



Cour III
C-1740/2012

Arrêt du 19 juin 2017

Composition

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

Parties

A. _____,
représentée par Maître David Minder, MPM Avocats,
recourante,

contre

Fondation institution supplétive LPP,
Direction, Weststrasse 50, Case postale, 8036 Zurich,
autorité inférieure.

Objet

LPP ; cotisation de risque et frais administratifs ; déni de
justice ?

Faits :**A.**

A._____ (ci-après : recourante) a son siège à Z._____ et est inscrite au registre du commerce (n° CHE ...). Monsieur B._____ est le seul associé et gérant avec la signature individuelle (cf. extrait internet du registre du commerce, consulté le 4 novembre 2015).

B.

Par décision d'affiliation d'office du 8 février 2008, la Fondation institution supplétive LPP (ci-après : institution supplétive) a affilié la recourante avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 2002. Les coûts de cette décision s'élevaient à 825 francs, à la charge de l'employeur (TAF pce 7 annexe 101).

Faute de recours, la décision du 8 février 2008 est entrée en force de chose décidée.

C.

Le 7 août 2008, la recourante signe en faveur de l'institution supplétive une cession de créance d'un montant de 47'837 francs, représentant la totalité des cotisations réglementaires non déduites du salaire de son salarié B._____ pour la période du 1^{er} janvier 2002 au 30 juin 2008 (TAF pce 28 annexe 2).

D.

Monsieur B._____, le seul salarié de la recourante, a été assuré auprès de l'institution supplétive du 1^{er} janvier 2002 au 31 décembre 2008 sur la base de ses salaires AVS déclarés à la caisse AVS de la Fédération patronale vaudoise (cf. salaires AVS 2002 à 2008 [TAF pce 7 annexe 102]; courrier de la recourante du 9 mars 2010 [TAF pce 7 annexe 103]).

E.

Le 9 mars 2010, la recourante, informant qu'elle n'emploie plus de personnel depuis le 1^{er} janvier 2010, demande de transformer le compte de prévoyance de M. B._____ en police de libre passage auprès de la Zurich Assurances (TAF pce 7 annexe 103).

F.

Par courriel du 9 juillet 2010, la recourante demande à l'Office fédéral des assurances sociales (ci-après : OFAS) quelles sont les voies de droit ouvertes afin de pouvoir contester les frais de gestion qui lui paraissent excessifs ainsi que la couverture de risque appliquée rétroactivement pour les périodes antérieures à son affiliation d'office du 8 février 2008. Elle

explique qu'elle a constaté une différence importante, s'élevant à 39'733.90 francs, entre la prestation de sortie de M. B. _____ établie au 1^{er} janvier 2010 à 26'241.55 francs et versée sur un compte de libre passage en juin 2010 d'une part, et ses versements effectuées à l'institution supplétive de 65'975.45 francs d'autre part (TAF pce 1 annexe 6).

G.

Le 9 août 2010, l'OFAS informe la recourante qu'elle a invité la fondation supplétive à prendre position sur les éléments contestés. L'OFAS poursuit que dans le cas où cette réponse ne satisfait pas la recourante, celle-ci pourra déposer sa contestation auprès du tribunal cantonal vaudois en vertu de l'art. 93 de la loi sur la procédure administrative vaudoise (LPA VD; TAF pce 1 annexe 3).

H.

Par courrier du 23 août 2010, l'institution supplétive, faisant suite à l'invitation de l'OFAS, explique en substance qu'elle perçoit les cotisations de risque d'une manière rétroactive parce qu'elle doit servir des prestations d'assurances lors d'une annonce rétroactive même si l'employeur n'est pas encore affilié. Elle explique également les frais administratifs, perçus de façon rétroactive, qui possèdent un caractère de solidarité entre les bas et hauts revenus et rappelle que les taux de contributions sont fixés par le conseil de fondation (TAF pce 1 annexe 7).

I.

Par courriel du 29 novembre 2010, la recourante propose à l'institution supplétive de lui rembourser la moitié des frais d'administration ordinaires de 8'790 francs, à savoir le montant de 4'395 francs. Elle soutient que les frais administratifs sont excessifs vu qu'elle n'a effectivement été affiliée à l'institution supplétive que pendant environ huit mois (TAF pce 1 annexe 8).

J.

Par lettre recommandée du 1^{er} novembre 2011, la recourante demande à l'institution supplétive le remboursement jusqu'au 30 novembre 2011 du montant de 8'365 francs, plus intérêts à 5% l'an à compter de son paiement des frais litigieux, tout en contestant en même temps le montant de 1'575 francs, correspondant aux frais extraordinaires liées à l'affiliation d'office, ainsi que les primes de risque de 27'367 francs encaissées de manière rétroactive. A défaut du remboursement, la recourante invite l'institution supplétive à motiver les frais administratifs mis à sa charge et à indiquer les voies de droit ou délais d'action applicables (TAF pce 1 annexe 9).

K.

Par télécopie du 12 décembre 2011, la recourante transmet à l'institution supplétive une nouvelle fois son courrier du 1^{er} novembre 2011 (TAF pce 38 annexe 115).

L.

Le 18 janvier 2012, l'institution supplétive répond par la négative à la télécopie de la recourante et informe qu'elle reste sur sa position évoquée dans son courrier du 23 août 2010 (TAF pce 1 annexe 2).

M.

Le 17 février 2012, la recourante ouvre une action de droit administratif contre l'institution supplétive auprès du Tribunal cantonal du canton de Vaud, cour des assurances sociales, concluant, sous suite de frais et dépens, à condamner l'institution supplétive à lui verser les montants de 8'365 francs et 27'367 francs avec intérêts de 5% l'an dès le 1^{er} décembre 2011 (TAF pce 1 annexe 1).

N.

