



Cour III

C-6433/2007
{T 0/2}

Arrêt du 22 mai 2008

Composition

Francesco Parrino (président du collège),
Franziska Schneider, Madeleine Hirsig, juges,
Yann Hofmann, greffier.

Parties

A. _____, _____,
représentée par Me Jean-Marie Faivre,
2, rue de la Rôtisserie, case postale 3809,
1211 Genève 3,
recourante,

contre

Fondation institution supplétive LPP,
Agence régionale de la Suisse romande,
avenue de Rumine 13, case postale 675,
1005 Lausanne,
autorité inférieure

Objet

Prévoyance professionnelle (décision du 21 août 2007)

Faits :**A.**

Par convention du 30 juin 1994, les entreprises B._____ (_____) et A._____, dont les ayant droits sont respectivement Monsieur X._____ de la Y._____ (_____) et Z._____, s'associent en vue de l'exploitation en gérance libre de l'établissement à l'enseigne "W._____", sis _____. Ladite convention aurait été stipulée pour une durée de 5 ans, échéant le 31 mars 1994, renouvelable tacitement de 5 ans en 5 ans.

B.

A._____ s'occupe initialement de la gestion du café-restaurant. Mais l'entreprise est contrainte de demander un sursis concordataire, accordé le 30 mai 1996. Un concordat sera homologué par jugement du 22 septembre 1997 (pces 2, 3 et 10 du recours). La gestion de l'établissement serait reprise par la Y._____ seule depuis mai 1996 et, à compter du 1^{er} janvier 2005, par B._____ elle-même (pce 7).

Par missive du 21 juin 2000, B._____, par le truchement de son mandataire Me Jean-Jacques Martin, avocat à Genève, dénonce le contrat de société simple l'unissant à A._____ pour fin décembre 2000 (pce 6).

En 2005 et 2006, l'établissement "W._____" emploie des salariés soumis à l'assurance obligatoire, sans pour autant être affilié à une institution de prévoyance (pce 3).

C.

Par courrier recommandé du 9 octobre 2006, GastroSocial somme B._____ et A._____ (courrier adressé à _____) de lui faire savoir auprès de quelle institution ils sont affiliés et leur octroie à cet égard un délai de 60 jours (pce 1).

Par décision du 28 décembre 2006, la Fondation institution supplétive LPP, Agence régionale de la Suisse romande, considère que l'employeur B._____ et A._____ n'a pas engagé du personnel soumis à l'assurance obligatoire et, dans cette mesure, renonce à l'affilier d'office. Par missive du 30 janvier 2007, GastroSocial annonce toutefois lesdites sociétés pour affiliation à l'institution supplétive, en sollicitant de cette dernière qu'elle reconsidère sa position exprimée

dans sa décision du 28 décembre 2006 (pces 2).

Par courrier recommandé du 9 mars 2007, l'institution supplétive somme B._____ et A._____ (courrier adressé à _____) de s'affilier et leur octroie un délai au 23 mars 2007 pour lui faire parvenir une attestation d'affiliation originale récente. Ladite institution leur signifie qu'à défaut elle les affiliera d'office (pce 4).

D.

Par décision du 21 août 2007, l'institution supplétive affine d'office avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 2005 B._____ et A._____ et leur facture Fr. 825.-, dont Fr. 375.- de frais administratifs et Fr. 450.- de frais de décision (décision adressée à B._____ à _____, ainsi qu'à A._____ aux _____). L'institution somme en outre lesdites entreprises de lui faire parvenir, dans un délai de 10 jours, les indications nécessaires relatives à l'affiliation des employés et aux salaires (pce 5).

Par fax du 24 août 2007, la Y._____ SA confirme à l'institution supplétive que l'employeur à affilier est la société simple B._____ et A._____, Restaurant "W._____", _____ (pce 8).

Par acte du 24 septembre 2007, A._____, représentée par Me Jean-Marie Faivre, avocat à Genève, interjette recours auprès du Tribunal administratif fédéral contre la décision du 21 août 2007 de l'institution supplétive, en concluant à son annulation et, partant, à ce que A._____ ne soit pas tenue à affiliation d'office. La société expose en particulier que le contrat de société simple qu'elle avait stipulé avec B._____ a été dénoncé pour la fin décembre 2000 et que cette dernière a repris dès lors l'exploitation du café-restaurant, à telle enseigne que A._____ ne saurait être tenue responsable des actes de gestion intervenus depuis lors.

E.

Dans sa réponse du 8 novembre 2007, l'institution supplétive rétorque qu'elle s'est fondée sur le dossier de GastroSocial ainsi que sur les fiches de salaires 2005 et 2006 pour affilier l'employeur B._____ et A._____. L'institution supplétive conclut principalement au rejet du recours et à la confirmation de la décision attaquée. Subsidièrement, si le recours devait être admis et dans la mesure où A._____ n'a pas répondu aux sommations qui lui ont été adressées et a ainsi

attendu la décision du 21 août 2007 pour se manifester, l'institution conclut à ce que la condamnation aux frais soit confirmée.

Dans sa réplique du 12 décembre 2007, A._____, par le truchement de son mandataire, expose que la société simple a incontestablement été dissoute du fait de la procédure de réalisation forcée engagée contre elle. De ce fait, la société simple étant entrée en liquidation, A._____ n'aurait plus eu la moindre activité de gestion depuis lors et ne saurait dès lors être redevable de quelque cotisation sociale en relation avec l'exploitation du café-restaurant. Ladite entreprise réitère ainsi ses conclusions.

F.

Par décision incidente du 17 décembre 2007, le Tribunal administratif fédéral fixe l'avance pour les frais présumés à Fr. 800.- et octroie à A._____ un délai de 30 jours pour la verser. L'avance est versée le 7 janvier 2008, à savoir dans le délai imparti.

