

---

## BULLETIN DE LA PRÉVOYANCE PROFESSIONNELLE NO. 91

6 avril 2006

### Table des matières

#### **Indications**

- 525 Application des règlements (CEE) n° 1408/71 et 574/72 entre la Suisse et les dix nouveaux Etats membres de l'UE à compter du 1<sup>er</sup> avril 2006
- 526 Réduction à 1,1% de la cotisation LPP pour les chômeurs

#### **Prises de position**

- 527 Transmission de l'information sur les rachats dans les cas de libre passage et après le versement de prestations de vieillesse
- 528 Versement anticipé en vue de l'acquisition d'un logement contigu au premier
- 529 Assujettissement à la LPP des travailleurs engagés par une entreprise de travail temporaire : interruption entre les missions
- 530 Quels sont les salaires maximaux assurable et assuré dans la prévoyance surobligatoire, si le minimum LPP est déjà couvert par une caisse dite de «base» (dans une solution splittée, c.a.d. une IP de «base» pour la partie obligatoire et l'autre, «complémentaire», pour le surobligatoire) ?

#### **Jurisprudence**

- 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

#### **Annexe**

Organigramme

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

## ***Indications***

### **525 Application des règlements (CEE) n° 1408/71 et 574/72 entre la Suisse et les dix nouveaux Etats membres de l'UE à compter du 1<sup>er</sup> avril 2006**

L'Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes a été étendu aux dix nouveaux Etats membres de l'UE. Les règlements (CEE) n° 1408/71 et 574/72 sont dès lors applicables aux relations entre la Suisse et Chypre, l'Estonie, la Hongrie, la Lettonie, la Lituanie, Malte, la Pologne, la Slovaquie, la Slovénie et la République tchèque à compter du 1<sup>er</sup> avril 2006.

Cela signifie qu'à partir du 1<sup>er</sup> juin 2007 (fin de la période transitoire de 5 ans prévue par l'accord initial entre la Suisse et l'UE), les restrictions mises au versement en espèces de la prestation de libre passage en cas de départ définitif de Suisse – voir à ce sujet les bulletins de la prévoyance professionnelle n° 85, ch. 490 et 61, ch. 373 – s'appliqueront également lorsque la personne concernée se rend dans l'un des pays susmentionnés et y est assurée pour les risques vieillesse, survivants et invalidité.

### **526 Réduction à 1,1% de la cotisation LPP pour les chômeurs**

Le Conseil fédéral a adopté, le 22.02.2006, une modification de l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle obligatoire des chômeurs faisant passer le taux de cotisation de 2,2% à 1,1% du salaire journalier coordonné. Cette modification prend effet le 01.03.2006.

Les chômeurs sont assurés contre les risques de décès et d'invalidité dans le cadre de la LPP, les détails concernant l'obligation de cotiser et les éventuelles prestations étant réglés dans l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle obligatoire des chômeurs.

Jusqu'ici, la cotisation LPP de 2,2% sur le salaire journalier coordonné était financée pour moitié par les personnes au chômage. Les cas d'assurance annoncés ayant été moins nombreux que prévu, cette cotisation peut maintenant être abaissée à 1.1%.

## ***Prises de position***

### **527 Transmission de l'information sur les rachats dans les cas de libre passage et après le versement de prestations de vieillesse**

Dans le cadre de la mise en œuvre du 3<sup>e</sup> paquet de la 1<sup>re</sup> révision LPP, la question suivante a été posée à plusieurs reprises à l'OFAS : quelle information faut-il donner lors d'un changement d'institution de prévoyance professionnelle sur les rachats effectués selon l'art. 79b, al. 3, LPP ? Une autre question se pose aussi concernant le montant des rachats dans une nouvelle institution de prévoyance lorsque la personne a déjà perçu ou perçoit des prestations de vieillesse d'une autre institution de prévoyance.

