

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4545/2019

ATAS/384/2020

COUR DE JUSTICE
Chambre des assurances sociales

Arrêt du 19 mai 2020

1^{ère} Chambre

En la cause

FONDATION RETRAITE FLEXIBLE (RF) DANS LA
BRANCHE DE L'ECHAFAUDAGE, représentée par
Me Philippe NORDMANN, sise c/o ENGELCOPERA
TREUHAND AG, Waldeggstrasse 37, BERN
ZUSTELLUNG

demanderesse

contre

A_____ SA, à SATIGNY

défenderesse

**Siégeant : Doris GALEAZZI, Présidente; Andres PEREZ et Christine TARRIT-
DESHUSSES, Juges assesseurs**

EN FAIT

1. La société A_____ SA (ci-après la société), ayant son siège à Genève, a pour but le montage, l'achat, la vente et la location d'échafaudages. Elle est liée, en tant qu'entreprise suisse, par la convention collective de travail pour la retraite anticipée des échafaudiers.
2. La société ne s'étant pas acquittée des cotisations de prévoyance échues, la FONDATION RETRAITE FLEXIBLE (RF) DANS LA BRANCHE DE L'ECHAFAUDAGE (ci-après la Fondation) lui a fait notifier le 8 octobre 2019 un commandement de payer, poursuite n° 19_____ J, auquel la société a fait opposition le 10 octobre 2019. La poursuite porte sur un montant de CHF 4'301.90, soit le solde du décompte 2016, et sur un montant de CHF 13'731.-, soit les acomptes 2019, auxquels sont ajoutés les frais de rappel (CHF 500.-), les frais de poursuite (CHF 280.-) et l'émolument (CHF 90.-).
3. Le 9 décembre 2019, la Fondation a saisi la chambre de céans d'une demande visant à ce que la société soit condamnée à lui payer les sommes de CHF 4'301.90, plus intérêts à 5% dès le 3 novembre 2016, de CHF 13'731.-, plus intérêts à 5% dès le 15 août 2019, de CHF 500.-, plus intérêts à 5% dès le 26 septembre 2019 et de CHF 280.- dès le 26 septembre 2019, et à ce que la mainlevée définitive dans la poursuite n° 19_____ J soit prononcée à concurrence des montants précités.

La Fondation a rappelé qu'elle avait déjà déposé une demande en paiement auprès de la chambre de céans le 22 décembre 2016 à l'encontre de la société s'agissant des contributions dues au 7 novembre 2016. Un arrêt avait été rendu le 19 septembre 2017 (ATAS/801/2017), aux termes duquel la demande avait été déclarée comme devenue sans objet, au vu du courrier de la Fondation du 12 septembre 2017 constatant que le plan de règlement avait été respecté par la société
4. La Fondation a produit, entre autres, la convention collective de travail pour la retraite anticipée des échafaudiers et son règlement, le commandement de payer n° 19_____ J, la liste des employés et masse salariale de la société pour 2016 et 2018.
5. Par courrier du 10 janvier 2020, la société a contesté devoir payer la somme de CHF 4'301.90 tant qu'elle n'obtiendrait pas un relevé de compte pour 2016 à 2019, ainsi qu'elle l'a expressément demandé le 29 avril 2019. Elle informe en revanche la chambre de céans qu'elle s'est acquittée de la somme de CHF 13'731.- le 10 octobre 2019.
6. Le 27 janvier 2020, la Fondation a confirmé avoir reçu la somme de CHF 13'731.-, ainsi que les frais de rappel y relatifs, ainsi que deux versements de CHF 780.- chacun les 10 et 14 octobre 2019.
7. Invitée à se déterminer les 29 janvier et 10 mars 2020, la société ne s'est pas manifestée. La chambre de céans a attiré son attention sur le fait qu'à défaut de réponse de sa part, la cause serait jugée en l'état du dossier.

EN DROIT

1. 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 Fondation a été créée en vue de l'application commune de la convention collective de travail de la retraite flexible de la branche des échafaudages conformément à l'art. 357b CO. Il s'agit d'une institution de prévoyance non enregistrée. Elle ne participe en effet pas à l'application du régime de l'assurance obligatoire au sens de la LPP.

