

# **BGer 9C 832/2013 vom 23. April 2014**

Bundesgericht, 2014-04-23, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_9C\\_832\\_2013](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_9C_832_2013)

FR: TF 9C 832/2013 du 23 avril 2014

IT: TF 9C 832/2013 del 23 aprile 2014

## **Regeste**

Prévoyance professionnelle | Prévoyance professionnelle

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Le recours en matière de droit public peut être formé pour violation du droit, tel qu'il est délimité par les art. 95 et 96 LTF . Le Tribunal fédéral applique le droit d'office ( art. 106 al. 1 LTF ), sans être limité par les arguments de la partie recourante ou par la motivation de l'autorité précédente. Le Tribunal fédéral n'examine en principe que les griefs invoqués, compte tenu de l'exigence de motivation prévue à l' art. 42 al. 2 LTF , et ne peut aller au-delà des conclusions des parties ( art. 107 al. 1 LTF ). Il fonde son raisonnement sur les faits retenus par la juridiction de première instance ( art. 105 al. 1 LTF ) sauf s'ils ont été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l' art. 95 LTF ( art. 105 al. 2 LTF ). La partie recourante qui entend s'écarter des faits constatés doit expliquer de manière circonstanciée en quoi les conditions de l' art. 105 al. 2 LTF sont réalisées sinon un état de fait divergent ne peut être pris en considération.

### **E. 2**

Le litige a pour objet le montant du salaire assuré au titre de la prévoyance professionnelle pour les années 2007 à 2010, singulièrement le point de savoir si et, le cas échéant, dans quelle mesure les bonus et commissions versés ou promis à l'intimé doivent être inclus dans le salaire assuré. Si les recourantes ont formé un recours commun devant le Tribunal fédéral, il convient cependant de mettre en évidence qu'elles poursuivent au travers de leur démarche respective des intérêts fondamentalement différents. En fonction de l'issue du litige, Y.\_\_\_\_\_ pourrait en effet se voir contrainte de devoir verser des cotisations d'employeur supplémentaires sur les montants dont le rattrapage a été demandé, tandis que la Fondation collective Vita pourrait être amenée pour sa part à devoir corriger le montant des prestations d'invalidité de la prévoyance professionnelle qu'elle alloue en raison de la redéfinition du salaire assuré.

### **E. 3**

Le litige concerne une part salariale qui dépasse incontestablement le montant du salaire coordonné prévu à l' art. 8 al. 1 LPP , si bien qu'il relève exclusivement de la prévoyance plus étendue.

#### **E. 3.1**

Lorsqu'une institution de prévoyance décide d'étendre la prévoyance au-delà des exigences minimales fixées dans la loi (prévoyance surobligatoire ou plus étendue), on parle alors d'institution de prévoyance "enveloppante". Une telle institution est libre de définir, dans les

limites des dispositions expressément réservées à l' art. 49 al. 2 LPP en matière d'organisation, de sécurité financière, de surveillance et de transparence, le régime de prestations, le mode de financement et l'organisation qui lui convient, pour autant qu'elle respecte les principes d'égalité de traitement et de proportionnalité ainsi que l'interdiction de l'arbitraire ( ATF 138 V 176 consid. 5.3 p. 180 et la référence).

### **E. 3.2**

En règle générale, le salaire assuré dans le cadre de la prévoyance plus étendue est défini par les dispositions réglementaires de l'institution de prévoyance. Le plus souvent, il est fait renvoi à la notion de salaire déterminant au sens de la LAVS ( art. 5 al. 2 LAVS ). Si une institution de prévoyance entend déroger à cette notion dans le but, notamment, d'exclure certains éléments de rémunération, elle doit le faire par la voie réglementaire. Faute pour l'institution de prévoyance d'avoir été associée à la négociation d'un tel accord, le contrat de travail ne saurait permettre d'exclure l'un ou l'autre élément de rémunération du salaire assuré au titre de la prévoyance professionnelle. Pour être valable, un accord contractuel entre employeur et employés à ce propos doit nécessairement être traduit dans le droit de la prévoyance et transcrit au niveau réglementaire. Autrement dit, le règlement de prévoyance doit clairement distinguer les éléments de salaire qui sont assurés de ceux qui ne le sont pas (arrêt B 115/05 du 10 avril 2006 consid. 4.3; voir également arrêt B 60/97 du 19 avril 1999 consid. 4b; Hans-Ulrich Stauffer, Berufliche Vorsorge, 2ème éd. 2012, n° 566 p. 209; Jürg Brechbühl, in Commentaire LPP et LFLP, 2010, n. 47 ad art. 7 LPP ).

