RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1934/2003 **ATAS/126/2006**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 1

du 7 février 2006

En la cause

Monsieur B_____, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Jean-Pierre OBERSON	demandeur
contre	
X_____, Madame R_____, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Jacopo RIVARA	défenderesse
PAX, FONDATION COLLECTIVE LPP, ayant son siège Aeschenplatz 13, 4002 BASEL	appelée en cause

---

Siégeant : Mme Doris WANGELER, Présidente,
Mmes Karine STECK et Valérie MONTANI, Juges

EN FAIT

1. L'entreprise X_____(ci-après l'entreprise) est une entreprise individuelle active dans le domaine de la maçonnerie, du béton armé et du génie-civil, inscrite en tant que telle au Registre du commerce de Genève depuis septembre 1995. L'entreprise est affiliée pour la prévoyance en faveur de son personnel auprès de la PAX, Fondation collective LPP (ci-après l'institution de prévoyance) depuis le 1er décembre 1996.

2. Monsieur B_____ (ci-après le demandeur) a travaillé au sein de cette entreprise d'octobre 1994 à fin décembre 1998. Pour les années 1996 à 1998, des retenues ont été effectuées sur son salaire au titre de la prévoyance professionnelle pour un montant total de 3'923 fr. 95.

3. Par courrier du 8 novembre 2000, l'institution de prévoyance a informé l'entreprise qu'il n'y avait pas lieu de prélever des cotisations LPP au demandeur pour les années 1996, 1997 et 1998, le salaire annuel de ce dernier ayant toujours été inférieur au salaire annuel minimum à partir duquel l'affiliation à la LPP est obligatoire. Copie de ce courrier a été adressée au demandeur.

4. Celui-ci a ainsi mis en demeure l'entreprise le 7 septembre 2001, de lui rembourser la somme de 3'923 fr. 95 représentant les cotisations LPP retenues sans droit. Sans nouvelle de l'entreprise, il lui a fait notifier un commandement de payer le 6 novembre 2001, lequel a été frappé d'opposition.

5. Le 9 janvier 2002, l'entreprise a recommandé au demandeur de s'adresser directement à l'institution de prévoyance pour obtenir le versement du montant réclamé.

6. L'institution de prévoyance a de son côté annoncé que suite à l'annulation de l'assurance de prévoyance du demandeur dès le 1er décembre 1996, les primes versées avaient été créditées à l'entreprise (cf. courrier du 27 novembre 2002).

7. Parallèlement le demandeur avait dirigé le 12 septembre 2002 contre l'entreprise une action en paiement par devant le Tribunal de première instance (TPI). Par jugement du 4 septembre 2003, la 4ème Chambre du TPI s'est déclarée incompétente ratione materiae.

   Le demandeur, représenté par Maître Jean-Pierre OBERSON a alors saisi le Tribunal de céans le 9 octobre 2003 afin d'obtenir le remboursement de la somme de 3'923 fr. 95, décomposée comme suit:

   - Fr. 1'073.80 avec intérêts à 5% dès le 1er janvier 1997
   - Fr. 1'096.15 avec intérêts à 5% dès le 1er janvier 1998
   - Fr. 1'754.00 avec intérêts à 5% dès le 1er janvier 1999

8. Dans son mémoire de réponse du 10 novembre 2003, l'entreprise, représentée par Maître Jacopo RIVARA, allègue que la demande est prescrite en application de l'art. 67 CO. Il rappelle en effet que c'est en mars 1998 que le demandeur a su qu'il avait été assuré à tort auprès de la PAX, qu'il n'avait cependant requis la poursuite contre l'entreprise que le 8 octobre 2001. Il lui aurait appartenu d'agir au plus tard le 4 mars 1999.

   L'entreprise précise par ailleurs qu'alors qu'il travaillait à son service, de manière épisodique, le demandeur percevait parallèlement des indemnités journalières de la CNA. Celui-ci serait ainsi malvenu de réclamer aujourd'hui le remboursement de primes LPP prélevées sur un salaire qu'il recevait en même temps que des indemnités journalières de la CNA.

9. Dans sa réplique du 19 janvier 2004, le demandeur conteste que sa créance puisse être prescrite, invoquant les art. 127 CO et 41 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP), et persiste dans ses conclusions.

