

# **BVGer C-8757/2010 vom 7. Dezember 2011**

Bundesverwaltungsgericht, 2011-12-07, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-8757\\_2010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-8757_2010)

FR: TAF C-8757/2010 du 7 décembre 2011

IT: TAF C-8757/2010 del 7 dicembre 2011

## **Regeste**

Affiliation obligatoire à 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 l'Institution supplétive en matière d'affiliation d'office selon l'art. 60 al. 2bis 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 TAF 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. 2.1**

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). 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. 2.2**

Le salaire annuel minimal seuil était en 2009 de Fr. 20'520.- (art. 5 OPP2; RO 2008 4725). La partie du salaire annuel ou annualisé comprise entre Fr. 23'940.- et Fr. 82'080.-, dénommée salaire coordonné, est obligatoirement assurée (art. 8 al. 1 LPP en vigueur en 2009). Si le salaire coordonné n'atteignait pas en 2009 le montant de Fr. 3'420.-, il était augmenté à ce montant (art. 8 al. 2 LPP). S'agissant des salaires entre Fr. 20'520.- et Fr. 23'940.-, le salaire assuré se montait également à Fr. 3'420.- vu le seuil d'entrée fixé à Fr. 20'520.- et la disposition précitée fixant le salaire coordonné minimal à Fr. 3'420.-.

## **E. 2.3**

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). Toutefois, en cas de prolongation des rapports de travail au-delà de trois mois, le salarié est assujéti à l'assurance obligatoire dès le moment où la prolongation a été convenue (art. 1k let. a OPP2). En présence de plusieurs engagements auprès d'un même employeur durant au total plus de trois mois et lorsqu'aucune interruption ne dépasse trois mois, le salarié est assujéti à l'assurance obligatoire dès le quatrième mois de travail (art. 1k let. a OPP2).

## **E. 2.4**

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. Si l'employeur n'est pas encore affilié à une institution de prévoyance, il en choisira une après entente avec son personnel, ou, si elle existe, avec la représentation des travailleurs (art. 11 al. 2 LPP). L'affiliation a lieu avec effet rétroactif (art. 11 al. 3 LPP). 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).

## **E. 3.1**

En l'espèce, il appert des attestations de salaires versées au dossier, que l'employé de la recourante aurait été occupé quatre mois en 2009 (de septembre à décembre) pour un salaire de Fr. 15'000.-. Ce salaire annualisé en application de l'art. 2al. 2 LPP précité atteint le montant de Fr. 45'000.-, somme qui dépasse largement le salaire seuil; il devrait ainsi être soumis à la LPP. Il sied d'emblée de préciser que la recourante ne peut pas se prévaloir de l'exception l'art. 1j al. 1 let. b OPP2 ainsi qu'elle a tenté de le faire dans un premier temps en remplissant le 9 août 2010 le formulaire à l'intention de la CCGE (cf. consid. Bd), ce qu'elle ne prétend au demeurant plus dans son écriture de recours.

## **E. 3.2**

La recourante explique que le salaire versé les quatre derniers mois de 2009 correspondrait en fait à une activité déployée pendant toute l'année. Elle a déjà fait valoir cet argument devant la CCGC qui a tout de même transmis le dossier à l'Institution supplétive. En réponse à la sommation du 19 octobre 2010, la recourante a fourni les mêmes explications qui n'ont pas du tout été prises en compte par l'Institution supplétive laquelle, dans sa

décision d'affiliation litigieuse, se contente de remarquer que "l'employeur s'est manifesté suite à la sommation du 19 octobre 2010 et n'a pas apporté la preuve de son affiliation à une autre institution supplétive", sans procéder à une quelconque instruction pour vérifier les allégations de la recourante. Ce n'est que dans sa réponse au recours que l'autorité inférieure a requis l'audition de l'employé par la Cour de céans et demande un délai pour se déterminer ensuite.

### **E. 3.3.1**

Cette manière de faire 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) bien qu'en collaboration avec les parties (art. 13 PA), ni avec la garantie constitutionnelle que constitue le 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 - qui comprend notamment le droit d'obtenir une décision motivée (cf. ATAF 2010/35 consid. 4.3 et les références citées).

