

## Deuxième pilier

### Deuxième pilier et travail atypique

Jérôme Piegai

Le présent article examine dans quelle mesure la récente modification de l'ordonnance OPP 2 améliore la prévoyance professionnelle des travailleurs atypiques par rapport à la situation actuelle.

Le 25 juin 2008, le Conseil fédéral a décidé de modifier l'OPP 2 afin d'améliorer la prévoyance professionnelle des travailleurs atypiques. Cette modification d'ordonnance fait suite à un rapport de l'OFAS de mars 2008 intitulé «Analyse de solutions éventuelles en vue d'améliorer l'assujettissement au régime obligatoire LPP des travailleurs atypiques, conformément à l'art. 2, al. 4, 1re phrase, LPP»: <http://www.admin.ch/aktuell/00089/index.html?lang=fr&msg-id=18048>.

Selon le nouvel art. 1k OPP 2 (qui complète l'actuel art. 1j, al. 1, let. b, OPP 2), «les salariés dont la durée d'engagement ou de mission est limitée sont assujettis à l'assurance obligatoire, lorsque:

- a. les rapports de travail sont prolongés au-delà de trois mois, sans qu'il y ait interruption desdits rapports: dans ce cas, le salarié est soumis à l'assurance obligatoire dès le moment où la prolongation a été convenue;
- b. plusieurs engagements auprès d'un même employeur ou missions pour le compte d'une même entreprise bailleuse de service durent au total plus de trois mois et qu'aucune interruption ne dépasse trois mois: dans ce cas, le salarié est soumis à l'assurance obligatoire dès le début du quatrième mois de travail; lorsqu'il a été convenu, avant le début du travail, que le salarié est engagé pour une durée totale supérieure à trois mois, l'assujettissement commence en même temps que les rapports de travail».

Selon l'actuel art. 1j, al. 1, let. b, OPP 2, «les catégories suivantes de salariés ne sont pas soumises à l'assurance obligatoire: les salariés engagés pour une durée limitée ne dépassant pas trois mois; en cas de prolongation des rapports de travail au-delà de trois mois, le salarié

est assujetti à l'assurance obligatoire dès le moment où la prolongation a été convenue». Selon la nouvelle teneur de l'art. 1j, al. 1, let b, OPP 2, ne sont pas soumis à l'assurance obligatoire «les salariés engagés pour une durée limitée ne dépassant pas trois mois; l'art. 1k est réservé».

Cette modification entrera en vigueur le 1er janvier 2009 (son commentaire est publié dans le «Bulletin de la prévoyance professionnelle» de l'OFAS n° 107).

### **Notion de travailleur atypique**

Le rapport susmentionné définit les travailleurs atypiques comme des personnes dont les rapports de travail ne correspondent pas aux normes habituelles (voir p. 4 ch. 2.2). Il s'agit en particulier des personnes ayant des emplois temporaires de courte durée. Le nouvel art. 1k OPP 2 constitue une disposition d'application de l'art. 2, al. 4, 1re phrase, LPP selon lequel «le Conseil fédéral règle l'assujettissement à l'assurance des salariés qui exercent des professions où les engagements changent fréquemment ou sont temporaires». Dans son message sur la 1re révision de la LPP, le Conseil fédéral mentionne par exemple les musiciens, les acteurs et autres artistes ainsi que les journalistes (FF 2000 p. 2547). Selon ce même rapport (p. 6), l'art. 2, al. 4, 1re phrase, LPP ne vise pas les travailleurs à temps partiel, ni les travailleurs au service de plusieurs employeurs simultanément (art. 46 LPP). Selon l'étude «Flexicurité: importance pour la Suisse», les rapports de travail atypiques ont évolué de diverses manières: d'une part, il y a eu une progression des contrats de travail à durée limitée de plus de trois mois, du travail temporaire et du travail à temps partiel mais, d'autre part, il y a aussi une stagnation du travail sur appel et même une diminution du télétravail et de la pseudo-indépendance (où le travailleur n'a qu'un seul mandataire); de plus, il y a eu un recul des contrats de travail les plus problématiques (travail sur appel sans un minimum d'heures garanti; télétravail sans stipulation du volume de travail, contrats à court terme uniquement):

<http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=18905>.

