

# **GE\_GERICHTE ATAS/1407/2012 vom 22. November 2012**

GE Cour de justice, 2012-11-22, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_1407\\_2012](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_1407_2012)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/1407/2012 du 22 novembre 2012

IT: GE\_GERICHTE ATAS/1407/2012 del 22 novembre 2012

## **Regeste**

Résumé: La demande concluant à la condamnation principalement de l'employeur et subsidiairement de la caisse de pension de prestations de la prévoyance professionnelle plus importantes que celles reçues par le demandeur et qui n'est pas fondée sur la LPP ou les règlements de la fondation de prévoyance, mais sur un mémorandum de l'employeur concernant les modalités de son transfert de Belgique en Suisse, repose sur des dispositions relevant du contrat de travail. Par conséquent, la créance relève du contrat de travail, soit du droit civil et non pas du droit de la prévoyance professionnelle. Peu importe que le dommage qui découlerait du non respect par l'employeur de la clause contractuelle implique un calcul de prestations manquantes selon les règles de la prévoyance professionnelle et que la Chambre d'appel des Prud'hommes se soit déclarée incompétente. En effet, selon la jurisprudence, les voies de droit de l'art. 73 LPP ne sont pas ouvertes lorsque la contestation a un fondement juridique autre que le droit de la prévoyance professionnelle, même si elle devait avoir des effets relevant du droit de ladite prévoyance.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

a) En vertu de l'art. 73 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 droit (al. 1). b) A Genève, conformément à l'art. 134 al. 1 let. b de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ; RS E 2 05) en vigueur dès le 1er janvier 2011, la juridiction compétente est la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice.

### **E. 2**

a) 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. En revanche, les voies de droit de l'art. 73 LPP ne sont pas ouvertes lorsque la contestation a un fondement juridique autre que le droit de la prévoyance professionnelle, même si elle devait avoir des effets relevant du droit de ladite prévoyance. Cette compétence est également limitée par le fait que la loi désigne de manière non équivoque les parties pouvant être liées à une contestation, savoir les institutions de prévoyance, les employeurs et les ayants droit. Il n'est pas toujours aisé de délimiter les compétences ratione materiae entre les juridictions civiles et les tribunaux désignés par l'art. 73 LPP. Lorsque

cette compétence prête à discussion, il faut se fonder sur les conclusions de la demande et sur les faits invoqués à l'appui de ces conclusions; le fondement de la demande est alors un critère décisif de distinction (FABIENNE HOHL, Procédure civile, vol. I: Introduction et théorie générale, Berne 2001, p. 20, ch. 43; cf. aussi ATF 122 III

A/1067/2012 - 16/25 - 252 consid. 3b/bb, ATF 119 II 67 sv. consid. 2a; arrêt G. du 30 octobre 2001 [B 24/00]). b) En application de ces principes, la jurisprudence a considéré que la clause d'un contrat de travail prévoyant l'indemnisation du travailleur pour la clientèle apportée à son employeur et l'affectation de l'indemnité au rachat d'années d'assurance dans la caisse de pensions de l'employeur n'avait, dans le cas particulier, pas sa source dans le droit de la prévoyance professionnelle; partant, le litige survenu entre l'employeur et le travailleur au sujet de l'application et l'interprétation de cette clause ne relevait pas des autorités visées par l'art. 73 LPP (ATF 122 III 57). De même, le Tribunal fédéral des assurances a jugé que les voies de droit de l'art. 73 LPP n'étaient pas ouvertes dans un litige se fondant sur un règlement communal visant à assurer pour les fonctionnaires concernés la transition entre le moment où ces derniers cesseraient leur activité professionnelle et celui où s'ouvrirait leur droit à la rente de vieillesse (calculée au taux maximum selon les dispositions statutaires de la caisse de pensions); ce règlement ne se fondait pas sur le droit de la prévoyance professionnelle mais sur le statut du personnel visé (ATF 127 V 29). La compétence *ratione materiae* des autorités visées par l'art. 73 al. 1 LPP a également été niée dans le cas du non-respect par l'employeur d'une disposition d'une convention collective de travail prescrivant à ce dernier d'assurer ses employés dans le cadre de la prévoyance professionnelle pour une certaine prestation minimale en cas d'invalidité: l'action du salarié, devenu invalide, visant à obtenir de son ex-employeur le paiement de la différence entre les prestations servies par sa caisse de pensions et le montant minimum prévu par la convention collective ne relève pas d'un litige spécifique à la prévoyance professionnelle entre un employeur et un ayant droit (ATF 120 V 26). Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral des assurances a relevé qu'en matière de prévoyance professionnelle, le non-respect par l'employeur de ses obligations peut fonder une action en dommages-intérêts au sens de 97 CO. Sous l'angle de la réparation, le travailleur doit être placé dans la même situation que celle dans laquelle il serait si l'employeur avait correctement exécuté ses obligations. Dès lors, si l'employeur omet de conclure une assurance plus étendue que le minimum légal, en violation de ses devoirs découlant de la convention collective de travail, le travailleur peut exiger, lors de la réalisation du risque et aux conditions de 97 CO, le paiement de dommages-intérêts correspondant au montant des prestations manquantes. En pareil cas, la prétention du travailleur est, sans conteste, de nature civile. Il s'agit d'une créance en réparation du dommage à raison de l'inexécution ou de l'exécution imparfaite d'une obligation issue du contrat de travail ou de la convention collective; cette prétention, comme telle, ne découle donc pas de la prévoyance professionnelle au sens étroit ou au sens large (ATF 120 V 26 consid. 3b). Ainsi, la réparation due de ce chef couvre l'intérêt que le salarié avait à l'existence d'une assurance conforme aux termes du contrat de travail ou de la CCT et correspond aux prestations qu'il aurait perçues au bénéfice de l'assurance promise pour la réalisation du risque