Par jugement du 24 février 2012, le Tribunal cantonal déclare irrecevable l'action de droit administratif de la recourante. Le Tribunal cantonal considère que si la demanderesse entendait contester les frais administratifs et les primes de risque mis à sa charge il lui appartenait d'exiger de l'institution supplétive qu'elle rende une décision susceptible de recours devant le Tribunal administratif fédéral. De même, ses prétentions pourraient faire directement objet d'une action de droit administratif devant le même Tribunal selon l'art. 35 let. a de la loi sur le tribunal administratif fédéral (TAF pce 1 annexe 13).

O.

Le 29 mars 2012, la recourante dépose un acte devant le Tribunal administratif fédéral (ci-après : TAF ou Tribunal) demandant à que celui-ci soit traité comme une transmission de mémoire de sa demande du 17 février 2012 ou, dans la mesure où la transmission n'est pas admise, comme un recours en déni de justice formel contre la Fondation institution supplétive LPP, sous suite de frais et dépens. Elle précise expressément que son acte ne constitue pas un recours auprès du Tribunal fédéral à l'encontre du jugement de la Cour des assurances sociales du 24 février 2012. Elle conclut, sous suite de frais et de dépens, à condamner l'institution supplétive à lui verser les montants de 8'365 francs et 27'367 francs avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} décembre 2011 (TAF pce 1).

P.

Par réponse du 20 juillet 2012, l'institution supplétive conclut au rejet de la demande de la recourante. Elle avance que dans la mesure où la recourante conclut à la restitution de cotisations versées à titre de couverture du risque et des frais, un tel litige, traitant d'un enrichissement légitime, relève du domaine d'application de l'art. 73 de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité. Par ailleurs, elle soulève la prescription de la prétention de la recourante. Elle conteste également qu'il y a eu déni de justice vu qu'elle n'avait pas de raisons de rendre une décision, la recourante s'étant acquittée des montants facturés. Du reste, elle argue que les primes de risques ainsi que les frais administratifs ont été déterminés conformément aux dispositions légales et réglementaires (TAF pce 7).

A son appui, l'institution supplétive verse au dossier notamment les pièces suivantes :

- un récapitulatif des cotisations et frais dus par la recourante pour toute la période d'affiliation, allant de 2002 à 2008 (les années 2009 et 2010 ont été annulées; TAF pce 7 annexe 110),
- un extrait du compte de la recourante du 20 juillet 2012, retraçant les années 2009 et 2010, duquel il ressort notamment que les 15 février, 5 et 27 mars, 25 avril et 24 juin 2009 ainsi que les 30 avril et 16 juin 2010 des versements par acomptes ont été crédités (TAF pce 7 annexe 111).

Q.

La recourante s'acquitte de l'avance de frais de 1'000 francs dans le délai imparti par le Tribunal (TAF pces 8 à 10).

R.

Par réplique du 7 novembre 2012, la recourante maintient ses conclusions. Elle soutient qu'elle a demandé à plusieurs reprises et en vain à l'institution supplétive de rendre une décision au sujet des frais retenus et qu'il n'est pas admissible que le montant des frais ne soit pas mentionné dans une décision formelle, qui plus est lorsque la recourante en fait la demande. En outre, elle avance que sa demande n'est pas prescrite. Selon elle, le fait de prélever pour frais un pourcentage fixe sur la base du salaire assuré viole les principes de la couverture des coûts et de l'équivalence, n'ayant été affiliée que depuis 2008. Quant aux frais extraordinaires, ceux-ci n'étant pas détaillés, elle ne peut savoir si les frais facturés sont en adéquation avec le travail effectué. Concernant les primes de risques, elle conteste le

fait qu'elles sont facturées de manière rétroactive alors qu'aucun risque n'est survenu sur la période prise en considération (TAF pce 16).

S.

Par duplique du 7 février 2013, l'institution supplétive réitère ses conclusions. Elle confirme que la recourante a été affiliée avec effet rétroactif du 1^{er} janvier 2002 jusqu'au 31 décembre 2008 et qu'elle s'est acquittée de tous les montants facturés. Elle précise que les frais destinés à couvrir les travaux administratifs extraordinaires sont fixés de manière forfaitaire. Par ailleurs elle maintient que le litige relève exclusivement de l'art. 73 de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, voire de la justice civile et que, partant, le Tribunal administratif fédéral n'est pas compétent et qu'en l'espèce il n'avait pas matière de décision (TAF pce 22).

T.

Dans sa prise de position du 20 mars 2013, la recourante maintient sa position (TAF pce 24).

U.

Invitée par le TAF, l'institution supplétive transmet le 4 juillet 2014 au Tribunal le détail des cotisations de risque et de frais de gestion (TAF pce 28 annexe 1). Elle précise que pour les années 2002 et 2003, la cotisation de frais de gestion est intégrée dans la cotisation de risque. De plus, il convient d'ajouter aux cotisations de frais de gestion dans le décompte détaillé le montant de 1'775 francs à titre de frais divers perçus conformément au règlement sur les frais. En outre, l'institution supplétive remarque que la recourante s'est acquittée de tous les montants facturés sans qu'il ne soit nécessaire de la sommer. Une partie des cotisations facturées a été compensée avec l'avoir de vieillesse de la personne assurée sur la base d'une cession de créance du 7 août 2008, qu'elle verse au dossier (TAF pce 28 et annexe 2).

V.

Dans ses observations du 1^{er} septembre 2014, la recourante note que la production des informations de l'institution supplétive n'est pas de nature à modifier sa position. Les frais extraordinaires ne sont aucunement explicités, l'autorité se bornant à les justifier par « leur ancrage vaseux » dans la réglementation sur les frais (TAF pce 30).

W.

