise que si elle constate que l'état de faits de celle-ci est inexact ou lacunaire ou encore si l'expertise est contradictoire ou réfutée par une surexpertise.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 49

294 Contentieux

(Référence à l'arrêt du 18.6.99 en la cause A. B., B 5/99; arrêt rendu en français)

(Art. 73 LPP)

Un litige opposant un travailleur à son ancien employeur - sans mise en cause d'une institution de prévoyance faute d'affiliation - et concernant le versement des cotisations par l'employeur porte sur une question spécifique à la prévoyance professionnelle au sens large. Il relève donc des juridictions désignées par l'art. 73 LPP.

295 Prestations de survivants et d'invalidité - coordination avec l'assurance-accidents

(Référence à l'arrêt du 26.5.99 en la cause A. M., B 29/98; arrêt rendu en français)

(Art. 34, al. 2, et 49, al. 2, LPP)

En matière de prévoyance plus étendue, les institutions de prévoyance restent libres d'exclure dans leurs statuts (art. 49, al. 2, LPP) le versement de prestations de survivants ou d'invalidité lorsque l'assurance-accidents ou l'assurance militaire est mise à contribution pour le même cas d'assurance. Elles peuvent aussi prévoir le versement de prestations limitées à la part de l'invalidité qui est due à un état maladif, lorsque l'invalidité a également une origine accidentelle (cf. ATF 123 V 208 consid. 4bb et 116 V 197 consid. 4).

296 Surindemnisation - adaptation de la limite de surassurance au revenu hypothétique

(Référence à l'arrêt du 17.5.99 en la cause M. S. D., B 46/98; arrêt rendu en français)

(Art. 24 et 25 OPP 2)

Dans la présente affaire, la recourante soutient que la limite de la surindemnisation - et donc le montant de la rente d'invalidité - doit être adaptée en fonction de l'évolution du salaire qu'elle aurait obtenu ultérieurement, si elle n'était pas invalide.

Les premiers juges ont estimé quant à eux qu'il n'y avait pas lieu d'opérer un nouveau calcul de la surindemnisation. A leur avis, l'assuré ne peut pas exiger une modification de son droit à la rente car les institutions de prévoyance ont la possibilité - mais pas l'obligation - d'adapter le montant des prestations d'invalidité en fonction des circonstances. Ils invoquent à cet égard l'art. 24, al. 5, OPP 2 et considèrent que cette disposition, en tant que norme potestative, ne permet pas d'imposer à l'institution de prévoyance d'adapter ses prestations.

Le TFA réfute ce raisonnement, cela pour les motifs suivants.

Par "gain assuré dont on peut présumer que l'intéressé est privé" (art. 24, al. 1, OPP 2), il faut entendre le salaire hypothétique que l'assuré réaliserait sans l'invalidité. Cela peut conduire, après la fixation de la rente, à une modification du calcul de la surindemnisation, si l'on peut admettre, concrètement, que ce revenu hypothétique se serait modifié de manière importante (ATF 123 V 209 consid. 5b; 122 V 154 consid. 3c). D'après la jurisprudence, il y a une modification importante s'il en résulte une adaptation des prestations de 10 % au moins (ATF 123 V 201 consid. 5d, 211 consid. 6c/bb). Contrairement à l'opinion des juges cantonaux, l'adaptation des prestations n'est pas laissée à la libre appréciation de l'institution de prévoyance. Dans la mesure où les bases de calcul de la surindemnisation, dont fait partie le revenu hypothétique réalisable sans invalidité, se modifient après la fixation de la rente, l'institution de prévoyance est tenue d'opérer un nouveau calcul (Bernard Viret, La surindemnisation dans la prévoyance professionnelle, SVZ 1999 p. 24; Erich Peter, Das allgemeine Überentschädigungsverbot- Gedanken zu BGE 123 V 99 ff., RSAS 1998 p. 161 sv.; Isabelle Vetter-Schreiber, Klärung des Begriffs des "mutmasslich entgangenen Verdienstes", Schweizer Personalvorsorge 1997, p. 631). En fait, l'obligation d'adaptation ne découle pas tant de l'art. 24, al. 5, OPP 2 que des principes généraux sur la surindemnisation en présence d'une règle de coordination semblable à celle de l'art. 24, al.1, OPP 2 (cf. à ce propos ATF 122 V 154 consid. 3c; cf. aussi Peter, Die Koordination von Invalidenrenten, thèse Fribourg 1997, pp. 339 ss).

297 Surindemnisation - adaptation à l'évolution des prix

(Référence à l'arrêt du 12.11.99 en la cause M. V., B 56/98; arrêt rendu en français)

(Art. 34, al. 2, 49, al. 2, LPP, 24 OPP 2 et 20, al. 2, CO; art. 36 LPP)

En matière de prévoyance plus étendue, les institutions de prévoyance restent libres de régler la coordination avec d'autres assurances d'une manière différente de celle prévue à l'art. 24 OPP 2. Si une disposition statutaire est plus restrictive, en ce qui concerne la limite de la surindemnisation, que la

règle de l'art. 24, al. 1, OPP 2, cette disposition s'applique seulement à la prévoyance plus étendue. A cet égard, on peut faire application, ou du moins s'inspirer, de l'art. 20, al. 2, CO.

En cas de surindemnisation excluant le versement d'une rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle, le droit à cette rente n'est pas inexistant ou supprimé, même temporairement, mais il est simplement différé. Il en résulte que pour fixer le montant de la rente au moment où disparaît - en tout ou partie - la surindemnisation, il faut tenir compte de toutes les adaptations intervenues au cours de la période durant laquelle le versement a été différé.

298 Réticence dans la prévoyance plus étendue

(Référence à l'arrêt du 6.10.99 en la cause A. P. A., B 62/98; arrêt rendu en français)

(Art. 4 et 6 LCA)

La personne qui tait la prise régulière de médicaments alors que l'une des questions qui lui sont posées en vue de son affiliation à une caisse de pensions porte précisément sur ce point commet une réticence; cela d'autant plus si, comme c'est le cas en l'espèce, elle répond par l'affirmative à la question "Etes-vous actuellement en bonne santé.." alors qu'elle se rend à réitérées reprises chez un médecin.

299 Compétence des tribunaux selon l'art. 73 LPP dans un litige opposant employeur et employé quant au paiement des cotisations LPP

(Référence aux arrêts du 25 janvier 2000 dans les causes L. D. et A. Z. contre OFAS, B 37/99 et J. M. et HCM contre OFAS, B 34/99, arrêts rendus en français)

(Art. 73 LPP)

Les deux arrêts en question se réfèrent à des litiges portant sur le paiement de cotisations à la prévoyance professionnelle. Dans ces deux cas, le tribunal cantonal compétent au sens de l'art. 73 LPP a été saisi mais a décliné sa compétence, au motif que ces questions ressortissaient au juge civil.

Saisi d'un recours de droit administratif par l'OFAS, le Tribunal fédéral des assurances a admis que l'art. 73 constitue une réglementation spéciale dérogeant à l'OJ. La compétence des autorités visées par l'art. 73 est définie quant à la nature du litige : contestation portant sur des questions de la prévoyance professionnelle au sens étroit ou au sens large. Partant, les litiges concernent les prestations d'assurance, les prestations de libre passage et les cotisations. En revanche, dit le TFA "les voies de droit de l'art. 73 ne sont pas ouvertes lorsque la contestation a un fondement juridique autre que le droit de la prévoyance, même si elle devait avoir des effets relevant du droit de ladite prévoyance (ATF 125 V 168 cons. 2; 122 V 323 cons. 2b et les références)".

300 Limitation à l'obligation de renseigner des caisses de pensions à l'égard des autorités fiscales fédérale et cantonales

Une caisse de pensions où sont assurés des fonctionnaires n'a pas l'obligation d'informer les autorités fiscales fédérales et cantonales de l'adresse de paiement des rentes d'invalidité d'un de ses affiliés

(Jugement de la Commission fédérale de la prévoyance professionnelle du 18 janvier 2000; CRLPP 522/98)

(art. 86 LPP; art. 1 al. 1 let. d OSRPP et art. 112 LIFD)

L'autorité fiscale exigea d'une caisse de pensions assurant des fonctionnaires la communication de renseignements concernant l'adresse de paiement (numéro de compte et lien bancaire) des rentes d'invalidité d'un affilié, ce dernier étant soupçonné d'avoir commis une fraude fiscale. L'assuré n'a pas mentionné dans sa déclaration d'impôt les rentes versées par sa caisse de pensions. Celle-ci n'a pas donné suite à la requête de l'autorité fiscale. La Commission fédérale de recours LPP a estimé qu'une

caisse de pensions où sont assurés des fonctionnaires n'est pas tenue de fournir des renseignements aux autorités fiscales fédérales et cantonales sur l'adresse du versement des rentes d'invalidité d'un assuré.

La Commission fédérale de recours motive de la manière suivante son jugement:

L'obligation du maintien du secret, conformément à l'article 86 LPP, est levée à l'égard des autorités fiscales fédérales et cantonales pour ce qui est des versements de prestations de la prévoyance professionnelle, en vertu de l'article 1, 1er alinéa, lettre d, de l'ordonnance sur les exceptions à l'obligation de garder le secret dans la prévoyance professionnelle et sur l'obligation de renseigner incombant aux organes de l'AVS/AI (OSRPP), que dans la mesure où aucun intérêt digne de protection de l'assuré, d'autres destinataires ou de l'employeur ne s'y oppose. Une atteinte à l'obligation de garder le secret est lourdement sanctionnée selon l'article 76 alinéas 4 et 6 LPP, et c'est la raison pour laquelle les exceptions à ce principe doivent être clairement définies. Il n'est pas contesté qu'une institution de prévoyance doit informer les autorités fiscales des prestations versées. En revanche, ni la loi ni l'ordonnance ne mentionne l'obligation de communiquer l'adresse du versement des prestations. Même sans ces informations, les autorités fiscales ont toujours la possibilité d'appliquer correctement et à bon escient la législation fiscale, car ces dernières, en tant qu'autorité de taxation, peuvent obtenir tous les renseignements nécessaires quant au montant des rentes auprès de l'institution de prévoyance concernée. Sous cet aspect, il n'y a donc aucune raison de privilégier l'une des parties au détriment de l'autre.

L'article 112 de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (LIFD) ne permet de communiquer aux autorités fiscales compétentes que ce qui est nécessaire à l'application de cette loi. L'autorité fiscale est tout-à-fait apte à prendre une décision sur la base des renseignements concernant le montant des rentes fournis par l'institution de prévoyance et, sitôt celle-ci entrée en force, imposer les mesures légales adéquates en vue de faire valoir ses droits auprès du contribuable. C'est pourquoi, les indications sur l'adresse des versements de rentes ne sont pas indispensables à l'application de la loi au sens de l'article 112 LIFD.

La Commission fédérale de recours constate en outre que dans le cadre de la prévoyance professionnelle, la LPP,-en particulier l'article 86 LPP et sa disposition d'application, l'article 1, 1er alinéa, lettre d, OSRPP-, doit être considérée comme une lex specialis au regard de la LIFD. Elle met également en exergue que l'article 86 LPP, qui prescrit le principe du maintien du secret dans la prévoyance professionnelle, n'a pas été touché lors des modifications de la législation fiscale (art. 50 al.1 bis LAVS en relation avec la LIFD). Par ailleurs, dans le même sens, le Conseil fédéral n'a pas non plus procédé à des modifications de l'ordonnance d'application concernant l'article 1 alinéa 1 lettre d OSRPP.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 48

286 Liquidation partielle

(Référence au jugement de la Commission fédérale de recours en matière de prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 20.11.98 en la cause Fondation de bienfaisance en faveur du personnel de X c. Autorité de surveillance de Y., CRLPP 508/97; jugement rendu en français)

(Art. 23 LFLP)

Résumé des faits

La Fondation de bienfaisance en faveur du personnel de l'entreprise X (ci-après : la fondation) a pour but l'allocation de secours ou de contributions aux travailleurs eux-mêmes (en cas de vieillesse, maladie, accident, invalidité, service militaire ou chômage) ou aux membres de leur famille (par exemple

en cas de maladie, d'accidents ou d'invalidité de ceux-ci ou de décès du travailleur). Elle ne recueille pas les primes dues en vertu de la LPP et n'est pas enregistrée conformément à l'art. 49 de ladite loi. Depuis l'entrée en vigueur de la LPP en 1985, la fondation est gelée et les membres n'y cotisent plus.

Entre 1991 et 1996, l'entreprise X a dû subir des mesures de restructuration, lesquelles ont notamment entraîné une baisse de l'effectif du personnel. Aussi, par décision du 10 juin 1997, l'autorité de surveillance compétente a-t-elle constaté qu'il convenait de procéder à une liquidation partielle. La fondation a formé opposition, faisant valoir en particulier qu'au vu de l'ensemble des éléments devant être pris en compte, soit la situation économique générale de la branche, l'évolution de l'effectif, l'origine des réserves et l'utilisation de ces dernières, il ne se justifiait pas d'opérer une liquidation partielle.

Par décision sur opposition du 11 août 1997, l'autorité de surveillance a rejeté l'opposition. La fondation a recouru contre cette décision; en résumé, elle conteste le fait qu'une réduction de 10 % de l'effectif du personnel constitue une réduction considérable au sens de la loi, réduction devant donner lieu à une liquidation partielle.

En droit

La Commission fédérale de recours en matière de prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité a d'abord constaté que la LFLP était applicable au cas d'espèce. Cette loi régit en effet toutes les institutions de prévoyance, enregistrées ou non, de droit public ou privé, de même que tous les rapports de prévoyance. Or, malgré le fait que la fondation est actuellement gelée, l'on se trouve bien en présence d'un rapport de prévoyance, les assurés ayant un droit direct sur leurs capitaux-épargne respectifs, qui sont crédités annuellement d'un intérêt.

La notion de réduction considérable de l'effectif au sens de l'art. 23 al. 4 let. a LFLP n'est pas clairement définie. De façon générale, il faut admettre qu'une réduction de 10 % est considérable, mais on ne peut pas appliquer ce principe de façon schématique. En effet, pour les entreprises comptant peu de personnel, le chiffre de 10 % est manifestement trop faible, puisqu'il faudrait procéder à une liquidation partielle chaque fois que quelques collaborateurs quittent l'entreprise. A l'inverse, il serait contraire au but de la loi d'attendre qu'une grande société multinationale licencie plusieurs centaines, voire plusieurs milliers de collaborateurs avant d'opérer une liquidation partielle. La seule règle qui puisse être posée de manière claire dans ce contexte est que, d'une part, les assurés sortant ne doivent pas se trouver privés de fonds sur lesquels ils avaient à tout le moins des expectatives à faire valoir et que, d'autre part, les fonds à disposition doivent rester en proportion avec l'effectif du personnel.

Quoi qu'il en soit, l'art. 23 al. 4 LFLP énumère trois conditions, non cumulatives, dans lesquelles il y a lieu de procéder à une liquidation partielle. Or, en l'espèce, deux de ces conditions sont remplies :

a) Art. 23 al. 4 let. a LFLP : entre 1991 et 1996, l'effectif du personnel est tombé de 124 à 78 collaborateurs. La recourante ne le conteste pas, mais elle fait valoir que cette diminution s'est faite par le biais de départs à la retraite ou de départs naturels, à l'exception de 12 licenciements pour raisons économiques. Or, à son avis, seuls ces 12 cas devraient être pris en considération, ce qui ne justifie pas une liquidation partielle dès lors que l'effectif a de nouveau augmenté depuis 1996 et qu'il se situe maintenant à 97 personnes.

Selon la doctrine, la réduction du personnel pour raisons économiques est déterminante pour une liquidation partielle. "Pratiquement, c'est l'ensemble de la réduction du personnel entre les deux phases de stabilité et de décroissance qui doit être pris en considération en tant que réduction significative du personnel" (Armin Strub, Zur Teilliquidation nach Art. 23 FZG, Pratique Juridique Actuelle N° 12/194, p. 1526).

L'objection de la recourante selon laquelle l'augmentation du personnel qui est intervenue depuis 1996 ferait obstacle à une liquidation partielle n'est pas pertinente. En effet, la fortune doit suivre le personnel

et non pas bénéficier, de façon aléatoire, des collaborateurs qui, en cas de reprise économique, seraient engagés bien après les mesures de licenciement (cf. notamment Riemer, Berner Kommentar, Die Stiftung, N 94 zu Art. 88/89). La jurisprudence a en outre précisé qu'en cas de changement dans l'entreprise fondatrice, les personnes auxquelles étaient jusqu'alors destinées les prestations ne doivent pas être lésées dans leurs droits (ATF 110 II 436 ss). Ce serait précisément le cas en l'espèce si aucune liquidation partielle n'était décidée.

C'est à juste titre que l'autorité intimée relève, à propos de l'entreprise X, qu'il ne s'agit ni d'une petite entreprise ni d'une grande multinationale. Même si l'on admettait, comme le soutient la recourante, que seuls 12 licenciements doivent être pris en considération, le taux de 10 % serait réalisé. Et si l'on considère l'ensemble des licenciements durant la période de restructuration, il ne fait plus aucun doute qu'une liquidation partielle est largement justifiée.

b) Art. 23 al. 4 let. b LFLP : l'entreprise fondatrice a été restructurée. Un communiqué de la direction au personnel, en décembre 1996, est sans équivoque à ce sujet : "Les dernières années ont été des années difficiles et si l'entreprise a survécu, c'est grâce aux mesures de restructuration, entraînant des licenciements. Ces mesures n'ont pas toujours été comprises par une partie du personnel et par les syndicats. Mais c'était la seule solution pour assurer la survie de l'entreprise". La recourante ne conteste pas cet état de fait. Elle estime toutefois que le maintien de fortes réserves disponibles pour un plan social futur relève d'une saine gestion et d'une conscience aiguë de la responsabilité sociale de l'employeur.

Cette diligence n'est en soi pas critiquable. Mais il n'en demeure pas moins contradictoire de vouloir utiliser la réserve constituée sous la forme de fonds libres pour les plans sociaux futurs et de refuser toute distribution aux personnes licenciées en 1995.

Ainsi, il est nécessaire, dans le présent cas, de procéder à une liquidation partielle.

287 Versement de la prestation de vieillesse sous forme de capital en lieu et place de la rente - Consentement du conjoint - Compétence du tribunal institué par l'article 73 LPP

(Référence à l'arrêt du 21.4.99 en la cause OFAS c. Fondation de prévoyance X, B 38/98; arrêt rendu en français)

(Art. 73 LPP, 5 LFLP)

Résumé des faits

L'assurée a demandé le versement en capital de ses prestations de vieillesse. L'institution de prévoyance, dont le règlement prévoit la possibilité d'un tel versement, a exigé le consentement du mari pour y procéder.