Selon l'art. 89 bis al. 6 CC, les art. 73 et 74 LPP sont applicables en matière de contentieux pour les institutions de prévoyance non enregistrées dont l'activité s'étend à la prévoyance professionnelle.

L'art. 73 LPP 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).

L'art. 73 LPP constitue une réglementation spéciale, dérogeant à l'OJ, dans la mesure où il supprime implicitement une des conditions ordinaires de recevabilité du recours de droit administratif, à savoir l'existence d'une décision fondée sur le droit public fédéral (arrêt non publié du 25 janvier 2000, B 37/99 Kt ; ATF 114 V 105 consid. 1b).

Les institutions de prévoyance de droit privé ou de droit public ne sont en effet pas habilitées à rendre des décisions proprement dites. Leurs déclarations ne constituent pas une décision au sens juridique du terme, mais de simples prises de position qui ne peuvent s'imposer qu'en vertu de la décision d'un tribunal saisi par la voie de l'action (ATF 129 V 29 consid. 2.1.1, 115 V 228 consid. 2 et les arrêts cités). En matière de prévoyance professionnelle, le juge saisi d'une action n'a pas à se prononcer sur la validité d'une décision rendue par l'administration pour régler un rapport de droit avec un administré, mais sur l'existence ou l'étendue d'un droit ou d'une obligation dont l'une des parties prétend être titulaire contre le ou les autres. L'objet du litige est donc déterminé par l'action introduite par une partie (maxime de disposition) et cas échéant par l'action reconventionnelle de la ou des parties défenderesses (ATF 129 V 452 consid. 3.2; Meyer-Blaser, Streitgegenstand im Streit - Erläuterungen zu BGE 125 V 413, in : Schaffhauser/Schlauri [édit.], Aktuelle Rechtsfragen der Sozialversicherungspraxis, St-Gall 2001, p. 9 ss, p. 38).

2. En l'espèce, la procédure a été ouverte par la demande déposée par la Fondation le 9 décembre 2019 et vise principalement à ce que la société soit condamnée à lui

verser le solde des contributions dues pour le financement de la retraite flexible, parts salariale et employeur.

La chambre de céans est dès lors compétente.

3. L'ouverture de l'action prévue à l'art. 73 al. 1 LPP n'est soumise comme telle à l'observation d'aucun délai (SPIRA, Le contentieux des assurances sociales fédérales et la procédure cantonale, recueil de jurisprudence neuchâteloise 1984, p 19).
4. L'action déposée par la Fondation est recevable.
5. Le litige porte sur la demande de la Fondation visant à la condamnation de la société au paiement des cotisations échues et sa demande en mainlevée de l'opposition faite au commandement de payer.
6. L'activité de la société s'exerce en l'occurrence, si l'on se fonde sur l'extrait du Registre du commerce, dans le domaine de la location et de la vente d'échafaudages, ce qui permet de conclure à l'assujettissement à la CCT RA échafaudage.

La société ne le conteste du reste pas.

7. Aux termes de l'art. 7 LPP :

«¹ Les salariés auxquels un même employeur verse un salaire annuel supérieur à 18'990 francs sont soumis à l'assurance obligatoire pour les risques de décès et d'invalidité dès le 1^{er} janvier qui suit la date à laquelle ils ont eu 17 ans et, pour la vieillesse, dès le 1^{er} janvier qui suit la date à laquelle ils ont eu 24 ans.

² Est pris en considération le salaire déterminant au sens de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS). Le Conseil fédéral peut admettre des dérogations ».

Selon l'art. 4 al. 1 du règlement de la Fondation RF dans la branche de l'échafaudage, les cotisations se basent sur le salaire déterminant. Le salaire déterminant est le salaire soumis à l'AVS des personnes assurées par la Fondation RF échafaudage jusqu'à concurrence du maximum LAA, sans prise en compte des prestations de tiers. La cotisation des assurés se monte à 1% du salaire déterminant (art. 5 règlement).

L'art. 7 du règlement de la Fondation RF dans la branche de l'échafaudage précise les modalités de perception comme suit :

«¹ L'employeur doit à la Fondation RF échafaudage ses propres cotisations et celles de ses assurés.

