

# NOTA BENE

La newsletter juridique de Pittet Associés SA / N° 5 / Novembre 2013



JURISPRUDENCE

## \ Rapport entre une personne morale et ses organes: quelle qualification ?

**Quelle qualification juridique donner au rapport qui se noue entre une personne morale et ses organes? Un arrêt du Tribunal administratif traite de cette question souvent controversée.**

Dans un arrêt du 14 novembre 2012 (C-1573/2011) relatif à un accident, le Tribunal administratif fédéral devait statuer sur une question qui a souvent été controversée en droit des sociétés anonymes, à savoir la qualification juridique du rapport liant une personne morale et les administrateurs (ou associés). Les juges ont rappelé qu'il était majoritairement admis qu'il s'agissait d'un contrat innomé, régi par le droit de la société et auquel s'appliquent par analogie les dispositions sur le contrat de mandat. L'existence d'un contrat de travail n'était admise que si l'activité d'administrateur était exercée à titre principal et qu'il y avait une relation de subordination. La relation pouvait tenir à la fois du droit du travail et du droit des sociétés.

L'organe qui est également employé doit respecter le devoir de fidélité de l'art. 321a CO et le devoir de fidélité imposé par le droit des sociétés (art. 717 CO ou art. 812 al. 1 CO). La fonction d'administrateur empêche le travailleur de faire valoir ses intérêts de travailleur à l'égard de la société comme n'importe quel autre travailleur car il doit d'abord veiller à sauvegarder les intérêts de la

société. Cette situation s'apparente à celle du travailleur qui siège au sein de l'organe suprême de l'institution de prévoyance et qui doit faire primer les intérêts de la caisse plutôt que ceux de son employeur (cf. art. 52 LPP).

### **Statut d'indépendant ou de dépendant**

La situation se complique encore, si l'on considère que la question de savoir si l'activité déployée par l'organe relève du statut d'indépendant ou de dépendant n'est pas résolue selon les mêmes critères dans tous les domaines du droit.

Les autorités compétentes en matière d'AVS qualifient en règle générale les honoraires touchés par les membres de l'administration ou d'organes dirigeants de sociétés de revenus provenant d'une activité dépendante (art. 5 al. 2 LAVS; art. 7 lit. h RAVS). L'assurance-chômage exclut en principe du droit aux indemnités les personnes qui sont liées à l'entreprise qui les employait par un rapport de gestion, de représentation ou de propriété (art. 31 al. 3 lit. c LACI), à moins qu'elles aient cotisé à l'assurance-

chômage sur la base d'un statut de travailleur dépendant et aient coupé tout lien avec l'entreprise qui a résilié leur contrat. La législation en matière d'assurance-accident (LAA) exclut de l'assurance obligatoire les membres de conseils d'administration qui ne sont pas occupés dans l'entreprise pour cette activité (art. 2 al. 1 lit. f OLAA).

#### Dans la LPP

Dans le domaine de la prévoyance professionnelle, l'art. 5 al. 1 LPP prévoit que cette loi ne s'applique qu'aux personnes qui sont assurées à l'assurance-vieillesse et survivants fédérale (AVS). La notion de « salariés » n'est pas définie dans la LPP. L'art. 10 LPGA, applicable par renvoi de l'art. 5 al. 1 LPP et de l'art. 1 al. 1 LAVS, prévoit qu'est réputé salarié celui qui fournit un travail dépendant et qui reçoit pour ce travail un salaire déterminant au sens des lois spéciales. Ainsi, bien que l'activité d'administrateur ne relèvera que rarement d'un contrat de travail, les honoraires perçus seront considérés comme du revenu d'une activité dépendante (art. 7 lit. h RAVS).

La condition d'un assujettissement à la LPP ne dépend pas de l'existence d'un contrat de travail mais bien de la qualification juridique de la relation par les organes compétents de l'AVS. Pour qu'un organe soit soumis à l'assurance obligatoire, il faut évidemment que les autres conditions prévues par la LPP soient également remplies: âge, montant du salaire, etc.

