RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/272/2021 **ATAS/619/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 15 juin 2021

2ème Chambre

En la cause

A_____, sise _____, à ZÜRICH demanderesse

contre

B_____SA, sise _____, à GENÈVE défenderesse

Siégeant : Blaise PAGAN, Président; Maria Esther SPEDALIERO, Jean-Pierre WAVRE, Juges assesseurs

EN FAIT

1. Le 6 novembre 2018, B_____SA (ci-après : la société ou la défenderesse), sise à Genève et exerçant, à teneur du registre du commerce (RC), « toutes activités dans le domaine financier », « à l'exclusion de celles ayant un but immobilier », a signé un contrat d'adhésion (ci-après : le contrat) à la A_____ (ci-après : la fondation ou la demanderesse), qui est sise à Zurich et a signé le contrat le 4 décembre 2018, « en vue de réaliser la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité » (ch. 2 al. 1 in initio du contrat), avec entrée en vigueur le 1er octobre 2018.

2. Le 15 février 2019, la fondation a adressé à la société une sommation pour le paiement de CHF 10'456.35 au titre du solde des primes dues au 31 décembre 2018, puis, à partir du 3 octobre 2019, des décomptes indiquant les montants de « contributions » – ou cotisations – exigibles et les soldes dus en sa faveur, certains étant accompagnés d'une « liste des primes et frais ».

3. En parallèle, par lettre du 9 janvier 2020, la fondation, se référant à un plan de paiement du 2 avril 2019, a résilié le contrat avec effet au 31 janvier 2020, pour non-paiement des primes.

4. Le 18 février 2020, la fondation a adressé à la société un décompte final des primes dues pour CHF 21'830.30 au total, tenant compte du ou des versements effectués entre le 26 février et le 26 novembre 2019, fixant les primes selon des décomptes et arrêtant les frais de sommation à CHF 100.-, les frais de résiliation à CHF 700.- et les intérêts au 18 février 2020 à CHF 220.45.

5. A ultérieurement été établi par la fondation un décompte, portant sur les membres affiliés du personnel de la société, au nombre de sept, et incluant les mutations et annulation ainsi que les frais de résiliation, et arrêtant le solde du compte de primes en faveur de la fondation à CHF 22'024.95 au 1er juin 2020 et les intérêts débiteurs à CHF 151.05 au 31 mai 2020.

6. Le 22 octobre 2020, la fondation a fait notifier à la société un commandement de payer la somme de CHF 22'024.95 au titre de « prime LPP prestation de libre passage suite à la résiliation 31.01.2020 », plus intérêt à 5 % dès le 1er juin 2020, CHF 151.05 au titre des intérêts du 1er janvier au 31 mai 2020 et CHF 300.- de frais de poursuite, poursuite n° 1_____, commandement de payer auquel la société a fait opposition totale le 28 octobre 2020.

7. Par demande datée du 21 janvier 2021, envoyée le 25 janvier suivant au greffe de la chambre des assurances sociales de la Cour de justice (ci-après : la chambre des assurances sociales ou la chambre de céans) et reçue le lendemain, la fondation a conclu au paiement par la société de la somme de CHF 22'024.95, plus les intérêts de 5 % à compter du 1er juin 2020, les intérêts de CHF 151.05 au 31 mai 2020 et « les frais de mesures d'encaissement contractuels selon le règlement sur les coûts », de même qu'à la « levée » intégrale de l'opposition faite au

commandement de payer dans la poursuite n° 1_____, tous les frais et dépens devant être mis à la charge de la défenderesse.

Était notamment produit le règlement de la demanderesse, édition 1/2018 (ci-après : le règlement).

8. La défenderesse ne s'est pas manifestée dans le délai de réponse fixé au 23 février 2021 par courrier de la chambre des assurances sociales du 26 janvier 2021, ni dans le délai prolongé au 31 mars 2021 par pli recommandé du 9 mars 2021 distribué le lendemain, ni dans l'ultime délai, non prolongeable, imparti au 11 mai 2021 par lettre recommandée du 14 avril 2021 distribuée à la société le 16 avril 2021, qui contenait la précision qu'en l'absence de réponse de la part de celle-ci dans ce dernier délai, il serait jugé sur la demande formée contre elle, en l'état du dossier, sur la base des allégués, pièces et arguments présentés par la demanderesse, les faits étant en principe établis au degré de la vraisemblance prépondérante.

9. Sur ce, la cause a été gardée à juger.

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 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 [CO - RS 220]; art. 52, 56a, al. 1, et art. 73 de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982 [LPP - RS 831.40]; ancien art. 142a du Code civil [CC - RS 210]).

   Aux termes de l'art. 73 al. 3 LPP, le for est au siège ou domicile suisse du défendeur ou au lieu de l'exploitation dans laquelle l'assuré a été engagé.

   La compétence de la chambre de céans pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

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

3. Le litige porte sur le bien-fondé de la demande en paiement des cotisations échues, des intérêts et des frais, déposée par la fondation auprès de la chambre de céans.

