



Arrêt du 4 juin 2007

Composition : Elena Avenati-Carpani, présidente du collège, Francesco Parino et Eduard Achermann, juges; Pascal Montavon, greffier.

P._____,
recourant, représenté par Fiduciaire Anker et Hostettler S.à r.l., rue de Corcelles
2, case postale 56, 2034 Peseux-Neuchâtel,

contre

Fondation institution supplétive LPP, Agence régionale de la Suisse romande, avenue de Rumine 13, case postale 675, 1005 Lausanne,
intimée,

concernant
Affiliation d'office LPP.

Faits :

- A. Par décision du 27 juillet 2005 la Fondation institution supplétive LPP (ci-après l'Institution supplétive) affilia d'office P._____ (ci-après l'employeur) avec effet rétroactif au 1^{er} mai 2003 en application de l'art. 60 al. 2 let. a de la Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité (LPP, RS 831.40), relevant que, sur la base des documents qui lui avaient été fournis par la Caisse de compensation compétente, il ressortait que des salaires soumis à l'assurance obligatoire avaient été versés en 2003 sans que l'employeur ait été affilié à une institution de prévoyance enregistrée. L'Institution supplétive indiqua qu'en l'occurrence l'employeur s'était manifesté suite à la sommation du 9 juin 2005, mais qu'il n'avait pas apporté la preuve de son affiliation auprès d'une autre institution de prévoyance. L'institution supplétive mit le coût de sa décision d'affiliation par Fr. 525.- (Frais de décision: Fr. 450.-, frais administratifs: Fr. 75.-) à charge de l'employeur (pce B 2).
- B. L'employeur, représenté par la Fiduciaire Anker et Hostettler S.à r.l., recourut contre cette décision par acte du 25 août 2005 auprès de la Commission fédérale de recours en matière de prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité (ci-après la Commission de recours) demandant l'annulation de l'affiliation d'office et des frais d'affiliation de Fr. 525.-. Il fit valoir qu'il avait engagé oralement en juin 2003 une personne alors sans emploi pour le nettoyage, le déblaiement et l'entretien de sa forêt, travaux qui devaient durer deux mois selon l'appréciation des parties, mais qui finalement avaient pris 2 mois et 3 semaines moyennant un salaire de Fr. 16'360.- pour ladite période. L'employeur indiqua qu'il avait encore fait appel très sporadiquement à son employé pour une rémunération totale de Fr. 1'940.- et qu'au total les salaires versés s'étaient montés à Fr. 18'300.- pour l'année 2003. Il releva que sa Caisse de compensation l'avait invité à prouver son affiliation à une institution de prévoyance par lettre du 28 mai 2004 et qu'en date du 19 novembre suivant il l'avait informée qu'ayant employé un salarié moins de trois mois il n'avait pas l'obligation de s'affilier à une institution de prévoyance, avis que n'avait pas partagé ladite Caisse ni l'Institution supplétive, d'où la décision dont est recours. L'employeur mit l'accent dans ses écritures sur le contrat de durée déterminée conclu, ce que savait le salarié, qu'en l'occurrence la prolongation de la période de travail ne saurait transformer le contrat de durée déterminée en un contrat de durée indéterminée (pce B 16). A l'appui de son recours l'employeur joignit notamment un relevé de salaires versés indiquant pour l'année 2003 un montant de Fr. 18'400.- pour la période du 4 mai au 22 novembre (pce B 4/2), une attestation de son salarié datée du 25 août 2005 énonçant un engagement d'une durée de 2 mois à compter du 10 juin 2003 qui s'est finalement terminé à fin août (pce B 4/3), trois décomptes de salaires de juin à août 2003 énonçant respectivement les salaires bruts versés de Fr. 4'090.-, Fr. 6'135.-, Fr. 6'135.- (pces B 4/4-4/6), cinq attestations de gains intermédiaires pour l'assurance chômage portant sur les mois de mai, et septembre-novembre 2003 indiquant de 15 à 23 heu-

res de travail par mois rémunérés au taux horaire de Fr. 20.- et Fr. 23.- s'agissant du dernier mois (pces B 4/7-4/11).

