

GE_GERICHTE ATAS/864/2015 vom 17. November 2015

GE Cour de justice, 2015-11-17, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_864_2015

FR: GE_GERICHTE ATAS/864/2015 du 17 novembre 2015

IT: GE_GERICHTE ATAS/864/2015 del 17 novembre 2015

Erwägungen

E. 1

Il convient d'examiner en premier lieu la compétence de la chambre de céans pour connaître de la présente demande en paiement. a) En matière de prévoyance professionnelle, le for est au siège ou au domicile suisse du défendeur ou au lieu de l'exploitation dans laquelle l'assuré a été engagé (art. 73 al. 3 de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, du 25 juin 1982 [LPP - RS 831.40]). En vertu de l'art. 73 al. 1 let. a LPP, chaque canton désigne un tribunal qui connaît, en dernière instance cantonale, des contestations opposant institutions de prévoyance, employeurs et ayants droit. Il sera précisé 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'art. 73 LPP et des autorités judiciaires prévues par cette disposition (ATF 128 V 224 consid. 3d). À Genève, conformément à l'art. 134 al. 1 let. b de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ ; RS E 2 05) en vigueur dès le 1er janvier 2011, la juridiction compétente pour connaître des contestations relatives à la prévoyance professionnelle opposant institutions de prévoyance, employeurs et ayants droit, est la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice. b) Dès lors que les défenderesses et l'appelée en cause ont leur siège à Genève, la chambre de céans est compétente à raison de la matière et du lieu pour connaître de la demande en paiement ainsi que des demandes reconventionnelles.

E. 2

L'ouverture de l'action prévue à l'art. 73 al. 1 LPP n'est soumise, comme telle, à l'observation d'aucun délai (cf. Raymond 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).

A/1994/2014 - 11/23 - La demande, introduite dans les formes prévues par l'art. 89B de la loi sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985 (LPA ; E 5 10), est donc recevable.

E. 3

a) S'agissant du droit applicable *ratione temporis*, il y a lieu d'appliquer les dispositions légales en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 130 V 230, consid. 1.1 et les références). En revanche, en ce qui concerne la procédure, et à défaut de règles transitoires contraires, le nouveau droit s'applique sans réserve dès le jour de son entrée en vigueur (ATF 117 V 71 consid. 6b). b) La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du

E. 6

En l'espèce, le demandeur a été détaché auprès de la défenderesse B_____ par F_____ du 1er décembre 1981 au 30 novembre 1987. L'OFAS a été dûment informé de cette situation et l'a avalisée. Aucune des parties ne le conteste. Par la suite, l'assuré a continué à travailler en Suisse pour la défenderesse B_____, jusqu'au 31 octobre 2012, puis du 1er novembre 2012 au 31 décembre 2014 pour la défenderesse C_____, laquelle a repris les contrats de travail de certains des employés de la défenderesse B_____. Suite à la période de détachement, le demandeur a commencé à cotiser auprès de l'AVS le 1er décembre 1987. Il résulte de deux memorandum des 26 novembre 1986 et 12 janvier 1987 que le demandeur, la défenderesse B_____ et l'appelée en cause se sont mis d'accord pour ne pas affilier le demandeur auprès de l'appelée en cause. Celle-ci a d'ailleurs indiqué à la défenderesse B_____ que le demandeur n'avait pas à lui adresser de requête pour être exempté d'une affiliation à la prévoyance professionnelle. Dans le cadre de la procédure, les défenderesses ont admis à juste titre, eu égard à la jurisprudence de la chambre de céans (ATAS/563/2010 du 20 mai 2010), que le demandeur ne pouvait pas être considéré comme un salarié dont l'activité en Suisse n'a pas un caractère durable. Ainsi, le demandeur ne remplit pas la première condition d'exemption de l'assurance obligatoire LPP de l'art. 1j al. 2 OPP2. En tout état de cause, il n'apparaît pas que le demandeur ait demandé de manière explicite à l'appelée en cause d'être exempté de la prévoyance professionnelle obligatoire, de sorte que la troisième condition d'exemption de l'art. 1j al. 2 OPP2 fait également défaut. On précisera encore que dès l'entrée en vigueur de l'ALCP et du règlement n° 1408/71 le 1er juin 2002, le demandeur était soumis au régime obligatoire de la prévoyance professionnelle en Suisse, quelle que soit la volonté des parties ou le statut du demandeur.