#### **1. Information sur le rachat dans les cas de libre passage**

*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 (art. 79b, al. 3, LPP). Dans les cas de libre passage, la durée qui s'est déjà écoulée quand la personne*

*était affiliée à l'ancienne institution de prévoyance doit-elle être prise en compte dans la nouvelle institution ?*

Selon l'OFAS, la réponse à la question est oui. Dans la mesure où les trois ans ne se sont pas écoulés, le délai selon l'art. 79b, al. 3, LPP suivant un rachat effectué dans l'institution de prévoyance précédente doit aussi être respecté après le transfert de la prestation de sortie à une nouvelle institution de prévoyance professionnelle (institution de prévoyance ou institution de libre passage). L'OFAS est d'avis que la procédure suivante doit être appliquée :

### **1.1 Lors de la sortie d'une institution de prévoyance professionnelle**

<sup>1</sup> Lorsqu'une personne assurée sort d'une institution de prévoyance professionnelle, elle doit communiquer par écrit à la nouvelle institution de prévoyance ou à l'institution de libre passage à laquelle la prestation de sortie est transférée la valeur nominale des montants des rachats, intérêts compris, ainsi que les données précises concernant les rachats auxquels la personne assurée a procédé ou que son employeur a effectués au profit de celle-ci au cours des trois ans qui ont précédé la sortie.

<sup>2</sup> A l'exception des rachats mentionnés à l'al. 3 ci-dessous, tous les rachats volontaires effectués au cours des trois années précédant la sortie pour combler une lacune de prévoyance doivent être déclarés. S'il n'y a pas eu de rachats nécessitant une déclaration, l'institution de prévoyance professionnelle précédente en informe aussi la nouvelle institution.

<sup>3</sup> Les rachats en cas de divorce en vertu de l'art. 22c LFLP effectués au cours des trois années précédant la sortie sont les seuls rachats qui ne doivent pas être déclarés (cf. 79b, al. 4, LPP).

<sup>4</sup> Pour ce qui est de la rémunération des montants des rachats selon l'al. 1, le taux d'intérêt effectivement crédité s'applique dans les caisses à primauté des cotisations, et le taux minimal LPP dans les caisses à primauté des prestations (cf. art. 17 LFLP en corrélation avec l'art. 6, al. 2, OLP).

### **1.2 Lors de l'entrée dans une institution de prévoyance professionnelle**

<sup>1</sup> L'institution de prévoyance professionnelle qui, lors de l'entrée d'une personne assurée, n'a pas obtenu de la précédente institution de prévoyance ou de l'institution de libre passage de laquelle la prestation de sortie a été transférée les informations nécessaires sur les rachats (selon le ch. 3.1, al. 1) doit exiger d'elle ces informations.

<sup>2</sup> Lors de l'entrée dans la nouvelle institution, le temps écoulé depuis le rachat lorsque la personne assurée était affiliée à l'institution de prévoyance précédente doit être pris en compte dans le calcul du délai de trois ans à respecter pour les versements sous forme de capital selon l'art. 79b, al. 3, LPP.

### **1.3 Contrôle de l'obligation d'information**

<sup>1</sup> Lors de l'examen de la gestion selon l'art. 35, al. 1, let. b, OPP 2, l'organe de contrôle (organe de révision) vérifie si l'institution de prévoyance professionnelle a satisfait à son obligation d'information selon la présente prise de position.

<sup>2</sup> Si l'organe de contrôle constate des manquements, il en fait part à l'institution de prévoyance. Si, malgré la mise en garde de l'organe de contrôle, l'institution de prévoyance ne respecte pas la présente prise de position, l'organe de contrôle en informe l'autorité de surveillance compétente qui prendra les mesures appropriées.

## **2 Rachats après le versement de prestations de vieillesse**

*Une personne assurée qui a choisi de prendre une retraite anticipée ou qui a dû le faire peut-elle racheter l'intégralité des prestations réglementaires dans une nouvelle institution de prévoyance ?*

Selon l'OFAS, une telle opération n'est possible que si l'avoir de vieillesse dont dispose la personne assurée au moment de son départ à la retraite anticipée est pris en compte dans le calcul de la somme de rachat nécessaire. L'OFAS est d'avis que dans un tel cas il faut procéder de la manière suivante :

### **2.1 Interdiction de la double assurance**

<sup>1</sup> Dans le domaine de la prévoyance professionnelle plus étendue, il appartient à l'institution de prévoyance d'édicter les dispositions réglementaires concernant les rachats des prestations réglementaires complètes (cf. art. 49, al. 1, et art. 50 LPP). Elle doit alors respecter les prescriptions légales et en particulier les principes ci-dessous.

<sup>2</sup> Si une personne assurée perçoit des prestations de vieillesse parce qu'elle a atteint l'âge réglementaire de la retraite ou si elle les a déjà perçues et doit par la suite être affiliée à une nouvelle institution de prévoyance parce qu'elle continue de travailler, elle ne peut racheter que les prestations réglementaires selon l'art. 79b, al. 1, LPP dépassant la couverture de prévoyance existant avant la survenance du cas de prévoyance (interdiction de la double assurance ; cf. ATF 120 V 15 cons. 4).