L'assurée a saisi le tribunal cantonal compétent d'une action tendant à l'obtention d'une dispense du consentement de son mari. Elle a fait valoir qu'elle était séparée de ce dernier depuis 20 ans, qu'elle ne connaissait pas son domicile et qu'elle se trouvait donc dans l'impossibilité d'obtenir le consentement requis.

La cour cantonale a décliné sa compétence et a déclaré la demande irrecevable. Elle a considéré, en bref, que l'assurée devait en appeler au juge civil pour obtenir la dispense en question.

L'OFAS a interjeté recours de droit administratif en concluant à l'annulation du jugement cantonal et au renvoi de la cause à l'autorité cantonale afin qu'elle statue sur la demande de l'assurée.

En droit

L'OFAS a qualité pour recourir en vertu de l'art. 4a OPP 1 (consid. 1).

Pour exiger le consentement du mari de l'assurée, l'institution de prévoyance a invoqué, par analogie, l'art. 5, al. 2, LFLP, qui concerne le paiement en espèces de la prestation de sortie. Les premiers juges, quant à eux, se sont déclarés incompétents en se fondant sur l'al. 3 de la même disposition, d'après lequel l'assuré peut en appeler au tribunal s'il n'est pas possible de recueillir ce consentement ou si le conjoint le refuse sans motif légitime. L'autorité cantonale, implicitement, considère que cette disposition est aussi applicable en l'espèce et que, par tribunal, il faut entendre le juge civil (consid. 3a).

La LFLP ne précise pas ce qu'il faut entendre par tribunal au sens de l'art. 5, al. 3, LFLP. La jurisprudence n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur ce point. On peut néanmoins concevoir qu'il s'agisse de la juridiction compétente au sens de l'art. 73 LPP (auquel renvoie l'art. 25 LFLP) ou du juge civil, spécialement le juge compétent pour prendre les mesures protectrices de l'union conjugale selon l'art. 180 CC. Il n'est toutefois pas nécessaire, en l'occurrence, de trancher ce problème. En effet, l'art. 5 LFLP n'est pas applicable ici dès lors que le litige porte non sur la prestation de sortie mais sur le droit de l'assuré de recevoir, au titre de prestations de vieillesse, un versement en capital en lieu et place d'une rente. Pour cette éventualité, ni la loi ni le règlement n'exigent le consentement du conjoint.

L'autorité cantonale aurait donc dû examiner, en premier lieu, si l'institution de prévoyance, malgré l'absence de base légale et réglementaire, était en droit, par une application analogique de l'art. 5, al. 2, LFLP, de subordonner le versement du montant en capital au consentement du mari de l'assurée. C'est la question principale que soulève le présent litige au fond. Ainsi posée, elle relève incontestablement du droit de la prévoyance professionnelle et il appartenait donc au tribunal administratif de la trancher. Il n'est pas concevable, en effet, d'en appeler au juge civil pour obtenir une dispense du consentement de l'époux, alors que la nécessité de ce consentement n'est pas tirée au clair sous l'angle de la prévoyance professionnelle (consid. 3b).

Dans ces conditions, il convient, selon le TFA, d'annuler le jugement attaqué et de renvoyer la cause à l'autorité cantonale pour qu'elle procède à cet examen et rende un nouveau jugement. Si elle parvient à la conclusion que l'autorisation du mari est nécessaire, il lui appartiendra aussi de se prononcer sur la dispense sollicitée par l'assurée. Car, même si l'on admettait que cette dispense, prise isolément, relève de la compétence du juge civil, il faudrait de toute façon considérer que l'autorité désignée par l'art. 73, al. 1, LPP est habilitée à trancher la question à titre préjudiciel quand le litige soulève principalement, comme en l'espèce, un problème spécifique de la prévoyance professionnelle. A cela s'ajoutent des considérations tirées de l'économie de la procédure. Il serait en effet disproportionné d'imposer à l'assurée de mener successivement deux procédures pour faire valoir sa prétention (consid. 3c).

288 Surindemnisation – Non-adaptation du règlement de l'institution de prévoyance à la nouvelle teneur de l'article 24 OPP 2 (en vigueur dès le 1.1.93)

(Référence à l'arrêt du 23.10.98 en la cause A. L., B 56/97; arrêt rendu en français)

(Art. 6 et 49 al. 2 LPP, 24 OPP 2)

Résumé des faits

Saisie d'une demande de rente d'invalidité, l'institution de prévoyance l'a rejetée, motif pris que les prestations de l'AI et de la CNA atteignaient 90 % du dernier salaire de l'assuré, de telle sorte que le versement d'une rente de la prévoyance professionnelle conduirait à une surindemnisation.

L'assuré a ouvert action contre l'institution de prévoyance devant le tribunal cantonal compétent; il conclut à l'allocation d'une rente d'invalidité dès le 1er juin 1994, soutenant que l'institution devait faire abstraction, dans le calcul de la surindemnisation, de la rente pour épouse de l'AI et ne devait compter les rentes pour enfants de cette même assurance que pour moitié.

Débouté par l'instance cantonale, l'assuré a interjeté un recours de droit administratif devant le TFA.

En droit

Le règlement de l'institution de prévoyance, dans sa version en vigueur depuis 1991, contient un art. 29 al. 3, aux termes duquel, notamment, la rente complémentaire de l'AVS/AI pour l'épouse n'entre pas dans les prestations prises en considération pour le calcul de la surindemnisation et les rentes pour enfants n'y sont comptées que pour moitié. Cette réglementation n'a pas été modifiée après l'entrée en vigueur, le 1er janvier 1993, des nouvelles dispositions de l'OPP 2.

Les premiers juges ont considéré que le droit éventuel de l'assuré au versement d'une rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle à partir du 1er juin 1994 devait être examiné à la lumière de la nouvelle teneur de l'art. 24 OPP 2. Pour arriver à cette conclusion, ils se sont fondés sur le principe selon lequel, en présence d'un état de choses durable (tel que l'allocation de prestations périodiques), non révolu lors d'un changement de législation, le nouveau droit est applicable, sauf disposition transitoire contraire (ATF 121 V 100 consid. 1a et les références). Aussi ont-ils déclaré inapplicable l'art. 29 al. 3 du règlement de l'institution de prévoyance. Ils ont estimé que même si cette disposition n'avait pas été adaptée ensuite des modifications apportées à l'OPP 2, les normes de cette ordonnance l'emportaient à l'évidence sur la réglementation interne de l'institution.

De l'avis du TFA, cette argumentation est mal fondée. En effet, dans le cadre de la compétence propre qui leur est conférée par l'art. 49 al. 2 LPP, les institutions de prévoyance sont en principe libres d'allouer des prestations qui vont au-delà des prestations minimales légales prévues par la LPP (art. 6 LPP; ATF 117 V 45 consid. 3b). Rien ne s'oppose dès lors à ce que l'art. 29 al. 3 du règlement de l'institution s'applique en l'espèce. Or, compte tenu de cette disposition, l'institution de prévoyance est bel et bien obligée de verser une rente d'invalidité.

Le TFA a par conséquent admis le recours de droit administratif.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 44

256 Equivalence des cotisations et des prestations d'entrée

(Jugement du Tribunal des assurances du canton de Bâle-Campagne du 13.5.98 en la cause B. c. B., 97/487)

(Art. 4, al. 1, cst., art. 9, al. 3, LFLP et § 18 des statuts de la caisse d'assurance des fonctionnaires de Bâle-Campagne).

Les institutions de droit public sont aussi soumises à la loi fédérale sur le libre passage (LFLP) qui s'applique tant au domaine obligatoire qu'au domaine extra-obligatoire.

L'article 9, al. 3, LFLP dispose que lors du calcul de ses prestations, l'institution de prévoyance n'est pas autorisée à faire la distinction entre les prestations qui ont été obtenues pendant la période de cotisation et celles qui ont été acquises par la prestation d'entrée. En conséquence est caduc l'ensemble des clauses réglementaires qui prévoient la possibilité de mise à la retraite anticipée - avec une rente complète - seulement pour les assurés qui ont effectivement derrière eux un certain nombre d'années de services. L'addition des années de cotisations et de la période d'assurance rachetée permet de

constituer la prévoyance-vieillesse et de mettre sur un pied d'égalité les personnes qui changent d'emploi et les preneurs de prévoyance fidèles à l'entreprise.

Les travaux du législateur montrent que seuls des aspects politiques ont poussé le parlement de Bâle-Campagne à ne pas abandonner la distinction entre années de service ininterrompues et années de service interrompues. Comme on demande aujourd'hui une certaine mobilité aux travailleurs et qu'il est désormais naturel de changer (plusieurs fois) d'emploi au cours de la carrière professionnelle, le critère du nombre d'années de service n'est plus réellement justifié par des motifs sociopolitiques pour traiter différemment les salariés sur le plan du libre passage. La LFLP place le critère de la fidélité à l'entreprise derrière celui du libre passage.

Une telle inégalité de traitement dans des dispositions cantonales viole, en outre, l'article 4, al. 1, de la constitution fédérale. Un tribunal cantonal est tenu d'examiner si le droit cantonal qu'il doit appliquer est conforme à la constitution fédérale et n'a en principe pas à appliquer dans le cas particulier un droit qui viole manifestement la Constitution. Le constat de violation de la constitution a pour effet que la disposition en question ne s'applique pas au plaignant ou au recourant et que l'acte particulier rendu en se fondant sur elle est abrogé.

257 Rente de veuf

(Référence à l'ATF 123 V 189; arrêt rendu en allemand)

(Art. 4 al. 2 Cst. et 49 LPP)

Lorsque les dispositions réglementaires d'une institution de prévoyance de droit public ne prévoient pas de droit à une rente de veuf, une telle prestation ne peut être allouée en vertu de l'article 4 al. 2 Cst.

258 Notion d'incapacité de travail et principe d'assurance

(Référence à l'arrêt du 7.10.98 en la cause M. B., B 48/97; arrêt rendu en français)

(Art. 23 LPP)

Selon la jurisprudence, l'événement assuré est uniquement la survenance d'une incapacité de travail d'une certaine importance, indépendamment du point de savoir à partir de quel moment et dans quelle mesure un droit à une prestation d'invalidité est né. La qualité d'assuré doit exister au moment de la survenance de l'incapacité de travail, mais pas nécessairement lors de l'apparition ou de l'aggravation de l'invalidité. Lorsqu'il existe un droit à une prestation d'invalidité fondé sur une incapacité de travail survenue durant la période d'assurance, l'institution de prévoyance concernée est tenue de prendre en charge le cas, même si le degré d'invalidité se modifie après la fin du rapport de prévoyance (ATF 123 V 263 consid. 1a).

A l'inverse, lorsqu'il n'existe pas de rapport de prévoyance lors de la survenance de l'incapacité de travail à l'origine de l'invalidité, l'institution de prévoyance à laquelle l'assuré a été affilié ultérieurement n'a pas à répondre d'une aggravation de l'atteinte à la santé préexistante; dans un tel cas, un droit à des prestations d'invalidité de la prévoyance professionnelle obligatoire doit être nié, car cela contreviendrait au principe d'assurance (ATF 123 V 267 consid. 3 sv.).

Par incapacité de travail, il faut entendre la perte ou la diminution de la capacité de rendement de l'assuré dans sa profession ou son champ d'activité habituels. Pour être prise en considération, la diminution de rendement professionnel doit être sensible et indiscutable. En outre, cet état de fait doit être durable (ATF 105 V 159 consid. 2a; arrêt non publié G. du 29.4.98, B 18/97). La jurisprudence qualifie de sensible une diminution de la capacité de travail lorsqu'elle atteint 20 pour-cent au moins (VSI 1998 p. 126 sv., consid. 3c).

Conformément à ces principes, le TFA a par exemple jugé qu'une personne devenue incapable de travailler à raison de 30 pour-cent avant d'avoir été assujettie à la LPP n'avait pas droit à des prestations de la prévoyance professionnelle obligatoire en cas d'aggravation, après son assujettissement, de l'affection à l'origine de cette incapacité (arrêt non publié B. du 21 janvier 1998, B 17/97).

Dans le présent cas, l'intéressé a été assuré selon la LPP dès le 1.1.86. Souffrant notamment d'une infirmité motrice cérébrale, il a travaillé depuis 1983 dans l'entreprise de son père, avec un rendement nettement inférieur à la moyenne. C'est pour des raisons purement familiales que son père l'a gardé à son service, lui versant un salaire social qui ne correspond pas à la prestation fournie. Sur la base du dossier, qui fait clairement ressortir une situation existant depuis le début de l'engagement dans l'entreprise familiale, le TFA conclut que l'intéressé subissait, en 1983 déjà, une diminution sensible et durable – d'au moins 20 pour-cent mais plus probablement de 50 pour-cent – de sa capacité de rendement (l'AI l'a du reste reconnu invalide à 50 pour-cent dès 1983). Il n'a donc pas doit à des prestations d'invalidité de la prévoyance professionnelle.

259 Rente d'invalidité et principe d'assurance

(Références à l'ATF 123 V 262 ainsi qu'aux arrêts des 6.11.97 en la cause F. G., B 23/97, 29.1.98 en la cause J.-P. B., B 17/97, et 29.4.98 en la cause O. G., B 18/97; arrêts rendus en français) (Art. 23 LPP)

En vertu du principe d'assurance consacré à l'article 23 LPP, une institution de prévoyance n'a pas à allouer de rente d'invalidité lorsque l'incapacité de travail dont la cause est à l'origine de l'invalidité est survenue postérieurement à la période d'affiliation à ladite institution (arrêts des 6.11.97 en la cause F. G., B 23/97, et 29.4.98 en la cause O. G., B 18/97). De même, l'institution de prévoyance n'a pas à répondre d'une aggravation de l'atteinte à la santé si cette atteinte préexistait au rapport d'affiliation (ATF 123 V 262; arrêt du 29.1.98 en la cause J.-P. B., B 17/97).

Lorsque le travailleur, déjà atteint dans sa santé dans une mesure propre à influer sur sa capacité de travail, entre au service d'un nouvel employeur (en changeant en même temps d'institution de prévoyance) et qu'il est mis au bénéfice, ultérieurement, d'une rente d'invalidité, les prestations sont dues par l'ancienne institution, à laquelle l'intéressé était affilié lorsqu'est survenue l'incapacité de travail dont la cause est à l'origine de l'invalidité; il faut toutefois pour cela qu'il existe entre cette incapacité de travail et l'invalidité une relation d'étroite connexité. Dans ce cas, la nouvelle institution est libérée de toute obligation de verser une rente (ATF 123 V 262 consid. 1c; arrêt du 29.1.98 en la cause J.-P. B, B 17/97, consid. 1c).

Les principes énoncés ci-dessus, valables bien sûr dans le cadre de la prévoyance obligatoire, le sont également dans le cadre de la prévoyance plus étendue, à tout le moins en l'absence de dispositions réglementaires ou statutaires contraires (ATF 123 V 262 consid. 1b; arrêt du 29.1.98 en la cause J.-P. B, B 17/97, consid. 1b).

260 Evaluation de l'invalidité

(Référence à l'arrêt du 8.6.98 en la cause L. S., B 36/97; arrêt rendu en allemand)

(Art. 23 et 24 LPP)

Un échelonnement des rentes d'invalidité plus fin que celui prévu à l'article 24 LPP ne peut pas être exclu au seul motif que les dispositions réglementaires internes de l'institution de prévoyance ne dérogent pas expressément aux article 23 et 24 LPP. Les règles d'interprétation de la loi valent également pour l'interprétation des dispositions statutaires d'une institution de droit public et en l'occurrence, ces règles conduisent à la conclusion que le montant de la rente est proportionnel au degré d'invalidité (échelonnement plus fin) (consid. 4).

Si, comme en l'espèce, une institution de prévoyance s'en tient à la définition de l'invalidité de l'assurance-invalidité, elle est en principe liée par l'évaluation des organes de ladite assurance, à moins que cette évaluation n'apparaisse d'emblée insoutenable. Cela étant, le TFA évoque la question d'une éventuelle dérogation à ce principe pour les cas où, précisément, l'échelonnement des rentes de la prévoyance professionnelle est plus fin que celui des rentes de l'assurance-invalidité. Il laisse toutefois la question ouverte, considérant qu'en l'occurrence, il suffit de constater que l'évaluation de l'AI apparaît d'emblée insoutenable (le revenu d'invalide a été manifestement surévalué) et que l'on peut ainsi s'en éloigner (il porte le degré d'invalidité de 70 à 90 pour-cent) (consid. 5).

261 Evaluation de l'invalidité - état de fait déterminant

(Référence à l'arrêt du 11.9.98 en la cause H. G., B 39/96; arrêt rendu en allemand)

(Art. 23 et 24 LPP; art. 37 LPP et 132 OJ)

Le TFA rappelle que lorsqu'une institution de prévoyance s'en tient à la définition de l'invalidité de l'assurance-invalidité, elle est en principe liée par l'évaluation des organes de ladite assurance, à moins que cette évaluation n'apparaisse d'emblée insoutenable (consid. 3a). Mais c'est l'évaluation des organes de l'assurance-invalidité dans son ensemble, c'est-à-dire le résultat de la comparaison des revenus, et non pas les éléments de calcul pris individuellement, qui lie l'institution de prévoyance (consid. 3b).

Quant à l'état de fait déterminant pour l'appréciation juridique de l'action ou du recours de droit administratif, c'est celui existant au moment où a été rendu le jugement cantonal, dès lors que les institutions de prévoyance ne rendent pas de décisions (introduction du consid. 3).

262 Indemnités journalières de l'assurance-maladie en lieu et place du salaire et versement différé de la rente d'invalidité

(Référence à l'arrêt du 26.3.98 en la cause E. S., B 26/97; arrêt rendu en français)

(Art. 26 al. 2 et 34 al. 2 LPP; art. 27 OPP 2)

Seul le paiement effectif d'indemnités journalières de l'assurance-maladie, et non l'existence d'un droit virtuel à de telles indemnités, permet à l'institution de prévoyance de se prévaloir de l'article 27 OPP 2 pour différer le paiement d'une rente d'invalidité. L'article 27 OPP 2, qui découle des articles 26 al. 2 et 34 al. 2 LPP, figure en effet dans le chapitre sur la surindemnisation et la coordination de la prévoyance professionnelle avec d'autres assurances sociales. Il doit donc être compris comme visant à empêcher un enrichissement ou un avantage injustifié et non comme obligeant l'assuré, en tout état de cause, à s'adresser en priorité à l'assureur-maladie (consid. 3).