### **E. 3.3**

Dans le cadre de la prévoyance plus étendue, les employés assurés sont liés à l'institution par un contrat innommé ( sui generis ) dit de prévoyance ( ATF 131 V 27 consid. 2.1 p. 28). Le règlement de prévoyance constitue le contenu préformé de ce contrat, savoir ses conditions générales, auxquelles l'assuré se soumet expressément ou par actes conclusifs. Il doit ainsi être interprété selon les règles générales sur l'interprétation des contrats. Il y a lieu de rechercher, tout d'abord, la réelle et commune intention des parties ( art. 18 al. 1 CO ), ce qui en matière de prévoyance professionnelle vaut avant tout pour les conventions contractuelles particulières ( ATF 129 V 145 consid. 3.1 p. 147). Lorsque cette intention ne peut être établie, il faut tenter de découvrir la volonté présumée des parties en interprétant leurs déclarations selon le sens que le destinataire de celles-ci pouvait et devait raisonnablement leur donner selon les règles de la bonne foi (principe de la confiance). L'interprétation en application de ce principe, dite objective ou normative, consiste à établir le sens que chacune des parties pouvait et devait raisonnablement prêter aux déclarations de volonté de l'autre. Pour ce faire, il convient de partir du texte du contrat (ou du règlement) avant de l'examiner dans son contexte; dans ce dernier cas, toutes les circonstances ayant précédé ou accompagné sa conclusion doivent être prises en considération ( ATF 132 V 286 consid. 3.2.1 p. 292 et les références; 129 III 118 consid. 2.5 p. 122). A titre subsidiaire, il peut également être tenu compte du mode d'interprétation spécifique aux conditions générales, notamment la règle de la clause ambiguë ( in dubio contra stipulatorem ; ATF 131 V 27 consid. 2.2 p. 29; 122 V 142 consid. 4c p. 146).

### **E. 4**

Selon le règlement de prévoyance applicable au présent litige ("Règlement LPP Pool de la prévoyance en faveur du personnel de X. \_\_\_\_\_"), le salaire annuel correspond au salaire AVS présumé d'un assuré au début d'une année (art. 10.1, 1ère phrase). Les éléments de

salaires de nature occasionnelle ou temporaire (p. ex. cadeaux d'ancienneté, indemnités pour heures supplémentaires) ne sont pas pris en considération (art. 10.3, 1<sup>ère</sup> phrase). Les adaptations de salaire sans modification du taux d'activité intervenant au cours d'une année d'assurance ne sont, en règle générale, prises en considération qu'à la date d'effet qui suit (soit le 1<sup>er</sup> janvier [art. 2.4]); par contre, les adaptations de salaire qui résultent d'une modification du taux d'activité sont prises en compte immédiatement (art. 10.6).

