**Bundesverwaltungsgericht**
**Tribunal administratif fédéral**
**Tribunale amministrativo federale**
**Tribunal administrativ federal**



Cour III
C-2581/2011

# Arrêt du 9 février 2012

Composition

Francesco Parrino (président du collège),
Vito Valenti, Franziska Schneider, juges,
Valérie Humbert, greffière.

Parties

A_____SA
représentée par Athemis Me Pascal Moesch, ,
recourante,

contre

**Fondation institution supplétive LPP,** Agence régionale de la Suisse romande, Passage St-François 12, Case postale 6183, 1002 Lausanne,
autorité inférieure.

Objet

Prévoyance professionnelle (décision du 31 mars 2011).

## Faits :

**A.**
A._____ SA, société anonyme constituée par acte authentique le 5 février 1986, est inscrite au registre du commerce du le canton de Fribourg, avec siège à Greng (depuis 2011, avant siège à Mur, canton de Vaud). Son but est: fabrication, développement, recherches et commerce d'appareils électroniques et fournitures pour l'industrie en générale. Depuis janvier 2011, B._____, qui était précédemment administrateur avec signature individuelle, en est le directeur avec signature individuelle et C._____, l'administrateur également avec signature individuelle (cf. extrait du registre du commerce du 1er février 2012).

**B.**

**B.a** Affilié en 2010 à la Fondation institution supplétive LPP (Institution supplétive) avec effet au 1er janvier 2004 (pce 39), A._____ SA (l'employeur) a reçu le 21 juillet 2010 une facture pour la période du 1er janvier au 31 mars 2010 d'un montant total de 103'138 francs et 50 centimes (pce 38). Etaient facturées au titre de cotisations de mutations et périodes précédentes les sommes de 48'485 francs et 65 centimes part employé et 48'485 francs et 65 centimes part employeur pour l'assuré B._____, 2'783 francs et 60 centimes part employé 2'783 francs et 60 centimes part employeurs pour l'assurée D._____ ainsi que 600 francs de frais selon règlement.

**B.b** S'étonnant de l'ampleur du montant pour une période de trois mois, l'employeur a demandé des explications à l'Institution supplétive par courrier recommandé du 1er octobre 2010. Dans sa réponse du 7 octobre 2010, l'Institution supplétive a confirmé le montant dû qui concerne en réalité – nonobstant le libellé de la facture – les cotisations dues pour la période du 1er janvier 2004 au 31 décembre 2009. Elle remettait en annexe les feuilles de calcul mentionnant le détail des cotisations par année (pce 35).

**B.c** Par lettre chargée du 16 octobre 2010, l'employeur a requis le correctif des cotisations dues au motif que l'assuré B._____ se trouvait durant certaines périodes des années concernées en incapacité de travail et au bénéfice d'une indemnité de l'assureur-accident. A l'appui de sa requête, l'entreprise joignait un décompte interne des indemnités reçues en 2003, 2005, 2007 et 2009 de l'assureur-accident pour B._____ et un certificat médical attestant de l'incapacité de travail totale de C._____ du 26 mai au 1er juin 2009 (pce 33).

**B.d** Le 22 octobre 2010, l'Institution supplétive a requis la poursuite de l'employeur pour une créance de 103'138 francs et 50 centimes avec intérêt à 5% depuis le 31 mars 2010 auprès de l'Office des poursuites du district du Lac du canton de Fribourg, lequel l'a rejetée, le débiteur ayant à l'époque son siège dans le canton de Vaud (pce 32).

**B.e** Par courrier recommandé du 21 mars 2011, relevant notamment l'absence de réponse à sa lettre précédente, l'employeur a informé l'Institution supplétive de l'arrêt de travail pour accident de l'assuré B._____depuis le 22 février 2011 (pce 31).