A/1067/2012 - 17/25 - considéré, sous déduction de ce qui est versé par l'institution supplétive, ainsi que par les autres assureurs sociaux ou privés (ATF 120 V 26; Rémy WYLER - LPP et LFLP 2010, p. 267). Dans ce cas, le Tribunal fédéral a finalement annulé l'arrêt du Tribunal cantonal des assurances sociales qui était entré en matière sur la demande

du travailleur et renvoyé la cause à la Chambre des affaires arbitrales cantonale afin qu'elle annule elle-même la sentence par laquelle elle avait à tort décliné sa compétence et statue à nouveau sur le litige en relevant que cette sentence ne pouvait pas être revêtue de l'autorité de la chose jugée aussi longtemps que la question des voies de droit à suivre par les parties n'avait pas été définitivement élucidée, car admettre le contraire priverait le recourant de toute possibilité d'obtenir un jugement sur le fond et constituerait de ce fait un déni de justice particulièrement grave. Toujours dans cet arrêt, le Tribunal fédéral des assurances a encore rappelé qu'il s'était naguère déclaré incompétent pour connaître, dans le cadre de l'art. 73 al. 4 LPP, d'une action en responsabilité d'un affilié à l'encontre de l'institution de prévoyance (ATF 117 V 42 consid. 3d). et qu'il avait eu l'occasion de juger, dans un litige qui portait principalement sur le montant d'une prestation de libre passage, que les voies de droit prévues par l'art. 73 LPP n'étaient pas ouvertes pour l'exercice de prétentions en dommages-intérêts ou pour tort moral d'un ayant droit contre son ancien employeur (arrêt du 24 juin 1992 en la cause M., publié dans la SZS 1993 p. 157, plus spécialement consid. 6). Dans le même sens, le litige concernant un assuré qui invoque uniquement la responsabilité de l'institution de prévoyance dans le défaut d'assurance lors de la survenance du risque, afin d'obtenir la réparation du préjudice causé, correspondant selon lui aux rentes qu'il ne pouvait pas percevoir, est un litige qui ne relève pas spécifiquement de la prévoyance professionnelle, au sens de l'art. 73 al. 1 LPP. En effet, il s'agit-là manifestement d'une action en responsabilité civile du fait d'un dommage, intentée contre l'institution de prévoyance, de sorte que le Tribunal cantonal des assurances n'est pas compétent pour en connaître (ATF du 27 avril 2004 B 93/2003). La question de savoir si une commission due par l'employeur doit s'entendre comme un salaire net de charges sociales ou non relève de la convention conclue entre l'employeur et le salarié dans le cadre du contrat de travail qui les lie et du moment que cette convention ne tire pas sa source du droit de la prévoyance professionnelle et n'a pour objet ni une obligation du demandeur ni une obligation de l'employeur envers l'institution de prévoyance, elle ne ressortit pas aux tribunaux des assurances sociales (Arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 1er mars 2006 B 101/04). Enfin, les juridictions cantonales du travail peuvent être amenées à statuer sur un certain nombre de litiges présentant un lien avec les assurances sociales, par