Invitée par le Tribunal (TAF pce 32), l'institution supplétive explique le

10 avril 2015 notamment qu'elle n'a trouvé dans ses dossiers aucune réponse au courriel de la recourante du 29 novembre 2010 (TAF pce 38). Elle produit entre autres, les documents suivants :

- bordereau de contributions du 26 mai 2008 pour la période du 1^{er} janvier 2002 au 31 mars 2008 (TAF pce 38 annexe 117.5) et courrier de l'institution supplétive du 28 mai 2008 (TAF pce 38 annexe 117.4),
- bordereau de contributions du 30 mai 2008 pour la période du 1^{er} avril au 30 juin 2008 (TAF pce 38 annexe 117.3),
- bordereau de contributions du 17 août 2008 pour la période du 1^{er} juillet au 30 septembre 2008 (TAF pce 38 annexe 117.2),
- bordereau de contributions du 2 novembre 2008 pour la période du 1^{er} octobre au 31 décembre 2008 (TAF pce 38 annexe 117.1),
- facture du 31 mai 2009 (TAF pce 28 annexe 117.7),
- le relevé du compte courant au 31 décembre 2008 du 13 janvier 2009 duquel il ressort que des versements PTT ont été effectués les 7 juillet, 28 juillet et 5 août ainsi que les 1^{er}, 16 et 22 septembre, les 20 octobre et les 1^{er}, 22 et 29 décembre 2008 ; la compensation sur la base de la cession de créance du 7 août 2008 a été enregistrée le 23 août 2008 (TAF pce 38 annexe 118).

X.

Dans sa prise de position du 28 janvier 2016, transmise à l'autorité inférieure pour information, la recourante renvoie à ses précédentes écritures, les informations et pièces produites par l'institution supplétive n'étant pas de nature à modifier sa position (TAF pces 44 et 45).

Droit :

1.

1.1 Au vu de l'art. 37 de la loi sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), la procédure devant le TAF est régie par la loi sur la procédure fédérale (PA, RS 173.32) pour autant que la LTAF n'en dispose pas autrement.

1.2 Le TAF applique le droit d'office et n'est pas limité par les arguments de la recourante ou par la motivation de l'autorité précédente (cf. art. 62 al. 4 de la loi sur la procédure fédérale [PA, RS 173.32]; PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, Droit administratif, vol. II, Les actes administratifs, 3e édition 2011, p. 300 s.; JÉRÔME CANDRIAN, Introduction à la procédure administrative fédérale, La procédure devant les autorités administratives fédérales et le Tribunal administratif fédéral, 2013, n° 176). Le Tribunal examine notamment avec pleine cognition la recevabilité des recours qui lui sont soumis, en particulier sa compétence (cf. art. 7 al. 1 PA; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3^{ème} édition 2013, n° 818 p. 287; arrêt du Tribunal fédéral 9C_891/2010 du 31 décembre 2010 consid. 2.2; ATAF 2007/5 consid. 1). Le même examen lui appartient lorsqu'une action de droit administratif est déposée devant lui (cf. art. 3 al. 1 de la loi fédérale de procédure civile [PCF, RS 273] en relation avec l'art. 44 al. 1 de la loi sur le Tribunal administratif fédéral [LTAF, RS 173.32]).

1.3 De règle générale, le TAF intervient sur recours contre une décision au sens de l'art. 5 PA rendue par une autorité administrative fédérale (cf. art. 31 LTAF), les relations juridiques entre l'Etat et les particuliers étant en principe régies par des décisions. En vertu de l'art. 46a PA, le recours devant le Tribunal est également recevable si, sans en avoir le droit, l'autorité saisie s'abstient de rendre une décision sujette à recours (dénier de justice) ou tarde à le faire (retard injustifié; cf. PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, op. cit., p. 338; MARKUS MÜLLER, VwVG, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2008, art. 46a n° 7).

1.4 Exceptionnellement, le TAF peut être saisi par une action de droit administratif. Aux termes de l'art. 35 LTAF, le Tribunal de céans connaît par voie d'action en première instance notamment des contestations qui reposent sur des contrats de droit public signés par la Confédération, ses établissements, ses entreprises ou par des organisations visées à l'art. 33 let. h LTAF. Selon l'art. 36 LTAF, l'action est irrecevable si une autorité précédente au sens de l'art. 33 LTAF est chargée par une autre loi de connaître de la contestation.

La voie d'action qui est exceptionnelle par rapport à la voie de recours et est aussi subsidiaire (cf. art. 36 LTAF cité), limitée aux cas qui ne sont pas sujets à la procédure par voie de décision (cf. JÉRÔME CANDRIAN, op. cit., p. 139 s.; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2^{ème} édition 2013, pp. 287 s.).

1.5 En l'occurrence, la recourante conclut dans son acte du 29 mars 2012, sous suite de dépens, principalement à ce que son acte du 29 mars 2012 soit traité comme une transmission de mémoire de sa demande du 17 février 2012 et à ce que l'institution supplétive soit condamnée, sous suite de dépens, à lui verser les montants de 8'365 francs et de 27'367 francs avec intérêts dès le 1^{er} décembre 2011 pour des frais et cotisations de risque qu'elle estime avoir payés en trop (TAF pce 1 p. 3 ; cf. aussi TAF pce 1 annexe 1). A titre subsidiaire, elle demande que son acte du 29 mars 2012 soit traité comme un recours en déni de justice formelle contre l'institution supplétive, soutenant que les points litigieux n'ont jamais donné lieu à une décision (TAF pce 1 p. 3).

L'institution supplétive, pour sa part, soutient que la présente affaire tombe dans la compétence du Tribunal cantonal selon l'art. 73 de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP, RS 831.40), voire dans la compétence de la justice civile.

A titre initial il est ainsi question d'examiner si la voie d'action ou la voie de recours devant le Tribunal de céans est ouverte ou si l'affaire est irrecevable, faute de compétence du TAF. En raison de la nature subsidiaire de l'action de droit administratif, il convient d'examiner en premier lieu si l'affaire est recevable en tant que recours de droit administratif.

2.

