



29 mars 2012

Bulletin de la prévoyance professionnelle n°127

Indications

- 829 Rapport sur l'avenir du 2^e pilier: prolongation de l'audition jusqu'au 30 avril 2012 2
- 830 Accord sur la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE (ALCP) – Entrée en vigueur le 1^{er} avril 2012 des nouveaux règlements (CE) n° 883/04 et n° 987/09 de coordination des systèmes nationaux de sécurité sociale 2

Prise de position

- 831 L'entraide administrative selon les accords bilatéraux Suisse/UE et Suisse/AELE 3

Jurisprudence

- 832 Information et procédure: en cas de contestation relative au droit à l'information, l'assuré doit saisir l'autorité de surveillance et non pas le tribunal des assurances 3
- 833 La rente de partenaire selon l'art. 20a LPP peut être soumise à plusieurs conditions supplémentaires: notion de «ménage commun» 4
- 834 La rente de partenaire selon l'art. 20a LPP peut être soumise à plusieurs conditions supplémentaires: notion de «soutien considérable» 5

Excursus

- 835 LPP: une longue gestation et une naissance difficile (*auteur: Jean-Paul Caille*) 6

Indications

829 Rapport sur l'avenir du 2^e pilier: prolongation de l'audition jusqu'au 30 avril 2012

Afin de répondre aux nombreuses demandes de participants à l'audition et en accord avec le chef du Département fédéral de l'intérieur, le délai de l'audition est prolongé jusqu'au 30 avril 2012.

Lien internet:

<http://www.bsv.admin.ch/themen/vorsorge/aktuell/03157/index.html?lang=fr>

830 Accord sur la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE (ALCP) – Entrée en vigueur le 1^{er} avril 2012 des nouveaux règlements (CE) n° 883/04 et n° 987/09 de coordination des systèmes nationaux de sécurité sociale

A partir du 1^{er} avril 2012, le [nouveau règlement \(CE\) n° 883/2004](#) et le [nouveau règlement d'application \(CE\) n° 987/2009](#) vont remplacer les règlements (CEE) n° 1408/71 et n°574/72 dans les relations entre la Suisse et les Etats membres de l'UE en matière de sécurité sociale (les règlements 1408/71 et 574/72 restent applicables à l'égard des Etats de l'AELE).

Bien que les nouveaux instruments n'apportent pas de changement substantiel dans le domaine de la prévoyance professionnelle, certaines modifications des règles d'assujettissement pourraient avoir des répercussions, à tout le moins de façon indirecte. Notons au passage que les règles d'assujettissement s'appliquent en bloc à toutes les branches des assurances sociales et qu'il ne peut donc y avoir d'affiliation «à la carte», c.-à.-d. branche par branche.

Relevons encore que les nouveaux règlements ne changeront rien à la réglementation sur le versement en espèces de la prestation de libre passage en cas de départ définitif pour un pays de l'UE (voir le [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 96](#)).

1. Détachements

La durée maximale de détachement des salariés et des indépendants passe de 12 à 24 mois. Les caisses de compensation AVS établissent désormais une attestation A1 (document portable) au lieu d'un formulaire E101. Il n'est plus possible de prolonger le détachement de douze mois (en raison du passage de 12 à 24 mois).

Nous rappelons ici que le détachement vise à permettre à une personne qui est assurée dans un Etat de le rester lorsqu'elle travaille temporairement dans un autre Etat.

2. Exercice d'une activité salariée dans plusieurs Etats

Une personne qui exerce normalement une activité salariée dans plusieurs Etats pour un employeur ayant son siège dans l'un de ces Etats est assujettie à la législation de l'Etat de résidence à condition qu'elle exerce une «part substantielle» (25 %) de son activité dans cet Etat. Une personne qui n'exerce pas une part substantielle de son activité dans l'Etat de résidence est assujettie à la législation de l'Etat dans lequel son employeur a son siège. Une personne qui exerce normalement une activité salariée pour plusieurs employeurs ayant leur siège dans différents Etats reste assujettie à la législation de l'Etat de résidence, même si elle n'y exerce pas une part substantielle de son activité.

