

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1105/2004

ATAS/339/2005

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

1^{ère} chambre

du 12 avril 2005

En la cause

Madame M_____

demanderesse

contre

Madame N_____ de **X**_____
domiciliée place de Cornavin 20 à Genève

défenderesse

LA BÂLOISE, Compagnie d'Assurances, Siège principal,
sise Aeschengraben 21 à Bâle

appelée en cause

Siégeant : **Mme Doris WANGELER, Présidente,**
Mmes Karine STECK et Juliana BALDE, Juges

EN FAIT

1. Madame M_____ a, par courrier du 19 mai 2004, saisi le Tribunal de céans d'une requête visant à obtenir le paiement des cotisations LPP par Madame N_____, propriétaire de X_____, pour laquelle elle avait travaillé de décembre 2000 à fin mars 2001. Elle joint à son courrier les bulletins de salaire y relatifs ainsi qu'une attestation intitulée de libre engagement, datée du 3 avril 2001, aux termes de laquelle :

« Je soussignée, N_____ exploitante de X_____ atteste que : Madame M_____ demeurant à Genève a travaillé en qualité de réceptionniste et caissière du 1^{er} décembre 2000 au 31 mars 2001. J'ai été entièrement satisfaite de son travail et lui adresse tous mes vœux pour son avenir professionnel. Elle est libre de tout engagement dès le 31 mars 2001 ».

2. Le syndicat interprofessionnel de travailleuses et travailleurs – SIT, agissant au nom et pour le compte de Madame M_____, avait pris contact avec la Caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après CCGC), laquelle l'avait informé que Madame N_____ avait été affiliée auprès de la Bâloise jusqu'au 31 décembre 2001 (cf. courrier du 9 mai 2003).

Cependant, cette dernière avait précisé que cet employeur n'avait pas annoncé d'assurée du nom de la demanderesse pendant toute la durée du contrat (cf. courrier du 1^{er} octobre 2001).

A son tour interrogée, la Fondation institution supplétive LPP avait fait savoir que la défenderesse était inconnue de ses services (cf. courrier du 1^{er} octobre 2003).

3. Entendue par le Tribunal de céans le 28 septembre 2004, la défenderesse a confirmé qu'elle était la patronne du salon de coiffure X_____ en raison individuelle. Elle a produit en audience deux courriers adressés à la CCGC, l'un par Monsieur G_____, mandataire, daté du 22 septembre 2004 déclarant que les cotisations AVS allaient être versées pour la demanderesse, le second par elle-même, par lequel elle informe la CCGC qu'elle a engagé la demanderesse du 1^{er} décembre 2000 au 31 mars 2001 à raison d'un salaire mensuel net de 2'000 fr. Elle a par ailleurs promis au Tribunal de céans qu'elle lui ferait parvenir un document attestant qu'elle avait agi de la même façon pour la LPP.
4. Or, tant la Bâloise que la CCGC ont informé le Tribunal de céans que la demanderesse n'avait pas été déclarée et qu'aucune cotisation n'avait été payée.
5. Invitée à se déterminer, la défenderesse ne s'est pas manifestée.
6. Par ordonnance du 22 novembre 2004 la Bâloise a été appelée en cause.

Celle-ci n'a pu que confirmer que la demanderesse n'avait jamais été annoncée dans le cadre de la prévoyance professionnelle auprès de son assurance.

7. Le 10 décembre 2004, la CCGC a confirmé avoir reçu les courriers des 15 juin et 22 septembre 2004 et rester dans l'attente des attestations de salaires 2000 et 2001.
8. Sur quoi la cause a été gardée à juger.

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.

2. 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 (article 331 à 331e du code des obligations ; articles 52, 56a, alinéa 1, et article 73 de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982 ; article 142 du code civil).
3. a) 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 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).

-
- b) 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. 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. 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 125 V 168 consid. 2, 122 V 323 consid. 2b et les références).
- c) La compétence des juridictions désignées à l'art. 73 LPP est ainsi donnée lorsque le litige oppose employeur et employé et soulève une question spécifique, au sens étroit ou au sens large, du droit de la prévoyance professionnelle. Une contestation entre un employeur et un ayant droit peut porter, en particulier, sur le versement des cotisations par l'employeur à l'institution de prévoyance (art. 66 al. 2 et 3 LPP). Dans un tel cas, ce ne sont pas les juridictions des prud'hommes qui sont compétentes, mais le juge désigné en vertu de l'art. 73 LPP, même si la question de l'existence d'un contrat de travail entre les parties doit être tranchée à titre préjudiciel (ATF 120 V 29 consid 2 et les références). Cela ne concerne pas seulement le montant des cotisations mais aussi le principe de l'obligation de cotiser, que celle-ci découle du contrat de travail ou du droit public (RIEMER, *Das Recht der berufliche Vorsorge in der Schweiz*, p. 127).

