

BVGer C-4946/2011 vom 9. Mai 2012

Bundesverwaltungsgericht, 2012-05-09, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-4946_2011

FR: TAF C-4946/2011 du 9 mai 2012

IT: TAF C-4946/2011 del 9 maggio 2012

Regeste

Décision fixant le montant de la cotisation de l'institution supplétive

Erwägungen

E. 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 TAF 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 à l'art. 33 LTAF. En particulier, les décisions rendues par la Fondation institution supplétive LPP en application de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP, RS 831.40) peuvent être contestées devant le TAF conformément à l'art. 33 let. h LTAF.

E. 1.2

La procédure devant le Tribunal de céans est régie par la PA, pour autant que la LTAF n'en dispose pas autrement (art. 37 LTAF).

E. 1.3

La recourante a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure, est spécialement touchée par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée (art. 48 al. 1 PA). Partant, elle a qualité pour recourir.

E. 1.4

Dans la mesure où le recours a été introduit dans le délai et la forme prescrits (art. 50 et 52 PA), l'avance de frais versée dans le délai imparti, il est entré en matière sur le fond du recours.

E. 2

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 professionnel. 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. Une fois l'affiliation d'office effective, les conditions d'assurance de l'Institution supplétive s'appliquent à l'employeur tant que le rapport d'affiliation n'est pas résilié selon les modalités applicables définies par les conditions d'affiliation. En application de l'art. 60 al. 2bis LPP, l'Institution supplétive peut rendre des décisions afin de remplir les obligations prévues à l'al. 2 let. a (...). Ces décisions sont assimilables à des

jugements exécutoires au sens de l'art. 80 de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP, RS 281.1). Selon l'art. 66 al. 1 LPP, l'institution de prévoyance fixe dans ses dispositions réglementaires le montant des cotisations de l'employeur et de celles des salariés. Selon l'al. 2, l'employeur est débiteur de la totalité des cotisations envers l'institution de prévoyance. Celle-ci peut majorer d'un intérêt moratoire les cotisations payées tardivement.

E. 3.1

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 seuil 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). De 2007 à 2011 les salaires seuils ont été respectivement de 19'890 francs en 2007, de 20'520 francs en 2009 et de 20'880 francs en 2011 (RO 2006 4159, RO 2008 4725, RO 2010 4587). 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 1er janvier qui suit la date à laquelle ils ont eu 17 ans et, pour la vieillesse, dès le 1er 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).

E. 3.2

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), à moins qu'il soit engagé pour une durée limitée ne dépassant pas trois mois (art. 1j al. 1 let. b OPP2).

E. 3.3

En matière d'assurance-vieillesse et survivants, et, implicitement, en matière de prévoyance professionnelle dans la mesure des limites d'assujettissement, les revenus tirés, d'une part, de l'activité lucrative exercée à titre de salarié ou de dirigeant de personne morale défrayé par des indemnités et tantièmes doivent être distingués des revenus tirés de droits de participation à des personnes morales pour lesquelles lesdits salariés et dirigeants sont actifs. Selon l'art. 6 du règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants (RAVS, RS 831.101), le revenu provenant d'une activité lucrative comprend, sous réserve des exceptions mentionnées expressément dans les dispositions [de la RAVS] le revenu en espèces ou en nature tirés en Suisse ou à l'étranger de l'exercice d'une activité, y compris les revenus accessoires. L'art. 7 RAVS énonce à titre exemplatif les éléments du salaire déterminant. Notamment, le salaire déterminant pour le calcul des cotisations comprend let. g) les provisions et les commissions, let. h) les tantièmes, les indemnités fixes et les jetons de présence des membres de l'administration et des organes dirigeant des personnes morales. Lorsqu'une personne morale alloue des prestations à des salariés qui sont simultanément titulaires de droits de participation dans la société, il peut se poser la question de savoir si elles font partie du salaire déterminant, si elles correspondent au versement occulte d'un bénéfice ou bien si elles représentent le revenu d'un capital exempté de la perception de cotisations (ATF 103 V 1 consid. 2b; Michel Valterio, Droit de l'assurance-vieillesse et survivants (AVS) et de l'assurance-invalidité (AI), Zurich 2011 n° 338). Les prestations provenant du bénéfice net alloué par une personne morale à ceux des