### **E. 5.1**

La juridiction cantonale a estimé que les commissions et bonus versés à l'intimé n'étaient pas exclus du salaire assuré, faute pour le règlement de prévoyance d'être suffisamment précis sur ce point. S'il est vrai que le montant de ces éléments de rémunération ne pouvait être déterminé à l'avance de façon certaine, leur versement et les modalités de leur calcul étaient prévus par le contrat de travail et leur part dans la rémunération globale dépassait celle du salaire de base. Bien que variables dans leur quotité, ils ne revêtaient pas une forme occasionnelle au sens de l'art. 10.3 du règlement. De même, il n'y avait pas lieu d'admettre que les commissions et bonus étaient exclus du salaire AVS présumé au début de l'année au sens de l'art. 10.1 du règlement. Le revenu présumé devait être compris comme le revenu que les parties au contrat de travail s'attendaient à voir le travailleur réaliser. Dans la mesure où la rémunération effective de l'intimé s'était toujours révélée supérieure au montant du salaire fixe et de l'avance sur commissions, l'employeur devait s'attendre à ce que les commissions totales versées dépassent l'avance mensuelle de 5'350 fr., eu égard notamment aux performances de l'intimé. Au vu de l'évolution de la rémunération de l'intimé, il était déraisonnable de considérer que la rétribution escomptée en début d'année se limitait au seul revenu de 8'550 fr. fixé dans le contrat de travail. Cela étant, il n'était pas possible de soumettre à la prévoyance professionnelle l'intégralité des commissions et bonus perçus par l'intimé, faute de disposition réglementaire prévoyant l'adaptation du salaire assuré une fois le montant des commissions dues établi de manière définitive. Les recourantes ont exposé que le montant du bonus était fonction de la réalisation des objectifs qui étaient fixés à l'intimé, ce qui ressortait également du règlement de commissionnement. Conformément au principe de la bonne foi qui doit gouverner les relations de travail, l'employeur doit fixer des objectifs réalistes au salarié, tout en étant en droit d'attendre que ceux-ci soient atteints. En l'espèce, l'intimé a toujours réalisé les objectifs qui lui avaient été fixés. Eu égard aux circonstances, son employeur pouvait donc raisonnablement présumer en début d'année la réussite des buts convenus et, partant, le versement des commissions et des bonus stipulés dans le règlement de commissionnement, si bien qu'il devaient faire partie du salaire assuré. Il convenait par conséquent de corriger les salaires annoncés pour 2007, 2008 et 2009 en tenant compte des commissions et bonus qui devaient être versés si les objectifs de l'intimé étaient atteints. S'agissant du revenu 2010, le montant de 213'633 fr. était connu de l'employeur au 1<sup>er</sup> janvier 2010 puisque X. \_\_\_\_\_ lui en avait ordonné le paiement avant cette date, de sorte qu'il faisait partie du salaire présumé pour cette année. Selon les explications des recourantes, ce montant correspondait toutefois aux commissions et bonus dus pour l'année 2009. La correction à laquelle il convenait de procéder pour l'année 2009 ne devait par conséquent pas tenir compte de la part de commissions et de bonus incluses dans le montant de 213'633 fr. à assurer rétroactivement pour l'année 2010.

### **E. 5.2**

Les recourantes reprochent à la juridiction cantonale d'avoir procédé à une constatation manifestement inexacte des faits pertinents consécutive à une mauvaise appréciation des

preuves et d'avoir violé le droit. Elles lui font plus particulièrement grief de ne pas avoir tenu compte de ce que le règlement de prévoyance applique le principe de la fixation *praenumerando* du salaire assuré. Or ce système est inapplicable aussi bien d'un point de vue pratique que juridique aux éléments de salaire variables qui sont versés en fin d'année en sus d'un salaire fixe connu en début d'année. En effet, si des éléments de salaire variables versés en fin d'année sont inclus dans le salaire AVS prévu en début d'année, le salaire AVS effectif en fin d'année sera soit supérieur, soit inférieur au salaire AVS prévu en début d'année. Une erreur de prévision aura pour conséquence que l'employeur et le salarié auront payé soit trop, soit pas assez de cotisations pour des prestations assurées soit trop élevées, soit trop basses. En l'espèce, les commissions et bonus versés constituaient des éléments aléatoires et variables quant à leur principe et à leur montant; ils n'étaient par définition ni déterminés, ni déterminables au début d'année; ils ne pouvaient donc être présumés au sens de l'art. 10.1 du règlement de prévoyance. C'est précisément parce qu'il est impossible de déterminer le montant des commissions qui seront versées l'année suivante que les parties se sont accordées chaque année sur le montant des avances sur commissions. Seule cette part des commissions pouvait être retenue comme étant prévisible ou présumable en début d'année. Si le versement et le montant de ces commissions étaient garantis d'une année à l'autre, les parties au contrat auraient assurément convenu d'augmenter les avances sur commissions fixées chaque année. Il était par conséquent exclu de considérer sur le plan de la prévoyance professionnelle que la part variable de la rémunération versée en fin d'année à l'intimé constituait un élément prévisible en début d'année. Ce constat apparaissait d'autant plus évident si l'on se référait au salaire assuré au début des rapports de travail auprès de Y. \_\_\_\_\_ le 1<sup>er</sup> janvier 2010. En effet, Y. \_\_\_\_\_ avait augmenté le salaire fixe de l'intimé afin de réduire drastiquement la part variable de son salaire; il n'y avait plus de versement de commissions et de bonus tel que pratiqué au sein de X. \_\_\_\_\_. Lors de la signature de son nouveau contrat de travail avec Y. \_\_\_\_\_, l'intimé avait d'ailleurs expressément contresigné un document complémentaire précisant que le salaire assuré correspondait à son salaire fixe, soit 136'695 fr.