263 Émoluments en cas de versement anticipé ou de mise en gage des prestations de vieillesse

(Arrêt du Tribunal fédéral du 4 novembre 1998: articles 30a ss., 49, 62, 66, al.1 LPP et 331d et 331^{e} CO)

Le Bulletin de la prévoyance professionnelle no33 du 12 juin 1995, chiffre marginal 192 donnait des indications au sujet de l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle. L'OFAS y prenait position sur la question de la possibilité d'imputer individuellement à l'assuré les frais administratifs liés au versement anticipé ou à la mise en gage. En vertu des principes de parité, de collectivité et de solidarité, l'OFAS était d'avis que la perception de tels frais n'est pas admise lorsque l'assuré a fourni toutes les pièces nécessaires et que l'institution de prévoyance n'a pas à procéder à d'importantes vérifications supplémentaires. Depuis lors, le Tribunal fédéral a rendu un arrêt en la matière, dans lequel il précise en substance ce qui suit:

L'encouragement à la propriété du logement n'est pas un élément étranger au système de la prévoyance professionnelle mais une forme de prévoyance vieillesse prévue par la loi. Et, comme aucune

disposition légale (cf. articles 30a ss. LPP et 331d et 331e CO, OEPL) ne précise si l'assuré doit payer des frais administratifs en cas de versement anticipé ou de mise en gage de l'avoir de vieillesse pour acquérir un logement, il y a lieu, en l'occurrence de s'en tenir aux principes généraux.

Les articles 66, al.1 LPP et 331, al. 3 CO fixent le principe de la parité des cotisations dans les domaines respectivement obligatoire et surobligatoire. Ces deux dispositions n'exigent toutefois qu'une parité collective ou relative et non une parité individuelle: la somme des cotisations de l'employeur doit être au moins égale à la somme des cotisations des salariés. Cela n'exclut cependant pas que certains salariés aient à payer davantage que les autres, voire même plus que ce que l'employeur verse pour eux personnellement. Du principe de l'égalité de traitement des destinataires, on peut également déduire qu'un(e) assuré(e) qui occasionne une dépense particulière engendre du même coup des circonstances extraordinaires qui justifient un traitement différent. En outre, les Juges ont relevé que la distinction opérée par l'OFAS entre une demande de versement anticipé ordinaire et celle dépassant ce cadre ne trouve aucune assise dans la loi et se heurterait à des problèmes de praticabilité et de définition. Le but de la loi, à savoir encourager l'acquisition d'un logement, ne saurait finalement être contrecarré par les modalités d'une disposition concernant les frais administratifs.

Sur la base de ces considérations, les Juges fédéraux ont admis la perception individuelle de frais administratifs non seulement lorsque le travail préparatoire dépasse la moyenne usuelle mais aussi- aux fins d'une gestion administrative rationnelle- sous forme de forfait (un montant forfaitaire de 400 francs pour un versement anticipé n'a pas été jugé exorbitant).

Ils ont enfin précisé que le prélèvement de frais individuels en rapport avec le versement anticipé ou la mise en gage de la prestation de sortie n'est admis que s'il repose sur une base réglementaire, à l'élaboration de laquelle employeur et salariés peuvent participer paritairement aussi bien dans le domaine obligatoire (art. 51 LPP) que surobligatoire (art.49, al.2 LPP).

264 Rentes d'invalidité - Avantages injustifiés

(Références aux arrêts des 29.5.98 en la cause A. C., B 32/97, et 16.7.98 en la cause M. M.-A., B 24/97; arrêts rendus en français)

(Art. 34 al. 2 LPP et 24 OPP2)

B 32/97

Par gain annuel au sens de l'article 24 al. 1 OPP 2, il faut entendre, conformément au sens littéral de la disposition, le salaire hypothétique que l'assuré réaliserait sans invalidité, ce qui ne correspond pas forcément au gain effectivement obtenu avant la survenance de l'éventualité assurée (consid. 1), ni au gain assuré par la CNA (consid. 2). Toutefois, lorsqu'il existe une différence importante entre le salaire hypothétique retenu par l'institution de prévoyance et/ou les premiers juges et le gain assuré par la CNA, il se justifie de faire procéder à un complément d'instruction en vue d'élucider les raisons de cette différence (consid. 3). C'est le cas en l'espèce puisque les premiers juges, se fondant sur une attestation produite, à la demande de l'institution de prévoyance, par l'ex-employeur de l'assurée, ont fixé le salaire hypothétique à 46'644 francs par année alors que le gain assuré par la CNA se montait à 56'110 francs par année.

B 24/97

Lorsqu'une rente de l'assurance-invalidité a été calculée selon la méthode mixte, applicable aux assurés qui n'exercent que partiellement une activité lucrative, on ne doit prendre en considération, dans le calcul de la surindemnisation, que la part de la rente qui est destinée à compenser l'incapacité de gain et non la part afférente à la diminution de la capacité d'exercer les travaux habituels au sens de l'article 5 al. 1 LAI. Il faut, en d'autres termes, procéder à une imputation des prestations de l'assurance-

invalidité selon le principe dit de la concordance des droits. Ce principe est d'ailleurs exprimé de manière plus ou moins explicite à l'art. 24 al. 2 OPP 2 ("prestations d'un type et d'un but analogue") (consid. 2a).

Pour la mise en œuvre du principe de la concordance des droits, il s'agit de déterminer exactement, selon une proportion purement mathématique, la part de la rente de l'assurance-invalidité qui sert à compenser l'incapacité de gain (consid. 2b aa). Dans le cas d'espèce, l'assurée travaillait à mi-temps. Compte tenu d'un degré d'invalidité de 100 pour-cent dans l'activité professionnelle et de 63 pour-cent dans l'accomplissement des travaux habituels, l'invalidité globale (moyenne des deux taux) a été fixée à 81,5 pour-cent. Ce taux correspond donc à l'addition des taux d'invalidité de 50 pour-cent pour l'incapacité de gain et de 31,5 pour-cent pour l'accomplissement des travaux habituels. Le taux de 50 pour-cent entre à raison de 61,35 pour-cent dans le degré global d'invalidité (50 : 81,5 x 100). Autrement dit, la part des rentes de l'assurance-invalidité - une rente d'invalidité et deux rentes pour enfants pour un montant total de 2853 francs - qui sert à compenser l'incapacité de gain représente 61,35 pour-cent de 2853 francs, soit 1750,30 francs; et c'est ce montant qui doit être pris en compte dans le calcul de la surindemnisation (consid. 2b cc).

265 Procédure - Compétence des autorités juridictionnelles

(Référence à l'arrêt du 21.4.98 en la cause W. I., B 7/98; arrêt rendu en allemand)

(Art. 73 LPP)

Cet arrêt confirme la jurisprudence (ATF 120 V 18 consid. 1a et les références) selon laquelle les autorités mentionnées à l'art. 73 LPP sont, en ce qui concerne leur compétence ratione temporis, habilitées à connaître seulement des litiges dont l'origine est un événement survenu après l'entrée en vigueur, le 1er janvier 1985, de la LPP (naissance d'une prétention ou d'une créance). L'argument selon lequel une compétence desdites autorités serait fondée sur une norme de droit cantonal ne peut, en raison de l'autonomie du droit cantonal, être examiné dans le cadre d'un recours de droit administratif; il ne pourrait l'être que dans le cadre d'un recours de droit public.

266 Actions en constatation

(Références aux arrêts des 23.2.98 en la cause E. N., B 6/97, arrêt rendu en français et 29.9.98 en la cause A. et F. W., B 30/98, arrêt rendu en allemand)

(Art. 73 al. 1 LPP)

Résumé des faits

Dans ces deux affaires, les assurés intentent une action en constatation de droits futurs : la constatation de l'adaptation au renchérissement d'une rente d'invalidité pour les années futures dans le cas B 6/97 et la constatation du droit à une éventuelle rente de veuve future dans le cas B 30/98.

En droit

Une action en constatation est recevable si le demandeur a un intérêt digne de protection à la constatation immédiate d'un rapport de droit litigieux. Un intérêt de fait suffit, pour autant qu'il soit actuel et immédiat. L'intérêt digne de protection requis fait défaut, en règle générale, lorsque la partie peut obtenir en sa faveur un jugement condamnatoire; en ce sens, le droit d'obtenir une décision en constatation est subsidiaire (consid. 1).

Dans les deux affaires, le TFA a nié l'existence d'un intérêt digne de protection, pour les motifs suivants:

B 6/97

En matière de prévoyance plus étendue, comme c'est le cas ici, il n'existe aucune obligation légale d'adapter les rentes au renchérissement; cette question est réglée par les dispositions statutaires des

institutions de prévoyance (ou par les normes de droit public qui régissent celles-ci). En principe, ces dispositions sont susceptibles d'être modifiées en tout temps. Il est donc difficile, voire impossible, de faire des prévisions sur l'indexation future de rentes en cours. Le tribunal appelé à se prononcer à ce sujet pourrait tout au plus admettre ou nier le principe même de l'adaptation de telles rentes, sur la base des dispositions en vigueur au moment de la demande ou du jugement, en réservant d'éventuelles modifications ultérieures des statuts de l'institution de prévoyance. Mais on ne voit pas quel est l'intérêt d'un assuré à faire constater immédiatement un droit assorti d'un telle réserve (consid. 2b).

B 30/98

La question du droit à une rente de veuve ne peut être examinée qu'au moment du décès du mari; or, il n'est pas du tout certain que les dispositions pertinentes actuellement en vigueur le seront encore à ce moment. De plus, même en l'absence d'un jugement de constatation sur le droit éventuel à une rente de veuve future, les époux, contrairement à ce qu'ils prétendent, ne sont pas privés des moyens propres à régler la situation qui serait celle de madame en cas de décès de son mari (consid. 2a et b). Il n'y a donc pas d'intérêt digne de protection à obtenir un jugement de constatation en pareil cas.

267 Compensation et compétence pour trancher des questions préjudicielles

(Référence à l'arrêt du 1.9.98 en la cause S. M., B 45/97; arrêt rendu en allemand)

(Art. 120 CO; art. 96 al. 3, 113 et 132 OJ)

Résumé des faits

L'entreprise Ch. M. a été affiliée à une institution de prévoyance conformément à la LPP à partir du 1er janvier 1990. Elle a cessé toute activité à fin février 1992 et, le 1er mars suivant, une nouvelle entreprise a été fondée sous la forme d'une société anonyme (SA). S. M. en était le président du conseil d'administration, avec droit de signature individuelle. La SA a été déclarée en faillite en 1995, laissant une dette de cotisations de 30'900.- francs vis-à-vis de l'institution de prévoyance. Le Fonds de garantie LPP a pris en charge une partie de ce montant, à hauteur de 19'200.- francs.

Au mois de décembre 1994, S. M. a demandé à l'institution de prévoyance le paiement en espèces de sa prestation de sortie, au motif qu'il allait s'établir à son compte. En avril 1996, l'institution lui a fait parvenir un décompte l'informant que le montant de ladite prestation s'élevait à 24'120.- francs mais qu'elle déduisait de ce montant les 11'700.- francs qu'elle n'avait pas pu récupérer auprès du Fonds de garantie LPP suite à la faillite de la SA.

S. M. a contesté cette manière de procéder devant le Tribunal cantonal des assurances compétent, lequel lui a donné raison.

L'institution de prévoyance a interjeté un recours de droit administratif contre le jugement cantonal.

En droit

Est litigieux en l'espèce le point de savoir si l'institution de prévoyance était bien fondée à déduire le montant de 11'700.- francs de la somme de la prestation de sortie.

La compensation de créances réciproques est, selon la doctrine et la jurisprudence, un principe général du droit, ancré dans le droit civil (art. 120 ss CO); sous réserve de dispositions contraires, ce principe est également applicable en droit administratif, en particulier en droit des assurances sociales, et cela même en l'absence de dispositions qui prévoient expressément une telle compensation (ATF 110 V 185 consid. 2). Dans le domaine de la prévoyance professionnelle, seule la question particulière de la compensation des créances que l'employeur a cédées à l'institution de prévoyance est réglée par la loi, dans un sens restrictif (art. 39 al. 2 LPP; ATF 114 V 33; SZS 1991 p. 32 = arrêt partiellement publié J., du 30.8.90, B 18/90).

De même qu'en droit privé, la compensation de créances est soumise, en droit des assurances sociales, aux conditions suivantes : il faut que le débiteur de l'obligation à éteindre soit le bénéficiaire de celle opposée en compensation et que cette dernière soit exigible.

L'instance cantonale a fait droit à l'action de S. M. en raison du fait que le titulaire de l'une de deux créances n'était pas le débiteur de l'autre. Autrement dit, c'est bien la SA, et non S. M., qui était débitrice de l'institution de prévoyance; par conséquent, et dans la mesure où aucun abus de droit ne pouvait être reproché à S. M. dans cette affaire, il n'y avait, de l'avis de la juridiction de première instance, pas motif à procéder à la compensation. Le TFA a admis ce point de vue.

L'institution de prévoyance a d'autre part tenté de justifier la compensation en invoquant la responsabilité de S. M. en sa qualité de membre du conseil d'administration de la SA (art. 752 ss, en particulier 754 CO). L'instance cantonale s'est déclarée incompétente pour trancher cette question. A tort. En effet, selon la jurisprudence, les autorités administratives et les tribunaux sont admis à trancher, à titre préjudiciel, des questions relevant d'autres domaines du droit que ceux de leur compétence, à condition que la loi n'en dispose pas autrement et que les autorités compétentes ne se soient pas encore prononcées sur ces questions.

Le TFA a par conséquent renvoyé la cause à la juridiction cantonale pour qu'elle tranche ce dernier point.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 42

249 Répartition de fonds libres en cas de liquidation partielle d'institutions communes

(Deux jugements du Tribunal fédéral du 30 avril 1998: 2A.538/1997 et 2A.539/1997)

(Art. 23 LFLP, instructions de l'OFAS du 19.10.1992 concernant l'examen de la résiliation des contrats d'affiliation et de la réaffiliation de l'employeur)

Dans une fondation collective, les employeurs affiliés sont économiquement indépendants les uns des autres et chaque caisse de prévoyance est régie par un règlement et une organisation qui lui est propre.

En revanche, la fondation commune se distingue par le fait qu'elle ne tient pas de comptabilité séparée pour chaque affiliation et que les rapports de prévoyance sont régis par un même règlement qui s'applique à l'ensemble des assurés; en outre, celle-ci dispose d'une fortune de prévoyance commune à tous les assurés.

Dans une jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur de la LFLP, le Tribunal fédéral, a considéré qu'une liquidation partielle s'imposait, en vertu du droit des fondations, lorsque les modifications structurelles de l'entreprise dues aux mauvaises conditions économiques entraînaient du même coup une diminution importante de l'effectif du personnel. Les principes de la bonne foi et de la confiance commandent que la fortune du fonds de prévoyance suive le personnel et celui de l'égalité de traitement interdit qu'un groupe d'assurés soit privilégié au détriment des autres. A la lumière de ces considérations, un partage approprié de la fortune de la fondation est ainsi possible (ATF 119 Ib 46 cons. 4e; 110 II 436 cons. 4 et 5).

La réglementation de la LFLP applicable à la résiliation des contrats d'affiliation repose sur ces principes incontournables du droit des fondations. En cas de résiliation de contrats d'affiliation, il est plus aisé, pour les fondations collectives, de procéder à une liquidation partielle que ce n'est le cas pour les fondations communes. Ces problèmes peuvent néanmoins être résolus sur la base des instructions de l'OFAS. Pour les fondations communes, la liquidation partielle ne pose en tout cas pas de problèmes structurels insurmontables. Il n'y a donc aucune raison de s'écarter des principes régissant la prévoyance et le droit des fondations pour ce type de fondation.

Le groupe d'assurés sortant a ainsi droit à une part appropriée des fonds libres qu'il s'agit d'évaluer en prenant en considération le rapport entre le capital d'épargne (ou de couverture) qu'il représente et l'ensemble de la fortune de la fondation commune, de même qu'en tenant compte de la durée du contrat d'affiliation. Le principe de solidarité vaut tant que les assurés sont affiliés à l'institution commune. En cas de départ d'un groupe d'assurés, le principe du droit des fondations qui reconnaît aux assurés sortants le droit à une égalité de traitement appropriée par rapport à ceux qui restent dans l'institution commune, prévaut. Il n'y a aucune raison objective de traiter différemment un collectif d'assurés quittant une fondation commune d'un collectif d'assurés quittant une fondation collective. La fondation commune, au même titre que toutes les autres institutions de prévoyance, est tenue, lors d'une liquidation partielle, de respecter le principe (du droit des fondations et du droit de la prévoyance) de l'égalité de traitement entre les différents destinataires. Il résulte de ce principe, de même que de celui de la sauvegarde du but de la fondation de prévoyance, que les fonds libres doivent être répartis périodiquement – dans le mesure du possible et si cela s'avère nécessaire – indépendamment de la forme de l'institution de prévoyance et répartis, c'est-à-dire qu'ils doivent être utilisés en faveur d'assurés (actifs et passifs) qui ont participé à leur constitution.

N'est en soi pas pertinente l'argumentation de la recourante selon laquelle la répartition des fonds libres de l'institution commune peut léser les assurés restants, dans la mesure où, en cas d'affiliation, les nouveaux assurés ne sont pas tenus au rachat d'une part des fonds libres existants, et peut ainsi porter atteinte à l'existence même de l'institution de prévoyance. Cette argumentation méconnaît les instructions de l'OFAS en vertu desquelles le groupe d'assurés sortant n'a droit à une part des fonds libres uniquement lorsque le contrat d'affiliation est en vigueur depuis 2 ans au moins et que ces derniers – comme valeur indicative – représentent plus de 10 pour cent de la fortune liée de l'institution de prévoyance. On garantit ainsi que le groupe d'assurés sortant ait réellement contribué à la formation des fonds libres correspondant et, d'un autre côté, on met à disposition de la caisse un certain "capital d'entreprise". Les fonds libres n'ont par ailleurs plus la même signification lorsqu'ils font l'objet d'une répartition périodique.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 41

237 Droit à l'information d'une caisse de prévoyance affiliée à une fondation collective à l'encontre du conseil de fondation

(référence à l'arrêt du TF du 4 mars 1998 (ATF 124 II 114)

(Art. 51 et 62 LPP)

Le Tribunal fédéral a reconnu in casu que les comités des caisses de prévoyance des employeurs affiliés individuellement à la fondation collective devaient – bien que ne possédant pas la personnalité juridique – être considérés comme un organe de la fondation, de même que le conseil de fondation. A ce titre, les comités de caisse représentent non seulement les intérêts des salariés et des employeurs vis-à-vis de la fondation, mais sont également chargés de la gestion paritaire de la caisse au sens de l'article 51 LPP. Pour pouvoir exercer leurs tâches de gestion, les comités de caisse doivent avoir le même accès aux informations sur toutes les questions relevant du domaine de l'administration paritaire que les organes de gestion paritaire d'une institution autonome. Etant donné que les compétences relatives à la gestion des caisses ont été déléguées au conseil de fondation dans le cadre de l'organisation de la fondation collective, le Tribunal fédéral a jugé que les comités de caisse ont à l'encontre du conseil de fondation un droit à l'information sur toutes les questions relevant de l'administration paritaire de la caisse, notamment sur la situation financière et les frais administratifs.

