

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1509/03

ATAS/331/2003

ARRÊT

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

du 10 DECEMBRE 2003

4ème Chambre

En la cause

FONDATION INSTITUTION SUPPLETIVE LPP,
Agence régionale de la Suisse romande,
Avenue de Montchoisi 35
1006 LAUSANNE

DEMANDERESSE

Contre

Monsieur R_____,

DÉFENDEUR

Siégeant : Madame Juliana BALDE, Présidente

Monsieur Roger LOZERON et Mme Florence BRUTSCH, juges assesseurs

EN FAIT

1. Monsieur R _____ exploite l'établissement « X _____ » à Carouge et emploie de ce fait plusieurs personnes. Sur la base du décompte des salaires fourni par la caisse de compensation, il est apparu que ce dernier avait versé des salaires à des employés soumis à l'assurance obligatoire en 1994, 1995, 1996 et 1997.
 2. L'employeur ne s'étant pas affilié à une institution de prévoyance, la Fondation institution supplétive LPP (ci-après la Fondation), par décision du 23 mai 1996, l'a affilié d'office avec effet rétroactif au 1^{er} février 1994. Cette décision n'a fait l'objet d'aucun recours et l'affiliation est donc entrée en force.
 3. Se fondant sur les salaires annoncés par l'employeur à sa caisse de compensation pour 1994, 1995 et 1996, et à la caisse cantonale genevoise de compensation pour 1997, la Fondation lui a adressé le 30 septembre 1997 un bordereau de cotisations portant sur un montant de 26'472 fr. Le décompte portait sur la période 1994-1995. Le débiteur devait s'acquitter de cette somme au plus tard le 26 octobre 1997.
 4. Le 6 juillet 1998, sur réquisition de la Fondation, l'office des poursuites et des faillites Rive-Droite (ci-après l'Office) a notifié un commandement de payer N°98 234054 D à l'employeur pour un montant de 26'504,50 fr. avec intérêts à 5 % dès le 1^{er} janvier 1998. Le débiteur a fait opposition le 14 juillet 1998. Le 18 décembre 1998, la Fondation a saisi le Tribunal administratif (fonctionnant précédemment comme Tribunal cantonal des assurances) d'une requête en mainlevée définitive de l'opposition. Par arrêt du 27 avril 1999, le Tribunal administratif a admis la demande, condamné l'employeur à payer la totalité de la somme réclamée et prononcé la mainlevée définitive de l'opposition au commandement de payer.
 5. Le 22 septembre 1998, la Fondation a adressé à l'employeur un nouveau bordereau de cotisations portant sur un montant de 21'785 fr. Le décompte portait sur les années 1996-1997. La Fondation s'était à nouveau basée sur les salaires annoncés par l'employeur à la caisse de compensation Gastrosuisse pour 1996, ainsi qu'à la caisse cantonale genevoise de compensation pour 1997.
 6. Le 13 mai 2000, sur réquisition de la Fondation, l'Office a notifié à Monsieur R _____ un nouveau commandement de payer N° 00 219411 J pour un montant de 24'345,65 fr. avec intérêts à 5 % dès le 1^{er} janvier 2000. Ce montant
-

correspondait au solde de cotisations dû au 31 décembre 1999. Le débiteur a fait opposition totale au commandement de payer.

7. Le 14 décembre 2002, sur nouvelle réquisition de la Fondation, la première poursuite étant périmée, l'Office a notifié à l'employeur un second commandement de payer N° 00 00 pour un montant de 24'345,65 fr avec intérêts à 5 % dès le 1^{er} janvier 2000, correspondant au solde de sa créance au 31.12.1999, plus 254,90 fr de frais de poursuite et 150 fr de frais de contentieux. Le débiteur a derechef fait opposition totale au commandement de payer.
8. Le 18 août 2003, la Fondation a saisi le Tribunal de céans d'une requête en mainlevée définitive de l'opposition. Entre autres documents, elle a produit les décomptes de salaires annoncés aux caisses de compensation entre 1994 et 1997, le bordereau de cotisations pour les années 1996-1997, les deux commandements de payer notifiés ainsi que les relevés des comptes courants de l'employeur « prime » et « poursuite » au 18 août 2003.
9. Invité à se déterminer d'ici au 25 septembre 2003, puis au 15 octobre 2003, le défendeur ne s'est pas manifesté.
10. Au surplus, les faits et allégués pertinents des parties seront repris, en tant que besoin, dans la partie « en droit » ci-après.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ ; E 2 05) a été modifiée et a institué, dès le 1^{er} août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales. Conformément à l'art. 56 V al. 1 lit. b, ce Tribunal connaît en instance unique des contestations relatives à la prévoyance professionnelle opposant institutions de prévoyance, employeur et ayants droits, y compris en cas de divorce, ainsi qu'aux prétentions en responsabilité. Déposée devant la juridiction compétente, la demande est ainsi recevable.
2. La loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982 (LPP - RS 831.40) institue un 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 son 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). L'affiliation a alors lieu avec effet rétroactif (art. 11 al. 3 LPP).

