



26 janvier 2012

Bulletin de la prévoyance professionnelle n°126

Indications

821	Tâches dévolues à l'OFAS suite à l'entrée en fonction de la Commission de haute surveillance au 1 ^{er} janvier 2012.....	2
822	Le rapport sur l'avenir du 2 ^e pilier soumis à une procédure d'audition jusqu'au 9 mars 2012	3
823	Situation financière des institutions de prévoyance en 2010.....	3
824	«Newsletter» lors de la sortie du Bulletin.....	4

Prises de position

825	Maintien correct de la prévoyance après la sortie de l'institution de prévoyance.....	4
826	Cotisations au pilier 3a pour les personnes qui travaillent au-delà de l'âge ordinaire de la retraite	4
827	Faut-il travailler plus de 3 mois pour cotiser au pilier 3a?.....	5

Jurisprudence

828	Conditions essentielles de la police de libre passage et conclusion du contrat d'assurance; les fournisseurs de polices de libre passage ne sont pas tenus de maintenir la prévoyance professionnelle obligatoire sous forme d'assurance pour les cas d'invalidité	6
-----	--	---

Indications

821 Tâches dévolues à l'OFAS suite à l'entrée en fonction de la Commission de haute surveillance au 1^{er} janvier 2012

D'après [l'art. 11 al. 3 de l'ordonnance sur l'organisation du Département fédéral de l'intérieur](#), «l'OFAS exerce les fonctions suivantes:

- a. préparer les décisions visant à assurer une politique cohérente des assurances sociales dans les domaines relevant de sa compétence et les mettre en œuvre;
- b. préparer pour les instances politiques les bases décisionnelles et la documentation nécessaires sur la sécurité sociale et encourager les recherches en la matière;
- c. fournir des conseils et des informations dans le domaine des assurances sociales;
- d. encourager la collaboration entre les milieux intéressés dans le domaine des assurances sociales; coordonner et harmoniser les différentes mesures tant au sein de son propre domaine de compétence qu'avec les autres mesures de politique sociale de la Confédération, des cantons et des communes».

Le Bulletin de la prévoyance professionnelle constitue un des vecteurs pour fournir des conseils et des informations au sens de la disposition précitée. L'OFAS, qui conserve la compétence d'émettre des avis de droit sur toute question en relation avec l'interprétation de la législation sur la prévoyance professionnelle, **va donc continuer de publier des prises de position** par le biais du Bulletin de la prévoyance professionnelle. Les autres rubriques du Bulletin (indications et jurisprudence) seront conservées. Une nouvelle rubrique dénommée « excursus » publiera ponctuellement des réflexions et des analyses plus détaillées concernant des thèmes choisis.

Demeurent également de la **seule** compétence de l'OFAS:

- la préparation et la mise en œuvre de projets de loi ou d'ordonnance ;
- les recours contre les jugements cantonaux rendus en application de l'art. 73 LPP (cf. art. 89, al. 2, let. a, LTF et 60e^{bis} OPP 2) ;
- la rédaction de préavis à l'attention du Tribunal fédéral (cf. art. 102, al. 1, LTF);
- les réponses à des questions posées par des associations, des avocats ou des assurés sur des thèmes sans rapport avec les tâches de la commission de haute surveillance;
- la préparation de l'adaptation des paramètres actuariels;
- la tenue du secrétariat de la Commission LPP.

L'OFAS garde par ailleurs la compétence de recourir contre des jugements du Tribunal administratif fédéral en matière de prévoyance professionnelle (cf. art. 89, al. 2, let. a, LTF et 60e^{bis} OPP 2), cette compétence étant désormais **aussi** dévolue à la Commission de haute surveillance (art. 74, al. 4, LPP).¹

La Commission de haute surveillance pourra, de son côté, émettre ses propres directives et autres communications dans le cadre des tâches spécialisées qui lui incombent en relation avec la pratique de surveillance, d'après l'art. 64a LPP.

Coordonnées:

Commission de Haute Surveillance de la Prévoyance Professionnelle (CHS PP)

Seilerstrasse 8

Case postale 7461

3001 Berne

Tél. 031 322 48 25, fax 031 322 26 96

E-mail: info@oak-bv.admin.ch ou judith.schweizer-amrein@oak-bv.admin.ch

Internet: www.oak-bv.admin.ch

¹ Voir aussi le commentaire publié dans le [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 123 p. 72](#).

