



Cour III
C-6487/2009

Arrêt du 21 novembre 2011

Composition

Madeleine Hirsig-Vouilloz (présidente du collège),
Beat Weber, Stefan Mesmer, juges,
Barbara Scherer, greffière.

Parties

X. _____,
représenté par Jean-Daniel Nicaty,
avenue Mon-Repos 14, case postale 7012,
1002 Lausanne,
recourant,

contre

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

Objet

Affiliation d'office à l'institution supplétive LPP.

Faits :**A.**

X._____ a exploité l'Z._____ à Y._____. Le 15 octobre 1996, il a été déclaré en faillite qui a été traitée en la forme sommaire (art. 231 de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite [LP; RS 281.1]; TAF pce 1 annexe 4). Selon l'état du découvert du 25 août 1997, celui-ci s'élevait à Fr. 3'325'690.05 (TAF pce 1 annexe 6).

B.

Le 1^{er} février 2006, A._____, ancien employé de X._____, dépose une demande de prestation de libre passage auprès de la Fondation institution supplétive LPP (ci-après : institution supplétive; pce 101).

Dans le cadre de l'instruction de cette demande, l'institution supplétive demande à la caisse de compensation AVS GastroSocial les attestations salariales des anciens employés de X._____. Il appert de celles-ci, transmises par courrier du 28 mars 2006, que X._____ a versé des salaires AVS à plusieurs employés depuis le 1^{er} mars 1994 au 30 septembre 1996 (pce 103).

C.

Par décision du 26 mars 2008, X._____ est affilié d'office à l'institution supplétive LPP avec effet rétroactif au 1^{er} mars 1994 conformément à l'art. 12 de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP; RS 831.40). Le coût de la décision a été fixé à un total de Fr. 825.- (TAF pce 1 annexe 7). X._____ n'a pas formé recours contre cette décision qui est entrée en force de chose jugée.

D.

Par courrier du 18 juin 2008, l'institution supplétive transmet à X._____ un bordereau de contributions s'élevant à un total de Fr. 50'604.-, payable dans les 30 jours (TAF pce 1 annexe 8).

E.

Par lettre du 1^{er} septembre 2008, X._____ informe qu'il a été affilié à l'Union UAP, Compagnie d'Assurance sur la Vie (actuellement AXA-Winterthur; pce 104). En effet, selon le courrier d'AXA-Winterthur du 16 septembre 2008, X._____ (l'Z._____) a été affilié à la fondation collective LPP du 1^{er} janvier 1993 au 31 décembre 1995. Le contrat a été résilié suite au non paiement des primes. Le 20 octobre 1995, l'Union UAP a avisé la Caisse de compensation AVS WIRTE de la dissolution de l'institution de prévoyance (pce 106 et annexes).

F.

Par décision du 10 septembre 2009, qui remplace et annule celle du 26 mars 2008, l'institution supplétive affilié X._____ d'office avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 1996. Le coût de la décision s'élève à Fr. Fr. 825.-. D'après les conditions d'affiliation, qui font partie intégrante de la décision (art. 1 des conditions d'affiliation), l'employeur doit notamment les contributions et les intérêts sur les montants dus en cas de retard dans le paiement (art. 4 des conditions). Les coûts engendrés par des travaux administratifs extraordinaires sont à la charge de l'employeur (art. 5 des conditions). Aux termes du règlement relatif aux frais destinés à couvrir les travaux administratifs extraordinaires, approuvé par le Conseil de Fondation, les taxes liées à une décision relative à une affiliation d'office s'élèvent à Fr. 450.-, l'affiliation d'office à Fr. 375.- (cf. le règlement relatifs aux frais de la Fondation, annexé aux conditions d'affiliation ; TAF pce 1 annexe 1).

G.

Le 14 octobre 2009, X._____ interjette recours auprès du Tribunal administratif fédéral (ci-après: TAF ou Tribunal) en concluant à l'annulation de la décision du 10 septembre 2009 sous suite de dépens. Il conteste que la dette est née au moment de l'entrée en force de la décision du 26 mars 2008, après le prononcé de la faillite du 15 octobre 1996, bafouant ainsi ses droits à l'exception légitime du non retour à meilleure fortune. Il fait grief à l'institution supplétive d'avoir omis de présenter sa prétention à temps pendant la procédure de la faillite, ayant eu connaissance de celle-ci, ce que les courriers des 1^{er} et 5 novembre 1996 (TAF pce 1 annexe 9) ainsi que du 29 juillet 1997 (TAF pce 1 annexe 10) prouvent (TAF pce 1).

