RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/244/2023 **ATAS/277/2023**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 26 avril 2023

4ème Chambre

En la cause

BALOISE FONDATION COLLECTIVE LPP, sise c/o Bâloise Vie SA, Aeschengraben 21, BÂLE	demanderesse

contre

A_____ SA, sise _____, GENÈVE	défenderesse

Siégeant : Catherine TAPPONNIER, Présidente; Dana DORDEA et Christine LUZZATTO, Juges assesseures

EN FAIT

A. **a.** A_____ SA (ci-après : la société ou la défenderesse), sise à Genève, a été affiliée en tant qu'employeur à la BALOISE FONDATION COLLECTIVE LPP (ci-après : la fondation ou la demanderesse) afin d'assurer son personnel pour la prévoyance professionnelle à compter du 1er août 2012. Depuis le 1er janvier 2018, la relation contractuelle entre la fondation et la société est notamment régie par le contrat d'affiliation N° 1_____.

b. Entre le 12 mars 2018 et le 29 avril 2021, la fondation a adressé plusieurs factures à la société en lien avec les cotisations de ses employés.

c. Le 19 juin 2021, la fondation a établi une facture de CHF 12'263.30 correspondant à la restitution de cotisations des employés de la société pour la période du 1er août au 31 décembre 2021.

d. Malgré divers rappels, la société n'a pas payé la somme due. Par conséquent, la fondation lui a adressé une seconde sommation le 29 juin 2021, en la priant de verser la somme de CHF 16'697.60 – représentant CHF 16'036.15 de somme due, CHF 100.- de frais de sommation et CHF 561.45 d'intérêts – jusqu'au 13 juillet 2021, faute de quoi la fondation institution supplétive LPP (ci-après : la FIS) serait informée et le contrat d'affiliation résilié au 31 juillet 2021.

e. La société n'a pas réclamé ni refusé la seconde sommation.

f. La fondation l'a informée, le 16 juillet 2021, que son compte était débité de CHF 50.- pour le second envoi de la sommation, conformément au règlement des coûts.

g. Le 13 août 2021, la fondation a informé la société, par courrier recommandé qui n'a pas été réclamé, du retrait de couverture au 31 juillet 2021.

h. La fondation a informé la société, le 27 août 2021, que son compte serait débité de CHF 50.- pour le second envoi de l'annonce du retrait de couverture, conformément au règlement des coûts.

i. La fondation a informé la FIS, le 6 septembre 2021, de la résiliation du contrat la liant à la société au 31 juillet 2021.

j. Selon la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) du 25 octobre 2021, la société a été dissoute par suite de faillite prononcée par jugement du Tribunal de première instance du 11 octobre 2021. Par décision du 22 octobre 2021, la Cour de justice civile a annulé le jugement du 11 octobre 2021 et la dissolution de la société a été révoquée.

k. Le 9 novembre 2021, la fondation a adressé à la société une nouvelle sommation lui demandant de verser CHF 17'046.40, représentant CHF 16'848.15 de somme due et CHF 198.25 d'intérêts, jusqu'au 23 novembre 2021, faute de quoi des poursuites seraient entamées.

l. La société n'a pas payé la somme requise.

m. Le 7 décembre 2021, la fondation a requis la poursuite de la société pour le montant de CHF 17'546.40, avec intérêts à 5% dès le 24 novembre 2021. Le montant de la poursuite incluait les frais contractuels de réquisition de poursuite à hauteur de CHF 500.-, ce qui avait été rappelé à la société par courrier du 30 août 2021.

n. Un commandement de payer N° 2_____ du 1er février 2022 a été notifié le 7 février 2022 à la société, qui y a fait opposition.

o. Par facture du 14 février 2022, l'office des poursuites du canton de Genève a facturé à la fondation CHF 138.55 pour le commandement de payer précité et les tentatives de notification de celui-ci.

p. Le 29 mars 2022, la fondation a offert à la société une dernière possibilité de s'acquitter de la dette, laquelle n'a pas récupéré le pli à la poste.

q. Le 18 octobre 2022, la FIS a confirmé la reprise de la société au 1er août 2021.