### **E. 6.1**

Le salaire assuré peut, s'il existe une base réglementaire correspondante, être fixé de manière définitive au début de l'année civile, soit par référence au dernier salaire annuel connu, soit sur la base du salaire en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier de l'année (comprenant les augmentations individuelles ou générales de salaire déjà décidées pour l'année en cours). La fixation *praenumerando* du salaire assuré peut avoir pour conséquence que le salaire pris en considération dans le cadre de la prévoyance professionnelle diffère du salaire AVS, lorsque des modifications de salaire non convenues ou imprévues apparaissent au cours de l'année (sur cette notion, Jürg Brechbühl, op. cit. , n. 12 ad art. 8 LPP ).

### **E. 6.2**

En tant que le règlement de prévoyance fait référence à son art. 10.1, 1<sup>ère</sup> phrase, au "salaire AVS présumé d'un assuré au début d'une année", il convient d'admettre qu'il prévoit le principe d'une fixation *praenumerando* du salaire assuré. Cela étant admis la question de savoir ce qu'il faut entendre par "salaire AVS présumé" n'en est pas résolu pour autant. Contrairement à ce qu'allèguent les recourantes, le salaire assuré au titre de la prévoyance professionnelle ne résulte pas de l'accord individuel passé à ce sujet entre l'employeur et son employé et annoncé ensuite à l'institution de prévoyance, mais du sens qu'il convient de donner objectivement à la disposition réglementaire selon le principe de la confiance (cf.

supra consid. 3.2; voir également arrêt B 120/06 du 10 mars 2008 consid. 2.1.3, in SVR 2009 BVG n° 15 p. 52). Comme l'a relevé à bon droit la juridiction cantonale, l'emploi du terme "préssumé" sous-entend que le salaire assuré se doit d'être aussi proche que possible du salaire AVS effectif versé au salarié durant l'année civile en cours. De fait, lorsque le contrat de travail prévoit dans les bases de la rémunération le versement de primes individuelles, liées ou non à la réalisation d'objectifs prédéfinis, cette part de rémunération doit être considérée comme un élément prévisible du salaire et être incluse dans le salaire annuel (voir arrêt 9C\_120/2010 du 4 mai 2011 consid. 5.2, in SVR 2011 BVG n° 40 p. 151).

### **E. 6.3**

Certes peut-on être tenté de voir une forme de contradiction entre le principe de la fixation *praenumerando* du salaire assuré et l'interprétation qu'il convient de faire de l'art. 10.1, 1ère phrase, du règlement de prévoyance. La formulation très générale de la disposition réglementaire litigieuse n'autorise cependant aucune autre interprétation. Si un employeur entend, dans le cadre de la prévoyance plus étendue accordée à ses employés, exclure du salaire assuré la prise en compte d'éléments de rémunération réguliers tel que treizième salaire, gratification, bonus ou autres commissions, il est de son devoir de veiller à ce que le règlement de prévoyance soit formulé de façon claire et en adéquation avec la structure de l'entreprise et le système de rémunération ayant cours en son sein ( HANS-ULRICH STAUFFER, op. cit. , n° 570 p. 211). S'il omet de le faire, il doit en supporter les conséquences.

### **E. 7**

Les recourantes font également valoir que l'intimé aurait accepté par actes conclusants le montant du salaire assuré, en renonçant à contester le contenu des certificats de prévoyance qui lui étaient adressés chaque année et à demander le paiement de cotisations supplémentaires une fois le montant des bonus et commissions connu. Le simple fait que l'intimé a, indépendamment de ses connaissances en la matière, toléré durant une longue période que les bonus et autres commissions qui lui étaient versées ne soient pas assurés ne permet pas de conclure qu'il aurait expressément consenti à cette situation. Une renonciation du salarié à un prélèvement de cotisations par actes conclusants ne peut être admise que si son attitude, interprétée selon le principe de la confiance, peut être comprise dans le cas particulier comme manifestant clairement sa volonté de renoncer définitivement audit prélèvement. De jurisprudence constante en effet, sauf circonstances particulières non réalisées en l'espèce, le justiciable ne commet pas un abus de droit, s'il attend - dans les limites du délai de prescription - avant de faire valoir ses prétentions, sinon quoi l'institution de la prescription serait vidée d'une grande partie de sa substance ( ATF 131 III 439 consid. 5.1 p. 443 et la référence).

