

# **BVGer A-4349/2018 vom 5. März 2019**

Bundesverwaltungsgericht, 2019-03-05, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-4349\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-4349_2018)

FR: TAF A-4349/2018 du 5 mars 2019

IT: TAF A-4349/2018 del 5 marzo 2019

## **Regeste**

Affiliation obligatoire à l'institution supplétive

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Le Tribunal administratif fédéral connaît des recours contre les décisions d'affiliation d'office rendues par l'autorité inférieure (cf. art. 31, 32 et 33 let. h de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral [LTAF, RS 173.32] en lien avec l'art. 60 al. 2 let. a et al. 2bis de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité [LPP, RS 831.40] ; cf. arrêt du TAF A-3018/2016 du 30 avril 2018 consid. 1.1). La procédure devant le Tribunal administratif fédéral est régie par la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021), pour autant que la LTAF n'en dispose pas autrement (art. 37 LTAF).

### **E. 1.2**

En sa qualité de destinataire de la décision du 7 juin 2018, la recourante est spécialement touchée par celle-ci et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification ; elle a dès lors manifestement qualité pour recourir (art. 48 al. 1 PA). Déposé en temps utile le 13 juin 2018 (cf. art. 50 al. 1 en lien avec art. 21 al. 1 PA), le recours - certes succinct - répond néanmoins aux exigences de forme de la procédure administrative (art. 52 al. 1 PA). Il convient dès lors d'entrer en matière.

### **E. 1.3.1**

La recourante peut invoquer la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents ou l'inopportunité, sauf si une autorité cantonale a statué comme autorité de recours (art. 49 PA ; André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2e éd., 2013, n° 2.149 ; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7e éd., 2016, n° 1146 ss).

### **E. 1.3.2**

Le Tribunal administratif fédéral dispose d'un plein pouvoir de cognition (art. 49 PA). Il constate les faits et applique le droit d'office, sans être lié par les motifs invoqués à l'appui du recours (cf. art. 62 al. 4 PA), ni par l'argumentation juridique développée dans la décision entreprise (PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, *Droit administratif*, vol. II, 2011, p. 300 s.). Néanmoins, il se limite en principe aux griefs invoqués et n'examine les autres points que dans la mesure où les arguments des parties ou le dossier l'y incitent (ATF 122 V 157 consid. 1a, 121 V 204 consid. 6c ; en matière d'affiliation d'office à l'institution supplétive LPP, cf. arrêt du TAF A-3018/2016 du 30 avril 2018 consid. 1.3 [qui évoque en

outre le devoir des parties de collaborer à l'établissement des faits]).

#### **E. 1.4**

Après une libre appréciation des preuves en sa possession, l'autorité (administrative ou judiciaire) se trouve à un carrefour. Si elle estime que l'état de fait est clair et que sa conviction est acquise, elle peut rendre sa décision. Dans cette hypothèse, elle renoncera à des mesures d'instruction et à des offres de preuve supplémentaires, en procédant si besoin à une appréciation anticipée de celles-ci (cf. Moser/Beusch/Kneubühler, op. cit., n. marg. 3.144 ; ATF 137 III 208 consid. 2.2 ; arrêt du TF 2C\_109/2015 du 1er septembre 2015 consid. 4.1; arrêts du TAF A-5433/2015 du 2 mars 2017 consid. 1.4.1 et A-704/2012 du 27 novembre 2013 consid. 3.5.2). Par ailleurs, il n'est pas nécessaire que la conviction de l'autorité confine à une certitude absolue qui exclurait toute autre possibilité. Il suffit en effet qu'elle découle de l'expérience de la vie et du bon sens et qu'elle soit basée sur des motifs objectifs (cf. Moser/Beusch/Kneubühler, op. cit., n. marg. 3.141 ; ATF 130 III 321 consid. 3.2 et 128 III 271 consid. 2b/aa ; arrêt du TAF A-5433/2015 précité consid. 1.4.1 et A-704/2012 précité consid. 3.5.3). En revanche, lorsque l'autorité de recours reste dans l'incertitude après avoir procédé aux investigations requises, elle appliquera les règles sur la répartition du fardeau de la preuve. Dans ce cadre, et à défaut de dispositions spéciales, le juge s'inspire de l'art. 8 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC, RS 210), en vertu duquel quiconque doit prouver les faits qu'il allègue pour en déduire un droit (cf. René Rhinow/Heinrich Koller/Christina Kiss/Daniela Thurnherr/Denise Brühl-Moser, *Öffentliches Prozessrecht*, 3e éd., 2014, n. marg. 996 ss ; Thierry Tanquerel, *Manuel de droit administratif*, 2010, n. marg. 1563). Cette règle ne s'applique toutefois que s'il se révèle impossible, dans le cadre de la maxime inquisitoire et en application du principe de la libre appréciation des preuves, d'établir un état de fait qui correspond, au degré de la vraisemblance prépondérante, à la réalité (cf. ATF 139 V 176 consid. 5.2 et réf. cit.).

