RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1349/2004 **ATAS/883/2004**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

6ème Chambre

du 1er novembre 2004

En la cause

FONDATION INSTITUTION SUPPLETIVE LPP, Agence régionale Suisse Romande, avenue de Mointchoisi 35, Lausanne — recourante

contre

Y_____, — intimée

Siégeant : Madame Valérie MONTANI, Présidente, Mesdames Karine STECK et Doris WANGELER , Juges.

EN FAIT

1. Le 26 novembre 2002, Y_____, entreprise de toiture, ferblanterie, fumisterie et maçonnerie, a signé une convention d'adhésion en vue d'assurer la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité des salariés se trouvant à son service avec la fondation suisse des partenaires sociaux pour l'institution supplétive selon l'article 60 de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982 - LPP - (ci-après : l'institution supplétive).

   Cette convention est entrée en vigueur le 1er novembre 2002.

2. Le 29 janvier 2003, l'employeur a rempli un avis de mutation des salaires pour l'année 2003 mentionnant neuf employés.

3. Le 25 novembre 2003, l'institution supplétive a adressé à l'employeur un bordereau de contributions au montant de fr. 13'918.- relatif la période d'octobre à décembre 2003 pour neuf employés, dont fr. 1'420.- pour M. M_____. Il était précisé que le montant devait être versé dans les 30 jours.

4. Le 9 février 2004, l'institution supplétive a envoyé à l'employeur une sommation de verser immédiatement le montant de fr. 14'248.60 lequel correspondait aux primes impayées selon le bordereau du 25 novembre 2003 majoré de fr. 330.60 d'intérêts de bouclement annuels (au 31 décembre 2003).

   Elle a réclamé à l'employeur des frais de sommation de fr. 100.- et l'a informé que des frais de contentieux seraient prélevés à défaut de paiement de fr. 100.- à fr. 150.-.

5. Le 18 février 2004, l'institution supplétive a reçu de l'employeur un avis de résiliation des rapports de travail de l'employé M_____ pour le 30 avril 2003.

6. Le 25 mars 2004, l'institution supplétive a requis la poursuite de fr. 14'498.60 ainsi que fr. 250.- de frais de sommation et contentieux. Un commandement de payer ces montants a été notifié à l'employeur le 29 avril 2004, lequel a fait opposition.

7. Le 1er juin 2004, l'institution supplétive a écrit à l'employeur pour lui demander de justifier dans un délai de 10 jours son opposition ou pour la retirer. L'employeur n'a pas répondu à ce courrier.

8. Le 25 juin 2004, l'institution supplétive a saisi le Tribunal cantonal des assurances sociales d'une demande concluant à la condamnation de l'employeur au paiement de fr. 14'248.60 plus intérêts à 5 % l'an dès le 24 février 2004 et à fr. 250.- de frais de sommation et contentieux ainsi qu'à la levée de l'opposition. Elle a notamment relevé que les intérêts prélevés du compte courant prime à la clôture annuelle étaient dus en vertu de l'article 4 de la convention d'adhésion.

9. Le 25 juin 2004, l'institution supplétive a transmis à l'employeur un relevé de compte courant concernant les primes du 16 janvier 2003 au 25 juin 2004 faisant apparaître un solde de fr. 25'622.- en faveur de l'institution supplétive, ainsi qu'un relevé de compte courant poursuite faisant apparaître un solde en faveur de l'institution supplétive de fr. 35'497.15. Il était mentionné que ce dernier relevé enregistrait toutes les créances faisant l'objet d'une poursuite ainsi que les versements et les bonifications de ces opérations.

10. Un délai au 10 août 2004, prolongé au 10 septembre 2004 a été imparti à l'employeur par le Tribunal de céans pour répondre à la demande. L'employeur ne s'est pas exécuté.

11. Le 20 septembre 2004, le Tribunal de céans a demandé à l'institution supplétive pour quel motif un montant de fr. 1'420.- était réclamé à l'employeur pour M. M_____ dès lors que celui-ci avait quitté l'entreprise le 30 avril 2003.

12. Le 6 octobre 2004, l'institution supplétive a répondu qu'un note de crédit en faveur de l'employeur avait été effectuée le 24 février 2004, comme en attestait la pièce y relative, au montant de fr. 1'420.- pour la période d'octobre à décembre 2003, à la suite de l'annonce par l'employeur le 18 février 2004 de la résiliation du contrat de travail de M. M_____ pour le 30 avril 2004. Ce crédit avait fait l'objet d'une compensation avec des contributions arriérées dues selon un relevé de compte du 6 août 2004 pour la période du 31 décembre 2003 au 20 mai 2004.

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, composé de 5 juges, dont un président et un vice-président, 5 suppléants et 16 juges assesseurs (art. 1 let. r et 56 T LOJ).