² Il vire trimestriellement ces cotisations sous forme d'acomptes au bureau de la Fondation RF échafaudage. Le décompte final des cotisations perçues a lieu à la fin de l'année civile ou au moment où l'employeur se retire de la Fondation RF échafaudage, une fois les attestations de salaires adressées conformément à l'article 4, al. 3 ou 5.

³ L'intérêt de retard pour le paiement des cotisations dues se monte au minimum à 5%. Le Conseil de fondation peut adapter une fois par année le montant de cet intérêt de retard ».

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% (ATF 127 V 390 consid. 5e/bb et les références), dans la mesure où un taux d'intérêt plus élevé n'a pas été convenu par contrat (art. 104 al. 1 et 2 CO). 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 ; ATFA du 26 août 2004 en la cause B 106/03).

L'art. 9 al. 4 du règlement RA prévoit un intérêt moratoire de 5% dès l'exigibilité. En conséquence, il convient de faire application de ce taux dès la mise en demeure de l'employeur et l'exigibilité de l'obligation.

8. Du fait de son assujettissement à la CCT RA échafaudage, la société est tenue de s'acquitter auprès de la Fondation des cotisations, parts salariale et employeur, conformément aux dispositions du règlement RA, ainsi que des intérêts moratoires (art. 9 al. 4 du règlement RA).
9. En l'espèce, la Fondation a réclamé à la société, dans sa demande du 9 décembre 2019, le paiement des sommes de CHF 4'301.90 selon le décompte 2016 et de CHF 13'731.-, représentant les acomptes 2019.

Il y a lieu de prendre acte de ce que la société s'est acquittée des CHF 13'731.-, ainsi que des frais de rappel à hauteur de CHF 500.-. Elle a également versé CHF 780.- deux fois, ce qui ramène le montant réclamé par la Fondation à CHF 2'741.90 (CHF 4'301.90 ./ CHF 1'560.-).

Bien qu'elle ait été invitée à se déterminer sur ce montant restant, la société ne s'est pas manifestée.

Or, selon l'art. 22 LPA, applicable en l'espèce (art. 1^{er} cum 6 al. 1^{er} let. b LPA), les parties sont tenues de collaborer à la constatation des faits dans les procédures qu'elles introduisent elles-mêmes, dans celles où elles y prennent des conclusions indépendantes, ainsi que dans les autres cas prévus par la loi.

10. Au vu de ce qui précède, la demande en paiement est partiellement admise, étant rappelé que la société n'a contesté ni son assujettissement, ni le montant réclamé. Il est à noter, à cet égard, que la simple passivité du débiteur ne saurait empêcher la demanderesse d'engager et de continuer des procédures de recouvrement afin d'obtenir reconnaissance de ses droits (cf. ATA J. du 5 septembre 1995).

11. La mainlevée définitive de l'opposition est par ailleurs prononcée à concurrence de la somme de CHF 2'741.90 (poursuite n° 19_____ J), déduction faite des versements de la société.

La chambre des assurances sociales statuant en dernière instance cantonale et dans l'accomplissement de tâches de droit public peut en effet 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).

12. 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 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).

13. En l'espèce, la chambre de céans constate que l'attitude de la société doit effectivement être qualifiée de légère, dans la mesure où elle n'a pas réagi aux rappels et sommations de la demanderesse. Au vu de ces circonstances, il y a lieu de la condamner aux dépens. Ceux-ci seront fixés à CHF 500.-.

**PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

À la forme :

1. Déclare la demande en paiement recevable.

Au fond :

2. L'admet partiellement et condamne la société à payer à la Fondation la somme de CHF 2'741.90, avec intérêts à 5% à compter du 3 novembre 2016, plus les frais de poursuite à hauteur de CHF 280.-.
3. Prononce la mainlevée définitive de l'opposition faite au commandement de payer poursuite n° 19_____ J.
4. Condamne la société à verser à la Fondation la somme de CHF 500.- à titre de participation à ses frais et dépens.
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

Nathalie LOCHER

Doris GALEAZZI

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