3. Exercice simultané d'une activité indépendante et d'une activité salariée dans plusieurs Etats

Avec le nouveau règlement, c'est le principe de l'assujettissement à la législation d'un seul Etat qui prime. L'annexe VII du règlement n° 1408/71, qui permettait un double assujettissement pour les personnes exerçant à la fois une activité salariée et une activité indépendante dans plusieurs Etats, est supprimée. Une personne qui exerce normalement une activité salariée et une activité

indépendante dans plusieurs Etats est assujettie uniquement à la législation de l'Etat dans lequel elle exerce une activité salariée.

4. Droit transitoire

Lorsqu'en application du règlement (CE) n° 883/2004, une personne est soumise à la législation de sécurité sociale d'un Etat membre autre que celui à la législation duquel elle est soumise en vertu du règlement (CEE) n° 1408/71, elle reste assujettie à cette dernière aussi longtemps que la situation qui a prévalu reste inchangée mais au plus tard jusqu'au 1^{er} avril 2022, à moins qu'elle n'introduise une demande auprès de l'institution compétente de l'Etat membre dont la législation est applicable en vertu du règlement (CE) n° 883/2004 en vue d'être soumise à cette législation.

Voir aussi la page internet suivante du site de l'OFAS:

<http://www.bsv.admin.ch/themen/internationales/aktuell/02778/index.html?lang=fr>

Prise de position

831 L'entraide administrative selon les accords bilatéraux Suisse/UE et Suisse/AELE

Aux termes des accords bilatéraux Suisse/UE et Suisse/AELE, ce sont les Règlements (CEE) 1408/71 et 574/72 qui s'appliquent à la partie obligatoire de la prévoyance professionnelle suisse.

L'art. 84, al. 2, du Règlement 1408/71 dispose ce qui suit:

«² Pour l'application du présent règlement, les autorités et les institutions des Etats membres se prêtent leurs bons offices, comme s'il s'agissait de l'application de leur propre législation (...).»

Cette disposition, en combinaison avec l'art. 86a, al. 2, let. b, LPP, a pour effet que les institutions de prévoyance doivent renseigner les organes des assurances sociales de l'UE ou de l'AELE lorsqu'elles sont sollicitées par ces derniers ; à noter que l'obligation de renseigner résultant du Règlement 1408/71 équivaut – pour le moins – à l'obligation de renseigner résultant d'une loi fédérale, comme l'exige l'art. 86a, al. 2, let. b, LPP.

Selon la phrase introductive de l'art. 86a, al. 2, LPP, l'obligation de renseigner a pour limite la prise en compte d'un intérêt privé prépondérant. Or, la communication à un organe de l'UE ou de l'AELE du montant d'une prestation de la prévoyance professionnelle obligatoire n'est pas incompatible avec la protection d'un intérêt privé prépondérant. Il en résulte que lorsque, par exemple, un organisme autrichien souhaite connaître le montant d'une rente de vieillesse LPP afin de déterminer la cotisation d'assurance maladie, l'institution de prévoyance suisse est tenue de lui communiquer le montant de la part obligatoire de cette rente.

Nous relevons enfin que l'entrée en vigueur des nouveaux Règlements (CE) n° 883/2004 et (CE) n° 987/09 (voir ch. 830) ne changera rien à la réglementation décrite ci-dessus.