salariés qui sont simultanément titulaires de droits de participation dans la société font partie du salaire déterminant quelque soit leur dénomination, si le rapport de travail constitue le motif déterminant pour l'attribution de la prestation (ATF 134 V 297 consid. 2.1 et les références; arrêt du Tribunal fédéral H 93/06 du 19 octobre 2008 consid. 3.1). En principe la répartition effectuée par la société entre salaires et dividendes versés par la société qui a été acceptée par les autorités fiscales doit être reprise pour la détermination des cotisations AVS et implicitement LPP. Le paiement de dividendes est alors uniquement considéré partiellement comme salaire déterminant lorsque le salaire versé est inhabituellement bas et que simultanément les dividendes distribués sont manifestement disproportionnés. Cas échéant les dividendes sont convertis en salaire déterminant au maximum jusqu'au montant du salaire usuel dans la branche (cf. Valterio, op. cit. n° 339 s.; voir ég. Directive sur le salaire déterminant dans l'AVS, l'AI et les APG, n° 2001 ss). Dans la conversion les dividendes occultes pris en compte par l'administration fiscale ou mis à jour par la caisse de compensation sont également intégrés. Dans la mesure où un indépendant est également actionnaire principal ou unique ou associé-gérant principal ou unique d'une personne morale et que son activité d'indépendant se recoupe avec celle de la personne morale le problème consiste à déterminer quels sont les revenus tirés de l'activité indépendante et quels sont les revenus tirés de la personne morale, d'une part, comme salarié ou dirigeant et, d'autre part, comme titulaire de sa participation à l'entité s'agissant des dividendes perçus sous forme expresse ou de commissions ou autres modes d'allocations occultes. Comme précédemment exposée, la règle est celle de la proportionnalité des montants des revenus départagés avec le temps vraisemblable de travail sous réserve de preuves contraires.

4.1. Dans ses écritures l'employeur, par son associé-gérant, fit valoir qu'il n'avait jamais pu exposer sa position et que l'intimé ne s'était pas déterminée sur ses moyens de preuve.

4.2. En procédure administrative l'effectivité du droit d'être entendu de l'administré et la motivation de la décision sont des conditions de validité des décisions rendues (cf. Pierre Moor / Etienne Poltier, Droit administratif, Vol. II, 3ème éd. Berne 2011, p. 311 ss et 348 ss; Thierry Tanquerel, Manuel de droit administratif, Zurich 2011, n° 885 ss et 1526 ss). La jurisprudence a déduit du droit d'être entendu, consacré à l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101), le devoir de l'autorité de motiver sa décision, afin que le destinataire puisse la comprendre, la contester utilement s'il y a lieu et que l'autorité de recours puisse exercer son contrôle (cf. aussi l'art. 35 al. 1 PA). L'administré doit connaître la motivation de la décision prise sur la base des éléments de fait et de droit la fondant et retenus comme déterminants compte tenu de l'ensemble des circonstances, de son droit d'être entendu et de l'examen effectif cas échéant de ses arguments pouvant avoir quelque influence sur la décision prise (cf. ATF 135 I 187 consid. 2 et les réf.). L'autorité trouve d'ailleurs avantage à bien motiver ses décisions par le fait qu'une motivation de qualité lui permet de vérifier le bien-fondé de sa décision et lui sert ainsi de moyen de contrôle (ATF 129 I 232 consid. 3.3 in fine, ATF 118 V 56 consid. 5b, ATF 112 Ia 109 consid. 2b). Pour répondre à ces exigences, il suffit que l'autorité mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision. Elle n'a toutefois pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les arguments invoqués par les parties, elle a cependant le devoir minimum d'examiner les principaux griefs invoqués et allégués comme déterminants (cf. ATF 121 I 54 consid. 2c, ATF 126 I 97 consid. 2b, ATF 130 II 530 consid. 4.3, ATF 133 III 439 consid. 3.3). Il y a violation du droit d'être entendu que si l'autorité ne satisfait pas à son devoir minimum d'examiner les problèmes pertinents (ATF 129 I 232 consid. 3.2). En règle