### **E. 3.3.2**

Si, pour satisfaire son obligation de motivation, l'autorité ne doit pas exposer et discuter tous les faits et moyens de preuves, elle a le devoir minimum d'examiner les principaux griefs invoqués par les parties (ATF 126 I 97 consid. 2b, ATF 121 I 54 consid. 2c, ATF 133 III 439 consid. 3.3 p, ATF 130 II 530 consid. 4.3). Or, en l'espèce, la motivation de la décision n'est pas en rapport avec les arguments que la recourante a fait valoir dans ses courriers antérieurs à ladite décision. Ce vice justifierait à lui seul l'annulation de la décision du 22 novembre 2010.

### **E. 3.3.3**

La décision attaquée doit en outre être annulée pour le motif qu'elle repose sur une instruction incomplète. In casu, on compte autant d'indices en faveur qu'en défaveur de la version de la recourante. D'une part, en 2010 l'employé concerné a été engagé sur toute l'année pour un salaire annuel qui correspond grosso modo à celui versé en 2009. Il sied de relever que la recourante n'a pas attendu le litige pour déclarer le salaire mensuel 2010 puisqu'elle signalait déjà le montant dans son courrier à la CCGC du 24 avril 2010 alors que le contentieux a débuté en août 2010. D'autre part, il est douteux que le salaire dû au travailleur puisse être payé à un terme postérieur à celui prévu à l'art. 323 al. 1 du code des obligations du 30 mars 1911 (CO, RS 220; cf. BK-Rebhinder, 2e ed. 1985, ad art. 323 N 10 et 13). De surcroît, le contrat de travail - à la différence du contrat d'entreprise - n'est pas un contrat de résultat, si bien que les explications de la recourante qui dit avoir attendu pour verser le salaire un certain temps pour que les premiers résultats soient visibles ne sont pas convaincantes. Ainsi, force est de constater que l'état de fait sur lequel repose la décision attaquée est incomplet et que le TAF ne dispose pas d'éléments suffisants pour se déterminer sur le litige. En effet, la seule manière de trancher est - comme le suggère l'autorité inférieure tout en ne l'ayant pas fait - d'interroger le principal concerné, à savoir l'employé. À teneur de l'art. 61 PA, l'autorité statue en principe elle-même sur l'affaire et ne la renvoie qu'exceptionnellement avec des instructions impératives à l'autorité inférieure. Selon la jurisprudence, le renvoi à l'administration apparaît en général justifié si celle-ci a constaté les faits de façon sommaire, dans l'idée que le tribunal les éclaircirait comme il convient en cas de recours (arrêt du Tribunal fédéral 9C\_162/2007 du 3 avril 2008 consid. 2.3 avec les références citées). En l'espèce, ce cas de figure est réalisé. Il se justifie dès lors

de renvoyer la cause à l'autorité inférieure afin qu'elle complète l'instruction et prononce ensuite une nouvelle décision.

#### **E. 3.4.1**

Il faut encore remarquer qu'en application de l'art. 57 PA, le TAF a demandé en vain à l'autorité inférieure de produire avec sa réponse au recours le dossier complet de la cause accompagné des pièces réunies en un bordereau et numérotées. Ces dossiers doivent être remis intégralement à l'autorité de recours dans le délai imparti (André Moser, in: Auer/Müller/Schindler [éd.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zurich 2008, ad art. 57 N. 13, Frank Seethaler/Kaspar Plüss, Praxiskommentar VwVG, ad art. 57 N. 7). L'obligation de constituer un dossier complet (Aktenführungspflicht) ressort du principe inquisitoire (Patrick L. Krauskopf/Katrin Emmenegger, Praxiskommentar VwVG, ad art. 12 N. 42). Des dossiers saisis systématiquement permettent à l'instance de recours de comprendre comment l'autorité inférieure a clarifié les circonstances de faits et la manière dont elle a élaboré sa décision (cf. arrêt du Tribunal administratif C-3132/2008 du 17 août 2010 consid. 4.1.1). Le Tribunal fédéral s'est déjà prononcé sur les exigences minimales en matière de constitution et de production des dossiers (arrêt du Tribunal fédéral 8C\_319/2010 du 15 décembre 2010 consid. 2.2 publié in SVR 2011 IV n°44).

#### **E. 3.4.2**

En l'espèce, l'autorité inférieure n'a pas respecté ces exigences. Compte tenu de l'issue du litige, il n'y a toutefois pas lieu d'examiner plus avant les conséquences liées à ce manquement.

#### **E. 4.1**

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 Fr. 800.- déjà versée par la recourante lui sera restituée sur le compte bancaire qu'elle aura désigné, une fois le présent arrêt entré en force.

#### **E. 4.2**

Il n'est pas alloué de dépens (art. 7 al. 1 FITAF a contrario).

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