

GE_GERICHTE ATAS/284/2012 vom 19. März 2012

GE Cour de justice, 2012-03-19, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_284_2012

FR: GE_GERICHTE ATAS/284/2012 du 19 mars 2012

IT: GE_GERICHTE ATAS/284/2012 del 19 marzo 2012

Erwägungen

E. 1

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 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 du code des obligations ; art. 52, 56a, al. 1, et art. 73 de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982; art. 142 code civil). Sa compétence matérielle pour juger du cas d'espèce est ainsi établie. Le lieu de l'exploitation dans laquelle l'assuré a été engagé étant à Genève, la Cour de céans est également compétente à raison du lieu (art. 73 al. 3 LPP). L'ouverture de l'action prévue à l'art. 73 al. 1 LPP n'est soumise, comme telle, à l'observation d'aucun délai (SPIRA, Le contentieux des assurances sociales fédérales et la procédure cantonale, Recueil de jurisprudence neuchâteloise, 1984, p. 19). La demande est donc recevable. Par ailleurs, la demande reconventionnelle de l'appelée en cause, prise à titre subsidiaire, est également recevable.

E. 2

Le litige porte sur la question de savoir si le demandeur devait être assujéti à l'assurance obligatoire selon la LPP, ainsi que sur les prétentions en découlant. Il porte également, sur demande reconventionnelle formée à titre subsidiaire par l'appelée en cause, sur le versement par le demandeur à l'appelée en cause d'un montant correspondant à sa part de cotisation en cas d'assujétissement. Il convient d'examiner en premier lieu les prétentions du demandeur. Demande principale 3.a A titre préalable, il est relevé qu'il n'est pas contesté et ressort au demeurant des pièces produites que le demandeur a été affilié, avec effet au 1er janvier 2006, auprès de la défenderesse. L'appelée en cause expose, sans être contredite, avoir acquitté les cotisations de prévoyance du demandeur à partir de cette date jusqu'à la fin des rapports de travail, le 30 novembre 2008. Demeure ainsi litigieuse la période de cotisation du 22 juillet 2002 au 31 décembre 2005. b. Selon l'art. 2 al. 1 LPP, sont soumis à l'assurance obligatoire les salariés qui ont plus de 17 ans et reçoivent d'un même employeur un salaire annuel supérieur au montant limite fixé à l'art. 7 LPP. Les salaires du demandeur ont systématiquement été supérieurs à ce montant. L'assurance obligatoire commence en même temps que les rapports de travail (art. 10 al. 1 LPP, première partie de la phrase).

A/1064/2011 - 7/13 - Conformément à la délégation de compétence que lui confère l'art. 2 al. 2 LPP, le Conseil fédéral a défini, à l'art. 1er OPP 2, les catégories de salariés qui, pour des motifs particuliers, ne sont pas soumis à l'assurance obligatoire. Sont ainsi exclus du cercle des assurés, les salariés engagés pour une durée limitée ne dépassant pas trois mois (art. 1j OPP 2 en vigueur depuis le 1er décembre 2009 et art. 1 al. 1 let. b 1ère phrase OPP 2

