

# **BGer 9C 118/2021 vom 28. Februar 2022**

Bundesgericht, 2022-02-28, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_9C\\_118\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_9C_118_2021)

FR: TF 9C 118/2021 du 28 février 2022

IT: TF 9C 118/2021 del 28 febbraio 2022

## **Regeste**

Prévoyance professionnelle | Prévoyance professionnelle

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Le recours en matière de droit public peut être interjeté pour violation du droit, tel qu'il est délimité par les art. 95 et 96 LTF. Le Tribunal fédéral applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF). Il examine en principe seulement les griefs motivés (art. 42 al. 2 LTF) et ne peut pas aller au-delà des conclusions des parties (art. 107 al. 1 LTF). Il statue par ailleurs sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF), sauf s'ils ont été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF (art. 105 al. 2 LTF). Le recourant qui entend s'en écarter doit expliquer de manière circonstanciée en quoi les conditions de l'art. 105 al. 2 LTF sont réalisées sinon un état de fait divergent ne peut pas être pris en considération.

### **E. 2.1**

Compte tenu des motifs et conclusions du recours, le litige porte sur la question de savoir si le Tribunal administratif fédéral était en droit, premièrement, de réduire le montant de la créance de l'institution supplétive de 825 fr. (soit 6991 fr. 43 au lieu de 7816 fr. 43), correspondant aux frais pour la décision d'affiliation (de 450 fr.) et aux frais pour l'exécution de la décision d'affiliation (de 375 fr.). Il s'agit, deuxièmement, d'examiner la soustraction des "frais d'ouverture de la poursuite" (pour 100 fr.) des montants mis à la charge de l'employeur, ainsi que le refus partiel du Tribunal administratif fédéral de lever, en conséquence, la mainlevée d'opposition dans le cadre de la poursuite n° xxx en ce qui concerne lesdites sommes de 825 fr. et 100 fr. Troisièmement, sont litigieux la réforme de la décision du 29 mai 2018 concernant la prise en considération des frais y afférents (à hauteur de 300 fr.) et, dans ce contexte, la réduction de 150 fr. ainsi décidée par la juridiction fédérale de première instance (300 fr. au lieu de 450 fr. indiqués par la recourante au ch. 9 des considérants de ladite décision).

### **E. 2.2**

L'acte attaqué expose de manière complète les normes et la jurisprudence relatives à l'affiliation d'office d'employeurs qui ne se conforment pas à l'obligation de s'affilier à une institution de prévoyance (art. 60 al. 2 let. a en lien avec l'art. 11 al. 6 LPP ; voir aussi l'art. 60 al. 2 let. d en lien avec l'art. 12 LPP) par décision de l'institution supplétive (art. 60 al. 2bis LPP). Il fait en outre état de la jurisprudence selon laquelle l'institution supplétive peut, si elle choisit de requérir la poursuite sans être en possession d'un titre de mainlevée définitive au sens de l'art. 80 al. 2 ch. 2 LP et que le débiteur forme opposition au commandement de payer, rendre une décision le condamnant à lui payer une somme

d'argent et lever en même temps l'opposition au commandement de payer (cf. art. 79 LP ; ATF 134 III 115 consid. 4.1.2), tandis qu'elle doit requérir la levée définitive de l'opposition auprès du juge de la mainlevée du canton où a lieu la poursuite, si elle est déjà en possession d'un jugement exécutoire valant titre de mainlevée définitive ( art. 80 al. 1 LP ; cf. ATF 134 III 115 consid. 4.1.1; voir aussi l'arrêt 5A\_8/2008 du 11 avril 2008 consid. 3.2). Il suffit d'y renvoyer.

### **E. 3.1**

Le Tribunal administratif fédéral a constaté que le montant de la créance de 8097 fr. 13 arrêtée par la décision du 29 mai 2018, et pour lequel l'institution supplétive avait accordé la mainlevée définitive, se composait des cotisations pour les années 2008, 2009, 2013 et 2014 d'un montant total de 4091 fr. 43, des intérêts moratoires de 180 fr. 73 sur cette somme, des frais pour annonces tardives d'entrées et de sorties d'assurés, à hauteur de 2800 fr., des frais pour l'établissement du plan de paiement de 100 fr., des frais de décision et pour l'exécution de l'affiliation d'office, d'un montant de 825 fr., et des frais de poursuite de 100 fr.

