



Arrêt du 12 avril 2018

Composition

Annie Rochat Pauchard (présidente du collège),
Michael Beusch, Daniel Riedo, juges,
Raphaël Bagnoud, greffier.

Parties

A. _____,
représentée par Maître Damien Bonvallat,
MBLD Associés,
recourante,

contre

Fondation institution supplétive LPP,
Prévoyance LPP,
Passage St-François 12, Case postale 6183,
1002 Lausanne,
autorité inférieure.

Objet

LPP ; affiliation d'office.

Faits :**A.**

Par courrier du 24 novembre 2014, la caisse de pension X._____ (ci-après : la caisse de pension) annonça à la Fondation institution supplétive LPP (ci-après : l'institution supplétive) la résiliation au 31 décembre 2014 du contrat d'affiliation la liant à A._____ (ci-après : l'employeur). Par courrier du 5 janvier 2015, l'institution supplétive invita l'employeur, pour le cas où celui-ci occuperait du personnel soumis à l'assurance obligatoire, à s'affilier dans un délai de deux mois à une institution de prévoyance enregistrée et à lui envoyer une copie de la convention d'affiliation dûment signée et valable dès le 1^{er} janvier 2015, sous peine de se voir affilié d'office à l'institution supplétive et de devoir supporter les coûts de la procédure, d'un montant minimal de Fr. 825.--.

B.

Par décision du 3 mai 2016, l'institution supplétive prononça l'affiliation d'office de l'employeur, avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 2015, et mit à la charge de celui-ci les frais de cette décision et pour l'exécution de l'affiliation d'office, d'un montant total de Fr. 825.--.

C.

Par mémoire du 27 mai 2016, adressé à l'institution supplétive et transmis par cette dernière à l'autorité de céans comme objet de sa compétence, l'employeur (ci-après : la recourante) a déclaré faire recours contre cette décision. Par mémoire completif du 21 juin 2016, la recourante a précisé les motifs de son recours et produit à l'appui de celui-ci une attestation de la caisse de pension du 21 juin 2016, confirmant sa réaffiliation avec effet au 1^{er} janvier 2015. Par réponse du 22 juillet 2016, l'institution supplétive (ci-après : l'autorité inférieure) a conclu au rejet du recours. Par observations complémentaires des 24 août 2016, 12 octobre 2016 et 12 janvier 2017, respectivement des 28 septembre 2016, 19 décembre 2016 et 14 février 2017, la recourante et l'autorité inférieure ont toutes deux confirmé leurs conclusions.

Les autres faits seront repris, pour autant que besoin, dans les considérants en droit du présent arrêt.

Droit :**1.**

1.1 Le Tribunal administratif fédéral connaît des recours contre les décisions d'affiliation d'office rendues par l'autorité inférieure (cf. art. 31, 32

et 33 let. h de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral [LTAF, RS 173.32] en lien avec art. 60 al. 2 let. a et al. 2^{bis} de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité [LPP, RS 831.40]). La procédure devant le Tribunal administratif fédéral est régie par la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021), pour autant que la LTAF n'en dispose pas autrement (art. 37 LTAF).

1.2 En sa qualité de destinataire de la décision de l'autorité inférieure du 3 mai 2016, la recourante est spécialement touchée par celle-ci et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification ; elle a dès lors manifestement qualité pour recourir (art. 48 al. 1 PA). Daté du 27 mai 2016 et parvenu à l'autorité inférieure le 31 mai 2016, le recours a été interjeté en temps utile (cf. art. 50 al. 1 en lien avec art. 21 al. 2 PA) et répond aux exigences de forme de la procédure administrative (art. 52 al. 1 PA). Il convient donc d'entrer en matière.

1.3 La recourante peut invoquer la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents et l'inopportunité (art. 49 PA ; cf. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7^e éd., 2016, n. marg. 1146 ss ; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2^e éd., 2013, n. marg. 2.149).

Le Tribunal administratif fédéral applique le droit d'office, sans être lié par les motifs invoqués (art. 62 al. 4 PA). La procédure est régie par la maxime inquisitoire, ce qui signifie que le Tribunal définit les faits d'office et librement (cf. art. 12 PA). Cette maxime doit toutefois être relativisée par son corollaire, à savoir le devoir des parties de collaborer à l'établissement des faits (art. 13 PA), en vertu duquel celles-ci doivent notamment indiquer les moyens de preuve disponibles et motiver leur requête (art. 52 PA). En conséquence, l'autorité saisie se limite en principe aux griefs soulevés et n'examine les questions de droit non invoquées que dans la mesure où les arguments des parties ou le dossier l'y incitent (cf. ATF 122 V 157 consid. 1a ; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2013, ch. 1135 s.).