**C.**

**C.a** Par commandement de payer notifié le 28 mars 2011, l'Institution supplétive a requis la poursuite (n° 659116) de l'employeur pour le paiement de 103'138 francs et 50 centimes avec intérêt à 5% depuis le 31 mars 2010, de 13 francs de frais de rejet de la première réquisition, de 50 francs de frais de sommation, de 100 francs de frais de contentieux auxquels s'ajoutent des frais de poursuite et d'encaissement (pce 29). L'employeur a fait opposition totale le même jour.

**C.b** Par décision du 31 mars 2011, l'Institution supplétive a fixé la créance litigieuse et prononcé la mainlevée de l'opposition formée au commandement de payer n° 659116 pour la somme de 103'138 francs et 50 centimes avec intérêt à 5% depuis le 31 mars 2010, plus frais de sommation et de contentieux et arrêté les coûts de la décision à 450 francs (pce 28).

**D.**

**D.a** Le 3 mai 2011, A._____ SA, par le truchement de son avocat dûment mandaté, interjette recours par devant le Tribunal administratif fédéral (le Tribunal) contre cette décision dont il demande l'annulation et le renvoi de la cause à l'Institution supplétive pour qu'elle prononce une nouvelle taxation des cotisations et primes pour la période du 1er janvier 2004 au 31 décembre 2009. A l'appui de ses conclusions, la recourante se prévaut en substance d'une violation de l'article 16 du règlement de l'Institution supplétive qui exonère du paiement des cotisations les personnes en incapacité de travail depuis plus de 3 mois.

**D.b** Invitée par ordonnance du Tribunal du 13 mai 2011 à verser une avance sur les frais de justice présumés de 1'500 francs, la recourante s'en acquitte dans le délai imparti.

**D.c** Le 23 septembre 2011, l'Institution supplétive demande et obtient la prolongation du délai pour répondre au recours que lui a imparti le Tribunal par ordonnance du 7 juillet 2011.

**D.d** Entre temps, le 11 août 2011, la recourante transmet au Tribunal une lettre du 18 juillet 2011 par laquelle l'Institution supplétive l'informait de la suspension de la procédure de recouvrement jusqu'à l'éclaircissement de sa situation et lui demandait la production de plusieurs documents.

**D.e** Le 21 octobre 2011, l'Institution supplétive, se disant sans nouvelle de la recourante, requiert la suspension de la procédure auprès du Tribunal.

**D.f** Par courrier du 28 octobre 2011, le juge instructeur enjoint la recourante à donner directement suite, par économie de procédure, aux requêtes de l'Institution supplétive, étant entendu que l'effet dévolutif empêcherait en principe l'autorité inférieure de procéder à des compléments d'instruction. Il ressort du dossier que la documentation demandée était en mains de l'Institution supplétive depuis le 25 octobre 2011 (pce 7).

**D.g** Le 3 janvier 2012, l'Institution supplétive communique au Tribunal copie de la correspondance qu'elle avait adressée à la recourante le 28 décembre 2011, précisant qu'elle restait dans l'attente de sa réaction. Dite correspondance comprend un décompte d'exonération établi à partir des données produites par l'assureur-accident et totalisant 3'092 francs et 30 centimes que l'Institution supplétive se propose de porter en déduction de la facturation du quatrième trimestres 2011.

**D.h** Par ordonnance du 11 janvier 2012, le Tribunal invite l'Institution supplétive à produire le dossier complet de la cause, ce qui fut fait dans le délai imparti, et lui donne la possibilité de se déterminer sur le recours sur la base du dossier actuel, ce qu'elle ne fit pas.

## Droit :

**1.**

**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.

**1.2.** En particulier, les décisions rendues par l'Institution supplétive en matière de prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité concernant les mainlevées d'opposition en matière de contributions selon l'art. 60 al. 2$^{bis}$ 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 Tribunal administratif fédéral conformément à l'art. 33 let. h LTAF.

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

**1.4.** 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.

**1.5.** 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.

**2.**

**2.1.** 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 notamment tenue, selon l'al. 2 let. b de cette disposition, d'affilier les employeurs qui en font la demande. Une fois l'affiliation 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.

