

GE_GERICHTE ATAS/336/2011 vom 30. März 2011

GE Cour de justice, 2011-03-30, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_336_2011

FR: GE_GERICHTE ATAS/336/2011 du 30 mars 2011

IT: GE_GERICHTE ATAS/336/2011 del 30 marzo 2011

Erwägungen

E. 1

Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. b de la loi sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941 en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010 (aLOJ; RS E 2 05), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaissait, en instance unique, des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA; RS 830.1) 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

A/3066/2009 - 6/11 - prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982; art. 142 code civil). Dès le 1er janvier 2011, cette compétence revient à la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice, laquelle reprend la procédure pendante devant le Tribunal cantonal des assurances sociales (art. 143 al. 6 de la LOJ du 9 octobre 2009). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

E. 2

La nouvelle du 3 octobre 2003 modifiant la LPP (1ère révision) est entrée en vigueur le 1er janvier 2005 (sous réserve de certaines dispositions dont l'entrée en vigueur a été fixée au 1er avril 2004 et au 1er janvier 2006; RO 2004 1700), entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de la prévoyance professionnelle (RO 2004 1677). Elle est applicable en l'espèce, dès lors que les faits juridiquement déterminants se sont déroulés postérieurement à son entrée en vigueur (ATF 130 V 446 consid. 1 et ATF 129 V 4 consid. 1.2).

E. 3

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 (ATF 128 V 44 consid. 1b, 127 V 35 consid. 3b et les références). 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 (ATF 127 V 35 consid. 3b et les références). Une contestation entre un

employeur et un ayant droit peut porter, en particulier, sur le versement des cotisations par l'employeur à l'institution de prévoyance (art. 66 al. 2 et 3 LPP; SZS 1990 p. 205). Dans un tel cas, en effet, ce ne sont pas les juridictions des prud'hommes qui sont compétentes, mais le juge désigné par l'art. 73 LPP, même si la question de l'existence d'un contrat de travail entre les parties doit être tranchée à titre préjudiciel (ATF 120 V 26 consid 2 et les références). Cela ne concerne pas seulement le montant des cotisations mais aussi le principe de l'obligation de cotiser, que celle-ci découle du contrat de travail ou du droit public (RIEMER, *Das Recht der berufliche Vorsorge in der Schweiz*, p. 127). En l'espèce, la demanderesse conclut notamment à ce que la défenderesse soit condamnée à payer l'intégralité des cotisations LPP auprès de l'appelée en cause. La contestation porte dès lors sur une question spécifique à la prévoyance profes-

A/3066/2009 - 7/11 - sionnelle régie par la LPP, soit le versement des cotisations par l'employeur à une institution de prévoyance (art. 66 al. 2 et 3 LPP; ATFA non publié du 27 août 2003, cause B 44/03). 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; SCHWARZENBACH-HANHART, *Die Rechtspflege nach dem BVG*, SZS 1983, p. 182). Le for de l'action est au siège ou domicile suisse du défendeur ou au lieu de l'exploitation dans laquelle l'assuré a été engagé (art. 73 al. 3 LPP). En l'espèce, le siège de la défenderesse, tout comme le lieu d'exploitation dans laquelle la demanderesse a été engagée, se trouvent à Genève. La compétence *ratione materiae et loci* de la Cour de céans est ainsi établie.

E. 4

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 (19'890 fr. en 2007 et 2008, 20'520 fr. en 2009). L'assurance obligatoire commence en même temps que les rapports de travail (art. 10 al. 1 LPP, première partie de la phrase). 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) comprise entre 23'205 et 79'650 francs du 1er janvier 2007 au 31 décembre 2008 et entre 23'940 fr. et 82'090 fr. du 1er janvier 2009 au 31 décembre 2010, 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 en-

A/3066/2009 - 8/11 - 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 («Anschlussvertrag») 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 et les références). 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 (cf. art. 66 al. 1, 1ère phrase, LPP); il est débiteur à son égard tant des cotisations de l'employeur que de celles des salariés (cf. art. 66 al. 2 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).

E. 5

Quand bien même la défenderesse ne soulève pas l'exception de prescription, la Cour de céans rappellera que les actions en recouvrement de créances se prescrivent par 5 ans quand elles portent sur des cotisations ou par 10 ans dans les autres cas (art. 41 al. 2 LPP). En l'espèce, les créances litigieuses portent sur les cotisations LPP de février 2008 à avril 2009 de sorte qu'elles ne sont pas prescrites, que l'on applique le délai de prescription de 5 ans ou de 10 ans (ATF 136 V 73). Selon le contrat de travail écrit du 1er janvier 2008, la demanderesse a été engagée pour une période de durée indéterminée dès le 1er octobre 2007, date du début des rapports de travail. Par conséquent, elle est en principe soumise à l'assurance obligatoire dès cette date (cf. art. 10 al. 1 LPP, 1 al. 1 let. b, 1ère phrase, OPP 2 jusqu'au 31 décembre 2008 et 1j OPP 2 dès le 1er décembre 2009). Toutefois, d'après les renseignements donnés par l'appelée en cause, le 3 novembre 2010, la demanderesse n'était pas tenue à cotisation LPP du 1er octobre 2007 au 31 janvier 2008 ce que cette dernière ne conteste pas. Aussi, n'est-elle soumise à l'assurance obligatoire que dès le 1er février 2008 et jusqu'au 30 avril 2009 date effective de la fin des rapports de travail (art. 2 al. 1, 7 al. 1 et 10 al. 2 let. b LPP). Il ressort du bulletin d'adhésion du 5 août 2004 que la défenderesse, qui est une société anonyme, a demandé son adhésion auprès de l'appelée en cause dès octobre 2004 contre les conséquences économiques de la vieillesse, de l'invalidité et du décès. Elle lui a annoncé trois employés. Selon les précisions apportées par la fondation, les 4 décembre 2009 et 10 mai 2010, la défenderesse n'a plus annoncé d'employé à partir du 30 avril 2008 et ne lui a pas du tout annoncé la demanderesse. La défenderesse n'a à aucun moment résilié le contrat d'affiliation qui est donc toujours en vigueur, étant précisé que le changement d'administrateur intervenu le 12 octobre 2007 n'a eu aucune incidence sur l'affiliation de l'employeur auprès de l'appelée en cause. Par conséquent, la défenderesse est toujours affiliée auprès de l'appelée en cause et, au moment où la demanderesse a été soumise à