### **E. 3.2**

La juridiction fédérale de première instance a considéré que les frais de décision et pour l'exécution de l'affiliation d'office (de respectivement 450 fr. et 375 fr.) avaient été mis à la charge de l'employeur dans la procédure relative à la décision d'affiliation du 3 avril 2017. Ces frais ne pouvaient dès lors être remis en cause ni examinés dans le cadre de la procédure portant sur les cotisations et la levée d'opposition, alors pendante devant elle, parce que la décision d'affiliation du 3 avril 2017 était entrée en force. Selon les premiers juges, comme cette décision valait titre de mainlevée au sens de l'art. 80 (al. 2 ch. 2) LP, l'instance supplétive n'avait pas été habilitée à lever elle-même l'opposition s'agissant de la créance de frais de décision et d'exécution de l'affiliation d'office, mais aurait dû requérir la mainlevée définitive de l'opposition auprès du juge de la mainlevée compétent du canton de Genève, en faisant valoir son titre de mainlevée définitive. En raison de l'autorité de la chose jugée de la décision du 3 avril 2017, l'institution supplétive ne pouvait pas revenir sur ce prononcé pour le confirmer dans le cadre de sa décision du 29 mai 2018. Sur ce point, cette dernière décision relevait d'une erreur de droit manifeste d'une certaine gravité et était donc nulle.

### **E. 3.3**

Concernant le montant de 100 fr. que l'institution supplétive réclamait à titre de frais de poursuite, le Tribunal administratif fédéral a retenu que ces frais suivaient le sort de la poursuite; dus par le débiteur, ils étaient prélevés sur les versements de celui-ci à l'Office des poursuites et ne pouvaient donc pas figurer dans la décision de cotisation et de mainlevée d'opposition. La décision du 29 mai 2018 devait donc être annulée sur ce point.

### **E. 3.4**

Le Tribunal administratif fédéral s'est ensuite penché sur la question des coûts afférents à la décision du 29 mai 2018. Il a constaté d'abord que le dispositif de cette décision ne contenait pas de chiffre sur les frais de la décision; il a néanmoins jugé excessivement formaliste de soutenir que l'institution supplétive n'aurait pas condamné l'employeur à supporter ces coûts, chiffrés à 450 fr. au ch. 9 des considérants de la décision querellée, dès lors que la recourante y était tenue par la loi et que cela ressortait des motifs de sa décision. Considérant cependant que c'était l'art. 48 de l'Ordonnance du 23 septembre 1996 sur les émoluments perçus en application de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite

(OELP; RS 281.35) qui était applicable à la décision de mainlevée, et non pas le règlement relatif aux frais de l'institution supplétive, la juridiction fédérale de première instance a arrêté à 300 fr. les frais pour la décision de mainlevée, conformément à l'échelle prévue par la règle d'exécution (de 50 fr. à 300 fr. pour une valeur litigieuse entre 1000 fr. et 10'000 fr.).

### **E. 3.5**

En conséquence, le Tribunal administratif fédéral a admis que l'employeur était tenu de payer à la recourante le montant de 7172 fr. 16 (correspondant aux cotisations de 4091 fr. 43, aux intérêts moratoires jusqu'au 21 février 2018 de 180 fr. 73, aux frais pour déclarations tardives d'entrées et de sorties d'assurés de 2800 fr. et aux frais d'établissement du plan de paiement de 100 fr.) - plus les intérêts moratoires de 5 % sur 6891 fr. 40 fr. depuis le 21 février 2018 -, que l'opposition dans la poursuite devait être levée à hauteur de 7172 fr. 16 et que les frais de décision de 300 fr. étaient mis à la charge de l'employeur.

#### **E. 4.1.1**

L'institution supplétive reproche d'abord au Tribunal administratif fédéral d'avoir établi les faits de manière manifestement inexacte. Elle n'avait en effet pas mis les frais de 825 fr. pour la décision d'affiliation d'office à la charge de l'employeur par décision du 3 avril 2017, mais ultérieurement, avec la facture du 1er juillet 2017, ce qui ressortirait sans équivoque du ch. 4 des considérants de sa décision du 3 avril 2017 (selon lesquels ledit montant serait facturé ultérieurement). Par ailleurs, la recourante soutient qu'elle n'a pas violé le principe de l'autorité de chose jugée puisqu'elle n'avait pas formellement arrêté les frais de 825 fr. dans la décision du 3 avril 2017 et qu'elle avait donc été en droit d'inclure ces frais dans le dispositif de la décision de mainlevée du 29 mai 2018. A ce propos, elle indique avoir adapté son modèle de décision de façon à exclure les frais pour la décision d'affiliation du dispositif de celle-ci; ces frais sont facturés par la suite avec la première tranche des cotisations LPP de sorte à unifier les différentes voies offertes à l'employeur pour contester les créances qu'elle fait valoir à son encontre. Ce mode de procéder (facturer les frais de la décision d'affiliation, une fois celle-ci entrée en force, avec les cotisations) lui permettrait précisément d'éviter de devoir à la fois saisir le juge de la mainlevée pour les frais de la décision et de suivre la procédure administrative ordinaire avec levée de l'opposition pour les autres créances.