4. a. Il est indiqué au ch. 2 al. 1 du contrat qu'en adhérant à la demanderesse, la défenderesse a rempli l'obligation de prévoyance qui lui incombe selon l'art. 11 LPP.

   b. Conformément à l'art. 10 LPP, l'assurance obligatoire – au sens de l'art. 2 LPP – commence en même temps que les rapports de travail (al. 1 1ère phr.). Durant un mois après la fin des rapports avec l'institution de prévoyance, le salarié demeure assuré auprès de l'ancienne institution de prévoyance pour les risques de décès et

d'invalidité. Si un rapport de prévoyance existait auparavant, c'est la nouvelle institution de prévoyance qui est compétente (al. 3).

c. En vertu de l'art. 66 al. 1 LPP, 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.

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 citées).

d. À teneur de l'art. 66 al. 2 LPP, l'employeur est débiteur de la totalité des cotisations – fixées dans les dispositions réglementaires – envers l'institution de prévoyance. Celle-ci peut majorer d'un intérêt moratoire les cotisations payées tardivement (al. 2).

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 CO, le débiteur d'une obligation exigible est mis en demeure par l'interpellation du créancier (al. 1). 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 (al. 2). Le débiteur qui est en demeure pour le paiement d'une somme d'argent doit l'intérêt moratoire à 5 % l'an, 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. 5.1 ; ATF 127 V 377 consid. 5e/bb et les références). Des intérêts ne peuvent être portés en compte pour cause de retard dans le paiement des intérêts moratoires (art. 105 al. 3 CO ; RSAS 2003 p. 500 consid. 6.1).

5. a. Aux termes du ch. 2 al. 2 du contrat, les droits et obligations de l'employeur – la société – et de la fondation sont définis par « les dispositions ci-après », par celles de l'acte constitutif, du « règlement de prévoyance » – le règlement –, du règlement d'organisation du comité de caisse, ainsi que par celles du règlement sur les coûts. L'acte de fondation et les règlements précités en constituent les bases juridiques qui font foi.

Les obligations de la défenderesse relativement au paiement des cotisations sont précisées aux ch. 10 (« paiement des contributions ordinaires ») et 11 (« paiements extraordinaires de l'employeur ») du contrat.

À teneur du ch. 12 al. 1 du contrat, l'employeur est mis en demeure en cas de retard dans le paiement pour tous les arriérés de contributions et créances selon les ch. 10 et 11 du contrat. Si la sommation reste sans effet, la fondation se réserve le droit de

recourir à la voie judiciaire pour l'encaissement des arriérés de contributions et créances, intérêts et frais compris, et de résilier immédiatement le contrat sans observer un délai de résiliation. Les frais de sommation et, le cas échéant, d'autres démarches d'encaissement sont régis par le règlement sur les coûts. L'al. 2 ajoute que les frais de sommation et, le cas échéant, d'autres démarches d'encaissement sont régis par le règlement sur les coûts.

Au ch. 17 du contrat, il est entre autres prévu que les frais de résiliation du contrat selon le règlement sur les coûts sont facturés à l'employeur et portés au débit du compte de contributions.

b. Le règlement sur les coûts, qui fait partie intégrante du contrat d'adhésion (ch. 5 du contrat), prévoit le montant des frais relatifs aux procédures de sommation, aux mesures d'encaissement ainsi qu'à la dissolution du contrat.

Il fixe les montants des frais notamment de la manière suivante : pour une lettre de sommation recommandée, CHF 100.- ; au titre des « mesures d'encaissement », pour une « réquisition de poursuite », CHF 300.-, et pour une « plainte selon l'art. 73 LPP », CHF 1'000.- ; s'agissant des « frais de dissolution du contrat », CHF 100.- par personne assurée mais au moins CHF 500.- et au maximum CHF 5'000.- au total.

6. a. Aux termes de l'art. 41 al. 2 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 à 142 CO sont applicables.

Le versement des cotisations à l'institution de prévoyance tombe sous le délai de prescription de cinq ans. Le délai de prescription commence à courir uniquement à partir du moment où la prestation est devenue exigible. En effet, l'art. 41 al. 2 LPP renvoie notamment à l'art. 130 al. 1 CO, qui associe le début du délai de prescription à l'exigibilité de la créance (Sylvie PÉTREMAND in Commentaire LPP et LFLP, 2ème éd., 2020, n. 23 et 26 ad art. 41 LPP). Il faut, par exemple, partir de l'exigibilité des cotisations définie dans le règlement ou le contrat d'affiliation (ATAS/474/2019 du 29 mai 2019 consid. 6a).

b. 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). L'objet du litige devant la juridiction cantonale est déterminé par les conclusions de la demande introduite (arrêt du Tribunal fédéral des assurances B 72/04 du 31 janvier 2006 consid. 1.1). C'est ainsi la partie qui déclenche l'ouverture de la procédure et détermine l'objet du litige (maxime de disposition). L'état de fait doit être établi d'office selon l'art. 73 al. 2 LPP – qui prévoit aussi que les cantons doivent prévoir une procédure simple, rapide et, en principe, gratuite – seulement dans le cadre de l'objet du litige déterminé par la partie demanderesse. La maxime inquisitoire ne permet pas d'étendre l'objet du litige à des questions qui ne sont pas invoquées

(ATF 129 V 450 consid. 3.2). Le juge n'est toutefois pas lié par les conclusions des parties ; il peut ainsi adjuger plus ou moins que demandé à condition de respecter leur droit d'être entendu (arrêt du Tribunal fédéral des assurances B 59/03 du 30 décembre 2003 consid. 4.1).

