Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2A.610/2006 /dce

Arrêt du 21 mars 2007
IIe Cour de droit public

Composition
M. et Mme les Juges Merkli, Président,
Wurzburger et Yersin.
Greffier: M. Dubey.

Parties
X._____ SA,
recourante, représentée par Me Rocco Mauri, avocat,

contre

Fondation institution supplétive LPP, Agence régionale de la Suisse, romande, avenue du Théâtre 1, Case postale 675, 1001 Lausanne,
intimée,
Commission fédérale de recours en matière de prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité, p.a. Tribunal administratif fédéral,
3000 Berne 14.

Objet
Cotisations,

recours de droit administratif contre la décision de la Commission fédérale de recours en matière de prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité, du 5 septembre 2006.

Faits :
A.
X._____ SA (ci-après: la Société) a pour but notamment l'importation, l'exportation, la représentation et la distribution de produits, de machines et d'appareils dans les secteurs médicaux, pharmaceutiques, chimiques et alimentaires. Elle a son siège à M._____ à l'adresse de la société fiduciaire Y._____ SA. L'un des administrateurs de la fiduciaire, A._____, est également administrateur unique de la Société. Cette dernière semble n'avoir eu à son service que B._____ et C._____, né le 16 juin 1939, qu'elle employait comme salarié à titre accessoire depuis le 1er janvier 1991. Ce dernier réside au Pérou et y travaille depuis 1962 pour une entreprise péruvienne.

Le 25 mai 1998, la Société a retourné à la Caisse cantonale de compensation du canton de Neuchâtel le questionnaire concernant l'obligation de s'affilier à une institution de prévoyance professionnelle inscrite dans le registre de la prévoyance professionnelle. Elle y déclarait n'être pas affiliée à une telle institution, parce que C._____ exerçait une « activité accessoire » et qu'il était « assuré par son travail principal au Pérou auprès de Z._____ » selon un certificat joint datant du 8 juillet 1996. Le 2 septembre 2003, elle a retourné un questionnaire similaire à la même Caisse de compensation.

Par décision du 20 octobre 2004, l'Institution supplétive LPP (ci-après: l'Institution supplétive) a assujetti la Société avec effet rétroactif au 1er janvier 1991. Restée sans opposition de la part de la Société, cette décision est entrée en force.

Par bordereau du 30 mars 2005, l'Institution supplétive a réclamé à la Société des contributions relatives à B._____ et C._____ d'un montant de 84'335 fr. (69'064 fr. de contributions plus 12'246 fr. d'intérêts, 75 fr. de frais administratifs, 450 fr. de frais de décision et 2'500 fr. de frais extraordinaires) pour les années 1991 à 2004. La Société a versé 525 fr. le 28 octobre 2004, 28'612 fr. (montant des contributions concernant B._____) le 6 mai 2005 et 2'500 fr. le 19 mai 2005, mais refusé de verser le montant des contributions concernant C._____. Un échange d'écriture entre l'Institution supplétive, l'autorité de surveillance des fondations et la Société s'en est suivi.

Par courrier du 8 février 2005, C._____ s'est adressé personnellement à l'Institution supplétive pour lui demander expressément de l'« exempter de l'obligation d'affiliation à une caisse LPP en Suisse ».

Le 23 mai 2005, l'Institution supplétive a déposé une réquisition de poursuite à l'encontre de la Société en paiement de 84'335 fr., plus intérêts à 6% dès le 1er mai 2005 et 100 fr. de frais, sous déduction des montants déjà versés. Le 14 juillet 2005, la Société a formé opposition totale au commandement de payer notifié le 5 juillet 2005. Sur requête de l'Institution supplétive, la Société a motivé son opposition et exposé qu'elle ne reconnaissait pas dans le montant faisant l'objet de la poursuite la part des cotisations relatives à C._____. Ce dernier était retraité et résidait au Pérou depuis 1962. Il avait été assuré en prévoyance vieillesse et professionnelle selon les institutions du Pérou en raison d'un emploi à plein temps dans une entreprise péruvienne depuis plus de 40 ans. Son activité pour la Société n'étant qu'accessoire devait être exemptée.