A/3066/2009 - 9/11 - l'assurance obligatoire LPP, l'employeur avait annoncé au moins un employé à la fondation ce qui confirme que, déjà à cette époque, il était affilié auprès de celle-ci. En vertu de l'art. 7 al. 1 OPP 2, l'affiliation entraîne l'assurance, auprès de cette institution, de tous les salariés que l'employeur est tenu d'assurer. Dès lors, il convient de conclure que, même si la défenderesse n'a pas annoncé la demanderesse à l'appelée en cause, celle-là était assurée auprès de la fondation. En effet, selon les déclarations de la défenderesse à la police dans le cadre de la procédure pénale, elle n'a pas annoncé la demanderesse à l'appelée en cause parce qu'elle rencontrait d'importants problèmes

financiers. Il ne ressort pas de ses déclarations qu'elle se serait affiliée à plusieurs institutions de prévoyance enregistrées au sens de l'art. 7 al. 2 OPP 2. Par conséquent, contrairement à ce que soutient l'appelée en cause, elle n'a pas besoin d'obtenir de la part de la défenderesse une affiliation rétroactive de la demanderesse pour que cette dernière soit couverte auprès d'elle. Au demeurant, aucune disposition de la LPP ne prévoit une telle démarche et l'exiger, alors que l'ancien employeur se mure dans un silence absolu, aurait pour effet d'empêcher la demanderesse d'être couverte en LPP durant la période litigieuse ce qui ne peut pas être la volonté du législateur dès lors qu'il s'agit d'une assurance obligatoire. Dans une toute récente jurisprudence (ATF 136 V 73) concernant un cas identique où l'employeur était affilié à une institution de prévoyance, mais ne lui a pas annoncé un employé, le Tribunal fédéral a précisé qu'en vertu de l'art. 66 al. 4 LPP, l'employeur est tenu de transférer à l'institution de prévoyance sa contribution ainsi que les cotisations des salariés au plus tard à la fin du premier mois suivant l'année civile ou l'année d'assurance pour laquelle les cotisations sont dues. Aussi, l'exigibilité des contributions LPP prend-elle effet ex tunc, soit non pas dès l'annonce du travailleur à l'institution de prévoyance, mais dès l'exigibilité de la prime - laquelle est une prestation du contrat de travail - en regard de l'art. 66 al. 4 LPP ou du règlement. Il a justifié ce revirement de jurisprudence par le fait qu'en présence d'un contrat d'affiliation, toutes les bases de calcul essentielles sont établies avant la création d'un rapport d'assurance individuel alors qu'avant une affiliation d'office, on ne peut pas encore déterminer quelle institution prendra en charge ultérieurement la protection de prévoyance collective. Par conséquent, en modification de la jurisprudence en vigueur, il a conclu qu'en cas de rapport d'affiliation existant, le délai de prescription des cotisations ne commence pas à courir avec l'établissement ultérieur d'un contrat de prévoyance pour un employé déterminé, mais déjà avec l'échéance de la prime pour la prestation de travail soumise à cotisation. Dès lors, en admettant que, lorsqu'un employeur est affilié à une institution de prévoyance et qu'il ne lui a pas annoncé son employé, le délai de prescription pour exiger les cotisations de sa part court bien avant l'annonce de l'employeur, le Tribunal fédéral a implicitement confirmé que l'employé est soumis à la couverture de l'institution de prévoyance à laquelle est affilié son employeur ab ini-

A/3066/2009 - 10/11 - tio, à savoir en principe dès le début des relations de travail malgré l'absence d'annonce de l'employeur. Dans un tel cas, contrairement à ce que soutient l'appelée en cause, il ne s'agit donc pas d'une affiliation rétroactive de la défenderesse. Selon le décompte des cotisations établi par l'appelée en cause, la part employé et employeur des cotisations dues par la défenderesse pour la période du 1er février 2008 au 30 avril 2009 s'élève à 3'674 fr. 10. Aussi, au vu de l'art. 66 al. 2 LPP, la défenderesse est tenue de déclarer à l'appelée en cause les salaires versés à la demanderesse pour les mois de février 2008 à avril 2009 et de s'acquitter des cotisations LPP y relatives à raison de 3'674 fr. 10.

E. 6

Compte tenu de ce qui précède, la demande sera admise. Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 73 al. 2 LPP et art. 89H al. 3 LPA).

A/3066/2009 - 11/11 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant A la forme :

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