10. Dans sa duplique du 27 février 2004, l'entreprise considère que l'art. 41 LPP ne saurait s'appliquer dans le cas d'espèce, puisque la caisse de prévoyance n'est pas partie à la procédure. Selon l'entreprise, le cas d'espèce n'a pas trait à un litige à strictement parler relevant de la prévoyance professionnelle, mais à la question de savoir si elle aurait indûment conservé par-devers elle les cotisations de prévoyance retenues du demandeur et qui lui auraient ensuite été remboursées par l'institution de prévoyance sans qu'elle les reverse au demandeur. De même considère-t-elle que l'art. 127 CO ne s'applique pas, puisqu'il ne s'agit pas ici d'un litige découlant du droit du travail. Elle constate finalement que le demandeur n'a pas su apporter la preuve de ce que l'entreprise avait effectivement été remboursée par l'institution de prévoyance, que quand bien même cela serait, resterait de qualifier la créance du demandeur: se fonderait-elle sur l'enrichissement illégitime ou sur le contrat de travail ? Dans la première hypothèse, l'annulation du contrat entre l'entreprise et l'institution de prévoyance implique que celle-ci rembourse son affiliée, soit l'entreprise. Dans la deuxième hypothèse, le Tribunal de céans ne serait pas compétent.

11. Par ordonnance du 28 septembre 2004, le Tribunal de céans a appelé en cause l'institution de prévoyance.

12. Par courrier du 14 octobre 2004, celle-ci a ainsi confirmé qu'aucune cotisation n'a jamais été due pour le demandeur, son salaire ayant été inférieur au minimum LPP pour la période incriminée.

Elle a par ailleurs versé au dossier:

- copie de la lettre qu'elle avait adressée à l'entreprise le 8 novembre 2000, aux termes de laquelle elle avait dressé un récapitulatif de ce qui avait été retenu au demandeur depuis 1996, "et que par conséquent vous devez lui restituer", et

- copie de la réplique adressée le 21 décembre 2000 au Tribunal administratif (TA) dans le cadre d'une procédure dirigée par l'institution de prévoyance contre l'entreprise. Le TA a rendu son arrêt le 28 août 2001 prononçant la mainlevée de l'opposition formée par l'entreprise. S'agissant des montants que l'entreprise voulait voir porter en déduction de sa dette, le TA a notamment déclaré que "le montant de 3'923 fr. 25 appartient au salarié et l'entreprise doit le lui restituer. Il n'est donc pas possible de le déduire du montant des primes dues au 31 décembre 1999".

Il ressort de la réplique produite que "vu ses faibles revenus, Monsieur B_____ n'est pas soumis à l'assurance obligatoire et par là-même non assujetti aux cotisations, aussi la PAX Fondation collective LPP n'a pas demandé de primes au débiteur pour ce salarié. Bien que ce salarié ne soit pas soumis à l'assurance obligatoire, le débiteur a déduit de son salaire pour les années 1996, 1997 et 1998, un montant total de primes s'élevant à 3'923 fr. 95. Le débiteur, à bon droit, ne nous a pas versé cette somme. Vu ce qui précède, le montant de 3'923 fr. 95 constitue un avoir du salarié et non de l'employeur. La somme de 3'923 fr. 95 n'a de fait absolument rien à voir avec la créance due par le demandeur et ne peut donc pas être prise en compte".

13. Invitée à se déterminer, l'entreprise relève que l'institution de prévoyance a soutenu successivement plusieurs thèses sur la question de savoir si elle avait réellement remboursé les cotisations LPP prélevées sur le salaire du demandeur. Ainsi l'institution de prévoyance a tantôt nié avoir reçu les cotisations LPP concernant le demandeur et tantôt affirmé les avoir remboursées. L'entreprise considère ainsi que les explications apportées par l'institution de prévoyance n'apportent aucun éclairage nouveau sur la situation.

14. Interrogée par le Tribunal de céans, l'institution de prévoyance a, par courrier du 12 avril 2005, précisé ce qui suit:

"Pour la période du 1.12.1996 au 31.12.1996, nous avons débité les primes pour Monsieur C_____ sur la facture no 1997/07964 du 25.02.97 pour un montant de CHF 445.65 (montant compris dans le total de CHF 2'223.35). Voir pièce 1.

Pour la période du 1.1.1997 au 31.12.1997, nous avons débité un montant de CHF 5'262.10 pour Monsieur C_____ (montant compris sur la facture no 1997/09789 du 17.03.1997). Voir pièce 2.

En date du 6.03.1998, selon notre facture no 1998/08362, nous avons crédité le compte prime de l'entreprise X_____ du montant de CHF 5'707.75 correspondant au total des primes débitées du 1.12.1996 au 31.12.1997 pour Monsieur C_____. Voir pièce 3.

Aucune prime n'a été facturée pour Monsieur C_____ à partir du 1.1.1998".

15. Ce courrier a été transmis aux partie et la cause gardée à juger. Les allégués des parties seront repris, en tant que de besoin, dans la partie « en droit » qui suit.

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).

2. 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.

3. Conformément à l'art. 56 V 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 qu'aux prétentions en responsabilité (art. 331 à 331e du code des obligations ; art. 52, 56a, alinéa 1, et art. 73 de la LPP; art. 142 code civil).