#### **E. 2.1**

Sont soumis à l'assurance obligatoire les salariés assurés à l'AVS (cf. art. 5 al. 1 LPP) qui ont plus de 17 ans et reçoivent d'un même employeur un salaire supérieur au salaire annuel minimal fixé par la législation (cf. art. 2 al. 1 en lien avec l'art. 7 al. 1 LPP, ainsi que l'art. 5 de l'Ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité [OPP 2, RS 831.441.1]). Est en principe pris en considération le salaire déterminant au sens de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS, RS 831.10 ; art. 7 al. 2 LPP). Le salaire annoncé à la caisse de compensation fait foi, sous réserve de salaires occultes non déclarés (arrêts du TAF A-3018/2016 du 30 avril 2018 consid. 2.1 et C-6221/2014 du 17 août 2015 consid. 3.1). Depuis le 1er janvier 2015 et jusqu'au 31 décembre 2018, le salaire annuel minimal soumis à la LPP s'est élevé à Fr. 21'150.- (art. 5 OPP 2 ; cf. RO 2014 3343 ; depuis le 1er janvier 2019, le salaire minimal assuré est de Fr. 21'330.- cf. RO 2018 3537). Si le salarié est occupé par un employeur pendant moins d'une année, est considéré comme salaire annuel celui qu'il obtiendrait s'il était occupé toute l'année (art. 2 al. 2 LPP).

#### **E. 2.2**

Conformément à l'art. 2 al. 4 LPP, le Conseil fédéral règle l'assujettissement à l'assurance des salariés qui exercent des professions où les engagements changent fréquemment ou sont temporaires. Il définit les catégories de salariés qui, pour des motifs particuliers, ne sont pas soumis à l'assurance obligatoire. Le Conseil fédéral a fait usage de cette délégation de

compétence à l'art. 1j OPP 2 qui énumère les catégories de salariés non soumises à l'assurance obligatoire (arrêts du TAF A-7265/2016 du 3 mai 2017 consid. 2.1.3 et C-7023/2013 du 2 juillet 2015 consid. 3.4).

#### **E. 2.2.1**

Selon l'art. 1j al. 1 let. b OPP 2, les salariés engagés pour une durée limitée ne dépassant pas trois mois ne sont pas soumis à l'assurance obligatoire en matière d'assurance de la prévoyance professionnelle. Reste réservé cependant l'art. 1k OPP 2, non applicable in casu.

#### **E. 2.2.2**

Les dispositions de la loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations, CO, RS 220) relatives aux contrats à durée déterminée sont applicables afin de déterminer s'il s'agit d'un contrat à durée limitée ne dépassant pas trois mois au sens de l'art. 1j al. 1 let. b OPP 2 (arrêt du Tribunal fédéral des assurances [désormais Tribunal fédéral] B 90/00 du 26 novembre 2001 consid. 3f ; arrêts du TAF C-2376/2006 du 4 juin 2007 consid. 4.3.1 et A-6813/2016 du 30 août 2017 consid. 3.4.3).

