

# FR\_GERICHTE 608 2015 124 vom 5. Oktober 2016

FR Kantonsgericht, 2016-10-05, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr\\_gerichte\\_608\\_2015\\_124](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_608_2015_124)

FR: FR\_GERICHTE 608 2015 124 du 5 octobre 2016

IT: FR\_GERICHTE 608 2015 124 del 5 ottobre 2016

## Regeste

Arrêt de la IIe Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal | Berufliche Vorsorge

## Erwägungen

### E. 30

avril 2015 et dès chaque échéance mensuelle depuis le 1er mai 2015. A l'appui de ses conclusions, elle relève que, selon le règlement de prévoyance, le salaire assuré correspond au salaire AVS. Pour ces motifs, il englobe toute rémunération fournie en relation avec Tribunal cantonal TC Page 3 de 7 un travail dépendant, ce qui inclut les indemnités pour vacances non prises. A cet égard, le caractère exceptionnel de l'indemnité est sans pertinence, il faut prendre le gain annuel précédant la survenance de l'invalidité. Elle se plaint aussi du fait que la défenderesse ait adopté un comportement contradictoire en prélevant des cotisations tout en soutenant que l'indemnité n'entre pas dans le cadre du salaire assuré. Enfin, elle rappelle qu'il appartient à l'employeur de fixer la date des vacances et de veiller à leur prise effective. E. Dans sa réponse du 9 octobre 2015, la défenderesse conclut, avec suite de frais et dépens, principalement au constat qu'elle a renoncé à bien plaider à exiger la restitution de la part employeur des bonifications de vieillesse et à débouter de toutes ses conclusions. Subsidiairement, elle conclut à ce qu'il soit dit et constaté que la rente d'invalidité réglementaire est fixée à CHF 32'756.80 dès le 1er janvier 2013, à ce qu'il lui soit donné acte qu'elle s'engage à verser un montant de CHF 3'915.10 à titre rétroactif pour la période du 1er janvier 2013 au

### E. 31

octobre 2015 et de lui donner acte de ce qu'elle est autorisée à compenser les rentes versées à la demanderesse avec sa créance correspondant aux cotisations de risque non prélevées sur son complément de salaire, selon créance dûment cédée par l'employeur. En tout état de cause, elle conclut encore à ce qu'elle soit acheminée à prouver par toute voie de droit les faits allégués dans ses écritures. A l'appui de ses conclusions principales, la défenderesse affirme que l'indemnité de CHF 11'198.20 ne peut pas être incluse dans le salaire assuré dès lors qu'il ne s'agit pas d'un complément de salaire. A son avis, dans la mesure où les vacances ne peuvent pas être remplacées par des prestations en argent ou d'autres avantages durant les rapports de travail, le droit à l'indemnité pour vacances non prises ne naît qu'à la fin de ces rapports, alors que la couverture d'assurance de la prévoyance professionnelle a cessé. Elle rappelle que le salaire assuré par la prévoyance professionnelle est lié à la persistance d'un rapport de travail, ce que le salaire AVS n'est pas. L'indemnité reçue par la demanderesse compense le temps libre dont elle n'a pas pu profiter. En tenir compte dans le salaire assuré heurterait le but même des vacances, soit le repos. Elle rappelle qu'initialement des cotisations n'avaient pas été prélevées et que c'est à la demande expresse

de la demanderesse qu'elles l'ont été. Une fois l'erreur réalisée, un remboursement a été proposé. A l'appui de ses conclusions subsidiaires, elle soutient que seule l'indemnité de 9,5 jours relative au solde vacances au 31 décembre 2011 devrait être ajoutée au salaire AVS annuel pour 2011, soit un montant de CHF 2'763,19. Cela correspondrait à une rente d'invalidité de CHF 32'756.80. Selon elle, il est inconcevable d'ajouter au salaire assuré annualisé des montants relatifs à plusieurs années. Dans la mesure où aucune cotisation pour risque n'a encore été prélevée mais seulement des bonifications vieillesse, elle requiert d'être autorisée à compenser ce montant sur la rente, une instruction complémentaire devant déterminer le montant. F. Un second échange d'écritures n'a pas modifié la position des parties. Il est toutefois mentionné que la défenderesse a remboursé à la demanderesse les cotisations perçues le 8 août 2013. En outre, la demanderesse a renoncé à la tenue de débats publics, dont l'éventuelle requête était réservée. Il n'a pas été procédé à d'autre échange d'écritures. Il sera fait état des arguments, développés par elles à l'appui de leurs conclusions, dans les considérants de droit du présent arrêt, pour autant que cela soit utile à la solution du litige.