4. 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. Les décisions des tribunaux cantonaux peuvent être déférées au Tribunal fédéral des assurances (TFA) par la voie du recours de droit administratif (art. 73 al. 4 LPP).

   Cette disposition s'applique d'une part aux institutions de prévoyance enregistrées de droit privé ou de droit public – aussi bien en ce qui concerne les prestations minimales obligatoires qu'en ce qui concerne les prestations s'étendant au-delà (art. 49 al. 2 LPP) – et, d'autre part, aux fondations de prévoyance en faveur du personnel non enregistrées, dans le domaine des prestations qui dépassent le minimum obligatoire (art. 89 bis al. 6 CC ; ATF 122 V 323 consid. 2a).

La compétence des autorités visées par l'art. 73 LPP est doublement définie.

Elle l'est, tout d'abord, quant à la nature du litige: il faut que la contestation entre les parties porte sur des questions spécifiques de la prévoyance professionnelle, au sens étroit ou au sens large (ATF 122 III 59 consid. 2; 120 V 18 consid. 1a; 117 V 50 consid. 1; 116 V 220 consid. 1a; WALSER, Der Rechtsschutz der Versicherten bei Rechtsansprüchen aus beruflicher Vorsorge, Mélanges pour le 75ème anniversaire du TFA, p. 477 ss). Ce sont donc principalement des litiges qui portent sur des prestations d'assurance, des prestations de libre passage (actuellement prestations d'entrée ou de sortie) et des cotisations (BERENSTEIN, A propos d'un arrêt du Tribunal fédéral des assurances relatif à la compétence des tribunaux genevois, SJ 1988 p. 114; RIEMER, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, § 6, p. 127, note 3). En revanche, les voies de droit de l'art. 73 LPP ne sont pas ouvertes lorsque la contestation a un fondement juridique autre que le droit de la prévoyance professionnelle, même si elle devait avoir des effets relevant du droit de ladite prévoyance (ATF 122 III 59 consid. 2; MEYER-BLASER, Die Rechtsprechung von Eidgenössischem Versicherungsgericht und Bundesgericht zum BVG, in RSAS 1995 p. 105 ss; 125 V 168 consid. 2, 122 V 323 consid. 2b et les références; SJ 1988, 112).

Cette compétence est également limitée par le fait que la loi désigne de manière non équivoque les parties pouvant être liées à une contestation, savoir les institutions de prévoyance, les employeurs et les ayants droit (MEYER, Die Rechtswege nach dem BVG, RDS [106] 1987 I p. 610 ss; SCHWARZENBACH-HANHART, Die Rechtspflege nach dem BVG; RSAS 1983 p. 174).

Le Tribunal fédéral a dans un arrêt publié in ATF 122 III 57 jugé que l'art. 73 LPP n'était pas applicable dans le cas d'un litige opposant un travailleur à son ancien employeur. Le travailleur réclamait le paiement d'un montant dû en contrepartie de l'apport de clientèle. Le fait que selon le contrat de travail, ce montant devait être utilisé pour le rachat dans la caisse de pensions ne suffisait pas pour admettre la compétence de l'autorité visée par l'art. 73 LPP. Le TFA considérant que cette utilisation n'était pas l'expression d'une obligation de l'une ou de l'autre des parties envers l'institution de prévoyance. Tout autre est le cas d'espèce.

Le présent litige porte en effet sur la prétention du demandeur au remboursement de la somme de 3'923 fr. 95 retenue à tort par l'employeur au titre des cotisations LPP. Il a dès lors sa source dans le domaine spécifique du droit de la prévoyance professionnelle (ATF 122 III 57). Savoir si le point litigieux, soit en l'espèce, la demande de remboursement, est ou non l'objet d'une réglementation expresse de la LPP ou de ses disposition d'exécution n'est pas déterminant en ce qui concerne la compétence (ATF 117 V 50; ATF 114 V 105).

La compétence ratione materiae du Tribunal de céans pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

5. L'art. 73 LPP constitue une réglementation spéciale, dérogeant à l'OJ, dans la mesure où il supprime implicitement une des conditions ordinaires de recevabilité du recours de droit administratif, à savoir l'existence d'une décision fondée sur le droit public fédéral (arrêt non publié du 25 janvier 2000, B 37/99 Kt ; ATF 114 V 105 consid. 1b).

6. L'ouverture de l'action prévue à l'art. 73 al. 1 LPP n'est soumise comme telle à l'observation d'aucun délai (SPIRA, Le contentieux des assurances sociales fédérales et la procédure cantonale, recueil de jurisprudence neuchâteloise 1984, p 19). La requête déposée par le demandeur est dès lors recevable.