- C. Invitée à se déterminer, l'Institution supplétive conclut au rejet du recours par réponse du 30 septembre 2005. Elle fit valoir que selon la fiche de salaire remplie pour la Caisse de compensation le salarié de l'employeur avait travaillé du 4 mai au 22 novembre 2003 pour un salaire total de Fr. 18'400.- qui annualisé se montait à Fr. 33'286.-, d'où l'obligation d'affiliation de l'employeur et son affiliation d'office faute d'affiliation prouvée dans le délai imparti. L'Institution supplétive souligna que seuls les contrats de travail de durée déterminée conclus pour une durée ne dépassant pas trois mois, avec un terme fixé d'avance, ne sont pas obligatoirement soumis au deuxième pilier dans la mesure de leur assujettissement quant au salaire annualisé. Elle précisa également qu'un engagement pour la durée d'une tâche inférieure à trois mois non précisée ne remplissait pas la condition de durée déterminée inférieure à trois mois (pce B 21).
- D. Par réplique du 2 novembre 2005, la représentante de l'employeur exposa que le revenu annuel théorique du salarié de l'employeur s'était monté en 2003 à Fr. 20'032.-, compte tenu des salaires de mai à novembre (Fr. 16'360.-) et des salaires moyens théoriques à prendre en compte pour les quatre autres mois de l'année (4 x Fr. 408.-), d'où le salaire seuil LPP de Fr. 25'320.- non atteint. Par ailleurs, se référant à la non-prise en compte par l'assurance chômage des revenus de l'assuré des mois de mai, juin, septembre à novembre 2003, la mandataire en conclut que seuls devaient donc être considérés comme salaires à prendre en compte les montants effectivement versés de juin à août correspondant à la durée de travail (pce B 25). Des décomptes d'allocation de chômage furent notamment joints en annexe à la duplique ne mentionnant pas la prise en compte des revenus de l'assuré perçus en mai et septembre-novembre 2003 (pce B 25 / IX ss).
- E. Par duplique du 26 janvier 2006, l'Institution supplétive fit valoir la détermination légale du salaire annualisé et conclut au rejet du recours (B. 35).
- F. Par décision incidente du 4 novembre 2005 la Commission de recours mit à la charge du recourant une avance de frais de Fr. 1'000.- dont il s'acquitta dans le délai imparti (pces B 26 et 28).
- G. Au 1^{er} janvier 2007 le dossier fut transmis au Tribunal administratif fédéral, lequel communiqua par avis du 16 avril 2007 aux parties la composition du collège qui ne fut pas contesté.

Droit :

1.

- 1.1 Sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 de la Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), le Tribunal administratif fédéral, en vertu de l'art. 31 LTAF, connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre

1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) prises par les autorités mentionnées aux art. 33 et 34 LTAF. En particulier, les décisions rendues par l'Institution supplétive en matière de prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité peuvent être contestées devant le Tribunal administratif fédéral conformément à l'art. 33 let. h LTAF, comme d'ailleurs elles pouvaient l'être antérieurement devant la Commission de recours LPP conformément à l'ancien art. 74 al. 2 let. c LPP en vigueur jusqu'au 31 décembre 2006.

- 1.2 Les affaires pendantes devant les commissions fédérales de recours ou d'arbitrage ou devant les services de recours des départements au 1^{er} janvier 2007 sont traitées par le Tribunal administratif fédéral dans la mesure où il est compétent. Le nouveau droit de procédure s'applique (cf. art. 53 al. 2 LTAF).
2. La décision litigieuse du 27 juillet 2005 constitue manifestement une décision au sens de l'art. 5 PA. La qualité pour agir devant l'ancienne Commission de recours et l'autorité de céans selon l'art. 48 al. 1 PA appartient à quiconque est touché par la décision et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée. L'intérêt digne de protection au sens où l'entend la loi peut être de nature juridique ou simplement un intérêt de fait (ATF 125 II 497, 123 II 376, 120 Ib 379, 116 Ib 321, 112 Ib 228; PIERRE MOOR, Droit administratif II, 2^{ème} éd. Berne 2002, p. 626 ss; BENOÎT BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 483 ss).

En l'espèce, l'employeur a sans conteste un intérêt digne de protection à l'annulation de la décision attaquée.

3. Selon l'art. 11 al. 1 LPP, 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. Aux termes de l'al. 4 de cette disposition, la caisse de compensation de l'AVS s'assure que les employeurs qui dépendent d'elle sont affiliés à une institution de prévoyance enregistrée. Selon l'art. 60 al. 1 LPP l'Institution supplétive est une institution de prévoyance, laquelle est tenue selon l'al. 2 let. a de cette disposition d'affilier d'office les employeurs qui ne se conforment pas à l'obligation de s'affilier à une institution de prévoyance.
4.
 - 4.1 Sont soumis à l'assurance obligatoire les salariés qui ont plus de 17 ans et reçoivent d'un même employeur un salaire annuel supérieur au salaire annuel minimal fixé par la législation (art. 2 al. 1 LPP en relation avec l'art. 5 de l'Ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP2, RS 831.441.1) et qui sont aussi assurés à l'AVS (art. 5 al. 1 LPP). L'art. 7 LPP précise que les salariés mentionnés sont soumis à l'assurance obligatoire pour les risques de décès et d'invalidité dès le 1^{er} janvier qui suit la date à laquelle ils ont eu 17 ans et, pour la vieillesse, dès le 1^{er} janvier qui suit la date à laquelle ils ont eu 24 ans. Dans la règle est 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).

