



12 août 2008

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 107

Indications

- 652 Amélioration pour les travailleurs atypiques : modification de l'ordonnance OPP 2 (dès le 1.1.2009)
- 653 Invalidité: renvoi de l'art. 26 al. 1 LPP aux art. 28 al. 1 et 29 al. 1 à 3 LAI
- 654 Internet : table chronologique : liens avec chaque bulletin de la prévoyance professionnelle

Prise de position

- 655 Questions sur les art. 1j et 1k OPP 2 concernant les travailleurs atypiques (dès le 1.1.2009)

Jurisprudence

- 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

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

652 Amélioration pour les travailleurs atypiques : modification de l'ordonnance OPP 2 (dès le 1.1.2009)

Le 25 juin 2008, le Conseil fédéral a décidé de modifier l'ordonnance OPP 2 afin d'assujettir à la prévoyance professionnelle les personnes qui effectuent des engagements pour le même employeur pour une durée totale supérieure à 3 mois. L'entrée en vigueur est fixée au 1^{er} janvier 2009.

Suite au rapport de l'OFAS sur la prévoyance professionnelle des travailleurs atypiques publié le 2 avril 2008, le Conseil fédéral a décidé, en date du 25 juin 2008, que les personnes qui effectuent deux ou plusieurs engagements pour le même employeur seront aussi assurées au deuxième pilier lorsque les périodes de travail pour le même employeur se succèdent à trois mois ou moins d'intervalle et qu'il n'y a pas plus de 3 mois d'interruption entre les engagements.

Actuellement, il n'y a pas de totalisation des différentes périodes de travail pour le même employeur : il faut que chaque période de travail ininterrompue soit supérieure à 3 mois et une interruption de quelques jours suffit à faire repartir à zéro le décompte des 3 mois. Jusqu'à présent, seules les personnes employées par des agences de travail temporaire bénéficiaient d'un régime totalisant les différentes missions.

Cette modification d'ordonnance permettra à un plus grand nombre de travailleurs atypiques d'accéder à la prévoyance professionnelle.

Nous publions ci-après cette modification d'ordonnance avec un commentaire.

Seule fait foi la version publiée dans le Recueil officiel du droit fédéral :
RO 2008 3551 (<http://www.admin.ch/ch/f/as/2008/3551.pdf>)

**Ordonnance
sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité
(OPP 2)
Modification du 25 juin 2008**

Le Conseil fédéral suisse

arrête:

I

L'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité¹ est modifiée comme suit:

Art. 1j, titre médian et al. 1, let. b

Salariés non soumis à l'assurance obligatoire

(art. 2, al. 2 et 4, LPP)

¹ Les catégories suivantes de salariés ne sont pas soumises à l'assurance obligatoire:

- b. les salariés engagés pour une durée limitée ne dépassant pas trois mois; l'art. 1k est réservé;

Art. 1k Salariés engagés pour une durée limitée

(art. 2, al. 4, LPP)

Les salariés dont la durée d'engagement ou de mission est limitée sont soumis 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.

II

La présente modification entre en vigueur le 1^{er} janvier 2009.

25 juin 2008

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Pascal Couchepin
La chancelière de la Confédération, Corina Casanova

Travailleurs atypiques : commentaire de la modification de l'art. 1j, al. 1, let. b, OPP 2 et du nouvel art. 1k OPP 2 :

En date du 2 avril 2008, le Conseil fédéral a pris acte du rapport de l'OFAS « Analyse de solutions éventuelles en vue d'améliorer l'assujettissement au régime obligatoire LPP des travailleurs atypiques, conformément à l'art. 2, al. 4, 1^{re} phrase, LPP ». Il a chargé le Département fédéral de l'intérieur d'élaborer une modification de l'OPP 2 afin de tenir compte, pour calculer le délai de trois mois déterminant pour l'assujettissement à la LPP², de tous les engagements auprès d'un même employeur et de toutes les missions pour le compte d'une même entreprise bailleuse de services au sens de l'art. 2 OPP 2.

Selon l'art. 1j, al. 1, let. b, OPP 2 en vigueur jusqu'à présent, les salariés engagés pour une durée limitée ne dépassant pas trois mois ne sont pas soumis à l'assurance obligatoire ; 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.

¹ RS 831.441.1

² Lien internet du communiqué de presse avec le rapport : <http://www.admin.ch/aktuell/00089/index.html?lang=fr&msg-id=18048>

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 107

Avec la présente modification, une personne devra dorénavant être assujettie à la LPP si la durée totale des engagements ou des missions qu'elle effectue pour le même employeur dépasse trois mois et qu'il n'y a pas plus de trois mois d'interruption entre ces engagements. Lorsqu'une personne a plusieurs employeurs, le calcul de la durée des engagements doit être effectué séparément pour chaque employeur.

