



**POUVOIR JUDICIAIRE
GERICHTSBEHÖRDEN**

ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

**Tribunal cantonal TC
Kantonsgericht KG**

Rue des Augustins 3, case postale 1654, 1701 Fribourg

T +41 26 304 15 00
tribunalcantonal@fr.ch
www.fr.ch/tc

608 2019 29

Arrêt du 11 novembre 2019

II^e Cour des assurances sociales

Composition

Président : Johannes Frölicher
Juges : Daniela Kiener, Anne-Sophie Peyraud
Greffier-rapporteur : Philippe Tena

Parties

A._____, **demandeur**, représenté par Me Charles Guerry,
avocat

contre

**CAISSE DE PRÉVOYANCE DU PERSONNEL DE L'ETAT,
défenderesse**, représentée par Me Guy Longchamp, avocat

Objet

Prévoyance professionnelle; affiliation

Action du 30 janvier 2019

attendu

que A. _____ (ci-après : le demandeur), né en 1955, domicilié à B. _____, titulaire d'un CFC d'employé de commerce, a été victime d'un accident de la circulation routière le 18 juin 1975;

que, par décision du 16 mars 1976, l'Office de l'assurance-invalidité du canton de Fribourg lui a reconnu le droit à une rente entière se fondant sur un degré d'invalidité de 70%, rente qui a été depuis lors confirmée à plusieurs reprises;

que, à partir de 1980, le demandeur a repris l'exercice d'une activité à temps partiel;

que, depuis le 1^{er} mars 2008, le demandeur a été engagé par C. _____ en qualité d'aide de bureau et a perçu des salaires annuels bruts allant de CHF 25'955.70 (2009) à CHF 31'673.90 (2018);

que, à plusieurs reprises et notamment par courrier du 8 septembre 2015, le demandeur a sollicité son affiliation à la Caisse de prévoyance du personnel de l'Etat de Fribourg (ci-après : la Caisse), demandes qui ont cependant été chaque fois rejetées;

que, par plusieurs courriels du 15 octobre 2018, le demandeur a réitéré sa demande d'affiliation à la Caisse, laquelle l'a refusée une nouvelle fois par courrier du 13 novembre 2018;

que A. _____, représenté par Me Charles Guerry, avocat, ouvre action devant le Tribunal cantonal le 30 janvier 2019 demandant, avec suite de frais et dépens, à ce que la Caisse soit à astreinte à l'affilier avec effet au 1^{er} mars 2008;

que, à l'appui de ses conclusions, il estime que l'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2; RS 831.441.1) – qui prévoit que les personnes au bénéfice d'une rente entière d'invalidité sont exclues du deuxième pilier – n'est pas conforme à la constitution, alléguant que l'exclusion pure et simple d'une catégorie de salariés de la prévoyance professionnelle est contraire à l'esprit du législateur fédéral et semble avoir été par ailleurs critiquée par le Tribunal fédéral dans un arrêt de principe;

qu'il soutient subir une inégalité de traitement dans la mesure où il s'est vu écarter du système légal de la prévoyance professionnelle sans aucun motif légitime, à la différence des personnes invalides au bénéfice d'une rente partielle ou des personnes non invalides;

que, dans sa réponse du 14 mai 2019, représentée par Me Guy Longchamp, avocat, la Caisse propose le rejet de l'action déposée par le demandeur;

qu'elle se prévaut d'arrêts du Tribunal fédéral ainsi que d'avis de la doctrine pour démontrer la constitutionnalité de l'exclusion de l'assurance obligatoire et facultative des personnes invalides à plus de 70% au sens de l'assurance-invalidité;

qu'il n'a pas été procédé à un second échange d'écritures entre les parties;

considérant

que, intentée dans les formes légales auprès de l'autorité judiciaire compétente *ratione materiae* et *ratione loci* par un éventuel assuré ayant qualité pour agir en justice et dûment représentée, l'action est recevable (art. 73 al. 1 et 3 de la loi du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, LPP; RS 831.40);

