

## **GE\_GERICHTE ATAS/497/2016 vom 27. Juni 2016**

GE Cour de justice, 2016-06-27, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_497\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_497_2016)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/497/2016 du 27 juin 2016

IT: GE\_GERICHTE ATAS/497/2016 del 27 giugno 2016

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

a. Conformément à l'art. 134 al. 1 let. b de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ - 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 [CO - RS

A/3434/2015 - 7/14 - 220]; art. 52, 56a, al. 1, et art. 73 de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982 [LPP - RS 831.40]; art. 142 du Code civil [CC - RS 210]). En matière 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, y-compris sur une demande de versements complémentaire en lien avec l'annonce d'un salaire à assurer plus élevé (art. 66 al. 2 et 3 LPP; SZS 1990 p. 205 ; MEYER/UTTINGER, in Commentaire LPP et LFLP, 2010, n° 59 ad. art. 73 LPP). Dans de tels cas, 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). b. 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). c. En l'espèce, au vu des conclusions de la demande tendant au paiement de cotisations et du certificat de salaire joint à celle-ci (couvrant la période de février à novembre 2011), le litige porte sur le point de savoir si le demandeur était assuré à la prévoyance

professionnelle obligatoire du 1er février au 27 novembre 2011 et si, pendant cette période, son ancien employeur a satisfait à son obligation de cotiser. La contestation porte ainsi sur des questions spécifiques de la prévoyance professionnelle. Par ailleurs, le siège de NODE LPP, tout comme le lieu d'exploitation dans laquelle le demandeur a été engagé, se trouvent à Genève. La compétence locale et matérielle de la Chambre de céans pour connaître du cas d'espèce est ainsi établie.

A/3434/2015 - 8/14 -

## **E. 2**

a. 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). Les prétentions qu'un assuré fonde sur la LPP ou sur le règlement de l'institution de prévoyance ne peuvent s'éteindre, par suite de l'écoulement du temps, qu'en raison de la prescription, laquelle doit être expressément soulevée, condition non réalisée ici (ATF 117 V 329 et 129 V 237). b. Nonobstant son libellé inexact comme « requête de conciliation », la demande répond aux conditions de formes prévues par l'art. 89B de la loi sur la procédure administrative (LPA-GE - E 5 10). Partant, elle est recevable.

## **E. 3**

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, lequel s'élevait à CHF 20'880.- en 2011 (art. 7 al. 1 LPP). Est pris en considération le salaire déterminant au sens de la loi fédérale sur l'assurance- vieillesse et survivants (art. 7 al. 2). Par ailleurs, selon l'art. 2 al. 2 LPP, si le salarié est occupé par un employeur pendant moins d'une année, est considéré comme salaire annuel celui qu'il obtiendrait s'il était occupé toute l'année. À teneur de l'art. 10 LPP, l'assurance obligatoire commence en même temps que les rapports de travail (al. 1). Elle cesse notamment en cas de dissolution des rapports de travail ou quand le versement des indemnités journalières de l'assurance- chômage est suspendu (al. 2). En matière de prévoyance plus étendue, la dissolution des rapports de travail est également un motif qui met fin à l'assurance (ATF 121 V 277 consid. 2b ; ATF 120 V 20 consid. 2a ; RSAS 2000 p. 66 consid. 2a). L'assurance obligatoire est réalisée et financée dans les limites du salaire coordonné. Ainsi, selon les art. 7 al. 2 et 8 al. 1 LPP en vigueur en 2011, n'est assurée que la partie du salaire annuel déterminant au sens de la LAVS comprise entre CHF 24'360.- et CHF 83'520.-. Corollairement, 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).

## **E. 4**

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. À 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

A/3434/2015 - 9/14 - même institution (arrêt du Tribunal fédéral B 72/04 du 31 janvier 2006, consid. 5.2.1). Selon l'art. 66 LPP, l'institution de prévoyance fixe dans ses dispositions réglementaires le montant des cotisations de l'employeur et de celles des salariés. La somme des cotisations (contribution) de l'employeur doit être au moins égale à la somme des cotisations de tous les salariés (al. 1). L'employeur est débiteur de la totalité des cotisations envers l'institution de prévoyance. Celle-ci peut majorer d'un intérêt moratoire les cotisations payées tardivement (al. 2). L'employeur déduit du salaire les cotisations que les dispositions réglementaires mettent à la charge du salarié (al. 3). Il transfère 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 (al. 4). Lorsque des contributions réglementaires n'ont pas été versées, l'institution de prévoyance doit en informer son autorité de surveillance dans un délai de trois mois à partir de la date d'échéance contractuelle (art. 58a al. 1 OPP 2). Par ailleurs, 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 OPP 2).