#### **E. 2.2.3**

Selon l'art. 334 al. 1 CO, le contrat de travail de durée déterminée se définit comme celui qui prend fin sans qu'il soit nécessaire de donner congé. Inversement, sont des contrats de durée indéterminée au sens de l'art. 335 CO, tous les contrats dont l'échéance n'est pas fixée à l'avance par les parties, de sorte qu'une résiliation est nécessaire pour mettre fin aux rapports de travail (arrêt du Tribunal fédéral des assurances [désormais Tribunal fédéral] B 90/00 du 26 novembre 2001 consid. 4b ; arrêt du TAF A-6813/2016 du 30 août 2017 consid. 3.4.3).

#### **E. 2.2.4**

L'absence de délai de résiliation prévu dans le contrat de travail est un indice permettant de conclure qu'il s'agit d'un contrat de durée déterminée (ATF 126 V 303 consid. 2d). Le contrat de durée déterminée peut également résulter de l'objectif poursuivi par l'engagement, par exemple en cas d'engagement prévu pour la durée d'une récolte (arrêt du TF C-4770/2007 du 12 novembre 2008 consid. 4.2.1). Pour que le contrat puisse être qualifié de contrat de durée déterminée, il est décisif que les parties connaissent de façon suffisamment précise la fin des rapports de travail lors de la conclusion du contrat de travail (arrêts du TAF C-4770/2007 du 12 novembre 2008 consid. 4.2.1 et C-2376/2006 du 4 juin 2007 consid. 4.3.1).

#### **E. 2.2.5**

En définitive, pour que l'art. 1j al. 1 let. b OPP 2 puisse s'appliquer, il est nécessaire que les parties prévoient, lors de la conclusion du contrat, que l'engagement ne dépassera pas trois mois (arrêt du TAF A-6813/2016 du 30 août 2017 consid. 5.4). A contrario, si le salarié est engagé sur la base d'un contrat de travail qui ne prévoit pas expressément une durée limitée ne dépassant pas trois mois, il est soumis à l'assurance obligatoire, même si finalement les rapports de travail sont résiliés dans les trois premiers mois qui suivent la date du début de l'engagement.

#### **E. 3.1**

Tout employeur occupant des salariés soumis à l'assurance obligatoire doit être affilié à une institution de prévoyance inscrite dans le registre de la prévoyance professionnelle (art. 11

al. 1 LPP ; cf. art. 48 LPP). Si l'employeur n'est pas encore affilié à une institution de prévoyance, il en choisira une après entente avec son personnel, ou, si elle existe, avec la représentation des travailleurs (art. 11 al. 2 LPP). L'affiliation a lieu avec effet rétroactif, au jour du début des rapports de travail (art. 11 al. 3 en lien avec l'art. 10 al. 1 LPP).

### **E. 3.2**

L'institution supplétive est une institution de prévoyance (voir art. 54 al. 2 let. b LPP et 60 al. 1 LPP). Elle est notamment tenue d'affilier d'office les employeurs qui ne se conforment pas à l'obligation de s'affilier à une institution de prévoyance et peut rendre des décisions à cet effet (cf. art. 60 al. 2 let. a et al. 2bis LPP). L'affiliation d'office a lieu avec effet rétroactif (cf. art. 11 al. 3 et 6 LPP). Il incombe également à l'autorité supplétive d'affilier les employeurs qui en font la demande (cf. art. 60 al. 2 let. b LPP).