Tribunal cantonal TC Page 4 de 7 en droit 1. Intentée dans les formes légales auprès de l'autorité judiciaire compétente tant à raison du lieu que de la matière par une assurée ayant qualité pour agir en justice et dûment représentée, l'action est recevable (art. 73 al. 1 et 3 de la loi du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, LPP; RS 831.40). La qualité pour défendre du fonds de prévoyance recherché ne saurait en outre être contestée. 2. a) Selon l'art. 7 LPP, les salariés auxquels un même employeur verse un salaire annuel supérieur à CHF 21'150.- sont soumis à l'assurance obligatoire pour les risques de décès et d'invalidité dès le 1er janvier qui suit la date à laquelle ils ont eu 17 ans et, pour la vieillesse, dès le 1er janvier qui suit la date à laquelle ils ont eu 24 ans (al. 1). Est pris en considération le salaire déterminant au sens de la LAVS. Le Conseil fédéral peut admettre des dérogations (al. 2). Les règlements des institutions de prévoyance opèrent en principe une distinction entre le salaire annuel déterminant imputable, d'une part, et d'autre part le salaire coordonné ou assuré. Le premier représente l'assiette des cotisations, le second la base de calcul déterminante pour les cotisations et les prestations (BRECHBÜHL in SCHNEIDER/GEISER/GÄCHTER, LPP et LFLP, 1e éd. 2010, n° 15 ad. art. 7). Dans son règlement de prévoyance, la défenderesse renvoie au salaire défini par la LAVS. En effet, selon l'art. 7 al. 1 règlement de prévoyance, qui renvoie aux chiffres 2 et 3 de son annexe, la notion de salaire assuré correspond au salaire de base diminué de la déduction de coordination. Pour sa part, le salaire de base est défini comme le salaire AVS. b) Selon l'art. 5 al. 1 de la loi du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS; RS 831.10), une cotisation de 4,2 pour cent est perçue sur le revenu provenant d'une activité dépendante, appelé ci-après salaire déterminant. Le salaire déterminant comprend toute rémunération pour un travail dépendant, fourni pour un temps déterminé ou indéterminé. Il englobe les allocations de renchérissement et autres suppléments de salaire, les commissions, les gratifications, les prestations en nature, les indemnités de vacances ou pour jours fériés et autres prestations analogues, ainsi que les pourboires, s'ils représentent un élément important de la rémunération de travail (art. 5 al. 2 LAVS). La jurisprudence précise que font partie du salaire déterminant toutes les sommes touchées par le salarié, si elles sont en corrélation avec les rapports de service du point de vue économique. Il est sans importance, notamment, que ces prestations soient dues ou versées à titre bénévole (RCC 1987 p. 449 consid. 3). Le lien de causalité entre le travail et le revenu qui en résulte est décisif pour qualifier le revenu de salaire AVS. Par conséquent, il ne s'agit jamais d'un

salaire AVS lorsqu'un revenu n'est pas lié à une activité salariée ou lorsque le résultat économique ne revient pas à la personne qui a fourni l'activité (BRECHBÜHL in SCHNEIDER/GEISER/GÄCHTER, LPP et LFLP, 1e éd. 2010, art. 7 n° 22). c) L'art. 7 al. 1 du règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants (RAVS; RS 831.101), énumère les éléments du salaire déterminant au sens de l'art. 5 LAVS. En font notamment partie les primes de fidélité (art. 7 let. c RAVS), les prestations en nature ayant un caractère régulier (art. 7 let. f RAVS) et certaines prestations versées par l'employeur lors de la cessation des rapports de service, si elles ne sont pas exceptées du salaire déterminant en vertu de dispositions légales (art. 7 let. q RAVS).