#### **E. 4.1.2**

Le Tribunal administratif fédéral a fondé son argumentation sur la constatation que la créance de 825 fr. pour les frais de décision et d'exécution de l'affiliation avait déjà été arrêtée par la décision du 3 avril 2017, entrée en force. Cette constatation ne saurait être suivie, pas plus que les considérations des premiers juges selon lesquelles cette créance revêtait la force de chose décidée en raison de l'entrée en force de la décision du 3 avril 2017. Il ressort en effet clairement de celle-ci que les frais en cause n'ont pas été fixés ni mis à la charge de l'employeur par ce prononcé même: alors que le ch. I. du dispositif porte sur l'affiliation d'office rétroactive de l'employeur à la recourante, le ch. II concerne la constatation que les droits et devoirs résultant de cette affiliation découlent des conditions d'affiliation faisant partie intégrante de la décision, y compris le règlement sur les frais destinés à couvrir les tâches administratives extraordinaires. Le dispositif de la décision, seul susceptible d'acquiescer l'autorité de chose jugée, à l'exclusion de ses considérants (cf. p. ex. ATF 140 I 114 consid. 2.4.2 et les références), n'imposait pas de manière contraignante

la prestation de la somme de 825 fr. en faveur de la recourante (sur la notion de décision administrative au sens de l' art. 80 al. 2 ch. 2 LP , voir ATF 143 III 162 consid. 2.2.1). Tel n'est pas non plus le cas du ch. 9 des motifs de la décision du 3 avril 2017 qui, quant aux frais en question, se borne à annoncer leur mise en compte ultérieure à charge de l'employeur, selon le règlement sur les frais de l'institution supplétive ("Conformément au règlement sur les coûts, les frais de cette décision, d'un montant de CHF 450.00, et les frais pour l'exécution de l'affiliation d'office d'un montant de CHF 375.00, seront portés en compte à l'employeur dès que cette décision sera entrée en force"). Ainsi, ce chiffre ne peut pas être compris comme dispositif au sens matériel. La juridiction précédente a donc violé le droit fédéral en retenant que les frais de 825 fr. avaient déjà été arrêtés par la décision du 3 avril 2017 et ne pouvaient donc d'emblée plus faire l'objet d'une décision ultérieure de la recourante. Cette créance, qui a été réclamée à l'employeur par la facture du 1er juillet 2017 puis incluse dans le montant pour lequel la recourante a demandé la poursuite, a été mise à la charge de l'employeur par décision du 29 mai 2018 (ch. I. du dispositif [en relation avec le ch. 8 des considérants et l'extrait de compte annexé]). Restée incontestée quant à son bien-fondé et à son montant, elle n'a pas à être revue plus avant par le Tribunal fédéral. Il n'y a pas lieu non plus d'examiner la question de savoir si la façon de procéder de la recourante était entièrement admissible au regard du fait que les frais d'une décision, qui en font partie intégrante, sont en principe arrêtés dans son dispositif (cf. KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, *Öffentliches Verfahrensrecht*, 3e éd., 2021, n. 828). En conclusion, le Tribunal fédéral administratif a réduit à tort la créance de la recourante de 825 fr. et refusé à telle hauteur la levée de l'opposition pour les frais de décision et d'exécution de l'affiliation. Son arrêt doit être modifié dans cette mesure.