### **Etendue de l'amélioration**

La modification de l'OPP 2, telle que décidée par le Conseil fédéral, permettra d'assujettir à la LPP tous les travailleurs dont la durée totale des différents engagements pour le même employeur dépasse 3 mois, sans qu'il y ait plus de 3 mois d'interruption entre deux engagements. Elle améliorera la prévoyance des travailleurs atypiques sur deux plans:

premièrement, elle s'appliquera à tous les employeurs et plus seulement aux entreprises bailleuses de services (agences de travail temporaire). Jusqu'à présent, seules les personnes engagées par des entreprises bailleuses de services ont bénéficié d'un régime particulier: le travailleur ou la travailleuse doit être assuré(e) à la LPP dès le début du 4e mois si la durée totale de ses différentes missions est supérieure à 3 mois et qu'il n'y a pas plus de 2 semaines d'interruption entre les missions (pendant les 6 premiers mois ou pas plus de 5 semaines d'interruption à partir du 7e mois) d'après la directive 2006/2 du SECO du 31 mai 2006 sur la validité de l'affiliation à la LPP pour les travailleurs dont les services sont loués et le «Bulletin de la prévoyance professionnelle» n° 91, ch. 529, en relation avec l'art. 2 OPP 2. Par contre, pour les personnes travaillant pour d'autres employeurs que les entreprises bailleuses de services, il n'y a actuellement pas de prise en compte des engagements successifs pour le même employeur, de sorte que le décompte du délai d'assujettissement de 3 mois repart à zéro après la fin de chaque engagement, même s'il y a seulement quelques jours d'interruption entre deux engagements.

Deuxièmement, cette modification de l'OPP 2 va allonger à 3 mois le délai maximal d'interruption entre les engagements, au lieu de deux semaines actuellement. En effet, en pratique, l'actuel délai de deux semaines s'est avéré trop bref pour prévenir efficacement le risque d'abus lié aux contrats en chaîne où un employeur impose une brève interruption entre les engagements uniquement pour éviter l'assujettissement à la LPP (cf. ATF 119 V 46 consid. 1c p. 48 et Bulletin n° 91 susmentionné). Un délai plus long permettra de réduire ce genre d'abus.

Le délai maximal d'interruption de 3 mois entre les engagements n'est pas applicable lorsque l'interruption entre deux missions est due à la maladie, à un accident, ni en cas de service militaire, de service civil ou de protection civile. Lorsque la travailleuse accouche, le délai d'interruption maximal est de 14 semaines (cf. Bulletin n° 91 susmentionné).

### **Exemples d'application**

Les lettres a et b de l'art. 1k OPP 2 visent deux situations différentes: dans le premier cas (let. a), la personne commence à travailler pour une durée initiale inférieure ou égale à trois mois. Puis il est convenu de prolonger cette première période de travail, de sorte que la personne continue de travailler sans interruption au-delà de 3 mois. Dans ce cas-là, la personne doit être assujettie obligatoirement à la prévoyance professionnelle dès le jour où la prolongation a été convenue.

Dans le second cas (let. b), la personne effectue plusieurs engagements pour le même employeur avec une ou plusieurs interruptions. Par exemple, une personne travaille pour le même employeur durant 1 mois en janvier, 2 mois en mai–juin et 2 mois en octobre–novembre. Selon la réglementation actuelle, cette personne ne bénéficie pas de l'assurance LPP, car le décompte du délai de 3 mois repart à zéro à la fin de chaque engagement. Par contre, avec la nouvelle réglementation, elle devra être assujettie à la LPP, car la durée totale de ses engagements pour le même employeur dépasse 3 mois et la durée respective des interruptions entre les engagements n'est pas supérieure à 3 mois. Cette personne devra être assujettie dès le début du quatrième mois de travail lorsque l'employeur et la personne salariée ne sont pas convenus à l'avance que la durée totale de travail dépassera les 3 mois (art. 1k, let. b, 1<sup>re</sup> phrase, OPP 2). En revanche, si les parties au contrat de travail ont déjà décidé – avant le premier jour de travail – que la durée totale du travail sera supérieure à 3 mois, l'assujettissement commencera exceptionnellement dès le début des rapports de travail (art. 1k, al. 1, let. b, 2<sup>e</sup> phrase, OPP 2).