Le 31 août 2005, l'Institution supplétive a décidé de lever l'opposition formée contre le commandement de payer et mis les frais à la charge de la Société au motif qu'une demande d'exemption ne pouvait pas avoir d'effet rétroactif. Celle-ci a interjeté recours contre cette décision auprès de la Commission fédérale de recours en matière de prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité (ci-après: la Commission fédérale de recours).
B.
Par décision du 5 septembre 2006, la Commission fédérale de recours a rejeté le recours. Elle a constaté que l'Institution supplétive avait, à bon droit, procédé au calcul rétroactif des cotisations dues par la Société sur les salaires de C._____, ces derniers étant supérieurs au seuil LPP en vigueur durant les années 1991 à 2004. Le calcul des cotisations arriérées était correct. Pour le surplus, la demande d'exemption de l'assurance devait être présentée par l'assuré et non par son employeur. Elle produisait son effet à la date du dépôt de la requête, en l'espèce le 8 février 2005, et n'avait pas d'effet rétroactif. Quand bien même le silence de la Caisse de compensation AVS du canton de Neuchâtel, qui était destinataire des questionnaires relatifs à l'affiliation l'avait maintenue dans l'opinion que C._____ ne devait pas être assuré, la Société ne pouvait se prévaloir de la protection de sa bonne foi, puisque seule l'Institution supplétive pouvait, selon la loi, rendre une décision l'exonérant de l'affiliation.
C.
Agissant par la voie du recours de droit administratif, la Société demande au Tribunal fédéral, sous suite de frais et dépens, d'annuler la décision rendue le 5 septembre 2006 par la Commission fédérale de recours et subsidiairement de renvoyer la cause pour nouvelle décision. Elle se plaint de la violation de l'art. 9 Cst.

La Commission fédérale de recours renonce à déposer des observations. L'Institution supplétive conclut implicitement au rejet du recours. L'Office fédéral des assurances sociales conclut au rejet du recours.

Le Tribunal fédéral considère en droit:
1.
1.1 L'arrêt attaqué a été rendu avant l'entrée en vigueur, le 1er janvier 2007, de la nouvelle loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110). Le présent recours doit dès lors être examiné au regard des dispositions de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (OJ; art. 132 al. 1 LTF).
1.2 Déposé en temps utile contre une décision fondée sur le droit public fédéral et prise par une commission fédérale de recours, sans qu'aucune des exceptions prévues aux art. 99 à 102 OJ ou dans la législation spéciale ne soit réalisée, le présent recours est en principe recevable comme recours de droit administratif en vertu des

art. 97 ss OJ ainsi que de l'art. 74 al. 4 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité (LPP; RS 831.40; cf. en outre, arrêt 2A.14/2006 du 4 mai 2006, consid. 1; ATF 119 Ib 46 consid. 1b-c p. 49 s.).
2.
Le recours de droit administratif peut être formé pour violation du droit fédéral, y compris l'abus ou l'excès du pouvoir d'appréciation (art. 104 lettre a OJ). Le Tribunal fédéral vérifie d'office l'application du droit fédéral, sans être lié par les motifs invoqués par les parties (art. 114 al. 1 in fine OJ). En revanche, lorsque le recours est dirigé, comme en l'espèce, contre la décision d'une autorité judiciaire, le Tribunal fédéral est lié par les faits constatés dans l'arrêt, sauf s'ils sont manifestement inexacts ou incomplets ou s'ils ont été établis au mépris de règles essentielles de procédure (art. 104 lettre b et 105 al. 2 OJ). En outre, le Tribunal fédéral ne peut pas revoir l'opportunité de la décision entreprise, le droit fédéral ne prévoyant pas un tel examen en la matière (art. 104 lettre c ch. 3 OJ).
En l'espèce, la recourante se plaint à tort d'une constatation inexacte et incomplète des faits. Quoi qu'elle en dise, la Commission fédérale de recours n'a pas passé sous silence le fait que la Société avait rempli deux questionnaires à l'attention de la Caisse cantonale de compensation ni que le dossier avait été soumis pour examen à l'Institution supplétive le 3 octobre 2003. Ces éléments ressortent du considérant 5 de la décision attaquée. En réalité, la recourante reproche plutôt à la Commission fédérale de recours de ne lui avoir pas donné raison sur le fond.
3.
3.1 Sous le titre « affiliation à une institution de prévoyance », l'art. 11 LPP (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 janvier 2004 applicable en l'espèce) prévoit que 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 (al. 1). L'affiliation a lieu avec effet rétroactif (al. 3). La caisse de compensation de l'AVS s'assure que les employeurs qui dépendent d'elle sont affiliés à une institution de prévoyance enregistrée (al. 4). Si l'employeur ne se conforme pas à son obligation, l'autorité cantonale de surveillance le somme de s'affilier dans les six mois à une institution de prévoyance; à l'expiration de ce délai, l'employeur qui n'a pas obtempéré à cette injonction est annoncé à l'Institution supplétive LPP (art. 60 LPP) pour affiliation (al. 5). L'Institution supplétive LPP est tenue d'affilier d'office les employeurs qui ne se conforment pas à l'obligation de s'affilier à une institution de prévoyance (art. 60 al. 2 let. a LPP).

En vertu de l'art. 66 al. 2 LPP, 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.
3.2 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 fixé par les art. 2 al. 1 et 5 de l'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2; RS 831.441.1).