**2.2.** A teneur de l'art. 60 al 2$^{bis}$ LPP, l'Institution supplétive peut rendre des décisions assimilables à des jugements exécutoires au sens de l'art. 80 al. 2 ch. 2 LP. Cette prérogative inclut également celle de lever

l'opposition du débiteur au commandement de payer qui découle de l'art. 79 LP (cf. ATF 134 III 115 consid. 3.2). Cela permet d'éviter de recourir à la procédure sommaire de mainlevée prévue à l'art. 80 LP; ainsi après l'entrée en force de sa décision, l'Institution supplétive est au bénéfice d'un titre de mainlevée définitif et peut agir en continuation de la poursuite.

**2.3.** 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.

**2.4.** Aux termes de l'art. 8 al. 3 LPP, si le salaire diminue temporairement par suite de maladie, d'accident, de chômage, de maternité ou d'autres circonstances semblables, le salaire assuré est maintenu au moins pour la durée de l'obligation légale de l'employeur de verser le salaire selon l'art. 324*a* du Code des obligations (CO; RS 220) ou du congé de maternité selon l'art. 329*f* CO.

Selon l'art. 16 du règlement 2005 (première partie: plan de prévoyance AN) de l'autorité inférieure qui porte le titre marginal "Exonération du paiement des cotisations" :

> 1 Les personnes en incapacité de travail sont exonérées de l'obligation de cotiser trois mois après le début de leur incapacité de travail et jusqu'à sa suppression, en fonction de leur degré d'incapacité de travail.
>
> 2 Pour chaque nouveau cas d'incapacité de travail, le délai d'attente recommence à courir depuis le début. En revanche, si, au cours de la même année, la personne se retrouve en incapacité de travail pour les mêmes raisons (récidive), les jours pris en compte au titre de l'incapacité de travail précédente sont déduits du délai d'attente. Les éventuelles modifications de prestations survenues entretemps ne sont alors pas prises en considération.

**3.**

**3.1.** En l'espèce, les cotisations de l'employeur faisant l'objet de la poursuite n° 659116 ont été facturées le 21 juillet 2010 par un bordereau pour le moins mal libellé puisqu'indiquant la période du 1er janvier au 31 mars 2010. La recourante a demandé, le 1er octobre 2010, des explications à l'autorité inférieure qui les a fournies par réponse du 7 octobre 2010. Le 16 octobre 2010, la recourante a maintenu ses critiques sur le décompte des cotisations rétroactives motif pris qu'elle devait être

mise au bénéfice d'une exonération du paiement des cotisations pour les périodes durant lesquelles ses assurés s'étaient trouvés en incapacité de travail. Le 21 mars 2011, la recourante s'est inquiétée de l'absence de réaction de l'autorité inférieure à son précédent courrier. Ensuite de quoi, l'autorité inférieure, sans procéder à une quelconque instruction pour vérifier les allégations de la recourante et sans lui adresser non plus de sommation, a engagé une poursuite à son encontre, puis, vu l'opposition de celle-ci, a agi par la voie de la procédure administrative pour faire reconnaître son droit (en rendant une décision en matière de cotisations au demeurant dénuée de toute motivation, valant titre de mainlevée définitive) et a simultanément écarté elle-même l'opposition. Ce n'est qu'une fois le recours interjeté contre sa décision que l'autorité inférieure a commencé l'examen des griefs dont se plaint l'employeur dans son courrier du 16 octobre 2010.

**3.2.** 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).

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. Ce vice justifierait à lui seul l'annulation de la décision du 31 mars 2011.