   Suite à l'annulation de l'élection des 16 juges assesseurs, par le Tribunal fédéral le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente permettant au Tribunal cantonal des assurances sociales de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

   Statuant sur un recours de droit public, le Tribunal fédéral a, dans un arrêt du 1er juillet 2004, confirmé que la disposition transitoire constituait la solution la plus rationnelle et était conforme, de surcroît, au droit fédéral (ATF 130 I 226).

2. Interjetée devant la juridiction compétente, la demande est recevable (art. 56 V al. 1 let. b LOJ et 60 LPGA).

3. Selon l'art. 41 al. 1 LPP, les actions en recouvrement de créances se prescrivent par cinq ans quand elles portent sur des cotisations ou des prestations périodiques, par

dix ans dans les autres cas. Les art. 129 et 142 du code des obligations sont applicables. En l'espèce, les cotisations se rapportant à la période d'octobre à décembre 1993, la créance de la demanderesse n'est pas prescrite.

4. Selon l'art. 2 al. 1 LPP, sont soumis à l'assurance obligatoire les salariés qui ont plus de 17 ans et reçoivent d'un même employeur un salaire annuel supérieur à fr. 14'880.-, actuellement fr. 25'320.- (art. 5 de l'Ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, dans la teneur du 30 octobre 2002). Aux termes de l'art. 66 LP, l'institution de prévoyance fixe dans ses dispositions réglementaires le montant des cotisations de l'employeur et de celles des salariés. La somme des cotisations (contribution) de l'employeur doit être au moins égale à la somme des cotisations de tous les salariés. La contribution de l'employeur ne peut être fixée plus haut qu'avec son assentiment (al. 1). 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 (al. 2). L'employeur déduit du salaire les cotisations que les dispositions réglementaires mettent à la charge du salarié (al. 3).

5. En l'espèce, la convention d'adhésion renvoie en son art. 2 à l'attestation individuelle et au règlement de l'institution supplétive. Le règlement des contributions 2003 en pourcentage du salaire coordonné annuel (ci-après : le règlement), prévoit une contribution de 14,8 % pour les hommes entre 25 et 34 ans, 18,2 % pour les hommes entre 35 et 44 ans et 23,6 % pour les hommes entre 45 et 54 ans.

   Le Tribunal de céans constate que les cotisations ont été correctement calculées pour les employés concernés en 2003, en application du règlement et sur la base des salaires et de l'âge des employés déclarés par l'employeur le 29 janvier 2003 dans l'avis de mutation des salaires. Soit, un taux de cotisation de 14,8 % pour un employé, un taux de 18,2 % pour trois employés et un taux de 23,6 % pour quatre employés.

   En revanche, la cotisation de fr. 1'420.- au nom de M. M_____ n'est pas due dès lors que celui-ci est sorti du cercle des assurés le 30 avril 2003 et que la cotisation en cause se rapporte à la période d'octobre à décembre 2003. En effet, l'art. 10 al. 2 LPP prévoit que l'obligation d'être assuré cesse à la naissance du droit aux prestations de vieillesse, notamment en cas de dissolution des rapports de travail.

   En faisant valoir une note de crédit imputée sur un relevé de compte du 6 août 2004, la demanderesse se prévaut implicitement de la possibilité de compenser la créance de la défenderesse issue de la poursuite en cause, soit fr. 1'420.- avec des contributions pour la période subséquente au 31 décembre 2003. Selon la doctrine et la jurisprudence, la compensation de créances réciproques constitue un principe juridique général, ancré en droit privé aux art. 120 ss du Code des obligations du 30

mars 1911 (CO), qui trouve application en droit administratif. En droit des assurances sociales plus particulièrement, le principe est reconnu, même dans les branches de ce droit qui ne le prévoit pas expressément ; au demeurant, la plupart des lois d'assurances sociales connaissent une réglementation spécifique (ATF 110 V 185 consid. 2).

Toutefois, la manière de procéder de la demanderesse ne saurait être suivie. En effet, il incombe au Tribunal de céans de vérifier le bien-fondé de la créance faisant l'objet de la poursuite litigieuse. Or au 18 février 2004, soit antérieurement à la réquisition de poursuite intentée par la demanderesse, celle-ci a eu connaissance de la sortie de M. M_____ de l'entreprise et, en conséquence, du fait que la cotisation relative à cet employé pour le montant de fr. 1'420.- n'était pas due. Il n'y a ainsi pas lieu à compensation dans un tel cas dès lors que la demanderesse n'est pas débitrice de la défenderesse pour le montant précité. Tel aurait été le cas, par exemple, si le défendeur s'était acquitté par erreur dudit montant auprès de la demanderesse ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Enfin, il est vrai que l'employeur qui, comme en l'espèce, viole son obligation d'annoncer sans tarder les modifications de l'effectif de son personnel (art. 4 al. 2 de la convention d'adhésion), doit supporter les coûts et les suites qui résultent de la violation du devoir d'informer (art. 4 al. 2 précité). Or, la demanderesse ne prétend pas, à juste titre, que l'annonce tardive de la sortie de M. M_____ du cercle des assurés aurait engendré des « coûts » ou des « suites » au sens de la convention d'adhésion.