Par ordonnance du 11 avril 2008, le Tribunal administratif fédéral informe les parties de la composition du collège. Aucune demande de récusation n'est présentée.

Droit :

1.

1.1 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-ci étant dès lors compétent pour connaître de la présente cause.

1.2 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).

1.3 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.

1.4 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.

2.

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 1^{er} janvier qui suit la date à laquelle ils ont eu 17 ans et, pour la vieillesse, dès le 1^{er} 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).

3.

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. 2^{bis} 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).

4.

4.1 Selon l'art. 11 al. 7 LPP en vigueur depuis le 1^{er} 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 29 juin 1983 sur les droits de l'institution supplétive en matière de prévoyance professionnelle (RS 831.434) prévoit que l'employeur doit dédommager l'institution supplétive de tous les frais résultant de son affiliation.

4.2 Il ressort du texte légal univoque de l'art. 11 al. 7 LPP 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).

5.

5.1 En l'espèce, il est constant que l'établissement à l enseigne "W._____" a employé du personnel soumis à l'assurance obligatoire (pce 3). L'identité et la nature juridique de l'employeur demeurent toutefois contestées.

L'institution supplétive, se fondant sur le dossier de GastroSocial, considère que ce sont les sociétés B.____ et A._____ en tant que société simple qui doivent être considérées comme employeur. Elle ajoute, à titre subsidiaire, que dans la mesure où A._____ n'a pas répondu aux sommations qui lui ont été adressées, la condamnation aux frais doit de toute manière être maintenue.

La recourante estime à l'inverse que la société simple qu'elle constituait avec B._____ a été dissoute à la fin décembre 2000 et que la gestion du café-restaurant est depuis lors le fait exclusif de cette dernière, à telle enseigne qu'elle ne saurait avoir été l'employeur du personnel de l'établissement en cause.

5.2 L'autorité de céans relève que la société simple fondée par convention par B._____ et A._____ a, selon toute vraisemblance, été dissoute à un moment ou à un autre (soit par la dénonciation de Me Martin en 2000, soit par le fait que la part de A._____ a fait l'objet d'une exécution forcée, soit encore par volonté des parties; cf. respectivement pce 6 et art. 546 du Code des obligations du 30 mars 1911 [CO, RS 220], pces annexées au recours et art. 545 al. 1 ch. 3 CO, pce 7 et art. 545 al. 1 ch. 4 CO). On ne saurait toutefois admettre avec certitude la dissolution et la reprise de la gestion du café-restaurant depuis lors par B._____. En effet, tout d'abord, la Y._____, qui était pour un temps à tout le moins l'ayant droit de B._____, a dans son fax du 24 août 2007 expressément désigné la société simple B._____ et A._____ comme employeur à affilier (pce 8). Le changement d'employeur n'a pas non plus été communiqué à GastroSocial. Ensuite, B._____ ne s'est jamais déterminée sur ces questions, alors qu'elle devrait être partie dans cette affaire. Au vu de ces lacunes et incertitudes contenues dans le dossier, l'autorité de céans estime qu'il appartenait à l'institution supplétive de compléter le dossier avant de statuer sur l'affiliation d'office. À défaut, l'autorité de céans ne peut pas valablement statuer sur le fond.

5.3 S'agissant des frais administratifs et de décision, l'autorité de céans relève que, contrairement à ce qu'avance l'institution supplétive,

les sommations des 9 octobre 2006 et 9 mars 2007 ont, toutes deux, été adressées à _____, à savoir au café-restaurant (pces 1 et 4). Or, si l'on tient pour vraie l'hypothèse selon laquelle la gestion de l'établissement a été reprise par B. _____ à la dissolution de la société simple – ce qui semble être le cas comme nous l'avons vu supra –, A. _____ n'a pu avoir connaissance des dites sommations. Seule la décision du 21 août 2007 lui a été notifiée directement, décision contre laquelle elle a recouru césans (pce 5).

La recourante n'a donc pas occasionné les frais litigieux par un comportement fautif. La décision du 21 août 2007 doit ainsi également être annulée en ce qui concerne les frais.

5.4 Le recours doit, partant, être partiellement admis et la décision du 21 août 2007 annulée, la cause étant renvoyée à l'autorité inférieure pour instruction complémentaire et nouvelle décision.

6.

6.1 Il n'est pas perçu de frais de procédure (art. 63 al. 2 PA, applicable par le truchement de l'art. 37 LTAF). L'avance de frais de Fr. 800.- versée par la recourante lui est donc restituée.

6.2 L'art. 7 al. 1^{er} du règlement du 11 décembre 2006 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral (FITAF, RS 173.320.2) permet au Tribunal administratif fédéral d'allouer à la partie ayant obtenu gain de cause une indemnité pour les frais nécessaires causés par le litige.

En l'espèce, eu égard au travail accompli par le mandataire de la recourante – qui a principalement consisté dans un recours de 6 pages et d'une réplique de 3 pages –, l'autorité de césans alloue à cette dernière une indemnité de Fr. 2'000.-, à la charge de l'autorité inférieure.

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est partiellement admis et la décision du 21 août 2007 annulée. La cause est renvoyée à la Fondation institution supplétive LPP pour instruction complémentaire au sens du considérant 5.

2.

Il n'est pas perçu de frais de procédure. L'avance de frais de Fr. 800.- versée par la recourante lui est restituée.

3.

Une indemnité de dépens de Fr. 2'000.- est allouée à A._____ à charge de la Fondation institution supplétive LPP.

4.

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (Acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (Acte judiciaire)
- à l'Office fédéral des assurances sociales

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

Le président du collège :

Le greffier :

Francesco Parrino

Yann Hofmann

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 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 (voir art. 42 LTF).

Expédition :