2.1 Le Tribunal de céans connaît, sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 LTAF, des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 PA prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF telles les autorités ou organisations extérieures à l'administration fédérale pour autant qu'elles statuent dans l'accomplissement de tâches de droit public que la Confédération leur a confiées (cf. art. 33 let. h LTAF). La fondation institution supplétive fait partie de ces autorités, étant selon l'art. 54 al. 4 de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP, RS 831.40) réputée autorité aux termes de l'art. 1 al. 2 let. e PA.

2.2 Selon l'art. 60 al. 2 let. a LPP, l'institution supplétive est tenue d'affilier d'office les employeurs qui ne se conforment pas à l'obligation de s'affilier à une institution de prévoyance.

Une fois l'affiliation effective, les conditions d'assurance de l'institution supplétive s'appliquent à l'employeur selon les modalités définies par les conditions d'affiliation. Notamment, 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. Selon l'art. 3 al. 4 de l'ordonnance du 28 août 1985 sur les droits de l'institution supplétive en matière de prévoyance professionnelle (RS 831.434 [ci-après abrégée ODIS]), l'employeur doit dédommager l'institution supplétive de tous les frais résultants de son affiliation.

2.3 A la teneur de l'art. 60 al. 2^{bis} LPP, l'institution supplétive peut rendre des décisions afin de remplir l'obligation fixée dans l'art. 60 al. 2 let. a LPP. Il s'agit des décisions d'affiliation d'office mais également, selon la jurisprudence, des décisions, ordonnant le paiement des cotisations et frais résultant de cette affiliation. Ces dernières décisions sont assimilables à des jugements exécutoires au sens de l'art. 80 al. 2 ch. 2 de la loi fédérale sur la poursuite pour dette et la faillite (LP, RS 281.1) et constituent titre de mainlevée définitive (ATF 134 III 115 consid. 3.2).

Ainsi, l'institution supplétive peut rendre des décisions condamnant l'employeur à lui verser les cotisations et frais liées à son affiliation d'office (cf. ATF 134 III 115 consid. 5). Contrairement à ce qui prétend l'institution supplétive dans sa duplique du 7 février 2013 (TAF pce 22), son pouvoir décisionnel ne se limite pas à l'affiliation d'office et à la mainlevée d'opposition.

Conformément à l'art. 33 let. h LTAF en relation avec l'art. 54 al. 4 LPP (cf. consid. 3.1 ci-dessus), le TAF peut connaître des recours déposés contre les décisions de l'institution supplétive portant sur les cotisations et frais facturés à des employeurs affiliés d'office.

2.4 Au vu de ce qui précède, l'institution supplétive est aussi compétente pour décider sur une demande de restitution des contributions payées à tort.

En effet, en matière d'assurance sociale – dont la prévoyance professionnelle fait partie – il n'est pas concevable de retenir des cotisations payées indument (ATF 119 V 298 consid. 3). La restitution des cotisations – et frais – payés en trop, en analogie avec la restitution des prestations

payées à tort, suppose que soient remplies les conditions d'une reconsidération ou d'une révision procédurale de la décision par laquelle les cotisations en cause ont été réclamées (cf. ATF 126 V 23 consid. 4a et 4b relatifs à l'ancien art. 47 LAVS abrogé avec l'entrée en vigueur de la LPGa). Il est dans ces situations en principe indifférent de savoir si les cotisations et frais ont été facturés sur la base d'une décision formelle ou d'une décision informelle (cf. UELI KIESER, ATSG Kommentar, 2^{ème} édition 2009, art. 25 ch. 46 à 48). La compétence pour rendre une décision de reconsidération ou de révision procédurale revient à l'institution supplétive qui a pris la décision initiale à reconsidérer ou à réviser (cf. PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, op. cit., p. 401; JACQUES DUBEY/JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, Droit administratif général, 2014, chiffres 2142 et 2165).

Au vu des art. 33 let. h LTAF et 54 al. 4 LPP cités, cette décision peut, cas échéant, faire l'objet de recours devant le TAF (cf. consid. 2.3 ci-dessus).

2.5 Enfin, aux termes de l'art. 46a PA cité, le recours devant le Tribunal est également recevable en cas de déni de justice ou de retard injustifié de la part de l'institution supplétive (cf. consid. 1.2 ci-dessus).

2.5.1 L'institution supplétive soutient que la présente affaire, traitant de la restitution d'un indu selon l'art. 62 du Code des obligations (CO, RS 220), tombe dans la compétence du Tribunal cantonal selon l'art. 73 LPP, voire dans la compétence de la justice civile.

Or, l'institution supplétive – contrairement à une institution de prévoyance ordinaire – disposant d'un pouvoir décisionnel en matière de cotisation et frais des employeurs affiliés d'office auprès d'elle et en matière du remboursement éventuel de ces cotisation et frais, force est de constater que l'art. 73 LPP et la jurisprudence y relative ne sont pas pertinents en l'occurrence. En raison du pouvoir décisionnel de l'institution supplétive, il est également exclu qu'une juridiction civile soit compétente pour traiter un litige en matière de restitution de cotisations et frais payés indument.

2.6 Le Tribunal de céans constate dès lors qu'il peut connaître de l'acte de la recourante du 29 mars 2012 en tant que recours. Les exceptions prévues à l'art. 32 LTAF ne sont pas réalisées en l'occurrence. En raison de la nature subsidiaire de la voie d'action (cf. consid. 1.3 ci-dessus), celle-ci n'est pas ouverte en l'occurrence.

3.

3.1 La voie d'action n'étant pas ouverte (cf. ci-dessus), la recourante conclut à la constatation d'un déni de justice formel. Elle prétend que l'institution supplétive a omis de prendre une décision sur le bien-fondé des frais et cotisations dont elle réclame le remboursement. Il s'agit donc encore d'examiner si le recours auprès du TAF est dirigé contre une décision de l'institution supplétive ou si au contraire l'instance précédente a omis de prendre une décision en la matière et a commis un déni de justice formelle (cf. consid. 1.2 ci-dessus). A ce sujet, l'institution supplétive a invoqué à tort qu'elle ne devait pas rendre de décision en la matière (cf. consid. 2.3 et 2.4 ci-dessus).