que la qualité pour défendre de la Caisse recherchée ne saurait en outre être contestée;

que la prévoyance professionnelle comprend une assurance obligatoire des salariés et des chômeurs (art. 2 LPP), une assurance obligatoire des indépendants (art. 3 LPP) et une assurance facultative (art. 4 LPP);

que, s'agissant de l'assurance obligatoire des salariés, l'art. 2 LPP prescrit qu'y sont soumis les salariés qui ont plus de 17 ans et reçoivent d'un même employeur un salaire annuel supérieur à CHF 21'330.- (al. 1);

que l'al. 4 prévoit cependant que le Conseil fédéral règle l'assujettissement à l'assurance des salariés qui exercent des professions où les engagements changent fréquemment ou sont temporaires et définit les catégories de salariés qui, pour des motifs particuliers, ne sont pas soumis à l'assurance obligatoire;

que, fondé sur cette délégation, le Conseil fédéral a édicté l'art. 1j al. 1 let. d OPP 2 qui prévoit que les personnes invalides au sens de l'AI à raison de 70% au moins, ainsi que les personnes qui restent assurées à titre provisoire au sens de l'art. 26a LPP ne sont pas soumises à l'assurance obligatoire;

que, en outre, l'art. 3 let. c du règlement cantonal du 22 septembre 2011 sur le régime de pension de la Caisse de prévoyance du personnel de l'Etat prévoit que ne sont pas assurées dans le régime LPP les personnes salariées qui sont invalides à raison de 70% au moins au sens de la loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (LAI; RS 831.20);

que, en l'occurrence, le recourant – âgé de plus de 17 ans et ayant *a priori* un revenu supérieur à CHF 21'330.- fixé à l'art. 2 al. 1 LPP – s'est vu refuser son affiliation à la Caisse défenderesse en application de l'art. 1j al. 1 let. d OPP 2;

qu'il demande qu'il ne soit pas fait application de cette disposition au motif qu'elle serait inconstitutionnelle et contraire à la loi, demandant que la Cour procède à un contrôle préjudiciel de l'OPP 2;

que, cependant, cette question a déjà été tranchée par le Tribunal fédéral dans l'ATF 118 V 158;

qu'il y jugeait que l'ancien art. 1 al. 1 let. d aOPP 2 n'était pas contraire à la loi;

qu'il affirmait que cette disposition n'était aucunement étrangère à l'esprit et au but d'une assurance obligatoire, expliquant que, par cette disposition, il s'était agi d'éviter qu'une institution de prévoyance ne doive fournir des prestations pour un cas d'assurance survenu antérieurement à l'affiliation, certaines personnes invalides à raison des deux tiers au moins ayant encore la possibilité, par la mise en valeur de leur capacité résiduelle de gain, de réaliser un salaire

supérieur à la limite de coordination et pouvant ainsi prétendre à une rente entière de l'institution de prévoyance;

qu'or, l'ancien art. 1 al. 1 let. d aOPP 2 prévoyait que les personnes invalides au sens de l'AI à raison des deux tiers au moins n'étaient pas soumises à l'assurance obligatoire, ce qui faisait référence au degré d'invalidité minimal donnant droit à une rente entière de l'assurance-invalidité (art. 28 al. 2 LAI, dans sa version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007) alors qu'aujourd'hui le droit à une rente entière n'est reconnu qu'à partir d'un degré d'invalidité supérieur à 70% (art. 28 al. 2 LAI dans sa teneur actuelle);

que l'art. 1j al. 1 let. d OPP 2 a donc été adapté à la nouvelle évaluation de l'invalidité, la formulation et le but de l'ancien art. 1 al. 1 let. d aOPP 2 demeurant pour le surplus identiques dans le nouvel article de l'ordonnance;

que, dans un tel contexte, la Cour de céans ne saurait adopter une approche différente de celle suivie alors par les Juges fédéraux, avis au demeurant partagé par la doctrine (SCHNEIDER, *in* Commentaire LPP et LFLP, 2010, art. 1 n. 52ss; VETTER-SCHREIBER, *Berufliche Vorsorge*, 3e éd., 2013, art. 1j OPP 2 n. 10ss);

