Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicuranzas

Cour des assurances sociales
du Tribunal fédéral

Cause
{T 7}
B 72/04

Arrêt du 31 janvier 2006
Ire Chambre

Composition
Mme et MM. les Juges Leuzinger, Présidente, Borella, Kernen, Frésard et Seiler.
Greffière : Mme Moser-Szeless

Parties
Fondation institution supplétive LPP,
av. de Montchoisi 35, 1006 Lausanne, recourante,

contre

X._____ SÀRL, intimée, représentée par Me Philippe Loretan, avocat, avenue Ritz 33, 1950 Sion,

Instance précédente
Tribunal cantonal des assurances, Sion

(Jugement du 19 mai 2004)

Faits:
A.
X._____ Sàrl (ci-après: la société) a pour but le conseil et le placement fixe et temporaire de personnel dans tous les secteurs économiques. A partir du 1er mars 1999, elle s'est affiliée pour l'exécution de la prévoyance professionnelle à la Fondation collective LPP de la Zurich compagnie d'assurances sur la vie (ci-après: la Fondation collective Zurich), qui lui a indiqué n'assurer que le personnel fixe et non pas le «personnel temporaire». La société a dès lors conclu un contrat d'assurance de risque en prévoyance professionnelle auprès de la Mutuelle Valaisanne de prévoyance, compagnie d'assurances (ci-après: la Mutuelle), en faveur de ses employés placés à titre temporaire. Celle-ci a résilié ce contrat au 31 août 2001, parce que la société ne s'était pas acquittée des primes.

Par lettre du 16 octobre 2001, la société a pris contact avec la Fondation institution supplétive LPP, agence régionale de la Suisse romande (ci-après: l'institution supplétive), en vue de s'y affilier pour l'assurance de son personnel placé à titre temporaire. Le 10 décembre suivant, elle lui a retourné une convention d'adhésion complétée et signée le même jour. Ayant pris connaissance de l'affiliation de la société auprès de la Fondation collective Zurich, l'institution supplétive a, par courrier du 4 mars 2002, signifié à X._____ Sàrl qu'elle refusait de l'affilier, motif pris de l'adhésion à une autre institution de prévoyance. De son côté, la Fondation collective Zurich a informé la société qu'elle ne souhaitait pas reprendre la couverture LPP pour les employés travaillant à titre temporaire, ceux-ci faisant partie «de la liste des risques non désirés par la Zurich»; elle se déclarait toutefois prête à la libérer du contrat affiliant le personnel fixe de la société.
B.
Après de nouveaux échanges de correspondance entre les parties intéressées, et l'intervention de l'Autorité

cantonale valaisanne de surveillance des fondations et des institutions de prévoyance LPP, la société a saisi le Tribunal des assurances du canton du Valais d'une action. Sous suite de frais et dépens, elle concluait, en substance, à ce que l'institution supplétive soit tenue de procéder à l'affiliation de son «personnel temporaire» dès le 1er septembre 2001.
Statuant le 19 mai 2004, le tribunal cantonal a admis la demande et constaté que l'institution supplétive était tenue d'affilier, à titre facultatif et avec effet rétroactif au 1er septembre 2001, les salariés occupés à titre temporaire par la société.
C.
L'institution supplétive interjette recours de droit administratif contre ce jugement dont elle requiert l'annulation, en concluant, sous suite de frais et dépens, au rejet de l'action introduite par mémoire de l'intimée le 4 mars 2003.

La société conclut au rejet du recours, tandis que l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) propose son admission. Quant à la Fondation collective Zurich, elle renvoie à sa prise de position en instance cantonale, selon laquelle elle maintient sa détermination de ne pas affilier le personnel temporaire de X._____ Sàrl.

Considérant en droit:
1.
1.1 L'objet du litige devant la juridiction cantonale est déterminé par les conclusions de la demande introduite par la société, lesquelles portaient uniquement sur l'affiliation des travailleurs qu'elle plaçait à titre temporaire. Dès lors, le litige soumis à la Cour de céans porte exclusivement sur l'obligation de l'institution supplétive d'affilier, à partir du 1er septembre 2001, cette catégorie du personnel.

