



## POUVOIR JUDICIAIRE

DCSO/515/06

### DÉCISION

#### DE LA COMMISSION DE SURVEILLANCE DES OFFICES DES POURSUITES ET DES FAILLITES SIÉGEANT EN SECTION

DU MARDI 22 AOÛT 2006

Cause A/1872/2006, plainte 17 LP formée le 19 mai 2006 par C\_\_\_\_\_ SA contre la commination de faillite qui lui a été notifiée le 11 mai 2006 sur réquisition de la Fondation institution supplétive LPP dans la poursuite n° 05 xxxx74 L et l'acceptation par l'Office des poursuites de donner suite à la réquisition de continuer cette poursuite.

Décision communiquée à :

- C\_\_\_\_\_ SA
- **Fondation institution supplétive LPP**  
Agence régionale de la Suisse romande  
Avenue du Théâtre 1  
Case postale 675  
1001 Lausanne
- **Office des poursuites**  
Rue du Stand 46  
Case postale 208  
1211 Genève 8
- **Office fédéral des assurances sociales**  
Section juridique et haute surveillance PP  
Effingerstrasse 20  
3003 Berne

---

Tout recours à la Chambre des poursuites et faillites du Tribunal fédéral doit être formé par écrit, déposé en trois exemplaires à la Commission de surveillance des offices des poursuites et des faillites (Rue Ami-Lullin 4, case postale 3840, 1211 Genève 3), accompagné d'une expédition de la décision attaquée, dans les dix jours dès la notification de la présente décision (art. 19 al. 1 LP) ou cinq jours en matière de poursuite pour effets de change (art. 20 LP). Le recours doit indiquer les points sur lesquels une modification de la décision attaquée est demandée et mentionner brièvement les règles de droit fédéral qui sont violées par la décision et en quoi consiste la violation.

---

## EN FAIT

- A. Le 26 septembre 2005, dans le cadre de la poursuite n° 05 xxxx74 L requise par la Fondation institution supplétive LPP (ci-après : l'institution supplétive), l'Office des poursuites (ci-après : l'Office) a notifié un commandement de payer à C\_\_\_\_\_ SA, ayant son siège à Genève (rue C\_\_\_\_\_), affiliée d'office à l'institution supplétive par une décision du 7 mai 2004. C\_\_\_\_\_ SA a aussitôt formé opposition.

Par une lettre-signature du 11 octobre 2005 reçue le 12 octobre 2005, l'institution supplétive a imparti un délai au 24 octobre 2005 à C\_\_\_\_\_ SA pour justifier par écrit son opposition audit commandement de payer ou pour la retirer ; elle a précisé que si l'opposition n'était pas justifiée dans ce délai, elle rendrait une décision assimilable à un jugement exécutoire au sens de l'art. 80 LP.

C\_\_\_\_\_ SA a écrit à l'institution supplétive, en date du 17 octobre 2005, que sa décision du 7 mai 2005 la condamnait alors que son administrateur depuis le 22 octobre 2005, M. E\_\_\_\_\_, l'avait rachetée en août 2005 sans les passifs et n'avait jamais reçu de correspondance de la part de l'institution supplétive, ajoutant qu'il avait payé de bonne foi des cotisations LPP pour du personnel inconnu ayant travaillé avant ladite reprise.

L'institution supplétive a répondu le 20 octobre 2005 à C\_\_\_\_\_ SA que sa décision d'affiliation précitée du 7 mai 2004 concernait la société en tant que telle et non son administrateur.

- B. Par une décision du 13 janvier 2006, adressée par lettre-signature à C\_\_\_\_\_ SA au Y, rue C\_\_\_\_\_, rendue en application de l'art. 60 al. 2bis de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (RS 831.40 - LPP), l'institution supplétive a décidé que C\_\_\_\_\_ SA est débitrice à son égard de la somme de 1'898 fr., avec intérêts à 6% l'an dès le 5 juin 2005, et de 100 fr. de frais de contentieux (dont à déduire un acompte de 948 fr. payé le 9 juin 2005), a prononcé la levée de l'opposition formée au commandement de payer n° 05 xxxx74 L à concurrence de ces sommes, et a mis 525 fr. de frais à la charge de C\_\_\_\_\_ SA. Elle a précisé qu'une voie de recours auprès de la Commission fédérale de recours LPP était ouverte dans un délai de trente jours.

Cette lettre-signature a été retournée à l'institution supplétive avec la mention « Non réclamé ».

- C. Suite à la réquisition de continuer la poursuite n° 05 xxxx74 L déposée le 15 mars 2006 par l'institution supplétive, l'Office a notifié une commination de faillite à C\_\_\_\_\_ SA le 11 mai 2006.
- D. Par un courrier du 19 mai 2006 adressé à l'Office des poursuites et transmis à la Commission de céans pour raison de compétence, C\_\_\_\_\_ SA, sous la plume de

son administrateur, M. E\_\_\_\_\_, a formé plainte contre la Fondation institution supplétive LPP. Elle a affirmé s'être acquittée du montant de ses cotisations et a indiqué ne pas être d'accord de payer des amendes pour retard de paiement. Elle a ajouté que la demande de l'institution supplétive n'était pas justifiée car les courriers n'avaient pas été expédiés à la bonne adresse.

Par un courrier recommandé du 24 mai 2006 adressé à C\_\_\_\_\_ SA, la Commission de céans a informé cette dernière que la teneur de son courrier ne permettait pas de déterminer l'acte contre lequel elle entendait former plainte et qu'il ne contenait pas de conclusions. Un délai au 7 juin 2006 lui a été imparti pour produire l'acte attaqué et compléter sa plainte, sous peine d'irrecevabilité.

Par un courrier recommandé du 6 juin 2006, C\_\_\_\_\_ SA a indiqué à la Commission de céans qu'elle formait plainte contre l'institution supplétive et l'Office. Elle a exposé en substance avoir formé opposition au commandement de payer parce que des sanctions non justifiées étaient incluses dans les montants réclamés et ne jamais avoir reçu la convocation à l'audience de mainlevée par-devant le Tribunal de première instance, de sorte qu'elle ne pouvait pas être mise en faillite.

- E. Dans son rapport du 15 juin 2006, l'Office a constaté que les motifs de la plainte de C\_\_\_\_\_ SA ne concernaient pas des mesures qu'il aurait prises en violation de la loi. Il a indiqué avoir enregistré l'opposition formée par C\_\_\_\_\_ SA puis l'avoir communiquée à l'institution supplétive. Il ressortait en outre des recherches qu'il avait effectuées que « le jugement de mainlevée de l'opposition », qui portait la mention « lettre-signature », avait bien été joint à la réquisition de continuer la poursuite. L'Office a considéré que dès lors que C\_\_\_\_\_ SA alléguait ne pas avoir reçu la décision de mainlevée, il appartenait à l'institution supplétive de prouver que cette dernière lui était parvenue et qu'elle contenait les justifications des montants réclamés ainsi que les mentions prévues par la loi.
- F. Par un courrier recommandé du 28 juin 2006, l'institution supplétive a indiqué que C\_\_\_\_\_ SA n'allait pas chercher les envois recommandés qu'elle lui adressait et qu'il était téméraire de sa part de prétendre ne pas les avoir reçus, ajoutant que, selon la jurisprudence, ces envois étaient réputés notifiés le dernier jour du délai de garde. Or, son courrier recommandé du 11 octobre 2005 avait bien été délivré, dès lors que La Poste ne le lui avait pas retourné. S'agissant de la validité de la commination de faillite, l'institution supplétive s'en est remis à la décision de la Commission de céans. Elle a joint à ses observations la preuve de la remise de son courrier recommandé du 11 octobre 2005 à La Poste.

Après avoir pris connaissance du rapport de l'Office, l'institution supplétive a produit, en date du 13 juillet 2006, la preuve que son envoi du 13 janvier 2006

contenant la décision de levée de l'opposition avait été retourné par la Poste avec la mention « non réclamé ».

- G. Suite à la consultation du dossier auprès du greffe de la Commission de céans, C\_\_\_\_\_ SA a indiqué, par un courrier du 22 juillet 2006 signé par son administrateur M. E\_\_\_\_\_, que celui-ci avait acheté la société C\_\_\_\_\_ SA sans les passifs, que les décomptes de l'institution supplétive n'étaient pas clairs et que les courriers recommandés qu'elle lui adressait étaient retournés car il était souvent absent pendant plusieurs semaines et ne relevait pas son courrier. M. E\_\_\_\_\_ a également indiqué avoir payé de bonne foi des cotisations qui ne le concernaient pas. Il a reproché à l'institution supplétive de ne pas avoir accepté sa démission. C\_\_\_\_\_ SA a produit diverses pièces en annexe à son courrier, notamment des relevés de compte établis par l'institution supplétive.
- H. Par un recommandé du 31 juillet 2006, la Commission de céans a invité l'institution supplétive à lui communiquer, en complément aux pièces déjà versées au dossier, une copie du courrier que C\_\_\_\_\_ SA lui avait adressé le 17 octobre 2005 et de se déterminer sur sa légitimité à lever elle-même une opposition à un commandement de payer tendant au recouvrement de cotisations et frais.

Le 11 août 2006, l'institution supplétive a communiqué à la Commission de céans une copie du courrier de C\_\_\_\_\_ SA et la preuve de la distribution de sa lettre signature du 11 octobre 2005 à C\_\_\_\_\_ SA, et elle lui a fait savoir qu'elle était réputée autorité fédérale habilitée, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2005, à rendre des décisions assimilables à des jugements exécutoires, ajoutant qu'elle avait rendu durant quelques mois des décisions similaires à sa décision du 13 janvier 2006 mais avait été informée par le Tribunal cantonal valaisan qu'elle ne pouvait pas lever elle-même l'opposition formée au commandement de payer. Elle a estimé que si la partie de sa décision du 13 janvier 2006 concernant la mainlevée définitive de l'opposition était nulle, l'autre partie de cette décision reconnaissant C\_\_\_\_\_ SA débitrice du montant considéré gardait toute sa validité.

## EN DROIT

1. La Commission de céans est compétente pour connaître des plaintes dirigées contre des mesures prises par des organes de l'exécution forcée qui ne sont pas attaques par la voie judiciaire ou des plaintes fondées sur un prétendu déni de justice ou retard injustifié (art. 17 LP ; art. 10 al. 1 et art. 11 al. 2 LaLP ; art. 56R al. 3 LOJ). Il lui faut par ailleurs constater spontanément, indépendamment de toute plainte, la nullité de mesures contraires à des dispositions édictées dans l'intérêt public ou dans l'intérêt de personnes qui ne sont pas parties à la procédure (art. 22 al. 1 LP).

Il ressort de la teneur de la plainte et de son complément qu'elle est dirigée contre une commination de faillite et même à la décision de l'Office, se situant juste en

amont d'une telle mesure, de donner suite à la réquisition de continuer la poursuite considérée. Il s'agit de mesures sujettes à plainte.

En tant que débitrice poursuivie, la plaignante a qualité pour porter plainte contre la commination de faillite qui lui a été notifiée le 11 mai 2006 et l'acceptation de l'Office qu'elle implique de donner suite à la réquisition de continuer cette poursuite.

La plainte a été formée en temps utile (art. 17 al. 2 LP) et satisfait aux exigences de forme et de contenu prescrites par la loi (art. 13 al. 1 et 2 LaLP).

Elle est donc recevable.

- 2.a. La mise en œuvre du droit public implique que les autorités administratives qui en sont chargées prennent des décisions conformément aux règles de procédure applicables, dont des décisions portant obligation de payer une somme d'argent ou de fournir des sûretés. Ces décisions-ci sont assimilées à des jugements et constituent donc des titres de mainlevée définitive, en vertu du privilège du préalable qui est reconnu aux autorités administratives eu égard au pouvoir de puissance publique qu'elles détiennent, ainsi que le précisent l'art. 80 al. 2 ch. 2 s'agissant des décisions des autorités administratives de la Confédération et les art. 80 al. 2 ch. 3 et 55 al. 1 phr. 2 LPA s'agissant des décisions des autorités administratives visées par la LPA (DCSO/164/2005 consid. 2.a du 22 mars 2005 ; Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 79 n° 28 ss ; Daniel Stahelin, in SchKG I, ad art. 80 n° 102 ss ; André Schmidt, in CR-LP, ad art. 80 n° 10 ; Benoît Bovay, Procédure administrative, Berne 2000, p. 295 s. ; Xavier Oberson, Droit fiscal suisse, 2<sup>ème</sup> éd. 2002, p. 485).

Sous réserve de dispositions spéciales d'exécution forcée (art. 30 al. 2 LP), l'exécution des décisions de nature pécuniaire a cependant lieu conformément à la LP, comme le rappellent souvent les lois de procédure administrative (art. 40 de la loi fédérale sur la procédure administrative – RS 172.021 ; art. 55 al. 1 phr. 1 LPA). Une poursuite qu'une autorité intente à cette fin se trouve donc suspendue en cas d'opposition formée au commandement de payer (art. 78 al. 1 LP) ; elle ne peut alors être continuée que si le poursuivant fonde sa réquisition sur une décision passée en force qui écarte expressément l'opposition (art. 79 al. 1 phr. 2 LP).

- 2.b. Les créanciers faisant valoir des prétentions de droit public et les créanciers faisant valoir des prétentions de droit privé sont en règle générale placés sur un pied d'égalité en matière d'exécution forcée (Pierre-Robert Gilliéron, La mainlevée administrative, « eine lächerliche Farce » ?, in Théorie du droit, Pierre MOOR, Berne 2005, p. 277 ss, 279 s.). Cette règle se traduit notamment par le fait que les charges fiscales ne doivent pas être prises en considération dans le calcul du minimum vital d'un poursuivi, sous réserve, en raison de leur mode de perception et non de leur nature, des impôts prélevés à la source (ATF

7B.221/2003 du 17 novembre 2003, in BLSchk 2004 p. 85 ; Michel Ochsner, in CR-LP, ad art. 90 n° 149 ss). Le privilège du préalable, qui confère à des autorités administratives le pouvoir de créer des titres de mainlevée définitive, ne représente pas à proprement parler une exception à ce principe d'égalité, car il est en lui-même exorbitant à la procédure d'exécution forcée. En revanche, l'art. 43 LP, qui exclut la voie de la faillite pour le recouvrement d'impôts, contributions, émoluments, droits, amendes ou autres prestations de droit public dues à une caisse publique ou à un fonctionnaire, déroge à ce principe, en faveur des « caisses publiques » et des « fonctionnaires » créanciers de telles prétentions en tant que la continuation des poursuites que ces institutions de droit public et agents publics requièrent pour lesdites prétentions ne les met pas en concours avec l'ensemble des créanciers des débiteurs de ces dernières en dépit de leur qualité les exposant normalement à la faillite (art. 39 LP) ; cette disposition légale institue le privilège dit « du prince », qui revient à des autorités dont certaines ont déjà le privilège du préalable (Pierre-Robert Gilliéron, La mainlevée administrative, « eine lächerliche Farce » ?, déjà cité, p. 280 ; note de Pierre-Robert Gilliéron, in JdT 1994 II 42 ss, sur l'ATF 118 III 13 = JdT 1994 II 38 déniant à l'institution supplétive de prévoyance en faveur du personnel constituée sous forme de fondation la qualité de caisse publique au sens de l'art. 43 LP).

Au privilège du préalable (doublé ou non du privilège « du prince ») peut s'ajouter un autre avantage, celui de pouvoir lever des oppositions formées aux commandements de payer notifiés en vue de recouvrer des prétentions (Benoît Bovay, op. cit., p. 296 s.). Dans ces cas, la levée expresse de l'opposition exigée pour que la poursuite puisse être continuée intervient non par la voie de la procédure ordinaire au sens de l'art. 79 al. 1 phr. 1 LP, soit celle se déroulant devant le juge ordinaire - civil - de la mainlevée [à Genève le Tribunal de première instance (art. 20 al. 1 let. b LaLP)], mais par la voie de la procédure administrative, que ledit art. 79 al. 1 phr. 1 LP mentionne explicitement depuis la révision de la LP du 16 décembre 1994 entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1997. Cet art. 79 LP consacre la solution admise déjà antérieurement que la mainlevée des oppositions à des commandements de payer n'est pas du ressort exclusif du juge ordinaire de la mainlevée, mais qu'elle peut, pour des prétentions pécuniaires de droit public, être prononcée par la voie de la procédure administrative (ATF 128 III 38 consid. 2 = JdT 2001 II 81, rés. in SJ 2002 I 158; ATF 119 V 329 ; 107 III 60).

- 2.c. D'après André Schmidt (in CR-LP, ad art. 79 n° 22), seule une autorité administrative expressément habilitée à cette fin en vertu de la loi peut lever l'opposition, si bien que, sous-entendu faute de disposition l'y habilitant, l'institution supplétive LPP ne peut pas lever elle-même l'opposition formée par l'employeur. Daniel Stahelin (in SchKG-Ergänzungsband 2005, ad art. 79 n° 15 *in fine*) exprime le même avis. Benoît Bovay (op. cit., p. 297) indique lui aussi que cette faculté est exclue pour les caisses de prévoyance professionnelle et

l'institution supplétive en cette matière, en faisant référence aux ATF 115 III 95, 115 V 375 et 118 III 13.

Alors que - comme déjà indiqué (consid. 2.b) - ce dernier arrêt traite en réalité d'une autre question (soit celle de la qualité, déniée à ladite institution, de caisse publique au sens de l'art. 43 LP), l'ATF 115 III 95 conclut que l'institution supplétive au sens de l'art. 60 LPP ne peut pas, contrairement aux caisses-maladie, lever elle-même l'opposition formée par l'employeur à la poursuite tendant au paiement des cotisations, en indiquant cependant que tel « pourrait être le cas si l'institution supplétive disposait d'un pouvoir de décision relatif non seulement à l'affiliation des employeurs, mais aussi aux cotisations » (consid. 2, p. 96 *in fine*) ; et l'ATF 115 V 375 retient que l'institution supplétive n'a pas le pouvoir de rendre des décisions de cotisations à l'encontre des employeurs affiliés d'office.

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2005, date d'entrée en vigueur de la première révision de la LPP (RO 2004 1677), l'institution supplétive, réputée autorité administrative au sens de l'art. 1 al. 2 let. e PA (art. 54 al. 4 LPP), 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 LPP, et ces décisions-là sont assimilables à des jugements exécutoires au sens de l'art. 80 LP (art. 60 al. 2bis LPP). Le nouvel art. 60 al. 2bis LPP devait permettre à l'institution supplétive de « réclamer les contributions arriérées par voie de décision et si nécessaire requérir une mainlevée définitive », une telle décision devant « pouvoir constituer un titre de mainlevée définitive (...), ce qui facilite le recouvrement de la créance », y compris « pour la restitution de prestations indues et d'éventuelles prétentions en dommages-intérêts au sens de l'art. 12 LPP », étant ajouté que le « privilège ainsi conféré à l'institution supplétive se justifie par le fait que l'obligation d'affilier est imposée à cette institution supplétive par la loi » (FF 2000 2526 ; cf. aussi p. 2556). S'ils visent sans conteste le privilège du préalable, les travaux préparatoires ne font pas mention du privilège de lever des oppositions à des commandements de payer, que ne mentionne pas non plus un récent commentaire de la LPP (Hans-Ulrich Stauffer, Berufliche Vorsorge, Zurich/Bâle/Genève 2005, n° 1596 ; Hans-Ulrich Stauffer, Rechtsprechung des Bundesgerichts zur beruflichen Vorsorge, Zurich/Bâle/Genève 2006, p. 149).

- 2.d. La question est dès lors de savoir si la faculté de lever l'opposition au commandement de payer se déduit du pouvoir de créer un titre de mainlevée définitive.

Juste avant d'affirmer la nécessité d'une habilitation légale expresse, André Schmidt (in CR-LP, ad art. 79 n° 21 *in fine*) dit que le privilège conféré à une administration de lever l'opposition « a été entériné par le législateur non seulement lors de la révision de la LP (adjonction à l'art. 79 al. 1 1<sup>re</sup> phrase de la voie « administrative »), mais également dans la promulgation de dispositions spécifiques d'autres lois, comme par ex. l'art. 40 PA, l'art. 57 al. 4 OTVA,

l'art. 48 ORTV (...) et l'art. 88 al. 2 LAMal ». Or, ces dispositions se bornent soit à conférer aux autorités visées le pouvoir précité du préalable *stricto sensu* (art. 40 PA - RS 172.021), soit à instituer une procédure comportant le prononcé de décisions relatives à la perception, qui sont sujettes à recours auprès d'une instance supérieure (art. 48 al. 2 let. c et art. 50 al. 3 ORTV - RS 784.401), ou elles ont été abrogées (art. 88 al. 2 LAMal - RS 832.10 ; RO 1995 1328 - abrogé dès le 1<sup>er</sup> janvier 2003 par la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales - LPGA - RS 830.1; art. 57 al. 4 OTVA, in RO 1994 II 1464, abrogée dès l'entrée en vigueur de la LTVA, sous réserve des cas où l'ancien droit doit encore s'appliquer en vertu de l'art. 93 LTVA - RS 631.20). A l'instar de l'art. 40 PA, l'art. 88 al. 2 LAMal se limitait à consacrer le principe du préalable *stricto sensu*, comme le fait actuellement l'art. 54 al. 2 LPGA, de même d'ailleurs que l'art. 57 al. 4 OTVA. En revanche, l'art. 57 al. 3 OTVA prévoyait que l'Administration fédérale des contributions était compétente pour la mainlevée de l'opposition. Actuellement, en matière de taxe sur la valeur ajoutée, la LTVA (RS 641.20) prévoit, en faveur de l'Administration fédérale des contributions, tant le privilège du préalable *stricto sensu* (art. 69 al. 4 LTVA) que le privilège de lever les oppositions aux commandements de payer (art. 69 al. 3 phr. 1 LTVA), mais elle restreint la portée de ce privilège-ci en précisant que lorsqu'une décision valant titre de mainlevée au sens de l'art. 80 LP est entrée en force, c'est le juge de la mainlevée du canton où a lieu la poursuite qui est compétent (art. 69 al. 3 phr. 2 LTVA).

Dans un arrêt du 2 juillet 1981 qui précisait sa jurisprudence maintes fois confirmée que la caisse-maladie reconnue qui, sur opposition à la poursuite, avait fait reconnaître ses droits selon la voie prévue à l'art. 79 LP pouvait requérir la continuation de la poursuite sans avoir à passer par la procédure spéciale de mainlevée prévue à l'art. 80 LP, le Tribunal fédéral a exigé que le prononcé administratif se réfère désormais avec précision à la poursuite en cours et lève formellement l'opposition, totalement ou à concurrence d'un montant déterminé (ATF 107 III 60, dont la solution a été ancrée à l'art. 79 al. 1 phr. 2 LP ; cf. Message du Conseil fédéral concernant la révision de la LP, du 8 mai 1991, p. 75). Si cet arrêt a été rendu en matière d'assurance-maladie, le Tribunal fédéral n'y a pas moins raisonné en termes généraux, en disant notamment qu'aux prononcés civils sont assimilés les décisions et les jugements administratifs des autorités fédérales et des autorités du canton où se déroule la poursuite, que si ces actes ont été portés à la suite de l'opposition et satisfont aux conditions des art. 80 al. 2 LP, ils permettent au créancier d'obtenir directement la continuation de la poursuite sans passer par la procédure de mainlevée et sans que le débiteur ne puisse lui opposer aucune des exceptions prévues par l'art. 81 LP (consid. 2a *in fine*). Après avoir apporté la précision évoquée ci-dessus, le Tribunal fédéral a ajouté que le législateur avait distingué et opposé deux voies ouvertes au créancier dont la poursuite est frappée d'opposition, celle de la procédure ordinaire, en principe l'action en reconnaissance de dette, et celle de la procédure sommaire et

incidente de mainlevée, pour indiquer qu'on voyait mal quels seraient le sens et la portée pratique de l'art. 79 LP si le créancier qui, sur opposition à sa poursuite, agit par la voie ordinaire devait toujours procéder ultérieurement selon l'art. 80 LP ; il a dit explicitement que la compétence reconnue au juge civil saisi de l'action en reconnaissance de dette de prononcer la mainlevée de l'opposition devait aussi être reconnue aux autorités et tribunaux administratifs de la Confédération ou du canton du for de la poursuite « dans la mesure où le droit fédéral ou cantonal attribue force exécutoire à leurs décisions portant sur le paiement d'une somme d'argent » (consid. 3 ; cf. ATF 119 V 329 sur la manière de procéder, relativement aux exceptions conférées au débiteur par l'art. 81 al. 2 LP, lorsque la continuation de la poursuite est requise après la décision de l'administration ou d'une autorité de recours d'un autre canton).

Dans un arrêt du 5 novembre 2001 (ATF 128 III 39 = JdT 2001 II 81 et rés. in SJ 2002 I 158 ; cf. aussi ATF 130 III 524), le Tribunal fédéral a reconnu à Billag SA, soit l'organe suisse d'encaissement des redevances de réception des programmes de radio et de télévision pour le compte de la Confédération suisse, la compétence non seulement de rendre une décision portant condamnation à payer une somme d'argent, mais aussi de lever elle-même l'opposition formée à une poursuite qu'elle a intentée en vue de recouvrer une telle somme (DCSO/164/05 consid. 4.a du 22 mars 2005 ; DCSO/584/04 consid. 2 du 29 novembre 2004 ; DCSO/298/04 consid. 2 du 27 mai 2004 ; Walter A. Stoffel, Voies d'exécution, § 4 n° 132 note 55). Or, Billag SA est une personne morale de droit privé ayant qualité d'autorité administrative, dotée d'un pouvoir décisionnaire par des dispositions (au surplus du rang d'ordonnance) qui ne prévoient pas explicitement cette déduction ou extension du privilège du préalable *stricto sensu* qu'est le pouvoir de prononcer la mainlevée de l'opposition au commandement de payer.

Pour les décisions portant obligation de payer une somme d'argent que l'institution supplétive peut prendre en vertu de l'art. 60 al. 2bis LPP, la procédure comporte ensuite un recours à une Commission fédérale de recours (art. 74 al. 2 let. c LPP), puis un recours de droit administratif au Tribunal fédéral (art. 74 al. 4 LPP). Il s'agit d'une procédure très semblable à celle qui est prévue pour les redevances de réception des programmes de radio et de télévision (DCSO/164/05 consid. 4.b du 22 mars 2005).

- 2.e. Il est vrai que le pouvoir conféré à une administration de lever l'opposition au commandement de payer dans la poursuite qu'elle a requise contre un particulier est critiqué par plusieurs auteurs au regard des art. 29 al. 1 et 30 al. 1 Cst. féd. - et, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2007, de l'art. 29a Cst. féd. - ainsi que de l'art. 6 § 1 CEDH, qui veulent que nul ne puisse être à la fois juge et partie (cf. not. André Schmidt, in CR-LP, ad art. 79 n° 21 ; Daniel Staehelin, in SchKG I, ad art. 79 n° 14, et SchKG-Ergänzungsband 2005, ad art. 79 n° 14 ; Kurt Amonn / Fridolin Walther, Grundriss, 7<sup>ème</sup> éd. 2003, § 19 n° 15a ; Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 79 n° 34 ss ; Pierre-Robert Gilliéron, La mainlevée administrative, « eine

lâcherliche Farce » ?, déjà cité, p. 277 ss ; Pierre-Robert Gilliéron, Les garanties de procédure dans l'exécution forcée ayant pour objet une somme d'argent ou des sûretés à fournir. Le cas des prétentions de droit public, in SJ 2003 II 361). Le Tribunal fédéral a cependant jugé, en dépit de ces critiques, que lorsque les obligations pécuniaires considérées ont un caractère civil au sens large où l'entend l'art. 6 § 1 CEDH, le fait que ces autorités-ci soient juge et partie ne rend pas le système incompatible avec cette norme de rang constitutionnel, dans la mesure où les exigences d'impartialité et d'indépendance que pose cette dernière sont respectées, tant pour les décisions sur le fond que pour la levée des oppositions, par l'organisation d'une procédure adéquate comportant des possibilités de contestation auprès d'au moins une instance judiciaire statuant avec un plein pouvoir d'examen (ATF 121 V 109 consid. 3c en matière de cotisations aux régimes d'assurances sociales). L'exercice d'un pouvoir décisionnaire est à vrai dire le propre d'une procédure administrative, sous réserve du contentieux sur action ; la garantie de voir sa cause jugée par une autorité judiciaire se traduit par l'ouverture de voies de recours permettant de soumettre le litige à un tribunal indépendant et impartial.

De son côté, dans une décision précisant ce qu'est « l'introduction de la procédure (...) administrative » suspendant le délai de péremption du droit de requérir la continuation de la poursuite au sens de l'art. 88 al. 2 LP (DCSO/164/05 consid. 2.e du 22 mars 2005 ; cf. consid. 3.c), la Commission de céans a relevé incidemment que le pouvoir décisionnaire que détient l'autorité administrative porte premièrement sur le fond de la prétention et ne naît pas seulement au moment où une opposition serait formée au commandement de payer que ladite autorité fait notifier pour recouvrer le montant dû, si bien qu'en principe, lorsqu'elle entame une poursuite (autre est la situation en matière de faillite), l'autorité administrative a ou devrait avoir déjà pris une décision sur le fond de la prétention, et ainsi est ou devrait être déjà titulaire d'un titre de mainlevée définitive, car si le droit de l'exécution forcée permet d'intenter des poursuites sans que la prétention à recouvrer ne soit établie, on voit mal qu'une autorité administrative entame une procédure d'exécution forcée à l'encontre d'un administré auquel elle n'aurait pas fait préalablement obligation de payer la somme d'argent considérée en application des normes qu'elle est chargée de mettre en œuvre. Cela reviendrait à admettre - a-t-elle ajouté - que l'autorité administrative essaie en quelque sorte d'encaisser des sommes d'argent de la part d'administrés en leur envoyant des factures et des rappels et en leur faisant notifier des commandements de payer, mais ne se prononce sur le bien-fondé de ses prétentions qu'en cas d'opposition à une poursuite entamée, soit bien après l'envoi de la facture et seulement si le poursuivi fait opposition, procédé qui, pour tous les administrés qui payeraient la prétention émise à réception de la facture ou de rappels ou qui ne feraient pas opposition à un commandement de payer, ferait peu cas de l'importance des exigences de motivation et d'indication des délai et voie de recours en tant qu'éléments propres à leur permettre de contester les

décisions les concernant. Cette remarque conserve sa valeur, mais elle ne constitue pas en elle-même une objection suffisante à l'octroi du privilège de prononcer la mainlevée de l'opposition aux administrations détenant le privilège du préalable *stricto sensu* [cf. dans ce contexte les ATF 121 V 109 consid. 3c et ATF 119 V 329 consid. 2b *in fine* = JdT 1997 II 2, où le Tribunal fédéral n'a évoqué que l'hypothèse d'une décision simultanée sur le fond et la levée de l'opposition, et l'ATF 109 V 46, où il a indiqué qu'une « voie couramment utilisée dans la pratique est celle de la poursuite préalable à la décision, cette dernière étant la conséquence de l'opposition au commandement de payer », ce qui « conduit la caisse à rendre une décision qui sera définitive et exécutoire soit parce qu'elle n'est pas contestée, soit parce qu'elle aura été confirmée en tout ou partie par le juge des assurances sociales » (ATF 109 V 46 consid. 3c), ajoutant qu'en cas de décision précédant la poursuite, il incombe « à la caisse poursuivante de solliciter du juge un prononcé de mainlevée définitive avant qu'elle ne puisse requérir la continuation de la poursuite », ledit juge ordinaire pouvant être non le juge civil mais le juge des assurances sociales ; cf. Daniel Stahelin, in SchKG I, ad art. 79 n° 16 s. et ad art. 80 n° 101 *in fine*, qui précise que si l'autorité administrative a déjà rendu une décision avant l'introduction de la poursuite, elle ne saurait prononcer elle-même la mainlevée mais doit s'adresser à cette fin au juge de la mainlevée ; André Schmidt, in CR-LP, ad art. 79 n° 23)].

- 2.f. Dans un jugement du 24 avril 2006 déniait à l'institution supplétive le pouvoir de prononcer elle-même la mainlevée de l'opposition - jugement que l'institution supplétive a communiqué à la Commission de céans à la suite de l'invitation que celle-ci lui avait faite de se déterminer sur son habilitation à lever elle-même l'opposition au commandement de payer -, l'autorité supérieure de surveillance en matière de LP du canton du Valais a relevé que « le législateur a clairement voulu, s'agissant des cotisations, mettre les institutions supplétives sur le même pied (art. 60 al. 3 LPP), et notamment en instituant la même voie de recours contre leurs décisions en cette matière (art. 73 al. 1 LPP ; ATF 115 III 95) », et elle a jugé que la décision de mainlevée définitive rendue par l'institution supplétive, ayant servi à l'établissement de la commination de faillite, ne satisfaisait pas aux exigences des art. 6 § 1 CEDH et des art. 29 et 30 Cst. féd.

Une spécificité propre à la prévoyance professionnelle est certes que l'institution supplétive ne doit bénéficier d'aucun privilège pouvant entraîner des distorsions de la concurrence (art. 60 al. 3 LPP). Insérée dès l'origine dans la LPP, contrairement à l'art. 60 al. 2bis LPP entré en vigueur quant à lui le 1<sup>er</sup> janvier 2005, cette disposition répond à la préoccupation que l'institution supplétive ne soit pas plus attractive que les institutions de prévoyance et ne les concurrence pas indûment grâce à une position privilégiée d'un point de vue économique, en particulier qu'elle fournisse les mêmes prestations et garanties que les institutions de prévoyance et ne reçoive aucune contribution des pouvoirs publics (cf. Message du Conseil fédéral à l'appui du projet de LPP, du 19 décembre 1975 ; Hans-Ulrich Stauffer, *Berufliche Vorsorge*, déjà cité, n° 1588 ss). La connotation

économique de la *ratio legis* de cette disposition, dans sa version allemande, s'exprime par les mots « wettbewerbsverzerrenden Vergünstigungen ».

Au surplus, l'argument que la mise sur pied d'égalité de l'institution supplétive avec les institutions de prévoyance professionnelle s'est faite « notamment en instituant la même voie de recours contre leurs décisions en cette matière » ne convainc pas, puisque ce sont au contraire des voies de recours différentes qui sont ouvertes pour contester les décisions ou prétentions respectivement de l'institution supplétive et des institutions de prévoyance. Alors que les décisions que l'institution supplétive prend notamment en application de l'art. 60 al. 2bis LPP sont sujettes à recours auprès de la Commission de recours indépendante de l'administration instituée en vertu de l'art. 74 LPP, dont la décision sur recours peut ensuite être déférée au Tribunal fédéral par la voie du recours de droit administratif (art. 74 al. 4 LPP), le contentieux opposant une institution de prévoyance à un employeur par exemple à propos de cotisations relève du tribunal que les cantons doivent désigner en application de l'art. 73 al. 1 LPP - soit à Genève le Tribunal cantonal des assurances sociales (art. 56V al. 1 let. b LOJ) -, tribunal dont les décisions peuvent ensuite faire l'objet d'un recours de droit administratif au Tribunal fédéral des assurances (art. 73 al. 4 LPP). Il semble au surplus que la décision valaisanne précitée ait compris l'art. 60 al. 3 LPP comme mettant « les institutions supplétives » (au pluriel) sur un pied d'égalité (sous-entendu « entre elles »), alors qu'il n'y a qu'une institution supplétive (organisée en plusieurs agences) et que cette disposition légale interdit de la faire bénéficier de privilèges par rapport aux institutions de prévoyance.

On ne saurait déduire de l'art. 60 al. 3 LPP que le privilège du préalable *stricto sensu* que l'art. 60 al. 2bis LPP confère à l'institution supplétive depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2005 ne s'étend pas au pouvoir de prononcer la mainlevée d'opposition.

- 2.f. En conclusion, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2005, donc postérieurement aux ATF 115 III 95 et 115 V 375 précités (consid. 2.c), la situation de l'institution supplétive apparaît si semblable à celle de Billag SA dans la perspective considérée ici et les arrêts précités du Tribunal fédéral ont une portée si générale, excédant le cercle des caisses-maladie, qu'il ne paraît pas y avoir de raison de dénier à l'institution supplétive la compétence de prononcer elle-même la mainlevée de l'opposition en même temps que, à la suite d'une opposition formée à un commandement de payer notifié pour en obtenir le paiement, elle statue dans les limites du pouvoir décisionnaire que lui reconnaît l'art. 60 al. 2bis LPP sur des contributions qui lui sont dues, sauf - ce que la Commission de céans ne voit pas de motifs suffisants de faire - à s'arrêter aux considérations dogmatiques rappelées ci-dessus (consid. 2.e), écartées par le Tribunal fédéral.
- 3.a. En l'espèce, c'est donc à bon droit que l'institution supplétive, par sa décision du 13 janvier 2006, a levé elle-même l'opposition formée au commandement de payer n° 05 xxxx74 L dès lors qu'elle décidait simultanément que la plaignante

était débitrice de la somme considérée et donc que ladite opposition n'était pas fondée (à concurrence de la somme admise).

La plaignante fait toutefois valoir que les courriers de l'institution supplétive ne lui ont pas été expédiés à la bonne adresse. Elle n'a pas retiré la lettre signature par laquelle ladite institution lui a expédié cette décision du 13 janvier 2006, qui a donc été retournée à l'institution supplétive.

- 3.b. L'opposition à un commandement de payer arrête la poursuite, qui s'éteint si elle n'est pas réactivée dans un certain délai, soit plus précisément si une procédure de mainlevée n'est pas introduite à temps. La procédure de mainlevée représente une nouvelle procédure, à l'ouverture de laquelle le poursuivi ayant formé opposition n'est pas tenu de s'attendre avec suffisamment de vraisemblance pour être tenu, en vertu de son devoir de se comporter de bonne foi, de faire en sorte que l'acte ouvrant la procédure de mainlevée puisse lui être notifié. La fiction de la notification à l'échéance du délai de garde ne vaut pas à l'égard d'un tel acte ; cette fiction n'est en effet pas applicable à la notification d'un acte ouvrant une procédure, mais seulement aux notifications consécutives intervenant dans le cours de la procédure officiellement ouverte, donc connue de la partie en cause, le devoir procédural de s'attendre à recevoir la notification d'actes officiels naissant avec l'ouverture d'une procédure et valant pendant toute la durée de la procédure (cf. la jurisprudence citée in ATF 130 III 396 consid. 1.2.3 : ATF 2A.429/2002 du 8 octobre 2002 consid. 1 ; ATF 123 III 492 consid. 1 p. 493 ; ATF 120 III 3 consid. 1d ; ATF 119 V 89 consid. 4b/aa p. 94).

Dans un arrêt du 3 juin 2004, le Tribunal fédéral a jugé que le prononcé de la mainlevée d'opposition par l'administration elle-même (dans ce cas une caisse-maladie) ouvrait une nouvelle procédure. Tel était le cas dans l'affaire considérée, dans laquelle, d'après les faits de la cause, la caisse-maladie avait levé elle-même l'opposition à un commandement de payer par une décision notifiée par une lettre signature non retirée n'ayant pas été précédée d'un acte ouvrant la procédure de mainlevée d'opposition (ATF 130 III 396 = JdT 2005 II 87).

- 3.c. Toutefois, en vertu du droit constitutionnel d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst), une procédure en matière de mainlevée d'opposition comporte nécessairement l'offre au poursuivi de la faculté de faire valoir ses moyens de défense, dans les limites compatibles avec une procédure sommaire (art. 25 ch. 2 let. a LP ; art. 20 al. 1 let. b LaLP ; art. 347 LPC ; Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 25 n° 23 ; Urs Engler, in SchKG I, ad art. 25 n° 11). C'est vrai aussi, le cas échéant, pour une procédure administrative de levée d'opposition. Mais lorsque c'est l'autorité administrative qui lève l'opposition, il n'est pas nécessaire que le poursuivi soit convoqué à une audience ; la procédure administrative est en règle générale écrite (art. 18 LPA). L'autorité poursuivante doit en revanche ouvrir la procédure par une démarche formelle, qui ne saurait n'être qu'interne mais doit s'extérioriser à l'égard du poursuivi, surtout si celui-ci, comme c'est son droit, n'a

pas motivé son opposition ; cette démarche doit comporter, en termes suffisamment clairs, une invitation au poursuivi à faire valoir ses moyens de défense, dans un délai déterminé, qui peut être assez bref. Cet envoi introduit la procédure administrative conduisant le cas échéant à la mainlevée de l'opposition ; c'est lui qui suspend le délai d'une année de péremption du commandement de payer (art. 88 al. 2 phr. 2 LP ; DCSO/164/05 consid. 3 du 22 mars 2005).

Or, en l'espèce, l'institution supplétive a suivi une procédure correcte. Par une lettre signature du 11 octobre 2005, que la plaignante a bien reçue (comme cela est attesté tant par la feuille de distribution de cette lettre signature produite par l'institution supplétive que par le fait que la plaignante a répondu à ce courrier le 17 octobre 2005), elle a sommé la plaignante de justifier par écrit son opposition au commandement de payer ou de la retirer, en lui précisant que si l'opposition n'était pas justifiée dans le délai imparti à cette fin, elle rendrait une décision assimilable à un jugement exécutoire au sens de l'art. 80 LP. C'est ce courrier qui a ouvert la procédure administrative d'opposition, et, notamment, mis la plaignante dans la situation d'avoir à s'attendre à la notification d'une décision de mainlevée de l'opposition de la part de l'institution supplétive.

La plaignante ne saurait donc se prévaloir avec succès de la jurisprudence susmentionnée. Officiellement au courant de l'ouverture de la procédure administrative de mainlevée de l'opposition qu'elle avait formée, elle était tenue de prendre les mesures nécessaires à la bonne réception des courriers et décisions qui lui seraient adressés dans le cours de cette procédure. Elle ne pouvait se permettre ainsi, à sa guise, de ne pas chercher les lettres que lui adressait l'institution supplétive, en particulier la lettre signature du 13 janvier 2006. Il n'était pas acceptable que, comme elle l'a écrit le 22 juillet 2006 à la Commission de céans, la plaignante ne relève pas son courrier et s'absente pendant plusieurs semaines sans prendre de mesures propres à garantir une bonne réception des courriers et décisions de l'institution supplétive.

- 3.d. Les courriers que l'institution supplétive a adressés à la plaignante, dont la décision du 13 janvier 2006 comportant le prononcé de la mainlevée de l'opposition au commandement de payer considéré, ont été expédiés à la bonne adresse, soit à celle qui figure au registre du commerce (rue C\_\_\_\_\_ à Genève). Plusieurs courriers expédiés à cette adresse tant par l'institution supplétive que par la Commission de céans sont d'ailleurs effectivement parvenus à la plaignante, dont la lettre signature précitée du 11 octobre 2005 ouvrant la procédure administrative de mainlevée d'opposition. C'est enfin bien la plaignante, et non son administrateur personnellement, que ladite procédure concernait, au même titre que la présente procédure de plainte.
- 3.e. La décision de mainlevée de l'opposition du 13 janvier 2006 doit donc être réputée avoir été notifiée valablement à la plaignante à l'échéance du délai de

garde. Il est par ailleurs constant qu'elle n'a pas fait l'objet d'un recours et est devenue définitive et exécutoire.

L'Office devait donc considérer, ainsi qu'il l'a fait, que l'opposition formée au commandement de payer avait été levée par une décision définitive et exécutoire, et, partant, donner suite à la réquisition de continuer la poursuite considérée, en l'espèce par la notification d'une commination de faillite dès lors que la plaignante est une société anonyme, sujette en tant que telle à la faillite (art. 39 al. 1 ch. 8 LP), et que l'institution supplétive n'est pas une caisse publique au sens de l'art. 43 ch. 1 LP en dépit de sa qualité d'autorité administrative habilitée à prendre des décisions (consid. 2.b ; ATF 118 III 13 = JdT 1994 II 38 ; DCSO/733/05 consid. 4 du 30 novembre 2005 ; Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 43 n° 48 s. ; Dominique Rigot, in CR-LP, ad art. 43 n° 18).

4. La présente plainte est mal fondée. Elle sera rejetée.

La procédure de plainte est gratuite (art. 20a al. 1 phr. 1 LP ; art. 61 al. 2 let. a OELP). Il ne peut être alloué aucun dépens (art. 62 al. 2 OELP).

5. Il se justifie de notifier la présente décision aussi à l'Office fédéral des assurances sociales.

\* \* \* \*

**PAR CES MOTIFS,  
LA COMMISSION DE SURVEILLANCE  
SIÉGEANT EN SECTION :**

**A la forme :**

1. Déclare recevable la plainte A/1872/2006 formée le 19 mai 2006 par C\_\_\_\_\_ SA contre la commination de faillite qui lui a été notifiée le 11 mai 2006 sur réquisition de la Fondation institution supplétive LPP dans la poursuite n° 05 xxxx74 L et l'acceptation par l'Office des poursuites de donner suite à la réquisition de continuer cette poursuite.

**Au fond :**

2. La rejette.

**Siégeant :** M. Raphaël MARTIN, président ; MM. Didier BROSSET et Philipp GANZONI, juges assesseurs.

Au nom de la Commission de surveillance :

Cendy RENAUD  
Commise-greffière :

Raphaël MARTIN  
Président :

La présente décision est communiquée par courrier A à l'Office concerné et par lettre signature aux autres parties par la greffière le