Jurisprudence

832 Information et procédure: en cas de contestation relative au droit à l'information, l'assuré doit saisir l'autorité de surveillance et non pas le tribunal des assurances

(Référence à un arrêt du TF du 28 septembre 2011, [9C 53/2011](#); arrêt en français)

(Art. 62 al. 1 let. e, 65a, 74 et 86b al. 2 LPP)

En juin 2010, G. a saisi le Tribunal cantonal des assurances sociales de la République et canton de Genève d'une demande contre un fonds de prévoyance, par laquelle la personne assurée exigeait

que lui soit remis un certificat d'assurance avec l'indication du capital retraite au 1^{er} janvier 2010. G. demandait que lui soit confirmé que ce fonds de prévoyance était une institution de prévoyance du 2^e pilier au regard de la loi et qu'on lui indique où se trouvait la somme de 708'068 fr. 05 transférée le 16 août 2002 par la Compagnie d'assurances V. sur un compte de Z. Le tribunal a déclaré la demande irrecevable et transmis la cause au Service genevois de surveillance des fondations et des institutions de prévoyance comme objet de sa compétence. G. a recouru contre ce jugement cantonal.

Le TF a déclaré le recours irrecevable, en considérant que G. n'a pas satisfait à l'obligation de motiver son recours, faute de prendre spécifiquement position sur le motif pour lequel le tribunal cantonal a déclaré la demande irrecevable, à savoir que le Service de surveillance des fondations et des institutions de prévoyance était seul compétent pour connaître de la contestation (cf. art. 42 al. 1 et 2 LTF et [ATF 134 V 53](#) consid. 3.3 p. 60).

Le TF a également considéré que même si le recours avait été recevable, il aurait dû être rejeté pour les raisons suivantes : l'art. 62 al. 1, phrase introductive, LPP prescrit que l'autorité de surveillance s'assure que l'institution de prévoyance ainsi que l'institution qui sert à la prévoyance se conforment aux prescriptions légales. En particulier, selon l'art. 62 al. 1 let. e LPP, elle connaît des contestations relatives au droit de l'assuré d'être informé conformément aux art. 65a et 86b, al. 2; cette procédure est en principe gratuite pour les assurés. Aux termes de l'art. 86b al. 2 LPP, les assurés peuvent demander la remise des comptes annuels et du rapport annuel. L'institution de prévoyance doit en outre informer les assurés qui le demandent sur le rendement du capital, l'évolution du risque actuariel, les frais d'administration, les principes de calcul du capital de couverture, les provisions supplémentaires et le degré de couverture. L'art. 62 al. 1 let. e LPP ouvre la voie administrative devant l'autorité de surveillance lors de contestations relatives au droit de l'assuré d'être informé conformément aux art. 65a et 86b al. 2 LPP et l'art. 74 al. 1 LPP ouvre la voie du recours devant le Tribunal administratif fédéral contre les décisions de l'autorité de surveillance.

A partir du moment où G. entendait exercer son droit à l'information conformément à l'art. 86b al. 2 LPP, c'est la voie administrative devant l'autorité de surveillance selon l'art. 62 al. 1 let. e LPP qui était ouverte. Le jugement cantonal, qui a transmis la cause au Service de surveillance des fondations et des institutions de prévoyance, est ainsi conforme au droit fédéral.

833 La rente de partenaire selon l'art. 20a LPP peut être soumise à plusieurs conditions supplémentaires: notion de «ménage commun»

(Référence à un arrêt du TF du 17 janvier 2012, [9C_73/2011](#); arrêt en allemand)

(Art. 20a et 49 LPP)

Le § 38, al. 1, de la loi sur les caisses de pension de Bâle-Ville (PKG) exige clairement la preuve d'un «ménage commun et d'un devoir réciproque d'assistance».

Il fixe ainsi pour la rente de partenaire de conditions plus restrictives que celles prévues par la loi.

Comme le TF l'a reconnu dans un récent arrêt de principe, cela est en principe admissible ([ATF 137 V 383](#), consid. 3.2, p. 387 s. ; voir aussi [Bulletin de la prévoyance professionnelle, n° 125, ch. 817](#)). Dans cette affaire-là, le litige portait sur le droit à une rente de partenaire, soumis notamment à la condition que les concubins aient fait ménage commun de manière ininterrompue pendant cinq ans au moins immédiatement avant le décès.