B. **a.** Le 25 janvier 2023, la fondation a saisi la chambre des assurances sociales de la Cour de justice (ci-après : la chambre de céans) d'une action en paiement et en reconnaissance de dette contre la société, récapitulant les factures adressées à la société et les montants payés par cette dernière, avec un solde en sa faveur de CHF 17'546.40. Elle concluait à la condamnation de la défenderesse à lui payer CHF 17'546.40 avec intérêts à 5% l'an à compter du 24 novembre 2021, à sa condamnation à lui payer CHF 138.55 à titre de frais pour le commandement de payer du 1er février 2022, à ce que la chambre de céans ordonne la mainlevée définitive de l'opposition formée au commandement de payer N° 2_____ du 1er février, notifié le 7 février 2022, et à la condamnation de la défenderesse à tous les frais de procédure.

b. Le 26 janvier 2023, la chambre de céans a transmis une copie de la demande à la défenderesse en lui octroyant un délai pour répondre au 23 février 2023.

c. Le 1er mars 2023, la chambre de céans a reporté le délai de réponse au 15 mars 2023.

d. Sans réponse de la défenderesse, la cause a été gardée à juger le 22 mars 2023.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 134 al. 1 let. b de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ – E 2 05), la chambre des assurances sociales de la Cour de justice 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 de la loi fédérale du 30 mars 1911, complétant le Code civil suisse [CO, Code des obligations – RS 220] ; art. 52, 56a al. 1 et 73 de la loi

fédérale sur la prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982 [LPP – RS 831.40] ; art. 142 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 [CC - RS 210]).

Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

2. L'ouverture de l'action prévue à l'art. 73 al. 1 LPP n'est soumise, comme telle, à l'observation d'aucun délai (ATAS/929/2017 du 18 octobre 2017 consid. 2 et les références citées).

La demande respecte en outre la forme prévue à l'art. 89B de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA – E 5 10). Partant, elle est recevable.

3. Le litige porte sur le bien-fondé de la demande en condamnation au paiement des cotisations échues, ainsi que des intérêts et frais, formée par la demanderesse.

4.

4.1 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.

La convention dite d'affiliation d'un employeur à une fondation collective ou à une fondation commune est un contrat sui generis fondé sur l'art. 11 LPP (ATF 120 V 299 consid. 4a et les références). L'employeur affilié à une institution de prévoyance par un tel contrat est tenu de verser à celle-ci les cotisations qu'elle fixe dans ses dispositions réglementaires (cf. art. 66 al. 1 phr. 1 LPP).

En matière de prévoyance professionnelle, le juge saisi d'une action doit se prononcer sur l'existence ou l'étendue d'un droit ou d'une obligation dont une partie prétend être titulaire contre l'autre partie (arrêt du Tribunal fédéral des assurances B.91/05 du 17 janvier 2007 consid. 2.1).

4.2 L'intérêt conventionnel est la dette d'intérêt stipulée contractuellement à la charge du débiteur d'une somme d'argent indépendamment de sa demeure. L'emprunteur d'une somme d'argent est généralement tenu de verser des intérêts en rémunération de la jouissance de cette somme alors même qu'il n'est pas en demeure de la restituer (ATAS/1055/2021 du 13 octobre 2021 consid. 5.b. ; Luc THÉVENOZ, in Commentaire romand, Code des obligations I, 2021, n. 3 ad art. 104 CO).

Le contrat d'affiliation mentionne à son ch. 7 al. 1 la possibilité que des intérêts débiteurs soient facturés pour des paiements de cotisations effectués avec retard.

4.3 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%, dans la mesure où un taux d'intérêt plus élevé n'a pas été convenu par contrat (art. 104 al. 1 et 2 CO ; ATF 130 V 414 consid. 5 ; ATF 127 V 377 consid. 5e/bb et les références). 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).

Le taux de l'intérêt moratoire prévu, tant à l'art. 104 al. 1 CO, qu'à l'art. 104 al. 2 CO est fixe et ne tient pas compte des fluctuations des taux d'intérêt liées au marché (ATF 130 III 312 consid. 7.1 ; cf. TERCIER/PICHONNAZ, Le droit des obligations, 2012, n. 1296). Si ni la preuve d'un intérêt moratoire conventionnel (en dérogation à l'art. 104 al. 1 CO), ni la preuve d'un intérêt conventionnel supérieur à 5% (au sens de l'art. 104 al. 2 CO) ne sont apportées par le créancier, l'intérêt moratoire légal de 5% est applicable en vertu de l'art. 104 al. 1 CO.

4.4 S'agissant des frais administratifs, les art. 66 al. 1 LPP et 331 al. 3 CO fixent le principe de la parité des cotisations dans les domaines, respectivement obligatoire et surobligatoire.

La perception de frais administratifs est possible pour autant qu'elle figure dans le règlement concernant les frais.

4.5

4.5.1 Selon l'art. 7 du contrat d'affiliation liant les parties, l'employeur est responsable envers la fondation du paiement de la totalité des cotisations et des coûts de la prévoyance professionnelle. La fondation est en droit d'exiger le paiement de ceux-ci directement auprès de l'employeur.

L'échéance de la totalité des cotisations est fixée au 1er janvier, respectivement à la date de début de l'assurance ou de modification de l'assurance. À partir de ce moment, un intérêt est dû.