<sup>3</sup> Lors du calcul de la somme de rachat nécessaire, la nouvelle institution de prévoyance doit imputer l'avoir de vieillesse existant à l'échéance des prestations de vieillesse. Cette imputation s'opère selon les dispositions réglementaires applicables de l'institution de prévoyance.

<sup>4</sup> Si la personne assurée perçoit une rente de vieillesse d'une caisse à primauté des prestations, la valeur actuelle de cette rente selon les dispositions réglementaires applicables de l'institution de prévoyance précédente, telle qu'elle s'établissait lorsque la rente a été versée pour la première fois, doit être prise en compte lors de l'imputation selon l'al. 3.

### **2.2 Obligation d'information**

<sup>1</sup> Les institutions de prévoyance qui affilient des personnes de plus de 55 ans<sup>1</sup> doivent demander à l'institution de prévoyance précédente si la personne assurée n'a pas déjà perçu des prestations de vieillesse ou n'en perçoit pas, si celle-ci entend racheter les prestations réglementaires selon l'art. 79b, al. 1, LPP.

---

<sup>1</sup> Selon l'art. 1*i*, al. 1, OPP 2, il n'est pas possible de prendre une retraite anticipée avant 58 ans révolus, mais l'al. 2 prévoit certaines exceptions ; il existe aussi une réglementation transitoire applicable jusqu'au 31 décembre 2010, cf. let. d des dispositions transitoires de la modification du 10 juin 2005 de la LPP, RO 2005 4285.

<sup>2</sup> Les institutions de prévoyance professionnelle précédentes (institutions de prévoyance et institutions de libre passage) doivent informer la nouvelle institution de prévoyance qui dépose une demande écrite et motivée de la forme et du montant des prestations de vieillesse versées, en respectant les dispositions de la LPP sur la protection des données.

### 2.3 Contrôle

<sup>1</sup> Dans le cadre du contrôle qu'il doit effectuer selon l'art. 53, al. 2, let. b, LPP, l'expert en matière de prévoyance professionnelle vérifie si l'institution de prévoyance a édicté les dispositions réglementaires nécessaires sur l'imputation des prestations de vieillesse déjà perçues lors du calcul de la somme de rachat et si, lorsque des cas se sont présentés, le calcul technique de la somme de rachat a été effectué conformément à la loi et au règlement, ainsi qu'à la présente prise de position.

<sup>2</sup> Si, malgré la mise en garde de l'expert en matière de prévoyance professionnelle, l'institution de prévoyance ne respecte pas la présente prise de position concernant l'interdiction de la double assurance et l'obligation d'information, l'expert en avise l'autorité de surveillance compétente qui prendra les mesures appropriées.

## 528 Versement anticipé en vue de l'acquisition d'un logement contigu au premier

(art. 30c LPP et art. 1,2 et 4 OEPL)

Un assuré, propriétaire d'une maison en rangée, financée à l'aide d'un versement anticipé, conformément à l'article 30 c LPP, sollicite à nouveau de son institution de prévoyance un versement anticipé en vue de l'achat d'un logement contigu à son immeuble. Cette nouvelle acquisition a principalement pour but d'agrandir le logement actuel en vue d'y installer ses enfants. Cette opération, sous réserve notamment de l'article 5, 3<sup>e</sup> alinéa, OEPL, aurait été possible si cette seconde habitation n'était pas inscrite séparément au registre foncier. Le versement anticipé aurait en quelque sorte servi à financer la transformation d'un logement existant.

Mais dans le cas qui nous occupe, l'immeuble en question est aussi inscrit au registre foncier et constitue par conséquent un bien-fonds différent, conformément à l'article 655 CCS, resp. 656 CCS. Or, il ressort de l'article 1, 2<sup>e</sup> alinéa, OEPL que l'assuré ne peut requérir de son institution de prévoyance un versement anticipé que pour un seul objet. En outre, en vertu de l'article 4, 1<sup>er</sup> alinéa, OEPL, la notion de «propres besoins» est définie comme étant l'utilisation par la personne assurée d'un logement à son lieu de domicile ou à son lieu de séjour habituel.

En raison de cette inscription au registre foncier, l'institution de prévoyance n'est donc pas en droit d'accorder un versement anticipé à son assuré. Par contre, cet obstacle peut être levé en réunissant les deux immeubles sous une seule inscription au registre foncier, conformément à l'article 945 CC, resp. 91ss ORF.

