



POUVOIR JUDICIAIRE

A/2388/2003

ATAS/463/2004

**ARRET**

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES  
ASSURANCES SOCIALES**

**3<sup>ème</sup> chambre**

**du 17 juin 2004**

En la cause

**FONDATION INSTITUTION SUPPLETIVE LPP**, Agence de  
Zürich, Limmatquai 94, case postale 859, 8025 Zürich

demanderesse

contre

**X** \_\_\_\_\_ SA, pa M. M \_\_\_\_\_,

défenderesse

**Siégeant :** Madame Karine STECK, Présidente,

Mesdames Juliana BALDE et Doris WANGELER, Juges

---

**EN FAIT**

1. X \_\_\_\_\_ SA (ci-après : la société), inscrite au Registre du commerce de Genève, est propriétaire du restaurant Y \_\_\_\_\_, sis à Zürich, et y emploie plusieurs personnes.
2. Le 26 mars 2002, l'Office de la prévoyance professionnelle du canton de Zürich a annoncé la société à la Fondation institution supplétive LPP (ci-après : la Fondation) pour une affiliation d'office. En effet, l'affiliation de la société à la Fondation PVE Gastrosuisse Aarau avait été résiliée au 31 décembre 2000.
3. La société n'ayant pas apporté la preuve de l'existence d'un nouveau contrat auprès d'une institution de prévoyance enregistrée, la Fondation a rendu en date du 15 mai 2002 une décision d'affiliation d'office avec effet rétroactif au 1<sup>er</sup> janvier 2001. Cette décision est entrée en force sans avoir été contestée.
4. Par courrier du 17 décembre 2002, la Fondation a demandé à la société de remplir l'avis de mutation des salaires prévisionnels pour l'année 2003 et de lui annoncer les entrées et sorties d'assurés non encore déclarées. Il a été précisé que sans nouvelles dans le délai imparti, des frais de rappel, de mutation et de facturation seraient facturés.
5. Par courrier du 11 janvier 2003, la Fondation a adressé à la société le relevé des opérations enregistrées au cours de l'exercice s'étant terminé le 31 décembre 2002. Ce relevé laissait apparaître un solde débiteur de Fr. 573.30.
6. La société ne s'étant pas acquittée de cette somme, la Fondation, par courrier du 10 février 2003, lui a adressé une sommation formelle assortie de Fr. 100.— de frais de mise en demeure.
7. Par courrier du 27 février 2003, la Fondation a une nouvelle fois réclamé à la société l'avis de mutation des salaires de l'année 2003. S'y ajoutaient Fr. 50.— de frais de rappel.
8. Un bordereau de contribution a été établi en date du 23 avril 2003, fixant le montant dû à Fr. 48'700.--, à payer dans les 30 jours. Ce décompte a été établi sur la base des salaires AVS 2002 enregistrés par la Caisse de compensation AVS Gastrosuisse à Aarau, compte tenu du fait que le salaire coordonné correspond au salaire brut AVS moins la déduction de coordination.
9. Par courrier du 5 mai 2003, la Fondation a formellement sommé la société de payer les montants dus tels que ressortant du relevé de compte courant au 2 mai 2003.

10. Par courrier du 15 juillet 2003, la Fondation a adressé une nouvelle sommation à la société. Le montant en souffrance s'élevait alors, selon le relevé de compte courant du 11 juillet 2003, à Fr. 49'523.30.
11. Une dernière sommation, adressée à la société en date du 4 août 2003, est également restée lettre morte.
12. Le 6 octobre 2003, sur réquisition de la Fondation, l'Office des poursuites et faillites (ci-après l'OP) a notifié un commandement de payer N° 03 223937 V à la société pour des montants de Fr. 49'523.30 avec intérêts à 5% dès le 19 août 2003, et Fr. 250.-- de frais. La société a fait opposition en date du 22 octobre 2003.
13. Le 10 décembre 2003, 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 diverses sommations.
14. Invité à se déterminer, la défenderesse ne s'est pas manifestée.

## **EN DROIT**

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ ; E 2 05) a été modifiée et a institué, dès le 1<sup>er</sup> 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 (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 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 (GILLIERON, op. cit., p. 1227 ; C. JAEGGER, 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 let. 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, la défenderesse 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 sans faire l'objet d'aucun recours.

Il convient par ailleurs d'admettre que les décomptes de la Fondation portant sur sont exacts. En effet, il ressort de l'ensemble des pièces produites par la demanderesse que la défenderesse est demeurée débitrice d'un montant de Fr. 49'523.30 correspondant aux cotisations des employés dues pour l'année 2002. En outre, la simple passivité de la débitrice, celui-ci n'ayant réagi ni aux sommations de la Fondation, ni à celle 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).

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 (aLAVS [RS 831.10] ; cf. 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<sup>er</sup> 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 la défenderesse 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.

- a. 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, il a négligé de se réaffilier à une institution de prévoyance, ce qui a amené la Fondation à l'affilier d'office conformément aux dispositions légales. Il n'a par ailleurs jamais donné suite aux multiples sommations qui lui ont été adressées par la Fondation. 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 Fr. 10'000.-- (art. 2 al. 1 du règlement précité). Le Tribunal condamnera dès lors le défendeur à payer un émolument de Fr. 1'000.--.

- b. Reste à examiner la question des dépens. Le Tribunal constate que la Fondation a agi sans mandataire pour faire valoir sa créance. Au surplus, 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,**

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

**A la forme :**

1. Déclare recevable la demande déposée le 10 décembre 2003 par la Fondation institution supplétive LPP dirigée contre X \_\_\_\_\_ SA ;

**Au fond :**

2. L'admet ;
3. Condamne X \_\_\_\_\_ SA à payer à la Fondation institution supplétive LPP le montant de Fr. 49'523.30 avec intérêts à 5% dès le 19 août 2003, Fr. 250.-- de frais de contentieux et de poursuite ;
4. Prononce la mainlevée définitive de l'opposition au commandement de payer N° 03 223973 V, à concurrence des montants susmentionnés ;
5. Condamne la défenderesse à un émolument de Fr. 1'000.-- ;
6. Déboute la demanderesse de toute autre ou plus ample conclusion ;
7. Dit que la procédure est gratuite ;
8. 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