en vigueur jusqu'au 31 décembre 2008). L'assurance obligatoire est réalisée et financée dans les limites du salaire coordonné au sens de l'art. 8 LPP. Seule la partie du salaire annuel déterminant au sens de la LAVS (art. 7 al. 2 LPP) est assurée (art. 8 al. 1 LPP). Parallèlement, seule la partie du salaire comprise entre ces deux montants est soumise à l'obligation de cotiser (ATF 129 V 313 consid. 5.3.2). L'employeur est tenu de par la loi d'affilier les salariés soumis à l'assurance obligatoire à une institution de prévoyance inscrite dans le registre de la prévoyance professionnelle (art. 11 al. 1 LPP). Les effets de cette affiliation sont prévus à l'art. 7 al. 1 OPP 2 qui précise le principe légal: l'affiliation entraîne l'assurance, auprès de cette institution, de tous les salariés soumis à la loi. L'art. 7 al. 2 OPP 2 prévoit toutefois la possibilité pour l'employeur de déroger au principe et de s'affilier, sous certaines conditions, à plusieurs institutions de prévoyance enregistrées. A défaut d'exercer ce choix, l'employeur est affilié à une seule institution de prévoyance enregistrée, cette affiliation entraînant l'assurance - pour le domaine obligatoire - de tous les salariés qu'il est tenu d'assurer auprès de la même institution (ATF non publié B 72/04 du 31 janvier 2006, consid. 5.2.1). La convention dite d'affiliation d'un employeur à une fondation collective ou à une fondation commune est un contrat sui generis fondé sur l'art. 11 LPP (ATF 120 V 299 consid. 4a). L'employeur affilié à une institution de prévoyance par un tel contrat est tenu de verser à celle-ci les cotisations qu'elle fixe dans ses dispositions réglementaires (art. 66 al. 1 LPP); il est débiteur à son égard tant des cotisations de l'employeur que de celles des salariés, étant précisé qu'il déduit du salaire les cotisations que les dispositions réglementaires mettent à la charge du salarié et transfère à l'institution de prévoyance sa contribution ainsi que la cotisation des salariés (art. 66 al. 2 à 4 LPP). Cela vaut également pour la partie dépassant les prestations minimales obligatoires (cf. 49 et 65 ss LPP). L'employeur est tenu d'annoncer à l'institution de prévoyance tous les salariés soumis à l'assurance obligatoire, et de lui fournir les indications nécessaires à la tenue des comptes de vieillesse ainsi qu'au calcul des cotisations (art. 10, 1ère phrase, OPP 2). c. En l'espèce, il ressort de l'historique de l'affiliation auprès de la défenderesse que le contrat F3303 conclu avec effet au 1er avril 1999, d'abord avec "X_____ SA Carouge", signé par XZ_____, puis par "XZ_____ SA ET SOCIETES AFFILIEES", avec effet au 1er janvier 2003, portant toujours le même numéro de contrat, était censé couvrir l'ensemble des employés des sociétés X_____.

A/1064/2011 - 8/13 - seconde version du contrat spécifie expressément que les sociétés affiliées d'X_____ sont couvertes. La première version mentionne comme partie à la convention "X_____ SA Carouge"; lors de l'affiliation, la société W_____ SA n'avait pas encore été reprise par X_____. Il n'était donc pas besoin d'apporter d'autres précisions. Il est cependant hautement vraisemblable qu'en raison de la reprise de W_____ en novembre 2002 par XY_____ SA, le contrat d'affiliation a été étendu aux sociétés affiliées. Partant, la Cour retient que le contrat F3303 s'étend pour la période litigieuse allant jusqu'à fin 2005 à l'ensemble des sociétés X_____. La décision d'assujettissement du demandeur aux cotisations sociales de l'AVS n'a pas été produite. Il n'est cependant pas contesté que celle-ci a pris effet au 1er juillet 2003, date qui sera donc retenue pour déterminer le montant d'éventuels arriérés de cotisations. d. Se pose ensuite la question de déterminer si l'appelée en cause doit être considérée, pendant la période litigieuse, comme employeur tenu de s'acquitter des cotisations de prévoyance professionnelle du demandeur. Le contrat de travail du 22 juillet 2002 a été établi par XZ_____. Il en va de même pour le contrat de travail prenant effet le 3 janvier 2003. Les contrats conclus les 1er octobre et 19 décembre 2005 ne nomment pas l'employeur et

portent l'indication des noms du demandeur et de MM. B_____ et C_____. Toutefois, selon le tableau établi par la FER 106.1, le salaire du demandeur a été versé de 2003 à 2005 par XY_____ SA, sous réserve d'une somme de 7'200 fr. versée, en 2005, par XZ_____ SA. Le demandeur a indiqué, sans être contredit, avoir travaillé sous les ordres de M. D_____, Directeur d'XY_____ SA. Selon une attestation du 17 décembre 2008 signée par M. A_____ en tant que "directeur associé" de "XY_____ " et d'"X_____", il certifie que le demandeur avait bien été engagé selon les contrats produits qu'il avait paraphés et datés. Enfin, l'extrait de compte individuel de la FER 106.1 fait apparaître X_____ SA (précédemment XY_____ SA) comme employeur pendant la période allant de 2003 à 2008, sous réserve d'une somme de 7'200 fr. versée par XZ_____ SA. Au vu de ces éléments, la Cour retient qu'il appartenait à X_____ SA de s'acquitter des cotisations sociales du demandeur, également avant le 1er janvier 2006. L'administrateur de X_____ SA a, certes, précisé en audience que les activités des deux sociétés pouvaient se recouper et qu'il y avait eu des refacturations entre celles-ci. Il apparaît ainsi, sous l'angle de la vraisemblance, que le versement de 7'200 fr. par XZ_____ SA s'inscrit dans la relation étroite entre les deux sociétés. Il n'en demeure pas moins que X_____ SA devait s'assurer que les cotisations dues à la caisse de prévoyance pour ce montant soient également acquittées.