Tribunal cantonal TC Page 5 de 7 On considère donc comme revenu d'une activité salariée, soumis à cotisations, non seulement les rétributions versées pour un travail effectué, mais en principe toute indemnité ou prestation ayant une relation quelconque avec les rapports de service, dans la mesure où ces prestations ne sont pas franches de cotisations en vertu de dispositions légales expresses (ATF 116 V 177 consid. 2). Si les prestations ne sont réalisées qu'après la dissolution des rapports de travail et par conséquent du rapport de prévoyance, elles ne sont, en principe, plus assurées dans la prévoyance professionnelle (BRECHBÜHL, op. cit., art. 7 n° 28). 3. Selon l'art. 329d CO, l'employeur verse au travailleur le salaire total afférent aux vacances et une indemnité équitable en compensation du salaire en nature (al. 1). Tant que durent les rapports de travail, les vacances ne peuvent pas être remplacées par des prestations en argent ou d'autres avantages (al. 2). Si, pendant les vacances, le travailleur exécute un travail rémunéré pour un tiers au mépris des intérêts légitimes de l'employeur, celui-ci peut lui refuser le salaire afférent aux vacances ou en exiger le remboursement s'il l'a déjà versé (al. 3). L'art. 329d CO est une règle relativement impérative, à laquelle il ne peut pas être dérogé au détriment du travailleur, s'agissant de son premier alinéa (art. 362 al. 1 CO), et absolument impérative s'agissant de son deuxième alinéa (art. 362 al. 1 CO). Son but est de permettre au travailleur de prendre du repos sans en être dissuadé par la perte de salaire (arrêt TF 4A\_285/2015 du 22 septembre 2015 consid. 3.1). La jurisprudence en a déduit que le travailleur ne doit pas être traité différemment, du point de vue salarial, lorsqu'il est en vacances que s'il travaillait (ATF 136 III 283 consid. 2.3.5 et les arrêts cités). Par cette formule, le Tribunal fédéral entendait éviter que, pendant les vacances, le travailleur s'expose à voir ses revenus baisser ou disparaître, ce qui pourrait le conduire à continuer à travailler et aurait pour conséquence de compromettre le but des vacances, qui est de pouvoir bénéficier d'un repos effectif (cf. ATF 129 III 664 consid. 7.3 et les références; AUBERT, Le droit des vacances: quelques problèmes pratiques, in Journée 1990 de droit du travail et de la sécurité sociale, p. 120 ss). Autrement dit, le travailleur doit continuer à recevoir son salaire usuel ( WYLER/HEINZER, Droit du travail, 3e éd. 2014, p. 398). La formule utilisée par le Tribunal fédéral ne doit donc pas être comprise dans le sens que celui-ci aurait droit à un salaire supplémentaire (cf. AUBERT, op. cit., p. 122). Cela équivaldrait à un accroissement de revenu, ce qui n'est précisément pas souhaité sous l'angle de l'art. 329d al. 1 CO (ATF 129 III 664 consid. 7.3 p. 673). 4. Le litige porte sur le montant de la rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle, et plus particulièrement sur la question de savoir si le montant versé à la demanderesse pour les vacances non prises doit être intégré ou non à son salaire assuré. Le principe du droit de la demanderesse à une rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle n'est, pour sa part, pas contesté. a) La recourante affirme que le montant de CHF 11'198.20 qu'elle a reçu au titre de paiement des vacances non prises doit être pris en considération dans le salaire assuré qui sert de base au calcul de la rente invalidité.

Toutefois, il est sans pertinence que la défenderesse ait – sur requête de la demanderesse – prélevé des cotisations de prévoyance sur cette somme. Ces cotisations ont été remboursées après que la défenderesse ait réalisé l'erreur. Ensuite, il n'est pas contestable que le "salaire AVS englobe toute rémunération fournie en relation avec un travail dépendant, en particulier aussi les indemnités de vacances". Toutefois, le salaire mensuel assuré comprend d'ores et déjà, sans tenir compte de l'indemnité pour les vacances non