L'art. 1j al. 1 lit. c OPP2 prévoit que les salariés exerçant une activité accessoire ne sont pas soumis à l'assurance obligatoire (LPP), s'ils sont déjà assujettis à l'assurance obligatoire pour une activité lucrative exercée à titre principal ou s'ils exercent une activité lucrative indépendante à titre principal. Il peut néanmoins y avoir une « assurance multiple », chaque fois qu'il est difficile de tracer une limite raisonnable entre activité principale et activité accessoire. Par exemple, si un salarié travaille auprès d'un employeur à temps partiel à 50 %, et exerce parallèlement une activité d'administrateur à 50 % également, il sera obligatoirement assujetti pour ces deux activités.

#### JURISPRUDENCE

## \ Paiement en espèces de la PLP suite à un divorce: le cas d'un indépendant

**Dans un arrêt du 19 juin 2013 (TF 9C\_833/2012), le Tribunal fédéral a précisé les conditions auxquelles un assuré de condition indépendante peut exiger un paiement en espèces d'une prestation de sortie qu'il a acquise à la suite d'une procédure de divorce.**

L'assuré exploitait à titre indépendant un kiosque. A l'issue de la procédure de divorce, une somme de CHF 4'109.90 a été versée par son ex-conjointe sur un compte de libre passage auprès de la Banque cantonale zurichoise. Il a demandé à deux reprises à cette banque le paiement en espèces de ce montant, au motif qu'il était de condition indépendante. Après avoir essuyé le refus de l'institut bancaire, il a saisi le Tribunal des assurances du canton de Zurich, afin que la Banque cantonale zurichoise solde son compte de libre passage et soit astreinte au paiement de CHF 4'109.90.

#### Recours de l'OFAS

Le tribunal a admis cette demande, considérant que l'intéressé n'était pas soumis à la prévoyance professionnelle obligatoire, peu importe le fait de savoir si cette somme serait consacrée à l'activité indépendante de l'assuré. L'OFAS a formé un recours contre cette décision, demandant au Tribunal fédéral de trancher la question de prin-

cipe de savoir si et dans quelle mesure un assuré déjà de condition indépendante au moment de l'exécution du jugement de divorce a droit ultérieurement au paiement en espèces d'une prestation de sortie partagée conformément à l'art. 122 CC.

L'art. 22 al. 1 LFLP prévoit qu'en cas de divorce, les art. 3, 4 et 5 LFLP sont applicables par analogie au montant à transférer. Le but de l'application par analogie de ces dispositions est de garantir dans une procédure de divorce l'utilisation de la prestation de sortie dans un but conforme à la prévoyance professionnelle. L'art. 5 al. 1 lit. b LFLP permet un paiement en espèces aux deux conditions cumulatives suivantes: le fait de s'établir à son compte et de ne plus être soumis à la prévoyance professionnelle obligatoire. Il s'ensuit, qu'en principe, un assuré exerçant déjà une activité d'indépendant au moment du divorce ne peut pas valablement invoquer cette disposition pour obtenir un paiement en espèces.

### Affilié facultativement

Toutefois, le Tribunal fédéral a rappelé qu'en présence d'un assuré affilié facultativement pour la prévoyance professionnelle obligatoire, la jurisprudence avait admis la possibilité d'exiger un paiement en espèces, à la condition restrictive qu'il résilie son contrat de prévoyance et mette fin à toutes relations contractuelles avec l'institution de prévoyance, dans le but de procéder à des investissements pour son activité d'indépendant (« betriebliche Investitionen » ATF 135 V 418).

Dans le cas particulier, et aux mêmes conditions strictes que pour les personnes assurées facultativement au deuxième pilier, le Tribunal fédéral a admis le droit au paiement en espèces de la prestation de libre passage acquise après une procédure de divorce (art. 5 al. 1 lit. b LFLP), en faveur d'un assuré de condition indépendante. Dans le cas particulier, il a toutefois nié ce droit à l'assuré, au motif que celui-ci n'avait pas apporté la preuve de l'utilisation de la somme de CHF 4'109.90 dans l'exploitation de son kiosque.

ACTUALITÉ

## Réforme Prévoyance vieillesse 2020 : état des lieux

**En juin 2013, le Conseil fédéral a adopté les lignes directrices de la réforme «Prévoyance vieillesse 2020». Un projet de loi, qui suivra d'ici à la fin de l'année, sera mis en consultation en 2014. Petit état des lieux pour en savoir plus.**

Cette réforme, rappelons-le, vise à adapter, dans son ensemble et de manière durable, le système de prévoyance. Il s'agit donc de repenser les fondements d'un système reposant sur le principe des trois piliers, tout en tenant compte des différents projets de réformes qui ont échoué ces dernières années.

