RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1247/2004 **ATAS/968/2004**

ARRÊT

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

du 25 novembre 2004

3ème Chambre

En la cause

Monsieur L_____ demandeur

contre

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

---

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

EN FAIT

1. Monsieur L_____, propriétaire d'une boulangerie-pâtisserie, a employé un salarié soumis à l'assurance obligatoire. Le 14 avril 1999, il a signé une convention d'adhésion à la FONDATION INSTITUTION SUPPLETIVE LPP (ci-après la Fondation).

2. Sur la base de la demande d'affiliation et de l'avis de résiliation des rapports de travail signés par l'employeur le 2 juillet 2002, la Fondation a assuré le salarié du défendeur soumis à l'assurance obligatoire, avec effet rétroactif au 1er janvier 1999 et jusqu'au 31 décembre 2000.

3. Le 12 août 2002, la demanderesse a établi un bordereau de contributions fixant le montant dû pour la période du mois de janvier 1999 à décembre 2000 à Fr. 3'464.- y compris les intérêts. Un second bordereau de contribution a été établi le 26 septembre 2002 apportant une correction à la baisse de Fr. 35.- au montant précédent. Le calcul des contributions a été effectué en fonction de l'âge, du sexe, du salaire AVS du salarié, de la période considérée et du taux mentionné dans le règlement des contributions valable pour l'année prise en compte. Il a été contrôlé et vérifié par l'expert agréé en matière de prévoyance professionnelle.

4. Au 2 février 2004, le solde du compte courant de l'employeur s'élevait à Fr. 3'329.- (pièce 111 demanderesse). Il représente le bordereau de contribution du 12 août 2002 dont à déduire celui du 26 septembre 2002 et des frais de sommation de Fr. 100.-.

5. Par courrier du 10 février 2003, la demanderesse a sommé l'employeur de verser le solde débiteur figurant sur le relevé de compte courant au 7 février 2003.

6. Le 2 février 2004, elle a déposé une réquisition de poursuite.

7. Le 16 février 2004, l'Office des poursuites et faillItes (ci-après l'OP) a notifié un commandement de payer n° 04 120024 M à l'employeur pour un montant de Fr. 3'329.- avec intérêts à 5% dès le 1er janvier 2004 et Fr. 150.- de frais. L'employeur a fait opposition.

8. Par courrier du 25 février 2004, l'employeur a précisé à la Fondation que depuis la remise de son commerce le 31 janvier 2001, il n'avait plus exercé d'activité lucrative et qu'il était au bénéfice d'une rente AVS depuis le 1er août 2002. Il a

ajouté que son épouse était dans la totale incapacité de travailler depuis le 10 octobre 2000 et qu'ils demeuraient dans l'attente d'une décision de l'assurance-invalidité. Enfin, il a allégué que les primes qui lui étaient réclamées correspondaient à une période durant laquelle il n'avait pas réalisé de revenus (pièce 116 demanderesse).

9. Par courrier du 27 février 2004, la demanderesse a brièvement répondu à l'employeur pour lui confirmer que les contributions facturées lui étaient bien dues.

10. Par courrier du 3 mars 2004, elle a encore imparti un délai de dix jours à l'employeur pour retirer l'opposition au commandement de payer ; en vain.

11. Le 11 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 cotisations, le commandement de payer, les relevés de compte de l'employeur, ainsi que la sommation.

12. Invité à se déterminer, le défendeur s'est contenté de déposer au greffe du Tribunal de céans un chargé de pièces. On y trouve une décision de l'Office cantonal des personnes âgées du 5 janvier 2004 mettant le défendeur et son épouse au bénéfice de prestations complémentaires cantonales et fédérales, les bordereaux de contributions déjà produits par la demanderesse, les conditions d'affiliation à la FONDATION INSTITUTION SUPPLETIVE LPP, une circulaire intitulée « Informations relatives à la solution de prévoyance 2005 » de la FONDATION INSTITUTION SUPPLETIVE LPP, ainsi qu'un extrait du compte bancaire du défendeur, dont il ressort qu'il ne disposait au 31 décembre 2003 que de Fr. 4'702.70.

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 (ATF 130 I 226).

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 son 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, il convient d'admettre que les décomptes de la Fondation sont exacts. En effet, il ressort de l'ensemble des pièces produites par la demanderesse que le défendeur est resté débiteur d'un montant de Fr. 3'329.--.

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 le défendeur 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 le défendeur a agi avec légèreté ou témérité, puis cela fait, si des dépens peuvent être octroyés à la demanderesse.

Au vu de l'attitude du défendeur avant le procès ainsi qu'au cours de la procédure judiciaire, la légèreté de son comportement doit être niée. En effet, il s'est affilié par lui-même et s'il ne s'est ensuite pas acquitté des cotisations dues, forçant ainsi la demanderesse à déposer une requête en mainlevée, c'est sans doute qu'il se

trouve confronté à des difficultés financières dues à sa situation et à celle de son épouse.

Au vu de ces différents éléments, le Tribunal de céans renonce, compte tenu de la jurisprudence précitée, à lui réclamer un émolument à titre de frais de procédure.

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 11 juin 2004 par la Fondation Institution supplétive LPP dirigée contre Monsieur L_____ ;

2. L'admet ;

3. Condamne Monsieur L_____ à payer à la Fondation Institution supplétive LPP le montant de Fr. 3'329.-- avec intérêts à 5% dès le 1er janvier 2004 ainsi que Fr. 150.-- de frais ;

4. Prononce la mainlevée définitive de l'opposition au commandement de payer N°04 120 024 M, à concurrence des montants susmentionnés ;

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

6. 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