A/1994/2014 - 15/23 - Toutes ou partie des conditions d'exemption au régime de prévoyance professionnelle obligatoire n'étant pas remplies, le demandeur aurait par conséquent dû être assujéti auprès de l'appelée en cause pour la prévoyance professionnelle obligatoire dès le 1er décembre 1987, compte tenu de son revenu largement supérieur au seuil d'entrée, ainsi qu'au salaire déterminant maximal. Cela a d'ailleurs été expressément admis par les défenderesses.

E. 7

Il sied également de déterminer si le demandeur doit être soumis à la prévoyance professionnelle étendue. 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 subobligatoire repose fondamentalement toujours sur un contrat (ATF 130 V 103 ; ATF 131 V 27). S'agissant de la conclusion du contrat, les articles 1ss de la loi fédérale du 30 mars 1911, complétant le Code civil suisse (CO, Code des obligations - RS 220) sont applicables. 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 (Hans Michael RIEMER/Gabriela RIEMER-KAFKA, *Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz*, 2ème édition, 2006, pp. 91ss).

E. 8

En l'occurrence, il n'apparaît pas qu'un règlement de prévoyance ait été remis au demandeur. En effet, les parties s'accordaient implicitement sur le fait que le demandeur reste affilié au système de la sécurité sociale et au régime de retraite et de prévoyance complémentaire en France. L'accord de détachement conclu entre le demandeur et F_____ prévoyait que le demandeur demeurerait assuré aux caisses complémentaires de retraite en France et que les cotisations seraient prises en charge par F_____. De plus, dans un mémorandum du 15 octobre 1987, F_____ a indiqué au demandeur que son affiliation aux caisses de retraite complémentaires françaises était maintenue pendant la durée du détachement, lequel avait une durée limitée. Cela a été confirmé dans le mémorandum du 28 décembre 1987 adressé par F_____ à l'employeur C_____, précisant que l'affiliation à une caisse de retraite française était maintenue quand bien même le demandeur était tenu de cotiser à l'AVS depuis le 1er décembre 1987. Qui plus est, le demandeur a lui-même requis en janvier 2013, dans le cadre d'un départ volontaire en retraite dès le 1er janvier 2015, le maintien des cotisations d'assurance vieillesse au régime général de la sécurité sociale française, des cotisations au régime de retraite complémentaire (AGIRC/ARRCO) et des cotisations au régime de retraite supplémentaire

A/1994/2014 - 16/23 - RECOSUP. En outre, comme invoqué par les défenderesses, il résulte des pièces produites, notamment de la correspondance entre l'appelée en cause et le demandeur, que ce dernier était chargé de lui annoncer la liste des employés affiliés à l'appelée en cause, ainsi que leurs salaires annuels et leurs cotisations, dans le cadre de son activité en Suisse pour le compte des défenderesses. Le demandeur était dès lors conscient du fait qu'il n'était pas affilié auprès de l'appelée en cause, qu'il n'avait pas conclu de contrat de prévoyance avec elle avant le début de l'année 2014 et qu'il n'était donc pas affilié à la prévoyance professionnelle surobligatoire. Enfin, les décomptes suisses de salaire du demandeur font état de l'absence de prélèvement de cotisations à la prévoyance professionnelle. Il résulte des éléments qui précèdent que le demandeur n'a pas souhaité conclure de convention de prévoyance pour la prévoyance surobligatoire en Suisse. Pour le surplus, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, les parties bénéficient 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 (ATF 127 V 301, consid. 3b). Au vu du cas d'espèce, en particulier des mesures de prévoyance maintenues en France et des avantages reçus par le demandeur (notamment la prise en charge de la totalité des cotisations aux caisses de retraite françaises), il est vraisemblable que les parties aient choisi de ne pas affilier le demandeur au régime de la prévoyance professionnelle surobligatoire en Suisse. Partant, la demande quant à l'affiliation à la prévoyance professionnelle étendue est mal fondée et doit être rejetée sur ce point.