générale, l'étendue de l'obligation de motiver dépend de la complexité de l'affaire à décider, de la liberté d'appréciation dont jouit l'autorité et de la potentielle gravité des conséquences de sa décision (cf. ATF 112 Ia 107 consid. 2b). En outre, la motivation ne doit pas nécessairement se trouver dans la décision elle-même. Elle peut découler d'une correspondance séparée ou du renvoi à une prise de position d'une autre autorité (ATF 123 I 31 consid. 2; ATF 113 II 204 consid. 2; Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération [JAAC] 68.6 consid. 5a). Le droit d'être entendu est une garantie constitutionnelle de caractère formel, dont la violation doit en principe entraîner l'annulation de la décision attaquée indépendamment des chances de succès du recourant sur le fond (ATF 127 V 431 consid. 3d/aa). 4.3. Par exception au principe de la nature formelle du droit d'être entendu, la jurisprudence admet qu'une violation de ce dernier principe est considérée comme réparée lorsque l'intéressé jouit de la possibilité de s'exprimer librement devant une autorité de recours disposant du même pouvoir d'examen que l'autorité inférieure et pouvant ainsi contrôler librement l'état de fait et les considérations juridiques de la décision attaquée (ATF 133 I 201 consid. 2.2). Si la réparation d'un vice éventuel doit cependant demeurer l'exception (ATF 127 V 431 consid. 3d/aa; ATF 126 V 130 consid. 2b), même en cas de violation grave du droit d'être entendu, un renvoi de la cause pour des motifs d'ordre formel à l'instance précédente peut être exclu, par économie de procédure, lorsque cela retarderait inutilement un jugement définitif sur le litige, ce qui n'est dans l'intérêt ni de l'intimée, ni de l'administré dont le droit d'être entendu a été lésé (ATF 132 V 387 consid. 5.1). Le renoncement au renvoi de l'affaire à l'autorité intimée doit alors être légitimé par l'échange d'écritures ayant fait suite au recours permettant tant au recourant qu'à l'autorité de recours de comprendre les motifs de la décision rendue. 4.4. Force est de constater que l'Institution supplétive LPP a motivé insuffisamment sa décision de mainlevée définitive, n'établissant aucunement le bien-fondé des cotisations et ne répondant pas aux griefs de l'employeur. Dans sa prise de position au recours, l'intimée ne répond de même pas aux griefs soulevés par l'employeur, elle se limite au fond à indiquer que B. _____ étant associé unique de la Sàrl [en l'occurrence il est l'associé principal de l'entité], il incombe à l'employeur, qui nécessairement agit par son associé-gérant unique (en fait principal), de payer les cotisations fixées pour les années 2007 à 2010 ainsi que pour le premier trimestre de l'année 2011 (lesquelles ont toutes été établies in abstracto sur le revenu annualisé de 2007), auxquelles se sont ajoutés divers frais selon le règlement des frais de l'Institution supplétive LPP. Manifestement la motivation de l'intimée, exception faite de celle relative aux frais annexes, est insuffisante. La manière dont l'intimée a traité le dossier de l'employeur puis levé son opposition à la décision rendue n'est conforme ni aux exigences de la maxime inquisitoire qui régit la procédure administrative et qui commande à l'autorité d'établir les faits d'office (art. 12 PA) en collaboration avec les parties (art. 13 PA), ni avec la garantie constitutionnelle du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 [Cst., RS 101]) consacrée en procédure administrative fédérale aux art. 26 à 33 et 35 PA, lequel comprend également le droit d'obtenir une décision motivée sur les griefs invoqués par le recourant et non une décision type faisant abstraction des griefs (cf. arrêts du Tribunal de céans 8757/2010 du 7 décembre 2011 consid. 3.3). 4.5. La motivation de la décision est en d'autres termes abstraite et ne traite nullement les arguments pourtant substantiels de l'employeur à l'encontre du revenu pris en considération pour l'année 2007 et subséquemment pour les années ultérieures. Ce vice justifie à lui seul l'annulation de la décision du 12 août 2011, dont le défaut de motivation n'a pas été réparé dans la réponse au

recours du 13 janvier 2012. La cause doit donc être renvoyée à l'autorité inférieure afin qu'elle rende une nouvelle décision motivée.

