

## **Poursuite pour dettes et faillite (LP) Schuldbetreibungs- und Konkursrecht (SchKG)**

TCVS LP 06 13

*ATC (Autorité supérieure de surveillance en matière de LP) du 24 avril 2006, X. c. Fondation Institution supplétive LPP.*

### **Poursuite en relation avec une créance découlant de la prévoyance professionnelle: mainlevée définitive, commination de faillite.**

- Recevabilité de la plainte LP contestant la validité d'une commination de faillite (art. 17 LP; consid. 3).
- Poursuite découlant d'une créance de droit public en général (art. 43 LP; consid. 4a).
- Poursuite découlant d'une créance en cotisations de la prévoyance professionnelle obligatoire; notion de sujet de droit public (art. 48 al. 2 LPP; consid. 4b).
- Nullité d'une décision de l'office (art. 22 LP; consid. 5a/aa).
- Droit d'être entendu en matière de poursuite (art. 29 et 30 Cst., art. 6 par. 1 CEDH; consid. 5a/bb).
- Annulation de l'opposition par la voie de la procédure administrative (art. 79 LP; consid. 5a/cc).
- Inadmissibilité pour la Fondation Institution supplétive LPP de prononcer une mainlevée définitive (art. 54 al. 4, 60 al. 2bis, 60 al. 3, 73 al. 1 LPP; art. 80 LP; art. 6 par. 1 CEDH; art. 29 et 30 Cst.; consid. 5b).

### **Betreibung für eine Forderung aus beruflicher Vorsorge: definitive Rechtsöffnung, Konkursandrohung.**

- Zulässigkeit der SchKG-Beschwerde gegen die Gültigkeit einer Konkursandrohung (Art. 17 SchKG; E. 3).
- Betreibung für im öffentlichen Recht begründete Forderungen im Allgemeinen (Art. 43 SchKG; E. 4a).
- Betreibung für eine Beitragsforderung aus der obligatorischen beruflichen Vorsorge im Speziellen; Begriff der Einrichtung des öffentlichen Rechts (Art. 48 Abs. 2 BVG; E. 4b).
- Nichtigkeit eines Entscheids des Amtes (Art. 22 SchKG; E. 5a/aa).
- Anspruch auf rechtliches Gehör in Betreibungssachen (Art. 29 und 30 BV; Art. 6 Ziff. 1 EMRK; E. 5a/bb).
- Beseitigung des Rechtsvorschlages im Verwaltungsverfahren (Art. 79 SchKG; E. 5a/cc).
- Unzulässigkeit der Erteilung der definitiven Rechtsöffnung durch die BVG-Aufnahmeinrichtung (Art. 54 Abs. 4, Art. 60 Abs. 2bis, Art. 60 Abs. 3; Art. 73 Abs. 1 BVG; Art. 80 SchKG, Art. 6 Ziff. 1 EMRK; Art. 29 und 30 BV; E. 5b).

### **Faits (résumé)**

Au 31 décembre 2004, l'employeur X. était redevable d'un arriéré de primes à l'Institution supplétive LPP (ci-après: l'Institution). Cette dernière a introduit une poursuite pour un montant de 32'918 fr. 35 avec intérêt à 6% dès le 1<sup>er</sup> janvier 2005 et 100 fr. de frais. X. ayant fait opposition au commandement de payer, l'Institution a rendu une décision fixant la créance au montant précité et levant l'opposition. Cette décision n'a fait l'objet d'aucun recours. Donnant suite à la réquisition de continuer la poursuite de la créancière, l'office des poursuites a établi une commination de faillite et l'a communiquée le lendemain à X. X. a déposé plainte auprès de l'autorité inférieure de surveillance en concluant à l'annulation de la commination de faillite.

L'autorité inférieure de surveillance a rejeté la plainte de X. Ce dernier a interjeté un recours auprès de l'Autorité supérieure de surveillance, en concluant à l'annulation de la décision de mainlevée rendue par l'Institution, ainsi que de la commination de faillite.

### **Considérants (extraits)**

(...)