#### **E. 5**

a. Selon l'art. 10 du règlement de prévoyance de NODE LPP, le salaire assuré sert de base au calcul des prestations assurées et des cotisations. Il est fixé dans le plan de prévoyance (...). Aux termes du plan de prévoyance « Sonate », le salaire assuré est égal au salaire annuel considéré réduit d'un montant de coordination égal à 7/8ème de la rente AVS maximale. Selon l'art. 9 du règlement susvisé, par « salaire annuel considéré » il faut entendre le salaire de base annualisé. Le salaire annuel considéré ne peut être supérieur au revenu soumis à la cotisation AVS (...). Le salaire annuel considéré est déterminé au jour de l'affiliation à la Fondation, puis chaque 1er janvier. La date limite de déclaration des salaires à la Fondation de manière rétroactive est de six mois au maximum, sauf circonstances très particulières et exceptionnelles. b. À teneur de l'art. 14 al. 1 du règlement de prévoyance de SWISS LIFE, le salaire assuré correspond au salaire annuel dont le montant de coordination a été déduit. Selon l'art. 13 al. 1 et 2, le salaire annuel est fixé dans le plan de prévoyance et peut être limité par des dispositions légales (...) si la personne assurée est employée depuis moins d'un an, le salaire annuel déterminant correspond au salaire qu'elle aurait obtenu si elle avait travaillé pendant une année entière.

#### **E. 6**

a. En l'espèce, le demandeur a été engagé pour une durée indéterminée du 20 novembre 2009 au 27 novembre 2011, date de la fin des rapports de travail. Il résulte des fiches de salaires produites à l'appui de sa demande que son ancien

A/3434/2015 - 10/14 - employeur lui a versé de février à novembre 2011 un salaire de CHF 40'814.30, ce qui correspond à un revenu annualisé de CHF 48'997.15, montant nettement supérieur au seuil légal de CHF 20'880.- (art. 7 al. 1 LPP). Il est donc établi qu'à tout le moins pendant la période litigieuse du 1er février au 27 novembre 2011, il était soumis à l'assurance obligatoire (art. 2 al. 1, 7 al. 1 et 10 al. 2 let. b LPP). b. Il est également constant que, durant cette période, l'ex-employeur a été successivement affilié à deux institutions de prévoyance soit à NODE LPP puis à SWISS LIFE. Selon l'art. 7 al. 1 OPP 2, cette affiliation entraînait l'assurance, auprès de l'institution de tous les salariés qu'il était tenu d'assurer, y-compris celle du demandeur. Le demandeur a donc été assuré à titre obligatoire

auprès de NODE LPP à tout le moins du 1er février au 30 juin 2011, puis auprès de SWISS LIFE du 1er juillet au 27 novembre 2011. c. Contrairement à ce que prétend NODE LPP, le fait que l'ancien employeur lui ait transmis en novembre 2010 une annonce d'entrée portant sur un salaire inférieur au seuil légal n'a aucune incidence sur l'assujettissement du demandeur à la LPP, qui ne saurait être contourné par ce biais, dès lors qu'il s'agit d'une assurance obligatoire. Sur ce point, il paraît opportun de rappeler que, selon la jurisprudence, lorsqu'un employeur annonce en début d'année un revenu présumé inférieur au minimum légal mais qu'il verse finalement un revenu supérieur au dit seuil, le salarié doit être assuré à titre obligatoire (ATF 135 V 23 consid. 4). d. L'ex-employeur n'a pas déclaré à NODE LPP le salaire annuel du demandeur pour 2011 (faute de déclaration finale des salaires), ce qu'il admet, et il n'a annoncé à SWISS LIFE qu'un salaire annuel de CHF 21'000.-, montant nettement sous-évalué : il aurait dû annoncer à cette institution de prévoyance un salaire annualisé, c'est-à-dire converti sur douze mois, non pas une estimation portant apparemment sur les six derniers mois de l'année. La doctrine relative à l'art. 8 LPP stipule en effet que « le salaire règlementaire des salariés n'ayant pas été assurés durant l'année entière auprès de l'institution de prévoyance est converti sur une année (...) » (BRECHBÜHL, in Commentaire LPP et LFLP, 2010, n° 9 ad. art. 8 LPP). L'ex-employeur aurait donc dû annoncer à SWISS LIFE et à NODE LPP un salaire annualisé pour 2011 de CHF 48'997.15 [12 x (40'814.30 / 10)].