Aussi, la question de savoir si la résiliation du contrat d'affiliation concernant les travailleurs placés de manière temporaire pouvait avoir des effets, et cas échéant lesquels, sur la prévoyance professionnelle des autres salariés de la société n'a pas à être examinée dans le cas d'espèce.
1.2 Il s'agit ici d'une contestation qui relève des autorités juridictionnelles mentionnées à l'art. 73 LPP (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2004, applicable en l'espèce; ATF 127 V 467 consid. 1) du point de vue de la compétence ratione materiae. La voie de droit prévue à l'art. 74 LPP (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2004) n'est en effet ouverte à l'encontre des décisions de l'institution supplétive qu'en tant qu'elle statue en sa qualité d'autorité administrative fédérale et «dans l'accomplissement de tâches de droit public à elle confiée par la Confédération» (art. 1 al. 2 let. e PA auquel renvoie l'art. 54 al. 4 LPP). Tel est le cas lorsque l'institution supplétive prend la décision, en vertu de l'art. 60 al. 2 let. a LPP, d'affilier d'office un employeur qui ne se conforme pas à l'obligation de s'affilier à une institution de prévoyance; cette compétence relève d'un acte de la puissance publique et se distingue spécifiquement des tâches des autres institutions de prévoyance (ATF 115 V 379 consid. 4). En revanche, lorsque l'institution supplétive exerce une activité en sa qualité d'institution de prévoyance, telle l'affiliation volontaire d'un employeur au sens de l'art. 60 al. 2 let. b LPP, il
s'agit en cas de conflit d'une contestation au sens de l'art. 73 LPP (Ulrich Meyer, Die Rechtswege nach dem Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen-und Invalidenvorsorge (BVG), RDS 1987 p. 622; Thomas Lüthy, Das Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Personalvorsorgestiftung, insbesondere der Anschlussvertrag mit einer Sammel- oder Gemeinschaftsstiftung, thèse Zurich 1989, p. 108 sv.). Il en va de même du litige qui résulte du refus de l'institution supplétive d'affilier un employeur qui en fait la demande, tel qu'il se présente en l'espèce. Par conséquent, c'est à juste titre que la juridiction cantonale s'est saisie de l'action introduite par l'intimée.

Il convient d'ajouter qu'avec l'entrée en vigueur de la 1ère révision de la LPP, au 1er janvier 2005, l'institution supplétive s'est vue conférer une compétence décisionnelle plus étendue qui concerne désormais aussi l'affiliation des employeurs qui en font la demande (cf. art. 60 al. 2bis LPP; voir aussi Hermann Walser, Auffangeinrichtung und Sicherheitsfonds, RSAS 2005 p. 81 ss). Les décisions de l'institution supplétive prises dans le cadre des obligations prévues à l'art. 60 al. 2 let. a et b, et à l'art. 12 LPP, pourront alors être attaquées par un recours devant la Commission fédérale de recours en matière de prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité conformément à l'art. 74 al. 2 let. c LPP.

1.3 Le jugement entrepris n'ayant pas pour objet l'octroi ou le refus de prestations d'assurance, le Tribunal fédéral des assurances doit se borner à examiner si les premiers juges ont violé le droit fédéral, y compris par l'excès ou par l'abus de leur pouvoir d'appréciation, ou si les faits pertinents ont été constatés d'une manière manifestement inexacte ou incomplète, ou s'ils ont été établis au mépris de règles essentielles de procédure (art. 132 en corrélation avec les art. 104 let. a et b et 105 al. 2 OJ).
2.
Les premiers juges ont examiné le litige sous l'angle de l'affiliation à la prévoyance facultative en retenant que les salariés occupés à titre temporaire par la société intimée n'étaient pas soumis à l'assurance obligatoire. Cette considération relève toutefois d'une appréciation manifestement inexacte des faits qu'il convient de corriger, dans la mesure où ceux-ci ressortent clairement des pièces du dossier.
2.1 Selon l'art. 2 al. 1 LPP, 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 montant limite fixé à l'art. 7 LPP (24'720 fr. dès le 1er janvier 2001). L'assurance obligatoire commence en même temps que les rapports de travail (art. 10 al. 1 LPP, première partie de la phrase). Lorsqu'un salarié est occupé par un employeur moins d'une année, son salaire annuel est réputé celui qu'il obtiendrait en travaillant toute l'année (art. 2 OPP 2).