Aux termes de l'art. 2 al. 2 LPP, le Conseil fédéral définit les catégories de salariés qui, pour des motifs particuliers, ne sont pas soumis à l'assurance obligatoire. C'est ce qu'il a fait en édictant l'art. 1 OPP 2. Aux termes de l'art. 1 al. 2 OPP 2 (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2004), les salariés sans activité en Suisse ou dont l'activité en Suisse n'a probablement pas un caractère durable, et qui bénéficient de mesures de prévoyance suffisantes à l'étranger, sont exemptés de l'assurance obligatoire à condition qu'ils en fassent la demande à l'institution de prévoyance compétente.

Selon la jurisprudence, l'exemption de l'assurance en vertu de cette disposition réglementaire exige notamment la présentation d'une demande émanant du salarié; l'institution ne peut donc en décider librement, quand bien même les conditions de fond d'une exemption seraient réunies. La demande d'exemption constitue l'exercice d'un droit formateur. Elle est définitive, sous réserve d'un vice de la volonté. Eu égard au but de protection sociale visé par le principe de la soumission obligatoire des travailleurs à la LPP, la demande d'exemption doit être formulée de manière explicite et non équivoque (ATF 127 V 301 consid. 2b p. 304 s. et les références citées). A l'instar de l'exemption de l'assurance-vieillesse et survivants, l'exemption de l'assurance de prévoyance professionnelle doit être prononcée pour l'avenir et non avec effet rétroactif (ATF 98 V 183 consid. 3b p. 184 s.).
3.3 En l'espèce, la Commission fédérale de recours a correctement exposé le droit applicable et considéré à juste titre que la seule manifestation de volonté de C._____ tendant à ce qu'il soit exempté de l'assujettissement à

l'assurance de prévoyance professionnelle consistait en la lettre du 8 février 2005 que ce dernier avait adressée à l'Institution supplétive. C'est en vain que la recourante tente de tirer argument de ce que les questionnaires des 25 mai 1998 et 2 septembre 2003 « portaient » la signature de C._____ et auraient valu par conséquent comme demande d'exemption de sa part. En effet, telle qu'elle a été apposée au bas desdits questionnaires, la signature de C._____, illisible, ne pouvait être reconnue comme sienne par les autorités. A supposer qu'elles aient pu la lui attribuer, pareille signature ne valait en l'espèce que comme signature sociale de la Société au sens de l'art. 719 CO. Il s'ensuit que le montant des cotisations, dont le calcul n'est pas remis en cause par la recourante, est conforme aux dispositions de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle. Au demeurant, la recourante ne critique pas sérieusement la décision attaquée sous cet angle.
4.
La recourante soutient en revanche que la Commission fédérale de recours a violé son droit à la protection de la bonne foi.
4.1 Découlant directement de l'art. 9 Cst., le principe de la bonne foi protège le citoyen dans la confiance légitime qu'il met dans les assurances reçues des autorités, lorsqu'il a réglé sa conduite d'après des décisions, des déclarations ou un comportement déterminé de l'administration (ATF 131 II 627 consid. 6.1 p. 636 s.; 129 I 161 consid. 4.1 p. 170; 128 II 112 consid. 10b/aa p. 125; 126 II 377 consid. 3a p. 387 et les arrêts cités). Selon la jurisprudence, un renseignement ou une décision erronés de l'administration peuvent obliger celle-ci à consentir à un administré un avantage contraire à la réglementation en vigueur, à condition que (a) l'autorité soit intervenue dans une situation concrète à l'égard de personnes déterminées, (b) qu'elle ait agi ou soit censée avoir agi dans les limites de ses compétences et (c) que l'administré n'ait pas pu se rendre compte immédiatement (« ohne weiteres ») de l'inexactitude du renseignement obtenu. Il faut encore qu'il se soit fondé sur les assurances ou le comportement dont il se prévaut pour (d) prendre des dispositions auxquelles il ne saurait renoncer sans subir de préjudice, et (e) que la réglementation n'ait pas changé depuis le moment où l'assurance a été donnée (ATF 131 II 627
consid. 6.1 p. 636 s.; 129 I 161 consid. 4.1 p. 170; 122 II 113 consid. 3b/cc p. 123 et les références citées).
4.2 En l'espèce, la Commission fédérale de recours a constaté que la Caisse de compensation n'avait réagi ni en 1998 ni en 2003 à l'information selon laquelle C._____ exerçait pour la Société une activité accessoire et était dûment assuré pour la prévoyance professionnelle en raison de son activité principale au Pérou. Elle a implicitement considéré que la recourante pouvait se fier à cette inaction et comprendre que son employé était exempté de l'obligation d'être assuré pour sa prévoyance professionnelle. Elle a néanmoins jugé que la recourante ne s'était pas adressée à l'autorité compétente en matière d'exemption de l'assujettissement, de sorte que les conditions pour protéger la bonne foi de la recourante n'étaient pas réunies.