E. 5.1

La décision attaquée ne repose pas sur une motivation probante du fait même que l'instruction du dossier est incomplète, ce qui justifie un renvoi du dossier à l'intimé en application de l'art. 61 PA pour complément d'instruction. Pour pouvoir statuer en connaissance de cause manquent en effet les pièces suivantes: - une copie de l'acte de vente de l'immeuble dont la vente est alléguée être de nature privée. Cette pièce est nécessaire pour examiner la question de l'inclusion du bénéfice lié à la société A._____ sàrl (inscrite au RC le 9 mars 2007) ratione temporis et materiae, - relativement à la société le bilan, le compte de profits et perte, l'annexe au bilan, les extraits de compte produits, l'extrait de compte salaires, les extraits de comptes charges sociales, cas échéant l'extrait de compte commissions ou le compte différemment dénommé ayant une fonction analogue, - relativement à l'activité indépendante de B._____ les pièces comptables produites à l'administration fiscale et sa taxation fiscale. S'agissant des années 2008 à 2010 l'Institution supplétive LPP requerra la même documentation comptable que pour l'année 2007 tant de la société A._____ Sàrl que de B._____, ainsi que les extraits de la CCCB des années 2008 à 2010 tant de la société A._____ Sàrl que de B._____.

E. 5.2

Il sied ici de rappeler que l'employeur et B._____, en sa qualité d'associé-gérant de la société et pour lui-même, ont une obligation de collaboration à l'instruction de la cause (art. 13 PA) les obligeant à fournir dans les meilleurs délais les pièces ci-dessus énoncées à l'autorité intimée dès sa requête, sous réserve de recours interjeté contre le présent arrêt.

E. 5.3

Sur la base de la documentation requise l'intimée rendra une nouvelle décision non de mainlevée définitive (art. 60 al. 2bis LPP) sujette à recours relativement aux contributions dues par l'employeur, mais de cotisations (art. 5 PA) offrant ainsi toutes possibilités à l'employeur de se faire entendre une première fois à l'occasion de la décision prise et cas échéant à l'occasion d'une mainlevée d'opposition définitive laquelle n'est, il y a lieu ici de le préciser, exécutoire que dans la mesure où un recours n'a pas été interjeté à son encontre.

E. 6

Il sied enfin de relever que l'intimée a requis une commination de faillite à l'encontre du l'employeur qui lui a été notifiée en date du 26 novembre 2011 en violation de l'effet suspensif du recours (art. 55 al. 1 PA) interjeté le 12 août 2011. Pour ce faire l'Institution supplétive LPP a fait valoir sa décision de mainlevée d'opposition définitive celant à l'office des poursuites et faillite qu'elle n'était pas exécutoire alors qu'elle devait l'être pour la continuation de la poursuite par voie de faillite (Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Lausanne 2001, art. 159 n° 8; Louis Dallève / Bénédicte Foëx / Nicolas Jeandin, Poursuite et faillite, Commentaire romand, Bâle 2005, art. 159 n° 2). Un tel mode de procéder n'est pas admissible et nécessite l'annulation formelle de la commination de faillite dont la nullité matérielle devra être constatée.

E. 7.1

Au vu de l'issue du litige il n'est pas perçu de frais de procédure (art. 63 al. 1 et 2 PA). En conséquence, l'avance de frais de 1'500 francs déjà versée par l'employeur lui est restituée

intégralement sur le compte bancaire qu'il aura désigné, une fois le présent arrêt entré en force.

E. 7.2

La recourante ne s'étant pas fait représenter et n'ayant pas eu à supporter des frais nécessaires particulièrement élevés, il n'est pas alloué de dépens (art. 7 al. 1 et 4 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral (FITAF, RS 173.320.2)).

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