

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/564/2004

ATAS/887/2004

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

4^{ème} chambre

du 3 novembre 2004

En la cause

FONDATION INSTITUTION SUPPLETIVE LPP, avenue de
Montchoisy 35, 1001 Lausanne

demanderesse

contre

X_____ SA

défenderesse

Siégeant : Madame Juliana BALDE, Présidente, Mesdames Karine STECK et Isabelle DUBOIS, Juges

EN FAIT

1. X _____ SA (ci-après la société) emploie plusieurs personnes soumises à l'assurance obligatoire. Par convention du 25 juin 2001, elle a adhéré à la Fondation institution supplétive LPP (ci-après la Fondation) pour son personnel salarié.
2. La Fondation a affilié avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 2001 les salariés soumis à l'assurance obligatoire, soit Madame M _____, Messieurs B _____, A _____ et F _____.
3. Les 29 et 30 octobre 2002, l'employeur a annoncé à la Fondation la résiliation des rapports de travail au 30 novembre 2002 de Madame M _____, ainsi que de Messieurs A _____ et F _____. La Fondation a sorti les salariés concernés du cercle des assurés et, le 11 novembre 2002, a adressé à la société un bordereau de cotisations portant sur un montant de fr. 5'340. Le décompte portait sur la période d'octobre à décembre 2002. Le débiteur devait s'acquitter de cette somme dans les 30 jours.
4. La société ne s'est pas conformée à son obligation de payer la totalité des montants facturés ; le relevé de compte courant prime du 17 mars 2004 laisse apparaître un montant impayé de fr. 5'474,85 au 31 décembre 2002, soit le montant du bordereau du 11 novembre 2002, majoré des intérêts. Par lettre-signature du 10 février 2003, la Fondation a sommé l'employeur de s'acquitter de la somme précitée, augmenté des frais de sommation de fr. 100.
5. Le 3 avril 2003, sur réquisition de la Fondation, l'Office des poursuites et des faillites (ci-après l'Office) a notifié un commandement de payer N° 03 130830 Y à l'employeur pour un montant de 5'474 fr. 85 avec intérêts à 5% dès le 25 février 2003, plus fr. 250 de frais de sommation et de contentieux. Ce montant correspondait au solde de cotisations dû au 24 février 2003. Le débiteur a fait opposition au commandement de payer le 7 avril 2003.
6. Par courrier LSI du 23 avril 2003, la Fondation a accordé à la société un délai de 10 jours afin qu'elle justifie son opposition ou qu'elle la retire. Ce courrier a été retourné à la Fondation avec la mention « non réclamé ».
7. Le 17 mars 2004, la Fondation a saisi le Tribunal cantonal des assurances sociales d'une demande en reconnaissance de droits qui écarte expressément l'opposition de la société. La demanderesse a conclu à la condamnation de l'intéressée, avec suite de dépens, au paiement de 5'474 fr. 85, plus intérêts à 5% l'an dès le 25 février 2003, ainsi qu'au paiement de fr. 250 de frais de sommation et de contentieux. Entre autres documents, elle a produit les demandes d'affiliation et les résiliations des rapports de travail des salariés, l'avis de mutation des salaires pour l'année

2002, le bordereau de cotisations pour l'année 2002, le commandement de payer notifié ainsi que les relevés des comptes courants de l'employeur « prime » et « poursuite » au 17 mars 2004.