A/1064/2011 - 9/13 - La défenderesse a calculé la prestation de libre passage du demandeur en fonction des salaires retenus par l'AVS pour la période allant du 1er juillet 2003 au 30 novembre 2008 et a indiqué qu'elle s'élève à 21'271 fr., dont à déduire la somme de 12'819 fr. 85 versée le 30 avril 2009, intérêts compris. Il n'est pas contesté que les cotisations ont été versées pour la période du 1er janvier 2006 au 30 novembre 2008. La défenderesse sera donc condamnée à verser au demandeur la somme de 21'271 fr. sous déduction de 12'819 fr. 85, en tenant compte des taux d'intérêts (cf. art. 2 al. 3, 26 al. 2 LFLP, art. 15 al. 2 LPP, art. 12 OPP 2; cf. aussi ATF 129 V 440). La défenderesse ayant conclu à un taux d'intérêts de 2% au mois de mai 2009 - correspondant au taux légal - et à 3% à partir du 1er juin 2009 (mémoire du 16 mai 2011, p. 7), ces taux seront ainsi retenus. L'appelée en cause devra ensuite verser à la défenderesse la totalité des cotisations (art. 66 al. 2 LPP) dues pour la période du 1er juillet 2003 au 31 décembre 2005, en fonction des salaires de 110'575 fr. en 2003, 58'825 fr. en 2004 et 38'425 fr. en 2005. L'art. 66 al. 2 LPP énonce la possibilité pour l'institution de prévoyance de demander des intérêts sur les arriérés de cotisations. La défenderesse n'en ayant pas requis, la Cour ne peut les accorder, sauf à statuer ultra petita.
Demande reconventionnelle

E. 4

L'appelée en cause estime qu'elle peut se retrouver contre le demandeur pour la moitié des cotisations qu'elle est condamnée à rattraper. Elle estime que ses prétentions ne sont, contrairement à ce que soutient ce dernier, pas prescrites, dès lors qu'elle ne connaît le montant de l'enrichissement illégitime de son ancien employeur qu'au moment de sa condamnation à rattraper les cotisations litigieuses. Le demandeur soutient que le point de départ du délai de prescription doit être placé au moment où la décision d'assujettissement de l'AVS a été rendue. Les critères pertinents de l'AVS sont à ses yeux déterminants pour retenir la qualité de salarié au sens de la LPP. a. Selon l'art. 62 al. 1 CO, celui qui, sans cause légitime, s'est enrichi aux dépens d'autrui, est tenu à restitution. La restitution est due, en particulier, de ce qui a été reçu sans cause valable, en vertu d'une cause qui ne s'est pas réalisée, ou d'une cause qui a cessé d'exister (art. 62 al. 2 CO). Selon la doctrine, il

existe un enrichissement illégitime lorsqu'une personne bénéficie sans motif d'une augmentation de son patrimoine aux dépens d'autrui (Pierre TERCIER, *Le droit des obligations*, 4ème édition, 2009, p. 367). La première condition générale de la répétition de l'indu est un enrichissement aux dépens d'autrui, savoir que le débiteur ait été effectivement enrichi (Pierre TERCIER, *op. cit.*, p. 369). L'enrichissement consiste en une augmentation du patrimoine d'une personne, qui peut être réalisé par la non diminution du patrimoine (par exemple une non diminution des actifs). L'augmentation du