822 Le rapport sur l'avenir du 2^e pilier soumis à une procédure d'audition jusqu'au 9 mars 2012

Le Département fédéral de l'intérieur a décidé, fin décembre, d'ouvrir une procédure d'audition sur le rapport sur l'avenir du 2^e pilier. Celui-ci analyse en profondeur les problèmes de la prévoyance professionnelle et présente des pistes de solution pour modifier différents éléments du système comme le taux de conversion minimal, la quote-part d'excédents (legal quote) et les frais d'administration. Après l'audition, il sera mis au point par le Conseil fédéral, qui y fera figurer des propositions concrètes et le soumettra au Parlement à titre d'agenda des réformes à entreprendre.

Le 7 mars 2010, les citoyens suisses ont refusé l'adaptation du taux de conversion minimal décidée par le Parlement et le Conseil fédéral. Celui-ci a alors décidé d'étoffer le rapport sur le taux de conversion que la loi demande d'établir, et de broser un tableau d'ensemble de la situation contenant une analyse des problèmes et les solutions envisageables. L'augmentation constante de l'espérance de vie et la mauvaise orientation prolongée des marchés financiers, qui met sous pression de nombreuses institutions de prévoyance, mais aussi des mutations sociales comme la diffusion du travail à temps partiel ou la multiplication des interruptions de carrière, posent en effet de grands défis à la prévoyance professionnelle.

Un rapport sur l'avenir du 2^e pilier a ainsi été rédigé. Traitant essentiellement du taux de conversion minimal, il contient des analyses sur le niveau de ce taux et discute de mesures d'accompagnement permettant d'atténuer l'impact sur les rentes d'un abaissement de ce dernier. Il traite aussi des coûts de la prévoyance professionnelle, de mesures de simplification du système et de la participation des sociétés d'assurance aux excédents (legal quote). Enfin, il aborde de nombreux points relatifs au financement et au système même de la prévoyance professionnelle.

Le rapport sur l'avenir du 2^e pilier a été élaboré en étroite collaboration avec la Commission fédérale de la prévoyance professionnelle. Le Département fédéral de l'intérieur invite maintenant les milieux intéressés à se prononcer sur les pistes de solutions envisagées, dans le cadre d'une procédure d'audition qui dure jusqu'au début du mois de mars 2012. Le Conseil fédéral élaborera ensuite des propositions de réforme concrètes tenant compte des remarques formulées et il soumettra au Parlement avant la pause de l'été 2012 le rapport qui contiendra un calendrier des travaux à entreprendre. Là-dessus, le chantier des réformes pourra s'ouvrir.

Lien internet pour le communiqué de presse du 4 janvier 2012 avec annexes:

<http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=42837>

823 Situation financière des institutions de prévoyance en 2010

Le 16 décembre 2011, le Conseil fédéral a pris connaissance du rapport annuel de l'OFAS sur la situation financière, fin 2010, des institutions de prévoyance et des assureurs-vie actifs dans la prévoyance professionnelle, situation qui est restée stable par rapport à 2009. Le nombre de caisses en découvert a légèrement diminué. Cependant, comme l'indique une estimation récente, la situation s'est aggravée à nouveau depuis lors.

Lien internet pour le communiqué de presse:

<http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=42713>

824 «Newsletter» lors de la sortie du Bulletin

Il est possible de s'inscrire à une «newsletter» pour être informé lors de la sortie de chaque Bulletin de la prévoyance professionnelle. L'inscription se fait sur la page internet suivante, en sélectionnant «PP 2^e pilier»:

<http://www.bsv.admin.ch/vollzug/newsletter/index.html?lang=fr>

Il est cependant toujours possible d'avoir un abonnement gratuit pour recevoir la version papier du Bulletin.

Les personnes qui ne souhaitent plus recevoir la version papier peuvent se désinscrire en contactant Madame Bleuer, responsable de la gestion des abonnements du Bulletin:

dominique-isabelle.bleuer@bsv.admin.ch, tél. 031.322.91.84

Prises de position

825 Maintien correct de la prévoyance après la sortie de l'institution de prévoyance

L'OFAS a constaté à plusieurs reprises que certaines institutions de prévoyance et fondations de libre passage ne respectent pas les directives légales en matière de maintien de la prévoyance après la sortie des assurés.

En vertu de l'art. 4, al. 1 et 2, LFLP, si l'assuré n'entre pas dans une autre institution de prévoyance, il doit notifier à son institution de prévoyance sous quelle forme admise il entend maintenir sa prévoyance. A défaut de notification, l'institution de prévoyance verse, au plus tôt six mois, mais au plus tard deux ans après la survenance du cas de libre passage, la prestation de sortie, y compris les intérêts, à l'institution supplétive (art. 60 LPP).