Tribunal cantonal TC Page 6 de 7 prises, un montant visant à permettre à la demanderesse de se reposer et se détendre. Conformément à l'art. 329a et 329d al. 1 CO, le salaire contractuel de base comprend le salaire correspondant au droit aux vacances de l'année en cours. Le fait que les vacances n'aient, en l'occurrence, pas été prises n'y change rien. Partant, les arguments présentés par la demanderesse ne convainquent pas b) Cela étant, force est de constater que, pour sa part, la position défendue par la défenderesse est conforme au droit. Cette question a d'ores et déjà été tranchée par le TF. Celui-ci a, certes de manière lapidaire, indiqué qu'il n'y a pas de raison d'intégrer l'indemnité pour vacances non prises dans le calcul du salaire assuré (arrêt TF 9C\_91/2007 du 25 avril 2008 consid. 5). Par conséquent, pour ce motif déjà, c'est à raison que l'assureur LPP n'a pas pris en compte le montant reçu par la demanderesse au titre d'indemnité pour vacances non prises dans le calcul du salaire assuré. Cette position est confirmée par d'autres motifs. Il convient de relever que l'indemnité perçue par la recourante l'a été après la cessation des rapports de travail. De par sa nature, la prétention pécuniaire en remplacement de vacances non prises ne peut en principe naître qu'à la fin des rapports de travail (ATF 136 III 94 consid. 4.1; 131 III 451, consid. 2.2 et 2.3). Dans cette optique, il est sans pertinence que l'indemnité compense des vacances non prises entre 2009 et 2012. Elle n'était plus assurée au titre de la prévoyance professionnelle. Les gains qui en découlent, postérieurs au rapport de prévoyance, n'ont pas à être pris en compte dans le salaire assuré. En outre, l'indemnité pour vacances non prises a – tant de manière générale que dans le présent cas – pour objectif de compenser le fait que le but des vacances n'a pas pu être atteint: le travailleur n'a pas été en mesure de se reposer et se détendre, il est donc indemnisé. Il ne s'agit dès lors pas de la rémunération d'une prestation de travail dépendant. Il n'y a pas de lien de causalité entre l'indemnité pour vacances non prises et le travail de la recourante. Partant, il ne doit pas être pris en compte dans le salaire assuré. Par ailleurs, le montant initialement perçu au titre de cotisations "bonification vieillesse" a été restitué à la demanderesse par la défenderesse. Il appert dès lors que la recourante persiste à requérir l'octroi de prestations sur des montants pour lesquels elle n'a pas cotisé. Maintenir cette requête méconnaît l'essence de la prévoyance professionnelle, soit qu'il s'agit, en substance, d'une épargne. Enfin, retenir que les indemnités de vacances doivent être prises en compte dans le salaire assuré reviendrait à avantager les assurés qui ne prendraient pas leurs vacances – soit qui se verraient octroyer une indemnité et leur salaire assuré augmenté dans la même mesure – par rapport à ceux qui prennent leurs vacances et ne voient pas leur salaire assuré augmenter. Cela constituerait une violation claire de l'égalité de traitement dans la mesure où des situations semblables seraient traitées de manière différente sans qu'aucuns motifs ne le justifient. Comme le relève la défenderesse, cela heurterait aussi le but même des vacances dans la mesure où cela permettrait à tout assuré d'augmenter son salaire assuré en renonçant à ses vacances et en réclamant, à la fin des rapports de travail, une indemnité pour vacances non prises. 5. Au vu de l'ensemble qui précède, l'action, non fondée, doit être rejetée. L'art. 73 al. 2 LPP prescrit que la procédure devant les tribunaux désignés par les cantons est, en principe, gratuite. Toutefois, des frais de justice peuvent être ordonnés et une indemnité de

Tribunal cantonal TC Page 7 de 7 dépens allouée en cas de témérité ou de légèreté (ATF 128 V 323 consid. 1a et les références; 126 V 149 consid. 4 et les références). Il convient de relever que les arguments invoqués à l'appui de l'action n'apparaissaient, à première vue, pas d'un grand poids. Cela étant, l'examen du dossier auquel a dû se livrer la Cour a tout de même présenté certaines difficultés, de sorte qu'il n'est pas possible de conclure que le recours était d'emblée téméraire. Dès lors, il n'est pas perçu de frais de justice. Il n'est pas alloué de dépens. la Cour arrête: I. L'action est rejetée. II. Il n'est pas perçu de frais de procédure. III. Il n'est pas alloué de dépens. IV. Communication. Un recours en matière de droit public peut être déposé auprès du Tribunal fédéral contre le présent jugement dans un délai de 30 jours dès sa notification. Ce délai ne peut pas être prolongé. Le mémoire de recours sera adressé, en trois exemplaires, au Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne. Il doit indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve et être signé. Les motifs doivent exposer succinctement en quoi le jugement attaqué viole le droit. Les moyens de preuve en possession du (de la) recourant(e) doivent être joints au mémoire de même qu'une copie du jugement, avec l'enveloppe qui le contenait. La procédure devant le Tribunal fédéral n'est en principe pas gratuite. Fribourg, le 5 octobre 2016/pte Président Greffier

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