### **E. 8**

Dans la mesure où, d'une part, les recourantes ne démontrent pas, chiffres à l'appui, que la prise en considération des bonus et commissions versés à l'intimé et la correction du salaire assuré auraient pour conséquence d'éluder les dispositions réglementaires en matière d'examen complémentaire du risque d'assurance (art. 5.8 du règlement de prévoyance et ch. 1.2 des conditions d'acceptation et taxation du risque pour les assurances vie collectives dans le cadre de la prévoyance professionnelle Suisse) et où, d'autre part, elles n'évoquent aucun fait susceptible de donner lieu à une limitation de la couverture d'assurance, il n'y a

pas lieu d'examiner plus avant les griefs relatifs à cette problématique, faute de motivation suffisante.

## **E. 9**

Nonobstant les considérations précédentes au sujet de la question juridique de fond, il convient de donner raison aux recourantes, en tant qu'elles concluent au renvoi de l'affaire à la juridiction cantonale.

### **E. 9.1**

En première instance, l'intimé avait conclu à la constatation que le montant du salaire assuré au titre de la prévoyance professionnelle correspond à celui du salaire inscrit sur le compte individuel AVS. Même s'il n'a pas émis formellement de conclusions chiffrées, celles-ci étaient d'emblée reconnaissables dès lors qu'elles ressortaient clairement de l'extrait du compte individuel AVS qui était joint à la demande. Dans ces conditions, il appartenait à la juridiction cantonale de déterminer, à la lumière des principes qu'elle avait dégagés, le montant exact des salaires assurés pour les années 2007 à 2010. Le fait que la juridiction cantonale ne disposait pas au moment de trancher de tous les documents permettant d'établir le montant des salaires assurés importe peu, dès lors que la maxime inquisitoire, applicable à la procédure en matière de prévoyance professionnelle, exige du juge qu'il établisse d'office l'ensemble des faits déterminants pour la solution du litige et administre, le cas échéant, les preuves nécessaires (art. 73 al. 2, 2e phrase, LPP; ATF 139 V 176 consid. 5.2 p. 185).

### **E. 9.2**

Un renvoi se justifie d'autant plus en l'espèce que la juridiction cantonale a donné des explications peu claires, voire même contradictoires, sur la manière dont il convenait en l'occurrence de mettre en oeuvre les principes qu'elle avait dégagés. Alors qu'elle a considéré qu'il fallait tenir compte pour 2007, 2008 et 2009 des bonus et commissions correspondant aux objectifs fixés pour l'année concernée, elle semble s'affranchir de ce principe pour 2010 et se référer au montant effectif du bonus versé pour l'année 2009 (cf. supra consid. 5.1 in fine ), ce qui ne correspond à l'évidence pas à une application uniforme et égale du droit. Force est dès lors de constater que le jugement attaqué est insuffisamment motivé sur ce point et qu'il viole le droit d'être entendu des recourantes ( ATF 134 I 83 consid. 4.1 p. 88 et les références).

### **E. 10.1**

Sur le vu de ce qui précède, le recours doit être partiellement admis. Il convient de mettre une partie des frais judiciaires à la charge des recourantes ( art. 66 al. 1 LTF ) et, compte tenu du consid. 9 du présent arrêt, l'autre partie des frais à la charge de la République et canton de Genève ( art. 66 al. 3 LTF ; ATF 133 V 402 consid. 5 p. 407 et les références). L'intimé a droit à une indemnité de dépens réduite pour l'instance fédérale à la charge des recourantes et de la République et canton de Genève ( art. 68 al. 1 LTF ). Même si elles obtiennent partiellement gain de cause, les recourantes n'ont pas droit à une indemnité de dépens ( art. 68 al. 3 LTF ; cf. ATF 126 V 143 consid. 4a p. 150 et les références).

### **E. 10.2**

Le présent arrêt rend sans objet la requête d'effet suspensif déposée par les recourantes.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.