Conformément à la délégation de compétence que lui confère l'art. 2 al. 2 LPP, le Conseil fédéral a défini, à l'art. 1er OPP 2, certaines catégories de salariés qui, pour des motifs particuliers, ne sont pas soumis à l'assurance obligatoire. Sont ainsi exclus du cercle des assurés, les salariés engagés pour une durée limitée ne dépassant pas trois mois (art. 1 al. 1 let. b 1ère phrase OPP 2).
2.2 En s'adressant à la recourante en vue d'affilier son personnel, le 5 décembre 2001, la société intimée a indiqué que les salariés occupaient un emploi temporaire, sans mentionner la durée du contrat de travail. Des fiches individuelles «Demande d'affiliation d'un salarié» qu'elle a transmises à l'institution supplétive, il ressort toutefois que tous les salariés concernés étaient entrés dans l'entreprise bien plus de trois mois auparavant et qu'ils avaient donc été manifestement engagés pour une durée supérieure à trois mois. La société intimée n'a du reste jamais prétendu le contraire. En conséquence, pour autant que ces employés «temporaires» aient obtenu un salaire annualisé supérieur au minimum requis par l'art. 7 LPP, ils devaient être affiliés à la prévoyance professionnelle obligatoire.

Contrairement à ce qu'ont retenu les premiers juges, c'est donc l'affiliation à la prévoyance professionnelle obligatoire de ces salariés, par le biais de leur employeur, qui est en cause en l'occurrence.
3.
3.1 Conformément à 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. S'il ne se conforme pas à son obligation, l'autorité cantonale de surveillance le somme de s'affilier dans les six mois à une institution de prévoyance. A l'expiration de ce délai, l'employeur qui n'a pas obtempéré à cette injonction est annoncé à l'institution supplétive (art. 60), pour affiliation (art. 11 al. 5 LPP).
3.2 Aux termes de l'art. 60 al. 2 LPP, l'institution supplétive est tenue, entre autres obligations, d'affilier d'office les employeurs qui ne se conforment pas à l'obligation de s'affilier à une institution de prévoyance (let. a), ainsi que d'affilier les employeurs qui en font la demande (let. b).
3.3 Selon l'art. 7 al. 1 OPP 2, l'affiliation de l'employeur à une institution de prévoyance enregistrée entraîne l'assurance, auprès de cette institution, de tous les salariés soumis à la loi.

Conformément à l'art. 7 al. 2 OPP 2, si l'employeur veut s'affilier à plusieurs institutions de prévoyance enregistrées, il doit définir chaque groupe d'assurés de telle manière que tous les salariés soumis à la loi soient assurés. En cas de lacunes dans la définition des groupes d'assurés, les institutions de prévoyance sont solidairement tenues de verser les prestations légales. Elles peuvent exercer un droit de recours contre l'employeur.
4.
La juridiction cantonale a considéré que la recourante, par son refus d'affilier la catégorie de salariés temporaires de la société intimée, vidait de sa substance l'obligation qui lui était faite de «répondre favorablement à une requête juridiquement correcte» et niait à ce groupe particulier de salariés le droit de s'affilier au deuxième pilier. Une telle solution serait incompatible avec l'art. 60 LPP, si bien que la recourante était tenue d'assurer les employés de l'intimée avec effet rétroactif au 1er septembre 2001.

Soutenue dans son argumentation par l'OFAS, la recourante prétend qu'elle n'est tenue d'affilier un employeur en vertu de l'art. 60 LPP que s'il n'est pas encore affilié à une institution de prévoyance enregistrée. Dès lors que la société intimée était déjà affiliée à la Fondation collective Zurich pour une partie de ses employés, il appartenait à celle-ci de couvrir l'ensemble des salariés conformément au principe général posé par l'art. 7 al. 1 OPP 2. Admettre le contraire et imposer à l'institution supplétive d'assurer une partie au moins des employés de la société reviendrait à permettre à certaines institutions de prévoyance de sélectionner les «bons risques» d'une entreprise en laissant à l'institution supplétive le soin d'en assumer «les mauvais».

