

# **BVGer C-5683/2007 vom 1. September 2008**

Bundesverwaltungsgericht, 2008-09-01, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-5683\\_2007](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-5683_2007)

FR: TAF C-5683/2007 du 1 septembre 2008

IT: TAF C-5683/2007 del 1 settembre 2008

## **Regeste**

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

## **Erwägungen**

### **E. 12.1**

Sous réserve des exceptions - non réalisées en l'espèce - prévues à l'art. 32 de la loi 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 concernant une affiliation d'office peuvent être contestées devant le Tribunal administratif fédéral conformément à l'art. 33 let. h LTAF, celui-là étant dès lors compétent pour connaître de la présente cause.

### **E. 12.2**

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

### **E. 12.3**

La recourante 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). Elle a, partant, qualité pour recourir.

### **E. 12.4**

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

### **E. 13.1**

L'art. 58 al. 1 PA prévoit la faculté pour l'autorité inférieure, jusqu'à l'envoi de sa réponse - ou lors d'un échange ultérieur d'écritures selon la pratique du tribunal de céans - à l'autorité de recours, de procéder à un nouvel examen de la décision contre laquelle un recours a été formé (reconsidération formelle). L'autorité inférieure notifiera alors sans délai la nouvelle décision aux parties et en donnera connaissance à l'autorité de recours (art. 58 al. 2 PA).

### **E. 13.2**

En l'occurrence, dans sa décision du 19 mars 2008, l'institution supplétive déclare annuler l'affiliation d'office de la recourante, ainsi que procéder à un nouvel examen de la décision du 3 mars 2006 en application de l'art. 58 al. 1 PA. Le même jour, en outre, elle annule le commandement de payer n° \_\_\_\_\_. Il convient de rappeler que la décision du 3 mars 2006 qui affine d'office A. \_\_\_\_\_ SA est entrée en force. L'objet du recours déposé céans

consiste donc uniquement dans la décision du 25 juillet 2007 qui lève l'opposition formée par la recourante à l'encontre du commandement de payer. Il sied de considérer, partant, que seule cette dernière décision a fait l'objet d'une reconsidération formelle au sens de l'art. 58 al. 1 PA. La décision d'affiliation d'office du 3 mars 2006 a, pour sa part, été révoquée par l'institution supplétive, les conditions pour une reconsidération (art. 58 PA) ou une révision (art. 66 PA) n'étant manifestement pas remplies (Pierre Moor, Droit administratif, V. II Les actes administratifs et leur contrôle, Ed. Staempfli, Berne 2002, p. 326 ss n° 2.4.3 et p. 341 ss n° 2.4.4; Alfred Kölz et Isabelle Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2ème Ed. Schulthess, p. 157 ss). Dans la mesure où la décision du 19 mars 2008 a été rendue postérieurement au dépôt du recours, l'autorité de céans vérifiera encore que la révocation de la décision du 3 mars 2006 est conforme au droit.

### **E. 13.3**

Le Tribunal fédéral des assurances (TFA) a considéré que les décisions prises pendente lite ne mettent fin au litige que dans la mesure où elles correspondent aux conclusions du recourant. Le litige subsiste dans la mesure où la nouvelle décision ne règle pas toutes les questions à satisfaction du recourant (ATF 107 V 25); l'autorité saisie doit alors entrer en matière sur le recours dans la mesure où l'intéressé n'a pas obtenu satisfaction, sans que ce dernier doive attaquer le nouvel acte administratif (ATF 113 V 238). La reconsidération du 19 mars 2008 annulant le commandement de payer objet de la décision du 25 juillet 2007, l'objet du présent litige se concentre donc uniquement sur les questions de savoir si la révocation de la décision du 3 mars 2006 est conforme au droit et si les frais en rapport avec les diverses procédures opposant l'autorité inférieure à la recourante sont dus par cette dernière.

### **E. 14**

La loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP, RS 831.40) ne s'applique qu'aux personnes qui sont assurées à l'assurance-vieillesse et survivants fédérale (art. 5 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 salaire 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]). 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). Dès 2005, le salaire seuil est de Fr. 19'890.- (art. 5 OPP2).

### **E. 15**

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. Aux termes de l'art. 11 al. 4 LPP, la caisse de compensation de l'AVS doit s'assurer que les employeurs qui dépendent d'elle sont affiliés à une institution de prévoyance enregistrée. Si l'employeur ne se soumet pas à la mise en demeure de la caisse de compensation de l'AVS dans le délai imparti, celle-ci l'annonce à l'institution supplétive pour affiliation rétroactive (art. 11 al. 6 LPP). 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. Elle peut rendre des décisions afin de remplir les obligations prévues à l'al. 2, let. a et b, et à l'art. 12, al. 2 (art. 60 al. 2bis LPP). En application de l'art. 12 al. 1 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, servies par l'institution supplétive. L'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) prévoit que si un salarié a droit légalement à une prestation d'assurance ou de libre passage à un moment où son employeur n'est encore affilié à aucune 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. Il y aura, dans ce cas de figure, affiliation rétroactive (art. 11 al. 3 LPP).