4.5.2 L'art. 8 al. 4 du contrat d'affiliation prévoit la possibilité de prélever un montant pour des frais de sommation et de recouvrement, ces derniers étant fixés par le règlement des coûts.

Le règlement des coûts prévoit sous la rubrique 2.4 « Procédure de sommation » des frais de CHF 100.- pour une sommation recommandée et de CHF 50.- pour un deuxième envoi d'une sommation recommandée. De plus, un montant de CHF 200.- est prélevé pour l'annonce obligatoire au comité de caisse.

4.5.3 S'agissant des frais de poursuite, ils sont d'office supportés par le débiteur lorsque la poursuite aboutit (art. 68 al. 1 de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite [LP - RS 281.1]). La rubrique 2.5 « Mesures d'encaissement » du règlement des coûts prévoit des frais de CHF 500.- pour une réquisition de poursuite et de CHF 500.- pour une mainlevée d'opposition avec reconnaissance de dette.

4.6 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 LP (Pierre-Robert GILLIÉRON, 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 (GILLIÉRON, op. cit., p. 1227 ; Carl 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 let. b et e de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 [PA - RS 172.021]).

La chambre 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 d'une opposition à un commandement de payer 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).

À teneur de l'art. 88 al. 2 LP, le droit du créancier de requérir la continuation de la poursuite se périme par un an à compter de la notification du commandement de

payer (phr. 1) ; si une opposition a été formée, ce délai ne court pas entre l'introduction de la procédure judiciaire ou administrative et le jugement définitif (phr. 2).

4.7 Le juge des assurances sociales fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible ; la vraisemblance prépondérante suppose que, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités ne revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement en considération (ATF 139 V 176 consid. 5.3 et les références). Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 126 V 360 consid. 5b ; 125 V 195 consid. 2 et les références ; cf. ATF 130 III 324 consid. 3.2 et 3.3). Aussi n'existe-t-il pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 126 V 322 consid. 5a).

5.

5.1 En l'espèce, la défenderesse s'est engagée à payer les cotisations sociales facturées par la demanderesse et n'a fait valoir aucun motif justifiant qu'elle se soustraie au paiement, pas plus qu'elle n'a contesté les montants qui lui étaient réclamés par la demanderesse. Elle a plusieurs fois tardé à régler le montant des cotisations et des indemnités réclamées. Elle a formé opposition au commandement de payer qui lui a été adressé par la demanderesse, sans motiver sa position. La demanderesse a établi dans sa demande un décompte des versements de la défenderesse et des montants de sa créance envers celle-ci.

Les montants dus par la défenderesse à la demanderesse sont établis par les pièces fournies par la demanderesse, lesquelles établissent, au degré de la vraisemblance prépondérante, le montant réclamé de CHF 17'546.-, qui doit être admis.

5.2 La demanderesse pouvait prélever des frais de sommation et de recouvrement, le contrat d'affiliation en prévoyant la possibilité et les montants dus à ce titre étant fixés par le règlement des coûts.

5.3 Au montant dû s'ajoutent des intérêts, à hauteur de CHF 138.55, calculés au taux de 5% l'an à compter du 24 novembre 2021, soit le lendemain du délai accordé à la défenderesse pour payer le solde dû dans la sommation du 9 novembre 2021, ce qui correspond au taux de l'intérêt moratoire et doit donc être admis.

5.4 Reste à examiner la conclusion de la demanderesse tendant à obtenir la mainlevée définitive de l'opposition formée au commandement de payer dans la poursuite n° 2_____.

En l'occurrence, le commandement de payer a été notifié à la défenderesse le 7 février 2022, date à partir de laquelle le délai de péremption d'un an a commencé à courir (ATF 125 III 45 consid. 3b). Par conséquent, la poursuite n'était pas périmée lorsque la demanderesse a saisi la chambre de céans, le 25 janvier 2023.

En outre, la défenderesse n'a soulevé aucune exception énumérée à l'art. 81 LP (extinction de la dette, obtention d'un sursis ou de la prescription) et n'a réagi, ni aux mises en demeure de la demanderesse, ni aux courriers de la chambre de céans.

La mainlevée définitive de l'opposition au commandement de payer sera ainsi prononcée.

6. La procédure est gratuite (89H al. 1 LPA).

PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

À la forme :

1. Déclare la demande recevable.

Au fond :

2. L'admet.
3. Condamne la défenderesse à payer à la demanderesse CHF 17'546.40 avec intérêts à 5% l'an dès le 24 novembre 2021, plus CHF 138.55 de frais de poursuite.
4. Prononce la mainlevée définitive de l'opposition formée au commandement de payer dans la poursuite 2_____.
5. Dit que la procédure est gratuite.
6. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110) ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière — La présidente

Isabelle CASTILLO — Catherine TAPPONNIER

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