#### **E. 7**

a. Pour la période du 1er février au 30 juin 2011, il résulte des renseignements transmis par NODE LPP que l'ex-employeur n'a pas versé de cotisations pour le demandeur. Il résulte de la simulation réalisée par cette institution de prévoyance que s'il avait satisfait à son obligation d'annoncer le salaire annuel déterminant de CHF 48'997.-, il aurait été débiteur de cotisations LPP mensuelles globales (employé et employeur) de CHF 297.40, représentant un total de CHF 1'487.- pour les cinq mois en question. Le débiteur en demeure pour le paiement d'une somme d'argent doit un intérêt moratoire à 5 %, dans la mesure où un taux d'intérêt plus élevé n'a pas été convenu par contrat (art. 104 al. 1 et 2 CO ; ATF 130 V 414 consid. 5.1). En vertu de l'art.

A/3434/2015 - 11/14 - 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. Il s'agit d'un délai qualifié : l'employeur est mis en demeure par la seule expiration de ce délai (BRECHBÜHL, in Commentaire LPP et LFLP, 2010, n° 34 ad. art. 66 LPP). En application des articles 66 LPP et 10 OPP2, l'ex-employeur est tenu d'annoncer à NODE LPP le salaire annuel 2011 de CHF 48'997.-, et de lui verser les cotisations afférentes aux mois de février à juin 2011, soit CHF 1'487.-, avec intérêts à 5% dès le 1er février 2012 (ATF 135 V 23 consid. 4 ; ATAS 336/2011 du 30 mars 2011, consid. 5). On précisera incidemment que le fait que les conclusions en paiement de cotisations du demandeur soient limitées à CHF 1445.20 ne fait pas obstacle à la condamnation de son ex-employeur au versement d'un montant supérieur, étant rappelé que, dans le cadre d'une procédure d'action en matière de prévoyance professionnelle, la juridiction cantonale, dans les limites de l'objet du litige, n'est pas liée par les conclusions des parties (ATF 135 V 23 consid. 4).

b. Pour la période du 1er juillet au 27 novembre 2011, la simulation établie par SWISS LIFE démontre que si l'ex-employeur lui avait annoncé le salaire annuel précité, il aurait dû lui verser des cotisations LPP mensuelles globales de CHF 297.50 représentant un total de

CHF 1'487.50 (5 x 297.50) sur cinq mois. Étant donné que, durant la période considérée, l'ex-employeur a déjà cotisé à hauteur de CHF 353.25, il doit encore lui verser le solde des cotisations, soit CHF 1'134.25 (1487.50 – 353.25). Partant, l'ex-employeur annoncera à SWISS LIFE le salaire annuel 2011 de CHF 48'997.- et lui versera le solde des cotisations relatives aux mois de juillet à novembre 2011, soit CHF 1'134.25, avec intérêts à 5% dès le 1er février 2012.

#### **E. 8**

a. Par ailleurs, il résulte des simulations transmises par les deux institutions de prévoyance que, sur l'ensemble de la période litigieuse, la part salarié des cotisations dues représente un total de 1'486.75 [(5 x 148.70) + (5 x 148.75)]. Toutefois, le certificat de salaire démontre que l'ex-employeur a déjà déduit du salaire versé en 2011 un montant plus élevé, à savoir CHF 1'634.45. b. En matière de prévoyance professionnelle, l'obligation de restituer l'indu se fonde en premier lieu sur les dispositions spéciales qui la prévoient (règlement de l'institution) et, à défaut, sur les règles générales de l'enrichissement illégitime au sens des art. 62 ss CO (ATF 133 V 205 consid. 3 ; ATF 130 V 414 ; ATF 115 V 115). À teneur de l'art. 62 al. 1 CO, celui qui, sans cause légitime, s'est enrichi aux dépens d'autrui, est tenu à restitution. Cependant, dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a précisé que la prétention d'un employeur de réclamer au salarié des cotisations qu'il a manqué de soustraire des revenus de l'employé est directement fondée sur l'art. 66 al. 3 LPP et non sur les

A/3434/2015 - 12/14 - art. 62 ss CO, de sorte qu'elle se prescrit par cinq ans conformément à l'art. 41 al. 2 LPP (arrêt 9C\_720/2015 du 26 février 2016, consid. 5.4 ss). c. En déduisant des salaires de février à novembre 2011 un montant de CHF 1'634.45 à titre de cotisations LPP alors qu'il n'était fondé à prélever que CHF 1'486.75, l'ex-employeur a opéré sans droit un prélèvement de cotisations excessif, ce qu'il admet. Partant, il sera condamné à rembourser au demandeur la somme de CHF 147.70 (1'634.45 - 1'486.75), avec intérêts à 5% dès le 1er octobre 2015, date du dépôt de la demande. On peut laisser ouverte la question de savoir si cette créance repose sur l'art. 62 al. 1 CO ou sur l'art. 66 al. 3 LPP, dans la mesure où cela n'a aucune importance pratique, la prescription n'étant pas soulevée.