## 529 Assujettissement à la LPP des travailleurs engagés par une entreprise de travail temporaire : interruption entre les missions

Selon le Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 87, ch. 505, lorsque le travailleur effectue une série de missions et qu'aucune d'entre elles ne dépasse 3 mois, le travailleur devra être affilié à la LPP dès le début du 4<sup>e</sup> mois (14<sup>e</sup> semaine) lorsque la durée totale des missions avec la même entreprise de travail temporaire dépasse 3 mois, y compris **lorsque les missions ne se suivent pas immédiatement**.

Il y a lieu de préciser le laps de temps entre deux missions au-delà duquel le « compteur » des différentes missions « repart à zéro ». Déjà avant l'entrée en vigueur de l'art. 2 OPP 2, l'OFAS a toujours soutenu le principe qu'en cas de missions de courte durée sans interruption notable pour la même entreprise de travail temporaire, il y a lieu de considérer cette série de missions comme une prolongation du premier rapport de travail et que, par conséquent, il y a aussi assujettissement à la LPP dans ce cas-là si la limite des 3 mois est dépassée (cf. nouvel art. 1j = ancien art. 1, al. 1, let. b, OPP 2 et l'article « Problèmes d'assujettissement à la LPP » dans la Revue à l'intention des caisses de compensation RCC 1985 p. 376). Selon l'art. 3, ch. 2, du Règlement de prévoyance pour les employés temporaires de la Fondation 2<sup>e</sup> pilier de l'Union suisse des Services de l'emploi (USSE), « une fois affiliés, les salariés le restent, pour autant qu'une interruption de travail entre deux missions n'excède pas deux semaines pendant les six premiers mois et cinq semaines dès le septième mois ». Pour éviter des problèmes d'application pratique, il se justifie d'avoir des délais uniformes avant l'affiliation et après le début de celle-ci. Par conséquent, il y aura assujettissement à la LPP lorsque la durée cumulée des missions pour la même entreprise de travail temporaire dépasse les 3 mois et qu'il n'y a pas plus de deux semaines d'interruption entre les missions. Si l'interruption est **supérieure à deux semaines**, la prise en compte de la durée des différentes missions repartira à zéro. Par exemple, si une personne effectue une première mission de 2 mois puis arrête de travailler pendant 6 mois avant d'effectuer une seconde mission de 1 mois, il n'y aura pas encore d'assujettissement à la LPP, car il ne s'agira alors plus d'une prolongation de la mission initiale. Les délais susmentionnés ne sont pas applicables s'il y a interruption pour cause de maladie, d'accident, de service militaire ou civil obligatoire ou de protection civile. En cas de maternité, le délai d'interruption est de 14 semaines. Par ailleurs, il faut réserver le cas exceptionnel de l'abus de droit avec des contrats de durée déterminée en chaîne par lesquels la personne serait embauchée, licenciée puis réembauchée à plusieurs reprises, à chaque fois juste après la limite des 2 semaines, s'il s'avérait qu'il n'y a pas de raison objective à une telle opération et que le seul but serait d'échapper à l'assurance obligatoire LPP (cf. ATF 119 V 46, considérant 1c p. 48).

La présente prise de position vise le cas où il s'agit de rapports de travail de durée déterminée. Par contre, lorsqu'il s'agit de rapports de travail de durée indéterminée, le travailleur doit être assuré dès le début des rapports de travail (cf. Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 56, ch. 334).

**530 Quels sont les salaires maximaux assurable et assuré dans la prévoyance surobligatoire, si le minimum LPP est déjà couvert par une caisse dite de «base» (dans une solution splittée, c.a.d. une IP de «base» pour la partie obligatoire et l'autre, «complémentaire», pour le surobligatoire) ?**

(Art. 79c LPP)

**1. Différence entre salaire assurable et salaire assuré**

Salaire assurable et salaire assuré sont deux notions différentes. Le salaire assurable est le revenu qui peut a priori être soumis à la prévoyance professionnelle, indépendamment de la technique d'assurance choisie par l'IP. Le salaire assuré est la partie du salaire assurable qui est finalement réellement (a posteriori) soumise à la prévoyance professionnelle, la partie en question étant alors déterminée en fonction de la technique d'assurance choisie par l'IP (en général par la déduction d'un montant de coordination pour tenir compte de l'assurance du 1<sup>er</sup> pilier).