A/1067/2012 - 18/25 - exemple le litige portant sur l'interprétation d'un accord passé entre l'employeur et le travailleur, prévoyant le versement, par l'employeur, lors du départ à la retraite anticipée du travailleur, des primes de rattrapage LPP utiles dès lors que l'accord querellé réglant la fin des rapports de travail, est régi par le titre X CO et relève de la juridiction du travail (CAPH du 17 octobre 1995 - 1071/1993) (Les juridictions du Travail en Suisse M.-J. Alex GALLEY - 2003 p. 191-192). c) En revanche, les voies de droit prévues par l'art. 73 LPP sont ouvertes pour décider si la résiliation des rapports de service n'est pas imputable à faute et si, par conséquent, le fonctionnaire a droit aux prestations prévues dans ce cas par les statuts: les prestations du règlement de prévoyance destinées à couvrir le risque d'un licenciement ou d'une non-réélection relèvent, également, des prestations de la prévoyance professionnelle (ATF 118 V 248). Tel n'est pas le cas, cependant, d'une prestation en capital due en plus de la prestation de libre passage et dont le financement incombe à l'employeur par un remboursement (intégral) à la caisse. Dans une telle éventualité, la prestation n'est pas destinée à couvrir un risque de prévoyance; elle a le caractère d'une indemnité à la charge de l'employeur (RSAS 1998 p. 140). Le Tribunal fédéral a ainsi jugé que le litige concernant un employé qui réclame le versement des cotisations par l'employeur à l'institution de prévoyance, est fondé directement sur la LPP et

fait partie des questions spécifiques relevant de la prévoyance professionnelle au sens large (SZS 1990 157 consid. 1, 203 consid. 2; arrêts non publiés P. du 6 décembre 1999, B 4/99 et B. du 18 juin 1999, B 5/99) et que c'était à tort que les premiers juges s'étaient référés à l'ATF 120 V 26 ss à l'appui de leur décision de ne pas entrer en matière sur le fond, cet arrêt ne concernant pas le versement de cotisations de la prévoyance professionnelle obligatoire, mais bien l'omission, par l'employeur, de conclure une assurance plus étendue que le minimum légal découlant d'une convention collective de travail (RSAS 2002 p. 503-504). De même, le litige qui oppose un travailleur à son ancien employeur, sans mise en cause d'une institution de prévoyance faute d'affiliation, porte sur une question spécifique à la prévoyance professionnelle au sens large, dès lors qu'il a finalement pour objet l'obligation - contestée - de l'employeur envers une institution de prévoyance. Peu importe à cet égard que la solution du litige dépende d'une question préjudicielle de droit civil, en l'occurrence l'interprétation du contrat de travail conclu par les parties aux fins d'en déterminer le contenu, la nature et la portée de leurs engagements (RSAS 2000 p. 145). Le Tribunal fédéral a aussi jugé qu'une demande visant à ce que le montant des contributions correspondantes pour la prévoyance professionnelle fût versé par l'employeur à l'institution de prévoyance à la suite de la condamnation par la Chambre des Prud'hommes de l'employeur à une indemnité de vacances de 5'000 fr.