1.4 Après une libre appréciation des preuves en sa possession, l'autorité (administrative ou judiciaire) se trouve à un carrefour.

Si elle estime que l'état de fait est clair et que sa conviction est acquise, elle peut rendre sa décision. Dans cette hypothèse, elle renoncera à des mesures d'instruction et à des offres de preuve supplémentaires, en procédant si besoin à une appréciation anticipée de celles-ci (cf. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, op. cit., n. marg. 3.144 ; ATF 137 III 208 consid. 2.2 ; arrêt du TF 2C_109/2015 du 1^{er} septembre 2015 consid. 4.1; arrêts du TAF A-5433/2015 du 2 mars 2017 consid. 1.4.1 et A-704/2012 du 27 novembre 2013 consid. 3.5.2). Par ailleurs, il n'est pas nécessaire que la conviction de l'autorité confine à une certitude absolue qui exclurait toute autre possibilité. Il suffit en effet qu'elle découle de l'expérience de la vie et du bon sens et qu'elle soit basée sur des motifs objectifs (cf. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, op. cit., n. marg. 3.141 ; ATF 130 III 321 consid. 3.2 et 128 III 271 consid. 2b/aa ; arrêt du TAF A-5433/2015 précité consid. 1.4.1 et A-704/2012 précité consid. 3.5.3).

En revanche, lorsque l'autorité de recours reste dans l'incertitude après avoir procédé aux investigations requises, elle appliquera les règles sur la répartition du fardeau de la preuve. Dans ce cadre, et à défaut de dispositions spéciales, le juge s'inspire de l'art. 8 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC, RS 210), en vertu duquel quiconque doit prouver les faits qu'il allègue pour en déduire un droit (cf. RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS/DANIELA THURNHERR/DENISE BRÜHL-MOSER, *Öffentliches Prozessrecht*, 3^e éd., 2014, n. marg. 996 ss ; THIERRY TANQUEREL, *Manuel de droit administratif*, 2010, n. marg. 1563). Cette règle ne s'applique toutefois que s'il se révèle impossible, dans le cadre de la maxime inquisitoire et en application du principe de la libre appréciation des preuves, d'établir un état de fait qui correspond, au degré de la vraisemblance prépondérante, à la réalité (cf. ATF 139 V 176 consid. 5.2 et réf. cit.).

2.

2.1 Sont soumis à l'assurance obligatoire les salariés – assurés à l'AVS (cf. art. 5 al. 1 LPP) – qui ont plus de 17 ans et reçoivent d'un même employeur un salaire annuel supérieur au salaire annuel minimal fixé par la législation (cf. art. 2 al. 1 LPP en lien avec art. 5 de l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité [OPP 2, RS 831.441.1] ; pour plus de détails, cf. arrêt du TAF C-6221/2014 du 17 août 2015 consid. 3.1).

2.2 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 (art. 11 al. 1 LPP). 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, au jour du début des rapports de travail (art. 11 al. 3 en lien avec art. 10 al. 1 LPP).

2.3

2.3.1 L'institution de prévoyance doit annoncer la résiliation du contrat d'affiliation à l'institution supplétive (art. 11 al. 3^{bis} phr. 2 LPP), laquelle est notamment tenue d'affilier d'office les employeurs qui ne se conforment pas à l'obligation de s'affilier à une institution de prévoyance et peut rendre des décisions à cet effet (cf. art. 60 al. 1, al. 2 let. a et al. 2^{bis} LPP). L'affiliation d'office a lieu avec effet rétroactif (cf. art. 11 al. 3 et 6 LPP).

2.3.2 Lorsque, suite à l'annonce de la résiliation de son contrat d'affiliation, un employeur est affilié d'office à l'institution supplétive et qu'il apparaît après coup que celui-ci a demandé et obtenu sa réaffiliation auprès de son institution de prévoyance, avec effet rétroactif au jour de sa sortie, il sied de distinguer selon que la réaffiliation est intervenue avant ou après l'affiliation d'office. Dans le premier cas, celle-ci se révèle – *a posteriori* – inutile et doit donc être annulée, puisqu'il s'avère qu'au moment où elle a été prononcée, l'employeur était déjà valablement affilié à une institution de prévoyance. Dans le second cas, au contraire, l'employeur n'est pas (encore) affilié à une institution de prévoyance lorsque la décision de l'affilier d'office est prise, laquelle n'est dès lors pas contestable sous l'angle du droit des assurances sociales (cf. arrêts du TAF A-532/2016 du 7 octobre 2016 consid. 3.1.2 et 4.1, A-3116/2015 du 27 avril 2016 consid. 3.1.3 et C-2776/2013 du 7 mai 2014 consid. 3.2 s. ; cf. également consid. 2.3.1 ci-avant).