La restriction prévue ici se distingue de l'affaire susmentionnée en ce sens qu'en l'espèce, il est exigé en outre qu'il ait existé un devoir réciproque d'assistance. Cet élément supplémentaire ne constitue cependant pas à lui seul un motif de réduire à nouveau en l'espèce l'autonomie de l'institution de

prévoyance(art. 49 LPP). Cette exigence supplémentaire ne porte pas atteinte aux principes constitutionnels à respecter (égalité de traitement, interdiction de l'arbitraire et proportionnalité).

Comme l'art. 20a, al. 1, LPP est une prescription potestative qui permet à l'institution de prévoyance de renoncer totalement à prévoir d'autres personnes comme bénéficiaires, des solutions restrictives sont également admissibles – dans le cadre des principes de droit constitutionnel précités.

En l'espèce, deux appartements avaient été loués dans la même ville. Les partenaires conservaient chacun ainsi un certain espace de liberté. Dans ces circonstances, on ne peut pas conclure que les deux partenaires aient eu la volonté manifeste de vivre ensemble en tant que communauté de vie partagée dans le même ménage.

Le domicile séparé exclut ainsi l'existence d'un ménage commun.

834 La rente de partenaire selon l'art. 20a LPP peut être soumise à plusieurs conditions supplémentaires: notion de «soutien considérable»

(Référence à un arrêt du TF du 3 février 2012, [9C_676/2011](#); arrêt en allemand)

(Art. 20a LPP)

Comme l'a jugé le TF dans l'[ATF 137 V 383](#), il est en principe permis aux institutions de prévoyance, dans les limites du principe de l'égalité de traitement et de l'interdiction de toute discrimination, de déterminer le cercle des bénéficiaires de manière plus étroite que dans la loi. C'est pourquoi, la disposition réglementaire de la Caisse de pension de Bâle-Campagne, qui assortit le versement de prestations de survivant pour le partenaire de l'assuré à la double condition d'un « soutien considérable » (traduction de l'allemand: «in erheblichem Masse unterstützt») du partenaire par le défunt et d'une communauté de vie ininterrompue d'au moins cinq ans immédiatement avant le décès, n'est pas contraire à l'art. 20a, al. 1, let. a, LPP¹.

L'expression « soutien considérable » est indéterminée. Vu qu'il est en principe permis aux institutions de prévoyance de déterminer le cercle des bénéficiaires de manière plus étroite que dans la loi, elles peuvent aussi préciser quand une personne doit être considérée comme «soutenue de manière considérable par le défunt».

La notion de «soutien» entend exprimer que le partenaire (défunt) a subvenu au moins en partie aux besoins vitaux de l'autre. Le terme «considérable» signifie clairement que le soutien du défunt doit avoir atteint une certaine ampleur. Un soutien minime ne donne donc pas droit à une rente.

Le TF ne fixe pas de limite précise à partir de laquelle il y aurait un soutien «considérable». Toutefois, si le soutien est nettement inférieur à 20 % des frais d'entretien du ménage commun, on ne saurait parler d'une contribution prépondérante.

En l'espèce, l'exigence d'un soutien «considérable» n'étant pas remplie, aucune rente n'est due.

¹ Le texte français de l'art. 20a, al. 1, let. a, LPP se réfère aux « personnes à charge du défunt » mais les versions allemande et italienne sont plus précises : «natürliche Personen, die vom Versicherten in erheblichem Masse unterstützt worden sind» et «le persone fisiche che erano assistite in misura considerevole dall'assicurato».

Excursus

835 LPP: une longue gestation et une naissance difficile

Auteur: Jean-Paul Caille, licencié en droit, juriste à l'OFAS

Pour la naissance de notre rubrique excursus, il nous a paru intéressant de revenir sur ... la naissance de la LPP.

Quelques morceaux choisis, largement repris de Jean-François Aubert, ancien professeur de droit constitutionnel à l'Université de Neuchâtel, nous rappellent les péripéties qui ont entouré cet accouchement long et difficile.