Jusqu'à présent, pour les personnes engagées par des employeurs autres que des entreprises de location de services³, le calcul du délai de trois mois repartait à zéro à la fin de chaque contrat de travail de durée déterminée, quelle que soit la durée de l'interruption jusqu'au prochain engagement éventuel chez le même employeur.

La présente modification fixe à trois mois le délai maximal d'interruption entre deux engagements ou missions, au lieu de l'actuel délai de deux semaines applicable aux travailleurs dont les services sont loués⁴. L'allongement du délai à 3 mois permettra de réduire sensiblement le risque d'abus lié aux contrats en chaîne⁵. En effet, l'actuel délai d'interruption de 2 semaines s'est avéré insatisfaisant, car avec un tel délai, le risque est plus grand qu'un employeur cherche à se soustraire à l'assurance obligatoire en imposant une brève interruption d'un peu plus de deux semaines au travailleur qui a déjà effectué un engagement ou mission de trois mois avant de le réengager juste après.

Le nouvel art. 1k OPP 2 règle l'assujettissement des salariés engagés pour une durée limitée. Il complète l'art. 1j, al. 1, let. b, OPP 2 en vigueur jusqu'à présent. L'art. 1j, al. 1, let. b, OPP 2 est adapté pour réserver expressément cette nouvelle disposition.

La lettre a de l'art. 1k reprend la formulation actuelle de l'art. 1j, al. 1, let. b, OPP 2 en ajoutant les termes « sans qu'il y ait interruption desdits rapports », afin de distinguer clairement le cas où une personne travaille sans interruption de celui où elle travaille avec une ou plusieurs interruptions. La lettre a traite du cas où une personne commence à travailler pour une durée initiale ne dépassant pas 3 mois mais continue ensuite de travailler sans interruption pour une durée totale supérieure à 3 mois. Dans ce cas-là, la personne doit être assujettie à partir du jour où la prolongation a été convenue.

La lettre b vise le cas où une personne effectue deux ou plusieurs engagements ou missions avec une ou plusieurs interruptions. Il faut alors examiner si la durée totale des différents engagements ou missions est supérieure à 3 mois et si chaque interruption ne dépasse pas 3 mois. Si ces deux conditions cumulatives sont remplies, il y aura assujettissement à l'assurance obligatoire. Par exemple, si une personne effectue une première mission d'un mois, puis arrête de travailler pendant deux mois avant de recommencer à travailler pour le même employeur avec un second engagement de trois mois, elle doit être assujettie à la LPP dès le début du quatrième mois de travail. Toutefois, il peut arriver que l'employeur et la personne salariée aient décidé à l'avance, c'est-à-dire avant que la personne ne commence à travailler, que la durée totale des engagements sera supérieure à 3 mois. Dans ce cas-là, l'assujettissement commencera en même temps que les rapports de travail.

La limite des 3 mois s'applique à chaque interruption prise individuellement et non pas à la durée totale des interruptions. Les périodes d'interruption ne se cumulent donc pas. Par exemple, si une personne travaille d'abord pendant 2 mois avant une interruption de 1 mois, retravaille ensuite 1 mois pour le même employeur avant une nouvelle interruption de 3 mois, puis effectue finalement un

³ Selon l'art. 2 OPP 2, les travailleurs occupés auprès d'une entreprise tierce dans le cadre d'une location de service au sens de la loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services sont réputés être des travailleurs salariés de l'entreprise bailleuse de service.

⁴ Directive du Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) 2006/2 du 31 mai 2006 sur la validité de l'affiliation à la LPP pour les travailleurs dont les services sont loués : http://www.espace-emploi.ch/dateien/Private_Arbeitsvermittlung/Validite_de_affiliation_a_la_LPP_pour_les_travailleurs_dont_les_services_sont.pdf
Voir aussi le Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 91, du 6 avril 2006, chiffre 529 : http://www.assurancessociales.admin.ch/storage/documents/2530/2530_1_fr.pdf

⁵ Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 91, chiffre 529 et ATF 119 V 46 consid. 1c p. 48.

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 107

troisième engagement de 2 mois pour le même employeur, elle doit être assujettie à la LPP, car aucune des interruptions n'est supérieure à 3 mois.

653 Invalidité: renvoi de l'art. 26 al. 1 LPP aux art. 28 al. 1 et 29 al. 1 à 3 LAI

La 5^e révision de l'AI est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008. Elle a notamment modifié l'art. 29 LAI. L'ancien al. 1 de l'art. 29 LAI est devenu l'actuel art. 28 al. 1 LAI. L'actuel art. 29 al. 2 LAI a repris la 2^e phrase de l'al. 2 de l'ancien art. 29 LAI tandis que la 1^{re} phrase de l'al. 2 de l'ancien art. 29 LAI figure désormais à l'al. 3 de l'actuel art. 29 LAI. L'al. 1^{er} de l'ancien art. 28 LAI est devenu l'al. 4 de l'actuel art. 29 LAI.