2.4 L'institution supplétive facture à l'employeur retardataire les frais administratifs qu'il a occasionnés (cf. art. 11 al. 7 [1^{re} phrase] LPP). Cette disposition a été concrétisée par l'art. 3 al. 4 de l'ordonnance du 28 août 1985 sur les droits de l'institution supplétive en matière de prévoyance professionnelle (ODIS, RS 831.434), qui dispose que l'employeur doit dédommager l'institution supplétive de tous les frais résultant de son affiliation. Selon le règlement relatif aux frais de l'institution supplétive, valable à partir du 1^{er} janvier 2016, les coûts de la décision et pour l'exécution de l'affiliation d'office se montent au total à Fr. 825.--.

3.

La bonne foi au sens de l'art. 3 CC, à savoir l'ignorance d'une irrégularité juridique (bonne foi dite « subjective », cf. à cet égard PAUL-HENRI

STEINAUER/LAURENT BIERI, *in* : Pichonaz/Foëx [édit.], Commentaire Romand, Code civil I, art. 1-359 CC, 2010, n. 4 *ad* art. 3 CC; PAUL-HENRI STEINAUER, Traité de droit privé suisse II/1 – Le Titre préliminaire du Code civil, n. marg. 754 ss, en particulier 789 ss), n'est pas relevante en droit administratif. En vertu d'un principe général valable également en droit des assurances sociales, nul ne peut en effet se prévaloir ou tirer avantage de sa propre méconnaissance du droit (cf. ATF 126 V 308 consid. 2b ; arrêt du TF 8C_716/2010 du 3 octobre 2011 consid. 4 ; arrêts du TAF A-6240/2015 du 2 mars 2016 consid. 2 et A-5061/2014 du 26 octobre 2015 consid. 6.4.4).

4.

En l'espèce, il s'agit d'examiner le bien-fondé de l'affiliation d'office de la recourante.

4.1 A cet égard, cette dernière ne conteste pas avoir occupé des salariés soumis à l'assurance obligatoire selon l'art. 2 al. 1 LPP (cf. consid. 2.1 ci-avant) après le 31 décembre 2014. Rien ne laissant à penser que tel ne serait pas le cas, il n'y a pas lieu d'examiner ce point plus avant (cf. consid. 1.3 ci-avant). Il ressort en outre du dossier que le contrat d'affiliation liant la caisse de pension et la recourante a été résilié au 31 décembre 2014. Cette dernière a en outre été invitée, par courrier de l'autorité inférieure du 5 janvier 2015, à s'affilier dans un délai de deux mois à une institution de prévoyance enregistrée et à faire parvenir une copie de la convention d'affiliation valable dès le 1^{er} janvier 2015, sous peine de se voir affiliée d'office à l'institution supplétive et de devoir supporter les coûts de la procédure, d'un montant minimal de Fr. 825.--. Il n'apparaît enfin pas que la recourante se soit manifestée dans le délai imparti. En l'absence de preuve de l'affiliation de cette dernière à une institution de prévoyance, l'autorité inférieure était dès lors tenue de l'affilier d'office (cf. consid. 2.3.1 ci-avant), avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 2015 (cf. consid. 2.2 ci-avant).

Il s'agit ainsi de constater qu'au vu de l'état de fait connu de l'autorité inférieure au moment où elle a été rendue, la décision attaquée apparaissait fondée (en ce sens, cf. arrêt du TAF A-3771/2017 précité consid. 3.3 et 3.4).

4.2 La recourante considère toutefois que compte tenu de sa réaffiliation à la caisse de pension avec effet au 1^{er} janvier 2015, l'autorité inférieure aurait dû annuler la décision entreprise.

On l'a vu, une telle conséquence ne s'impose toutefois que pour autant que la réaffiliation intervienne avant l'affiliation d'office (cf. consid. 2.3.2 ci-avant). Or, il n'est nullement établi, ni même soutenu, que tel serait le cas en l'espèce. Dès lors que la réaffiliation a été confirmée par courrier de la caisse de pension du 21 juin 2016, laquelle se réfère à une demande du 15 du même mois, il apparaît au contraire, avec un degré de vraisemblance suffisant en droit des assurances sociales (cf. consid. 1.4 ci-avant), que la recourante n'était pas encore affiliée à une institution de prévoyance le 3 mai 2016, lorsque la décision entreprise a été rendue. En conséquence, celle-ci ne saurait être remise en question sur ce point (cf. consid. 2.3.2 ci-avant). Partant, il s'agit de constater que l'affiliation de la recourante à l'institution supplétive avec effet au 1^{er} janvier 2015 a été prononcée à bon droit.