C'est aux comités de caisse qu'il incombe alors de vérifier si les frais administratifs sont adéquats et convenables et de prendre, le cas échéant, les mesures qui s'imposent. Pour ce faire, ils doivent être informés de façon transparente et complète sur la situation financière et les frais administratifs.

Lorsqu'elle a des doutes sur le niveau et l'adéquation des frais administratifs, l'autorité de surveillance est en droit d'intervenir et de prendre les mesures qui s'imposent pour garantir que l'organe chargé de la gestion paritaire de la caisse reçoive les informations nécessaires pour pouvoir procéder à ce contrôle. Selon l'avis du Tribunal fédéral, une telle mesure ne constitue pas un empiètement sur l'autonomie des organes de la fondation, mais a, au contraire, pour but de permettre aux comités de caisse paritaires, précisément en tant qu'organes de la fondation, de remplir leurs tâches.

Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral a confirmé l'opportunité d'une décision de l'autorité de surveillance obligeant la fondation collective à informer les comités des caisses sur les mesures de surveillance qu'elle avait prises à l'encontre de la fondation – notamment sur les réserves émises quant à l'adéquation des frais administratifs – en leur faisant parvenir une copie de la décision. Ainsi que l'a relevé le Tribunal fédéral, le droit à l'information de l'organe chargé de la gestion paritaire comprend en effet aussi celui d'être informé sur l'existence et le contenu des mesures de l'autorité de surveillance.

Financement du fonds de garantie LPP

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 39

225 Tâches de l'autorité de surveillance en cas de liquidation

(arrêt du ATF du 11 novembre 1996 – arrêt en italien)

(art. 62 LPP)

Lors de l'acceptation d'un plan de liquidation et de la répartition des fonds libres, l'autorité de surveillance doit examiner exactement la position de chaque assuré. Dans une entreprise dans laquelle l'employeur et son épouse figurent au nombre des bénéficiaires, il faut désigner un curateur qui évitera les conflits d'intérêt lors de la distribution de la part revenant à chaque assuré.

226 Non transfert des cotisations

(Arrêt du TF 122 IV 270 – arrêt en allemand)

(art. 76 al. 3 LPP)

Le TF a jugé qu'un employeur était condamnable pénalement s'il ne transférait pas les cotisations du 2ème pilier prélevées sur les salaires à la caisse de pension seulement lorsque la limite du dernier délai dans lequel il lui est possible de le faire est franchie. En d'autres termes, l'employeur sera condamné pénalement lorsque la décision fixant l'obligation de prestations et le montant de la cotisation est passée en force de chose jugée.

227 Récusation de juges

(Arrêt du TF du 6 janvier 1997 – arrêt en français)

En l'espèce, le vice-président du tribunal cantonal (auquel est rattaché le tribunal des assurances compétent en matière de LPP) et un assesseur sont membres de la caisse de pension qui participe au procès en qualité d'intimée. Le TF estime que le grief de suspicion de partialité doit être écarté lorsque l'un des juges, membre de la caisse de pension, n'a pas siégé au tribunal qui a eu à connaître de l'affaire. En revanche, lorsque le magistrat est membre d'une association ou une société commerciale partie au procès, il doit se récuser sous peine de partialité, même s'il ne tire lui-même aucun intérêt personnel.

228 Licenciement économique et fonds libres

(ATFA du 26 mars 1997 – arrêt en italien)

Dans le cas d'espèce, le TFA avait à se prononcer sur un licenciement que l'assuré qualifiait d'économique. Le TFA a rappelé que ce point devait faire l'objet d'un examen approfondi par le tribunal de 1ère instance, notamment lorsque les circonstances n'apparaissent pas clairement. Au surplus, lorsque l'autorité de surveillance considère qu'il n'y a pas de liquidation, mais une simple restructuration, le tribunal de 1ère instance ne peut se déclarer incompétent, mais doit examiner si la restructuration ne devrait pas aboutir à une redistribution partielle des fonds libres.

229 Portée de la déclaration d'une institution de prévoyance

(Arrêt du 30 mai 1997 en la cause H.G. – en français)

(art. 4 al. 1 Cst; art. 5 al. 3 LPA et art. 17 CO).

Dans cette affaire, le TFA devait se prononcer sur une déclaration de l'institution de prévoyance à l'assuré, selon laquelle celle-ci acceptait de lui verser une rente entière d'invalidité extra obligatoire.

En l'espèce, l'assuré a vu son degré d'invalidité passer de 50% à plus des 2/3, ce qui lui a valu une rente entière de l'AI fédérale. La caisse de pension a refusé de lui verser une rente entière d'invalidité, au motif que, d'après son règlement, l'augmentation de l'invalidité survenue postérieurement aux rapports de travail n'avait pas d'influence sur le montant de la rente qu'elle versait. Toutefois, après un échange de correspondance, la caisse a admis devoir verser une rente d'invalidité entière correspondant au minimum LPP mais a refusé de verser une rente entière extra obligatoire. Cependant, dans une précédente correspondance, elle a accepté de verser une rente entière englobant aussi la prévoyance dépassant le minimum obligatoire, à bien plaire. L'assuré s'est prévalu de cette déclaration pour exiger de la caisse qu'elle tienne ses promesses.

Le TFA a jugé que déclaration de la caisse qui n'équivaut en aucun cas à une décision, n'a pas de portée sur l'existence ou l'inexistence d'un droit litigieux. La seule portée juridique des déclarations de la caisse se limite à la protection de la bonne foi. En l'espèce, l'assuré, qui n'a pas pris de dispositions particulières sur lesquelles il ne peut revenir, ne peut invoquer la protection de la bonne foi.

230 Transformation d'une rente d'invalidité en rente de vieillesse

(Arrêt du 11 avril 1997 en la cause OFAS contre A.C. – arrêt en italien)

(art. 26 al. 3 et art. 37 al. 3 LPP)

L'assuré a fait valoir un droit au paiement de la moitié de sa rente de vieillesse en capital, en respectant le délai de 3 ans avant. Cependant, avant d'avoir atteint l'âge de la retraite, il a été mis au bénéfice d'une rente entière de l'assurance-invalidité. Au moment de sa retraite, il a demandé que cette rente d'invalidité, transformée entre temps en rente de vieillesse, lui soit servie sous forme de capital pour la moitié. La caisse a refusé, motif pris que son règlement ne prévoyait que le paiement du capital d'une rente de vieillesse et non d'une rente d'invalidité.

Saisi d'un recours, le Tribunal cantonal l'a admis, estimant que la rente d'invalidité s'étant transformée en rente de vieillesse, l'assuré avait droit au paiement de la moitié sous forme de capital, ce d'autant plus que cette manière de procéder constituait une solution plus favorable à l'assuré.

L'OFAS a fait recours, au motif que la rente d'invalidité ne se transforme pas en rente de vieillesse, d'une part, et que d'autre part, en tout état de cause, il ne saurait être question d'une solution plus favorable à l'assuré.

Le TF a donné raison à l'OFAS. Il a déclaré illégale la combinaison de différentes dispositions réglementaires, à savoir l'amalgame fait entre la rente d'invalidité qui se transforme en rente de vieillesse et le paiement de celle-ci sous forme de capital. En outre, il a admis, avec l'OFAS, que la solution du versement en capital ne pouvait en aucun cas être considéré comme une solution plus favorable à l'assuré.

231 Versement d'un capital de prévoyance à un personne vivant en concubinage (prévoyance plus étendue)

(arrêt du 2 juillet 1997 en la cause MB. – en français)

(art. 15 al. 1 lit. b ch. 2 OLP; art. 2 al. 1 lit. b ch 2 OPP 2)

Dans l'affaire en cause, l'assurée vivait en concubinage avec la défunte. D'après le règlement de la caisse de pensions, en cas de décès de l'ayant droit, une prestation sous forme de capital-décès pouvait être versée à un bénéficiaire désigné par le défunt, à certaines conditions, notamment lorsque ce dernier était entretenu par le défunt de façon substantielle.

En l'espèce, la défunte avait expressément mentionnée la recourante au titre de bénéficiaire. La caisse de pensions a toutefois refusé de lui allouer le capital-décès au motif que la défunte ne l'entretenait pas de manière substantielle. En effet, les deux concubines vivaient certes ensemble, mais partageaient leurs frais, quand bien même la défunte participait au ménage de manière plus importante.

Le Tribunal fédéral a considéré que si la défunte était en droit de désigner la recourante au titre de bénéficiaire - ce qui n'était pas en cause - en revanche, la désignation de la recourante était liée, au sens du règlement, au fait que cette dernière devait être entretenue par l'assurée de manière prépondérante. A cet égard, le TFA a admis que cette notion était clairement explicite et ne laissait aucune place à l'interprétation. Il a, notamment, fait renvoi aux dispositions relatives aux bénéficiaires au sens de l'art. 15 al. 1 let. b ch. 2 OLP et art. 2 al. 1 let. b ch. 2 OPP 3 ainsi qu'à l'avis de l'OFAS paru dans la RCC 1987, p. 302ss, avis que l'OFAS a repris dans son préavis.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 37

218 Un affilié à une fondation bancaire de libre passage ne peut saisir les autorités compétentes en vertu des articles 73 et 74 LPP en cas de litiges de nature contractuelle

(Référence à un arrêt du TFA du 22 octobre 1996 dans la cause M-L W– fondation P de libre passage)

(art. 73, 74 LPP, art. 25, 26 LFLP; art. 10 OLP)

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral des assurances (TFA) examine à nouveau la compétence des autorités visées aux articles 73 et 74 LPP en cas de litige opposant un affilié à une institution servant au maintien de la prévoyance conformément à l'OLP. Il faut savoir que dans deux jugements antérieurs (arrêt H-B du 6 mars 1996, publié dans Plädoyer 1996/3, p. 74 et dans SVR 1996 no 51, p. 151, et arrêt R du 29 novembre 1994, partiellement publié dans la RSAS 1996, p. 161), le TFA a admis sa compétence en pareil cas. Dans l'arrêt cité en exergue, le TFA revient sur sa jurisprudence et dénie cette fois-ci la compétence des autorités visées aux articles 73 et 74 LPP. Il motive sa décision de la manière suivante:

Le TFA constate tout d'abord que les fondations bancaires de libre passage s'apparentent fortement aux fondations bancaires du 3e pilier A. Cette similitude réside tant dans la nature contractuelle des relations qui prévaut entre les parties qu'au caractère individuel de ces deux formes admises de prévoyance.

En second lieu, les institutions de libre passage (fondations bancaires, institutions d'assurance) ne fournissent pas de prestations LPP, voire de prestations plus étendues. Elles ne sont pas non plus organisées, financées et administrées conformément à la LPP (pas de gestion paritaire, d'organe de contrôle, de prestations du fonds de garantie LPP) et ne sont pas non plus soumises aux autorités de surveillance prévues à l'article 61 LPP. Ces institutions ne sont donc pas des institutions de prévoyance au sens des articles 48 et 49 LPP, resp. 89bis CC. Une extension de l'article 73 LPP impliquant une assimilation des institutions de libre passage aux institutions de prévoyance serait en outre inconciliable avec la loi.

Enfin, le TFA souligne que les litiges portant sur le montant d'un avoir bancaire auprès d'une fondation de libre passage ne concernent pas les prestations d'assurance mais relèvent bien plus de l'exécution par une fondation de libre passage d'un contrat de libre passage conclu dans le cadre de l'OLP.

En d'autres termes, on peut partir de l'idée, vu les principes mentionnés ci-dessus, que les fondations bancaires de libre passage échappent aux dispositions de la LPP et qu'elles sont simplement soumises, quant à la surveillance, aux dispositions du CC (cf. art. 84 CC). C'est également au juge civil de se prononcer en cas de litige portant sur le montant d'une prestation contractuelle de libre passage. Finalement, l'étendue des prestations, que ce soit en cas de vieillesse, de décès, d'invalidité ou en cas de sortie de l'institution, dépend des éléments du contrat de prévoyance, voire du règlement de la fondation bancaire de libre passage.

Cela dit, il se pose entre autres la question de savoir si c'est bien la volonté du législateur d'individualiser le maintien de la prévoyance au sens de ce jugement, et, dans le cas contraire, dans quelle mesure appartient-il à notre office de corriger l'OLP. Toutes ces questions méritent d'être examinées à la lumière de cette nouvelle jurisprudence.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 36

203 Contrôle de l'affiliation des employeurs

(Référence à un arrêt du Tribunal fédéral du 28 septembre 1995, en la cause OFAS contre C.B.)

(article 11 LPP, directives du 21 novembre 1989 sur le contrôle de l'affiliation des employeurs à une institution de prévoyance professionnelle conformément à la LPP)

L'article 11 LPP prévoit que chaque employeur qui occupe des salariés soumis à l'assurance obligatoire et ne fonde pas sa propre institution de prévoyance enregistrée, est tenu de s'affilier auprès d'une institution de prévoyance. Cette norme sert de référence quant à la procédure à suivre en vue du contrôle de l'affiliation.

Dans ce sens, l'OFAS a édicté des dispositions d'application sous forme de directives (directives du 7 mai 1986, modifiées le 21 novembre 1989 sur le contrôle de l'affiliation des employeurs à une institution de prévoyance professionnelle).

Dans le cas d'espèce, il s'agissait non pas d'une nouvelle affiliation, mais d'une réaffiliation d'un employeur qui avait déjà été affilié une caisse de pension. A cet égard, les directives du 21 novembre 1989 de ('OFAS précisent que, dans de tels cas, les caisses de compensation peuvent directement annoncer l'employeur auprès de l'institution supplétive sans passer par la procédure prévue à l'art. 11 LPP (dénonciation à l'autorité de surveillance, puis après sommation, demeurée vaine, annonce du cas à l'institution supplétive, cette dernière statuant d'office sur l'affiliation).

Dans le présent arrêt, le Tribunal fédéral reconnaît le souci de l'OFAS de simplifier la procédure ordinaire. Il souligne la lourdeur de la procédure légale, non sans conséquences pour les assurés et également la légitimité de vouloir l'alléger. Les juges fédéraux relèvent cependant que le texte clair de

l'art. 11 LPP ne saurait donner lieu à aucune autre interprétation et que, dès lors, même en cas de simple réaffiliation, le mécanisme de contrôle prévu par la loi doit être respecté, car elle ne comporte aucune lacune en l'espèce.

Par conséquent, les directives du 21 novembre de l'OFAS concernant le contrôle de la réaffiliation des employeurs, qui sont contraires au texte de l'art. 11 LPP, doivent être abrogées avec effet immédiat.

204 Rente d'invalidité et droit intertemporel

(Référence à l'arrêt du 121 V 97)

(Art. 23 et 26 LPP; art. 331 a CO)

Dans cette affaire, l'assuré C. a subi une incapacité de travail en avril 1991. Le 1er janvier 1992, un nouveau règlement est entré en vigueur. Ce nouveau règlement modifiait sensiblement les dispositions relatives à l'invalidité, en prévoyant notamment des prestations plus étendues. C. a versé des cotisations supplémentaires calculées sur la base du nouveau règlement.

C. a perçu un salaire intégral jusqu'en décembre 1991 et ensuite une indemnité journalière en cas de maladie jusqu'en septembre 1992, de 80% de son salaire. A partir du 1er avril 1992, C. a reçu une rente d'invalidité de l'AI. La caisse de pension lui a alors alloué une rente d'invalidité dès le 1er avril 1992, calculée sur la base de son règlement en vigueur au début de son incapacité de travail (avril 1991) qui était, en l'occurrence, moins favorable. C. a assigné la caisse de pension en paiement d'une rente d'invalidité calculée sur la base du règlement en vigueur dès le 1er janvier 1992, et le Tribunal administratif du canton de Genève lui a donné raison par jugement du 1er novembre 1994. La caisse a recouru au Tribunal fédéral des assurances qui a rejeté le recours pour les motifs suivants.

Le Tribunal rappelle d'abord que, selon les principes généraux, en cas de changement de règles de droit, on applique les dispositions en vigueur lors de la réalisation de l'état de fait qui doit être apprécié juridiquement ou qui a des conséquences juridiques, ce qui est aussi valable pour un règlement d'institution de prévoyance. La seule exception en est une disposition transitoire contraire (rétroactivité impropre).

En matière de prévoyance professionnelle, le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de rappeler ce principe (confirmation de la jurisprudence de l'ATF 117 V 221).

Il restait alors à définir, s'agissant de la rente d'invalidité, la notion de l' "état de fait qui a des conséquences juridiques", dont découle le droit à prestations, pour savoir s'il y a lieu de s'arrêter au moment de l'incapacité de travail ou au contraire au moment où celle-ci donne droit aux prestations. Le Tribunal fédéral a jugé que l'incapacité de travail dont il faut tenir compte n'est pas le début de celle-ci, car il s'agit là d'un événement isolé, mais de l'incapacité comme telle qui est un état de fait durable et qui perdure jusqu'au moment où naît le droit aux prestations. Dès lors, ce sont les règles applicables au moment où naît le droit qui font foi et non celles qui étaient en vigueur au moment où est survenue l'incapacité de travail.

Le Tribunal fédéral écarte également l'article 23 LPP qui prévoit que le droit aux prestations ne naît que lorsque la personne était assurée au moment où est survenue l'incapacité de travail dont la cause est à l'origine de l'invalidité. Cette disposition ne prévoit nullement que ce moment coïncide avec la naissance du droit à une rente au sens de l'article 29, 1er alinéa, lettre b, LAI. Cette disposition sert uniquement à définir la survenance de l'incapacité de travail pour éviter des lacunes de couverture d'assurance, notamment si l'employeur, en raison de la maladie, résilie les rapports de travail avant le délai de carence d'une année. De même, l'article 23 LPP permet de régler les compétences entre institutions de prévoyance, en cas de changement d'institution.

Enfin, le Tribunal fédéral rappelle que le changement de règlement n'implique pas un changement de contrat de prévoyance, car il n'y a pas conclusion d'un nouveau contrat, mais uniquement modification unilatérale du règlement par la Fondation.

205 Calcul du salaire coordonné à prendre en considération pour le montant de la rente d'invalidité

(Référence à l'arrêt du TFA dans la cause R., du 22 mars 1996)

(Art. 24 al. 2, art. 24 al. 3 LPP et art. 18 OPP 2)

L'assuré a été mis au bénéfice d'une rente d'invalidité calculée sur la base du salaire coordonné perçu pendant la période d'activité durant l'année en cours et transformé en salaire annuel.

Ayant recouru pour qu'il soit constaté que son salaire était en réalité inférieur à celui qu'il aurait pu percevoir sans l'atteinte à la santé, le TFA a fait remarquer que, sur la base de l'article 18 OPP 2, le salaire coordonné à prendre en considération peut être calculé de trois manières. En l'occurrence, il y a lieu de se fonder sur le règlement de l'institution de prévoyance. Si ce dernier prévoit de tenir compte d'un salaire coordonné qui se fonde sur une moyenne des salaires réalisés au cours des 12 mois qui ont précédé l'invalidité, la caisse ne peut projeter le salaire réalisé sur une plus courte période et le transformer en salaire annuel. Il y a lieu d'appliquer l'article 18 alinéa 2 OPP 2.