Par ailleurs, le décompte ne repart pas à zéro à la fin de chaque année civile: par exemple, si une personne travaille pendant 2 mois en novem–bre–décembre puis encore 2 mois en avril–mai de l'année suivante, elle devra être assurée au deuxième pilier, car la durée totale du travail est de 4 mois et la durée de l'interruption ne dépasse pas 3 mois. Il n'y a pas non plus de nombre maximum d'interruptions entre les engagements: il faut continuer de totaliser la durée des différents engagements tant que chaque interruption ne dure pas plus de 3 mois.

Si la personne travaillait à chaque fois pour des employeurs différents dans les exemples susmentionnés, il n'y aurait pas d'assujettissement obligatoire à la LPP. Cette personne pourrait se faire assurer à titre facultatif (art. 1j, al. 4, OPP 2 et 46 LPP): tout salarié au service de plusieurs employeurs, dont le salaire annuel total dépasse 19 890 francs, peut, s'il n'est pas déjà obligatoirement assuré, se faire assurer à titre facultatif auprès de l'institution supplétive ou de l'institution de prévoyance à laquelle est affilié l'un de ses employeurs, si les dispositions réglementaires de celle-ci le prévoient.

### **Contrat de durée in/déterminée**

Il y a assujettissement dès le premier jour de travail lorsque la personne est engagée sur la base de contrat de travail de durée indéterminée (cf. «Bulletin de la prévoyance professionnelle» n° 56, ch. 334, et n° 87, ch. 505). A défaut d'indice propre à établir une limitation dans le temps

des rapports contractuels, on ne saurait admettre l'existence d'un contrat de durée déterminée; il convient bien plutôt dans une telle situation de présumer l'existence d'un contrat de durée indéterminée (cf. arrêt du TF du 26 novembre 2001, cause B 90/00, consid. 4c). Par contre, si une personne est engagée par contrat de durée déterminée et la période de travail initiale ne dépasse pas 3 mois, l'assujettissement ne débute pas le premier jour de travail mais seulement en cas de prolongation au-delà des 3 mois. Toutefois, si la personne est engagée d'emblée (c.-à-d. avant le début du travail) pour une durée déterminée supérieure à 3 mois, elle doit être assurée dès le début des rapports de travail. Les art. 1j, al. 1, let. b, et 1k OPP 2 n'exceptent donc de l'assurance obligatoire que les salariés engagés sur la base d'un contrat de durée déterminée qui ne dépasse pas 3 mois et qui n'est pas prolongé (cf. arrêts du TF du 21 avril 2006, causes B 105/05 et B 108/05, résumés dans le «Bulletin de la prévoyance professionnelle» n° 93 ch. 549).

### **Autres conditions d'assurance**

Il faut également examiner si la personne atteint le salaire minimal pour être assujetti obligatoirement à la LPP: son salaire doit être supérieur à 19890 francs par année, soit 1658 francs par mois (art. 7, al. 1, LPP). Le salaire assuré correspond au salaire effectivement réalisé moins une déduction de coordination de 23205 francs (art. 8, al. 1, LPP). Si la personne travaille pour le même employeur pendant plus de 3 mois mais moins d'une année, il faut alors projeter sur une base annuelle le salaire effectif mensuel. Par exemple, si une personne travaille 5 mois pour un même employeur au cours de la même année avec un salaire mensuel de 3000 francs, elle devra être assujettie à la LPP, car son salaire annuel correspondrait à 36 000 francs si elle travaillait pendant 12 mois (cf. art. 2, al. 2, LPP et «Problèmes d'assujettissement à la LPP», RCC 1985 n° 7/8 p. 9).