4.3 Attendu qu'en ne donnant pas suite à la sommation de l'autorité inférieure du 5 janvier 2015 dans le délai imparti, la recourante a elle-même occasionné les frais de la décision et pour l'exécution de l'affiliation d'office, c'est en outre à juste titre que lesdits frais ont été mis à sa charge (cf. consid. 2.4 ci-avant). La recourante ne semble d'ailleurs pas le contester. Par ailleurs, le montant réclamé à ce titre, à savoir Fr. 825.--, correspond à celui prévu par le règlement sur les frais annexé à la décision entreprise, qui fait partie intégrante de celle-ci (cf. ch. III du dispositif de la décision) et dont la légalité sur ce point a été reconnue à plusieurs reprises par le Tribunal administratif fédéral (cf. arrêts du TAF A-3771/2017 précité consid. 3.5 et A-2583/2016 du 2 mars 2017 consid. 3.5 ; cf. également art. 13 al. 2 let. a de l'ordonnance du 10 septembre 1969 sur les frais et indemnités en procédure administrative [OFIPA, RS 172.041.0]).

La décision entreprise apparaît ainsi conforme au droit.

4.4 Concernant les arguments de la recourante qui n'ont pas encore été traités, il y a lieu de considérer ce qui suit.

4.4.1 La recourante met en avant que son exclusion de la caisse de pension résulte avant tout de la négligence de la fiduciaire qui était alors chargée de la gestion de sa comptabilité.

A cet égard, il s'agit d'une part de relever que la recourante doit se laisser opposer la négligence de la personne qu'elle a mandatée pour la gestion de sa comptabilité (cf. art. 101 du Code des obligations du 30 mars 1911 [CO, RS 220] ; LUC THÉVENOZ, Commentaire Romand du Code des Obligations I, in : Thévenoz/Werro [édit.], 2^e éd., 2012, n° 5 ss ad art. 101)

– laquelle répond du reste envers son mandant de l'éventuel dommage causé intentionnellement ou par négligence à celui-ci dans le cadre de l'exécution de son mandat (cf. art. 398 al. 1 en lien avec art. 321e al. 1 CO ; THÉVENOZ, op. cit., n° 36 ss ad art. 398 ; PIERRE TERCIER/LAURENT BIERI/BLAISE CARRON, Les contrats spéciaux, 5^e éd., 2016, n. marg. 4533 ss). Sous l'angle de la prévoyance professionnelle, la recourante, en sa qualité d'employeur, est en effet seule responsable de la bonne exécution de ses obligations légales (cf. consid. 2.2 ci-avant).

D'autre part, il convient de rappeler que par courrier du 5 janvier 2015, l'autorité inférieure a expressément sommé la recourante de s'affilier à une institution de prévoyance enregistrée et de lui faire parvenir une preuve de son affiliation dans un délai de deux mois. Cette dernière a en outre été clairement avertie qu'à défaut, elle se verrait affiliée d'office à l'institution supplétive et serait tenue de supporter les coûts de la procédure. Or, la recourante n'a pas fait suite à cette injonction dans le délai imparti et ce n'est qu'après le prononcé de la décision attaquée qu'elle s'est manifestée auprès de l'autorité inférieure. Dans ces conditions, il apparaît que l'affiliation d'office est avant tout imputable à un manque de diligence de la recourante, qui doit en supporter les conséquences.

Le recours apparaît donc mal fondé sur ce point.

4.4.2 La recourante fait en second lieu valoir que la décision devrait être annulée, conformément à la disposition de l'art. 2 al. 2 ODIS et à la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral C-3060/2011 du 27 octobre 2011.

Concernant d'abord la disposition susmentionnée, il sied de relever que l'ODIS a pour objet de régler d'une part les droits de l'institution supplétive envers l'employeur qui ne s'est encore affilié à aucune institution de prévoyance, lorsqu'elle doit servir des prestations légales à ses salariés ou à leurs survivants, ainsi que, d'autre part, la couverture des dépenses de l'institution supplétive par le fonds de garantie (cf. art. 1 ODIS). L'art. 2 al. 2 ODIS, aux termes duquel « [s]i l'employeur établit qu'une autre institution de prévoyance reprend aussi les obligations que l'institution supplétive assumait jusqu'alors, l'affiliation de l'employeur à l'institution supplétive est annulée dès le moment où ces obligations sont reprises par l'autre institution de prévoyance », n'est ainsi applicable que lorsque l'employeur se trouve affilié de par la loi à l'institution supplétive du fait qu'il n'était encore affilié à aucune institution de prévoyance au moment où un salarié a eu droit à une prestation d'assurance ou de libre passage (cf. également