1. Le contexte constitutionnel: l'art. 34^{quater} de l'ancienne Constitution fédérale (ci-après: aCst)

La conception des trois piliers a été adoptée et définie le 3 décembre 1972, lors d'un suffrage où le peuple et les cantons ont accepté une modification de l'art. 34^{quater} aCst. Pendant la campagne qui a précédé ce suffrage, on a assisté à ce que d'aucuns n'ont pas hésité à appeler une «querelle des trois piliers». Ainsi Jean-François Aubert:

«Il y avait, à cette époque, deux thèses sur l'avenir de la prévoyance sociale. La thèse officielle, celle des partis gouvernementaux (...) était la doctrine des trois piliers: la vieillesse devait être assurée par l'Etat (rentes de l'AVS et, pendant une période transitoire, prestations complémentaires), la profession (pensions) et l'effort individuel (épargne libre).

A la doctrine des trois piliers s'opposait une thèse communiste, qui mettait délibérément l'accent sur le premier pilier: l'épargne propre était un luxe, les caisses de pension un leurre, seul l'Etat, grâce à son pouvoir de taxer, pouvait fournir des rentes suffisantes à chacun.

La thèse officielle, assez différenciée, protégeait jusqu'aux revenus moyens; la thèse communiste, plus égalitaire, protégeait surtout les petits revenus. Chaque parti cherchait, évidemment, à plaire à ses électeurs¹.»

Cette querelle se manifesta, entre 1969 et 1972, par trois initiatives populaires et un contreprojet de l'Assemblée fédérale:

- l'initiative du parti communiste (ou parti du travail) du 2 décembre 1969 visait concentrer la prévoyance sur la seule AVS, avec un accent particulier sur la protection des personnes à faibles revenus;
- l'initiative du parti socialiste du 18 mars 1970 demandait le maintien de deux piliers distincts, mais avec une prépondérance au premier pilier, soit à l'assurance-vieillesse et survivants; le complément formé par le deuxième pilier s'intéressait aux salaires moyens;
- l'initiative des partis bourgeois du 13 avril 1970 prônait la doctrine des trois piliers, avec un financement de l'Etat bien plus modeste que celui prévu par les deux autres initiatives;
- le contreprojet de l'Assemblée fédérale à l'initiative communiste (celle-ci, déposée la première, devait en effet être traitée la première).

Le contreprojet, mélange d'idées bourgeoises et socialistes, fut opposé à l'initiative communiste et il l'emporta facilement au vote du peuple et des cantons. C'est ainsi que fut adopté, le 3 décembre 1972, un «nouvel» art. 34^{quater} aCst, dont l'alinéa 3 se rapportait à la prévoyance professionnelle; cette disposition avait la teneur suivante:

³ *Afin de permettre aux personnes âgées, aux survivants et aux invalides de maintenir de façon appropriée leur niveau de vie antérieur, compte tenu des prestations de l'assurance fédérale, la*

¹ Jean-François Aubert, Exposé des institutions politiques de la Suisse à partir de quelques affaires controversées, Payot Lausanne, 1983, p.101.

Confédération prend par voie législative, dans le domaine de la prévoyance professionnelle, les mesures suivantes:

a. Elle oblige les employeurs à assurer leur personnel auprès d'une institution de prévoyance d'entreprise, d'administration ou d'association, ou auprès d'une institution similaire, et à prendre en charge au moins la moitié des cotisations;

b. Elle fixe les exigences minimales auxquelles ces institutions de prévoyance doivent satisfaire; elle peut, pour résoudre certains problèmes spéciaux, obliger lesdites institutions à s'affilier à une institution centrale;

c. Elle veille à ce que la possibilité soit donnée à tout employeur d'assurer son personnel auprès d'une institution de prévoyance; elle peut au besoin créer une caisse fédérale;

d. Elle veille à ce que les personnes de condition indépendante puissent s'assurer facultativement auprès d'une institution relevant de la prévoyance professionnelle à des conditions équivalentes à celles qui sont offertes aux salariés. L'assurance peut être rendue obligatoire pour certaines catégories de personnes indépendantes, d'une façon générale ou pour la couverture de risques particuliers.

