

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1613/2023

ATAS/803/2024

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 17 octobre 2024

Chambre 5

En la cause

A_____

demandeur

contre

B_____

défenderesse

et

FONDATION INSTITUTION SUPPLÉTIVE LPP

et

appelées en
cause

NODE LPP

Siégeant : Philippe KNUPFER, président ; Pierre-Bernard PETITAT et Monique STOLLER FÜLLEMANN, juges assesseurs.

EN FAIT

A. a. Monsieur A_____ (ci-après : l'assuré ou le demandeur) a travaillé jusqu'au 31 octobre 2022 pour le compte de B_____. À ce titre, il était assuré, au titre de la prévoyance professionnelle, par GastroSocial caisse de pension (ci-après : GastroSocial) du 1^{er} juin 2020 au 31 décembre 2021, et par la fondation commune de prévoyance professionnelle NOUVELLE ORGANISATION DES ENTREPRENEURS (ci-après : NODE LPP ou la fondation), du 1^{er} juillet au 31 octobre 2022.

b. B_____ (ci-après : la SÀRL, la défenderesse ou l'employeur) est une société à responsabilité limitée inscrite au registre du commerce le 13 août 2019, laquelle exploite un bar et un restaurant et effectue également de la livraison de nourriture et de boissons.

c. L'associé gérant de la SÀRL, avec signature individuelle, est Monsieur C_____ et la gérante, avec signature individuelle également, est Madame D_____.

B. a. Le 9 mars 2023, l'assuré a adressé un courrier au Tribunal civil, dans lequel il a expliqué réclamer à son ancien employeur, depuis plus de six mois, le paiement, à l'institution de prévoyance compétente, des cotisations LPP prélevées sur ses salaires de janvier à octobre 2022.

Ce courrier a été transmis à la chambre de céans comme objet de sa compétence.

b. Sous la plume de son associé gérant, la défenderesse a répondu en date du 19 juin 2023 et a notamment présenté sa situation du point de vue de la prévoyance professionnelle et, plus généralement, des assurances sociales.

c. Par courrier du 4 juillet 2023, le demandeur a résumé les échanges qu'il a eus avec la défenderesse et GastroSocial.

d. Pour sa part, la défenderesse a informé la chambre de céans, par courrier du 15 septembre 2023, qu'elle était bien affiliée à une caisse de compensation « qui gère pour [ses] employés, l'AVS et la LPP ».

e. Le 4 octobre 2023, le demandeur a transmis à la chambre de céans l'attestation d'assurance qui lui a été délivrée par la fondation. Il en ressortait qu'il avait été affilié à celle-ci de juin à octobre 2022, de sorte qu'il manquait une affiliation pour les mois de janvier à mai 2022 et, partant, le paiement des cotisations pour cette même période.

f. Pour sa part, la défenderesse a persisté dans ses précédentes écritures par courrier du 1^{er} décembre 2023.

g. Le 21 décembre 2023, à la demande de la chambre de céans, GastroSocial a fourni un extrait actualisé du compte LPP du demandeur, dont il ressort qu'il avait été assuré jusqu'au 31 décembre 2021 uniquement.

h. Par ordonnance du 25 janvier 2024, la chambre de céans a appelé en cause la Fondation institution supplétive LPP (ci-après : la FIS) ainsi que NODE LPP et leur a imparti un délai au 23 février 2024 pour se déterminer.

i. Le 19 février 2024, la FIS a informé la chambre de céans que, par décision du 7 novembre 2023, elle avait affilié d'office l'employeur avec effet rétroactif au 6 janvier 2022. Le 17 novembre 2023, l'employeur s'était opposé à cette décision. Ladite opposition avait été transférée au Tribunal administratif fédéral (ci-après : TAF) comme objet de sa compétence.