#### **E. 16**

Par décision du 19 mars 2008, l'autorité inférieure a révoqué la décision d'affiliation d'office qu'elle avait prise le 3 mars 2006. Or, pour qu'une décision entrée en force puisse être révoquée, celle-ci doit être illégale (non-conformité à l'ordre juridique) ou irrégulière (erreur de fait), être justifiée par un intérêt public, respecter le principe de la proportionnalité et être admissible du point de vue de la sécurité du droit (autrement appelé le principe de la confiance); surtout, une révocation n'est possible qu'après une balance des intérêts, opération juridique dans laquelle se trouvent comparés concrètement les deux intérêts en présence. Par contre, elle ne requiert en principe pas de base légale. La révocation doit être prise dans les mêmes formes et la même procédure que la décision révoquée (actus contrarius), la même autorité étant compétente (Pierre Moor, op. cit., p. 326 ss n° 2.4.3). Dans notre occurrence, ces conditions sont manifestement remplies. La révocation a été prise sous forme de décision, par l'autorité inférieure. L'irrégularité a sa cause dans une erreur de fait: la recourante a en effet apporté la preuve, dans le cadre de la présente procédure de recours, qu'elle avait affilié son employé pour toute la durée de son travail auprès de la Fondation collective Progressa. L'intérêt public à ne pas laisser subsister une situation contraire au droit est patent. L'intérêt de la recourante à ne pas être assurée doublement l'est tout autant et l'administration n'a pas de raisons particulières à s'opposer à la révocation. Celle-ci n'est d'ailleurs controversée par aucune des deux parties. C'est donc à bon droit que la décision d'affiliation du 3 mars 2006 a été révoquée par l'autorité inférieure.

#### **E. 17.1**

Selon l'art. 11 al. 7 LPP en vigueur depuis le 1er 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 28 août 1985 prévoit que l'employeur doit dédommager l'institution supplétive de tous les frais résultant de son affiliation.

#### **E. 17.2**

Il ressort du texte légal univoque de l'art. 11 al. 7 qu'il n'est possible de facturer des frais à l'employeur que s'il les a occasionnés. Les art. 11 ss LPP, partie intitulée "Obligations de l'employeur en matière de prévoyance", ne mentionne explicitement aucune obligation spécifique à l'employeur, à côté de celle toute générale d'être affilié et hormis celle de collaborer avec son personnel ou la représentation des travailleurs (cf. art. 11 al. 1 et 2 LPP). On peut cependant déduire de l'esprit de la loi, que l'employeur doit spontanément

demander son affiliation, collaborer avec l'institution de prévoyance et, a fortiori, ne pas dissimuler des informations à cette dernière. Il n'a par contre pas l'obligation de s'enquérir régulièrement de l'avancée de la procédure, comme l'avance l'institution supplétive. Le législateur accorde au contraire un rôle important à la caisse de compensation de l'AVS et à l'institution supplétive dans la mise en oeuvre de la procédure (cf. art. 11 al. 4 et 60 LPP).

### **E. 18.1**

Dans sa décision du 19 mars 2008, l'institution supplétive a mis Fr. 2'666.90 de frais à la charge de la recourante. L'institution supplétive a en effet considéré que l'employeur n'avait pas apporté la preuve de son affiliation dans le délai qui lui avait été prescrit par sommation du 13 février 2006. La recourante avance à l'inverse dans ses écritures que la nouvelle décision du 19 mars 2008 annule celle du 3 mars 2006 également en ce qui concerne les frais et que, dans cette mesure, ceux-ci ne sauraient être mis à sa charge. Elle estime au demeurant avoir respecté ses obligations et affirme que lesdits frais ont été fixés de manière arbitraire.

### **E. 18.2**

Il sied de relever, à titre liminaire, que la décision du 19 mars 2008 annule certes l'affiliation d'office et le commandement de payer, mais qu'elle reprend in extenso les frais qui ont été mis à la charge de la recourante par les actes passés. Le chiffre 2 du dispositif de la décision les mentionne explicitement. Le premier argument soulevé par la société recourante ne résiste donc pas à l'examen. L'autorité de céans constate, en outre, qu'A. \_\_\_\_\_ SA n'a pas répondu à la sommation du 13 février 2006, n'a pas recouru contre la décision d'affiliation d'office du 3 mars 2006, n'a pas réagi à l'envoi des bordereaux de contribution relatifs aux années 2003 à 2006 et, qu'après avoir fait opposition au commandement de payer notifié le 7 mai 2007, elle n'a pas justifié son opposition dans le délai qui lui a été imparti à cet effet. Certains de ces courriers lui ont de plus été adressés sous pli recommandé, voire par acte judiciaire. La recourante a même versé Fr. 1'349.45 à l'institution supplétive, ce qui n'a fait que conforter celle-ci dans son erreur. La recourante a certes, comme elle le souligne dans sa réplique et son écriture ampliative, adressé à la Caisse cantonale genevoise de compensation une attestation de salaire relative à l'année 2005 sur laquelle figurait le nom de la Fondation collective Progressa, mais celle-là est une autorité administrative distincte de l'institution supplétive. A une reprise, le 30 juillet 2007, A. \_\_\_\_\_ SA a invité l'autorité inférieure à lui fournir des explications, mais elle s'est gardée de lui signifier que son employé avait été assuré auprès de la Fondation collective Progressa pour la durée de son travail. C'est seulement dans son mémoire de recours qu'elle l'expose textuellement, alors qu'elle en avait eu à maintes reprises l'occasion. La recourante a donc contrevenu à son obligation de collaborer. Elle a, ce faisant, occasionné les frais liés à la procédure d'affiliation, ceux liés au contentieux et à la poursuite, ainsi que les Fr. 300.- liés à la procédure de révocation. Ces frais doivent dès lors, sur le principe, être mis à sa charge.