3. a) Les conditions de recevabilité de la plainte au sens de l'art. 17 LP doivent être examinées d'office non seulement par l'autorité inférieure mais aussi par l'autorité supérieure de surveillance (ATF 110 III 86; Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Lausanne 1999, n. 26 ad art. 20a LP). Aux termes de cette disposition, sauf dans les cas où la loi prescrit la voie judiciaire, il peut être porté plainte à l'autorité de surveillance lorsqu'une mesure de l'office est contraire à la loi ou ne paraît pas justifiée en fait. La plainte doit toujours être dirigée contre une mesure déterminée de la poursuite et de la faillite ou contre une omission qui constitue la violation d'une prescription légale (Amonn/Gasser, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, Berne 1997, n. 2 p. 35). Par mesure, il faut entendre tout acte d'autorité accompli par l'office en exécution d'une mission officielle dans une affaire concrète; il s'agit d'un acte matériel qui a pour objet la continuation ou l'achèvement de la procédure d'exécution forcée et qui produit des effets externes (ATF 116 III 93 et les références). Cette définition doit être interprétée largement (ATF 22 II 893). Elle vise également les dispositions ou mesures requises par les intéressés ou entrant en considération pour autant que le rejet soit exprimé expressément ou qu'il ressorte sans équivoque de la manière de procéder de l'office (ATF 109 III

17). Il faut en outre que le plaignant justifie d'un intérêt actuel, c'est-à-dire que la mesure ou la décision attaquée puisse être rectifiée (ATF 120 III 108 consid. 2).

b) La procédure adéquate pour contester la validité d'une commination de faillite est la plainte à l'autorité de surveillance (ATF 130 III 657; arrêt du Tribunal fédéral 7B.43/2004 du 21 avril 2004; arrêt du Tribunal fédéral 7B.51/2002 du 22 mars 2002; Gilliéron, op. cit., n. 38 ad art. 88 LP; LP-Lebrecht, n. 6 ad art. 88 LP). En l'espèce, en sa qualité de failli, le recourant possédait un intérêt digne de protection à déposer plainte. En outre, comme il invoquait la nullité de la commination de faillite au motif notamment que la poursuite devait être continuée par voie de saisie et non de faillite, sa plainte était recevable sans qu'il soit nécessaire d'examiner si le délai de dix jours de l'art. 17 al. 2 LP a été respecté.

4. Le recourant prétend que la créance déduite en poursuite est une créance de droit public au sens de l'art. 43 LP, ce qui exclut la poursuite par voie de faillite.

a) Selon la jurisprudence constante, suivie par la doctrine, l'application du privilège de l'art. 43 ch. 1 LP est soumise à deux conditions cumulatives, d'une part, que la prétention déduite en poursuite ait sa cause juridique dans le droit public ou dans le droit administratif, et, d'autre part, que le poursuivant soit un sujet de droit public (ATF 125 III 250, 118 III 13, 115 III 90; Gilliéron, op. cit., n. 35 ad art. 43 LP; CR LP-Rigot, n. 16 ad art. 43 LP). Selon la jurisprudence, ne sont notamment pas des créances de droit public dues à une caisse de droit public les créances en cotisations de la prévoyance professionnelle obligatoire fondée sur le droit public fédéral d'une institution supplétive organisée sous la forme d'une fondation (ATF 118 III 113; CR LP-Rigot, n. 18 ad art. 43 LP).

b) En l'espèce, la première condition posée ci-dessus est réalisée puisque la créance invoquée par l'intimée est fondée sur la LPP; à ce titre, elle constitue bien une créance de droit public. En revanche, la seconde condition n'est pas remplie. En effet, en vertu de l'art. 48 al. 2 LPP, les institutions de prévoyance doivent revêtir la forme d'une fondation, d'une société coopérative ou d'une institution de droit public. Or, dans le cas présent, l'intimée n'est pas une caisse publique au sens de l'art. 43 ch. 1 LP mais une fondation de droit privé (cf. art.

89bis CC). Elle appartient donc à la première catégorie ci-dessus et a été créée, selon publication à la FOOSC du 24 décembre 1983, par les organisations faïtières des salariés et des employeurs. Partant, elle ne peut en aucun cas être assimilée à un sujet de droit public. En conséquence, la poursuite requise pouvait effectivement se continuer comme une poursuite ordinaire par voie de faillite (ATF 118 III 13; 115 III 90; Gilliéron, op. cit., n. 50 ad art. 43 LP).