Dans le cas d'une IP pratiquant le minimum LPP, l'article 8 alinéa 1 LPP (adapté à l'évolution des montants) dit que "la partie du salaire annuel comprise entre 22'575 et 77'400 doit être assurée". Auparavant, l'article 7 alinéa 2 LPP stipule que c'est le salaire AVS qui entre en considération. Ladite phrase doit donc être comprise dans le sens où, pour le minimum LPP, le salaire assurable est le salaire AVS limité à 77'400 et le salaire assuré est le salaire assurable moins 22'575. Les dispositions relatives à un salaire assuré minimal sont toutefois réservées. A noter encore que, s'agissant de la LPP, on parle de salaire coordonné plutôt que de salaire assuré (mais c'est juste une question de terminologie).

**2. Conditions concernant le salaire assurable**

Une IP n'est pas tout à fait libre de fixer, dans son règlement, le salaire assurable comme elle l'entend. Il y a deux règles:

- le salaire assurable ne doit pas dépasser le salaire AVS (article 1 alinéa 2 LPP);
- le salaire assurable ne doit pas dépasser 774'000 (article 79c LPP).

Ces limites sont le cas échéant valables sur l'ensemble des rapports de prévoyance (articles 1a et 60c OPP 2).

Dans le cas du minimum LPP, où comme on vient de le voir le salaire assurable est le salaire AVS limité à 77'400, ces conditions sont respectées car on ne dépasse ainsi, ni le salaire AVS, ni 774'000.

**3. Conditions concernant le salaire assuré**

Le salaire assuré est une partie du salaire assurable. Il n'y a pas d'autres conditions légales. En particulier, il est possible de prévoir un salaire assuré égal à la totalité du salaire assurable (montant de coordination nul).

Dans le cas du minimum LPP, où comme on vient de le voir le salaire assuré est le salaire assurable moins 22'575, le montant de coordination est donc de 22'575. Le salaire assuré peut ainsi aller jusqu'à 54'825 (77'400 - 22'575).

#### 4. La question posée et son contexte

La question posée part de l'hypothèse qu'il y a une IP "base" qui réalise le minimum LPP et une IP "complémentaire". On vient de voir quels sont les salaire assurable et salaire assuré du minimum LPP. La question est maintenant de savoir qu'est-ce qui est admissible, en matière de salaire assurable et de salaire assuré, pour l'IP "complémentaire", compte tenu du contexte.

#### 5. Notre réponse

Etant donné qu'il faut considérer l'ensemble des rapports de prévoyance, on peut déjà dire que le salaire AVS jusqu'à 77'400 n'est pas assurable dans l'IP "complémentaire". En effet, ces revenus sont assurables dans l'IP "base" et une double considération engendrait un dépassement par rapport au salaire AVS, ce qui serait manifestement contraire à l'art. 1, al. 2 LPP.

Donc seule l'éventuelle part de salaire AVS dépassant 77'400 est assurable dans l'IP "complémentaire". La question maintenant se pose de savoir jusqu'où peut-on aller. On a une limite, globale, à 774'000. Etant donné que 77'400 sont déjà assurables dans l'IP "base", il reste 696'600 assurables dans l'IP "complémentaire" (774'000 - 77'400).

En résumé, le salaire assurable dans l'IP "complémentaire" peut être au maximum la part de salaire AVS comprise entre 77'400 et 774'000, soit un salaire assurable de 0 à 696'600.

Quant au salaire assuré dans l'IP "complémentaire", rien n'empêche le règlement correspondant de ne prévoir aucun montant de coordination, c'est-à-dire de fixer un salaire assuré égal au salaire assurable. Le cas échéant, le salaire assuré dans l'IP "complémentaire" pourrait aller jusqu'à 696'600. Etant donné que ce sont jusqu'à 54'825 qui sont assurés dans l'IP "base", le salaire assuré consolidé pourrait aller jusqu'à 751'425. La différence par rapport au plafond de 774'000, soit 22'575, est justement le montant de coordination de l'IP "base", lequel ne pourra ainsi pas être compensé dans l'IP "complémentaire".

### *Jurisprudence*

#### **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 2<sup>e</sup> 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 1<sup>er</sup> 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 1<sup>er</sup> 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 1<sup>er</sup> 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 1<sup>er</sup> 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 1<sup>er</sup> 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 1<sup>er</sup> 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 à 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 1<sup>re</sup> 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 1<sup>re</sup> 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 Thoun ; 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 1<sup>er</sup> 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 Thoun. 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.

## ***Annexe***

### **Organigramme**

.