#### **E. 4.2**

La recourante fait ensuite valoir que la juridiction précédente aurait également méconnu les faits en lui refusant la levée de l'opposition pour les frais administratifs perçus selon son règlement pour l'ouverture de la poursuite. Dans sa détermination, le Tribunal administratif fédéral conclut à l'admission du recours sur ce point. Il reconnaît avoir confondu les frais facturés par l'Office des poursuites et ceux mis à la charge de l'employeur par la recourante en vue de couvrir la charge administrative que représente pour elle l'introduction de la poursuite; fixés conformément au règlement idoine de la recourante, ces frais n'auraient pas dû être écartés de la créance fixée par la décision administrative attaquée. Compte tenu des motifs du recours et des observations de la juridiction fédérale de première instance, la soustraction des "frais d'ouverture de la poursuite" à hauteur de 100 fr. était manifestement erronée et doit être corrigée. L'arrêt entrepris doit être réformé sur ce point.

#### **E. 4.3**

Finalement, pour ce qui est des frais pour la décision de cotisations et de levée d'opposition (de 450 fr.), la recourante fait d'une part valoir que ces frais n'ont pas formellement été arrêtés par la décision du 29 mai 2018, mais feront l'objet d'une décision ultérieure. D'autre part, elle soutient que le montant de ces frais devrait être déterminé selon "le règlement des frais", et non selon l' art. 48 OELP .

##### **E. 4.3.1**

Dans la mesure où l'institution supplétive affirme n'avoir pas formellement arrêté "les frais pour la décision de mainlevée", elle ne peut pas être suivie. S'il est vrai qu'elle n'a pas formellement mentionné les frais dans la section intitulée "décision", soit le dispositif

apparent de sa décision du 29 mai 2018, il ressort tout de même sans équivoque du ch. 9 de ses motifs qu'elle entendait fixer les coûts de la décision et les mettre à la charge de l'employeur ("9. L'opposition est donc infondée et doit être levée. Dans ce cas, l'employeur supporte les frais de décisions, en plus des frais administratifs mentionnés. Les coûts de la présente décision sont calculés selon le règlement des frais et se montent donc à CHF 450.00"). A la différence de la décision du 3 avril 2017 (cf. consid. 4.1.2 supra), qui se limitait à attirer l'attention de l'employeur sur des frais qui seront mis à sa charge ultérieurement, la décision du 29 mai 2018 ne laisse planer aucun doute sur le fait que les coûts de la décision sont fixés définitivement à 450 fr. et mis à la charge de l'employeur. En présence donc d'une contradiction manifeste entre ce prononcé univoque de l'institution supplétive et le dispositif formel de sa décision, la juridiction fédérale de première instance était fondée à compléter ce dernier par un chiffre portant sur les coûts de la décision, qui faisaient partie intégrante de celle-ci. Cela vaut d'autant plus vu que le Tribunal administratif fédéral disposait d'un plein pouvoir d'examen (cf. consid. 2 de l'arrêt attaqué) et que les frais d'une décision ont un caractère accessoire à la décision à laquelle ils se rapportent.

#### **E. 4.3.2**

Il reste à examiner sur quelle base doit être déterminé le montant des frais que pouvait percevoir l'institution supplétive pour sa décision du 29 mai 2018.

##### **E. 4.3.2.1**

La recourante fait valoir à cet égard que la juridiction précédente avait dans un premier temps appliqué l'art. 48 OELP, selon une jurisprudence constante (à laquelle elle se réfère en citant les arrêts du Tribunal administratif fédéral C-3567/2008 du 13 septembre 2010 [consid. 5.3], C-1899/2011 du 15 octobre 2013 [consid. 5.4.3] et C-398/2014 du 8 février 2016 [consid. 3.7]). Le Tribunal administratif fédéral avait ensuite revu explicitement cette position par arrêt A-4311/2016 du 22 mars 2017 (consid. 11.3), confirmé à plusieurs reprises par la suite (notamment arrêts du Tribunal administratif fédéral A-4271/2016 du 21 juin 2017 [consid. 2.3] et A-5189/2017 du 5 juillet 2018 [consid. 3.5.1 s et 4.3.10]); il avait admis non plus l'application de l'art. 48 OELP mais du règlement relatif aux frais de l'institution supplétive. Enfin, dans ses arrêts A-5259/2017 du 12 août 2020 (consid. 5.3) et A-3841/2018 (consid. 8.2) - arrêt ici attaqué -, il était revenu en arrière en appliquant à nouveau l'art. 48 OELP, sans toutefois mentionner ni signaler ou motiver ce nouveau revirement. Celui-ci ne se justifie pas, selon la recourante, faute de motifs suffisants en faveur d'un changement de de jurisprudence.