A/1067/2012 - 19/25 - relève spécifiquement de la prévoyance professionnelle et ressortit donc à la juridiction désignée à l'art. 73 LPP alors que les conclusions prises par le demandeur en procédure cantonale et portant sur le paiement de dommages et intérêts par l'employeur, sont irrecevables devant le juge de l'art. 73 LPP (ATF du 26 août 2004 B 50/2004). En présence d'un litige qui a trait principalement à l'interdiction de la surindemnisation, respectivement au remboursement de prestations qu'une assurance (privée) a effectuées comme avances au profit du lésé et dont elle exige la restitution à une caisse de prévoyance au sens de la LPP, le choix de la voie de droit doit dépendre du titre juridique sur lequel reposent les prétentions déduites en justice, plus exactement du domaine auquel appartiennent les normes sur lesquelles sont fondées les créances réclamées, soit en l'occurrence la LPGA dans laquelle se trouvent les règles de coordination qui ont été instituées en droit des assurances sociales pour éviter la surindemnisation, c'est-à-dire le domaine du droit public de sorte que la Cour civile n'est pas compétente (ATF du 20 décembre 2010 4A 503/2010). Le Tribunal cantonal des assurances sociales est également compétent dans le cas d'une demande d'un salarié déposée à l'encontre de son employeur et de l'institution de prévoyance visant à l'octroi d'une rente, même si la question se posait de savoir si le salarié avait bénéficié de prestations selon les dispositions d'un plan social négocié entre l'employeur affilié et les associations du personnel et s'il était dans l'erreur au moment où il avait souscrit au plan social proposé dès lors que cette question devait être traitée au titre de question préjudicielle de fond qui devait être tranchée par le juge saisi du principal, en l'occurrence la juridiction désignée par l'art. 73 LPP (ATF 128 V 254). Le Tribunal fédéral a aussi exclu la compétence matérielle du Personalrekursgericht ("Tribunal de recours du personnel cantonal") du canton d'Argovie saisi, au motif qu'un litige entre d'anciens employés et leur employeuse portait sur une question typique de droit de la prévoyance professionnelle, entrant dans le champ de compétence du Tribunal des assurances du canton d'Argovie, et non pas sur un droit découlant du rapport de travail. La question litigieuse résidait dans le montant des bonifications supplémentaires devant être versées par l'employeur, auquel les anciens employés avaient droit en raison du passage d'un système de primauté des prestations à

celui de primauté des cotisations, survenu lors du changement d'institution de prévoyance et assuré dans ce cadre sur la base de la garantie partielle des droits acquis (arrêt du Tribunal fédéral du 22 février 2012 9C 815/2011; SZS 2012 p. 299). d) Enfin, selon la doctrine, il est fréquent que les ayants droit, se fondant sur un contrat de travail individuel ou une convention collective de travail, réclament des prestations aux institutions de prévoyance. Par le biais d'un contrat de travail,

A/1067/2012 - 20/25 - aucune réglementation contraignante ne peut cependant en principe être établie à la charge d'une institution de prévoyance, puisqu'elle n'est pas partie au contrat. Afin que, dans le rapport entre ayant droit et institution de prévoyance, un droit aux prestations naisse, les dispositions déterminantes du contrat de travail doivent être transposées dans les statuts et dans le règlement de l'institution de prévoyance. Le droit aux prestations peut également naître par le fait que, d'après les statuts et le règlement, les droits et obligations de l'employeur et du travailleur dans le rapport de prévoyance sont régis par la convention collective de travail actuellement en vigueur. De même, l'approbation écrite du contrat de travail par l'institution de prévoyance est également suffisante. Si l'on est en présence d'aucune des trois situations précitées, le travailleur doit tenter une action contre l'employeur. (MEYER - UTTINGER - LPP - LFLP - 2010 p. 1191-1192).

### E. 3

a) En l'espèce, le demandeur conclut principalement à la condamnation de X \_\_\_\_\_ au paiement d'un capital de vieillesse et, subsidiairement, de Y \_\_\_\_\_ au paiement d'une rente de vieillesse et d'un capital de vieillesse. Au vu de la jurisprudence précitée, la compétence de la Cour de céans mérite d'être examinée. b) Il est à constater que le fondement de la demande est le memorandum de 1990 soit une disposition contractuelle prévoyant qu'un des objectifs du plan de prévoyance est d'inclure toutes les années de service de l'employé dans le décompte final de la pension de retraite et par laquelle, selon le demandeur, X \_\_\_\_\_ se serait engagé à procéder au moment de son départ à la retraite à un rachat de ses années de service effectuées en Belgique de 1975 à 1990 ou encore à requérir de la part de Y \_\_\_\_\_ le financement de ces mêmes années de service par le biais de la fortune libre de cette dernière. Il apparaît d'emblée que le memorandum de 1990 n'a pas été approuvé par Y \_\_\_\_\_ et qu'aucune des personnes ayant participé d'une manière ou d'une autre à l'élaboration de ce document ou l'ayant même uniquement reçu en copie n'était ou n'est employé de Y \_\_\_\_\_ (cf. procès-verbal de comparution personnelle du 10 septembre 2012). En particulier, Y \_\_\_\_\_ a précisé le 24 août 2012 que les "grandes lignes des prestations sociales" remises au demandeur en annexe du memorandum de 1990 ne comprenaient, s'agissant du plan de retraite, qu'une copie du règlement de prévoyance en vigueur, de sorte que ce plan de prévoyance ne reprenait pas l'objectif cité dans le memorandum de 1990, soit celui d'inclure toutes les années de service de l'employé auprès de X \_\_\_\_\_ dans le décompte final des prestations de retraite. Ainsi, le memorandum de 1990 émane-t-il exclusivement de X \_\_\_\_\_, soit de la relation contractuelle entre le demandeur et l'employeur, Y \_\_\_\_\_ n'ayant en aucune manière promis au demandeur ou à l'employeur de prendre en compte, selon les termes du memorandum de 1990, les années de service belges du demandeur au moment du calcul des prestations de retraite de celui-ci.