H.

Le recourant verse l'avance de frais de Fr. 800.- dans le délai imparti par le TAF (TAF pces 2 et 4).

I.

Par la réponse du 15 janvier 2010, l'institution supplétive conclut au rejet du recours, sous suite de frais et dépens, en avançant principalement qu'elle ne pouvait et ne devait avant le 1^{er} février 2006, date de la requête de A._____, rendre de décision d'affiliation, car aucun salarié n'avait auparavant fait valoir un quelconque droit conformément à l'art. 12 LPP et ni l'autorité de surveillance, ni la caisse de compensation AVS n'avait annoncé le recourant pour affiliation rétroactive. De surcroît, il est établi que le recourant n'était affilié à aucune institution de prévoyance alors

qu'il a occupé du 1^{er} janvier 1996 au 30 septembre 1996 au moins un salarié remplissant les conditions de soumission à la LPP. Le recourant avait d'ailleurs déduit du salaire de A._____ des cotisations du deuxième pilier, nonobstant l'absence d'affiliation à une institution de prévoyance (TAF pce 14 et pce 102).

J.

Dans sa réplique du 20 avril 2010 le recourant maintient ses conclusions. Il conteste que l'institution supplétive ne devait pas rendre sa décision avant le 1^{er} février 2006", étant intervenue en novembre 1996 et en juillet 1997 auprès de l'administration de la faillite (TAF pce 18).

K.

Par duplique du 31 mai 2010, l'autorité inférieure réitère ses conclusions, soulignant que le recourant n'a pas contesté avoir occupé au moins un salarié, à savoir A._____, soumis à la LPP, alors qu'il n'était affilié à aucune institution de prévoyance (TAF pce 20).

Droit :

1.

1.1. Le Tribunal connaît des recours contre les décisions rendues par l'institution supplétive concernant une affiliation d'office prononcée en vertu de l'art. 12 LPP, sous réserve des exceptions non réalisées en l'espèce (cf. art. 31, 32 et 33 let. h de la loi sur le Tribunal administratif fédéral [LTAF, RS 173.32] et art. 60 al. 2 let. d LPP).

1.2. La procédure devant le Tribunal est régie par la loi fédérale sur la procédure administrative (PA; RS 172.021), pour autant que la LTAF n'en dispose pas autrement (art. 37 LTAF).

1.3. X._____ a qualité pour recourir contre la décision de l'institution supplétive ayant pris part à la procédure devant celle-ci, étant spécialement touché par la décision attaquée et ayant un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée (cf. art. 48 al. 1 PA).

1.4. Dans la mesure où le recours a été introduit dans le délai et la forme prescrits (art. 52 PA), il est recevable et le Tribunal entre en matière sur le fond.

2.

Eu égard au principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 131 V 9 consid. 1, 130 V 445 et les références), l'affiliation d'office du recourant à l'institution supplétive par décision du 10 septembre 2009 est déterminée selon les dispositions de la LPP en vigueur en 2009. Dans la mesure où cette affiliation rétroactive concerne l'année 1996, les conditions d'assurance et les obligations d'affiliation sont aussi examinées d'après les dispositions légales alors en vigueur (arrêt du Tribunal fédéral H 48/05 du 28 juin 2005 consid. 1).

3.

Sont soumis à l'assurance obligatoire les salariés, assujettis à l'assurance vieillesse et survivants fédérale, qui ont plus de 17 ans et qui reçoivent d'un même employeur un salaire annuel supérieur au salaire seuil fixé par la législation qui en 1996, déterminant dans le cas concret, s'élevait à Fr. 23'280.- (art. 2 al. 1 et 5 al. 1 LPP, art. 5 de l'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité [OPP2, RS 831.441.1]).