### **E. 18.3**

L'institution supplétive a mis Fr. 2'666.90 de frais à la charge de la recourante (Fr. 300.- pour la décision de révocation, Fr. 450.- pour la décision d'affiliation, Fr. 375.- au titre de taxe liée à une décision d'affiliation, Fr. 75.- de frais administratifs, Fr. 600.- de frais extraordinaires, Fr. 100.- de frais de contentieux, Fr. 241.90.- de frais de poursuite et Fr. 525.- de frais de décision). Les Fr. 450.- pour la décision d'affiliation du 3 mars 2006 et les Fr. 75.- de frais administratifs sont justifiés au vu des Conditions d'affiliation de l'institution

supplétive, p. 4 (pce 108). Il faut toutefois relever que les Fr. 375.- de taxe liée à une décision d'affiliation n'ont pas été facturés par l'autorité intimée dans la décision du 3 mars 2006; elle est dès lors malvenue de les ajouter après coup. Les frais de contentieux de Fr. 100.- et les frais de poursuite de Fr. 241.90.- sont également dus en vertu des Conditions d'affiliation (ibidem, p. 4). Il en va de même des Fr. 525.- de frais de décision de mainlevée d'opposition et des Fr. 300.- pour la décision de révocation. Il en va différemment par contre des Fr. 600.- de frais extraordinaires, qui ne semblent correspondre à aucune prestation spécifique ni consister dans une contribution non causale et sont apparus dans la décision du 19 mars 2008, dépourvus de motivation.

#### **E. 18.4**

Le recours du 24 août 2007 doit, partant, être partiellement admis. La recourante doit être condamnée à verser à l'autorité inférieure Fr. 1'691.90 (Fr. 450.- + Fr. 75.- + Fr. 100.- + Fr. 241.90.- + Fr. 525.- + Fr. 300.-) à titre de frais administratifs et de procédure. Il appartiendra, au demeurant, à l'autorité inférieure de rembourser à la recourante les Fr. 1'349.45.- d'acompte qu'elle a versés.

#### **E. 19.1**

La présente procédure est devenue sans objet s'agissant de la question du commandement de payer. L'art. 5 du règlement du 21 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral (FITAF, RS 173.320.2) dispose que lorsqu'une procédure devient sans objet, les frais sont en règle générale mis à la charge de la partie dont le comportement a occasionné cette issue. Pour le reste, les frais de procédure sont mis à la charge de la partie qui succombe ou, éventuellement, de la partie qui a gain de cause si elle les a occasionnés en violant les règles de procédure (art. 63 al. 1 et 3 PA, applicable par le truchement de l'art. 37 LTAF). En l'espèce, la recourante ayant violé son obligation de collaborer (cf. supra 7.2), il se justifie de mettre Fr. 300.- de frais de procédure à sa charge. Ils sont compensés par l'avance de frais de Fr. 500.- dont elle s'est acquittée au cours de l'instruction. Les Fr. 200.- restant lui sont restitués.

#### **E. 20**

L'art. 15 FITAF dispose que lorsqu'une procédure devient sans objet, le Tribunal administratif fédéral examine s'il y a lieu d'allouer des dépens. L'art. 5, FITAF précité s'applique par analogie à la fixation des dépens. De manière générale, il ressort du texte et de l'esprit des art. 7 al. 1 FITAF et 64 al. 1 PA, applicable par le truchement de l'art. 37 LTAF), que la partie qui a obtenu entièrement ou partiellement gain de cause n'a droit à des dépens que si elle n'a pas elle-même occasionné les frais du litige. Or, en l'occurrence, comme cela a été relevé (cf. supra 7.2), l'issue de la présente procédure peut être imputée à la recourante. Elle n'a donc pas droit à des dépens. Pour le surplus, les autorités fédérales et, en règle générale, les autres autorités parties n'ont pas droit aux dépens (art. 7 al. 3 FITAF).

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