Or, certaines fondations de libre passage ont conclu des accords avec certaines institutions de prévoyance ou leur organe de gestion, en vertu desquels ces institutions s'engagent à verser à la fondation de libre passage avec laquelle elles se sont entendues les avoirs de libre passage des assurés sans l'accord (au moins tacite) de ces derniers ou manifestation expresse de leur volonté. Cette procédure enfreint clairement les dispositions légales.

826 Cotisations au pilier 3a pour les personnes qui travaillent au-delà de l'âge ordinaire de la retraite

Une personne qui poursuit son activité professionnelle au-delà de l'âge ordinaire de la retraite de l'AVS peut encore cotiser au pilier 3a jusqu'à 5 ans après cet âge-limite (art. 7, al. 3, OPP 3).

Lorsqu'une personne continue de travailler après l'âge ordinaire de la retraite, il faut distinguer les deux situations suivantes s'agissant du montant maximal des cotisations 3a (comme déjà indiqué dans le [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 103 p. 18 question 3](#)):

- 1) Soit la personne est encore *assuré/e actif/ive* auprès d'une institution de prévoyance professionnelle et ne reçoit *pas encore de rente* du 2^e pilier: elle peut alors verser annuellement au pilier 3a jusqu'à 8 % du montant-limite supérieur fixé à l'art. 8, al. 1, LPP («petite» cotisation selon [l'art. 7, al. 1, let. a, OPP 3](#)).
- 2) Soit la personne reçoit une *rente* de la prévoyance professionnelle et ne paie plus de cotisations à une institution de prévoyance professionnelle (*affiliation passive*): elle peut alors cotiser au pilier 3a, jusqu'à 5 ans au plus après l'âge ordinaire de la retraite de l'AVS, jusqu'à **20 % du revenu provenant d'une activité lucrative**, mais au maximum jusqu'à 40 % du montant-limite supérieur fixé à l'art. 8, al. 1, LPP («grande» cotisation selon [l'art. 7, al. 1, let. b, OPP 3](#)). S'agissant du

«revenu provenant d'une activité lucrative dépendante», la [circulaire n° 18 de l'Administration fédérale des contributions sur le pilier 3a \(p. 5, 2^e §, et p. 6 let. f\)](#) a précisé qu'il s'agit du « **salaire brut après déduction des cotisations AVS/AI/APG/AC**».

Mais comment appliquer la notion de «salaire brut après déduction des cotisations AVS/AI/APG/AC» lorsqu'il y a une **franchise de cotisations AVS/AI/APG** ? En effet, les cotisations du 1^{er} pilier des personnes exerçant une activité dépendante ayant accompli leur 64^e année pour les femmes et leur 65^e année pour les hommes ne sont perçues auprès de chaque employeur que sur la part du gain qui excède 1'400 francs par mois ou 16'800 francs par an ([art. 6quater, al. 1, RAVS, 4, al. 2, let. b, LAVS](#), 3 LAI et 27 LAPG). Quel est donc le montant maximal des cotisations 3a selon l'art. 7 al. 1, let. b, OPP 3 lorsque le revenu de l'activité lucrative **dépasse cette franchise**? Les **20 %** du revenu provenant de l'activité lucrative doivent alors être calculés sur la base du **revenu brut moins les cotisations effectives AVS/AI/APG** (étant précisé qu'à partir de l'âge ordinaire de la retraite, il n'y a plus de cotisations à l'assurance-chômage, d'après l'art. 2, al. 2, let. c et d, LACI).

Lorsque la personne a un revenu d'activité lucrative **qui ne dépasse pas cette franchise**, elle peut continuer de cotiser au pilier 3a, comme déjà indiqué dans le [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 103 p. 18 question 4](#). Pour calculer le **20 %** du revenu provenant de l'activité lucrative, il faut alors se baser sur le **revenu brut** (sans déduction de cotisations AVS/AI/APG; il n'y a en effet pas du tout de prélèvement de cotisations AVS/AI/APG vu que le revenu est en-dessous de la franchise).