Dans l'art. 1 de l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2; RS 831,441.1), selon la teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2008, le Conseil fédéral a défini les catégories de salariés qui, pour des motifs particuliers – par exemple un engagement temporaire (al. 1 let. b OPP 2) – ne sont pas soumis à l'assurance obligatoire (cf. art. 2 al. 4 LPP).

4.

4.1. Sous le titre "affiliation à une institution de prévoyance", l'art. 11 LPP 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 à une institution de prévoyance, la résiliation de l'affiliation et la réaffiliation à une nouvelle institution par l'employeur s'effectuent après entente avec son personnel (al. 2 en vigueur jusqu'au 31 décembre 2004), ou, depuis l'entrée en vigueur de la première révision LPP, le 1^{er} janvier 2005, avec la représentation des travailleurs si elle existe (al. 3^{bis}). Depuis cette date, l'institution de prévoyance doit en outre annoncer la résiliation du contrat d'affiliation à l'institution supplétive (cf. al. 3^{bis}).

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 (al. 4). L'employeur qui ne remplit pas cette obligation est sommé par l'autorité cantonale de surveillance (al. 5 en vigueur jusqu'au 31 décembre 2004), respectivement par la caisse de compensation (al. 5 à compter du 1^{er} janvier 2005). L'employeur qui n'obtempère pas à l'injonction dans le délai imparti – 6 mois jusqu'au 31 décembre 2004, respectivement 2 mois depuis le 1^{er} janvier 2005 (al. 5) – est annoncé à l'institution supplétive pour affiliation rétroactive (al. 3 et 5 en vigueur jusqu'au 31 décembre 2004; al. 6 à compter du 1^{er} janvier 2005).

4.2. En application de l'art. 12 LPP, intitulé "situation avant l'affiliation", 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. Ces prestations sont servies par l'institution supplétive (al. 1).

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.

Afin d'indemniser l'institution supplétive, l'employeur lui doit non seulement les cotisations arriérées, en principal et intérêts, mais encore une contribution supplémentaire à titre de réparation du dommage (cf. art. 12 al. 2). L'art. 3 de l'ordonnance sur les droits de l'institution supplétive précise le dommage et le mode de son calcul. D'après l'al. 4, l'employeur doit dédommager l'institution supplétive de tous les frais résultant de son affiliation.

4.3. L'institution supplétive est une institution de prévoyance, qui 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 de servir les prestations prévues à l'art. 12 LPP. Elle peut rendre des décisions y relatives (art. 60 al. 1, al. 2 let. a et d et al. 2^{bis} LPP).

5.

En l'occurrence, il est établi que X. _____ a affilié ses employés à la fondation collective LPP de l'Union UAP, Compagnie d'Assurance sur la Vie (actuellement AXA-Winterthur) du 1^{er} janvier 1993 au 31 décembre

1995 (courrier d'AXA-Winterthur du 16 septembre 2008, pce 106). Pour la période subséquente, il n'a pas été affilié ; or le Tribunal constate que X._____ a employé en 1996 du personnel soumis à l'assurance obligatoire (cf. consid. 3 ci-dessus), dont notamment A._____, jusqu'au 30 juin 1996 (cf. attestations salariales de la caisse de compensation AVS GastroSocial du 28 mars 2006, pce 103; bordereau de contributions du 18 juin 2008, TAF pce 1 annexe 7). Ce dernier a demandé par courrier du 1^{er} février 2006 son avoir du 2^{ème} pilier pour l'achat d'un fonds de commerce (pce 101). L'ancien employé ayant ainsi fait valoir une prestation de libre passage – aux termes de l'art. 5 al. 1 let. b de la loi sur le libre passage; LFLP, RS 831.42) un assuré peut exiger le paiement en espèces de la prestation de sortie lorsqu'il s'établit à son compte et qu'il n'est plus soumis à la prévoyance professionnelle obligatoire – l'institution supplétive a été obligée d'affilier X._____ avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 1996 conformément aux art. 12 LPP et 2 al. 1 de l'ordonnance sur les droits de l'institution supplétive (cf. art. 60 al. 2 let. d et al. 2^{bis} LPP; cf. consid. 4.2 ci-dessus). Cette affiliation résultant de la loi même (cf. art. 2 al. 1 de l'ordonnance mentionnée), la décision de l'institution supplétive n'a qu'une nature de constatation (ATF 130 V 526 consid. 4.3).