Quant aux deux initiatives de 1970 – celle des socialistes et celle des bourgeois –, elles furent retirées sans bruit en 1974.

L'art. 34^{quater} aCst a été remplacé par les art. 111 à 113 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 en vigueur aujourd'hui (<http://www.admin.ch/ch/fr/rs/101/index.html>). Sur les principes, les nouvelles dispositions ne diffèrent pas des anciennes.

2. L'adoption de la LPP et ses principales modifications

Se fondant sur l'art. 34^{quater} aCst adopté en décembre 1972, le Conseil fédéral s'attela à élaborer un projet de loi sur la prévoyance professionnelle et présenta un projet le 19 décembre 1975. L'examen de ce projet par les Chambres fédérales se déroula d'abord sans incident notable, puis, contre toute attente, il prit une tournure totalement imprévue:

«En 1978, plusieurs entreprises ont fait savoir, dans les termes les plus clairs, que l'exécution des obligations que le législateur entendait leur imposer constituerait pour elles une charge insupportable. La commission du Conseil des Etats en a conclu qu'il fallait renverser la vapeur, abandonner l'idée de remplir entièrement le mandat constitutionnel de 1972 et se contenter, dans un premier temps, d'une réalisation partielle, compatible avec la capacité financière de l'économie privée. Ce repli a été présenté au public dans un langage admirable. On a dit qu'au principe de la primauté des prestations (celles qui étaient nécessaires pour assurer le «maintien du niveau de vie antérieur»), il convenait de substituer le principe de la primauté des cotisations (celles que les entreprises étaient en mesure de payer). Au lieu de laisser aux caisses le soin de calculer les cotisations d'après les prestations minimales qui correspondaient au programme de 1972, on procéderait en sens inverse: on fixerait les cotisations dans la loi et on verrait bien ensuite quelles prestations elles permettraient de servir. Ce n'était plus tout à fait ce que le constituant avait voulu, mais c'était probablement ce que la raison commandait.

Les propositions de la Commission emportèrent la conviction du Conseil des Etats (session de juin 1980), puis l'adhésion du Conseil National (session de septembre 1981).

(...) La loi, qui n'a pas fait l'objet d'une demande de referendum, entrera en vigueur le 1^{er} janvier 1985². Comme elle n'atteint qu'imparfaitement le but fixé par la Constitution, il en faudra une seconde

² Il s'agit de l'actuelle LPP.

pour la compléter. La législateur a chargé le Conseil fédéral de lui faire, «en temps utile», des propositions»³.

Ces propositions ont pris la forme du message du Conseil fédéral relatif à la modification de la LPP (1^{re} révision) du 1^{er} mars 2000 (<http://www.admin.ch/ch/f/ff/2000/2495.pdf>), puis à l'adoption par les Chambres fédérales de la 1^{re} révision de la LPP, qui est entrée en vigueur en 3 étapes le 1^{er} avril 2004, le 1^{er} janvier 2005 et le 1^{er} janvier 2006 (<http://www.bsv.admin.ch/themen/vorsorge/00039/02608/index.html?lang=fr>).

Plus récemment, soit les 1^{er} août 2011 et 1^{er} janvier 2012, c'est la réforme structurelle du 2^e pilier qui est entrée en vigueur. On peut renvoyer à ce sujet aux informations figurant sous <http://www.bsv.admin.ch/themen/vorsorge/aktuell/02771/index.html?lang=fr>.

Enfin, quant au futur, certaines pistes sont probablement à rechercher dans le rapport sur l'avenir du 2^e pilier (<http://www.bsv.admin.ch/themen/vorsorge/aktuell/03157/index.html?lang=fr>).

³ Jean-François Aubert, op. cit., pp. 323 sv.