3.2 La notion de décision présente deux acceptions, l'une matérielle et l'autre formelle (PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, op. cit., p. 344). Matériellement, la décision est définie par l'art. 5 al. 1 PA selon lequel sont considérées comme décisions les mesures prises par les autorités dans des cas d'espèce, fondées sur le droit public fédéral et ayant pour objet de créer, de modifier ou d'annuler des droits ou des obligations (let. a), de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits ou d'obligations (let. b), et de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits ou obligations (cf. aussi art. 25 PA ; JÉRÔME CANDRIAN, op. cit., ch. 28 p. 20). Les conditions formelles d'une décision sont régies par les art. 34 PA ss. Les décisions doivent notamment revêtir la forme écrite, être désignées comme telles, être motivées et elles doivent indiquer les voies de droit (art. 34 al. 1 PA). Toutefois, il est constant qu'une décision entachée de vices de forme demeure une décision pour autant que les éléments caractéristiques de l'art. 5 al. 1 PA sont réunis (arrêts du TAF C-1410/2013 du 23 février 2015 consid. 1.2.1, ATAF 2009/43 consid. 1.1.4 ; JÉRÔME CANDRIAN, op. cit., ch. 29 p. 20 ; PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, op. cit., p. 344). Ainsi, ce sont les caractéristiques matérielles de la décision qui sont déterminantes (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7^{ème} édition 2016, ch. 872 p. 195). A titre d'exemple, une lettre de l'administration qui refuse de rendre une décision sujette à recours constitue une décision au sens de l'art. 5 al. 1 let. c PA (JÉRÔME CANDRIAN, op. cit., ch. 29 p. 20) ; ou encore, le TAF a admis dans un cas particulier qu'un courriel formait une décision malgré sa forme et malgré le fait qu'il n'était pas désigné en tant que telle et n'indiquaient pas les voies de droit (ATAF 2009/43 consid. 1.1.4 ss ; cf. aussi HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, op. cit., ch. 872 p. 195). Lorsqu'une décision est entachée de vices de forme, il y a notification irrégulière. Aux termes de l'art. 38 PA, une notification irrégulière ne peut entraîner aucun préjudice pour les parties (ATAF 2009/43 consid. 1.1.7). En outre, une décision qui viole les

conditions formelles peut être attaquée ; dans des situations exceptionnelles elle est nulle (arrêt du TAF C-1410/2013 cité consid. 1.2.3 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, op. cit., ch. 872 p. 195; voir aussi KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, op. cit., ch. 639 ss p. 221).

3.3 En l'occurrence, par courrier recommandé du 1^{er} novembre 2011, rappelé par télécopie du 12 décembre 2011, la recourante a demandé à l'institution supplétive la restitution de 8'365 francs plus intérêts de 5% au 30 novembre 2011, avançant que les frais administratifs de 10'365 francs ne pouvaient en l'occurrence pas excéder 2'000 francs. Elle a également contesté les primes de risques de 27'367 francs perçues pour des périodes antérieures à l'affiliation d'office opérée en 2008. A défaut du remboursement d'un part « raisonnable » des frais administratifs litigieux, la recourante a invité l'institution supplétive à motiver ceux-ci et à lui indiquer clairement les voies de droit ou délais d'action applicables (TAF pce 1 annexe 9 et TAF pce 38 annexe 115). Par courrier du 18 janvier 2012, l'institution supplétive a répondu à la recourante par la négative, indiquant qu'elle reste sur la position évoquée dans son courrier du 23 août 2010 (TAF pce 1 annexe 2). Dans ce dernier courrier, l'institution supplétive – invitée par l'OFAS auquel la recourante s'est adressée le 9 juillet 2010 (TAF pce 1 annexe 6) – a expliqué la perception rétroactive des cotisations de risque et la constitution de ses frais administratifs. Concrètement, elle a expliqué qu'aux termes de la loi (art. 60 al. 2 let. d LPP) elle doit servir des prestations d'assurances lors d'une annonce rétroactive d'un sinistre même si l'employeur n'a pas encore assuré ses employés, raison pour laquelle elle perçoit les cotisations de risque d'une manière rétroactive. Par rapport aux frais facturés, elle a expliqué qu'au vu de son caractère supplétif, les coûts administratifs sont élevés et également facturés rétroactivement. De plus, elle indique que le calcul des frais, correspondant à 2.3% du salaire assuré (en l'occurrence 46'635 francs en moyenne), possède un caractère de solidarité entre les bas et hauts revenus. L'institution supplétive a avancé en outre que dans le cas concerné s'ajoutent aux frais pour la gestion courante du dossier de 2002 à 2009 des frais extraordinaires pour l'affiliation d'office (1'575 francs au total). Enfin, elle a rappelé que les taux de contributions sont fixés par le conseil de fondation constitué par des représentants des syndicats, des employeurs et de la Confédération et qu'elle estime que ces taux ne sont pas trop élevés (TAF pce 1 annexe 7).

3.4 Par conséquent, le TAF remarque que même si le courrier de l'institution supplétive du 18 janvier 2012 n'est pas désigné comme décision et qu'il ne comporte pas d'indication des voies de droit, il peut être

considéré comme décision dans la mesure où l'autorité a informé qu'elle reste sur sa position expliquée dans son courrier du 23 août 2010 où elle a pris position sur les cotisations de risque et frais d'administration contestés par la recourante. Ainsi, l'institution supplétive s'est déterminée sur les primes de risque et les frais administratifs à la charge de la recourante et sur sa demande de remboursement.