5. Le recourant se prévaut ensuite de la nullité de la réquisition de continuer la poursuite et de la commination de faillite. Il prétend en substance que l'Institution supplétive s'est illégalement substituée au juge en prononçant la mainlevée de l'opposition à la poursuite n° 255007 et que la décision est entachée d'un vice grave. A son avis, il s'agit d'une atteinte à la garantie que l'art. 29 Cst. donne au citoyen de comparaître devant un tribunal impartial et compétent. A cet égard, il sied de préciser que le recourant a fait valoir très subsidiairement ce grief dans la plainte. Celui-ci n'a pas fait l'objet d'un examen de la part de l'autorité inférieure de surveillance. Le débiteur ne se plaint toutefois pas de l'absence de motivation de la part de l'instance précédente sur ce point et a également soulevé ce moyen dans le cadre du présent recours. De surcroît, il ne subit aucun préjudice puisque la cour de céans jouit d'un pouvoir d'examen complet, analogue à celui d'une autorité d'appel (art. 26 LALP; RVJ 1986 p. 244).

a) aa) En règle générale, les mesures de l'office ne sont qu'annulables; elles entrent donc en force si elles ne sont pas attaquées dans le délai légal. La nullité d'une décision constitue donc l'exception. L'art. 22 al. 1 LP reprend, à titre de définition, la description de la décision nulle développée par la jurisprudence du Tribunal fédéral. Les mesures dont la nullité peut être constatée sont des décisions au sens de l'art. 17 LP, émanant d'autorités de poursuite ou de surveillance. Il se peut également qu'une décision judiciaire soit nulle, ce que les autorités de surveillance peuvent relever dans certains cas seulement (ATF 120 III 1). Dans ce cas, elles ne sont toutefois pas habilitées à corriger ou à annuler les décisions prises par voie judiciaire; il leur incombe en revanche de tenir compte de leur irrégularité ou nullité éventuelle, qu'elles peuvent constater à titre préjudiciel, et de tirer les conséquences qui s'imposent pour la poursuite concernée (ATF 130 III 481).

Pour qu'il y ait nullité d'une mesure, il faut une violation de dispositions édictées dans l'intérêt public. Il faut qu'il s'agisse d'une règle impérative, et qu'elle ait été établie, le cas échéant, dans l'inté-

rêt des parties, mais surtout dans un intérêt public ou dans l'intérêt d'un cercle indéterminé de tiers étrangers à la procédure. C'est en principe le cas des dispositions de procédure, de même que de celles traitant de la compétence matérielle des autorités (CR LP-Erard, n. 2 à 7 ad art. 22 LP). Les autorités doivent constater la nullité d'une mesure alors même que le délai de plainte est dépassé (CR LP-Erard, n. 15 ad art. 22 LP).

bb) Les art. 29 al. 1 et 2 et 30 al. 1<sup>er</sup> Cst. féd. confèrent aux justiciables des garanties semblables à celles présentées par l'art. 6 par. 1 CEDH (ATF 130 I 312). Selon cette disposition, toute personne a le droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial qui décidera des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil ou du bien-fondé de toute accusation pénale dirigée contre elle. L'art. 6 par. 1 CEDH peut ainsi être invoqué par quiconque, estimant illégale une ingérence dans l'exercice de l'un de ses droits (notamment de caractère civil), se plaint de n'avoir pas eu l'occasion de soumettre pareille contestation à un tribunal répondant aux exigences précitées. L'art. 6 par. 1 CEDH ne concerne donc pas seulement les contestations de droit privé au sens étroit - soit les litiges surgissant entre les particuliers ou entre les particuliers et l'Etat agissant au même titre qu'une personne privée -, mais aussi les actes administratifs adoptés par une autorité dans l'exercice de la puissance publique, pour autant qu'ils produisent un effet déterminant sur des droits de caractère civil. De ce point de vue également, sont décisifs le contenu du droit matériel et les effets que lui confère la législation nationale (ATF 127 I 115; 125 I 209 consid. 7a et les références citées). Selon le Tribunal fédéral, le droit de la poursuite pour dettes et la faillite fait partie du droit civil au sens formel (ATF 128 I 209; 107 III 116; Gilliéron, Les garanties de procédure dans l'exécution forcée ayant pour objet une somme d'argent ou des sûretés à fournir, Le cas des prétentions de droit public, in SJ 2003 II p. 362). Dans le domaine de l'exécution forcée, le législateur fédéral impose aux cantons de désigner les autorités judiciaires chargées de statuer dans les matières dont la loi attribue la connaissance au juge (art. 23 LP), par exemple, et notamment en matière de mainlevée ou de recevabilité de l'opposition et du séquestre. Les autorités judiciaires désignées par les cantons en application du droit fédéral sont les «tribunaux établis par la loi» au sens de l'art. 30 al. 1<sup>er</sup> Cst. féd. (Gilliéron, op. cit., p. 362-363).