- 4.2 Lorsque la LPP est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1985, le salaire annuel minimal était de Fr. 16'560.-. Il a ensuite été régulièrement augmenté. Il s'est monté, après plusieurs adaptations, à Fr. 25'320.- en 2003. A la suite de la première révision de la LPP en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2005, le salaire seuil a été abaissé à Fr. 19'350.- (art. 5 OPP2) pour permettre aux salariés à bas revenus d'accéder à la couverture du 2^{ème} pilier. Le salaire seuil est actuellement de Fr. 19'890.-.
- 4.3 L'art. 2 OPP2 en vigueur jusqu'au 31 décembre 2004 (devenu l'actuel art. 2 al. 2 LPP) précisait que lorsqu'un salarié est occupé par un employeur pendant moins d'une année, son salaire annuel est réputé être celui qu'il obtiendrait en travaillant toute l'année. La disposition impose donc l'annualisation du salaire versé. La base de l'annualisation est le salaire versé à la conclusion du contrat ou à la suite de sa modification. Chaque modification du contrat de travail nécessite l'examen de l'assujettissement. En l'espèce le travailleur a débuté son activité en mai 2003 par quelques heures et le contrat a été modifié par la convention d'une activité à plein temps à compter du 10 juin 2003 pour une durée évaluée à environ deux mois. Cette modification, dont le salaire convenu (Fr. 6'135.- par mois), est dès lors la base de calcul du salaire annualisé déterminant (Fr. 73'620.-) si les conditions d'un assujettissement sont remplies. In casu, est litigieuse l'obligation d'assujettissement en raison de la durée inférieure à trois mois dont se prévaut le recourant.
- 4.3.1 Selon l'art. 1 al. 1 let. b de l'OPP2 en vigueur jusqu'au 31 décembre 2005 (actuel art. 1j al. 1 let. b OPP2), 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. La disposition fait référence à la notion de contrat de travail de durée déterminée par opposition au contrat de travail de durée indéterminée.

Selon l'art. 334 al. 1 du Code des obligations (CO, RS 220), le contrat de durée déterminée prend fin sans qu'il soit nécessaire de donner le congé. Cette définition établit clairement une durée fixée objectivement qui n'appelle pas de manifestation de volonté résolutoire et dont la décision de la fin des rapports de travail ne dépend pas de la manifestation de volonté d'une des parties (ULLIN STREIFF / ADRIAN VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Praxis-kommentar zu Art. 319-362 OR, 6^{ème} éd. Zurich 2006, art. 334 n° 2). En droit la durée objective peut résulter de faits concrets à venir non précisément fixés, mais doit paraître objectivement déterminée et suffisamment précise pour permettre à chacune des parties de se représenter de façon quasi-indubitable la durée du contrat et son terme dans un délai correspondant au moins au délai de congé (Commentaire romand, CRCO I-AUBERT, art. 334 n° 1, Genève, Bâle 2003), ceci principalement afin de préserver les intérêts de chacune des parties quant aux modalités de la fin du contrat. Il appartient à la partie qui se prévaut d'une durée déterminée d'en

apporter la preuve indubitable (art. 8 du Code civil; CC, RS 220) du fait des incidences juridiques du contrat de durée déterminée. Par opposition, est de durée indéterminée, au sens de l'art. 335 CO, le contrat dont les parties n'ont pas fixé la durée (CRCO I-AUBERT, art. 335 n° 1) de sorte qu'une résiliation est nécessaire pour mettre fin aux rapports de travail (RÉMY WYLER, Droit du travail, Berne 2002, p. 325). La jurisprudence précise qu'un contrat qui n'est pas conclu d'emblée pour une durée déterminée connue à la conclusion du contrat est un contrat de durée indéterminée. Il s'ensuit que même si le contrat a duré finalement moins de trois mois, le simple fait qu'il ait été conclu à l'origine sans durée déterminée fixée d'emblée soumet celui-ci à l'assurance obligatoire du deuxième pilier (ATF 126 V 307 consid. 2b; Communications de l'OFAS en matière de prévoyance professionnelle 56/2000, ch. 349; voir aussi l'ATF du 26 novembre 2001 dans la cause C [B 90/00]).