En annexe figuraient diverses pièces et notamment la décision du 7 novembre 2023.

j. Le 27 février 2024, la FIS a encore transmis à la chambre de céans la décision incidente du TAF du 21 février 2024, par laquelle un délai de cinq jours était imparti à l'employeur pour que celui-ci régularise son recours. À défaut, celui-ci allait être déclaré irrecevable (procédure C-1009/2024).

k. Par arrêt incident du 15 mars 2024, la chambre de céans a suspendu la présente instance jusqu'à droit connu dans la procédure C-1009/2024 pendant par-devant le TAF.

l. Le 25 mars 2024, la FIS a transmis à la chambre de céans la décision incidente du TAF du 20 mars 2024, par laquelle une avance de frais de CHF 800.- était requise de l'employeur.

m. Par courrier du 3 juin 2024, la FIS a remis à la chambre de céans l'arrêt du TAF du 27 mai 2024, déclarant le recours irrecevable, faute de versement de l'avance de frais.

n. Le 26 août 2024, la FIS a expliqué ne pas avoir recouru contre l'arrêt du TAF du 27 mai 2024 et ne pas avoir été informé d'un recours de l'employeur.

o. Sur ce la cause a été gardée à juger, ce dont les parties ont été informées.

p. Les autres faits et documents seront mentionnés, en tant que de besoin, dans la partie « en droit » du présent arrêt.

EN DROIT

1.

1.1

1.1.1 Selon l'art. 73 al. 1 de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982 (LPP – RS 831.40), chaque canton désigne un tribunal qui connaît, en dernière instance cantonale, des contestations opposant institutions de prévoyance, employeurs et ayants droits. La voie à suivre est celle de l'action (ATF 115 V 224 consid. 2), étant précisé que le

for de l'action est au siège ou domicile suisse du défendeur ou au lieu de l'exploitation dans laquelle l'assuré a été engagé (art. 73 al. 3 LPP).

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 art. 73 LPP ; art. 142a du Code civil suisse du 10 décembre 1907 [CC - RS 210]).

1.1.2 Dans le cadre de contestations opposant institutions de prévoyance, employeurs et ayants droit, 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. Cette compétence est également limitée par le fait que la loi désigne de manière non équivoque les parties pouvant être liées à une contestation, à savoir les institutions de prévoyance, les employeurs et les ayants droit (ATF 128 V 254 consid. 2a).

Savoir si le point litigieux est ou non l'objet d'une réglementation expresse de la LPP ou de ses dispositions d'exécution n'est toutefois pas déterminant, en ce qui concerne la recevabilité de l'action devant le tribunal cantonal ou du recours subséquent devant le Tribunal fédéral des assurances. Au contraire, les tribunaux institués par l'art. 73 LPP sont appelés à connaître aussi de litiges qui opposent une institution de prévoyance à un employeur ou à un ayant droit, même s'ils n'appellent l'application d'aucune disposition du droit public fédéral, quant au fond, et qui doivent être tranchés exclusivement au regard du droit privé, du droit public cantonal ou du droit public communal (ATF 117 V 50 consid. 1).

1.1.3 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, y compris sur une demande de versement complémentaire en lien avec l'annonce d'un salaire à assurer plus élevé (art. 66 al. 2 et 3 LPP ; SZS 1990 p. 205 ; MEYER/UTTINGER, *in* Commentaire LPP et LFLP, 2010, n° 59 *ad.* art. 73 LPP).

Dans de tels cas, ce ne sont pas les juridictions des prud'hommes qui sont compétentes, mais le juge désigné par 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 26 consid 2 et 119 II 398 consid. 2).

1.2 Le for de l'action est au siège ou domicile suisse du défendeur ou au lieu de l'exploitation dans laquelle l'assuré a été engagé (art. 73 al. 2 LPP).

- 2.** En l'espèce, le demandeur est un ayant droit au sens de l'art. 73 al. 1 LPP. Son action est dirigée contre son ancien employeur, en tant que débiteur des cotisations de prévoyance. Ses prétentions relèvent spécifiquement de la prévoyance professionnelle, de sorte qu'elles ressortissent à la juridiction désignée à l'art. 73 LPP.

Par ailleurs, le lieu de l'exploitation dans laquelle le demandeur était engagé se trouve à Genève, tout comme le siège de la société défenderesse.