cc) Aux termes de l'art. 79 al. 1 LP, un créancier à la poursuite duquel il a été formé opposition agit par la voie de la procédure ordinaire ou administrative pour faire reconnaître son droit. Il ne peut requérir la continuation de la poursuite qu'en se fondant sur une décision passée en force qui écarte expressément l'opposition. La procédure administrative doit être choisie lorsque la prétention relève du droit public et qu'une autorité administrative est compétente pour statuer sur son bien-fondé. Il peut s'agir d'une autorité de recours ou de première instance. Dans cette seconde hypothèse, le débiteur doit avoir la possibilité de recourir à une autorité judiciaire contre le prononcé de mainlevée. Selon de nombreux auteurs, le pouvoir conféré à une administration de lever l'opposition au commandement de payer dans la poursuite qu'elle a requise contre un particulier viole le principe selon lequel nul ne peut être à la fois juge et partie (CR LP-Schmidt, n. 21 ad art. 79 LP; Gilliéron, *op. cit.*, n. 28-46 ad art. 79 LP et son article, cité ci-dessus, in SJ 2003 II p. 361 à 379, cf. également, Gilliéron, *Poursuite pour dettes, faillite et concordat*, 4<sup>ème</sup> éd. 2005, n° 729 p. 143-144). Mais le privilège reconnu à l'administration a été entériné par le législateur non seulement lors de la révision de la LP (adjonction à l'art. 79 al. 1 1<sup>ère</sup> phrase de la «voie administrative»), mais également dans la promulgation de dispositions spécifiques d'autres lois, comme par ex. l'art. 57 OTVA et l'art. 48 ORTV (ATF 130 III 524; 128 III 39). Le procédé consistant à rendre une décision sur le fond et à lever simultanément l'opposition n'a pas été jugé contraire aux art. 30 Cst. féd. et 6 par. 1 CEDH par le Tribunal fédéral (cf. ATF 121 V 109 concernant les caisses-maladie). Toutefois, seule l'administration expressément habilitée à cette fin en vertu de la loi peut lever l'opposition. Ainsi, par exemple, l'Institution ne peut pas lever elle-même l'opposition formée par l'employeur. La jurisprudence relative aux caisses-maladie ne s'applique pas (ATF 119 V 329; 107 III 65; CR LP-Schmidt, n. 21 et 22 ad art. 79 LP).

b) En l'espèce, la décision de mainlevée définitive a été rendue le 22 juillet 2005 par l'Institution en application de l'art. 60 al. 2bis de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité (LPP). Cette disposition, qui a été introduite par le ch. I de la LF du 3 octobre 2003 (1<sup>ère</sup> révision LPP), en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2005 (RO 2004 p. 1677 à 1700), donne la compétence à l'Institution, qui est une autorité au sens de l'art. 54 al. 4 LPP, de réclamer les contributions arriérées du recourant par une décision. En revanche, le législateur a clairement voulu, s'agissant des cotisations, met-

tre les institutions supplétives sur le même pied (art. 60 al. 3 LPP), et notamment en instituant la même voie de recours contre leurs décisions en cette matière (art. 73 al. 1 LPP; ATF 115 III 95). Dès lors, si la loi reconnaît à l'institution supplétive le «privilege du préalable», c'est-à-dire de rendre une décision portant condamnation à payer une somme d'argent - assimilée à un jugement ordinaire au sens de l'art. 80 LP -, elle n'autorisait pas l'intimée, dans le cas particulier, à se substituer à l'autorité judiciaire désignée par le droit cantonal (art. 30 al. 1 let. a LALP) et à lever définitivement l'opposition formée par le recourant à la poursuite n° 255007 de l'office des poursuites. Seul le juge de district du domicile du débiteur avait cette compétence, en procédure sommaire, après avoir vérifié que la décision relative aux cotisations dues par le débiteur avait été rendue par une autorité compétente dans le domaine en question, qu'elle avait été communiquée avec indication des voies de recours, qu'elle était définitive et exécutoire. Dans ces conditions, la décision de mainlevée définitive rendue par l'intimée le 22 juillet 2005, qui a servi à l'établissement de la commination de faillite, ne satisfait pas aux exigences des art. 6 par. 1 CEDH, 29 et 30 al. 1<sup>er</sup> Cst. féd.; elle est entachée d'un vice entraînant sa nullité. Le grief formulé par le recourant étant fondé, l'office des poursuites ne pouvait pas, sur simple réquisition de la créancière, continuer la poursuite et notifier la commination de faillite. Par voie de conséquence, il s'impose d'annuler la réquisition de continuer la poursuite ainsi que la commination de faillite notifiée dans la poursuite précitée.