6. Conformément à l'art. 66 al. 2 LPP, l'employeur est le débiteur de la totalité des cotisations envers l'institution de prévoyance. Celle-ci peut majorer d'un intérêt moratoire les cotisations payées tardivement. Le taux d'intérêt se détermine en premier lieu selon la convention conclue par les parties dans le contrat de prévoyance et, à défaut, selon les dispositions légales sur les intérêts moratoires des art. 102 ss. CO (SVR 1994 BVG n° 2 p. 5 consid. 3b/aa; RSAS 1990 p. 161 consid. 4b). Aux termes de l'art. 102 al. 1 CO, le débiteur d'une obligation exigible est mis en demeure par l'interpellation du créancier. Lorsque le jour de l'exécution a été déterminé d'un commun accord, ou fixé par l'une des parties en vertu d'un droit à elle réservé et au moyen d'un avertissement régulier, le débiteur est mis en demeure par la seule expiration de ce jour (art. 102 al. 2 CO). Le débiteur qui est en demeure pour le paiement d'une somme d'argent doit un intérêt moratoire à 5 % (ATF 127 V 390 consid. 5e/bb et les références), dans la mesure où un taux d'intérêt plus élevé n'a pas été convenu par contrat (art. 104 al. 1 et 2 CO). Selon l'art. 105 al. 3 CO, des intérêts ne peuvent être portés en compte pour cause de retard dans les intérêts moratoires (RSAS 2003 p. 500 consid. 6.1 ; ATFA du 26 août 2004 en la cause B 106/03).

En l'espèce, la convention d'adhésion prévoit uniquement que des intérêts sur les montants non payés sont dus (art. 4 al. 3). En conséquence, il convient de faire

application d'un taux d'intérêt de 5 % dès la mise en demeure de l'employeur et l'exigibilité de l'obligation. A cet égard, l'art. 4 al. 3 de la convention d'adhésion prévoit que les contributions sont facturées trimestriellement à terme échu. Elles sont échues à chaque 1er mars, 1er juin, 1er septembre et 1er décembre et payables dans les 30 jours qui suivent leur échéance. En cas de retard de paiement, l'institution supplétive peut calculer des intérêts sur les montants non payés.

En conséquence, la créance de fr. 13'918.- attestée par le bordereau du 25 novembre 2003 – lequel se rapporte aux cotisations dues pour le dernier trimestre de l'année – est exigible depuis le 31 décembre 2003, soit 30 jours après le 1er décembre 2003.

Partant, l'intérêt de 5 % peut être prélevé dès le 1er janvier 2004. Antérieurement à cette date, la défenderesse ne se trouvait pas en retard de paiement. Pour ce motif, l'intérêt de bouclement annuel au montant de fr. 330.60 calculé au 31 décembre 2003 par la demanderesse sur la base de l'art. 4 de la convention n'est pas dû. Par ailleurs, et pour les mêmes motifs que ceux retenus dans l'ATFA du 26 août 2004 en la cause B 106/03 opposant un assuré à la demanderesse, celle-ci n'est pas non plus en droit de réclamer à la défenderesse des « intérêts de bouclement annuels », en vertu d'un compte courant les parties n'étant pas liées par un contrat de compte courant. A cet égard, le TFA a jugé que l'existante de relevés intitulés « compte courant primes » et « compte courant poursuite » tels qu'ils ont également été établis dans le cas d'espèce ne sont pas suffisants pour admettre que les parties étaient liées par un contrat de compte courant (ATFA précité consid. 4).

7. Au vu de ce qui précède, la demande est fondée à hauteur du montant de fr. 12'498.- (soit fr. 14'248.60 – [fr. 1'420.- + fr. 330.60]) avec intérêts à 5 % l'an dès le 1er janvier 2004 ainsi que fr. 250.- de frais de sommation et contentieux, ces derniers étant prévus par l'art. 4 de la convention d'adhésion et de l'annexe à celle-ci.

PAR CES MOTIFS,

LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

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

A la forme :

1. Déclare la demande recevable ;

Au fond :

2. L'admet partiellement ;

3. Condamne Y_____ au paiement de fr. 12'498.- avec intérêt à 5 % l'an dès le 1er janvier 2004 ainsi qu'à fr. 250.- de frais ;

4. Lève l'opposition au commandement de payer poursuite n° 04 147957 A à hauteur de fr. 12'498.- avec intérêt à 5 % l'an dès le 24 février 2004 ainsi qu'à fr. 250.- de frais ;

5. 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 :
Nancy BISIN	Valérie MONTANI

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