827 Faut-il travailler plus de 3 mois pour cotiser au pilier 3a?

Le droit en vigueur n'exige **pas** que l'activité professionnelle soit supérieure à 3 mois durant la même année pour avoir le droit de cotiser au pilier 3a, sous réserve des 2 cas particuliers visés par les art. 1a, al. 1, LAVS et 2, al. 1, let. b et c, RAVS (voir ci-dessous). Il est seulement exigé d'exercer une activité professionnelle (salariée ou indépendante) et de cotiser à l'AVS dans le cadre de l'assurance AVS obligatoire ou facultative (cf. art. 5, al. 1, LPP en relation avec l'art. 82 LPP ; voir aussi la [circulaire de l'Administration fédérale des contributions n° 18 «Imposition des cotisations et des prestations du pilier 3a» ch. 3](#) et le cas B.2.1.1 dans «[Prévoyance et impôts](#) publié par la Conférence suisse des impôts aux Editions Cosmos, Muri/Berne).

Dans l'AVS, le principe est que toute personne qui exerce une activité lucrative en Suisse est assurée obligatoirement dès le premier jour de travail (cf. art. 1a LAVS; une activité dépendante à l'étranger est aussi possible pour autant que l'employeur soit soumis à l'AVS en Suisse). Il y a seulement 2 catégories de personnes pour lesquelles la durée de 3 mois entre en ligne de compte et qui ne sont pas assurées obligatoirement à l'AVS d'après [l'art. 2, al. 1, let. b et c, RAVS](#) en relation avec [l'art. 1a, al. 1, LAVS](#):

- 1) les personnes qui n'exercent une activité lucrative en Suisse rémunérée par un employeur à l'étranger que pendant 3 mois consécutifs au plus par année civile;
- 2) les personnes qui n'exercent une activité indépendante en Suisse que pendant 3 mois consécutifs au plus par année civile.

A l'exception de ces 2 catégories qui ne sont pas assurées obligatoirement à l'AVS, une personne peut cotiser au pilier 3a même si elle n'a pas travaillé plus de 3 mois par année civile, du moment que des cotisations AVS sont prélevées sur son revenu professionnel.

Dans le pilier 3a, l'OPP 3 n'a donc pas repris le délai de 3 mois fixé par l'art. 1j, al. 1, let. b, OPP 2 (les salariés engagés pour une durée limitée ne dépassant pas 3 mois ne sont pas soumis à l'assurance

obligatoire LPP sous réserve de l'art. 1k OPP 2). Il n'y a pas non plus de seuil d'entrée (revenu minimal) pour pouvoir cotiser au pilier 3a (contrairement au 2^e pilier : art. 7 LPP).

Selon que la personne est assurée ou pas à une institution du 2^e pilier, le montant des cotisations maximales au pilier 3a sera différent (cf. [art. 7, al. 1, let. a et b, OPP 3](#)). Si la personne n'est pas assurée à une institution du 2^e pilier, car elle n'a pas travaillé plus de 3 mois au cours de la même année, elle pourra cotiser au pilier 3a jusqu'à concurrence du plafond fixé par [l'art. 7, al. 1, let. b, OPP 3](#) (20 % du revenu provenant de l'activité lucrative mais au maximum 40 % du montant-limite supérieur fixé par l'art. 8, al. 1, LPP).

Jurisprudence

828 Conditions essentielles de la police de libre passage et conclusion du contrat d'assurance ; les fournisseurs de polices de libre passage ne sont pas tenus de maintenir la prévoyance professionnelle obligatoire sous forme d'assurance pour les cas d'invalidité

(Référence à un arrêt du TF du 12 septembre 2011, [9C 479/2011](#) ; arrêt en allemand)

(Art. 2, al. 1, 27 et 60 LPP, art. 4 et 14 LFLP, art. 10 à 19 OLP, art. 331c CO, art. 1 LCA)

Mme S., née en 1965, avait résilié son contrat de travail pour fin octobre 2009. Comme elle allait sortir de son institution de prévoyance, elle a transmis le 21 juillet 2009 à la société d'assurances Swiss Life SA un formulaire «Demande d'établissement d'une police de libre passage», selon lequel, après un versement unique de la prestation de libre passage, des prestations en capital doivent être versées en cas d'atteinte de la limite d'âge ou de décès, et des rentes en cas d'invalidité. En se référant aux conditions générales d'assurance régissant les polices de libre passage, Swiss Life SA a fait savoir à Mme S. que, sur la base d'un examen de santé plus approfondi, la couverture du risque d'invalidité qui était demandée ne pouvait pas être offerte.

Le point litigieux concerne l'obligation faite aux fournisseurs de polices de libre passage de maintenir la prévoyance professionnelle obligatoire sous forme d'assurance des cas d'invalidité et, en l'espèce, la conclusion du contrat d'assurance.