En revanche, si au cours de la période considérée, le salaire diminue de manière notable pour cause de maladie, il faut appliquer l'article 18 alinéa 3 OPP 2 pour déterminer le salaire coordonné à prendre en considération pour le calcul de la rente.

206 Prestation de libre passage et retraite anticipée

(Référence à l'arrêt du TFA dans la cause R.V., du 28 février 1996)

(Art 13 et 27 al. 2 (ancien) LPP et 331 b al. 1 (ancien) CO)

Dans cette affaire, l'assuré R.V. est arrivé à l'âge de la retraite réglementaire et son employeur a mis fin, à cette occasion, aux rapports de travail. R.V., s'estimant encore en pleine forme, n'a pas voulu bénéficier d'une retraite anticipée, mais a voulu percevoir son avoir de vieillesse sous forme de prestation de libre passage payée en espèces, afin de financer la fondation de sa propre entreprise.

Invoquant l'arrêt 120 V 306, la caisse a refusé d'accéder à la demande de l'assuré. Le Tribunal cantonal lui a donné raison. L'assuré a porté l'affaire au Tribunal fédéral des assurances qui a confirmé sa jurisprudence antérieure. L'OFAS avait, à cette occasion, soulevé le point de savoir ce qu'il adviendrait si l'assuré était forcé à prendre une retraite anticipée pour des motifs de restructuration économique et qu'il avait trouvé un nouvel emploi; dans cette hypothèse, la prestation à lui verser ne devrait-elle pas être la prestation de libre passage? Le TFA n'a pas statué sur cette question qui ne se posait pas dans le cas d'espèce.

207 Aggravation du degré d'invalidité et augmentation de la rente

(Référence à l'arrêt du TFA dans l'affaire P. (en italien), du 1er mars 1996)

(Art. 23 et 24 al. 1 LPP, 14 et 15 OPP 2,7 al. 2 OLP (ancien)

L'assurée P. a été mise au bénéfice d'une demi-rente d'invalidité pour un degré d'invalidité de 50%, en 1987. Le contrat de travail a été résilié la même année. En 1992, vu la péjoration de l'état de santé, elle a été mise au bénéfice d'une rente entière de l'AI et a demandé à pouvoir percevoir une augmentation de la rente d'invalidité de la caisse de pension. Cette dernière a refusé, arguant le fait qu'elle avait continué à administrer la partie "valide" de l'avoir de vieillesse en vue d'une éventuelle activité partielle et que, dès lors, elle ne pouvait que verser cette dernière partie sous forme de prestation de libre passage, en espèces.

Le tribunal de 1ère instance a ordonné à la caisse de pension de verser une rente entière, se référant à la jurisprudence du TFA en la matière (118 V 45). La caisse a recouru motif pris qu'il s'est écoulé une longue période entre l'invalidité partielle et totale et qu'elle devait être libérée de l'obligation de verser une rente complète.

Le TFA a confirmé sa jurisprudence citée ci-dessus. Si le degré d'invalidité subit une modification qui agit de manière déterminante sur le droit à la rente, celle-ci devra, à l'avenir, être réduite ou augmentée en conséquence. Les articles 14 et 15 OPP 2 ne s'appliquent donc pas à une modification du degré d'invalidité, mais uniquement à un nouveau cas d'assurance. La caisse est donc tenue de verser une rente supérieure si le degré d'invalidité s'aggrave, quelle que soit la période comprise entre le moment où l'assuré a bénéficié la première fois de la rente et l'aggravation de l'invalidité.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 32

191 L'assuré ne peut choisir entre les prestations de vieillesse et la prestation de libre passage

(Référence à un arrêt du TFA, du 29.12.1994, en la cause M. B.)

(Art. 13 al. 1et 2, art. 27 al. 2 LPP, art. 331b al. 1 CO)

Lorsque l'assuré quitte son emploi à un moment où sa caisse de pension prévoit la possibilité d'une retraite anticipée, il n'a droit qu'aux prestations de vieillesse. Même s'il a l'intention de transférer définitivement son domicile à l'étranger, il n'a pas le choix entre la rente et le versement en espèces. Cette jurisprudence du TFA ne permet pas à l'assuré de choisir entre les prestations de vieillesse et la prestation de libre passage, et ceci indépendamment du fait que la personne concernée a réellement l'intention de prendre sa retraite, qu'elle souhaite éventuellement exercer une autre activité lucrative ou qu'elle quitte définitivement la Suisse.

Le TFA motive sa décision de la manière suivante:

Pour les institutions de prévoyance qui envisagent la possibilité d'une retraite anticipée, il faut entendre par survenance du cas d'assurance aux termes de l'art. 27 al. 2 LPP (valable jusqu'au 31.12.1994) non pas le moment où la limite d'âge légale de 65/62 ans est atteinte conformément à l'art. 13 al. 1 LPP, mais le moment où l'assuré atteint la limite d'âge réglementaire pour la retraite anticipée. Par conséquent, il n'existe plus de droit à la prestation de libre passage, subsidiaire par rapport aux prestations de vieillesse, lorsque le contrat de travail est résilié à un âge où le droit aux prestations de vieillesse prend déjà naissance, ne serait-ce qu'au sens d'une retraite anticipée. Cette disposition est applicable non seulement dans le domaine de la LPP, mais aussi dans la prévoyance étendue.

Dans le domaine obligatoire, les caisses de pension peuvent prévoir, conformément à l'art. 13 al. 2 LPP, des dispositions réglementaires selon lesquelles le droit aux prestations de vieillesse prend naissance au moment où se termine l'activité lucrative. Ce moment concerne, suivant cette disposition de la loi, l'activité lucrative concrète aux termes du contrat de travail conclu avec l'employeur, et non pas toute autre activité lucrative future. Pour cette raison, n'est pas déterminant le fait que l'assuré prend effectivement sa retraite, qu'il continue d'exercer une activité lucrative ou qu'il quitte définitivement la Suisse, après que le rapport de travail a pris fin.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 28

174 Mesures de prévoyance

(référence à l'arrêt du TFA du 24.5.1993, en la cause S.R.)

(Art. 73 LPP; art. 1 al. 3, 5 al. 1 et 2,56 LPA; art. 97 al. 1 et 128 CO)

Dans le cadre de la voie d'action devant le juge de première instance, une mesure suspensive ne peut pas être prise en considération faute de base légale. Il est ici nécessaire d'ordonner des mesures provisionnelles.

L'article 56 LPA forme une base dans le droit fédéral pour l'autorité de première instance saisie en matière de mesures provisionnelles dans des affaires concernant la LPP, même si cette dernière prévoit l'action en justice comme voie de procédure.

175 Age de la retraite différent pour les hommes et pour les femmes

(référence à l'arrêt du TFA du 18.6.1993, en la cause S.W.)

(Art. 4 al. 2 Cst.; art. 13, 14 LPP)

Dans son arrêt du 18 juin 1993, le Tribunal fédéral des assurances a décidé que la disposition réglementaire d'une institution de prévoyance de droit public prévoyant qu'un homme qui prend une retraite anticipée à 62 ans reçoit une rente réduite par rapport à celle d'une femme retraitée à 62 ans alors même que ces deux personnes présentent un temps d'assurance complet de 40 années, enfreignait l'égalité des droits entre hommes et femmes inscrite dans la constitution.

Malgré cette inconstitutionnalité; le juge ne peut pas sans autre se mettre à la place du législateur. Il n'existe pas de disposition de droit fédéral ni de principe juridique général relevant du droit fédéral qui obligerait une institution de prévoyance à attribuer une rente de vieillesse non réduite à ses assurés lorsque ceux-ci ont accompli un certain nombre d'années de cotisations. Comme une adaptation des dispositions réglementaires à l'égalité de traitement prescrite dans la constitution a des répercussions sur tout le système de financement d'une institution de prévoyance, ce n'est pas au juge, mais au législateur de procéder à une telle adaptation. Le Tribunal fédéral des assurances a ainsi confirmé sa jurisprudence appliquée dans l'ATF 117 V 318.

176 Contrat d'affiliation; dette de cotisations

(référence à l'arrêt du TFA du 22.3.1993, en la cause S.T.)

(Art. 11, 12, 66 LPP; art. 5 CO)

Dans son arrêt du 22 mars 1993, le TFA a constaté que le fait qu'un contrat collectif avec une société d'assurance-vie ait été signé avec beaucoup de retard par une institution de prévoyance ne change rien à la validité de ce contrat. Sur le plan juridique, un contrat d'affiliation avec une institution de prévoyance à signer par un employeur représente une offre de conclure un contrat au sens de l'article 5 CO. Comme cette offre n'était pas impartie d'un délai et n'a pas non plus été révoquée, le contrat pouvait être signé à un moment ultérieur sans qu'il perde sa validité.

177 Rente d'invalidité; recouvrement de la pleine capacité de travail et interruption du délai d'attente

(référence à l'arrêt du TFA du 30.11.1993, en la cause S.H.)

(Art. 23, 26 al. et 3 LPP; art. 29 al. 1 let b LAI; art. 29ter, 88a al. 1 RAI)

La notion d'invalidité de la prévoyance professionnelle obligatoire et celle de l'assurance-invalidité est fondamentalement la même. Les prestations d'invalidité selon la LPP sont dues par l'institution de prévoyance auprès de laquelle le demandeur de prestations était assuré lorsqu'est survenue l'incapacité de travail dont la cause est à l'origine de l'invalidité.

Les principes contraignants qui découlent de la décision de l'AI (commission AI) valent non seulement pour la fixation du taux d'invalidité mais aussi pour la naissance du droit aux prestations, resp. quant à la question de savoir à partir de quel moment la capacité de travail s'est considérablement détériorée ou quand disparaît l'invalidité.

L'obligation pour l'institution de prévoyance de verser des prestations s'éteint en principe lorsque le délai d'attente selon l'article 29 al. 1 let b RAI est interrompu par le recouvrement d'une pleine capacité de travail de 30 jours consécutifs au moins ou si l'invalidité disparaît après la fin du rapport d'assurance (et, éventuellement, réapparaît ultérieurement avec la même origine).

Comme des solutions schématiques ne sont pas possibles dans de tels cas, il convient d'examiner concrètement de cas en cas si le recouvrement de la pleine capacité de travail est réellement durable, autrement dit si cette dernière a duré sans discontinuité, en principe pendant plus de trois mois. A cet égard, il est déterminant de savoir si la personne assurée a vraiment exercé un travail pendant cette période et si le recouvrement durable de la capacité de travail apparaît vraisemblable en s'appuyant sur les résultats de l'essai de réadaptation professionnelle.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 27

172 Pilier 3a: Condition de l'activité lucrative

(référence à un arrêt du Tribunal fédéral du 12 juillet 1993)

Dans l'arrêt susmentionné, le Tribunal fédéral a confirmé que, pour l'application et le traitement fiscal privilégié de la prévoyance personnelle liée (pilier 3a) au sens de l'Ordonnance sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance du 13 novembre 1985 (OPP 3), la condition exigée est que la personne concernée exerce une activité lucrative

Remarque: dans le cadre des travaux préparatoires de la première révision LPP, on étudie si, à l'avenir, il serait possible, sous certaines conditions, de renoncer à cette condition de l'activité lucrative - du moins en cas de chômage passager - dans le pilier 3a.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 23

140 Jurisprudence: intérêts moratoires en cas de transfert tardif de la prestation de libre passage; nature facultative de l'article 104 al. 1 CO

(à propos de l'arrêt du TFA du 12.12.1991, en la cause M.; ATF 117 V 349)

(art. 104 al. 1 CO)

En vertu de l'arrêt du TFA du 16 février 1989 en la cause D. (ATF 115 V 37),le taux d'intérêt, en cas de transfert tardif de la prestation de libre passage, est fonction en premier lieu de ce qui est stipulé à ce propos dans le contrat de prévoyance. Si rien n'est indiqué dans le contrat, c'est l'intérêt moratoire fixé à 5% dans l'article 104, 1er alinéa CO qui est applicable.

L'OFAS avait déduit, sur la base de cet arrêt, qu'aucun taux d'intérêt inférieur à 5% ne pouvait être fixé dans le règlement (voir à ce propos le bulletin de la prévoyance professionnelle no 12, ch. marg. 70).

Dans la décision qu'il a rendue le 12 décembre 1991 en la cause M. (ATF 117 V 349), le TFA a maintenant établi que l'article 104 alinéa 1 CO est de nature facultative, raison pour laquelle on peut fixer dans le règlement un taux d'intérêt plus élevé ou plus bas que dans ce dernier article. Un taux d'intérêts moratoires de 4% fixé dans les statuts de caisse d'une institution de prévoyance de droit public a été de la sorte considéré comme admissible.

141 Jurisprudence: montant de la prestation de libre passage en cas de licenciement pour raisons économiques; en particulier critères relatifs à un licenciement pour des raisons économiques

(à propos de l'arrêt du TFA du 23.12.1991, en la cause B.)

(art. 27, 28 LPP, art. 331c CO)

Contrairement à ce qui est défini dans les dispositions réglementaires, le TFA autorise le transfert de la prestation complète de libre passage dans des cas exceptionnels et lorsque des conditions préalables très sévères sont remplies. Il considère que celles-ci le sont en cas d'un licenciement pour des raisons économiques. A cet égard, il se base sur une notion qualifiée du licenciement d'ordre économique. Selon le TFA, un tel cas pourrait se produire en cas d'une liquidation complète ou partielle d'une entreprise ou d'une réduction importante des activités de cette dernière, une situation qui aurait pour conséquence que les fonds de prévoyance accumulés ne seraient plus tous nécessaires pour maintenir la prévoyance des collaborateurs assurés restants; donc en cas de faits qui sont très proches de l'interdiction d'abus d'un droit au sens de l'art. 2 al. 2 CCS. Dans ce domaine, une intervention judiciaire dans la liberté d'organisation accordée aux institutions de prévoyance dans le secteur surobligatoire (art. 49 LPP) peut être envisagée exceptionnellement lorsque l'application du droit doit être considéré comme complètement inutile, voire inopportun. En l'espèce, les circonstances n'étaient pas telles que définies ci-dessus. Le recourant a en effet été congédié suite à une affaire d'escroquerie dans laquelle il n'était pas impliqué directement ou indirectement; il était en revanche chef du service ayant la plus grande part de responsabilité dans cette affaire.

142 Jurisprudence: poursuite de la couverture d'assurance; délai d'attente fixe pour la prestation d'invalidité; prestation d'invalidité en cas d'augmentation du degré d'invalidité: quelle institution de prévoyance est mise à contribution lors du changement d'institution de prévoyance?

(à propos de l'arrêt du TFA du 16.3.1992 en la cause M.)

(art. 10 al. 3; art. 23; art. 24 al. 1, art. 26 LPP; art. 29 al. 1 let. b LAI)

Le TFA a décidé dans ce jugement qu'au terme de l'article 10 alinéa 2 LPP, l'obligation d'être assuré cesse en cas de dissolution des rapports de travail. Il est donc important de savoir si les rapports de travail ont légalement pris fin et à quel moment; l'exercice effectif ou la cessation effective du travail n'est pas déterminant. En cas de nouvel engagement du salarié avant l'expiration du délai de 30 jours durant lequel l'assurance est maintenue, c'est la nouvelle institution de prévoyance qui est compétente.

Une disposition réglementaire est contraire à la loi si, dans le secteur de l'assurance obligatoire également, le droit aux prestations d'invalidité ne pourrait prendre naissance, en principe, qu'après un délai de carence de 24 mois pour un degré d'invalidité de 50 % au moins. Ceci n'est pas compatible avec l'article 26 alinéa 1 LPP en corrélation avec l'article 29 alinéa 1 lettre b LAI (délai d'attente d'une année). Tant que le droit à une prestation d'invalidité est mis en question pour un degré d'invalidité de 50 % au moins, le délai d'attente d'une année auquel la disposition réglementaire ne peut rien changer est déterminant en vertu de la loi. En revanche, le droit à une prestation d'invalidité pour un degré d'invalidité de moins de 50 % doit être, le cas échéant, subordonné à l'existence du délai d'attente réglementaire de 24 mois.

Dans ce même arrêt, le TFA s'est prononcé sur la question de savoir quelle institution de prévoyance est tenue de verser les prestations lorsque l'invalidité d'une personne assurée a empiré et qu'entre-temps un changement de caisse a eu lieu.

Le TFA a d'abord établi que les principes sur lesquels se base la Commission de l'assurance-invalidité (CAI) pour prendre sa décision valent non seulement pour établir mais aussi pour faire naître le droit à la rente, par conséquent lorsque la question se pose de savoir quand la capacité de travail s'est sensiblement dégradée.

La notion de survenance de l'incapacité de travail dont la cause est à l'origine de l'invalidité, inclut également un accroissement sensible de l'incapacité de travail après la dissolution des rapports de travail et après que le délai de poursuite de l'assurance soit échu. S'il incombe à l'institution de prévoyance pour une incapacité de travail qui est survenue pendant la durée d'assurance, de servir une prestation d'invalidité, elle est toujours tenue de verser cette dernière lorsque le degré d'invalidité se modifie après la cessation des rapports de travail. Selon l'article 23 LPP, l'événement assuré est uniquement la survenance d'une importante incapacité de travail, indépendamment du moment et du degré d'invalidité qui ont fait naître le droit à la prestation d'invalidité. La qualité d'assuré ne doit être donnée que lors de la survenance de l'incapacité de travail, en revanche pas forcément aussi au moment de la survenance ou de l'aggravation de l'invalidité. Il revient donc à l'ancienne institution de prévoyance de servir la prestation d'invalidité unique si l'incapacité de travail est survenue pendant la durée d'affiliation à l'assurance même lorsque le degré d'invalidité s'est modifié après la cessation des rapports de travail. Par analogie, la suppression de la qualité d'assuré auprès de cette institution de prévoyance n'entraîne pas automatiquement l'extinction du droit aux prestations.

143 De la délimitation entre institutions d'assurance et institutions qui n'ont pas le caractère d'assurance (fonds de prévoyance ou fonds de bienfaisance patronal); compétence du Tribunal féd. des assurances

(à propos de l'ATF du 13.9.1991 dans l'ATF 117 V 214, Pr 1992 no 69)

(art. 73 LPP; art. 89bis CC)

Le TFA devait examiner en l'espèce s'il était compétent pour évaluer un recours de droit administratif. La fondation active dans le régime extra-obligatoire de la prévoyance professionnelle a contesté sa légitimation passive en insistant sur le fait qu'en tant que fonds de bienfaisance patronal elle n'avait pas le caractère d'assurance.