Par conséquent, la chambre de céans est compétente, tant *ratione materiae* que *ratione loci*, pour connaître des conclusions du demandeur prises à l'encontre de son ancien employeur.

- 3.**

3.1 Les institutions de prévoyance ne sont pas habilitées à rendre des décisions à l'égard de leurs affiliés. Les prétentions émises en matière de prévoyance professionnelle - que ce soit par les institutions de prévoyance elles-mêmes, les ayants droit ou les employeurs - doivent l'être par voie d'action (ATF 115 V 224 consid. 2).

C'est pourquoi, en matière de prévoyance professionnelle, le juge ne peut renvoyer l'affaire aux organes de l'assurance pour complément d'instruction et nouveau prononcé (ATF 117 V 237 consid. 2). Les prétentions qu'un affilié fonde sur la LPP ou sur le règlement de l'institution de prévoyance ne peuvent s'éteindre par suite de l'écoulement du temps qu'en raison de la prescription (ATF 117 V 329 consid. 4), question qui relève du fond et non de la recevabilité (ATAS/318/2016 consid. 1d). Du reste, l'exception de la prescription doit être expressément soulevée (ATF 129 V 237 consid. 4).

3.2 L'ouverture de l'action prévue à l'art. 73 al. 1 LPP n'est donc soumise, comme telle, à l'observation d'aucun délai (ATAS/708/2015 consid. 2 ; Raymond SPIRA, *Le contentieux des assurances sociales fédérales et la procédure cantonale*, RJN 1984, p. 19).

3.3

3.3.1 L'art. 73 al. 2 LPP se limite à fixer des règles-cadres de procédure. Celle-ci doit être simple, rapide et, en principe, gratuite. Lorsque le litige porte sur une contestation opposant ayant droit et institution de prévoyance, l'action est ouverte à l'initiative du premier par une écriture qui doit désigner l'institution de prévoyance visée et contenir des conclusions ainsi qu'une motivation. C'est donc 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 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 B.59/03 du 30 décembre 2003 consid. 4.1).

3.3.2 À Genève, la procédure en matière de prévoyance professionnelle est régie par la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10), plus particulièrement par les art. 89A ss.

3.4 En l'espèce, déposée dans les formes prévues par l'art. 89B al. 1 LPA, et par-devant la juridiction compétente à raison du lieu et de la matière, la demande est recevable.

4. La LPP ne prévoit pas l'application de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA - RS 830.1), si bien que celle-ci n'est pas applicable (art. 2 LPGA), en dehors des cas visés par l'art. 34a al. 2 et 3 LPP (et le renvoi des art. 18 let. c et 23 let. c LPP à l'art. 8 al. 2 LPGA), lesquels ne concernent pas le présent litige.
5. Le litige porte sur le paiement, par la défenderesse, des cotisations paritaires dues pour la période de janvier à mai 2022, singulièrement sur l'affiliation de l'employeur à une institution de prévoyance pour cette période.

6.

6.1 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 (art. 11 al. 1 LPP). L'affiliation a lieu avec effet rétroactif (art. 11 al. 3).

Les effets de cette affiliation sont prévus à l'art. 7 al. 1 de l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 18 avril 1984 (OPP2 - RS 831.441.1), qui indique que l'affiliation de l'employeur à une institution de prévoyance enregistrée entraîne l'assurance, auprès de cette institution, de tous les salariés soumis à la loi.

6.2 En vertu de l'art. 60 al. 2 LPP, l'institution supplétive est tenue d'affilier d'office les employeurs qui ne se conforment pas à l'obligation de s'affilier à une institution de prévoyance (let. a). Cette obligation ressort également de l'art. 2 de l'ordonnance sur les droits de l'institution supplétive en matière de prévoyance professionnelle du 28 août 1985 (RS 831.434) (ci-après : l'ordonnance sur les droits de l'institution supplétive).