##### **E. 4.3.2.2**

Le Tribunal administratif fédéral se limite à constater une contradiction entre l'arrêt attaqué et sa propre jurisprudence récente. Il se remet, sur ce point, à l'appréciation du Tribunal fédéral.

##### **E. 4.3.3.1**

La décision du 29 mai 2018, bien que rendue dans le cadre d'une poursuite (cf. art. 79 LP), reste fondamentalement une décision administrative matérielle, prononcée en procédure administrative ordinaire régie par les normes applicables à celle-ci (cf. arrêts 9C\_488/2018 du 18 janvier 2019 consid. 1.1 i.f.; 9C\_196/2017 du 19 décembre 2017 consid. 4.4 et les références). Même si une telle procédure comporte un aspect relevant de l'exécution forcée, soit la levée de l'opposition à la poursuite, elle a pour objet une décision sur le fond quant à

l'existence d'une créance; elle ne devient dès lors pas une procédure d'exécution du seul fait d'être assortie d'un élément du droit de l'exécution forcée (cf. ATF 119 III 63 consid. 4b/aa; DANIEL STAEHELIN, Commentaire bâlois, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, 3e éd. 2021, n° 3 s. ad art. 79 LP sur l'action en reconnaissance de dette; PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 5e éd. 2012, n° 711). En cela, la levée de l'opposition dans le cadre d'une procédure portant sur le fond de la créance ( art. 79 LP ) se distingue de la procédure de mainlevée. Cette dernière est une pure procédure d'exécution et une des formes - mais pas la seule - selon laquelle la levée de l'opposition peut intervenir (cf. les titres marginaux des art. 79 ss LP et, de manière détaillée, arrêt 5A\_383/2020 du 22 octobre 2021 consid. 2.2 et les références, destiné à la publication). La décision de mainlevée (provisoire ou définitive) est rendue dans une procédure sommaire en matière de poursuite ( art. 251 let. a CPC ), dont les coûts sont fixés à l' art. 48 OELP . Il s'agit de frais de poursuite ( ATF 119 III 63 consid. 4b/aa; arrêt 5D\_23/2017 du 8 mai 2017 consid. 4.3.1 et les références). En revanche, l' art. 48 OELP ne trouve pas application en procédure ordinaire civile ou administrative, et les coûts de ces procédures ne constituent pas non plus des frais de poursuite ( ATF 119 III 63 consid. 4b/aa; FRANK EMMEL, Commentaire bâlois, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, 3e éd. 2021, n° 3 ad art. 16 LP ; DANIEL STAEHELIN, op. cit., n° 38 ad art. 79 LP ).

#### **E. 4.3.3.2**

En conséquence de ce qui précède, les frais de la décision du 29 mai 2018 doivent être déterminés conformément au droit applicable à la procédure administrative devant l'institution supplétive. Selon l' art. 11 al. 7 LPP , l'institution supplétive et la caisse de compensation de l'AVS facturent à l'employeur retardataire les frais administratifs qu'il a occasionnés. Les frais de la décision administrative ( art. 60 al. 2bis LPP ) en font partie (cf. implicitement les arrêts 9C\_264/2009 du 22 avril 2010 consid. 5.5 et B 24/04 du 2 février 2005). La PA (applicable à la procédure en question, cf. art. 1 al. 2 let . e PA en lien avec l' art. 54 al. 4 LPP ; arrêt B 24/04 précité consid. 3.2) ne comprend aucune disposition sur le montant des frais ici litigieux. Le Règlement relatif aux frais de la Fondation institution supplémentaire LPP comporte, sous la rubrique "Encaissement", la mention "Mainlevée d'opposition CHF 450.-". Même s'il ne s'agit précisément pas d'une procédure de mainlevée, le montant prévu dans le règlement (de 450 fr.) avec cet intitulé équivoque ne paraît en tout cas pas manifestement excessif ou arbitraire. En l'absence de contestation à cet égard, il n'y a pas lieu de l'examiner plus avant. L'arrêt attaqué doit donc être modifié également en tant qu'il ramène les frais afférents à la décision du 29 mai 2018 de 450 fr. à 300 fr.

#### **E. 4.4**

Au vu de ce qui précède, le recours est dans une large mesure fondé et doit être admis au sens des considérants.

#### **E. 5**

Vu l'issue de la procédure, l'intimé, qui succombe, supportera les frais de la procédure ( art. 66 al. 1 LTF ). Il n'y a pas lieu de modifier la répartition des frais de la première instance ( art. 67 LTF ).