Le Tribunal fédéral des assurances a trouvé que cette objection de la fondation n'était pas valable. En effet, l'on ne pourrait nier que cette institution présente toutes les caractéristiques d'un fonds de bienfaisance patronal (financement propre par la firme fondatrice, représentation exclusive de la fondatrice dans le conseil de fondation, manque de régularité dans le financement, complément de la caisse de pension enregistrée de la fondatrice). Ces caractéristiques ne concerneraient toutefois que le point de vue du financement et pas le domaine des prestations.

Quant à l'application de la voie judiciaire préconisée à l'art. 73 LPP le fait déterminant serait notamment que la fondation octroierait aux destinataires les droits aux prestations lors de la survenance des risques assurés et n'aurait pas en vue simplement des prestations bénévoles. Le critère permettant de fixer la limite entre les institutions ayant un caractère d'assurance et celles qui n'en ont pas serait justement le fait que dans le premier cas des droits aux prestations auraient été fondés qui n'existeraient pas dans les institutions n'ayant pas le caractère d'assurance.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 21

128 Jurisprudence: Age de la retraite différent pour les assurés hommes et femmes et principe constitutionnel de l'égalité de traitement entre hommes et femmes

(à propos de l'arrêt du TFA du 17.12.1991 en la cause Z.)

(art. 4, 2e al., cst.)

Un assuré peut-il exiger que son institution de prévoyance lui verse une rente de vieillesse non réduite lorsqu'il 'atteint l'âge de 62 ans révolus, alors même que les statuts de ladite institution ne prévoient d'octroyer de telles rentes aux hommes qu'après que ceux-ci ont atteint 65 ans révolus? Un assuré était

d'avis que l'âge de la retraite différent pour les hommes et les femmes, inscrit dans les statuts de l'institution de prévoyance, violait l'article 4, 2e alinéa, cst. et que le juge devait remédier au fait que le législateur s'abstenait de procéder à toute adaptation. L'institution de prévoyance ne contestait certes pas l'interprétation de la norme statutaire ni son anticonstitutionnalité fondamentale. Elle rétorquait seulement que l'abolition de cette règle inégale ressortissait au législateur et non pas au juge.

Le TFA estime cependant qu'en l'espèce le juge n'est pas compétent pour obvier à cette violation évidente du principe constitutionnel de l'égalité de traitement. Il ajoute que plusieurs aspects dont la multiplicité des règles envisageables ne permettent pas d'aboutir à une solution par la voie d'un arrêt jurisprudentiel. Cela signifie que l'âge de la retraite applicable aux hommes et femmes ne saurait être fixé avant tout à partir du principe de l'égalité de traitement, d'autant plus qu'il s'agit là clairement d'un problème politique. Il est en outre primordial que l'institution de prévoyance concernée fonctionne avec le principe de la primauté des prestations. Ces dernières sont alors déterminées par des avantages concrets dans les statuts. De tels objectifs à atteindre en matière de prestations doivent être garantis et financés, ce qui requiert un programme précis et exhaustif. Un abaissement de l'âge de la retraite aurait cependant des conséquences étendues et obligerait l'institution de prévoyance à réorganiser les fondements de son financement ainsi que les modalités de celui-ci. Ces considérations ont pour conséquence une normalisation sous une forme satisfaisante au plan légal, à savoir par le législateur. De plus, il n'est pas possible de comparer l'affaire en question avec le cas jugé récemment par le TFA qui a accordé une rente de veuf à un assuré - la norme considérée comme étant contraire à la constitution n'ayant pas été appliquée. Le TFA a alors jugé essentiel que le respect du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes ne s'accompagnait pas d'un remaniement fondamental de l'institution de prévoyance assujettie, et cela d'autant moins que, selon les statuts, la rente de veuve était déjà prévue en tant que telle.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 20

123 La notion de droit acquis

(A propos de l'arrêt du Tribunal fédéral du 24 août 1991 dans la cause P. contre caisse de pension des employés du Tessin)

(art. 13 al. 1 et 2,; art. 91 LPP; art 4 cst.)

L'assuré, employé du canton du Tessin, est affilié à la Caisse de pension de cette institution. A l'époque de son engagement, la Caisse de pension comportait une disposition relative à la mise à la retraite en vertu de laquelle il fallait avoir atteint l'âge de 60 ans et totalisé au moins 40 années de service. Par la suite, cette disposition a été modifiée et il fallait avoir atteint l'âge de 65 ans ou bien totaliser 40 ans de service. Suite à une fusion entre cette caisse et une autre caisse cantonale, il y a eu quelques modifications en particulier concernant l'âge de la retraite. On est revenu au système selon lequel l'assuré pouvait partir à la retraite s'il avait atteint l'âge de 60 ans et qu'il totalisait au moins 40 années de services. Cette modification a par la suite été entérinée par une modification de la loi relative à la caisse de pension du canton du Tessin (loi cantonale), qui a repris la disposition telle quelle.

En revanche, avec cette modification, il a été précisé que les nouveaux montants des salaires assurés ne pourraient pas être inférieurs à ceux qui étaient valables précédemment, et que les droits acquis sous l'ancien droit sont intégralement maintenus; les prestations payées antérieurement ne sont pas modifiées par l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, mais elles sont revalorisées. Pour le surplus, toutes les éventualités couvertes par la caisse qui se réaliseront après l'entrée en vigueur de la loi seront réglées par les nouvelles normes. En d'autres termes, les droits acquis sous l'empire des législations antérieures sont respectés, alors que la réalisation des risques assurés est soumise au nouveau droit.

L'intéressé, lui, se fondant sur la garantie des droits acquis, a demandé de pouvoir bénéficier d'une retraite se basant sur l'ancien droit à la retraite fondé sur l'accomplissement de 40 ans de service ou la limite d'âge de 65 ans. La Caisse a refusé sa mise à la retraite, motifs pris qu'il devait cumuler les conditions d'âge et de durée de service. Elle se fondait, pour cette décision, sur les nouvelles normes juridiques. Dans son recours au Tribunal fédéral, l'assuré demande à pouvoir bénéficier des droits acquis.

Le Tribunal fédéral se penche sur la question des droits acquis en matière de contestation pécuniaire. D'après le Tribunal fédéral, selon une jurisprudence récente, les prétentions pécuniaires des fonctionnaires ne deviennent nullement des droits acquis. Le rapport de service, en ce qu'il revêt un caractère de droit public, est soumis à la législation qui s'y rapporte ainsi qu'à l'évolution de celle-ci, pour ce qui est des aspects patrimoniaux. Les prétentions de salaire et les prétentions relatives à la pension peuvent constituer des droits acquis seulement dans la mesure où la loi définit les rapports une fois pour toutes et les soustrait aux effets de l'évolution de celle-ci, ou bien lorsqu'il s'agit de garantie donnée en relation avec un rapport de service unique (référence à l'ATF 107 la 194 consid. 3a, 106 la 166 consid. la, 101 la 445 consid. 2a).1

Ces deux hypothèses ne se réalisent pas dans la présente affaire. Les droits d'un fonctionnaire qui atteint l'âge pour obtenir une retraite anticipée ne font pas partie des droits qui peuvent être considérés comme des droits acquis. En particulier, le Tribunal fédéral admet que le législateur puisse modifier, sans tomber dans l'arbitraire ou la violation du principe de l'égalité de traitement, les droits pécuniaires des fonctionnaires.

Dans le cas d'espèce, cependant, à la suite des différentes modifications de cette loi, il se pose la question de savoir si l'introduction des critères cumulatifs serait arbitraire ou violerait le principe de l'égalité de traitement. Dans cette même modification, il a été introduit le principe d'un pensionnement anticipé pour tous les employés de l'Etat en substituant aux critères alternatifs (65 ans d'âge ou bien 40 ans de service) le critère cumulatif de 60 ans d'âge et 40 années de service. Il y a eu, d'après le Tribunal fédéral, une discrimination pour les fonctionnaires qui passent avant leur 60ème année à 40 ans de service mais d'un autre côté, il y a eu une mesure de faveur pour ceux qui auraient eu 40 ans de service entre leur 60ème et 65ème anniversaire. Le Tribunal fédéral admet en substance, qu'indépendamment de problèmes pécuniaires que soulève cette réglementation, l'on ne peut conclure que la modification législative introduite qui a limité certains droits pour en étendre d'autres puisse être considérée comme de l'arbitraire ni violer le principe de l'égalité de traitement. Par conséquent les droits acquis ne sauraient être sauvegardés en l'espèce.

124 Jurisprudence: Versement en espèces de la prestations de libre passage lorsqu'un indépendant dénonce son assurance facultative.

(A propos de l'arrêt du TFA du 22 août 1991, dans la cause V.) (Art. 30 al. 2 lettre b LPPj art. 331c al. 4 lettre b ch. 2 COi art. 7 al. 2 lettre b ch. 2 de l'ordonnance sur le maintien de la prévoyance)

Dans un article paru dans le bulletin de la prévoyance professionnelle No 11, sous chiffre 59, et repris dans la RCC 1989, p. 151, l'OFAS partait du principe que le versement en espèces de la prestation de libre passage à un indépendant qui démissionne d'une institution de prévoyance ne peut intervenir qu'à la condition que sa situation économique s'apparente à celle d'un salarié qui s'établit à son compte. Une telle situation ne se présente que lorsque l'assuré exerce une activité lucrative indépendante qui n'a plus aucun lien avec celle qu'il a exercée jusqu'alors. Le TFA dans la cause citée en exergue ne partage pas ce point de vue et, pour les raisons qui sont reproduites ci-après, estime que cette théorie se fonde sur une interprétation erronée de la loi.

Ce qui caractérise l'indépendant du salarié c'est précisément le fait qu'il exerce une activité lucrative à son propre compte et non pour le compte d'un employeur. Dès lors, un indépendant affilié à une

institution de prévoyance que ce soit à titre obligatoire ou facultatif ne peut jamais se trouver dans la situation envisagée par les dispositions légales citées ci-dessus, qui lui sont donc inapplicables, même par analogie.

D'autre part, le besoin de protection sociale qui est à l'origine des restrictions au droit des assurés de disposer du montant de la prestation de libre passage sous la forme d'un paiement en espèces n'existe pas à l'égard de l'indépendant qui met fin au rapport de prévoyance avant la survenance d'un cas d'assurance. C'est en tout cas ce qu'il faut déduire logiquement du fait que le législateur a précisément voulu faire une exception au principe du non-versement en espèces de la prestation de libre passage dans le cas du salarié qui devient indépendant et cesse d'être soumis à l'assurance obligatoire. Cette double exigence est toujours réalisée par l'indépendant qui s'affilie à titre facultatif à une institution de prévoyance et elle le reste quand il décide de mettre fin à son affiliation.

On doit dès lors conclure qu'il n'existe aucune restriction légale au droit d'un indépendant assuré à titre facultatif d'exiger le paiement en espèces de sa prestation de libre passage lorsqu'il décide de mettre fin à son assurance facultative. Il ne saurait dès lors être question d'une quelconque inégalité de traitement entre l'assuré salarié et l'assuré de condition indépendante puisque c'est justement cette différence de statut qui justifie, selon la volonté du législateur, le versement en espèces de la prestation de libre passage à la fin du rapport de prévoyance.

125 Droits acquis

(A propos de l'arrêt du TFA du 27 mai 1991 en la cause W.) Art. 91 LPP; art. 331b CO; art. 89bis al. 6 CCS)

Dans le cas présent, l'assurée estime avoir droit aux prestations de libre passage selon l'ancien règlement plus avantageux, en vigueur jusqu'à la fin de 1984. De 1973 à la fin du mois de juillet 1984, elle était employée dans l'entreprise en question qui a constitué au 1er janvier 1985, en matière de prévoyance professionnelle une autre fondation couvrant le minimum requis par la LPP. Vers cette date, la fondation de prévoyance en faveur du personnel déjà existante mais pas encore enregistrée, a été révisée et, entre autres modifications, le barème de libre passage commence désormais après la 5e année de cotisation, avec une majoration de 15 pour cent (contre 25% dans l'ancien règlement). L'assurée était affiliée aussi bien à la caisse LPP qu'à la fondation de prévoyance en faveur du personnel, non enregistrée.

Il était incontesté, lors de la résiliation du rapport de travail, que le montant de l'avoir de vieillesse acquis par l'assurée lui revient, dans le cadre de l'engagement, selon l'art. 28 al. 1 de la LPP.

La question était cependant de savoir quel règlement devait être appliqué pour la prestation de la fondation de prévoyance en faveur du personnel. D'après le calcul de l'ancien règlement, la prestation de libre passage est incontestablement plus élevée. Le règlement modifié, passé formellement en force de chose jugée au 1er janvier 1985, est cependant appliqué rétroactivement au préjudice de l'assurée, si aucun droit acquis ne s'oppose à la nouvelle réglementation sur le libre passage, ce qui a été nié ici.

La garantie des droits acquis fixée dans la LPP (art. 91) ne s'applique pas ici, puisque cette institution revêt la forme d'une fondation de prévoyance non enregistrée, pour laquelle seules les disposition de la LPP citées dans l'article 89bis al. 6 du CCS ont une valeur impérative; sont applicables entre-temps les dispositions du Code des obligations, qui prévoient dans le cas des institutions de prévoyance en faveur du personnel que lors de la cessation du rapport de travail, le travailleur a droit a une prestation de libre passage correspondant au moins aux montants versés, déduction faite du montant destiné à la couverture des risques pendant la durée du rapport de travail. Si les cotisations ont porté sur cinq années ou davantage, la créance du travailleur comprend une part équitable, eu égard aux années de cotisations, de la réserve mathématique calculée au moment où le contrat prend fin (art. 331b al. 2 CO). L'institution de prévoyance doit fixer dans son règlement le montant auquel s'élève la créance du

travailleur (art. 331b al 3bis CO). Ces dispositions ont un caractère relativement coercitif et ne peuvent pas être modifiées au préjudice du travailleur.

Les dispositions légales coercitives valent comme droits acquis et ne peuvent être retirées au destinataire. La seule obligation dans le cas présent réside dans le droit fondamental au libre passage, le droit à une créance correspondant au moins à ses propres contributions conformément à l'article 331b du CO et, dans le cadre de cette disposition, au barème mobile de libre passage en découlant pour le calcul de la participation de l'employeur. En règle générale, aucune valeur précise ne découle de la loi et, par suite, aucun droit acquis, pour la calculation des prestations de libre passage. Les limites fixées par le règlement ne deviennent droit acquis que si le barème existant est déclaré immuable en vertu du règlement. En outre, les droits acquis peuvent prendre naissance dans la pratique, lorsqu'ils sont basés sur une garantie spéciale qui doit être respectée selon le principe de la bonne foi.

Pour des raisons de rationalisation du travail, l'OFAS ne rédigera plus à l'avenir la totalité de ses bulletins en allemand et en français. Il faut plutôt se rallier à l'idée - en usage également pour les périodiques spécialisés privés - d'un texte rédigé dans la langue maternelle de l'auteur accompagné d'un résumé de l'essentiel traduit dans l'une des principales langues officielles en Suisse.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 17

103 Jurisprudence: Fixation du salaire coordonné dans le cas d'un travailleur payé à l'heure et qui reçoit son salaire chaque mois

(A propos du jugement du Tribunal fédéral des assurances du 15 juin 1989, ATF 115 V 94)

(Art. 7 et 8, LPP; art. 3, 2e al., OPP 2)

Dans le cas d'espèce, le recourant, rétribué à l'heure, exigea que la fixation du salaire coordonné ne s'établisse pas, comme présentement, sur une base mensuelle, mais journalière. Conformément à son règlement, la caisse de pension était autorisée à faire usage des possibilités consacrées à l'article 3, 2e alinéa, OPP 2, en vertu duquel une institution de prévoyance peut s'écarter du salaire annuel et déterminer le salaire coordonné par période de paie.

Le TFA considéra que l'application par une institution de prévoyance d'une réglementation particulière dans le sens de l'article 3, 2e alinéa, OPP 2, n'est liée à aucune condition particulière. En particulier, cette disposition n'exige pas que la déduction de coordination pour un travailleur payé à l'heure soit convertie sur une base journalière. Au contraire, il ressort du texte clair de la disposition précitée qu'il s'agit bien plutôt de la période de paie qui est prise en considération pour le versement du salaire. Une réglementation particulière pour l'enregistrement des bonifications de vieillesse qui ne repose pas sur un versement périodique du salaire ne peut être raisonnablement exigée des institutions de prévoyance. Un calcul du salaire coordonné sur une base journalière - comme le demande le recourant - serait d'autre part contraire au but visé par l'article 3, 2e alinéa, OPP 2, qui est de faciliter la simplification des tâches administratives en permettant aux caisses de déterminer sans difficultés particulières le salaire coordonné des assurés.

Le TFA ne s'est en revanche pas prononcé sur la question de savoir si une institution de prévoyance - lorsque le salaire est payé par jour et qu'elle s'écarte du salaire annuel - est également tenue de se référer au salaire journalier pour la détermination du salaire coordonné, ou si elle est habilitée à calculer le salaire coordonné sur une base mensuelle par exemple.

Le TFA a également laissé ouverte la question de savoir si une institution de prévoyance peut directement appliquer l'article 3, 2e alinéa, OPP 2, ou si elle doit, à cet effet, s'appuyer expressément sur une disposition de son règlement, comme c'est le cas dans le cadre de l'alinéa 1.

104 Cas de rachat d'années d'assurance

(A propos du jugement du TFA du décembre 1989 dans la cause J.)

(Art. 29 LPP; art. 331 c CO; art. 4 Cst. féd.)

Dans un récent arrêt le Tribunal fédéral des assurances a jugé que les institutions de prévoyance doivent aussi observer les droits déduits de l'article 4 de notre constitution, notamment le droit à l'égalité et le droit d'échapper à l'arbitraire ainsi que le principe de la proportionnalité. En particulier, elles ne peuvent restreindre les droits de leurs affiliés que dans la mesure objectivement nécessaire aux relations issues de la prévoyance professionnelle. Partant, en cas de rachat d'années d'assurance au moyen de la prestation de libre passage, l'institution de prévoyance ne peut utiliser le montant transféré que pour faire remonter l'affiliation, au plus, à l'âge d'entrée qui fonde le droit à une rente de vieillesse maximum (in casu l'âge de 30 ans). Elle ne saurait faire supporter à l'assuré le coût d'un rachat jusqu'à un âge antérieur (in casu l'âge de 19 ans).

Pour ce qui est du solde éventuel de la prestation de libre passage, l'assuré a la faculté de l'affecter à une forme de prévoyance agréée par la législation.

107 Jurisprudence: Versement en espèces de la prestation de libre passage; notion de "montant insignifiant"

(A propos de l'arrêt du TFA du 23 avril 1990 en la cause Z)

(Art. 30, 1er al., LPP; art. 331c 4e al., CO)

En l'espèce, le recourant, affilié pendant dix mois à une institution de prévoyance n'a pas droit au versement en espèces de la prestation de libre passage au sens de l'art. 30, al. 1,LPP, et ce même si les statuts de l'institution de prévoyance le permettent.