8. Invitée à se déterminer d'ici au 30 avril, 24 mai, puis au 9 juillet 2004, la défenderesse ne s'est pas manifestée.
9. Le 31 juillet 2004, Monsieur R_____ a informé le Tribunal de céans que la société s'est retrouvée dans une situation difficile et qu'elle a dû se séparer de collaborateurs dont elle n'a pas encore payé les cotisations. Il a toutefois demandé un délai à la Fondation supplétive pour payer les montants encore dus d'ici au 31 décembre.
10. Le 3 août 2004, le Tribunal de céans a requis de la Fondation supplétive des explications quant aux contributions calculées pour Monsieur A_____ en 2002, au vu de la résiliation des rapports de travail au 30 novembre 2002.
11. Par courrier du 13 août 2004, la demanderesse a relevé que la débitrice est la société anonyme et que la correspondance de M. R_____ qui est intervenu à titre personnel, sans produire de procuration, ne devrait pas être prise en compte. Sur le fond, elle a exposé, pièces à l'appui, qu'elle avait pris note de la résiliation au 30 novembre 2002 pour le collaborateur en question. Dans un premier temps, elle avait facturé les contributions pour une période de trois mois (octobre à décembre 2002) ; lorsque l'employeur lui a annoncé la fin des rapports de travail, elle a établi une note de crédit pour le montant de fr. 617 correspondant au mois de décembre 2002 qui a été utilisée pour acquitter partiellement les contributions arriérées dans le cadre d'un litige antérieur. Dès lors, la somme réclamée selon le bordereau du 11 novembre 2002 est due dans son intégralité
12. Les conclusions de la demanderesse ainsi que les pièces produites ont été communiquées à la défenderesse qui n'a pas fait part de ses observations dans le délai qui lui a été imparti.
13. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.
14. Au surplus, les faits et allégués pertinents seront repris, en tant que de besoin, dans la partie « en droit » ci-après.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1^{er} 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).

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 (article 162 LOJ).

Statuant sur un recours de droit public, le Tribunal fédéral a, dans un arrêt du 1^{er} juillet 2004, confirmé que la disposition transitoire (article 162 LOJ) constituait la solution la plus rationnelle et était conforme, de surcroît, au droit fédéral (ATF 130 I 226).

Conformément à l'art. 56V 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 (art. 73 1. 1 LPP). 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) 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 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 elle 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 elle 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)).

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 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).

5. Le litige comporte une demande en condamnation au paiement des cotisations échues ainsi qu'une demande en mainlevée de l'opposition faite au commandement de payer.

En l'espèce, le Tribunal de céans tient pour établi qu'en sa qualité d'employeur occupant des salariés, la défenderesse devait obligatoirement être affiliée à une

caisse de prévoyance professionnelle, ce qui du reste n'a jamais été contesté par cette dernière.

Il convient par ailleurs d'admettre que le décompte de la Fondation portant sur l'année 2002 est exact. En effet, il ressort de l'ensemble des pièces produites par la demanderesse que le défendeur est demeuré débiteur d'un montant de 5'474 fr. 85 correspondant aux cotisations des employés dues au 24 février 2003 pour l'année en cause. La demanderesse a d'autre part tenu compte de la résiliation des rapports de travail de A _____ au 30 novembre 2002 et a émis une note de crédit de fr. 617 correspondant à la contribution du mois de décembre 2002 qui a été utilisée pour acquitter partiellement un litige antérieur (cf. pièces nos 113 et 114, et pièces complémentaires nos 120 à 123). En outre, la simple passivité de la débitrice, celle-ci n'ayant réagi ni aux sommations de la Fondation, ni à celles du Tribunal de céans dans les délais impartis, 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 la défenderesse 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'annexe à la convention d'adhésion remise à l'employeur le 25 juin 2001.

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 de 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. 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) (actuellement art. 61 let. a de la loi fédérale sur la partie générale des assurances sociales [LPGA, 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).

En l'espèce, le Tribunal de céans considère que l'attitude de la défenderesse ne saurait être qualifiée de légère, ni de téméraire. En effet, même si elle a réagi très tardivement par l'intermédiaire de son administrateur qui a exposé que la société avait connu des difficultés l'ayant amenée à se séparer de certains collaborateurs, il y a lieu de constater que la défenderesse a manifesté la volonté de s'acquitter des contributions encore dues d'ici à la fin de l'année. Au vu de ces circonstances, il n'y a pas lieu de la condamner à un émolument, ni aux dépens.

**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 23 avril 2003 par la Fondation Institution supplétive LPP dirigée contre X _____ SA ;

Au fond :

2. L'admet et condamne la défenderesse à payer à la Fondation Institution supplétive LPP la somme de 5'474 fr. 85 plus intérêts à 5% l'an dès le 25 février 2003, ainsi que fr. 250 de frais de sommation et de contentieux, plus les frais de poursuite ;
3. Prononce la mainlevée définitive de l'opposition faite au commandement de payer poursuite N° 03 130830 Y à due concurrence ;
4. Dit qu'il n'est pas perçu d'émolument, ni alloué d'indemnité ;
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 décisions 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

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