E. 9

Il convient maintenant de se prononcer sur la prescription des cotisations à la prévoyance professionnelle obligatoire. a) En vertu de l'art. 41 al. 1 LPP (devenu l'art. 41 al. 2 LPP le 1er janvier 2005), les actions en recouvrement de créances se prescrivent par cinq ans quand elles portent sur des cotisations ou des prestations périodiques, par dix ans dans les autres cas. Les art. 129 à 142 du code des obligations sont applicables. b) L'exigibilité des créances de cotisation n'est prévue par la loi que depuis la révision de la LPP entrée en vigueur le 1er janvier 2005. En effet, depuis cette date, l'art. 66 al. 4 LPP prévoit que l'employeur 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. L'institution peut toutefois prévoir une disposition réglementaire (Jürg BRECHBUHL, op. cit., ad art. 66, n° 34). Avant cette date, l'exigibilité d'une créance de cotisation ressortait des dispositions réglementaires ou contractuelles (ATF 136 V 73 consid. 3.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_618/2007 du 28 janvier 2008 consid. 1.1.2). Dans un arrêt concernant un cas où l'employeur était affilié à une institution de prévoyance, mais ne lui a pas annoncé un employé (ATF 136 V 73), le Tribunal

A/1994/2014 - 17/23 - 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. Toutefois, si l'institution de prévoyance n'a pas connaissance de l'existence de rapports de travail soumis à cotisations à cause d'une violation qualifiée de l'obligation de déclarer de l'employeur, l'exigibilité des créances de cotisations est différée jusqu'au moment où l'institution de prévoyance a connaissance de l'existence des rapports de travail déterminants. Dans un tel cas, la créance individuelle de cotisations se prescrit cependant de manière absolue par dix ans à compter de sa naissance (virtuelle). À cet égard, le Tribunal fédéral a considéré que dans le cas où le débiteur (employeur) adopte un comportement reprochable, l'exigibilité des créances de cotisations individuelles est reportée sans limites jusqu'au moment où la créancière des cotisations en prend (ou aurait dû en prendre) connaissance. Or, la possibilité de pouvoir recouvrer rétroactivement et de façon illimitée les créances de cotisations originaires de la part de l'employeur ayant violé son obligation d'annoncer ne paraît pas conciliable avec le système de la prescription dans son ensemble (qui prévoit, par exemple, un délai de prescription de dix ans à compter de la violation de l'obligation pour les prétentions secondaires découlant d'un contrat). Aussi, le délai de prescription relatif de cinq ans à compter de la connaissance (raisonnablement présumée) doit être complété, par la voie du comblement d'une lacune, par un délai absolu : la créance individuelle de cotisations se prescrit en tous les cas par dix ans à compter de sa naissance (virtuelle) aussi lorsqu'on admet une violation qualifiée de l'obligation d'annoncer et que l'institution de prévoyance a ignoré durablement et sans faute de sa part les faits justifiant le prélèvement de cotisations (ATF 140 V 154 consid. 6.3.1.).

c) Selon l'art. 135 ch. 2 CO, la prescription est interrompue lorsque le créancier fait valoir ses droits par des poursuites, par une action ou une exception devant un tribunal ou des arbitres, par une intervention dans une faillite ou par une citation en conciliation. Cette liste des actes interruptifs du créancier est exhaustive (Pascal PICHONNAZ, Commentaire romand, ad art. 135 CO, n° 25 ; Stephen V. BERTI,

A/1994/2014 - 18/23 - Commentaire zurichois, ad art. 135 CO, n° 180). L'ouverture d'action au sens de l'art. 135 ch. 2 CO est une notion de droit fédéral ; elle se définit comme tout acte introductif ou préparatoire par lequel le créancier s'adresse pour la première fois au juge, dans les formes requises, afin d'obtenir la reconnaissance du droit qu'il invoque (ATF 118 II 487 consid. 3 ; ATF 114 II 336 consid. 3a ; ATF 110 II 389 consid. 2a).

E. 10

En l'espèce, comme indiqué précédemment, la défenderesse B_____, l'appelée en cause et le demandeur ont décidé en 1987 de ne pas affilier ce dernier à la prévoyance professionnelle. On ne se trouve ainsi pas dans la situation résultant de l'ATF 136 V 73 ou de l'ATF 140 V 154 où l'institution de prévoyance ignorait durablement l'existence des rapports de travail entre l'assuré et l'employeur. Dès lors, la créance de cotisations se prescrit dans un délai de cinq ans. Dans la mesure où la demande en paiement a été introduite par courrier recommandé du 4 juillet 2014 et que les cotisations annuelles des salariés sont exigibles au plus tard à la fin du premier mois suivant l'année civile d'assurance, les cotisations antérieures au 1er janvier 2009 sont prescrites.

E. 11

Les cotisations de la prévoyance professionnelle obligatoire dues entre le 1er janvier 2009 et le 31 décembre 2013 devront être versées par les défenderesses à l'appelée en cause. Leur montant doit donc être déterminé. L'avoir de vieillesse comprend les bonifications de vieillesse, avec les intérêts, afférentes à la période durant laquelle l'assuré a appartenu à l'institution de prévoyance, cette période prenant toutefois fin à l'âge ordinaire de la retraite (art.

E. 15

Au vu de ce qui précède, la demande et les demandes reconventionnelles seront partiellement admises, au sens des considérants. Le demandeur obtenant partiellement gain de cause, une indemnité de CHF 3'500.- lui sera accordée à titre de participation à ses frais et dépens (art. 89H al. 3 LPA ; art. 6 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en matière administrative du 30 juillet 1986 [RFPA - E 5 10.03]). Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 89H al. 1 LPA).

A/1994/2014 - 22/23 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant A la forme : 1. Déclare les demandes du 4 juillet 2014 et les demandes reconventionnelles du 10 octobre 2014 recevables. Au fond : 2. Les admet partiellement, dans le sens des considérants 3. Condamne C_____ SA à verser à la FONDATION DE PRÉVOYANCE DES PÉTROLIERS la totalité des cotisations (art. 66 al. 2 LPP), soit le montant CHF 42'251.15, avec intérêt à 5% l'an dès le 30 novembre 2010. 4. Condamne B_____ SA à verser à la FONDATION DE PRÉVOYANCE DES PÉTROLIERS la totalité des cotisations (art. 66 al. 2 LPP), soit le montant CHF 14'116.05, avec intérêt à 5% l'an dès le 31 mai 2013. 5. Condamne Monsieur A_____ à verser à C_____ SA les cotisations qui auraient dû être prélevées sur son salaire, soit CHF 21'125.60, avec intérêts à 5% l'an dès le 30 novembre 2010. 6. Condamne Monsieur A_____ à verser à B_____ SA les cotisations qui auraient dû être prélevées sur son salaire, soit CHF 7'058.05, avec intérêts à 5% l'an dès le 31 mai 2013. 7. Condamne F_____ SA, B_____ SA et la FONDATION DE PRÉVOYANCE DES PÉTROLIERS, solidairement entre elles, à verser à Monsieur A_____ une indemnité de CHF 3'500.- à titre de dépens. 8. Dit que la procédure est gratuite.

A/1994/2014 - 23/23 - 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

E. 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

Nathalie LOCHER

La présidente

Doris GALEAZZI 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.