### **E. 3.3**

L'art. 12 LPP en relation avec l'art. 60 al. 2 let. d LPP traitent d'un cas particulier : selon l'art. 12 LPP, les salariés et leurs survivants ont droit aux prestations légales même si l'employeur ne s'est pas encore affilié à une institution de prévoyance. Ces prestations seront fournies par l'institution supplétive selon l'art. 60 al. 2 let. d LPP. Dans ce cadre, si un salarié a droit légalement à une prestation d'assurance ou de libre passage à un moment où son employeur n'est pas encore affilié à une institution de prévoyance, cet employeur se trouve affilié de par la loi à l'institution supplétive pour l'ensemble des salariés assujettis au régime obligatoire (cf. art. 2 al. 1 de l'ordonnance du 28 août 1985 sur les droits de l'institution supplétive en matière de prévoyance professionnelle [RS 831.434 ; ci-après : ordonnance LPP] ; voir ATF 129 V 237 consid. 5.1 et arrêts du TAF C-225/2012 du 19 novembre 2013 consid. 3.2.2 et A-6476/2017 du 11 avril 2018 consid. 3.1.3). Les employeurs qui ne se conforment pas à l'obligation de s'affilier à une institution de prévoyance sont affiliés d'office par l'institution supplétive selon l'art. 60 al. 2 let. a LPP. Si un droit aux prestations naît avant que l'employeur ne soit affilié à une institution de prévoyance, l'affiliation d'office sera régie par l'art. 60 al. 2 let. d LPP. Le Tribunal fédéral des assurances avait jugé dans l'ATF 130 V 526 consid. 4.3, qu'une affiliation qui intervient selon l'art. 60 al. 2 let. a LPP constitue une décision formatrice, dans la mesure où celle-ci crée des obligations nouvelles à charge de l'employeur. L'affiliation au sens de l'art. 60 al. 2 let. d LPP résulte quant à elle de la loi et la décision de l'autorité inférieure sur ce point ne peut avoir qu'une nature de constatation (cf. arrêts du TAF A-6476/2017 du 11 avril 2018 consid. 3.1.3 et A-1050/2018 du 10 décembre 2018 consid. 2.2.3). Tout comme l'affiliation d'office selon l'art. 60 al. 2 let. a LPP et l'affiliation volontaire selon l'art. 60 al. 2 let. b LPP, l'affiliation selon l'art. 60 al. 2 let. d LPP prend effet dès que la personne affiliée commence à travailler (arrêts du TAF A-5063/2017 du 21 mars 2018 consid. 2.3.2 et A-4204/2016 du 8 mars 2017 consid. 2.2.3). Si l'employeur établit que - à la suite d'une affiliation fondée sur les art. 12 et 60 al. 2 let. d LPP - une autre institution de prévoyance reprend aussi les obligations que l'institution supplétive assumait jusqu'alors, l'affiliation de l'employeur à l'institution supplétive est annulée dès le moment où ces obligations sont reprises par l'autre institution de prévoyance (art. 2 al. 2 ordonnance LPP).

### **E. 3.4**

L'institution supplétive facture à l'employeur retardataire les frais administratifs qu'il a occasionnés (cf. art. 11 al. 7 [1ère phrase] LPP). Cette disposition a été concrétisée par l'art. 3 al. 4 de l'ordonnance LPP, qui dispose que l'employeur doit dédommager l'institution

supplétive de tous les frais résultant de son affiliation. Selon le règlement relatif aux frais de l'institution supplétive (annexe aux conditions d'affiliation), valable à partir du 1er janvier 2018, les coûts de la décision et pour l'exécution de l'affiliation d'office se montent à Fr. 825.- (ces frais sont identiques à ceux qui étaient en vigueur à partir du 1er janvier 2016, cf. arrêt du TAF A-3018/2016 du 30 avril 2018 consid. 2.4).

#### **E. 4**

En l'espèce, par décision du 7 juin 2018, l'autorité inférieure a affilié d'office l'employeur avec effet rétroactif au 1er novembre 2017.

##### **E. 4.1**

A titre liminaire, le Tribunal traitera la question de savoir si la recourante avait une obligation d'affilier son employé sous le régime de la LPP (consid. 4.2 ci-après). Dans l'affirmative, il conviendra d'évaluer si elle a, ou non, respecté son obligation, ce qui permettra de vérifier si l'institution supplétive a, à juste titre, entrepris son affiliation d'office à partir du 1er novembre 2017 (consid. 4.3 ci-après).