Pour sa part, la recourante considère que la Caisse de compensation et l'autorité de surveillance devaient réagir au contenu des formules renvoyées à la Caisse de compensation les 25 mai 1998 et 2 septembre 2003 et estime que la Commission fédérale de recours n'a pas tenu compte du fait que ces questionnaires avaient été signés par C._____ et valaient par conséquent demande d'exemption.
4.3 En l'espèce, la recourante n'a pas attaqué la décision du 20 octobre 2004 par laquelle, sur annonce de l'autorité de surveillance des fondations de prévoyance, elle a été affiliée d'office à l'Institution supplétive. En tant qu'elle s'en prend à l'attitude passive de la Caisse de compensation à réception des formules relatives à l'obligation d'affiliation, la Société aurait dû faire valoir ses griefs à l'encontre de la décision d'affiliation d'office ce qu'elle n'a pas fait. Elle a au contraire admis devoir des cotisations pour son employée B._____. A supposer qu'elle s'y soit opposée en temps utile, elle n'aurait pas pu se prévaloir de sa bonne foi, certaines des conditions pour admettre que la Caisse de compensation et l'autorité cantonale de surveillance des fondations étaient tenues par une promesse implicite résultant de leur inaction n'étant pas remplies.

L'inaction de la Caisse de compensation du canton de Neuchâtel n'autorisait pas la recourante à considérer qu'elle était dispensée de s'affilier. Le Tribunal fédéral a en effet jugé qu'en vertu de l'art. 11 al. 4 LPP, la Caisse de compensation devait certes s'assurer que les employeurs qui dépendaient d'elle étaient affiliés à une institution de prévoyance enregistrée, mais qu'il ne résultait nullement de l'absence d'un tel contrôle que l'obligation d'affiliation tombait, dès lors que l'obligation d'assurer les salariés revenait, selon l'art. 11 al. 1 LPP, en premier lieu à l'employeur qui doit faire en sorte d'être affilié à une institution de prévoyance (SZS 1998, p. p. 381, consid. 4).

En tant qu'elle s'en prend au bordereau litigieux de l'Institution supplétive, la recourante perd de vue qu'en l'établissant, cette dernière revêtait la qualité d'institution de prévoyance ordinaire chargée d'encaisser, rétroactivement le cas échéant, les contributions dues notamment par les employeurs en faveur de leurs salariés. La recourante ne peut pas tirer argument, dans ce contexte, de l'inaction de la Caisse de compensation, car seule l'Institution supplétive était en droit de prononcer l'exemption d'un assuré, sur demande de ce dernier uniquement, ce que la recourante savait ou devait savoir au vu de l'art. 1 al. 2 OPP 2 (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2004). Or une fois informée, celle-ci a agi dans des délais raisonnables.

Dans tous les cas, la question de savoir si l'inaction de la Caisse de compensation et de l'autorité de surveillance des fondations constituait une promesse quant à l'exemption de l'obligation d'assurance de C._____ peut demeurer indécise, puisque la recourante n'a en aucune manière démontré quelles dispositions elle aurait prises et auxquelles elle ne saurait renoncer sans subir de préjudice. Sous cet angle d'ailleurs, le versement de cotisations restées impayées ne saurait constituer un préjudice, du moment que les conditions légales de leur perception étaient réunies et que celles de leur exemption ne l'étaient pas.

Par conséquent, la recourante ne pouvait se prévaloir de sa bonne foi à l'encontre de l'Institution supplétive.
5.
La recourante soutient encore que la Commission fédérale de recours a violé le principe de proportionnalité, en confirmant le bordereau de cotisations de l'Institution supplétive alors que la décision d'affiliation a été rendue le 20 octobre 2004, soit plus de quatre mois après que C._____ aurait pris sa retraite.

Cette opinion est erronée. En effet, le rattrapage de cotisations impayées est dans tous les cas justifié par les principes de solidarité et de collectivité qui régissent la prévoyance professionnelle, sans égard à la nature ni au montant des prestations auxquelles a finalement droit le salarié assuré.
6.
Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours et à la confirmation de la décision de la Commission fédérale de recours du 5 septembre 2006.

Succombant, la recourante doit supporter les frais judiciaires (art. 156 al. 1, 153 et 153a OJ) et n'a pas droit à des dépens (art. 159 al. 1 OJ).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:
1.
Le recours est rejeté.
2.
Un émolument judiciaire de 2'000 fr. est mis à la charge de la recourante.
3.
Le présent arrêt est communiqué en copie au mandataire de la recourante, à la Fondation institution supplétive LPP, Lausanne, et à la Commission fédérale de recours en matière de prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité, ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances sociales.
Lausanne, le 21 mars 2007
Au nom de la IIe Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse
Le président: Le greffier: