RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1213/2004 **ATAS/619/2004**

ARRÊT

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

du 12 août 2004

3ème Chambre

En la cause

FONDATION INSTITUTION SUPPLETIVE LPP, avenue de Montchoisi 35, 1001 Lausanne demanderesse

contre

Madame S_____, défenderesse

Siégeant : Madame Karine STECK, Présidente,
Mesdames Juliana BALDE et Maya CRAMER, juges

EN FAIT

1. Madame S_____ (Boutique X_____) emploie plusieurs personnes. En sa qualité d'employeur occupant des salariés soumis à l'assurance obligatoire, elle a été contrôlée par la caisse interprofessionnelle d'assurance-vieillesse et survivants de la Fédération romande des syndicats patronaux (devenue depuis lors la Fédérations des entreprises romandes : FER-CIAM). Cette dernière a fait rapport à l'autorité cantonale de surveillance par courrier du 20 décembre 2001. Elle a en effet constaté que l'employeur avait versé des salaires supérieurs aux salaires coordonnés prévus par la loi et ne satisfaisait pas à l'obligation légale d'affiliation à une caisse de prévoyance professionnelle.

2. L'autorité cantonale de surveillance, par courrier du 3 janvier 2002, a sommé Madame S_____ de s'affilier dans un délai de six mois à une institution de prévoyance, l'informant que sans nouvelles de sa part dans le délai imparti, son dossier serait transmis à l'Institution supplétive pour une affiliation d'office.

3. L'intéressée n'ayant pas apporté la preuve de son affiliation auprès d'une institution de prévoyance enregistrée, l'Office de la prévoyance professionnelle l'a annoncée à la Fondation Institution supplétive LPP (ci-après la Fondation) pour une affiliation d'office.

4. Par décision du 30 septembre 2002, la Fondation a affilié l'employeur d'office avec effet rétroactif au 1er janvier 1997. Cette décision est entrée en force sans avoir été contestée.

5. Un bordereau de contributions a été établi en date du 10 juillet 2003, fixant le montant dû à Fr. 11'146.-- pour la période de janvier 1997 à décembre 2001, à payer dans les 30 jours. Ce décompte a été établi sur la base des salaires AVS 1997, 1998, 1999, 2000 et 2001 enregistrés par la FER-CIAM, compte tenu du fait que le salaire coordonné correspond au salaire brut AVS moins la déduction de coordination.

6. Par courrier du 14 juillet 2003, la Fondation a formellement sommé l'employeur de payer les montants dus tels que ressortant du relevé du compte courant, à savoir Fr. 12'471.--.

7. Au 13 novembre 2003, le solde du compte courant s'élevait à Fr. 12'621.--.

8. Le 4 mars 2004, sur réquisition de la Fondation, l'Office des poursuites et faillites (ci-après l'OP) a notifié à l'employeur un commandement de payer N° 03 259031 Z pour un montant de Fr. 12'471.-- avec intérêts à 5% dès le 11 août 2003 et Fr. 150.-- de frais. L'employeur y a fait opposition.

9. Par courrier du 2 avril 2004, la Fondation a imparti à l'employeur un délai de dix jours afin qu'il justifie son opposition ou qu'il la retire. Le courrier est revenu en retour avec la mention « refusé/non réclamé ».

10. Le 9 juin 2004, la Fondation a saisi le Tribunal de céans d'une requête en mainlevée définitive de l'opposition. Entre autres documents, elle a produit le bordereau de contributions, le commandement de payer, les relevés de compte de l'employeur ainsi que diverses sommations.

11. Invitée à se déterminer, la défenderesse ne s'est pas manifestée.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1er août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales (TCAS), composé de cinq juges, dont un président et un vice-président, cinq suppléants et seize juges assesseurs (art. 1 let. r et 56T LOJ).

   Suite à l'annulation de l'élection des seize juges assesseurs par le Tribunal fédéral (TF) le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente (art. 162 LOJ) permettant au TCAS de siéger sans assesseurs, à trois juges titulaires, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

   Statuant sur un recours de droit public, le TF a, dans un arrêt rendu le 1er juillet 2004, confirmé que cette disposition transitoire constituait la solution la plus rationnelle et était, de surcroît, conforme au droit fédéral (arrêt 1P. 183/2004).

   Egalement saisi de la question de l'éventuelle inconstitutionnalité du TCAS, le TF a estimé que la création de ce tribunal ne pouvait être remise en cause, vu la force dérogatoire du droit fédéral, et plus particulièrement de l'art. 57 LPGA en l'occurrence.

2. Conformément à l'art. 56V al. 1 let. b LOJ, le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations relatives à la prévoyance professionnelle opposant institutions de prévoyance, employeurs et ayants droit, y compris en cas de divorce, ainsi que des prétentions en responsabilité. Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

3. La loi fédérale sur la prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982 (LPP) institue une régime d'assurance obligatoire des salariés (art. 2 al. 1 LPP). Selon l'art. 11 al. 1 LPP, tout employeur occupant des salariés soumis à l'assurance obligatoire doit être affilié à une institution de prévoyance inscrite dans le registre de la prévoyance professionnelle. Si l'employeur ne se conforme pas à cette obligation, l'autorité cantonale de surveillance le somme de s'affilier dans les six mois à une institution de prévoyance. A l'expiration de ce délai, l'employeur qui n'a pas obtempéré à cette injonction est annoncé à l'institution supplétive pour affiliation (art. 11 al. 5 LPP), laquelle a alors lieu avec effet rétroactif (art. 11 al. 3 LPP).

4. L'art. 3 al. 1 de l'ordonnance sur les droits de l'institution supplétive en matière de prévoyance professionnelle (ci-après l'ordonnance ; RS 831.434) prévoit encore que l'employeur doit verser à l'institution supplétive les cotisations dues pour l'ensemble des salariés soumis à la loi, avec effet au moment où il aurait dû être affilié à une institution de prévoyance. Le taux de l'intérêt moratoire correspond à celui qu'applique habituellement l'institution supplétive en cas de retard dans le paiement des cotisations (art. 3 al. 2 de l'ordonnance).

5. Aux termes de l'art. 73 al. 1 LPP, chaque canton désigne un tribunal qui connaît, en dernière instance cantonale, des contestations opposant institutions de prévoyance, employeurs et ayants droits. La LPP n'a pas institué de procédure d'opposition préalable au recours au tribunal. La jurisprudence a précisé en outre que ni les institutions de prévoyance ni l'institution supplétive ne peuvent annuler l'opposition à une poursuite en recouvrement de cotisations dues par l'employeur par une décision assimilable à un jugement (ATF 115 III 95 ; JdT 1991 2 149). Le Tribunal de céans peut ainsi connaître directement de l'opposition faite par le débiteur au commandement de payer.

   Les décisions des autorités administratives fédérales portant condamnation à payer une somme d'argent sont exécutées par la voie de la poursuite pour dette et sont, une fois passées en force, assimilées 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 du 11 avril 1889 (LP ; RS 281.1 ; P.-R. GILLIERON, Commentaires de la LP, 1999, p. 1226, ch. 45). Il en est de même des décisions passées en force des autorités administratives cantonales de dernière instance qui statuent, dans l'accomplissement de tâches de droit public à elles conférées par la Confédération, en application du droit fédéral, mais qui ne statue pas définitivement en vertu du droit fédéral – autrement dit, dont les décisions sont susceptibles d'un recours administratif auprès d'une autorité fédérale ou d'un recours de droit administratif (GILLIERON, op. cit., p. 1227 ; C. JAEGER, Bundesgesetzt über Schuldbetreibung un Konkurs, 1999, p. 621). Par autorité administrative fédérale – et par extension autorité administrative cantonale de dernière instance - , il faut entendre les tribunaux fédéraux et les autres autorités ou organisations indépendantes de l'administration fédérale en tant qu'elles statuent dans l'accomplissement de tâches de droit public à elles confiées par la Confédération (art. 1 al. 2 let. b et let. e de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 [P1 ; RS 172 021]).

   Le Tribunal cantonal des assurances sociales statuant en dernière instance cantonale et dans l'accomplissement de tâches de droit public peut, selon ce qui

précède, prononcer la mainlevée définitive puisque, statuant au fond, la condamnation au paiement est assimilée à un jugement exécutoire. Cette solution est d'ailleurs la conséquence du fait que, dans les matières qui sont de sont ressort, le juge des assurances est effectivement le juge ordinaire selon l'art. 79 LP et qu'il a dès lors qualité pour lever une opposition à la poursuite en statuant sur le fond (ATF 109 V 51).

6. En l'espèce, le Tribunal de céans tient pour établi qu'en sa qualité d'employeur occupant des salariés, la défenderesse devait obligatoirement être affiliée à une caisse de prévoyance professionnelle, ce qui du reste n'a jamais été contesté par cette dernière, dès lors que la décision d'affiliation n'a fait l'objet d'aucun recours et est entrée en force.

   Il convient par ailleurs d'admettre que les décomptes de la Fondation sont exacts. En effet, il ressort de l'ensemble des pièces produites par la demanderesse que la défenderesse est resté débitrice d'un montant de Fr. 12'471.--. En outre, la simple passivité de la défenderesse, qui n'a réagi ni aux sommations de la Fondation ni à celles du Tribunal de céans, ne saurait empêcher la Fondation d'engager et de continuer des procédures de recouvrement afin d'obtenir la reconnaissance de ses droits.

   En ce qui concerne les frais de poursuite, ils sont d'office supportés par le débiteur lorsque la poursuite aboutit (JdT 1974 III 32). Les intérêts et frais dus par la défenderesse sont par ailleurs prévus à l'art. 3 al. 2 de l'ordonnance sur les droits de l'institution supplétive en matière de prévoyance professionnelle précitée et à l'art. 7 ch. 3, 4 et 6 des conditions d'affiliation remises à l'employeur lors de la décision d'affiliation.

   Pour tous ces motifs, il y a lieu d'admettre la demande et de prononcer la mainlevée définitive de l'opposition au commandement de payer.

7. En ce qui concerne les frais et dépens de la cause, l'art. 73 al. 2 LPP précise que les cantons doivent prévoir une procédure simple, rapide et, en principe, gratuite. L'art. 89H al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA) prévoit quant à lui que la procédure est gratuite pour les parties. Toutefois, les débours et un émolument peuvent être mis à la charge de la partie qui agit de manière téméraire ou témoigne de légèreté. En effet, ainsi que le Tribunal fédéral des assurances l'a admis, la possibilité de limiter la gratuité en cas de recours téméraire ou interjeté à la légère est un principe général de procédure prévu pour toutes les branches des assurances sociales (ATF 126 V 151 consid. 4b).

La jurisprudence a précisé qu'un recours voué à l'échec ne saurait être assimilé à un recours présentant un caractère de légèreté ou de témérité. Le fait qu'un recours soit dépourvu de chances de succès ne suffit a priori pas à lui seul à lui conférer un tel caractère. Encore faut-il qu'un élément – critiquable – s'ajoute subjectivement parlant : la partie concernée doit avoir entamé la procédure quand bien même elle pouvait sans autre se rendre compte, en usant de l'attention que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elle, que son recours était dépourvu de chances de succès (Pratique VSI 1998 p. 194). Dans le cadre de litiges portant sur des cotisations de la prévoyance professionnelle, le point de savoir si un procès est téméraire doit être tranché en examinant non seulement le comportement du débiteur des cotisations dans la procédure judiciaire, mais également son comportement avant le procès (ATF 124 V 285).

Le Tribunal fédéral des assurances a également rappelé qu'il y a lieu de faire une différence entre, d'une part la sanction constituée par la mise des frais de procédure à la charge d'une partie qui agit par légèreté ou de manière téméraire au sens de l'art. 85 al. 2 let. a de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS ; RS 831.10 ; actuellement art. 61 let. a de la loi fédérale sur la partie générale des assurances sociales [LPGA – RS 830.1] en vigueur depuis le 1er janvier 2003) et, d'autre part, le droit aux dépens selon l'art. 85 al. 2 let. f LAVS (actuellement art. 61 let. g LPGA), droit qui s'apprécie selon les critères développés au sujet de l'allocation de dépens à une partie agissant sans mandataire (Pratique VSI 2002 p. 61).

Les assureurs sociaux qui obtiennent gain de cause en procédure cantonale et sont représentés par un avocat ou, d'une autre manière, par une personne qualifiée, peuvent prétendre à des dépens lorsque la partie adverse procède avec légèreté ou de manière téméraire. En l'absence d'une telle représentation, les autres conditions pour l'octroi de dépens à une partie non représentée doivent être données, en sus de celles liées à la témérité ou à la légèreté (ATF 128 V 323). Selon l'arrêt publié in ATF 110 V 134 consid. 4d, il n'y a pas lieu d'allouer des dépens pour les frais de travail personnel et pour les vacations, sauf circonstances particulières. Une telle situation d'exception doit être admise lorsque les conditions suivantes sont cumulativement réunies : il faut qu'il s'agisse d'une affaire compliquée avec une valeur litigieuse élevée. Il faut en outre que la sauvegarde des intérêts de la partie en question nécessite une grande quantité de travail qui dépasse le cadre de ce que l'on peut normalement ou raisonnablement exiger de quelqu'un pour s'occuper de ses affaires personnelles ; il faut donc une masse de travail qui gêne de manière importante une occupation normale (par exemple professionnelle). Enfin, il faut qu'il y ait un rapport raisonnable entre le

travail fourni et le résultat de la sauvegarde des intérêts de la personne concernée (ATF 110 V 82 consid. 7 et 135 consid. 4b ; Pratique VSI 2002 p. 60). On se base sur la situation concrète de la partie qui réclame des dépens pour juger si ces diverses conditions sont remplies cumulativement (RCC 1989 p. 274 consid. 5c).

8. En l'espèce, il convient de déterminer en premier lieu si la défenderesse a agi avec légèreté ou témérité, puis cela fait, si des dépens peuvent être octroyés à la demanderesse.

Au vu de l'attitude de la défenderesse avant le procès ainsi qu'au cours de la procédure judiciaire, la légèreté de son comportement doit être constatée. En effet, elle ne s'est jamais affiliée à une quelconque institution de prévoyance, ce qui a amené la Fondation à l'affilier d'office conformément aux dispositions légales. Elle ne s'est ensuite pas acquittée des cotisations dues, forçant ainsi la demanderesse à déposer une requête en mainlevée. En outre, appelée à se déterminer par le Tribunal de céans, elle n'a pas daigné répondre.

Au vu de ces différents éléments, le Tribunal de céans est fondé, compte tenu de la jurisprudence précitée, à lui réclamer un émolument à titre de frais de procédure. Pour en fixer le montant, le Tribunal statue dans les limites établies par le règlement du Conseil d'Etat. Les frais de procédure qui peuvent être mis à la charge de la partie comprennent l'émolument d'arrêté et les débours (art. 1 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative ; E 5 10.03). En règle générale, l'émolument d'arrêté n'excède par 10'000 Fr. (art. 2 al. 1 du règlement). Le Tribunal condamnera alors la défenderesse à payer un émolument de Fr. 500.--.

La défenderesse ayant agi de manière légère, reste à examiner la question des dépens. Le Tribunal constate que la Fondation a agi sans mandataire pour faire valoir sa créance. En l'occurrence, il ne s'agit cependant pas d'une affaire complexe au niveau des faits ou du droit et le travail requis n'a pas dépassé le cadre de ce qui est normalement nécessaire dans un cas du même genre. Dans ces conditions, il ne sera octroyé aucune indemnité de dépens à la demanderesse.

***

PAR CES MOTIFS,

LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant
(conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ)

1. Déclare recevable la demande déposée le 9 juin 2004 par la Fondation Institution supplétive LPP dirigée contre Madame S_____ ;

2. L'admet ;

3. Condamne Madame S_____ à payer à la Fondation Institution supplétive LPP le montant de Fr. 12'471.-- avec intérêts à 5% dès le 11 août 2003 ainsi que Fr. 150.-- de frais ;

4. Prononce la mainlevée définitive de l'opposition au commandement de payer N°03 259 031 Z, à concurrence des montants susmentionnés ;

5. Condamne la défenderesse à un émolument de Fr. 500.-- ;

6. Déboute la demanderesse de toutes autres ou plus amples conclusions ;

7. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification par pli recommandé adressé au Tribunal fédéral des assurances, Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE, en trois exemplaires. Le délai ne peut être prolongé. Le mémoire doit : a) indiquer exactement quelle décision le recourant désire obtenir en lieu et place de la décision attaquée; b) exposer pour quels motifs il estime pouvoir demander cette autre décision; c) porter sa signature ou celle de son représentant. Si le mémoire ne contient pas les trois éléments énumérés sous lettres a) b) et c) ci-dessus, le Tribunal fédéral des assurances ne pourra pas entrer en matière sur le recours qu'il devra déclarer irrecevable. Le mémoire de recours mentionnera encore les moyens de preuve, qui seront joints, ainsi que la décision attaquée et l'enveloppe dans laquelle elle a été expédiée au recourant (art. 132, 106 et 108 OJ).

La greffière :	La Présidente :
Janine BOFFI	Karine STECK

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances sociales par le greffe