Conformément à l'art. 60 al. 2^{bis} LPP, l'institution supplétive peut rendre des décisions afin de remplir les obligations notamment prévues à l'al. 2 let. a et à l'art. 12 al. 2 LPP. Ainsi, notamment, l'institution supplétive procède à l'affiliation d'office des employeurs par voie de décision (HÜRZELER, *in* LPP et LFLP, 2010, n° 8 *ad* art. 60 LPP).

6.3 Selon l'art. 66 LPP, applicable en matière de prévoyance obligatoire, 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 (al. 1). L'employeur est débiteur de la totalité des cotisations envers l'institution de prévoyance. Celle-ci peut majorer d'un intérêt moratoire les cotisations payées tardivement (al. 2). L'employeur déduit du salaire les cotisations que les dispositions réglementaires mettent à la charge du salarié (al. 3). Il transfère à l'institution de prévoyance sa contribution ainsi que les cotisations des salariés au plus tard à la fin du premier mois suivant l'année civile ou l'année d'assurance pour laquelle les cotisations sont dues (al. 4).

Une disposition similaire existe en ce qui concerne l'institution supplétive. Ainsi, l'art. 3 de l'ordonnance sur les droits de l'institution supplétive, prévoit, à son al. 1, 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.

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. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 130 III 321 consid. 3.2 et 3.3 ; 126 V 353 consid. 5b ; 125 V 193 consid. 2 et les références). 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 319 consid. 5a).
8. En l'espèce, il est établi que le demandeur a travaillé pour le compte de la défenderesse du 1^{er} juin 2020 (cf. extrait de compte établi le 19 septembre 2022 par GastroSocial) au 31 octobre 2022 (cf. fiches de salaire pour janvier à octobre 2022) et qu'il a été affilié à :
 - GastroSocial du 1^{er} juin 2020 au 31 décembre 2021 (extraits de compte établis les 19 septembre 2022 et 21 décembre 2023) ;
 - NODE LPP du 1^{er} juin 2022 au 31 octobre 2022 (cf. attestation d'assurance au 1^{er} juin 2022 et décompte relatif à la prestation de sortie au 31 octobre 2022).

Il est également établi que de janvier à mai 2022, la défenderesse n'était affiliée à aucune institution de prévoyance. C'est pourquoi la FIS l'a affiliée d'office, par décision du 7 novembre 2023, avec effet rétroactif au 6 janvier 2022. Le recours interjeté contre cette décision a été déclaré irrecevable par le TAF par arrêt

du 27 mai 2024. En l'absence de recours au Tribunal fédéral, la décision d'affiliation d'office est entrée en force.

Ainsi, conformément à l'art. 3 al. 1 de l'ordonnance sur les droits de l'institution supplétive, la défenderesse doit verser à la FIS les cotisations paritaires notamment dues pour le demandeur pour la période précitée. En particulier, la défenderesse doit verser à la FIS la part « employé » déjà déduite du salaire (*cf.* fiches de salaire) ainsi que la part « employeur ».

9.

9.1 Au vu de ce qui précède, la demande du 9 mars 2023 sera admise. La défenderesse sera invitée à verser à la FIS les cotisations paritaires dues pour le demandeur pour les mois de janvier à mai 2022. Elle y sera condamnée en tant que de besoin.

9.2 Bien qu'il obtienne gain de cause, le demandeur, non représenté et n'ayant pas fait valoir de frais engendrés par la procédure, n'a pas droit à des dépens (art. 89H al. 3 *a contrario* LPA).

9.3 Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 73 al. 2 LPP et art 89H al. 1 LPA).

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

Préalablement

1. Reprend l'instance suspendue par l'arrêt incident du 15 mars 2024 (ATAS/166/2024).

Statuant

À la forme :

2. Déclare la demande recevable.

Au fond :

3. L'admet.
4. Invite B_____ à verser à la Fondation institution supplétive LPP les cotisations paritaires dues pour le demandeur pour les mois de janvier à mai 2022.
5. L'y condamne en tant que de besoin.
6. Dit que la procédure est gratuite.
7. 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

Véronique SERAIN

Philippe KNUPFER

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