que, même si dans leur arrêt (ATF 118 V 158 précité) les Juges fédéraux pensaient que, en pratique, l'art. 1 al. 1 let. d OPP 2 serait *"surtout applicable aux personnes invalides qui tentent de reprendre une activité professionnelle et qui continuent à bénéficier d'une rente (entière) de l'assurance-invalidité"*, ils n'excluaient pas pour autant qu'une minorité de cas pouvait ne pas entrer dans cette description;

que l'on peut, quoi qu'il en soit, se demander si le fait d'écarter le demandeur du système de prévoyance obligatoire est, comme il le prétend, constitutif d'une inégalité de traitement;

que, en effet, l'art. 1j al. 1 let. d OPP 2 traite de manière identique des situations semblables à celles du demandeur, soit les personnes qui perçoivent une rente AI entière, et un traitement différent des situations dissemblables, soit celles d'assurés percevant une rente AI partielle (degré d'invalidité inférieur à 70%) ou n'en percevant pas du tout (degré d'invalidité inférieur à 40%);

que le recourant se prévaut d'une violation de l'égalité de traitement en comparant sa situation de rentier à 100% à celle d'assurés dont la situation n'est pas similaire, soit à des personnes en parfaite santé ou invalides au bénéfice d'une rente partielle;

que, à tout le moins, cette distinction fondée sur le degré d'invalidité ne saurait justifier qu'il ne soit pas fait application de la disposition qui la contient par un contrôle préjudiciel de l'OPP 2;

que, dans ces circonstances, c'est à juste titre que la Caisse s'est fondée sur l'art. 1j al. 2 let. d OPP 2 pour rejeter la demande d'affiliation du demandeur s'agissant de l'affiliation à l'assurance obligatoire des salariés et des chômeurs (art. 2 LPP);

que, s'agissant d'une affiliation facultative (art. 4 LPP), celle-ci ne saurait non plus entrer en considération puisque l'art. 1j al. 2 let. d OPP 2 trouve aussi application en matière de prévoyance facultative (art. 4 al. 2 LPP; cf. ég. VETTER-SCHREIBER, *Berufliche Vorsorge*, 3e éd., 2013, art. 1j OPP 2 n. 10 et les références) et que les dispositions réglementaires de la caisse défenderesse excluent expressément l'affiliation d'une personne invalide à raison de 70% au moins;

que, à ce stade, la Cour s'étonne de ce que la Caisse intimée se soit contentée de produire sa réponse sans joindre le dossier constitué au nom du demandeur auprès d'elle mais qu'il n'a cependant pas été exigé d'elle qu'elle complète son écriture d'un bordereau de preuves, les pièces produites par le recourant suffisant pour que la Cour statue dans ce dossier;

que, pour le même motif, il n'est pas donné une suite favorable aux différentes requêtes de preuve présentées par les parties;

que l'action en justice doit être rejetée;

qu'il n'est pas perçu de frais de justice;

que, bien que représentée par un mandataire professionnel et obtenant gain de cause, la Caisse intimée n'a pas droit à une indemnité de partie;

la Cour arrête :

- I. L'action est rejetée.
- II. Il n'est pas perçu de frais de procédures ni octroyé de dépens.
- III. Notification.

Un recours en matière de droit public peut être déposé auprès du Tribunal fédéral contre le présent jugement dans un délai de 30 jours dès sa notification. Ce délai ne peut pas être prolongé. Le mémoire de recours sera adressé, en trois exemplaires, au Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne. Il doit indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve et être signé. Les motifs doivent exposer succinctement en quoi le jugement attaqué viole le droit. Les moyens de preuve en possession du (de la) recourant(e) doivent être joints au mémoire de même qu'une copie du jugement, avec l'enveloppe qui le contenait. La procédure devant le Tribunal fédéral n'est en principe pas gratuite.

Fribourg, le 11 novembre 2019/pte

Le Président :

Le Greffier-rapporteur :