En outre, au plus tard dans le cadre de la présente procédure, elle a documenté d'une façon exhaustive, notamment au moyen des règlements de la Fondation et des règlements et plans de prévoyance applicables du 1^{er} janvier 2002 au 31 décembre 2008 (cf. TAF pce 7 et annexes) mais aussi au moyen des décomptes de cotisations, des bordereaux de contributions et du relevé du compte courant (TAF pces 7, 28 et 38 et annexes), les cotisations et frais facturés raison pour laquelle le droit être entendu de la recourante a été sauvegardé en l'occurrence (cf. arrêt du TAF C-1899/2011 du 15 octobre 2013 consid. 4.3).

3.5 En conséquence, le TAF retient que l'institution supplétive a rendu le 18 janvier 2012 une décision sujette à recours devant lui. La conclusion subsidiaire de la recourante tendant à la constatation d'un déni de justice formel est dès lors sans fondement et doit être déclarée irrecevable.

3.6 Le Tribunal constate de plus que la recourante peut recourir devant le TAF. En tant que débitrice des frais et cotisations contestés (cf. art. 66 al. 2 LPP et art. 3 al. 4 ODIS) et en tant que créancière des frais et cotisations éventuellement payées en trop, elle a la qualité de parties au sens des art. 6 et 48 al. 1 let. a PA (cf. JÉRÔME CANDRIAN, op. cit., p. 73). Elle est, en outre, dûment représentée (cf. extrait du registre de commerce du 4 novembre 2015).

3.7

3.7.1 Selon l'art. 50 al. 1 PA, le délai de recours est de 30 jours dès notification de la décision. Au sens de l'art. 21 al. 2 PA, le délai est réputé observé lorsque la partie s'adresse en temps utile à une autorité incompétente (cf. arrêt du TAF A-6067/2008 consid. 1.4; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, op. cit, ch. 398 p. 140). En outre, aux termes de l'art. 38 PA, une notification irrégulière ne peut entraîner aucun préjudice pour les parties (cf. consid. 3.1 ci-dessus). Enfin, selon le principe de la bonne foi, stipulé dans l'art. 9 de la constitution fédérale de la Confédération suisse (Cst., RS 101), les administrés sont notamment protégés en cas de renseignement erroné fourni par l'autorité lorsque

certaines conditions cumulatives sont remplies (cf. sur ce sujet : ATF 137 II 182 consid. 3.6.2 et 137 I 69 consid. 2.5.1 [traduit au Journal des Tribunaux 2011 I 111]; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif, vol. I, Les fondements, 3^{ème} édition 2012, ch. 6.4.2.1 p. 923 ss; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. II, 3^{ème} édition 2012, n° 1167 ss p. 545 ss).

3.7.2 En l'espèce, le TAF constate que la recourante a observé le délai de recours de 30 jours contre la décision du 18 janvier 2012 par l'action de droit administratif introduite le 17 février 2012 auprès du Tribunal cantonal vaudois, respectivement par le recours du 29 mars 2012 déposé devant le TAF suite au jugement d'irrecevabilité du Tribunal cantonal du 24 février 2012 qui a été notifié aux parties le 5 mars 2012 (cf. TAF pce 1 annexe 13, dernière page).

En effet, non seulement, il faut tenir compte de l'art. 21 al. 2 PA cité, mais encore, la recourante, s'adressant dans un premier temps au Tribunal cantonal, s'est basée sur les renseignements de l'Office fédéral des assurances sociales du 9 août 2010 (TAF pce 1 annexe 3) et n'a à tort pas obtenu, malgré sa demande expresse (TAF pce 1 annexe 9), l'indication de la voie de droit applicable de la part de l'institution supplétive ; la décision du 18 janvier 2012 était de surcroît entachée d'autres vices de forme. Ainsi, compte tenu du principe de la bonne foi et de l'art. 38 PA, le dépôt du recours auprès de l'autorité incompétente ne peut pas porter préjudice à la recourante. Par ailleurs, suite au jugement d'irrecevabilité du Tribunal cantonal, la recourante a interjeté son recours devant le TAF dans les meilleurs délais, inférieurs à 30 jours (cf. à titre d'exemple, faute de disposition concrète, le délai de 30 jours prévus par l'art. 24 al. 1 PA). Dans cette situation, il est indifférent de savoir si le Tribunal cantonal, décidant de son incompétence, avait l'obligation de transmettre l'affaire au TAF ce qu'allègue la recourante (sur cette question cf. notamment ATF 123 II 231 consid. 8b, 121 I 93 consid. 1d et 118 la 241 consid. 3b; JÉRÔME CANDRIAN, op. cit., ch. 51 p. 36).

Par conséquent, l'acte du 29 mars 2012 a été déposé dans le délai devant le TAF.

3.8 En outre, il appert que l'acte respecte les formes requises par la loi (cf. art. 52 PA) et que la recourante s'est acquittée de l'avance de frais de procédure de 1'000 francs dans le délai imparti (cf. art. 63 al. 4 PA ; TAF pces 8 à 10).

4.

En l'occurrence, la recourante conclut au remboursement des cotisations et frais qu'elle estime avoir payés indûment (TAF pce 1 p. 3). Elle conteste notamment le fait que les primes de risque puissent être facturées rétroactivement à son affiliation d'office du 8 février 2008 (soit pour la période du 1^{er} janvier 2002 au 7 février 2008) et prétend que les frais administratifs réclamés, supérieurs à 2'000 francs, sont manifestement excessifs compte tenu de son affiliation effective de quelques mois (soit du 8 février au 31 décembre 2008), et qu'ils sont contraires aux principes constitutionnels de la couverture des frais et de l'équivalence ; elle relève enfin que les frais administratifs extraordinaires sont arbitraires car non motivés.