Reste à examiner si un versement partiel en espèces, concernant la prévoyance plus étendue, peut être effectué sur la base de l'art. 331c, al. 4, lettre a, CO, en raison de l'insignifiance du montant de la créance.

La notion de montant insignifiant n'a pas à être tranchée en fonction d'une limite exprimée en francs. Il faut tenir compte de l'ensemble des circonstances, par exemple, de l'âge du travailleur, du niveau de son revenu.

Les institutions de prévoyance ont aussi la possibilité de définir, dans leur règlement, la notion de créance de peu d'importance, mais cette interprétation est sujette au contrôle du juge.

Selon le TFA, la question d'un versement en espèces de la prestation de libre passage en raison de l'insignifiance du montant de la créance ne se pose que si la prestation de libre passage découlant du CO est plus élevée que celle qui est calculée conformément à la LPP, étant donné que la LPP exclut, pour sa part, la possibilité d'un versement au comptant. Il y a donc lieu, pour déterminer si la créance équivaut à une somme insignifiante ou non, de considérer la part qui excède le montant de l'avoir de vieillesse selon la LPP, laquelle fera, le cas échéant, l'objet du versement en espèces.

Dans le cas d'espèce, le TFA a admis que le montant extra-obligatoire de 1'656.- francs peut être considéré comme insignifiant, car inférieur à la somme des cotisations de l'assuré pendant une année (2'646.- fr.).

Dans l'hypothèse où la totalité de la prestation de libre passage a déjà été versée à une nouvelle institution de prévoyance, l'ancienne caisse peut en demander le remboursement partiel à la nouvelle caisse. Elle devra ensuite rétrocéder ce montant à l'ayant droit.

108 Jurisprudence: Compatibilité de l'article 25, 1er alinéa, OPP 2 avec le droit fédéral? (Coordination avec l'assurance-accidents)

(A propos du jugement du TFA du 31 août 1990 dans la cause M.D.C.I.)

(Art. 34, 2e al., LPP; art. 25, 1er al., OPP 2)

En vertu de l'article 25, 1er alinéa, OPP 2, une institution de prévoyance peut exclure le versement de prestations de survivants ou d'invalidité lorsque l'assurance-accidents ou l'assurance-militaire est mise à contribution pour le même cas d'assurance. Se fondant sur une disposition de son règlement qui reprend l'article 25, 1er alinéa, OPP 2 dans son intégralité, une institution de prévoyance a refusé d'octroyer des prestations de veuve et d'orphelins suite au décès de l'assuré. La veuve, de son côté, a estimé que l'article 25, 1er alinéa, OPP 2 était contraire au droit fédéral et que l'institution de prévoyance était tenue de verser des prestations jusqu'à concurrence du 90 % du gain annuel dont on peut présumer que l'intéressé est privé, conformément à l'article 24, 1er alinéa, OPP 2 (avantage injustifié). Le Tribunal fédéral des assurances, dans l'arrêt précité, lui a donné raison, sur la base des considérations suivantes:

Le TFA avait à se prononcer tout d'abord sur la conformité de l'article 25, 1er alinéa, OPP 2 avec le droit fédéral, en l'occurrence, l'article 34, 2ème alinéa, LPP. En vertu de ce dernier, le Conseil fédéral est chargé d'édicter des prescriptions afin d'empêcher que le cumul des prestations ne procure un avantage injustifié à l'assuré ou à ses survivants. En cas de concours de prestations prévues par la LPP avec des prestations prévues par la LAA ou par la LAM, la **priorité** sera donnée en principe aux prestations prévues par l'assurance-accidents ou l'assurance-militaire.

Le TFA a estimé dans ce contexte que l'utilisation du mot "priorité" signifie certes qu'il appartient aux assurances visées d'intervenir en premier lieu, mais non que cette intervention soit exclusive de toutes autres. Si le législateur avait voulu exclure ici le versement de prestations par l'institution de prévoyance, indépendamment de tous risques de surindemnisation, il en aurait certainement formulé le principe dans le texte légal et des dispositions d'exécution eussent été à ce propos superflues. Il relève par ailleurs que cette interprétation correspond au but de la prévoyance professionnelle qui est, selon l'ordre constitutionnel, de permettre aux bénéficiaires de maintenir de façon appropriée le niveau de vie antérieur compte tenu des prestations de l'assurance fédérale (art. 34quater, al. 3, Cst.). Le TFA estime également que l'analyse des travaux préparatoires ne démontre pas qu'une telle interprétation irait à l'encontre de la volonté clairement exprimée du législateur. Ces derniers ne révèlent nulle part une volonté de refuser purement et simplement, dans l'hypothèse envisagée, les prestations de la prévoyance professionnelle. En d'autres termes, la solution adoptée à l'article 25, 1er alinéa, OPP 2 par le Conseil fédéral peut conduire, dans certains cas, à une indemnisation lacunaire des assurés ou de leurs survivants. Elle s'écarte donc du but visé, qui est uniquement d'empêcher que le cumul des prestations ne procure un avantage injustifié aux intéressés. Dans ce sens, l'article 25, 1er alinéa, LPP ne respecte pas la délégation législative conférée par l'article 34, 2ème alinéa, LPP.

109 Jurisprudence: Droit à une rente de veuf

(A propos du jugement du TFA du 23 août 1990 dans la cause K.).

(Art. 4, 2e al., Cst. féd., art. 6 et 19 LPP)

Dans les statuts d'une institution de prévoyance de droit public, il est prévu que le veuf a droit à une rente de veuf seulement dans le cas où la femme décédée subvenait de façon substantielle à l'entretien du mari survivant. Par contre, l'octroi de la rente de veuve n'était liée à aucune condition particulière si ce n'est le décès du rentier ou de l'assuré.

Le recourant estima que cette disposition était contraire à l'article 4, 2e alinéa, Cst. féd. (égalité de traitement entre homme et femme).

Le TFA rappelle que depuis l'entrée en vigueur de l'article 4, 2e alinéa, Cst. féd., une différentiation de traitement entre homme et femme n'est concevable que lorsque la différence biologique ou fonctionnelle due au sexe exclut absolument une égalité de traitement. Le Tribunal constate que le législateur cantonal a fixé des conditions différentes pour l'octroi des rentes de veuf ou de veuve, en se fondant exclusivement sur des considérations dues au sexe et que ne justifie aucune différence d'ordre biologique ou fonctionnel.

Le TFA examine ensuite quelles conséquences tirer de cette violation de la Constitution fédérale.

S'agissant des prescriptions inconstitutionnelles datant d'avant le 14 juin 1981 (date de l'entrée en vigueur de l'article 4, 2e alinéa, Cst. féd.), c'est en principe au législateur qu'incombe la tâche de mettre en œuvre sans retard le principe de l'égalité en modifiant les dispositions qui lui sont contraires. Toutefois un certain délai doit être reconnu au législateur cantonal pour réaliser le mandat constitutionnel dans sa législation.

Le recourant peut en revanche, sur la base de l'article 4, 2e alinéa, Cst. féd., invoquer sans autre l'annulation de la décision ou de la loi attaquée dans l'hypothèse où l'acte jugé contraire à la constitution a été adopté après le 14 juin 1981.

Dans le cas d'espèce, il s'agit d'une norme qui, dans son contenu actuel, a été adoptée après 1981. Selon l'avis du TFA, il ne s'agit pas, dans le cas présent, de l'introduction d'une nouvelle forme de prestation qui n'aurait pas été assurée jusque-là par l'institution de prévoyance - ce qui, le cas échéant, serait surtout l'affaire du législateur. Cependant, aussi longtemps que les veuves reçoivent dans le cadre de la prévoyance plus étendue une rente de veuve qui n'est liée à aucune condition particulière ni à aucun aspect d'assistance, il doit, au vu de la Constitution, en être de même et selon les mêmes critères pour ce qui est de l'octroi de la rente de veuf, prévue dans la législation cantonale. Le recourant a par conséquent droit à une rente de veuf.

Le fait que la LPP ne connaisse que la rente de veuve (art. 19 LPP) n'y change rien. Cette disposition ne constitue qu'une exigence minimale selon l'article 6 LPP, qui ne libère pas les cantons de l'obligation, dans le domaine de la rente de veuf à titre de prévoyance plus étendue, de respecter le principe de l'égalité entre les sexes.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 15

92 Transfert de la prestation de libre passage d'une institution de prévoyance à l'autre et utilisation du solde de la prestation de libre passage non employé pour le rachat dans la nouvelle institution

(Référence à un arrêt du TFA du 18 mai 1989 en la cause St.)

(art. 29, 49 LPP; art. 2, 13 OMPLP; art. 331c CO)

St. passa en date du 1er janvier 1987 d'une institution de prévoyance à une autre. Conformément aux statuts il se racheta dans la nouvelle institution de prévoyance jusqu'à sa 30e année. La somme de rachat était toutefois inférieure à la prestation de libre passage fournie par l'ancienne institution de prévoyance. St. demanda que soit constitué un compte de libre passage en sa faveur pour le montant du capital non requis par le rachat. La nouvelle caisse refusa d'accéder à cette demande.

Il y lieu de confirmer, dans le cadre de l'assurance obligatoire LPP, l'obligation de transférer la prestation de libre passage selon l'article 29, 1er alinéa, LPP à la nouvelle institution de prévoyance. Cela ressort d'une part de l'article 29, 3e alinéa, LPP, que le maintien de la prévoyance ne peut être garanti au moyen d'une police de libre passage ou par une forme équivalente, que si ledit montant ne peut être transféré à une nouvelle institution de prévoyance ni laissé auprès de l'ancienne. Le transfert des prestations de libre passage répond ainsi, également, aux exigences de la protection fournie par la prévoyance

obligatoire minimale (cf. à ce propos le Bulletin no 3, ch.m. 18). Pour les institutions de prévoyance dont les prestations sont supérieures à celles de la prévoyance minimale LPP ("caisses enveloppantes") c'est l'unique façon de prouver que leurs prestations correspondent en tout temps à celles de la prévoyance obligatoire LPP.

Dans le domaine de la prévoyance plus étendue, le transfert de la prestation de libre passage dans la nouvelle institution de prévoyance procède des mêmes réflexions que pour le secteur de l'assurance obligatoire (cf. Bulletin no 3, ch. m. 18).

Lorsque la prestation de libre passage pré-, sur- et sous-obligatoire versée à l'assuré par la dernière institution de prévoyance ne peut être utilisée conformément au règlement de la nouvelle institution de prévoyance pour le maintien de sa prévoyance professionnelle étendue, l'assuré peut affecter cette part excédentaire de la prestation de libre passage en choisissant l'une des possibilités que la loi prévoit pour le maintien de la prévoyance. L'institution de prévoyance ne peut lui refuser ce droit en argumentant qu'elle peut adopter le régime de prestations, le mode de financement et l'organisation qui lui conviennent (art. 49, 1er al., LPP). Le tribunal relève que l'institution de prévoyance est tenue, de par la Constitution, au respect du droit à l'égalité, à l'interdiction de l'arbitraire et au principe de la proportionnalité. En particulier, elle ne peut limiter les droits des assurés que dans la mesure objectivement nécessaire aux relations issues de la prévoyance professionnelle. Le tribunal considère dès lors comme une limitation injustifiée que l'institution de prévoyance prive l'assuré, comme dans le cas présent, des possibilités que la loi lui offre pour maintenir la prévoyance.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 13

79 Notion et évaluation de l'invalidité par les institutions de prévoyance

(Référence aux arrêts du TFA du 23 juin 1989 en la cause H. et S.)

(art. 6, 23, 24, 49, 2e al., LPP' art. 84 LAVS en corrélation avec l'art. 69 LAI, art. 76 RAI)

Dans les deux cas, le TFA statue sur la notion de l'invalidité et son évaluation par l'institution de prévoyance. Le TFA constate que la LPP ne définit pas la notion de l'invalidité, mais qu'elle renvoie. l'assurance-invalidité.

Dans le domaine de l'assurance obligatoire (donc dans le domaine où la rente d'invalidité se calcule d'après l'avoir de vieillesse à prendre en considération selon l'art. 24, 2e al., LPP), il existe un rapport étroit, voulu par le législateur, entre le droit à une rente de l'assurance-invalidité fédérale et celui à une rente du deuxième pilier. Il en découle une similitude fondamentale de la notion de l'invalidité dans le domaine obligatoire de la prévoyance professionnelle et dans celui de l'assurance-invalidité. On peut ainsi définir la notion d'invalidité comme la diminution permanente ou de longue durée résultant d'une atteinte à la santé assurée des possibilités de gain sur le marché du travail équilibré qui entre en ligne de compte pour l'intéressé. Pour l'évaluation de l'invalidité, le revenu du travail que l'invalide pourrait obtenir en exerçant l'activité qu'on peut raisonnablement attendre de lui, après exécution éventuelle de mesures de réadaptation et compte tenu d'une situation équilibrée du marché du travail, est comparé au revenu qu'il aurait pu obtenir s'il n'était pas invalide (art. 28, 2e al., LAI).

En revanche, dans le domaine de la prévoyance plus étendue il est loisible aux institutions de prévoyance, en vertu de l'autonomie qui leur est conférée par l'article 49, 2e alinéa, LPP, d'adopter dans leurs statuts et règlements une notion différente. Etant donné que la LPP ne détermine selon l'article 6 que les prestations minimales, les institutions de prévoyance peuvent également étendre à l'avantage de l'assuré la notion de l'invalidité dans l'assurance obligatoire ou verser des rentes d'invalidité déjà pour un degré d'invalidité inférieur à 50 pour cent. Les institutions de prévoyance sont ainsi libres de choisir la notion d'invalidité dans ce cadre, elles doivent cependant s'en tenir à une application uniforme

de cette notion, elles doivent, notamment lors de l'interprétation, se fonder sur ce que cette notion recouvre dans les autres secteurs des assurances sociales.

Si une institution de prévoyance s'en tient à la définition de l'assurance-invalidité, elle est liée par l'évaluation de l'invalidité par les organes de cette assurance, à moins que cette évaluation n'apparaisse d'emblée insoutenable.

La situation diffère lorsque les institutions de prévoyance appliquent une autre notion de l'invalidité que celle de l'assurance-invalidité. Dans ce cas, il se justifie de procéder à une instruction indépendante. Dans des cas isolés, les institutions de prévoyance peuvent bien se fonder sur les résultats des instructions de la commission AI (enquêtes médicale et économique); elles ne sont cependant pas liées par le prononcé de cette commission, vu que celui-ci repose sur d'autres critères.

Il ressort de ce qui précède que les décisions des caisses de compensation portant sur les prestations sous forme de rentes de l'assurance-invalidité jouent un rôle important pour l'institution de prévoyance. Il n'y a pas lieu de trancher et l'on peut laisser ouverte la question de savoir si les institutions de prévoyance disposent, en vertu de l'article 84 LAVS en corrélation avec l'article 69 LAI, d'un droit autonome de recours contre les décisions de rentes des caisses de compensation ou s'il faut leur adresser d'office une décision comme le prévoit l'article 76 RAI pour les assureurs-accidents, l'assurance-militaire et les caisses-maladie.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 12

68 Notion de salarié dans la LPP; situation de la femme Qui travaille dans l'entreprise de son mari

A propos de l'arrêt du Tribunal fédéral, du 27 janvier 1989, en la cause W.

(art. 2, 7ss, 11, 60 LPP; art. 1er OPP 2; art. 5 LAVS; art. 164, 165 CC)

En l'espèce, le litige portait sur la Question de savoir si l'épouse du recourant devait être considérée comme salariée soumise à l'assurance obligatoire au sens de l'article 2, 1er alinéa, en corrélation avec l'article 7, 1er alinéa, LPP. Il s'agissait d'une entreprise non agricole.

Se fondant sur l'article 5 LAVS et sur la jurisprudence qui en découle, qui exige que le travail de l'épouse dans l'exploitation soit important du point de vue de sa durée et de sa qualité, le Tribunal a décidé qu'en matière d'AVS, la recourante devait être considérée comme exerçant une activité dépendante.

Restait alors à clarifier si le statut de cotisations passé formellement en force de chose jugée dans l'AVS ne déployait pas aussi ses effets en matière de prévoyance professionnelle.

Bien qu'il n'existe aucun lien direct entre le statut de cotisations de l'AVS et la prévoyance professionnelle, le Tribunal a décidé, après avoir procédé à un examen approfondi, que, compte tenu des points communs qui rattachent étroitement la LPP et la LAVS, et se fondant sur les travaux préparatoires et sur la systématique juridique, la notion de salarié doit certes être interprétée conformément à l'article 2, 1er alinéa LPP, mais selon les critères juridiques qui prévalent dans l'AVS. La notion de salarié ne se limite pas, en conséquence, à celle du droit du contrat de travail en vertu des articles 319ss CO. Il faut plutôt se fonder sur la version française de l'article 2, 1er alinéa, LPP, qui utilise le terme de "salarié" et non de "travailleur". Le Tribunal a en outre fait référence à la décision de Conseil fédéral du 11 septembre 1985 (Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération, 51/1987, no 16, p. 100 s.).

S'appuyant sur ces réflexions, le Tribunal fédéral a jugé que le recourant avait été affilié à juste titre à l'institution supplétive (art. 11, Se al., et 60, 2e al., let. a LPP).

Le Tribunal a ensuite examiné les répercussions du nouveau droit matrimonial, entré en vigueur le 1er janvier 1988, sur les considérations précitées. Il a conclu qu'en matière de droit des assurances sociales il importe peu que le recourant n'ait pas conclu de contrat de travail avec son épouse ou que les versements effectués au sens de l'article 16S, 1er alinéa, CC, doivent être qualifiés d'indemnités équitables pour le travail fourni dans son entreprise. Ces indemnisations sont de toute façon le fruit du travail accompli; elles doivent par conséquent être traitées comme un salaire en espèces.

Il en irait autrement si les époux exploitaient une entreprise en commun car ils seraient alors considérés comme des indépendants du point de vue de l'AVS, échappant ainsi également à l'assujettissement obligatoire selon la LPP.

69 Date de sortie de l'institution de prévoyance

A propos de l'arrêt du Tribunal fédéral des assurances, (TFA) du 16 février 1989, en la cause D.

(art. 10 et 66 LPP et ancien art. 336 CO)

Si le licenciement d'un assuré est ajourné ou si l'échéance du délai de congé est suspendue (ancien art. 336 c, 2e al. CO), l'affiliation à l'institution de prévoyance et, de ce fait, la durée d'assurance sont également prolongées. Qu'aucune cotisation n'ait été versée au cours de la suspension ou de la prolongation n'y change rien. C'est à l'institution de prévoyance qu'il appartient de recouvrer ces cotisations auprès de l'employeur (art. 66, 2e al. LPP).