7. La loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA) entrée en vigueur le 1er janvier 2003 n'est pas applicable aux litiges en matière de prévoyance professionnelle.

   La novelle du 3 octobre 2003 modifiant la LPP (première révision) est entrée en vigueur le 1er janvier 2005 (sous réserve de certaines dispositions dont l'entrée en vigueur a été fixée au 1er avril 2004 et au 1er janvier 2006 [RO 2004.1700]), entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de la prévoyance professionnelle. Sur le plan matériel, le point de savoir quel droit s'applique doit être tranché à la lumière du principe selon les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminant se sont produits (ATF 126 V 136, consid. 4b).

   En l'espèce, le présent litige porte sur le remboursement de cotisations prélevées à tort sur le salaire du demandeur de 1996 à 1998, soit pour une période antérieure à l'entrée en vigueur de la novelle, laquelle ne s'applique donc pas.

8. La LPP 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.

   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.

Selon l'art. 2 al. 1 LPP, l'affiliation à la LPP est obligatoire lorsque le salaire versé par un même employeur dépasse le montant de 23'880 fr. (état 1999 - ordonnance sur l'adaptation des montants).

En l'espèce, il n'est pas contesté que le demandeur a réalisé durant la période concernée un salaire inférieur à ce montant et que, partant, des cotisations LPP à hauteur de 3'923 fr. 95 n'étaient pas dues.

9. L'entreprise allègue que, en vertu de l'art. 67 CO, l'action dirigée par le demandeur contre elle-même est prescrite. Elle considère en effet que le demandeur a appris le 11 mars 1998 déjà qu'il ne devait pas être assuré auprès de l'institution de prévoyance et en conclut qu'il aurait dû agir au plus tard le 4 mars 1999 pour réclamer la restitution des primes déjà retenues sur son salaire et le 30 septembre 1999 pour les primes retenues sur ses salaires de 1998.

Selon la jurisprudence, l'obligation de restituer l'indu se fonde en premier lieu sur les dispositions spéciales qui la prévoient et, à défaut, sur les règles générales de l'enrichissement illégitime au sens des art. 62 à 67 CO (ATF 115 V 118 consid. 3b et les références).

La LPP, qui se rapporte pour l'essentiel de ses dispositions à la prévoyance professionnelle obligatoire (art. 49 al. 2 LPP), ne renferme pas de norme relative à la restitution de cotisations payées à tort.

A défaut de norme statutaire ou réglementaire, la demande de remboursement se fonde en conséquence sur les art. 62 ss CO, notamment l'art. 63 al. 1 CO (ATF 128 V 52 consid. 3a).

En vertu de l'art. 67 al. 1 CO, l'action pour cause d'enrichissement illégitime se prescrit par un an à compter du jour où la partie lésée a eu connaissance de son droit de répétition, et, dans tous les cas, par dix ans dès la naissance de ce droit.

L'entreprise considère que le délai devrait courir à compter du 11 mars 1998, date à laquelle l'institution de prévoyance lui a écrit en ces termes: "D'autre part, nous vous remettons le décompte d'annulation des primes facturées en 1996 et 1997 pour Monsieur B_____, le solde de 5'707 fr. 75 est crédité sur votre compte de primes".

Tel n'est pas l'avis du Tribunal de céans. On ne saurait déduire de ce courrier que la somme de 3'923 fr. 95 n'aurait pas dû être prélevée sur le salaire du demandeur. Celui-ci quoi qu'il en soit n'a pas été informé de ce courrier.

Ce n'est que le 8 novembre 2000 que le demandeur a appris que des cotisations LPP avaient été prélevées à tort sur son salaire, en recevant copie du courrier adressé par l'institution de prévoyance à l'entreprise. En mettant en demeure

l'entreprise le 7 septembre 2001 et en lui faisant notifier un commandement de payer le 6 novembre 2001, il a agi dans le délai d'une année prévu par l'art. 67 CO.

Son action visant à obtenir le remboursement des cotisations qui avaient été indûment prélevées sur son salaire doit dès lors être admise pour un montant de 3'923 fr. 95. Il appartiendra à l'entreprise de se retourner, le cas échéant, contre l'institution de prévoyance si celle-ci a effectivement gardé par devers elle ledit montant.

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.

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.

3. Condamne l'entreprise à rembourser au demandeur la somme de 3'923 fr. 95, décomposée comme suit:

   -Fr. 1'073.80 avec intérêts à 5% dès le 1er janvier 1997
   - Fr. 1'096.15 avec intérêts à 5% dès le 1er janvier 1998
   - Fr. 1'754.00 avec intérêts à 5% dès le 1er janvier 1999

4. La condamne à verser au demandeur une indemnité de 1'000 fr. à titre de participation à ses frais et dépens.

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 :
Marie-Louise QUELOZ	Doris WANGELER

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