L'art. 3 al. 1 de l'Ordonnance sur les droits de l'institution supplétive en matière de prévoyance professionnelle (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 dès le 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).

3. 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 droit.

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 pouvaient 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 II 149). Le Tribunal de céans peut ainsi connaître directement de l'opposition faite par le débiteur au commandement de payer.

4. Les décisions des autorités administratives fédérales portant condamnation à payer une somme d'argent sont exécutées par la voie de la poursuite pour dettes 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 dettes et la faillite du 11 avril 1889 (LP - RS 281.1 ; P.-R. GILLIERON, Commentaire 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 confiées par la Confédération, en application du droit fédéral, mais qui ne statuent 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 (op. cit. p. 1227 ; C. JAEGER, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 1999 p. 621). Par autorités administratives fédérales – et par extension autorités administratives

cantonales 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 lit. b et e de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 [PA - 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 qualité pour lever une opposition à la poursuite en statuant sur le fond (ATF 109 V 51).

5. En l'espèce, le Tribunal de céans tient pour établi qu'en sa qualité d'employeur occupant des salariés, le défendeur devait obligatoirement être affilié à une caisse de prévoyance professionnelle, ce qui du reste n'a jamais été contesté par ce dernier dès lors que la décision d'affiliation est entrée en force le 23 mai 1996, celle-ci n'ayant fait l'objet d'aucun recours.

Il convient par ailleurs d'admettre que les décomptes de la Fondation portant sur les années 1996 et 1997 sont exacts. En effet, il ressort de l'ensemble des pièces produites par la demanderesse que le défendeur est demeuré débiteur d'un montant de 24'345,65 fr correspondant aux cotisations des employés dues au 31 décembre 1999 pour les années en cause. En outre, la simple passivité du débiteur, celui-ci n'ayant 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 (ATA J. du 5 septembre 1995).

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 du 23 mai 1996.

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.

6. 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 ; E 5 10) 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 pas a priori 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).

La 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 (aLAVS - 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 1^{er} janvier 2003] et, d'autre part, le droit aux dépens selon l'art. 85 al. 2 let. f aLAVS [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 l'adverse partie procède à la légère 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 la légèreté (ATF 128 V 323). Selon l'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 nécessitent une grande quantité de travail qui dépasse le cadre de ce que l'on peut normalement et raisonnablement exiger de quelqu'un pour s'occuper de ses affaires personnelles ; il faut donc une masse de travail qui gêne de manière importante l'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).

7. En l'espèce, il convient de déterminer en premier lieu si le défendeur a agi avec légèreté ou témérité, justifiant une exception au principe de la gratuité de la procédure, 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 constatée. En effet, il ne s'est jamais affilié à une quelconque institution de prévoyance, ce qui a amené la Fondation à l'affilier d'office conformément aux dispositions légales. Cela fait, il ne s'est pas acquitté une première fois des cotisations dues pour les années 1994 et 1995, forçant la demanderesse à déposer une requête en mainlevée pour un premier montant de 26'504,50 fr. pour laquelle elle a obtenu gain de cause auprès du Tribunal administratif en date du 27 avril 1999. Malgré ce premier procès, le défendeur a persisté à ne pas s'acquitter des cotisations dues pour les années suivantes, soit 1996 et 1997, ce qui a donné lieu au présent litige. En outre, appelé à se déterminer à deux reprises par le Tribunal de céans, il n'a pas daigné répondre, ainsi qu'il l'avait déjà fait lors du premier procès.

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 cantonal des assurances sociales statue dans les limites établies par 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 pas 10'000 fr. (art. 2 al. 1 du Règlement précité). Le Tribunal condamnera dès lors le défendeur à payer un émolument de 1'000 fr.

Le défendeur 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 de ce 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

A la forme :

1. Déclare recevable la demande déposée le 18 août 2003 par la Fondation Institution Supplétive LPP dirigée contre Monsieur R_____ ;

Au fond :

1. L'admet ;
2. Condamne Monsieur R_____ à payer à la Fondation Institution Supplétive LPP le montant de 24'345,65 fr avec intérêts à 5 % dès le 1^{er} janvier 2000, ainsi que 254,90 fr de frais de poursuite et 150.- fr de frais de contentieux ;
3. Prononce la mainlevée définitive de l'opposition au commandement de payer N° 00 00, à concurrence des montants susmentionnés ;
4. Condamne le défendeur à un émolument de 1'000 fr. ;
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 qu'elle 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).

Le greffier :

Walid BEN AMER

La Présidente :

Juliana BALDE

La secrétaire-juriste : Flore PRIMAULT

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