A/1067/2012 - 21/25 - En particulier, le fondement de la demande ne repose pas sur les dispositions en matière de prévoyance professionnelle, singulièrement celles relatives au rachat d'années d'assurance. A cet égard, le rachat d'années d'assurance vise à combler des

lacunes de couverture et à parer à une réduction des prestations auxquelles l'affilié pourra prétendre au jour de la survenance de l'événement assuré (ATF 124 V 327). Lors du transfert du demandeur de Belgique en Suisse le 1er mai 1990 était en vigueur le règlement de 1990 selon lequel l'assuré, moyennant le versement de contributions personnelles supplémentaires aux cotisations réglementaires pouvait racheter des années de service conformément au droit fiscal en vigueur, pour financer une assurance mixte (art. 4.5.1 du règlement de 1990), les années de service correspondant à celles accomplies depuis le début des rapports de travail et des cotisations au plan de prévoyance de l'entreprise (art. 1.13 du règlement de 1990). Le règlement de 1988 en vigueur au moment de la signature du memorandum de 1990, soit le 23 janvier 1990 a la même teneur. Par la suite, le règlement entré en vigueur le 1er janvier 1998 (le règlement de 1998) prévoyait également la possibilité pour l'assuré de racheter des années de service manquantes (art. 8.4 et 8.6). Enfin, au jour du départ à la retraite anticipée du demandeur, le 1er avril 2010 étaient applicables (ATF 138 V 176) les articles 79b LPP en vigueur depuis le 1er janvier 2006, 60b OPP2, en vigueur depuis le 1er janvier 2006 jusqu'au 31 décembre 2010, ainsi que le règlement de 2008, lesquels autorisent le rachat d'années d'assurance à certaines conditions, notamment la possibilité de racheter les prestations réglementaires pour une personne arrivant de l'étranger et qui n'a jamais été affiliée à une institution de prévoyance en Suisse. En particulier, l'art. 4.3 du règlement de 2008 prévoit que le membre peut effectuer jusqu'à la survenance d'un cas de prévoyance des rachats (contributions volontaires), à certaines conditions et selon l'annexe technique 1 du règlement de 2008 (Financement - rachats - contribution volontaire - art. 4.3 RPB) ces rachats sont autorisés dans le cadre du W\_\_\_\_\_ PENSION PLUS PLAN et par année de service considérée, on entend les années dès l'admission à la fondation ou achetées à cette date, sans reconnaissance des années de service effectuées auprès d'autres entités X\_\_\_\_\_ (annexe technique 1 retraite - années de service). En l'espèce, il est admis par les parties qu'aucun rachat n'a été effectué en faveur du demandeur avant le 1er avril 2010, date de la retraite anticipée de celui-ci, pour combler les années de service effectuées par le demandeur en Belgique et que les prestations de retraite ont ainsi été calculées sur la base des cotisations créditées en faveur du demandeur depuis son affiliation auprès de Y\_\_\_\_\_ en 1990, ainsi que celles effectuées individuellement par le demandeur dans le cadre du