70 Intérêts moratoires en cas de transfert tardif de la prestation de libre passage

A propos de l'arrêt du TFA, du 16 février 1989, en la cause D.

(art. 15 LPP; art. 11, 3e al., let. a et art. 12 OPP 2; art. 102, 2e al. et art. 104 CO)

Contrairement à l'opinion que l'OFAS a publiée sous le chiffre marginal 12 du Bulletin de la prévoyance professionnelle no 2, qui se fondait sur un avis de l'Office fédéral de la justice (mais qui n'avait pas valeur de directive, comme on pourrait le croire à la lecture de l'arrêt), le Tribunal conclut que l'article 11, 3e alinéa, lettre a et l'article 12 OPP 2 ne sont pas applicables pour calculer l'intérêts moratoire, aussi bien dans le régime obligatoire que dans le régime pré ou sur-obligatoire. Le montant des intérêts moratoires résulte par conséquent en premier lieu du règlement. En l'absence d'une telle disposition, c'est l'article 104, 1er alinéa, CO qui est applicable qui fixe l'intérêt moratoire à 5 pour cent l'an. A notre avis, cela devrait signifier que les institutions de prévoyance ne peuvent pas fixer dans leurs règlements un intérêt plus faible (voir au sujet de la modification éventuelle du taux d'intérêt: Prof. E. Béguelin, Fiches juridiques suisses, fiche no 607).

De l'avis du Tribunal, les intérêts moratoires courent sans mise en demeure préalable à partir du jour auquel la prestation de libre passage est due, c'est-à-dire dès la cessation des rapports de travail (art. 102, 2e al., CO), à la condition toutefois que l'institution de prévoyance possède les renseignements requis concernant le destinataire de la prestation de libre passage, faute de quoi on ne saurait considérer que l'institution de prévoyance est en demeure.

71 Calcul de la prestation de libre passage

A propos des arrêts du TFA, du 19 décembre 1988, en la cause J, et du 16 février 1989; en la cause D.

(art. 28 LPP, 331a et 331b CO)

1. Méthodes en discussion

Dans son arrêt en la cause J., le TFA a examiné deux modes de calcul de la prestation de libre passage, soit la méthode de comparaison et celle de la scission (voir à ce sujet notre article dans le Bulletin no 4, chiffre marginal 25).

Selon le TFA, la méthode de la scission ne peut ni se fonder sur les travaux préparatoires de la loi, ni se justifier par le sens et l'objectif de l'article 28 LPP. La teneur de cette disposition ne permet pas non plus de tirer quoi que ce soit en faveur de ce mode de calcul. Du point de vue systématique, enfin, la place de l'article 28 dans la LPP ne fournit aucun élément décisif en la matière.

La portée réelle de l'article 28 réside plutôt dans le fait que celui-ci est d'abord une norme de coordination, étant donné que les articles 331a et 331b CO se réfèrent à l'ensemble de la prévoyance réglementaire. Cette disposition est destinée à harmoniser entre elles prévoyance obligatoire et prévoyance plus étendue, compte tenu de leurs objectifs respectifs.

Le TFA rejette en conséquence la méthode de la scission et se prononce par principe en faveur de la méthode comparative.

2. Différences suivant que la caisse est scindée ou enveloppante

Le TFA relève qu'il peut certes sembler peu satisfaisant que des assurés puissent percevoir, en cas de libre passage, une prestation généralement plus élevée si la caisse est scindée que si elle est enveloppante. Mais du point de vue de la protection minimale inhérente au régime obligatoire de la LPP, cela doit être accepté.

3. Marche à suivre en vertu de la méthode comparative / éléments du calcul

Selon le TFA, les éléments ci-après doivent être pris en considération dans le calcul comparatif afin de sauvegarder l'ordre juridique instauré par l'article 28, 1er alinéa, LPP en matière de libre passage.

- le calcul comparatif doit se fonder sur des bases de comparaison identiques dans le temps;
- est déterminante, la période pendant laquelle l'assuré a appartenu à la dernière institution de prévoyance;
- le droit à la prestation de libre passage dépend uniquement de la période durant laquelle des cotisations ont été payées à cette institution de prévoyance;
- l'avoir de libre passage que l'assuré a apporté dans la dernière institution de prévoyance ne saurait être pris en compte dans le calcul comparatif, car il ne constitue pas un versement de cotisations au sens des articles 331a et 331b CO;
- les versements uniques et les sommes de rachat ne sont pas non plus des cotisations au sens des articles 331a et 331b CO; ils ne doivent donc pas être pris en compte dans le calcul comparatif;
- aucune différence n'est faite, lors du calcul, entre prévoyance obligatoire et prévoyance surobligatoire; par conséquent, les institutions de prévoyance enveloppantes ne sont pas contraintes à la scission.

Par ailleurs, il y a toujours lieu de distinguer d'abord si le bénéficiaire est entré dans l'institution de prévoyance avant ou après le 1er janvier 1985 (date à laquelle la LPP est entrée en vigueur). Le calcul comparatif est conçu différemment dans l'un et l'autre cas:

En cas d'entrée dans l'institution de prévoyance avant le 1er janvier 1985

La prestation de libre passage doit être calculée comme suit:

1. Déterminer tout d'abord la prestation de libre passage réglementaire (art. 331a ou 331b CO) en tenant compte de toute la période d'assurance passée dans l'institution de prévoyance, ainsi que des prestations de libre passage ou d'autres versements uniques apportés par l'assuré.

2. En déduire la prestation de libre passage qui était acquise à l'assuré le 31 décembre 1984 en vertu du règlement de l'institution de prévoyance, compte tenu de l'apport éventuel de prestations de libre passage ou d'autres versements uniques.

3. La différence correspond à la prestation de libre passage acquise en vertu du règlement après le 1er janvier 1985.

4. Celle-ci est comparée à la prestation de libre passage acquise en vertu de la LPP (art. 28, 1er al.).

5. Le plus élevé des montants 3 et 4 est ajouté alors au montant 2.

Exemple chiffré (les chiffres sont imaginaires)

PLP selon règlement / CO pour la durée totale d'assurance (y compris l'apport de versements uniques et la PLP)	fr. 8'500.-	
. /. PLP selon règlement (d'alors) 1 CO au 31.12.1984 (y compris l'apport de versements uniques et le PLP)	fr. 5'200.-	
PLP acquise après le 1.1.1985	fr. 3'300.-	
PLP selon LPP		fr. 4'400.-

La comparaison indique que la PLP est plus élevée que celle acquise selon le règlement et le CO.

Décompte final:

PLP selon règlement / CO au 31.12.1984	fr. 5'200.-
PLP selon LPP	fr. 4'400.-
La PLP due à l'assuré s'élève donc à	fr. 9'600.-

En cas d'entrée dans l'institution de prévoyance après le 1er janvier 1985

Dans ce cas, la prestation de libre passage à fournir est calculée de la façon suivante:

1. Calculer la prestation de libre passage réglementaire (art. 331a et 331b CO).
2. En déduire la prestation de libre passage apportée éventuellement par l'assuré ainsi que d'autres versements uniques.
3. La différence correspond à la prestation de libre passage acquise dans l'institution de prévoyance.

4. Celle-ci est comparée à la prestation de libre passage acquise dans l'institution de prévoyance en vertu de la LPP (art. 28, 1er al.) (donc également après déduction de la prestation de libre passage LPP apportée par l'assuré).

5. Le plus élevé des montants 3 et 4 est alors ajouté au montant 2.

Exemple chiffré (les chiffres correspondent à l'arrêt du TFA en la cause J.)

PLP selon règlement / CO pour la

durée totale d'assurance	fr. 213'749.-	
. /. PLP apportée	fr. 201'974.-	
. /. versement unique	fr. 8'465.-	
PLP acquise dans la dernière institution de prévoyance	fr. 3'310.-	
PLP selon LPP (acquise dans l'institution de prévoyance)		fr. 3'729.-

La comparaison indique que la PLP selon LPP est plus élevée que celle acquise selon règlement / CO

Décompte final:

PLP selon LPP	fr. 3'729.-
PLP apportée	fr. 201'974.-
versement unique	fr. 8'465.-
La PLP due à l'assuré s'élève donc à	fr. 214'168.-

4. Conséquences dans la pratique

En principe, la méthode de calcul mentionnée ne déploie un effet direct qu'entre les parties concernées. Cependant, comme il s'agit d'arrêts du Tribunal fédéral, elle se répercute naturellement aussi, bien qu'indirectement, sur tous les autres cas. Il en va d'ailleurs de même pour les arrêts du Tribunal fédéral touchant tous les autres domaines de la prévoyance professionnelle. Des arrêts dont la portée est aussi large que ceux dont il est question ici en matière de libre passage ont donc aussi des conséquences étendues dans la pratique, particulièrement en ce qui concerne le champ d'application dans le temps et l'adaptation des règlements, conséquences qui peuvent se résumer comme suit:

- La méthode de calcul admise par le TFA doit être appliquée avec effet immédiat, à savoir pour tous les cas de libre passage qui sont survenus depuis que le TFA s'est prononcé à ce sujet.
- Si l'institution de prévoyance a jusqu'ici appliqué un autre mode de calcul (notamment la méthode la plus fréquemment retenue, qui consistait à comparer la prestation de libre passage acquise selon la LPP à celle acquise en vertu du CO ou du règlement indépendamment de la date d'entrée) elle n'a pas besoin de revoir les cas déjà réglés, à moins qu'elles ne s'y soit expressément engagée. Elle peut se fonder sur le principe de la bonne foi fixé à l'article 50, 3e alinéa, LPP. Les deux arrêts du TFA n'ont, de ce point de vue, pas d'effet rétroactif sur les cas de libre passage déjà réglés.
- A notre avis, il devrait en aller de même, lorsque l'assuré requiert un nouveau calcul dans un cas déjà traité, à moins qu'il n'ait émis des réserves lors de la liquidation du cas.
- Les dispositions du règlement concernant le libre passage qui ne concordent plus avec la méthode de calcul décidée par le TFA doivent être adaptées. L'institution de prévoyance ne peut plus en l'espèce se fonder sur le principe de la bonne foi, évoqué plus haut, jusqu'au moment où le règlement aura été modifié; elle est toutefois elle-même responsable de la manière dont elle entend adapter son règlement, ainsi que de la date de cette adaptation.
- L'OFAS prêtera aussi attention à ce problème lors de l'enregistrement définitif. Celui-ci sera possible quand bien même les règlements n'auraient pas encore été adaptés définitivement. Toutefois, l'enregistrement sera alors assorti d'une réserve, à savoir que l'adaptation du règlement devra avoir lieu dans un certain délai.

72 Utilisation de l'avoir de libre passage pour financer des contributions spéciales résultant d'augmentations de salaires

A propos de l'arrêt du TFA, du 27 décembre 1988, en la cause W. (art. 30, 49, 50 LPP, art. 331c, 4e al. CO)

Un assuré dispose d'un avoir de libre passage constitué à titre privé. A la suite d'une promotion et de l'augmentation du salaire assuré qui en découle, des contributions spéciales sont dues. L'assuré peut-il alors s'acquitter de celles-ci par transfert de son avoir de libre passage?

En principe, en vertu de l'article 49 LPP, les caisses peuvent adopter le mode de financement qui leur convient. La réponse à la question ci-dessus dépend donc du règlement de la caisse concernée. Comme l'a relevé le TFA, il est possible de prévoir dans ce but le versement d'acomptes mensuels. Mais l'utilisation d'un avoir de libre passage existant serait aussi admissible. Elle ne constituerait pas un versement partiel indirect des prestations de libre passage précédentes ni ne porterait atteinte à l'article 30 LPP ou à l'article 331c, 4e alinéa CO.

En résumé, il s'ensuit que des avoirs de libre passage peuvent être utilisés pour financer des contributions spéciales résultant d'augmentations de salaires lorsque le règlement de la caisse prévoit cette procédure. La caisse n'est toutefois nullement obligée d'accepter que ces contributions spéciales soient financées par le biais de telles créances de libre passage si son règlement prévoit une autre solution.

73 Garantie des prestations légales

A propos de l'arrêt du Tribunal fédéral, du 27 janvier 1989, en la cause G.

(art. 56, 1er al., let. a LPP; art. 7, 2e al. OFG 2)

En rejetant le recours de droit administratif d'une fondation collective LPP, le Tribunal fédéral a arrêté ce qui peut être qualifié de prestation légale garantie par le fonds de garantie conformément

à l'article 56, 1er alinéa, lettre b LPP. Il a, ce faisant, établi que la garantie au sens de la LPP vise à protéger les assurés dans le cadre de la prévoyance professionnelle obligatoire et non à indemniser l'institution de prévoyance. Il n'a en particulier pas désigné comme étant une prestation légale la prime de risque que l'institution de prévoyance doit verser à une institution d'assurances en vertu d'un contrat collectif.

Constituent donc de telles prestations: les prestations de vieillesse, les prestations en cas de décès et les prestations d'invalidité, ainsi que la prestation de libre passage dans les limites de la LPP obligatoire. Le Tribunal a en outre indiqué que les mesures spéciales inscrites à l'article 70 LPP font également partie des prestations légales.

74 Qualité pour recourir du Département fédéral de l'intérieur (DFI)

A propos de l'arrêt du TFA, du 19 décembre 1988, en la cause J.

(art. 73 LPP; 103, let. b, _32 OJ)

Le DFI a Qualité pour former un recours de droit administratif à l'encontre d'une décision rendue par un tribunal cantonal dans le domaine visé par l'article 73 LPP. En effet il existe un intérêt public à ce que le régime obligatoire soit appliqué de façon uniforme et correcte.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 8

49 Arrêts du Tribunal fédéral relatifs au contencieux dans la prévoyance professionnelle

(art. 73, 1er al. LPP)

Dans un arrêt du 9 septembre 1987 en la cause P., qui a été publié (cf. ATF 113 V p. 198ss) et dont des extraits seront repris prochainement dans la RCC, le TFA a abordé sans la trancher, la question de savoir si les institutions de prévoyance de droit public ont le pouvoir de statuer sur les prétentions de leurs affiliés au moyen de décisions (consid. 2).

Le TFA a par ailleurs décidé, dans le même arrêt, que les litiges visés par l'article 73, 1er alinéa, LPP, doivent être portés en dernier ressort devant une même juridiction cantonale, quelle que soit la nature juridique de l'institution de prévoyance concernée (institution de droit public ou de droit privé; consid. 3).

Dans un autre arrêt, du 10 novembre 1987 (cause Z. c CFA, publié dans la "Praxis des Bundesgerichts", no 253, p. 880s.), le TF a décidé que les voies de droit prévues par l'article 73 LPP sont aussi applicables aux litiges concernant les institutions de prévoyance de la Confédération.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 7

39 Jurisprudence: Droit du passant de choisir la forme du maintien de la prévoyance, en particulier pour la prévoyance hors-obligatoire

(art. 331c, 1er al., CO; art. 29, 4e al, LPP; art. 2, 1er al., et art. 13, 3e al., de l'Ordonnance sur le maintien de la prévoyance et le libre passage)

Dans son arrêt du 3 août 1987 en la cause J.F. (publié dans la RCC 1988, p. 48), le Tribunal fédéral des assurances a connu de la question de savoir si la forme du maintien de la prévoyance garanti par le règlement d'une institution de prévoyance peut être fixée d'avance, en ce sens que seule la police de libre passage serait admise ou si, au contraire, le passant peut choisir librement lorsque la prévoyance ne peut être maintenue ni auprès d'une nouvelle institution de prévoyance ni auprès de l'ancienne et qu'aucun paiement en espèces n'est possible.

En vertu de l'article 2, 1er alinéa, et de l'article 13, 3e alinéa, de l'Ordonnance sur le maintien de la prévoyance et le libre passage (Ordonnance sur le libre passage), le passant a le droit de choisir lui-même la forme du maintien de la prévoyance. Vu le préambule de ladite Ordonnance, où l'on mentionne l'article 331c, 1er alinéa, du CO, ce droit est également valable pour les assurés qui appartiennent à une institution de prévoyance au sens de la disposition précitée (c'est-à-dire à une institution de prévoyance non enregistrée).

L'article 13, 3e alinéa, de l'Ordonnance sur le libre passage ne peut toutefois s'appliquer directement aux cas de libre passage qui se sont produits depuis l'entrée en vigueur de la LPP (1er janvier 1985), mais avant 1987, cette Ordonnance n'étant entrée en vigueur que le 1er janvier 1987. Cependant, il n'y a pas lieu de juger ces cas selon une réglementation dérogatoire, si bien que ce libre choix appartient au passant même dans ces cas-là.

Concernant les problèmes d'application de cette Ordonnance, cf. aussi le chiffre marginal 13 du bulletin no 2.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 4

26 Paiement en espèces de la prestation de libre passage à la femme mariée ou sur le point de se marier qui met fin à son activité lucrative

(art.3o, 2e al., LPP; art. 331 c, 4e al., lettre b, chiffre 3, CO)

Dans son arrêt du 29 avril 1987 en la cause R. P., qui sera publié prochainement dans la RCC, le TFA a décidé qu'une institution de prévoyance (il s'agit en l'espèce d'une institution cantonale de droit public) ne peut, dans son règlement, exclure le paiement en espèces, prévu par la loi de la même manière pour la prévoyance obligatoire et pour la prévoyance plus étendue, de la prestation de libre passage à la femme mariée ou sur le point de se marier, lorsque celle-ci met fin à son activité lucrative. Ladite institution y avait vu une inégalité de traitement, contraire à la Constitution, entre l'homme et la femme (art.4, 2e al.,Cst.), qu'elle voulait éliminer en invoquant l'autonomie reconnue à chaque institution de prévoyance (art. 49, 1er al., et 50 LPP). Le Tribunal a laissé indécise la question de la constitutionnalité en alléguant qu'il n'a pas la compétence d'examiner si les lois fédérales sont conformes à la Constitution (art. 113, 3e al., et 114bis, 3e al., Cst). En ce qui concerne l'autonomie, celle-ci ne permet pas à l'institution de prévoyance de s'écarter des dispositions de la LPP et du CO concernant le paiement en espèces de la prestation de libre passage.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 3

22 Compétence des tribunaux cantonaux

(art. 73 LPP)

Le Tribunal fédéral des assurances a décidé, dans son arrêt du 12 décembre 1986 en la cause J. St. (RCC 1987, p. 179), que l'art. 73 LPP est applicable seulement aux cas où l'événement assuré est survenu après l'entrée en vigueur de la LPP, donc après le 1er janvier 1985.

Le tribunal a décidé, dans ce même arrêt, que les fondations de prévoyance en faveur du personnel n'ont pas droit aux dépens, en règle générale, lorsqu'elles obtiennent gain de cause. Cette décision pourrait être valable aussi pour les institutions de prévoyance qui revêtent une autre forme juridique, p. ex. celle d'une société coopérative ou d'une institution de droit public.