#### **E. 9**

Enfin, le demandeur prétend implicitement au versement d'une indemnité de dépens en sollicitant le remboursement de « frais d'assistance juridique et administrative ». Toutefois, force est de constater qu'il n'a pas droit à une telle indemnité : il n'est pas représenté par un avocat et ne remplit pas les conditions exceptionnelles dans lesquelles des dépens peuvent être alloués en pareil cas, la cause ne portant pas sur une valeur litigieuse élevée et ne l'ayant de toute évidence pas contraint à fournir un travail excédant la mesure de ce que l'on peut raisonnablement exiger d'un particulier (ATF 125 II 518 consid. 5b ; 110 V 72 consid. 7).

#### **E. 10**

Eu égard aux considérations qui précèdent, la demande est partiellement admise. a. C\_\_\_\_\_ SA est invitée à déclarer à NODE LPP et SWISS LIFE le salaire annuel 2011 du demandeur et à verser à ces institutions de prévoyance les cotisations relatives aux mois de février à novembre 2011, à savoir CHF 1'487.- pour la première et CHF 1'134.25 pour la seconde, avec intérêts à 5% dès le 1er février 2012. b. En outre, C\_\_\_\_\_ SA est condamnée à rembourser au demandeur la somme de CHF 147.70, avec intérêts à 5% dès le 1er octobre 2015. c. Pour la période antérieure à celle qui est litigieuse, les pièces versées au

dossier ne permettent pas de déterminer si l'ex-employeur a satisfait à son obligation de cotiser. Il paraît donc opportun d'inviter C\_\_\_\_\_ SA à transmettre à NODE LPP les fiches de salaires afférentes aux mois de novembre 2009 à janvier 2011 afin que cette institution de prévoyance puisse, dans l'hypothèse où il en résulterait un salaire annuel supérieur à CHF 20'520.- (art. 7 al. 1 LPP, dans sa teneur en vigueur en 2009 et 2010), enjoindre l'ex-employeur à s'acquitter également des cotisations dues pour le demandeur entre novembre 2009 et janvier 2011. d. Enfin, il paraît judicieux d'inviter NODE LPP et SWISS LIFE – comme cette dernière le propose – à recalculer les prestations de sortie aux 30 juin et 27 novembre 2011, en tenant compte des cotisations qui leur seront versées, et à

A/3434/2015 - 13/14 - prendre contact avec le demandeur afin qu'il puisse en obtenir le transfert sur son compte auprès de son institution de prévoyance actuelle (art. 2 al. 3 LFLP). Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 73 al. 2 LPP et art. 89H al. 3 LPA).

A/3434/2015 - 14/14 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant

À la forme : 1. Déclare la demande recevable.

Au fond : 2. L'admet partiellement dans le sens des considérants. 3. Invite C\_\_\_\_\_ SA à annoncer à NODE LPP – FONDATION DE PREVOYANCE et à la FONDATION COLLECTIVE LPP SWISS LIFE le salaire annuel 2011 de Monsieur A\_\_\_\_\_. 4. Condamne C\_\_\_\_\_ SA à verser à NODE LPP – FONDATION DE PREVOYANCE les cotisations LPP relatives aux salaires de février à juin 2011 de Monsieur A\_\_\_\_\_, soit CHF 1'487.-, avec intérêts à 5% dès le 1er février 2012. 5. Condamne C\_\_\_\_\_ SA à verser à la FONDATION COLLECTIVE LPP SWISS LIFE le solde des cotisations LPP relatives aux salaires de juin à novembre 2011 de Monsieur A\_\_\_\_\_, soit CHF 1'134.25, avec intérêts à 5% dès le 1er février 2012. 6. Condamne C\_\_\_\_\_ SA à verser à Monsieur A\_\_\_\_\_ la somme de CHF 147.70 avec intérêts à 5% dès le 1er octobre 2015. 7. Rejette la demande pour le surplus. 8. Dit que la procédure est gratuite. 9. 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 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

Alicia PERRONE

La présidente

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

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