De son côté, la société intimée prétend que l'art. 7 OPP 2 n'est pas applicable, parce qu'il ne concerne que les effets de l'affiliation à une, respectivement à plusieurs institutions de prévoyance, mais non pas l'obligation d'affiliation en tant que telle. A son avis, en vertu de l'art. 60 LPP, l'institution supplétive est tenue d'assurer tous les employeurs qui en font la demande, sans exception réglementaire possible.
5.
5.1 L'institution supplétive est une institution de prévoyance (art. 60 al. 1 LPP) qui a été créée pour assurer l'exécution de la prévoyance professionnelle obligatoire. Dans le cadre de l'affiliation volontaire, elle a les mêmes fonctions et exerce les mêmes tâches que les autres institutions de prévoyance «ordinaires». Contrairement à toute autre institution de prévoyance enregistrée, l'institution supplétive a toutefois l'obligation d'affilier un employeur qui en fait la demande, comme il ressort du texte clair de l'art. 60 al. 2 let. b LPP. Cette obligation a pour but de garantir que chaque employeur puisse affilier ses travailleurs pour la prévoyance professionnelle obligatoire. L'institution supplétive ne peut donc refuser un employeur désireux de lui être affilié (Hans-Ulrich Stauffer, Berufliche Vorsorge, Zurich 2005, p. 603 n°1590; Thomas Lüthy, op. cit., pp. 72 sv. et 108; dans ce sens, Stefano Beros, Die Stellung des Arbeitnehmers im BVG. Obligatorium und freiwillige berufliche Vorsorge, thèse Zurich 1994, p. 73). Il s'agit, dans la majorité des cas, d'employeurs qui ont été exclus de leur précédente institution de prévoyance parce qu'ils ne payaient pas les contributions (Message relatif à la révision de la loi
fédérale sur la prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité [LPP][1ère révision LPP]du 1er mars 2000, FF 2000 2526).
5.2 Cela étant, il reste à examiner si l'obligation d'affilier découlant de l'art. 60 al. 2 let. b LPP impose à l'institution supplétive d'assurer également une partie seulement des salariés d'un employeur qui est déjà affilié auprès d'une autre institution de prévoyance pour certains employés.
5.2.1 L'employeur est tenu de par la loi (art. 11 al. 1 LPP) d'affilier les salariés soumis à l'assurance obligatoire à une institution de prévoyance inscrite dans le registre de la prévoyance professionnelle. Les effets de cette affiliation sont prévus à l'art. 7 al. 1 OPP 2 qui précise le principe légal: l'affiliation entraîne l'assurance, auprès de cette institution, de tous les salariés soumis à la loi. La loi, comme la disposition de l'ordonnance, part de l'idée que tous les salariés d'un employeur qui doivent être assurés, le seront en principe auprès de la même institution de prévoyance (Commentaire du projet d'ordonnance 2 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité [OPP 2]par l'OFAS, août 1983, ad art. 37 Projet OPP 2, p. 64). L'art. 7 al. 2 OPP 2 prévoit toutefois la possibilité pour l'employeur de déroger au principe et de s'affilier, sous certaines conditions, à plusieurs institutions de prévoyance enregistrées. A défaut d'exercer ce choix, l'employeur est affilié à une seule institution de prévoyance enregistrée, cette affiliation entraînant l'assurance - pour le domaine obligatoire - de tous les salariés qu'il est tenu d'assurer auprès de la même institution.
5.2.2 Jusqu'à la date de la résiliation du contrat d'assurance par la Mobilière au 31 août 2001, l'intimée était affiliée à deux institutions de prévoyance pour deux groupes de salariés distincts, l'une assurant le personnel fixe, l'autre les salariés qu'elle plaçait temporairement auprès d'autres employeurs. A partir du 1er septembre 2001, seule l'affiliation à la Fondation collective Zurich a subsisté pour la première catégorie de salariés, alors que l'employeur n'a pas trouvé de nouvelle institution de prévoyance prête à assurer les travailleurs placés à titre temporaire. Contrairement à ce que soutient la recourante, la résiliation du contrat par la Mobilière et le maintien de l'affiliation d'une partie des salariés de l'employeur auprès de la Fondation collective Zurich n'ont pas eu pour effet d'entraîner l'assurance de l'ensemble des salariés auprès de celle-ci. Une telle conséquence ne peut être déduite de l'art. 7 al. 1 OPP 2, qui ne fait que décrire les effets de l'affiliation d'un employeur auprès d'une institution de prévoyance dans le cas normal où celui-ci assure l'ensemble de son personnel auprès d'une même institution. Ne serait-ce qu'au regard de la liberté contractuelle qui régit le contrat de prévoyance entre