A/1067/2012 - 22/25 - W\_\_\_\_\_ PENSION PLUS PLAN. Le calcul de ces prestations, compte tenu d'une affiliation depuis 1990 n'est d'ailleurs pas contesté par le demandeur. En particulier, celui-ci ne prétend pas que Y\_\_\_\_\_ aurait effectué une application erronée des dispositions en matière de LPP, que ce soit la LPP elle-même ou les différents règlements de prévoyance de Y\_\_\_\_\_. S'agissant d'un éventuel rachat, le demandeur ne prétend pas non plus avoir requis le rachat de ses années de service en Belgique au sens des règlements de prévoyance en vigueur au cours de son affiliation à Y\_\_\_\_\_. Au demeurant, il est à constater qu'aucune disposition légale ou réglementaire ne reprend les termes du memorandum de 1990, dans le sens d'une possibilité de faire inclure par un financement de l'employeur dans le décompte final de la pension de retraite toutes les années de service effectuées par un employé auprès d'autres entités X\_\_\_\_\_, en particulier à l'étranger. Le demandeur invoque encore le fait que ses années de service en Belgique auraient pu être financées par la fortune libre de Y\_\_\_\_\_. A cet égard, le demandeur n'invoque pas un droit direct à obtenir une décision du conseil de fondation sur la base des règlements de prévoyance de Y\_\_\_\_\_ mais une obligation de l'employeur

de financer ses années de service belges, en sollicitant éventuellement la fortune libre de Y\_\_\_\_\_. En l'espèce, le règlement de prévoyance en vigueur au moment de la signature du transfert du demandeur, soit le règlement de 1988 ou encore celui en vigueur au cours des années d'affiliation du demandeur soit les règlements de 1990 et de 1998 ou encore celui en vigueur au jour de la retraite anticipée du demandeur, soit le règlement de 2008 ne donnent aucun droit à un assuré d'obtenir de la part de Y\_\_\_\_\_ un financement par le biais de la fortune libre de celle-ci des années de service qu'il aurait effectuées à l'étranger. A cet égard, le règlement de 1988 prévoit à son art. 6.3 dernier paragraphe que le conseil de fondation décide de l'utilisation des subsides versés par le fonds de garantie en cas de structure d'âges défavorable. Le règlement de 1990 prévoit à son art. 6.3 paragraphe 2 que les cotisations de la fondation, qui sont prélevées le cas échéant sur sa fortune libre, équivalent aux charges éventuellement non couvertes par les cotisations de l'entreprise et des assurés. Le conseil de fondation décide de l'utilisation des subsides versés par le fonds de garantie en cas de structure d'âges défavorable. Le règlement de 1998 prévoit à son art. 8.5.2 que les coûts supportés par la fondation, qui sont prélevés le cas échéant sur la fortune libre, équivalent aux charges éventuelles non couvertes par les cotisations de l'employeur et des assurés.

A/1067/2012 - 23/25 - Enfin, le règlement de 2008 prévoit à son art. 4.5 que lorsque la Fondation présente une fortune libre le conseil de fondation peut décider d'en répartir tout ou partie, conformément aux buts statutaires et sur la base de critères objectifs et conformes à l'usage en prévoyance professionnelle. Ainsi, l'utilisation de la fortune libre est soumise à une décision du conseil de fondation, notamment en cas de structure d'âges défavorable comme le prévoient les règlements de 1988 et 1990 ou encore doit être conforme aux buts statutaires et effectuée sur la base de critères objectifs et conformes à l'usage en prévoyance professionnelle selon le règlement de 2008. U\_\_\_\_\_ CONSEILS SA a ainsi attesté en 2001 que la fortune libre avait été sollicitée pour diminuer la déduction de coordination (courrier de U\_\_\_\_\_ CONSEILS SA du 7 mai 2001). En particulier, l'art. 4.5 du règlement de 2008 ne prévoit pas une obligation de Y\_\_\_\_\_ de financer les années de service effectuées par un employé à l'étranger. Le demandeur ne prétend d'ailleurs pas que Y\_\_\_\_\_ serait obligée de prêter sur la base des dispositions des différents règlements de prévoyance concernant sa fortune libre. Ainsi, la requête du demandeur visant au rachat de ses années d'assurance n'est-elle pas fondée sur la LPP ou les règlements de prévoyance de Y\_\_\_\_\_ mais bien exclusivement sur le memorandum de 1990 soit des dispositions relevant du contrat de travail. Le demandeur a d'ailleurs déposé une première demande le 23 juillet 2010 uniquement à l'encontre de l'employeur par devant la juridiction des Prud'hommes et conclut, dans le cadre de la présente demande, à la condamnation principalement de X\_\_\_\_\_ au paiement d'un capital et subsidiairement seulement à la condamnation de Y\_\_\_\_\_. c) Au vu de ce qui précède, la Cour de céans constate qu'en l'espèce la demande repose sur des dispositions spécifiques du droit du travail; en d'autres termes, le domaine auquel appartiennent les normes sur lesquelles sont fondées la créance réclamée relève du contrat de travail, soit le domaine du droit civil et non pas celui de la prévoyance professionnelle. Peu importe à cet égard que le dommage qui découlerait par hypothèse du non-respect par l'employeur de la clause contractuelle corresponde au montant équivalant aux prestations de retraite dues si les années de service du demandeur de 1975 à 1990 avaient été rachetées par l'employeur, impliquant par là-même un calcul de prestations selon les règles de la prévoyance professionnelle. Ainsi, force est d'admettre que le cas d'espèce se rapproche de celui jugé par le Tribunal fédéral (ATF 120 V 26), soit le cas