Selon l'al. 1 de l'actuel art. 29 LAI, le droit à la rente prend désormais naissance au plus tôt 6 mois après que la personne assurée a fait valoir son droit aux prestations conformément à l'art. 29 al. 1 LPGA.

L'art. 26 al. 1 LPP renvoie à l'art. 29 LAI en ce qui concerne la naissance du droit aux prestations d'invalidité. La modification de la LAI relative à la naissance du droit aux prestations d'invalidité a aussi des répercussions sur le droit aux prestations LPP (voir le Message de la 5^e révision de l'AI, FF 2005 4215, ch. 3.4 :

<http://www.admin.ch/ch/f/ff/2005/4215.pdf>).

Lors de l'adaptation des dispositions de la LPP, le renvoi de l'art. 26 al. 1 LPP à l'art. 29 LAI n'a pas été modifié. Il s'agit là d'une inadvertance rédactionnelle. Le renvoi exact est le suivant : « (art. 28 al. 1 et 29 al. 1 à 3 LAI) ».

La correction de ce renvoi a été entre-temps effectuée dans le Recueil systématique (RS) : voir la note de bas de page n° 53 relative à l'art. 26 al. 1 LPP : **actuellement «art. 28 al. 1 et 29 al. 1 à 3 LAI»** : <http://www.admin.ch/ch/f/rs/8/831.40.fr.pdf>.

Il en résulte que le droit aux prestations d'invalidité LPP prend naissance au plus tôt à l'échéance d'une période de 6 mois à compter de la date à laquelle la personne assurée a fait valoir son droit aux prestations conformément à l'art. 29 al. 1 LPGA, c.-à-d. en même temps que la naissance du droit à la rente AI.

654 Internet : table chronologique : liens avec chaque bulletin de la prévoyance professionnelle

Des liens internet ont été ajoutés dans la table chronologique pour accéder directement à tous les bulletins (voir le document EXCEL sur la page actualité) :

<http://www.bsv.admin.ch/themen/vorsorge/aktuell/index.html?lang=fr>

Prise de position

655 Questions sur les art. 1j et 1k OPP 2 concernant les travailleurs atypiques (dès le 1.1.2009)

1. Quelle est la durée maximale de l'interruption entre deux engagements pour le même employeur ?

La période maximale d'interruption entre deux engagements est fixée à 3 mois, car au-delà de 3 mois, on ne peut plus considérer qu'il s'agit d'une interruption de courte durée. Afin d'éviter des contradictions, des risques de confusion et des difficultés d'application dans la pratique, la limite des 3 mois s'applique à la fois à la durée totale des missions et à la durée de l'interruption entre les missions. Comme les art. 1j et 1k OPP 2 considèrent qu'au-delà de 3 mois, il ne s'agit plus d'un engagement de courte durée non soumis à l'assurance obligatoire, la durée maximale d'interruption

entre les engagements est également fixée à 3 mois, afin d'assurer une concordance entre la notion d'engagement de courte durée et celle d'interruption de courte durée.

2. Faut-il appliquer le délai de 3 mois par année civile ?

Non. Si l'on appliquait le délai de 3 mois par année civile, cela risquerait de créer des inégalités de traitement sans motifs objectifs. Par exemple, une personne qui effectue un premier engagement de 2 mois en août-septembre puis un second engagement de 2 mois en novembre-décembre serait assujettie à la LPP. Par contre, si une personne effectue une première mission de 2 mois en octobre-novembre puis une seconde mission de 2 mois en janvier-février de l'année suivante, elle ne serait alors pas assujettie si l'on fixait une limite par année civile, alors même qu'elle a travaillé aussi longtemps que la personne dans le premier cas susmentionné. Le fait que les engagements successifs aient lieu au cours de la même année civile ou qu'ils soient à cheval sur deux années civiles ne constitue pas un motif suffisant pour traiter différemment ces deux personnes en ce qui concerne l'assujettissement à la LPP.

3. Lorsqu'il y a des engagements successifs avec des interruptions, quand débute l'assurance obligatoire ?

La personne salariée doit être assujettie à la prévoyance professionnelle lorsque la durée totale de ses différents engagements est supérieure à 3 mois et qu'aucune interruption ne dépasse 3 mois. L'assujettissement commence en principe au début du quatrième mois de travail. Toutefois, lorsqu'il a été convenu d'emblée, avant le premier jour de travail, que la personne salariée va travailler pour une durée totale supérieure à 3 mois, par exemple 3 périodes de 2 mois avec des interruptions de 2 mois, l'assujettissement commencera alors en même temps que les rapports de travail.

Jurisprudence

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 1^{re} 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