Cependant, avant d'examiner si ces cotisations et frais administratifs contestés sont effectivement dus et si, partant, ils doivent être remboursés à la recourante, il convient d'examiner en premier lieu l'exception de prescription soulevée par l'institution supplétive (cf. ATF 133 II 366 consid. 3.3 et références), puisqu'une éventuelle admission de cette exception aurait pour effet d'éteindre le droit d'action de la recourante relatif à sa prétendue créance en remboursement faute d'intérêt juridique (cf. arrêt du Tribunal fédéral B 149/06 cité consid. 5.3 ; PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, op. cit., p. 96).

5.

5.1 Les prétentions de droit public sont soumises à prescription même en l'absence de base légale explicite (ATF 140 II 384 consid. 4.2 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, op. cit., ch. 153 p. 33 et ch. 777 p. 175 ; RYTER SAUVANT, Allgemeine Rechtsgrundsätze – Analogien zum Privatrecht, 2005, pp 181 ss; arrêt du TAF A-8069/2015 du 6 mars 2017 consid. 4.1.2).

5.2 En matière de prévoyance professionnelle obligatoire et surobligatoire, le Tribunal fédéral a considéré qu'à défaut de norme statutaire ou réglementaire la partie qui a payé plus ce qu'elle devait, ne peut réclamer la différence que selon les règles de l'enrichissement illégitime des art. 62 ss CO (ATF 132 V 404 consid. 2 et références citées ; arrêt du Tribunal fédéral B 149/06 du 11 juin 2007 consid. 6.2 s. et références ; ATF 135 III 289 consid. 6 en matière de la prévoyance professionnelle liée).

Or, cette jurisprudence est toujours pertinente, la LPP, l'ODIS ainsi que les différentes ordonnances sur la prévoyance professionnelle ne prévoient pas de dispositions relatives à la restitution des cotisations et frais versés

prétendument en trop. L'art. 35a LPP ne traite que de la restitution des prestations touchées indûment par la personne assurée. Par ailleurs, l'art. 25 al. 3 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA, RS 830.1), traitant du remboursement de cotisations payés en trop, n'est pas applicable en matière de prévoyance professionnelle (cf. art. 2 LPGA).

Dès lors, la recourante qui soutient sans aucune motivation que les art. 62 ss CO ne trouvent pas application ne peut pas être suivie (cf. TAF pce 16).

5.3 En vertu de l'art. 67 CO, l'action pour cause d'enrichissement illégitime se prescrit par un an à compter du jour où la partie lésée a eu connaissance de son droit de répétition, et, dans tous les cas par dix ans dès la naissance de ce droit.

S'agissant du point de départ de la prescription, la jurisprudence considère que le lésé n'a connaissance de son droit que lorsqu'il a la possibilité d'intenter une action en justice et qu'il possède les éléments suffisants pour motiver une telle demande (ATF 135 III 289 consid. 7.1, 132 V 404 consid. 3, 129 III 503 consid. 3.4), ayant appris l'existence de son dommage, sa nature et ses éléments (ATF 131 III 61 consid. 3.1.1 ; à titre d'exemple : arrêt du Tribunal fédéral 4A_689/2015 du 16 juin 2016 consid. 3.1). Eu égard à la brièveté du délai de prescription d'un an, on ne saurait se montrer trop exigeant à l'égard du lésé ; suivant les circonstances, un certain temps doit lui être laissé pour lui permettre d'estimer l'étendue définitive du dommage, seul ou avec le concours d'un tiers (ATF 111 II 55 consid. 3a ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_689/2015 cité consid. 3.1). La jurisprudence a précisé que le moment où le lésé a effectivement eu connaissance du dommage est déterminant et non celui où il aurait pu découvrir l'importance de sa créance en faisant preuve de l'attention commandée par les circonstances (ATF 111 II 55 consid. 3a, 109 II 434 s. ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_88/2012 du 28 août 2012 consid. 4.3.1). Cette jurisprudence ne va cependant pas jusqu'à protéger celui qui se désintéresse de la question du dommage. Le lésé est tenu d'avoir un comportement conforme à la bonne foi au sens de l'art. 2 du Code civil (CC, RS 210 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_454/2010 du 6 janvier 2011 consid. 3.1 ; ROLAND BREHM, Berner Kommentar, 4^{ème} édition 2013, art. 60 CO n° 60a, p. 962). S'il connaît les éléments essentiels du dommage, on peut attendre de lui qu'il se procure les informations complémentaires nécessaires à l'ouverture d'une action (ATF 109 II 433 consid. 2 p. 435, confirmé notamment par l'arrêt 2C.3/2005 du 10 janvier 2007 consid. 5.1).

La jurisprudence a encore concrètement précisé que le dommage est suffisamment défini lorsque le créancier détient assez d'éléments pour qu'il soit en mesure de l'apprécier (ATF 131 III 61 consid. 3.1.1. ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_329/2009 du 1^{er} décembre 2010 consid. 3.1). A titre d'exemple, en cas de facture prétendument trop élevée, le délai de prescription part du paiement si les éléments nécessaires pour constater que celle-ci est trop élevée, se trouvaient dans la facture elle-même (arrêt du Tribunal fédéral B 149/06 cité consid. 8.3).

Le doute quant à l'existence de faits suffisants pour motiver une demande en justice doit être interprété au préjudice du débiteur qui invoque l'exception de prescription, auquel incombe le fardeau de la preuve conformément à l'art. 8 CC (ATF 111 II 55 consid. 3a).

Enfin, ce que sait le mandataire du lésé est imputable à celui-ci (ATF 45 II 322 consid. 4 p. 331 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_454/2010 cité consid. 3.1).

6.

6.1 Dans le cas concret, la recourante soutenant qu'elle a payé des cotisations de risque de 27'367 francs et des frais administratifs de 8'365 francs à tort, il sied d'examiner à quel moment elle a effectivement constaté que ces cotisations et frais étaient selon elle indus.