##### **E. 4.2.1**

S'agissant tout d'abord de l'obligation d'affiliation au régime LPP du salarié occupé par la recourante, le Tribunal relève qu'il ressort du formulaire d'affiliation qu'un salarié est entré au service de la recourante le 1er novembre 2017 et que ses rapports de travail ont été résiliés au 31 décembre 2017. Ce point n'est d'ailleurs pas contesté par la recourante qui indique dans son recours qu'elle a dû résilier le 1er janvier 2018, avec effet immédiat, le contrat de travail de son unique salarié, en précisant que « la durée d'engagement n'a donc pas dépassé les 2 mois ». A la lecture du recours - certes très succinct - il ne ressort pas clairement que l'employeur conteste son obligation d'affiliation au régime LPP pour la période concernée. L'affirmation suivante mentionnée dans son recours renforce d'ailleurs cette idée : « Nous étions bien sûr affiliés à une LPP il me semble B. \_\_\_\_\_ ». Seule la mention relative à la durée d'engagement de moins de deux mois laisse supposer que la recourante souhaite invoquer que son employé a été engagé sur la base d'un contrat de travail d'une durée limitée ne dépassant pas trois mois et qu'il n'était, par conséquent, pas soumis à l'assurance obligatoire en vertu de l'art. 1j al. 1 let. b OPP 2 (cf. consid. 2.2.1 ci-avant). Il convient dès lors d'examiner si cette disposition est applicable au cas d'espèce.

##### **E. 4.2.2**

En l'espèce, comme l'a relevé à juste titre l'autorité inférieure, la recourante n'a pas coché la case « contrat de travail ne dépassant pas trois mois ; l'art. 1k OPP 2 est réservé » dans le formulaire d'affiliation qu'elle a fait parvenir à l'institution supplétive en date du 22 mars 2018. De plus, la recourante n'a pas apporté la preuve que son employé a été engagé sur la base d'un contrat de travail d'une durée limitée ne dépassant pas trois mois. Au contraire, son recours du 13 juin 2018 laisse plutôt entendre que c'est une circonstance extraordinaire qui a conduit à la résiliation prématurée du contrat de travail. Au vu de ces différents éléments, le Tribunal de ceans conclut que l'art. 1j al. 1 let. b OPP 2 ne trouve pas application en l'espèce et que, partant, la recourante était soumise à l'obligation d'affilier son salarié pour la période du 1er novembre au 31 décembre 2017.

##### **E. 4.3**

Concernant ensuite le bien-fondé de l'affiliation d'office entreprise par l'autorité inférieure, le Tribunal note ce qui suit. Bien que la recourante mentionne dans son recours avoir été

affiliée à une autre institution LPP (« [...] il me semble B. \_\_\_\_\_ »), celle-ci n'a produit aucune attestation confirmant ce fait, et ce malgré le courrier du 20 juin 2018 de l'autorité inférieure l'invitant à fournir une copie du contrat d'affiliation. Sur la base du dossier, le Tribunal ne peut établir qu'un contrat d'affiliation a effectivement été conclu pour la période du 1er novembre au 31 décembre 2017. Il apparaît au contraire, avec un degré de vraisemblance suffisant (cf. consid. 1.4 ci-avant), que la recourante n'était pas affiliée à une institution de prévoyance. Vu tout ce qui précède, c'est à bon droit que l'autorité inférieure a constaté l'affiliation d'office de l'employeur avec effet au 1er novembre 2017. En outre, comme la cessation des rapports de travail s'est produite avant que l'employeur se soit affilié à une institution de prévoyance et que, par conséquent, le salarié avait droit aux prestations selon l'art. 12 LPP, toute affiliation volontaire n'entraîne plus en ligne de compte et l'affiliation à l'institution de prévoyance ne pouvait résulter que de la loi (art. 60 al. 2 let. d LPP). La décision doit également être confirmée en tant qu'elle met les frais de la décision et pour l'exécution de l'affiliation d'office à la charge de la recourante, qui ne semble d'ailleurs pas le contester. Le recours est par conséquent rejeté.

#### **E. 5**

Selon l'art. 63 al. 1 PA, applicable en vertu du renvoi de l'art. 37 LTAF (cf. consid. 1.1 ci-avant), les frais de procédure comprenant l'émolument d'arrêt, les émoluments de chancellerie et les débours sont mis, dans le dispositif, à la charge de la partie qui succombe. En l'occurrence, le recours est rejeté, de sorte que les frais de la présente procédure, fixés à Fr. 800.-, doivent être mis à la charge de la recourante qui succombe entièrement. Ce montant est compensé par l'avance de frais de Fr. 800.- déjà versée. (Le dispositif de l'arrêt se trouve à la page suivante)

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.