un
employeur et une fondation collective, on ne saurait tirer de cette disposition une obligation pour l'institution de prévoyance, auprès de laquelle l'employeur est et reste affilié pour une partie des salariés, d'assurer l'ensemble du personnel lorsque le rapport d'assurance concernant l'autre groupe de salariés prend fin. Cela reviendrait à une modification du contrat d'affiliation imposée (unilatéralement) à l'institution de prévoyance qui ne trouve de fondement ni dans la loi, ni dans l'ordonnance.

Cela étant, dès lors qu'une partie des salariés de X._____ Sàrl se retrouvait dépourvue d'une couverture d'assurance - à défaut, pour la société d'avoir réussi à conclure un nouveau contrat d'affiliation -, il appartenait à la recourante d'assurer ces employés, conformément à l'obligation prescrite par l'art. 60 al. 2 let. b LPP. En sa qualité d'institution, créée pour assurer l'exécution de la prévoyance professionnelle obligatoire, l'institution supplétive ne peut refuser l'affiliation requise dans un tel cas par un employeur pour un groupe de salariés seulement. Son rôle consiste en effet précisément à pallier l'absence de couverture d'assurance de travailleurs soumis à la prévoyance professionnelle obligatoire. Nier dans une telle situation l'obligation de l'institution supplétive d'assurer une partie des salariés d'un employeur déjà affilié à une autre institution de prévoyance pour un certain groupe de travailleurs reviendrait, par ailleurs, à empêcher l'employeur d'exécuter son obligation d'affilier l'ensemble des salariés soumis à l'assurance obligatoire à une institution de prévoyance enregistrée (art. 11 LPP).
5.3 En conséquence de ce qui précède, c'est à bon droit que les premiers juges ont admis l'obligation de la recourante d'affilier les salariés de l'intimée placés à titre temporaire à partir du 1er septembre 2001. Le jugement entrepris n'apparaît dès lors pas critiquable dans son résultat et le recours est infondé.
6.
S'agissant d'une procédure onéreuse (art. 134 OJ a contrario), les frais de la cause seront mis à la charge de la recourante, qui succombe. L'intimée, représentée par un avocat, obtient gain de cause, de sorte qu'elle peut prétendre des dépens (art. 159 al. 2 en corrélation avec l'art. 135 OJ).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral des assurances prononce:
1.
Le recours est rejeté.
2.
Les frais de justice, d'un montant de 5'000 fr., sont mis à la charge de la recourante et compensés avec l'avance de frais, d'un même montant, qu'elle a versée.
3.
La Fondation institution supplétive LPP versera à X._____ Sàrl la somme de 2'000 fr. (y compris la taxe à la valeur ajoutée) à titre de dépens pour l'instance fédérale.
4.
Le présent arrêt sera communiqué aux parties, à la Fondation collective LPP de la Zurich Vie, au Tribunal cantonal des assurances du canton du Valais et à l'Office fédéral des assurances sociales.
Lucerne, le 31 janvier 2006
Au nom du Tribunal fédéral des assurances
La Présidente de la Ire Chambre: La Greffière: