

GE_GERICHTE ATAS/563/2010 vom 20. Mai 2010

GE Cour de justice, 2010-05-20, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_563_2010

FR: GE_GERICHTE ATAS/563/2010 du 20 mai 2010

IT: GE_GERICHTE ATAS/563/2010 del 20 maggio 2010

Erwägungen

E. 1

Conformément à l'art. 56V al. 1 let. b de la Loi sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941 (LOJ ; RS E 2 05), le Tribunal cantonal des assurances sociales 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). Quant au for, il est au lieu du siège ou du domicile suisse du défendeur, ou au lieu de l'exploitation dans laquelle l'assuré a été engagé (article 73 al. 3 LPP). En l'occurrence, le demandeur a travaillé à Genève pour le compte de la seconde défenderesse. Le Tribunal de céans est donc compétent à raison du lieu. Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

E. 2

La législation applicable en cas de changement de règles de droit reste celle qui était en vigueur lors de la réalisation de l'état de fait qui doit être apprécié juridiquement ou qui a des conséquences juridiques (ATF 130 V 156, consid. 5.1 ; 128 V 315 ; 127 V 467, consid. 1 ; 126 V 166, consid. 4b). Il en découle que l'examen de l'affiliation obligatoire du demandeur à la fondation défenderesse doit être tranché au regard de la LPP dans sa version en vigueur à l'époque des faits, ce que les parties admettent au demeurant.

A/5116/2007 - 14/28 - L'adoption tardive de la LPP au 1er janvier 1985, explique pourquoi cette dernière loi n'appartient pas au champ d'application matérielle des conventions bilatérales de sécurité sociale (notamment la Convention avec la France du 3 juillet 1975 [ci-après : la convention ; RS 0.831.109.349.1]) adoptées auparavant (Jacques-André SCHNEIDER, in SCHNEIDER/GEISER/GÄCHTER, Handkommentar zum BVG und FZG, STÄMPFLI, 2010, Art. 2, N 63). Toutefois, l'art. 1j al. 2 OPP 2 est applicable aux travailleurs auxquels ne s'appliquent pas les règles prévues par les conventions bilatérales, notamment lorsque ledit travailleur est affilié à l'AVS, auquel cas, il est également soumis à la LPP (Jacques-André SCHNEIDER, op. cit., Art. 2, N 63). L'Accord entre la Communauté européenne et la Suisse sur la libre circulation des personnes, (ALCP ; RS 0.142.112.681), entré en vigueur depuis le 1er juin 2002 est applicable dès cette date. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (ci-après : LPGA), entrée en vigueur le 1er janvier 2003, n'est pas applicable en matière de prévoyance professionnelle, dès lors que la LPP ne prévoit pas son application.

E. 3

Lorsque le justiciable peut obtenir en sa faveur un jugement condamnatore, la voie de l'action constatatoire n'est pas ouverte (ATF 119 V 13). En l'occurrence, la conclusion

tendant à la constatation que le demandeur aurait dû être affilié auprès de la Fondation de prévoyance (et précédemment du Fürsorgefonds X_____ (SCHWEIZ) AG est ainsi irrecevable, ce qui demeure sans conséquence vu les conclusions condamnatoires prises par le demandeur à l'encontre de la fondation défenderesse. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, si l'employeur n'a pas annoncé le salarié à l'institution de prévoyance, et n'a donc pas versé de contribution pour ce dernier, l'assuré est en droit d'exiger de l'institution de prévoyance qu'elle lui verse la prestation de sortie qui aurait été acquise grâce à ses contributions. L'assuré peut agir envers l'institution de prévoyance en paiement de la prestation de sortie, et le cas échéant contre l'employeur en paiement des contributions (ATF 135 V 23, consid. 3 ; ATF 129 V 320). La demande du 21 décembre 2007 est donc recevable sous ces deux aspects. Par ailleurs, le Tribunal fédéral a également considéré que la question de savoir si l'ancien employeur possède contre son ex-employé une créance fondée et exigible au titre de cotisations non prélevées sur son salaire qu'il puisse lui opposer en cas de cession, relève des contestations au sens de l'article 73 LPP et des autorités judiciaires prévues par cette disposition (ATF 128 V 224, consid. 3d). La demande reconventionnelle du 30 avril 2008 est donc recevable.

A/5116/2007 - 15/28 -

E. 3.1

et 4).

Le Tribunal de céans est ainsi libre, dans le cadre de l'objet du litige, de ne pas donner suite, dans la stricte formulation utilisée par leur mémoires respectifs, aux prétentions auxquelles les parties ont conclu. Le demandeur a perçu de la seconde défenderesse un salaire annuel brut de départ de 231'000 fr, qui a augmenté par la suite. Le salaire coordonné sur lequel auraient dû être perçues les cotisations correspond donc, pour la période considérée, au montant maximum de l'art. 8 al. 1 LPP dans ses adaptations successives. Il conviendra ainsi que la fondation défenderesse établisse sur la base des considérants qui précèdent, un décompte précis des cotisations qu'elle aurait dû percevoir, en application de l'article 66 LPP, entre le 17 août 1995 et le 31 octobre 2005. La fondation défenderesse devra également, compte tenu desdits montants de cotisation, avec les intérêts y afférents, et de l'avoir apporté par l'assuré à l'issue d'un précédent rapport de prévoyance éventuel, avec les intérêts, calculer la prestation de libre passage au 31 octobre 2005, en donner le décompte précis au demandeur, et la verser sur le compte individuel de ce dernier auprès de l'institution de prévoyance à laquelle il est actuellement affilié, intérêts moratoires à 3,5% l'an en plus dès le 1er janvier 2008 (art. 2 al. 4 et 26 al. 2 LFLP ; art. 7 OLP cum art. 12 lit d OPP 2). Quant à X_____ X_____ (SUISSE) SA, elle devra verser à la fondation défenderesse la totalité des cotisations (art. 66 al. 2 LPP), calculée comme indiqué ci-dessus, intérêts moratoires à 5% l'an en plus dès la date moyenne (art. 66 al. 2 LPP et art. 104 CO, à défaut de dispositions réglementaires ; ATF 114 III 72, consid. 2 ; Jürg BRECHBÜHL, in SCHNEIDER/GEISER/GÄCHTER, op. cit, art. 66, N36). 9. Il convient à ce stade d'examiner le bien-fondé des conclusions reconventionnelles de la banque défenderesse. 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).

A/5116/2007 - 24/28 - 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*, 4^{ème} 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 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 la banque défenderesse, 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. En effet, ce qui devait être une opération neutre du point de vue comptable, si la part des cotisations du salarié avait pu être déduite des salaires versés par le passé, revient au final à un versement décaissé en totalité par ladite banque défenderesse. Il n'y a par ailleurs pas lieu de présumer que cette dernière voulût faire donation du montant correspondant aux cotisations du salarié (cf. Pierre TERCIER, *op. cit.*, p. 373). Enfin, l'attribution indirecte effectuée en faveur du demandeur par la banque défenderesse, 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). c) En conséquence, les conditions de l'enrichissement illégitime étant réalisées, il convient de faire droit, dans une certaine mesure, aux conclusions reconventionnelles prises par la banque défenderesse, pour peu qu'elles ne soient pas prescrites. Une telle solution est conforme à la jurisprudence du Tribunal fédéral, selon laquelle « la créance de l'employeur envers le salarié est en restitution du salaire versé indûment, en application des art. 62ss CO » (ATF du 6 février 2006, B 65/05, résumé et traduit in CGSS N40/2008, p. 236 ; ATF 128 V 224 ; cf. art. 39 al. 2 LPP ; voir ég. Sylvie PETREMAND, in SCHNEIDER/GEISER/GÄCHTER, *op. cit.*, Art. 39, N 23).

A/5116/2007 - 25/28 - 10. Il convient ainsi d'examiner l'exception de prescription soulevée par le demandeur. L'action pour cause d'enrichissement illégitime se prescrit selon l'art. 67 CO 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 10 ans dès la naissance de ce droit. Dans son mémoire du 31 juillet 2008, le demandeur soulève l'exception de prescription concernant la conclusion reconventionnelle de la banque défenderesse fondée sur l'enrichissement illégitime. Il convient donc d'examiner si la créance est prescrite. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral (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 ; 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. Concernant le délai relatif d'un an, c'est le moment de la connaissance effective qui fait courir le délai, non celui du devoir 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 la banque défenderesse 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, N4). En cas d'erreur, l'exigibilité survient au moment où disparaît la cause du versement et que cette disparition est constatée (ATF 119 II 20, consid. 2d). En l'espèce, c'est bien dans le cadre de la présente procédure que la banque défenderesse 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 la banque défenderesse un montant correspondant à la somme des seules cotisations qui auraient dû être prélevées sur son salaire au fil des rapports de travail, entre le

E. 4

Le litige porte sur la question de savoir si le demandeur devait être assujéti à l'assurance obligatoire et à l'assurance étendue selon la LPP, ainsi que sur les prétentions en découlant. Il porte également sur l'éventuelle prescription de ces prétentions. La demande reconventionnelle porte sur le versement par le demandeur à la banque défenderesse d'un montant correspondant à sa part de cotisation en cas d'assujétissement.

E. 5

Il convient d'examiner en premier lieu les prétentions du demandeur dans le cadre de l'assurance obligatoire. a) Selon l'article 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 par l'article 7 LPP. L'assurance obligatoire commence en même temps que les rapports de travail (article 10 al. 1 LPP). Les critères juridiques de l'AVS sont déterminants pour décider de la qualité de salariés au sens de la LPP, sans toutefois que le statut de cotisant dans l'AVS soit formellement obligatoire (ATF 127 V 301, consid. 2.a). Aux termes de l'article 2 al. 4 LPP, le Conseil fédéral définit les catégories de salariés qui, pour les motifs particuliers, ne sont pas soumis à l'assurance obligatoire. C'est ce qu'il a fait en édictant l'article 1 j OPP 2. L'alinéa 2 de cette disposition stipule que les salariés sans activité en Suisse ou dont l'activité en Suisse n'a probablement pas un caractère durable, et qui bénéficient de mesures de prévoyance suffisantes à l'étranger, seront exemptés de l'assurance obligatoire à condition qu'ils en fassent la demande à l'institution de prévoyance compétente. Du point de vue des conditions d'exemption de la prévoyance obligatoire, la réglementation actuelle dont se prévalent les parties (art. 1j al. 2 OPP 2) ne diffère pas de celles qui prévalait auparavant (art. 1 al. 2 a OPP 2). Elle s'applique uniquement à la prévoyance professionnelle obligatoire, selon la LPP et a pour but de coordonner les régimes de prévoyance sur le plan international (ATF 127 V 301, consid. 2b). Elle vise certains salariés au service de sociétés étrangères ou d'organisations internationales qui sont déjà affiliés à l'étranger à une institution de prévoyance bien développée ; il s'agit principalement de travailleurs détachés en Suisse pour une durée relativement courte, qui conservent un lien de subordination avec leurs employeurs d'origine à l'étranger (ATF 127 V 301, consid. 2b). Comme le relève la

doctrine, l'art. 1j al. 2 OPP 2 est d'application plus difficile qu'il n'y paraît (Jacques-André SCHNEIDER, op. cit., Art. 2, N 57). En effet, ladite disposition ne concerne, selon l'art. 5 al. 1 LPP, que les personnes qui sont assurées à l'AVS (Jacques-André SCHNEIDER, op. cit., Art. 2, N 58). Or, les personnes physiques qui n'exercent une activité rémunérée en Suisse que pendant

A/5116/2007 - 16/28 - une période relativement courte ne sont pas assurées à l'AVS (art. 1a al. 2 lit c LAVS ; Jacques-André SCHNEIDER, op. cit., Art. 2, N 59). L'exemption de l'assurance en vertu de la disposition précitée exige la présentation d'une demande émanant du salarié ; l'institution ne peut donc en décider librement, quand bien même les conditions de fond d'une exemption seraient réunies. La demande d'exemption constitue l'exercice d'un droit formateur et est définitive sous réserve d'un vice de la volonté. Eu égard au but de protection sociale visé par le principe de la soumission obligatoire des travailleurs à la LPP, la demande d'exemption au sens de l'article 1j al. 2 OPP 2 doit être formulée de manière explicite et non équivoque, cette exigence se justifiant aussi par le fait qu'il importe de savoir, dès le début des rapports de travail, s'il existe ou non une couverture d'assurance selon la LPP pour le cas où une éventualité assurée se produirait (ATF 127 V 301, consid. 2b). Selon la jurisprudence et la doctrine, la demande d'exemption d'assujettissement à la prévoyance obligatoire, selon la LPP ne peut être effectuée que pour l'avenir, et ne saurait avoir d'effet rétroactif (ATF 98 V 183 ; Jacques-André SCHNEIDER, op. cit., Art. 2, N 65). Il sied de souligner que la possibilité d'exemption précitée est devenue caduque, pour les ressortissants de l'Union européenne qui sont assurés obligatoirement par la LPP, en raison de leur résidence ou de leur activité lucrative en Suisse. En effet, lorsqu'une personne est soumise à la législation suisse de sécurité sociale en vertu du règlement 1408/71, cela signifie qu'elle n'est plus soumise à titre obligatoire, au droit d'un autre Etat de l'Union européenne ou de l'Association européenne de libre-échange (AELE). Par conséquent, la prévoyance étrangère ne peut être, dans ce cas, que facultative, volontaire. Or, une telle prévoyance ne saurait être considérée comme suffisante au sens de l'article 1j al. 2 OPP 2 (Jacques-André SCHNEIDER, Assujettissement au 2ème pilier (LPP et prévoyance sur-obligatoire) selon l'ALCP et le règlement (CEE) no 1408/71, in Bettina KAHIL-WOLFF (Ed.), Assujettissement, cotisations et questions connexes selon l'Accord sur la libre circulation des personnes CH-CE, STÄMPFLI, Berne, 2004, pp. 59-70, p. 61). Le litige ne vise que la période courant du 17 août 1995 au 30 mai 2002, les défenderesses admettant, à juste titre, l'assujettissement à la prévoyance obligatoire pour le minimum LPP, dès l'entrée en vigueur de l'ALCP (RS. 0.142.112.681), au 1er juin 2002. b) Dans le cas d'espèce, le demandeur n'a jamais formellement demandé son exemption de la LPP, par une demande expresse formée directement auprès de la fondation défenderesse. En outre, et comme l'a déjà relevé le Tribunal de céans dans une espèce similaire sous certains aspects (Arrêt du 26 février 2002 dans la cause A/1197/2000-ASSU, consid. 2.c.aa), le fait que les conditions de détachement soulignent la persistance

A/5116/2007 - 17/28 - d'une couverture d'assurance vieillesse en France ne signifie pas une interdiction de s'affilier au régime de prévoyance des pays de détachement, cette information ayant en réalité plutôt le sens d'un engagement que prend la société mère vis-à-vis des personnes affectées dans d'autres pays, de garantir la poursuite sans interruption de leur plan de prévoyance en France. De surcroît, à supposer que le courrier adressé par la banque défenderesse au demandeur le 24 juillet 2002, indiquant qu'il s'agissait de formaliser sa situation de non-cotisant au système local suisse de prévoyance

professionnelle et autorisant à ce titre son autorité d'appartenance au sein du Groupe en Suisse à entreprendre toutes les démarches nécessaires auprès de la fondation de prévoyance du Groupe X_____ X_____ en Suisse en vue de son exemption à cette institution, puisse être considéré comme une demande d'exemption, cette dernière ne saurait avoir d'effet rétroactif. Quant à un effet pour l'avenir, il n'y a pas lieu de l'examiner puisque les défenderesses admettent d'elles-mêmes la soumission au régime de prévoyance obligatoire suisse du demandeur dès le 1er juin 2002, date d'entrée en vigueur de l'ALCP.

c) La première condition d'exemption du régime de prévoyance obligatoire de la LPP n'étant pas réalisée, il convient de conclure que le demandeur aurait dû être assujéti à la LPP pour la prévoyance obligatoire, sans qu'il soit nécessaire d'examiner si l'activité déployée pouvait être considérée comme n'étant pas durable, ou si les mesures de prévoyance à l'étranger étaient suffisantes, au sens de l'ordonnance. Il sera toutefois relevé que l'affiliation par la banque défenderesse du demandeur à l'AVS constitue un indice de ce que l'activité prévue n'était vraisemblablement pas projetée pour une courte durée, ce qui d'ailleurs a bel et bien pas été le cas, l'activité en Suisse du demandeur ayant finalement duré près de 10 ans.

d) Les défenderesses soutiennent que l'assujettissement du demandeur à la prévoyance obligatoire (minimum LPP) emporterait violation des articles 34a LPP et 24 OPP 2, prohibant la sur-assurance et favorisant la coordination avec d'autres assurances sociales. A teneur de l'art. 34a al. 1 LPP, le Conseil fédéral édicte des dispositions afin d'empêcher que le cumul de prestations ne procure un avantage injustifié à l'assuré ou à ses survivants. De par sa place dans la loi, l'on comprend qu'il vise les prestations de la LPP dans le champ obligatoire (« Deuxième partie : Assurance ; Titre premier : Assurance obligatoire des salariés ; Chapitre 6 : Dispositions communes s'appliquant aux prestations »). L'art. 24 OPP 2, adopté en vertu de cette clause de délégation, concerne, comme son titre l'indique les « avantages injustifiés ». L'art. 34a al. 1 LPP n'utilise pas le concept de la sur-assurance, mais

A/5116/2007 - 18/28 - celui « d'avantage injustifié ». Ces deux concepts sont dans une certaine mesure équivalents, en ce sens qu'ils postulent que l'assuré ne doit pas tirer avantage de la survenance d'un événement assuré, comparativement avec la situation financière qui prévaudrait sans la survenance dudit événement (Marc HÜRZELER, in SCHNEIDER/GEISER/GÄCHTER, op. cit., art. 34a, N 2). Cette règle a ainsi pour vocation d'éviter l'obtention d'avantages injustifiés par l'assuré ou ses survivants, en cas de versements de plusieurs prestations de diverses assurances (Marc HÜRZELER, in SCHNEIDER/GEISER/GÄCHTER, op. cit., Art. 34a, N 1). L'adoption d'une telle règle dans la LPP a été rendue nécessaire par le fait que la jurisprudence fédérale avait refusé de reconnaître un principe général d'interdiction de la sur-assurance prévalant pour l'ensemble des assurances sociales, et que le principe consacré par l'art. 69 LPGa n'était pas applicable à la prévoyance professionnelle (Marc HÜRZELER, in SCHNEIDER/GEISER/GÄCHTER, op. cit., Art. 34a, N 1).

e) Dans le cas d'espèce, c'est à tort que les défenderesses se prévalent de ce principe. Le demandeur conclut en effet au versement des cotisations de prévoyance obligatoires par la banque défenderesse, en faveur de la fondation défenderesse, et à ce titre ne réclame aucune prestation à son endroit directement ; il conclut également au versement de la prestation de sortie intégrale par la fondation défenderesse, prestation régie par la LFLP, et non par la LPP. Il est ainsi douteux que la disposition invoquée soit applicable au présent cas de figure. Vu l'absence de règle générale relative à la sur-assurance, il n'y a pas lieu d'examiner plus avant cette objection des défenderesses. Ces considérations scellent le sort des griefs articulés par les

défenderesses concernant le mal fondé des prétentions du demandeur tirées de l'assujettissement à la prévoyance professionnelle obligatoire.

E. 6

Il convient également d'examiner si le demandeur était soumis à la prévoyance professionnelle étendue. a) Dans le domaine de la prévoyance professionnelle plus étendue (sur cette notion, ATF 122 V 145 consid. 4b), l'assuré est lié à l'institution de prévoyance par un contrat innommé (sui generis) dit de prévoyance, dont le règlement de prévoyance constitue le contenu préformé, savoir ses conditions générales, auxquelles l'assuré se soumet expressément ou par actes concluants (par exemple en conservant le règlement reçu, en payant des cotisations ou en acceptant la déduction correspondante sur son salaire). L'interprétation du règlement doit dès lors se faire selon les règles générales qui sont applicables pour interpréter les contrats (ATF 127 V 301, consid. 3a). La prévoyance sur-obligatoire repose fondamentalement toujours sur un contrat (ATF 130 V 109, 131 V 28 ; RIEMER/RIEMER-KAFKA, Das Recht der

A/5116/2007 - 19/28 - beruflichen Vorsorge in der Schweiz, deuxième édition, STÄMPFLI, Berne 2006, p. 91). S'agissant de la conclusion du contrat, les articles 1ss CO sont applicables (Hans Michael RIEMER/Gabriela RIEMER-KAFKA, op. cit., p. 92). Celle-ci peut être effectuée de manière tacite, par exemple par la remise en main du règlement, qui aura lieu en général à la conclusion du contrat, et par l'acceptation sans réserve dudit règlement (RIEMER/RIEMER-KAFKA, op. cit., p. 93-94). Il convient de signaler également que l'ALCP, en vigueur depuis le 1er juin 2002, ne vise que la prévoyance professionnelle obligatoire (minimum LPP) (GREBER/KAHIL-WOLFF, Introduction au droit suisse de la sécurité sociale, 4ème édition, CGSS N43-2009, p. 270). b) Dans le cas d'espèce, aucun règlement n'a été remis au demandeur ; celui-ci conclut d'ailleurs préalablement à la production des règlements pour les années précédant l'année 2006. Il a en outre indiqué, lors de son audition par le Tribunal de céans, savoir qu'il ne serait pas affilié au régime suisse de retraite, et que cela lui convenait, puisqu'il restait affilié en France où il devait retourner. En outre, le contrat de détachement engageant le demandeur stipulait clairement qu'il continuerait à appartenir au régime de retraite et de prévoyance en vigueur à la Banque Nationale de Paris, auprès de laquelle il exerçait son activité auparavant. Cette volonté claire de ne pas conclure de convention de prévoyance, pour la prévoyance plus étendue, ressort également des circonstances postérieures, notamment du courrier du 11 juin 1999, reçu à l'occasion du cinquantenaire de la banque, lui indiquant le versement d'un montant de 3'000 fr. du fait que le demandeur n'était pas affilié à la fondation défenderesse. Au demeurant, aucune cotisation n'a été retenue sur son salaire. C'est en outre à tort que le demandeur soutient qu'à teneur du règlement (art. 1 al. 2 du règlement de la fondation de prévoyance du Groupe X_____ X_____ en Suisse) de la fondation défenderesse, il aurait dû obligatoirement être affilié à cette dernière, y compris pour la prévoyance plus étendue. Cet article, de par son contenu et par sa disposition, traite en effet de l'affiliation des salariés de manière toute générale, sans référence au régime sur-obligatoire. A tout le moins, et comme l'a relevé la jurisprudence du Tribunal fédéral, les parties bénéficient-elles d'une grande marge d'appréciation s'agissant de l'interprétation des conditions d'exemption de l'affiliation dans le champ de la prévoyance plus étendue, et il est probable, au vu de la situation d'ensemble (ATF 127 V 301, consid. 3b), notamment de l'affiliation du demandeur à la fondation de prévoyance Cadre- Direction du Groupe X_____ X_____ en Suisse d'une part, mais

également au regard des mesures de prévoyance maintenues dans le pays d'origine, et divers autres avantages reçus par le demandeur, d'autre part, que les parties aient choisi de ne pas affilier le demandeur au régime de la prévoyance étendue.

A/5116/2007 - 20/28 - c) Le demandeur invoque d'une part le principe de la bonne foi pour des informations qui ne lui auraient pas été fournies concernant l'ampleur de la couverture d'assurance accordée. Selon la jurisprudence, une information omise ou erronée peut entraîner un traitement divergeant des statuts et du règlement de l'institution de prévoyance, en application du principe de la bonne foi (art. 5 al. 3 et 9 Cst. féd.). L'obligation d'informer spontanée a été introduite partiellement avec la loi sur le libre passage entrée en vigueur le 1er janvier 1995 (art. 8 à 24 LFLP) et avec l'encouragement à la propriété du logement entré en vigueur le 1er janvier 1995 (art. 30f lit e LPP). Une obligation spontanée d'informer a été introduite, dans la loi, dès le 1er janvier 2005 avec l'art. 86b LPP. La protection de la bonne foi pour des informations non fournies présuppose un devoir légal d'information (ATF du 17 août 2005, dans la cause B 61/02, résumé in CGSS N38/2007, p. 92). Les conditions cumulatives de la protection de la bonne foi sont les suivantes : il faut que l'autorité soit intervenue dans une situation concrète à l'égard de personnes déterminées, qu'elle ait agi ou soit censée avoir agi dans les limites de sa compétence, que l'administré n'ait pu se rendre compte immédiatement de l'inexactitude du renseignement obtenu, qu'il se soit fondé sur celui-ci pour prendre des dispositions qu'il ne saurait modifier sans subir un préjudice, enfin, que la loi n'ait pas changé depuis le moment où le renseignement a été donné (ATF 121 V 66, consid. 2a et les références). Dans le cas d'espèce, il apparaît d'emblée que l'une des conditions cumulatives n'est pas réalisée, en tant qu'aucune assurance n'a jamais été donnée au demandeur concernant son affiliation à la prévoyance plus étendue. Au contraire, il a été vu ci-dessus que c'est bien l'inverse qui a été convenu. En conséquence, il n'y a pas lieu de procéder à l'examen des autres conditions cumulatives, qui s'avère superflu. d) Le demandeur invoque d'autre part le principe de collectivité (ou de solidarité). A teneur de l'art. 1c OPP 2, le principe de collectivité est respecté lorsque l'institution de prévoyance ou la caisse de pensions affiliée instituent une ou plusieurs collectivités d'assurés dans son règlement. L'appartenance à un collectif doit être déterminée sur la base de critères objectifs, tels que notamment, le nombre d'années de service, la fonction exercée, la situation hiérarchique, l'âge ou le niveau de salaire. Le commentaire donné à cette disposition par l'Office fédéral des assurances sociales (Bulletin de la prévoyance professionnelle BPP N 83, p. 13) indique que l'institution de prévoyance peut avoir par exemple un plan pour les employés correspondant au minimum LPP et un plan de prévoyance sur-obligatoire pour les cadres. Le nombre des collectifs n'est en soi pas limité. Cela étant, une collectivité d'assurés doit par définition comporter plus d'un assuré (BPP N 83, p. 14). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le principe de collectivité est respecté lorsque l'ensemble des salariés d'une entreprise est inclus dans la prévoyance professionnelle. Ce principe s'accommode de l'existence de plusieurs

A/5116/2007 - 21/28 - plans de prévoyance établis en fonction de critères objectifs. Sont en revanche interdits les plans de prévoyance individuels élaborés pour une seule personne, au sens d'une assurance « à la carte » (ATF 2A.554/2006, consid. 5.3). Les principes de collectivité et d'égalité de traitement (qui est le corollaire du premier principe) laissent intacte la liberté actuelle des institutions de prévoyance de développer des plans de prestations différents pour des catégories déterminées d'assurés à condition que ces plans soient ouverts à l'ensemble des assurés d'une même collectivité. Avec la LPP révisée, la

prévoyance pour cadres reste admissible à condition de respecter les principes de la prévoyance professionnelle. Il est donc toujours possible de prévoir des plans de prévoyance différents pour les cadres (Jacques-André SCHNEIDER, 1ère révision LPP : quelques aspects fiscaux, in KAHIL-WOLFF/SCHNEIDER(Eds), Nouveautés en matière de prévoyance professionnelle, pp. 25ss, p. 45). Dans le cas d'espèce, le demandeur perd de vue que le principe de collectivité s'applique à un plan de prévoyance. Il présuppose des règles claires d'appartenance à un collectif et une égalité de traitement entre les assurés dans le collectif. Le principe de collectivité ne s'applique dès lors pas en dehors de l'existence d'une convention de prévoyance, ce qui est le cas en l'espèce, puisque le demandeur n'appartient précisément pas à un collectif, faute de convention de prévoyance. L'on relèvera par ailleurs que le demandeur était affilié à la fondation particulière créée par la banque pour ses cadres, dont il a d'ailleurs reçu une prestation de sortie. e) En conclusion, le Tribunal de céans débouterà le demandeur de ses conclusions à l'encontre des deux défenderesses, pour la partie de celles-là ayant trait au domaine de la prévoyance plus étendue.

E. 7

C'est le lieu d'examiner l'exception de prescription soulevée par les défenderesses à l'encontre des prétentions du demandeur. Il sied de relever qu'il est licite de la soulever dans le cadre de la duplique au cours de la procédure cantonale, toute règle de procédure cantonale contraire violant le droit fédéral (SVR 2007, BVG Nr. 17). L'invocation de la prescription par la banque défenderesse est intervenue par mémoire du 17 août 2009, à la fin des enquêtes. Néanmoins, en considération de la jurisprudence fédérale précitée, il y a lieu d'entrer en matière sur ce grief. Les créances issues de cotisations non-déduites par l'employeur, se prescrivent par 5 ans, selon l'article 41 al. 2 LPP (Sylvie PETREMAND, in SCHNEIDER/GEISER/GÄCHTER, Handkommentar zum BVG und FZG, STÄMPFLI, 2010, Art. 41, N 12). Le délai de prescription pour des créances résultant de cotisations en matière de prévoyance professionnelle obligatoire ne commence à courir qu'à partir du moment où l'obligation d'y être assuré est établie ; s'agissant d'une créance résultant de cotisations n'ayant pas été versées en

A/5116/2007 - 22/28 - raison d'une contestation relative à l'assujettissement obligatoire du salarié, le délai de prescription ne peut commencer à courir avant l'entrée en force d'un jugement cantonal établissant le principe de l'assujettissement obligatoire du salarié (SVR 2007, BVG Nr. 17, consid. 4.8). Le Tribunal fédéral a récemment confirmé la jurisprudence précitée (ATF du 25 janvier 2010 9C_173/2009, consid. 3.2). Quant au droit à la prestation de libre passage, il ne se prescrit pas tant que subsiste l'obligation de maintenir la prévoyance (ATF 127 V 315). Au vu des principes jurisprudentiels rappelés ci-dessus, il va de soi que ni les prétentions tendant au paiement des cotisations non-déduites par la Banque défenderesse, ni celles tendant au paiement de la prestation de sortie intégrale par la fondation défenderesse ne sont prescrites, le délai n'ayant pas commencé à courir pour les premières, et le demandeur ayant quoi qu'il en soit formé sa demande dans les cinq années consécutives à la fin des rapports de travail, pour les secondes.

E. 8

Le salaire coordonné (article 8 LPP) est le salaire situé entre la déduction de coordination et la limite supérieure (toutes deux fixées à l'article 5 OPP 2) (Jürg BRECHBÜHL, in SCHNEIDER/GEISER/GÄCHTER, op. cit., art. 8 N9). Ces deux variables ont

régulièrement évolué depuis l'entrée en vigueur de la LPP. Le montant (annuel) de la déduction de coordination a ainsi évolué de la manière suivante, de 1995 à 2005 : 23'280 fr. (1995-1996), 23'880 fr. (1997-1998), 24'129 fr. (1999-2000), 24'720 fr. (2001-2002), 25'320 fr. (2003-2004) et 22'575 fr. (2005) (cf. GREBER/KAHIL-WOLFF, Introduction au droit suisse de la sécurité sociale, CGSS N 43/2009, p. 282). Quant à la limite supérieure fixée par l'article 5 OPP 2, elle a évolué de la manière suivante, entre 1995 et 2005 : 69'840 fr. (1995-1996), 71'640 fr. (1997-1998), 72'360 fr. (1999-2000), 74'160 fr. (2001-2002), 75'960 fr. (2003-2004), et 77'400 fr. (2005) (cf. GREBER/KAHIL-WOLFF, op. cit, p. 283). Les bonifications de vieillesse sont calculées annuellement en pourcents du salaire coordonné. Pour un homme entre 41 à 44 ans, soit l'âge du demandeur entre 1995 et 1998, le taux des bonifications est de 10% (article 16 LPP). Pour un homme entre 45 à 51 ans, soit l'âge du demandeur entre 1999 et 2005, le taux de bonification est de 15% (article 16 LPP). L'avoir de vieillesse comprend, outre l'avoir apporté par l'assuré à l'issue d'un précédent rapport de prévoyance, les bonifications de vieillesse afférentes à la période pendant laquelle l'assuré a appartenu à l'institution de prévoyance avec les intérêts (art. 15 al. 1 lit a et b LPP). Ces derniers sont crédités à la fin de l'année civile et calculés sur l'avoir de vieillesse existant à la fin de l'année civile précédente (art. 11 al. 2 lit a OPP 2). Le taux d'intérêts doit être d'au moins 4% pour la période courant jusqu'au 31 décembre 2002 (art. 12 lit a OPP 2), d'au moins 3,25% pour la période courant du 1er janvier 2003 au 31 décembre 2003 (art.

A/5116/2007 - 23/28 -

E. 12

lit d OPP 2). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, en procédure par voie d'action, dans les limites de l'objet du litige, le Tribunal compétent en matière de prévoyance professionnelle n'est pas lié par les conclusions des parties (ATF 135 V 23, consid.

E. 17

août 1995 et le 31 octobre 2005 (selon décompte à l'établissement duquel la fondation défenderesse est condamnée ci-dessus). 11. Dès lors que les conclusions prises par les défenderesses dans leur duplique datée du 16 octobre 2008, tendant à la production par le demandeur des attestations et relevés de compte pour la période du 20 août 1995 au 30 octobre 2005 auprès de

A/5116/2007 - 26/28 - divers organismes (CFE, AGIRC, ARRCO, PERE, CARDIFF) visent à établir l'existence de mesures de prévoyance suffisantes à l'étranger, il n'y a pas lieu de donner suite à cette demande. En effet, la production et l'examen de ces documents ne viendraient pas à infirmer les conclusions du Tribunal de céans sur l'issue du litige. Ainsi, concernant l'affiliation obligatoire à la fondation pour le minimum LPP, il a été retenu ci-dessus que, vu l'absence de demande d'exemption en bonne et due forme adressée par le demandeur à la fondation défenderesse, il était inutile d'examiner plus avant le caractère suffisant de mesures de prévoyance à l'étranger. En outre, concernant le domaine de la prévoyance plus étendue, l'on ne voit pas ce que le Tribunal de céans pourrait tirer de l'examen des pièces dont la production est sollicitée, vu qu'il a constaté l'absence d'une convention de prévoyance liant le demandeur à la fondation défenderesse. C'est le lieu de rappeler que 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 ; Ueli KIESER, Das Verwaltungsverfahren in der Sozialversicherung, p. 212, N 450 ; cf. ATF 122 II 223 ; ATAS/836/2004, consid. 7). 12. Le recours sera ainsi partiellement admis, en ce sens que la Fondation de prévoyance du Groupe X_____ X_____ en Suisse sera condamnée à établir le montant des cotisations dues en application de l'article 66 LPP, à calculer la prestation de libre passage au 31 octobre 2005 et à verser ladite prestation sur le compte individuel de libre passage qui lui sera désigné par le demandeur. X_____ X_____ (SUISSE) SA sera condamnée à verser à la Fondation de prévoyance du Groupe X_____ X_____ la totalité des cotisations calculées par ladite fondation. Enfin, le demandeur sera condamné à verser à X_____ X_____ (SUISSE) SA le montant correspondant aux seules cotisations qui auraient dû être prélevées sur son salaire. 13. Le demandeur obtenant partiellement gain de cause, une indemnité de 4'500 fr. lui est octroyée, à titre de dépens.

A/5116/2007 - 27/28 -

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