La décision attaquée doit en outre être annulée pour le motif qu'elle repose sur une instruction incomplète. En effet, l'autorité inférieure confirme sa créance affirmant avoir examiné les objections formulées à son encontre alors qu'elle ne l'a pas fait. Peu importe à cet égard qu'elle ait entrepris des mesures après le dépôt du recours qui n'ont toutefois pas permis d'éclaircir l'état de fait (voir la lettre du 28 décembre 2011 restée sans réponse). D'une part, cela pose des problèmes par rapport à l'effet d'évolutif du recours qui empêche en principe l'autorité inférieure de

procéder à des compléments d'instruction une fois l'autorité de recours saisie. D'autre part, la décision de cotisations valant titre de mainlevée définitive reste matériellement viciée, l'autorité inférieure n'ayant pas usée de la possibilité de procéder à un nouvel examen de sa décision (art. 58 PA).

**3.3.** Ainsi, force est de constater que l'état de fait sur lequel repose la décision attaquée est incomplet et que ce Tribunal ne dispose pas d'éléments suffisants pour se déterminer sur le litige. En effet, le décompte communiqué au Tribunal le 3 janvier 2012 ne permet d'établir avec exactitude les cotisations réellement dues de 2004 à 2009. Sur la base du dossier actuel, ce Tribunal ne peut en particulier pas se prononcer en lieu et place de l'autorité inférieure et décider de la mainlevée de l'opposition.

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 de cotisations qu'elle motivera en tenant compte des allégations de la recourante. Elle expliquera en outre pourquoi elle fait application pour le calcul de l'exonération du paiement des cotisations de l'art. 16 des dispositions générales de son règlement 2005 qui concerne le montant de la rente à verser en cas d'invalidité. De plus, la décision attaquée contient, visiblement à tort, les coûts et frais suivant qu'il y aura également lieu de réexaminer dans le cadre du renvoi: 50 francs de frais de sommation alors qu'aucun rappel n'a été envoyé à la recourante, 13 francs de frais au titre de la première réquisition de poursuite rejetée à cause d'une erreur de l'autorité inférieure et 5% d'intérêt à partir du 31 mars 2010 alors que la facture date du 21 juillet 2010.

**4.**

**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 1'500 francs déjà versée par la recourante lui sera restituée sur le compte bancaire qu'elle aura désigné, une fois le présent arrêt entré en force.

**4.2.** Il reste à examiner la question des dépens relatifs à la procédure devant l'autorité de céans. Les art. 64 PA et 7 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral (FITAF, RS173.320.2) permettent au Tribunal d'allouer à la partie ayant obtenu gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés. Les honoraires du représentant sont fixés, selon l'appréciation de l'autorité, en raison de l'importance et de la difficulté du litige, ainsi que d'après le travail et le temps que le représentant a dû y consacrer.

En l'espèce, le travail accompli par le représentant de la recourante en instance de recours a consisté principalement dans la rédaction d'un recours de 5 pages accompagnées d'un bordereau de 18 pièces et d'une lettre. Il se justifie, eu égard à ce qui précède, de lui allouer une indemnité à titre de dépens fixée *ex aequao et bono* à 1'500 francs, TVA incluse, à charge de l'Institution supplétive.

## Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

**1.**
Le recours est admis et la décision du 31 mars 2011 est annulée. La cause est renvoyée à la Fondation Institution supplétive afin qu'elle complète l'instruction et prononce une nouvelle décision conformément aux considérants du présent arrêt.

**2.**
Il n'est pas perçu de frais de procédure. L'avance de frais de 1'500 francs déjà versée par la recourante lui sera restituée sur le compte bancaire qu'elle aura désigné, une fois le présent arrêt entré en force.

**3.**
Une indemnité de dépens de 1'500 francs, TVA incluse, est allouée à la recourante à charge de la Fondation Institution supplétive

**4.**
Le présent arrêt est adressé :

– à la recourante (Acte judiciaire)
– à l'autorité inférieure (n° réf.; recommandé)
– à l'Office fédéral des assurances sociales (recommandé)
– à la Commission de haute surveillance (recommandé)

L'indication des voies de droit se trouve à la page suivante.

Le président du collège : La greffière :

Francesco Parrino Valérie Humbert

## Indication des voies de droit :

La présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 82 ss, 90 ss et 100 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]). Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains du recourant (art. 42 LTF).

Expédition :