art. 2 al. 1 ODIS). Elle n'est donc pas applicable au cas d'espèce, dans lequel la recourante a été affiliée *par l'autorité inférieure, avant la survenance d'un cas de prévoyance*. Comme on l'a vu, est ici (seul) déterminant le fait que l'affiliation d'office est antérieure à la réaffiliation de la recourante (cf consid. 4.2 ci-avant). Dans cette mesure, la présente situation diffère en outre de celle visée par la jurisprudence citée par la recourante, qui se rapportait à l'inverse au cas d'un employeur affilié d'office à l'institution supplétive alors qu'il était déjà valablement affilié auprès d'une institution de prévoyance enregistrée (cf. consid. 4 de l'arrêt en question). Cette référence ne lui est donc d'aucun secours en l'espèce.

Concernant par ailleurs la situation de double affiliation dans laquelle se trouve la recourante suite à sa réaffiliation à la caisse de pension, le tribunal de céans relève que selon l'art. 5 des conditions d'affiliation annexées à la décision entreprise, qui font partie intégrante de celle-ci (cf. ch. III du dispositif de la décision du 3 mai 2016) et lient donc la recourante (cf. arrêt du TAF A-3116/2015 précité consid. 3.2), l'affiliation (d'office) peut être résiliée par chaque partie moyennant un délai de 6 mois pour la fin de l'année. Il s'ensuit que la réaffiliation de la recourante à la caisse de pension est intervenue en violation du délai de résiliation applicable. Il revient donc à la recourante, qui n'a pas respecté ce délai, de supporter les conséquences (contractuelles) découlant de cette situation (cf. arrêt du TAF A-3116/2015 précité consid. 3.2). Dans la mesure où la recourante ne saurait tirer avantage de sa propre méconnaissance du droit (cf. consid. 3 ci-avant), il n'est de surcroît pas relevant qu'en l'occurrence, après avoir « réalisé que l'affiliation n'était plus effective, et certes tardivement, mais de bonne foi, A. _____ [ait] entrepris toutes les démarches nécessaires tendant à sa réaffiliation » (cf. écriture complémentaire du 12 janvier 2017). En tout état de cause, la jurisprudence a déjà eu l'occasion de préciser qu'une double affiliation n'est pas admissible selon la loi (cf. ATF 120 V 15 consid. 3 s. ; arrêt du TAF A-3116/2015 précité consid. 3.2).

Il convient enfin de rappeler que l'affiliation d'office à l'institution supplétive résulte en l'occurrence de la propre négligence de la recourante et que l'autorité inférieure était en outre tenue de prendre une telle mesure afin de sauvegarder les intérêts des employés de la recourante (cf. consid. 4.1 et 4.4.1 ci-avant). Partant, cette dernière ne saurait dans ces conditions reprocher à l'autorité inférieure que, de ce fait, ses salariés encourent le risque de bénéficier d'un plan de prévoyance moins avantageux que celui prévu par la caisse de pension.

Le recours apparaît ainsi également mal fondé sous cet angle.

5.

Les considérants qui précèdent conduisent le Tribunal administratif fédéral à rejeter le recours. Vu l'issue de la cause, les frais de procédure, d'un montant de Fr. 800.--, sont mis à la charge de la recourante, en application de l'art. 63 al. 1 PA et des art. 1 ss du Règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral (FITAF, RS 173.320.2). L'autorité de recours impute, dans le dispositif, l'avance de frais déjà versée, d'un montant équivalent. Une indemnité à titre de dépens n'est allouée ni à la recourante (art. 64 al. 1 PA *a contrario*, respectivement art. 7 al. 1 FITAF *a contrario*), ni à l'autorité inférieure (art. 7 al. 3 FITAF).

(Le dispositif de l'arrêt se trouve à la page suivante.)

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté.

2.

Les frais de procédure, d'un montant de Fr. 800.--, sont mis à la charge de la recourante. Ce montant est compensé par l'avance de frais déjà versée.

3.

Il n'est pas alloué de dépens.

4.

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. *** ; acte judiciaire)
- à l'Office fédéral des assurances sociales (recommandé)
- à la Commission de haute surveillance de la prévoyance professionnelle (recommandé)

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

La présidente du collège :

Le greffier :

Annie Rochat Pauchard

Raphaël Bagnoud

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 LTF). 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 :