Le caractère obligatoire de la prévoyance professionnelle est lié à l'exercice d'une activité salariée procurant un salaire minimal dépassant un certain seuil (art. 2, al. 1, LPP). Cela ne veut pas dire que cette condition doit être remplie sans interruption. Le maintien de la prévoyance au sens de l'art. 4 LFLP signifie plutôt la préservation de la fortune affectée à la prévoyance durant la période où la personne n'est pas affiliée à une institution de prévoyance. Il faut qu'à un moment donné l'avoir puisse être récupéré au moins à hauteur du montant légal (pour les prestations d'invalidité, voir art. 23 ss. LPP) et que la prévoyance puisse être maintenue sans perte. Dans ce sens, les institutions de libre passage ne relèvent que de la prévoyance au sens large ; les polices ou comptes de libre passage ne remplissent en principe qu'une fonction de «pont» ([ATF 129 III 305](#) consid. 3.3). Un maintien (par exemple) de la couverture du risque d'invalidité selon la LPP n'est donc prévu que sur une base facultative.

Comme la LPP et la LFLP prescrivent le maintien de la prévoyance dans le respect de certaines conditions (art. 27 LPP, art. 4 LFLP, art. 10 à 19 OLP), mais ne règlent pas le rapport d'assurance en tant que tel, la loi de référence est la LCA, sous réserve des dispositions spéciales de celle-ci (arrêt B 5/97 du 28 août 1997 consid. 3d). Au vu du sens et du but du maintien de la prévoyance, il n'y a pas de raison de déroger à la liberté contractuelle qui s'applique par principe selon la LCA. Les fournisseurs de polices de libre passage ne sont donc pas soumis à l'obligation de contracter. Si le preneur de prévoyance n'en dispose pas autrement sur la base des art. 4 LFLP et 10 OLP, la

transmission de la prestation de sortie à l'Institution supplétive conformément à l'art. 60 LPP garantit ultimement le maintien de la prévoyance (art. 4, al. 2, LFLP).

La recourante se base sur l'art. 11 OLP en relation avec les art. 14, al. 1, LFLP et 331c CO. Selon ces dispositions, la couverture de prévoyance acquise par l'apport de la prestation de sortie ne peut pas être réduite, dans le régime obligatoire, par de nouvelles réserves pour raisons de santé ; dans la prévoyance plus étendue en revanche, des réserves pour raisons de santé peuvent être formulées pour les risques de décès et d'invalidité pour une période de cinq ans au maximum. Ces dispositions s'appliquant également aux polices de libre passage, il y a une limitation de la liberté contractuelle au sens de la liberté de contenu telle qu'elle existe sous différentes formes dans le droit des assurances privées (voir art. 97 ss. LCA). Les autres éléments de la liberté contractuelle, dont la liberté de contracter (voir [ATF 129 III 35](#) consid. 6.1 p. 42), ne sont pas touchés. Le tribunal cantonal a expliqué à juste titre que des réserves pour raisons de santé à hauteur de la part obligatoire ne sont interdites que si le fournisseur de polices de libre passage a effectivement contracté en l'espèce un tel rapport d'assurance. On ne peut donc pas inférer non plus de l'art. 11 OLP l'existence d'une obligation de contracter.

Au vu de ce qui précède, l'art. 1, al. 1 des conditions générales d'assurance pour les polices de libre passage (CGA) de l'intimée, selon lequel une police de libre passage avec couverture du risque d'invalidité n'est conclue (parfaite) que si l'assureur donne son accord, ne contrevient pas au droit fédéral.

La recourante fait enfin valoir qu'il y a eu conclusion d'un contrat de prévoyance avec couverture du risque d'invalidité. Ce point de vue n'est conciliable ni avec la situation juridique générale ni avec les déclarations de volonté que la recourante et l'intimée ont échangées. A l'art. 1, al. 1, la LCA part du principe que la personne qui souhaite avoir une couverture d'assurance soumet à l'assureur une demande de contrat d'assurance qui doit être approuvée. Dans cette optique, la personne à assurer est demandeuse dans le formulaire d'offre de l'intimée. Sous la déclaration signée par la personne à assurer, il est par ailleurs mentionné que la direction de l'assureur informera par écrit de l'acceptation ou du refus éventuel de la police de libre passage demandée. Il en ressort clairement qu'il n'y a pas eu conclusion du rapport d'assurance sollicité par la recourante, contrairement à ce qu'elle prétend – elle aurait accepté une offre contraignante de police de libre passage avec couverture du risque d'invalidité, faite par l'assureur.