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. 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 353 consid. 5b ; ATF 125 V 193 consid. 2). 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 et le défaut de preuve au détriment de la partie qui entendait tirer un droit du fait non prouvé (ATF 126 V 319 consid. 5a ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances I.339/03 du 19 novembre 2003 consid. 2).

c. La chambre des assurances sociales statuant en dernière instance cantonale et dans l'accomplissement de tâches de droit public peut 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 de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (LP - RS 281.1) et qu'il a qualité pour lever une opposition à la poursuite en statuant sur le fond (ATF 109 V 46).

d. 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. Si opposition a été formée, ce délai ne court pas entre l'introduction de la procédure judiciaire ou administrative et le jugement définitif.

7. a. En l'espèce, la demande expédiée le 25 janvier 2021 a été formée dans le délai de prescription de cinq ans. Le commandement de payer a été notifié à la défenderesse le 28 octobre 2020, date à laquelle le délai de péremption d'un an (art. 88 al. 2 LPP) a commencé à courir. Par conséquent, celui-ci n'était pas atteint lorsque la demanderesse a saisi la chambre de céans, le 25 janvier 2021.

b. En sa qualité d'employeuse occupant des salariés, la défenderesse devait être affiliée à une caisse de prévoyance professionnelle et verser les primes convenues avec la demanderesse.

c. Il ressort de l'ensemble des pièces produites par la fondation, non contestées par la société (quant à leur existence et à leur contenu), que cette dernière est demeurée débitrice d'un montant de CHF 22'024.95 correspondant aux cotisations dues et incluant les frais de résiliation – ou de dissolution du contrat – par CHF 700.- (pour

les sept employés, à raison de CHF 100.- chacun selon le règlement sur les coûts) comme prévu au ch. 17 du contrat et dans le règlement sur les coûts, plus les intérêts moratoires – sur les cotisations – à 5 % dès le 1er juin 2020, ainsi que des frais de mesures d'encaissement et de poursuites contractuels, selon le règlement sur les coûts.

En ce qui concerne les frais de poursuite, plus précisément de « réquisition de poursuite », le montant de CHF 300.-, figurant dans le commandement de payer, est prévu par le règlement sur les coûts. Il sera donc inclus dans les sommes dues à la demanderesse.

Les autres frais dus ici par la défenderesse au titre de mesures d'encaissement sont les frais de la sommation (du 15 février 2019), prévus à concurrence de CHF 100.- par le ch. 12 du contrat ainsi que par le règlement sur les coûts.

Quant aux intérêts contractuels réclamés par la demanderesse et les intérêts de 5 % sur la créance en capital, ils sont dus en vertu, respectivement, des art. 66 al. 2 LPP et 104 al. 1 CO. Rien ne permet par ailleurs de penser que les intérêts de CHF 151.05 au 31 mai 2020, selon la demande, n'auraient pas été correctement calculés.

8. Il convient donc de prononcer la mainlevée de l'opposition faite au commandement de payer dans la poursuite n° 1_____.

9. a. La demanderesse a enfin sollicité l'octroi de dépens.

   b. Sous l'angle de l'art. 73 al. 2 LPP, 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 ; ATAS/384/2020 du 19 mai 2020 consid. 11 ; ATAS/474/2019 précité consid. 8b).

   c. Dans le cas présent, même si la demanderesse obtient effectivement entièrement gain de cause, il n'en demeure pas moins par qu'elle n'est pas représentée par un avocat ou, d'une autre manière, par une personne qualifiée. Elle n'a, au demeurant, pas allégué des frais particulièrement importants pour défendre ses droits dans le cadre de la présente procédure.

   À cet égard, le montant – forfaitaire – de CHF 1'000.- pour la « plainte selon l'art. 73 LPP » prévu par le règlement sur les coûts ne saurait se substituer aux dépens dus selon le droit de procédure, ni déroger aux règles y afférentes.

PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

À la forme :

1. Déclare la demande en paiement recevable.

Au fond :

2. L'admet.
3. Condamne B_____SA à payer à la A_____ la somme de CHF ~~20'024.95~~ * **22'024.95**, plus intérêts à 5 % l'an dès le 1er juin 2020, ainsi que les intérêts de CHF 151.05 au 31 mai 2020, les frais de sommation de CHF 100.- et les frais de poursuite de CHF 300.-. ***Rectification d'une erreur matérielle le 12.11.2021/BPG/wmh**
4. Prononce la mainlevée définitive de l'opposition faite au commandement de payer dans la poursuite n° 1_____.
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	Le président
Sylvie CARDINAUX	Blaise PAGAN

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