### **La prévoyance des artistes**

L'Union syndicale suisse (USS) et le Parti socialiste ont proposé d'ajouter dans le projet de loi sur l'encouragement de la culture (LEC, FF 2007 p. 4579) des dispositions pour améliorer la sécurité sociale des artistes, en demandant notamment que la Confédération verse des cotisations d'employeur (lorsqu'elle octroie des subventions, des bourses et autres contributions financières pour des œuvres ou des projets) et qu'elle soutienne une institution de prévoyance spécifique au secteur culturel (liens: [http://www.sgb.ch/fr/f-download/080326\\_Jean\\_Christophe\\_Schwaab.pdf](http://www.sgb.ch/fr/f-download/080326_Jean_Christophe_Schwaab.pdf).

ps.ch/fileadmin/downloads/Pospap/f/2007-02-19\_Positionspapier\_Kulturpolitik\_f.pdf).

La Commission de la science, de l'éducation et de la culture du Conseil national a renoncé à ajouter une disposition sur la prévoyance des artistes dans le projet de LEC. Il y a lieu de préciser que plusieurs institutions de prévoyance proposent déjà des solutions de prévoyance adaptées à la situation des travailleurs atypiques dans le domaine culturel, par exemple la Fondation de prévoyance Film et Audiovision, les Fondations Charles Apothéloz et Comoedia pour le théâtre ou encore la Caisse de pensions Musique et Formation pour les enseignants des écoles de musique. Ces institutions donnent aux personnes travaillant pour un ou plusieurs employeurs affiliés la possibilité de s'assurer à des conditions plus généreuses que celles de l'assurance obligatoire LPP. Les artistes peuvent s'y assurer soit en tant que salariés, soit en tant qu'indépendants.

### **Autres mesures écartées**

La suppression (ou la réduction) du délai d'assujettissement de 3 mois aurait permis d'améliorer davantage la prévoyance professionnelle des travailleurs atypiques, comme l'a proposé Colette Nova, secrétaire dirigeante de l'USS. Toutefois, une telle mesure a été considérée comme trop onéreuse (cf. p. 14 ch. 4.3 du rapport de mars 2008).

Par ailleurs, la prévoyance des travailleurs atypiques aurait aussi pu être améliorée soit en supprimant le salaire minimal pour être assuré obligatoirement à la LPP (assurance dès le premier franc), soit en supprimant la déduction de coordination ou encore en fixant une déduction de coordination proportionnelle au taux d'activité professionnelle, afin d'élever le salaire assuré et donc le niveau des prestations de prévoyance (il est à relever que certaines institutions ont développé de telles possibilités dans le cadre de la prévoyance plus étendue). Lors de la 1<sup>re</sup> révision de la LPP, plusieurs mesures allant dans ce sens avaient été proposées pour améliorer la situation des personnes travaillant à temps partiel ou ayant de bas revenus (cf. Message 1<sup>re</sup> révision FF 2000 pp. 2510-2511 ch. 1.8.1 et 1.8.2). La Commission de sécurité sociale et de la santé du Conseil national avait notamment proposé de fixer une déduction de coordination en % du salaire annuel et d'abaisser à 12360 francs tant le salaire minimal annuel pour l'assurance obligatoire que le plancher pour l'assurance facultative des travailleurs au service de plusieurs employeurs (cf. rapport sur la prévoyance des personnes travaillant à temps partiel et sur les personnes ayant de bas revenus, sur l'adaptation du taux de conversion ainsi que sur la gestion paritaire des institutions de

prévoyance de février 2002:

<http://www.parlament.ch/SiteCollectionDocuments/f/ed-pa-sgk-bericht-1.pdf>). Mais en plénum, cette proposition a été rejetée par la majorité bourgeoise du Parlement qui la jugeait trop coûteuse.

Finalement, l'Assemblée fédérale a abaissé à 18990 francs le salaire minimal annuel pour l'assujettissement obligatoire (au lieu de 25 320 francs auparavant; valeur actuelle: 19 890 francs) et réduit la déduction de coordination à 22 155 francs (au lieu de 25 320 francs auparavant; valeur actuelle: 23 205 francs).

Le Parlement a également renoncé à rendre obligatoire l'assurance (actuellement facultative) pour les personnes qui travaillent simultanément pour plusieurs employeurs (art. 46 LPP et 28 ss OPP 2). Il s'est limité à abaisser à 18 990 francs (valeur actuelle: 19 890 francs) le plancher pour l'assurance facultative des travailleurs ayant des emplois multiples.