D'une manière générale, la volonté du Conseil fédéral est de mener cette réforme dans l'intérêt des assurés, à savoir dans le respect du principe constitutionnel qui veut que les prestations AVS et celles du 2<sup>e</sup> pilier permettent, ensemble, de maintenir de manière appropriée le niveau de vie antérieur (art. 113 al. 2 lit. a Cst).

### Maintenir le niveau des prestations

L'idée principale de cette réforme vise donc à maintenir le niveau des prestations de la prévoyance vieillesse tel que prévu dans la législation (AVS et LPP obligatoire) et à adapter les bases de financement des deux premiers piliers (AVS et prévoyance professionnelle) aux nouveaux paramètres économiques et démographiques.

Cependant, compte tenu du fait que l'AVS et la prévoyance professionnelle sont financées sur la base de systèmes distincts (en répartition pour le premier et en capitalisation pour le second), les conséquences des modifications économiques et démographiques sur l'un et sur l'autre pilier sont également différentes. Ainsi, le vieillissement de la population et la conjoncture économique auront une influence plus importante dans le 1<sup>er</sup> pilier (AVS),

alors que le 2<sup>e</sup> pilier sera plus sensible aux résultats des placements financiers. Ces éléments devront être pris en compte dans le cadre des mesures envisagées.

Selon le projet du Conseil fédéral, le financement de ces adaptations devrait se faire, d'une part, par des mesures sur le plan des prestations et des cotisations et, d'autre part, par un financement additionnel (relèvement du taux de TVA de deux points au maximum).

### De manière «équilibrée»

Afin d'obtenir une acceptation la plus large possible dans la population et garantir ainsi la mise en œuvre de ce projet, le Conseil fédéral entend également mener cette réforme de manière «équilibrée», ce qui signifie que les mesures qui seront prises (par exemple, adaptation de l'âge de la retraite des femmes dans le cadre de la fixation d'un «âge de référence» de retraite) devraient être accompagnées d'autres adaptations et de mesures transitoires permettant de minimiser les effets indésirables qu'une réforme d'une telle ampleur pourrait avoir.

Si la nécessité d'une réforme prenant en compte la globalité de la prévoyance vieillesse est saluée par la majorité des acteurs du domaine et de la politique, certaines mesures particulières font l'objet de critiques plus ou moins virulentes qui promettent déjà un débat passionnant. Affaire à suivre, donc.

# Les Journées de la prévoyance 2014

Se former, débattre mais surtout prendre le temps de la réflexion et de l'échange entre professionnels de la branche, dans un cadre magnifique – voilà l'objectif des Journées de la prévoyance, dont la cinquième édition aura lieu du 21 au 23 mai 2014 à Montreux.



Se déroulant en deux sessions de deux jours à choix, les Journées de la prévoyance rassemblent plus de 200 acteurs du 2<sup>e</sup> pilier romand. Cet événement de référence vous propose un programme attractif fait d'ateliers consacrés à des thèmes d'actualité, de conférences animées par des spécialistes, d'exposés de personnalités de premier plan, sans oublier un grand débat réunissant des représentants des milieux politiques, patronaux et syndicaux.

## Rendez-vous en mai 2014

La cinquième édition des Journées de la prévoyance aura lieu du 21 au 23 mai 2014 à Montreux. Le programme détaillé sera publié en novembre 2013, notamment sur le site [www.journeesdelaprevoyance.ch](http://www.journeesdelaprevoyance.ch). Il est également possible de s'inscrire en ligne à partir de la mi-novembre.

A bientôt !

## Service juridique de Pittet Associés

Votre contact

**GUY LONGCHAMP**

Directeur  
Avocat

[g.longchamp@pittet.net](mailto:g.longchamp@pittet.net)  
T +41 22 593 0132 (direct)

**SARA PELLETIER**

Juriste

[s.pelletier@pittet.net](mailto:s.pelletier@pittet.net)  
T +41 22 593 0142 (direct)

GENÈVE

LAUSANNE

BERNE

SION

PARIS

**Pittet Associés SA**

Avenue de la Gare 10 – Case postale 1176 – CH-1001 Lausanne  
T +41 22 593 0101 – F +41 22 593 0100

[www.pittet.net](http://www.pittet.net)