A/1064/2011 - 10/13 - patrimoine suppose donc qu'il y ait eu attribution, qu'elle soit directe ou indirecte. L'enrichissement doit également se réaliser aux dépens d'autrui, en ce sens que l'enrichissement de l'un ait entraîné l'appauvrissement de l'autre (Pierre TERCIER, *op. cit.*, p. 370). En d'autres termes, il faut qu'il existe entre les deux mouvements, un rapport de connexité ; ce n'est pas le cas si, en dépit de l'enrichissement de l'un, il n'y a pas d'appauvrissement de l'autre (ATF 117 II 404 consid. 3d). Il faut ensuite que l'enrichissement ait eu lieu sans cause légitime (art. 62 al. 1 CO), en ce sens que l'appauvri doit avoir payé ce qu'il ne devait pas (art. 63 al. 1 CO). b. Dans le cas d'espèce, l'on est bien en présence d'un enrichissement par non diminution du patrimoine du demandeur, en ce sens que les cotisations à la charge du salarié n'ont pas été déduites du salaire (cf. art. 66 al. 3 LPP). Quant à l'appelée en cause, elle est, compte tenu de ce qui précède, appauvrie du montant correspondant à la part desdites cotisations, qu'elle est condamnée à verser à la fondation défenderesse. Il n'y a par ailleurs pas lieu de présumer que cette dernière voulût faire donation du montant correspondant aux cotisations du salarié. L'attribution indirecte effectuée en faveur du demandeur par l'appelée en cause, en dehors de toute présomption de donation, ou autres causes contractuelles ou légales, revient au paiement de ce qu'elle « ne devait pas » (cf. art. 63 al. 1 CO ; Pierre TERCIER, *op. cit.*, p. 371). Le Tribunal fédéral reconnaît, dans pareille situation, à l'employeur une créance envers le salarié en restitution du salaire versé indûment, en application des art. 62ss CO (ATF B 65/05 du 6 février 2006, résumé et traduit in CGSS N40/2008, p. 236; ATF 128 V 224; cf. art. 39 al. 2 LPP). c. En vertu de l'art. 67 al. 1 CO, l'action pour cause d'enrichissement illégitime se prescrit par un an à compter du jour où la partie lésée a eu connaissance de son droit de répétition, et, dans tous les cas, par dix ans dès la naissance de ce droit. Ce délai court du jour où l'appauvri a connu à la fois la perte subie et l'enrichi, autant qu'il connaît l'existence, la nature et les éléments du dommage propres à fonder et à motiver une demande en justice (ATF 127 III 427 consid. 4b; 109 II 435 consid. 2). Le lésé a connaissance de son droit de répéter l'indu lorsqu'il a la possibilité d'intenter une action en justice et qu'il possède les éléments suffisants pour motiver une telle demande (ATF 132 V 404 consid. 3; 129 III 503 consid. 3.4). Selon la jurisprudence (ATF 129 III 503 = SJ 2004 I 278), en cas d'erreur, peu importe le moment auquel le lésé aurait pu connaître son droit à répétition en faisant preuve de l'attention requise - soit en l'espèce dès la communication de la décision d'assujettissement à l'AVS -; seule compte la connaissance effective de la prétention. Dans le cas examiné, le Tribunal fédéral a estimé que la demanderesse avait été complètement renseignée par une décision constatatoire, et fixé le départ du délai relatif annuel de l'art. 67 al. 1 CO au jour de l'entrée en force de la décision.

A/1064/2011 - 11/13 - Concernant le délai relatif d'un an, c'est le moment de la connaissance effective qui fait courir le délai, non celui du devoir de connaître par le créancier (SJ 2004 I 278 ; Gilles PETITPIERRE, *Commentaire romand*, art. 67 CO, N3). Du moment que c'est consécutivement à la présente procédure que l'appelée en cause aura

une connaissance effective de son droit de répéter, la créance n'est pas prescrite (SJ 2004 I 278). Quant au délai absolu de 10 ans, c'est l'exigibilité de la créance qui lui donne son point de départ, étant précisé que l'exigibilité coïncide avec le paiement (Gilles PETITPIERRE, op. cit., art. 67 CO, n. 4). En l'espèce, c'est bien dans le cadre de la présente procédure que l'appelée en cause pourra constater la disparition de la cause des versements (salaires versés sans déduction des cotisations de prévoyance professionnelle pour la partie obligatoire). La prescription n'est dès lors pas atteinte, que l'on considère le délai relatif ou le délai absolu prévu par l'art. 67 CO. Partant, le demandeur sera condamné à verser à l'appelée en cause un montant correspondant à la somme des cotisations qui auraient dû être prélevées sur son salaire entre le 1er juillet 2003 et le 31 décembre 2005, selon le décompte que la défenderesse établira.

E. 5

Condamne P_____ à verser à X_____ SA le montant correspondant aux seules cotisations qui auraient dû être prélevées sur son salaire entre le 1er juillet 2003 et le 31 décembre 2005, selon le décompte établi par SWISS LIFE SA, FONDATION COLLECTIVE LPP conformément au chiffre 3 ci-dessus.

E. 6

Condamne SWISS LIFE SA, FONDATION COLLECTIVE LPP et X_____ SA, solidairement entre elles, à verser à P_____ une indemnité de 3'000 fr. à titre de dépens.

E. 7

Dit que la procédure est gratuite.

E. 8

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

A/1064/2011 - 13/13 - 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

Maryse BRIAND

La présidente

Florence KRAUSKOPF

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