A ce sujet, il est rappelé qu'il est incontesté que la recourante s'est acquittée de tous les cotisations et frais réclamés de la part de l'institution supplétive suite à son affiliation d'office du 8 février 2008. Le 7 août 2008, elle a signé en faveur de l'institution supplétive une cession de créance relative à des cotisations réglementaires non déduites du salaire d'B._____ pour la période du 1^{er} janvier 2002 au 30 juin 2008 (TAF pce 28 annexe 2) et le montant correspondant de 47'837 francs a été versé le 23 août 2008 sur le compte de l'autorité (TAF pce 32 pce 118). La recourante a payé les autres cotisations et frais entre le 7 juillet 2008 (TAF pce 32 pce 118) et le 16 juin 2010 (TAF pce 7 annexe 111).

6.2 S'agissant des frais liés aux taxes de la décision d'affiliation d'office de 450 francs et aux frais pour l'affiliation d'office de 375 francs, figurant dans le bordereau de contributions du 26 mai 2008 (TAF pce 38 pce 117 annexe 5), le TAF note que ceux-ci étaient parfaitement compréhensibles au moment de leur paiement, ayant déjà été spécifiés dans la décision d'affiliation du 8 février 2008 (TAF pce 7 pce 101). Dans la mesure où la

recourante conteste également ces frais-ci (voir cependant son courrier électronique du 29 novembre 2010 [TAF pce 1 annexe 8]), ce soi-disant dommage lui était reconnaissable au plus tard le 16 juin 2010 (TAF pce 7 annexe 111) lorsqu'elle s'est acquittée des dernières cotisations et frais. Une année plus tard, le 16 juin 2011, l'action en remboursement de ces montants-ci était donc prescrite.

6.3 Pour ce qui est des autres contributions figurant sur les bordereaux des 26 et 30 mai 2008, ainsi que des 17 août et 2 novembre 2008, voire de la facture du 31 mai 2008, le TAF note que la recourante ne disposait pas, au moment du paiement de ces factures au 16 juin 2010, des éléments permettant de comprendre son dommage prétendu et son étendu. En effet, sur lesdits bordereaux ne figurent que le nom de l'assuré, son numéro AVS, le salaire assuré, les périodes trimestrielles facturées et les contributions périodiques en francs suisses (TAF pce 38 annexes 117.1, 117.2, 117.3, 117.5 et 117.7). Elles ne contiennent cependant pas d'informations concrètes concernant le calcul des frais et contributions ; pour les contributions, les indications sur les pourcentages dédiés au risque et aux frais administratifs ordinaires.

Le TAF considère dès lors que, conformément à la jurisprudence susmentionnée (cf. consid. 5.3), la recourante ne disposait pas, au moment du paiement de ces factures le 16 juin 2010, des éléments nécessaires lui permettant de comprendre son dommage prétendu et étendu, l'action en remboursement de ces contributions n'étant donc pas encore prescrite au 16 juin 2011.

6.4 Cependant, le Tribunal remarque que la recourante après avoir demandé le 9 mars 2010 de transformer le compte de prévoyance de M. B. _____ en une police de libre passage (TAF pce 7 annexe 103) s'est adressée le 9 juillet 2010 par courriel à l'Office fédéral des assurances sociales (TAF pce 1 annexe 6) afin que celui-ci lui indique la voie de droit déterminante pour contester les frais de gestion dépassant dix mille francs ainsi que la couverture de risque appliquée par l'institution supplétive rétroactivement, pour les périodes antérieures à 2008. Elle a expliqué qu'elle souhaitait contester ces deux éléments, ayant constaté une différence importante entre la prestation de sortie de son employé versée sur un compte de libre passage en juin 2010 d'une part, et les versements effectuées à l'institution supplétive d'autre part. Dans son tableau expliquant le calcul de la prestation de sortie, la recourante a noté le montant de 10'365 francs pour les frais de gestion et le montant de 27'367

francs pour les contributions de risque. Or, la recourante conteste en espèce ces mêmes frais et contributions.

Au vu de ces éléments, il y a donc lieu de constater que c'est à tout le moins le 9 juillet 2010 que la recourante a pris connaissance de l'ensemble de son prétendu dommage et de son étendu. L'action en remboursement des montants réclamés était ainsi prescrite une année plus tard, le 9 juillet 2011. A titre superfétatoire, même si l'on prenait comme point de départ du délai de prescription le 23 août 2010 lorsque l'institution supplétive, sur invitation de l'OFAS, a pris position sur les prétentions de la recourante (TAF pce 1 annexe 7), l'action aurait été prescrite le 23 août 2011.

Il s'ensuit qu'au moment où la recourante a déposé son action auprès du Tribunal cantonal le 12 février 2012 et son recours devant le TAF le 29 mars 2012, son droit d'action en remboursement des cotisations de risque et de frais administratifs était prescrit. Il n'y a ainsi pas lieu d'examiner si ces montants étaient effectivement dus à l'institution supplétive et/ou si un droit au remboursement existe.

7.

Au vu de ce qui précède, le recours du 29 mars 2012 est rejeté (cf. ATF 135 V 163 let. B des faits ; arrêt du TAF A-1271/2011 du 16 août 2011 consid. 4.4) dans la mesure où il est recevable (cf. consid. 3.5 ci-dessus).

8.

Vu l'issue du litige, les frais de procédure, fixés à 1'000 francs, sont mis à la charge de la recourante (art. 63 al. 1 PA en relation avec l'art. 37 LTAF). Ils sont prélevés sur l'avance de frais du même montant dont la recourante s'est acquittée dans le cadre de la présente procédure.

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]).

Le dispositif se trouve à la page suivante.

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.

2.

Les frais de procédure de 1'000 francs sont mis à la charge de la recourante. Cette somme est prélevée sur l'avance de frais du même montant dont la recourante s'est acquittée.

3.

Il n'est pas alloué de dépens.

4.

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (Acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (Acte judiciaire)
- à l'Office fédéral des assurances sociales (Recommandé)
- à la Commission de haute surveillance (Recommandé)

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 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 :