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

4. Il appert de la partie en fait qui précède ainsi que des pièces produites par la demanderesse, que celle-ci a travaillé au service de la défenderesse du 1^{er} décembre 2000 au 31 mars 2001, soit pour une durée de plus de trois mois, ce que la défenderesse ne conteste pas. La demanderesse a dès lors la qualité d'ayant droit au sens de l'art. 73 LPP. Il résulte par ailleurs des attestations de salaire que les retenues AVS et LPP ont été effectuées.
5. Les actions prévues à l'art. 73 LPP ne sont soumises à aucun délai (ATA D. du 1^{er} février 1994) ; elles se prescrivent cependant par cinq ans lorsqu'elles portent sur des cotisations ou des prestations périodiques et par dix ans dans les autres cas. Les articles 129 à 142 du Code des obligations – CO sont applicables (art. 41 al. 1 LPP).

Lorsque le débiteur reconnaît l'existence de sa dette expressément ou par acte concluant, la prescription est interrompue (art. 135 ch. 1 CO) ; il en va de même lorsque le créancier fait valoir ses droits par une action devant un tribunal ou des arbitres (art. 135 ch. 2 CO).

La demanderesse a en l'espèce agi en temps utile, dès lors qu'elle a saisi le Tribunal de céans le 19 mai 2004 d'une requête en paiement de cotisations relatives à l'année 2001.

6. Tout employeur occupant des salariés soumis à l'assurance obligatoire doit être affilié à l'institution de prévoyance inscrite dans le registre de la prévoyance professionnelle (art. 11 al. 1 LPP). L'employeur est débiteur auprès de l'institution de prévoyance de la totalité des cotisations dues par lui-même et par l'ensemble de ses employés (art. 66 al. 1 et 2 LPP).

Aux termes de l'art. 1 al. 1 let. b de l'Ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP), les salariés engagés pour une durée limitée ne dépassant pas trois mois ne sont pas soumis à l'assurance obligatoire. En l'espèce, la demanderesse a été engagée quatre mois.

La défenderesse est dès lors tenue de déclarer les salaires versés à la demanderesse, à l'institution de prévoyance à laquelle elle était affiliée au moment déterminant, soit l'appelée en cause, et de s'acquitter des cotisations LPP y relatives.

La demande est ainsi admise.

7. 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. Toutefois, les débours et un émolument peuvent être mis à la charge de la partie qui agit de manière téméraire ou témoigne de légèreté.

Le Tribunal fédéral des assurances a 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 (LAVS ; RS 831.10 ; actuellement art. 61 let. a de la loi fédérale sur la partie générale des assurances sociales [LPGA – RS 830.1] en vigueur depuis le 1er janvier 2003) et, d'autre part, le droit aux dépens selon l'art. 85 al. 2 let. f LAVS (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).

8. En l'espèce, il convient de déterminer si la défenderesse a agi avec légèreté.

La légèreté du comportement de la défenderesse tant avant qu'au cours de la procédure judiciaire, ne peut être que constatée. En effet, elle n'a pas déclaré la demanderesse à l'institution de prévoyance et ne s'est pas non plus acquittée des cotisations dues, forçant ainsi la demanderesse à saisir le Tribunal de céans.

Entendue par le Tribunal de céans, elle a affirmé avoir fait le nécessaire auprès de son institution de prévoyance, ce qui s'est révélé faux. Appelée ensuite à se déterminer, elle n'a pas daigné répondre. Il y a également lieu de relever qu'elle n'a annoncé à la CCGC l'engagement de la demanderesse qu'après avoir su que celle-ci avait déposé contre elle une requête en justice. 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. Les frais de procédure qui peuvent être mis à la charge des parties 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 10'000 fr. (art. 2 al. 1 du règlement). Dès lors, le Tribunal condamnera la défenderesse à payer un émolument de 200 fr.

Il appartiendra à la demanderesse de s'enquérir auprès de la CCGC du paiement par la défenderesse des cotisations AVS-AI la concernant.

**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 la défenderesse à s'acquitter des cotisations LPP à l'institution de prévoyance à laquelle elle était affiliée au moment déterminant, soit l'appelée en cause.
4. Met à la charge de la défenderesse un émolument de 200 fr.
5. Déboute la demanderesse de toutes autres ou plus amples conclusions.
6. 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, à l'Office fédéral des assurances sociales et communiquée pour information à la CCGC par le greffe