- 4.3.2 En l'espèce les parties ont conclu un contrat de durée indéterminée car il est manifeste qu'elles étaient dans l'impossibilité de prévoir le temps que prendraient les travaux que devait exécuter le salarié et vu qu'il ne transparaît d'aucun document au dossier une date-butoir fixée à l'engagement du salarié établissant la fin des rapports de travail à une date déterminée. De plus, il est manifeste *in casu* que seul l'employeur aurait mis un terme au contrat de travail compte tenu de son appréciation du travail terminé, manifestation de volonté unilatérale caractéristique du contrat de durée indéterminée. Le recourant le confirme lui-même dans son recours en énonçant que le travail demandé avait été évalué à environ deux mois (cf. pce B 16 page 1). Le salarié, quant à lui, a attesté de la durée du contrat en ces termes: "j'ai été engagé par Monsieur P._____ pour une durée de deux mois dès le 10 juin 2003 pour un travail en forêt suite à l'ouragan Lothar, le travail n'étant pas terminé comme prévu, Monsieur P._____ m'a demandé de le finir et j'ai travaillé encore jusqu'à fin août" (cf. pce B 24/II). La déclaration du travailleur et principalement de l'employeur font état d'un engagement initial de durée indéterminée, il s'ensuit que le travailleur devait être assujéti au deuxième pilier dès le 10 juin 2003, soit dès le mois de juin jusqu'à fin août 2003, et non à compter de mai 2003 et au-delà de fin août 2003, vu les modifications du contrat de travail intervenues le 10 juin et début septembre 2003 (Contrat à plein temps précédé et suivi de contrats portant sur une activité de quelques heures par mois). Manifestement mal fondé, le recours est rejeté mais avec la réformation de la période d'affiliation rétroactive.

5.

- 5.1 Selon l'art. 11 al. 7 LPP en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2005, l'institution supplétive et la caisse de compensation de l'AVS facturent à l'employeur retardataire les frais administratifs qu'il a occasionnés (...). L'art. 3 al. 4 de l'Ordonnance du 29 juin 1983 sur les droits de l'institution supplétive en matière de prévoyance professionnelle (RS 831.434) prévoit que l'employeur doit dédommager l'institution supplétive de tous les frais résultant de son affiliation. En tant qu'autorité administrative, l'Institution supplétive peut ainsi percevoir des émoluments d'arrêté et d'écriture ainsi que l'avan-

ce et le remboursement de ses débours consécutifs à l'administration des preuves conformément à l'art. 13 al. 2 de l'Ordonnance du 10 septembre 1969 sur les frais et indemnités en procédure administrative (ci-après OFIPA, RS 172.041.0) selon lequel, sauf disposition contraire du droit fédéral applicable en la matière, l'autorité qui a rendu la décision peut - notamment - exiger de la partie un émolument d'arrêt [recte: arrêté] oscillant entre Fr. 100.- et 2000.-.

- 5.2 En application de l'art. 13 al. 2 OFIPA, l'Institution supplétive a adopté en annexe aux conditions d'affiliation un règlement relatif aux frais destinés à couvrir ses travaux administratifs extraordinaires. Il lie l'institution supplétive dans la mesure des tarifs décrits. En l'espèce les "Taxes liées à une décision relative à une affiliation d'office" sont facturées Fr. 450.-. In casu, pour la décision d'affiliation d'office de l'employeur, l'Institution supplétive a facturé Fr. 450.- et Fr. 75.- de frais administratifs, soit un montant de Fr. 525.- qu'il y a lieu de confirmer.

6.

- 6.1 En vertu de l'art. 63 al. 1 PA, les frais de procédure sont mis à la charge de la partie qui succombe, soit en l'espèce le recourant. L'avance de frais de Fr. 1'000.- requise par la Commission fédérale de recours LPP l'a été conformément à l'ancienne Ordonnance du 10 septembre 1969 sur les frais et indemnités en procédure administrative (RO 1969 780). Lesdits frais fixés par l'autorité de céans à Fr. 1'000.- sont compensés par l'avance effectuée.
- 6.2 En vertu de l'art. 64 al. 1 PA, l'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés. Rien ne justifie toutefois de s'écarter de la règle selon laquelle les autorités parties n'ont pas droit aux dépens (art. 7 al. 3 du Règlement du 11 décembre 2006 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]).

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1. Le recours est rejeté et la décision réformée dans le sens que l'employeur doit être affilié à la Fondation institution supplétive LPP rétroactivement du 1^{er} juin au 31 août 2003.
2. Les frais de procédure par Fr. 1'000.- sont compensés par l'avance de frais effectuée.
3. Le présent arrêt est communiqué :
 - à la représentante du recourant par acte judiciaire,
 - à l'autorité intimée par acte judiciaire,
 - à l'Office fédéral des assurances sociales par acte judiciaire.

Voies de droit:

La présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 82 ss, 90 ss et 100 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]). Le mémoire doit indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains du recourant (voir art. 42 LTF).

La présidente du collège:

Le greffier:

Elena Avenati-Carpani

Pascal Montavon

Date d'expédition :