du salarié qui actionne son employeur afin d'obtenir le paiement de la différence entre les prestations servies par la caisse de pension et celles prévues par le contrat de travail, dans lequel le Tribunal fédéral a estimé que le non-respect par l'employeur de ses obligations fonde une action en dommages-intérêts au sens de l'art. 97 CO, le dommage correspondant au montant

A/1067/2012 - 24/25 - des prestations manquantes, à l'exclusion d'une demande selon l'art. 73 LPP et cela nonobstant le fait que la Chambre des affaires arbitrales s'était préalablement déclarée incompétente. Partant, en l'espèce, le jugement d'incompétence de la Chambre d'appel des Prud'hommes de la Cour de justice du 9 janvier 2012 ne saurait, à lui seul, impliquer la reconnaissance de la compétence de la Cour de céans. A cet égard, la Cour de céans, lorsqu'elle décline sa compétence, n'a l'obligation de transmettre un recours ou une demande qu'à une autre juridiction administrative compétente (art. 64 al. 2 loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA-GE ; RS E 5 10), notamment un autre Tribunal cantonal des assurances sociales (art. 58 al. 3 LPGA), ce qui n'est pas pertinent dans le cas d'espèce. Enfin, le Tribunal des conflits qui était chargé de trancher les questions de compétence entre une juridiction administrative d'une part et une juridiction civile d'autre part (art. 56 J al. 1 et 56 L LOJ dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010) a été aboli, de sorte que le présent jugement peut faire l'objet d'un recours directement auprès du Tribunal fédéral.

#### **E. 4**

Si l'administration ou le juge, se fondant sur une appréciation consciencieuse des preuves fournies par les investigations auxquelles ils doivent procéder d'office, sont convaincus que certains faits présentent un degré de vraisemblance prépondérante et que d'autres mesures probatoires ne pourraient plus modifier cette appréciation, il est superflu d'administrer d'autres preuves (appréciation anticipée des preuves; cf. ATF 131 I 153 consid. 3 p. 157; 125 I 127 consid. 6c/cc p. 135). Une telle manière de procéder ne viole pas le droit d'être entendu selon l'art. 29 al. 2 Cst. (SVR 2001 IV n° 10 p. 28 consid. 4b; cf. ATF 124 V 90 consid. 4b p. 94; 122 V 157 consid. 1d p. 162 et l'arrêt cité) (ATF du 21 novembre 2011 9C 208/2011). En l'espèce, vu l'audience de comparution personnelle des parties du 10 septembre 2012, les pièces au dossier et l'issue de la demande, il sera renoncé à l'audition de Mme L.\_\_\_\_\_ et de MM. M.\_\_\_\_\_ et N.\_\_\_\_\_ requise par les défenderesse, la Cour de céans estimant que ces témoignages ne sont pas déterminants.

#### **E. 5**

Partant, la demande ne peut qu'être déclarée irrecevable en raison de l'incompétence de la Cour de céans.

A/1067/2012 - 25/25 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant conformément à l'art. 133 al. 2 LOJ A la forme :

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