Le recourant fait grief à l'institution supplétive d'avoir omis de présenter sa prétention à temps pendant la procédure de la faillite. Toutefois, étant donné que la responsabilité de s'affilier à une institution de prévoyance incombe en premier lieu à l'employeur (art. 11 al. 1 LPP), ce dernier ne peut pas se soustraire à cette obligation en invoquant des lacunes dans le contrôle de l'affiliation (arrêts du Tribunal fédéral 2A.610/2006 consid. 4.2 et 4.3 du 21 mars 2007 et 2A.461/2006 consid. 4.5 du 2 mars 2007). L'affiliation rétroactive résultant, de plus, de par la loi (cf. ci-dessus), l'argument du recourant tombe à faux. Par ailleurs, les contributions que le recourant doit à l'institution supplétive suite à l'affiliation d'office, basées sur l'art. 12 LPP et sur l'art. 4 des conditions d'affiliation, n'était pas prescrite au moment de la décision attaquée du 10 septembre 2009. D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, le délai de prescription de cinq ans, applicable aux actions en recouvrement de créances portant sur des cotisations (art. 41 al. 2 LPP), ne commence à courir qu'avec la décision d'affiliation de l'institution supplétive. Il s'agit d'un cas particulier, le début de la prescription, contrairement à l'art. 130 al. 1 du Code des obligations (CO, RS 220), n'étant pas associé à l'exigibilité de la créance (ATF 127 V 315 consid. 3 et références; arrêt du Tribunal fédéral 9C_655/2008 consid. 5.3 et 6 du 2 septembre 2009), qui, en l'occurrence, en ce qui concerne au moins les contributions, est bien née en 1996 (cf. ATF 130 V 526 consid. 4.4). En l'espèce, le délai de cinq ans a débuté au

plus tôt le 26 mars 2008, avec la première décision de l'institution supplétive (TAF pce 1 annexe 7). X. _____ fait de surplus valoir que la décision de l'autorité supplétive lèse ses droits à l'exception du non retour à la meilleure fortune. Or, le Tribunal ne doit, dans le cas concret, qu'examiner la légalité de la décision sur l'affiliation rétroactive. La détermination des contributions et la poursuite de celles-ci ne font pas l'objet du présent litige. Il n'y a donc pas lieu d'entrer en matière sur ce grief du recourant.

Au vu de ce qui précède, l'affiliation rétroactive au 1^{er} janvier 1996 est conforme à la loi. Le coût de la décision n'est pas non plus contestable, se montant à Fr. 825.-, conformément au règlement aux frais de la Fondation institution supplétive LPP destinés à couvrir les travaux administratifs extraordinaires, en relation avec l'art. 12 al. 2 LPP et l'art. 3 al. 4 de l'ordonnance sur les droits de l'institution supplétive en matière de prévoyance professionnelle, qui prévoit des taxes liées à une décision relative à une affiliation d'office d'un montant de Fr. 450.- et des frais pour l'affiliation d'office de Fr. 375.-.

6.

La décision attaquée doit, partant, être confirmée et le recours rejeté.

7.

Vu l'issue du litige, les frais de procédure, fixés à Fr. 800.-, sont mis à la charge du recourant (art. 63 al. 1 PA en relation avec l'art. 37 LTAF). Ils sont compensés par l'avance de frais du même montant dont le recourant s'est acquittée au cours de l'instruction (TAF pces 2 à 4).

Il n'est pas alloué de dépens, l'autorité inférieure, qui a obtenu gain de cause, n'ayant pas droit à ceux-ci (art. 7 al. 1 et 3 du règlement concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]).

(dispositif à la page suivante)

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté.

2.

Les frais de procédure de Fr. 800.- sont mis à la charge du recourant. Ce montant est compensé par l'avance de frais versé.

3.

Il n'est pas alloué de dépens.

4.

Le présent arrêt est adressé :

- au recourant (Acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure
- à l'Office fédéral des assurances sociales.

La présidente du collège :

La greffière :

Madeleine Hirsig-Vouilloz

Barbara Scherer

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 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 :