

GE_GERICHTE ATAS/891/2012 vom 27. Juni 2012

GE Cour de justice, 2012-06-27, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_891_2012

FR: GE_GERICHTE ATAS/891/2012 du 27 juin 2012

IT: GE_GERICHTE ATAS/891/2012 del 27 giugno 2012

Regeste

Résumé: 1. Dans le cadre de l'accomplissement de ses tâches en matière de prévoyance obligatoire et surobligatoire, l'institution de prévoyance demeure tenue de se conformer aux principes généraux de procédure applicables dans le droit des assurances sociales et aux exigences constitutionnelles, telles que l'égalité de traitement, l'interdiction de l'arbitraire, la proportionnalité ou encore la protection de la bonne foi. En l'espèce, la Cour de céans considère que l'AIG et la CIA ont conclu une convention d'affiliation tacite ; il s'ensuit que les dispositions statutaires et réglementaires de l'institution de prévoyance sont applicables. Conformément à ces dispositions, le salaire assuré doit correspondre à la classe de traitement "équivalent Etat" de l'AIG. En l'espèce, la CIA viole l'égalité de traitement dans l'application de son règlement lorsqu'elle limite le salaire assuré d'une partie du personnel de l'AIG à deux classes CIA maximum, en cas d'augmentation du traitement de plus de deux classes. L'institution ne peut à cet égard se prévaloir d'aucune base légale ou statutaire, ni même d'un accord entre les parties, dès lors qu'en vertu du principe du parallélisme des formes, les statuts CIA ne peuvent être modifiés que par le biais d'une modification législative. 2. Les créances en cotisations se prescrivent par 5 ans dès leur exigibilité, étant précisé que l'action des employés doit être dirigée contre l'employeur et non contre l'institution de prévoyance.

Erwägungen

E. 49

Dans leur écriture du 14 janvier 2009, les demandeurs ont conclu préalablement : 1) à la production, de manière anonymisée, des avis de situation de l'ensemble du

A/137/2009 - 19/67 - personnel de X_____, en faisant figurer sur trois colonnes : a) la classe de traitement Etat de Genève, avant l'introduction de la nouvelle politique salariale, b) leur classe X_____, respectivement la classe équivalence Etat, lors de l'introduction de la nouvelle politique salariale au 1er janvier 1999 et c) leur classe X_____, respectivement la classe équivalence Etat, à ce jour, et 2) à la production de l'accord intervenu avec le collaborateur D_____, dans le contexte de la procédure A/1706/2003. Sur le fond, les demandeurs ont considéré que le procédé adopté par les défendeurs était contraire au droit pour les motifs suivants : ■ une disposition réglementaire autorisant la création de divers cercles d'assurés faisait défaut ; ■ le plafonnement du salaire assuré en fonction de l'importance de la réévaluation de la fonction ne constituait pas un critère admissible ; ■ les solutions « à la carte », telle que celle dont a bénéficié le collaborateur D_____ (conclusion d'un accord), violaient le principe de l'égalité de traitement ; ■ le plafonnement des salaires pour certains collaborateurs avait pour conséquence des inégalités de traitements, au demeurant admises par X_____ ; ■ le personnel ou sa représentation n'avait pas accepté le plafonnement de leur salaire assuré ; ■ le mode de

répartition à raison d'un tiers pour l'employé et de deux tiers pour l'employeur résultait de l'art. 34 al. 2 du Statut du personnel, de sorte que X_____ ne saurait se retrancher derrière les art. 66 al. 1 LPP et 331 al. 3 CO pour prétendre que les augmentations de cotisations en résultant pour certains salariés ne pouvaient pas suivre la même répartition sans son accord ; ■ la notion d'égalité de traitement ne pouvait pas s'apprécier en comparant la situation des nouveaux collaborateurs entrés en fonction après 1999 et ceux présents avant cette date, dès lors que les nouveaux collaborateurs rejoignaient la CIA avec l'avoir constitué dans leur précédent emploi, permettant ainsi le rachat de tout ou partie de leur droit, de sorte que, par définition, des inégalités de traitement existaient. La notion d'égalité de traitement devait en effet s'apprécier au regard de la situation du collectif de salariés auprès du même employeur, soit X_____. Par ailleurs, des divergences avec la grille de traitements de l'Etat de Genève existaient avec plusieurs des 36 affiliés externes de la CIA. Enfin, les demandeurs étaient rémunérés selon une classe de

A/137/2009 - 20/67 - traitement correspondant en termes de rémunération à une classe de traitement équivalente existant dans l'échelle de traitement de l'Etat de Genève ; ■ si X_____ avait immédiatement assuré l'intégralité du salaire, les coûts de rappel auraient été inférieurs à ceux nécessaires à ce jour. Enfin, les demandeurs soutenaient que la responsabilité de X_____ était engagée, celui-ci n'ayant pas respecté ses obligations légales et contractuelles en n'assurant que partiellement leur salaire. Dans ce contexte, ils ont subi des coûts supplémentaires résultant des manquements de leur employeur, ce qui constituait un dommage devant être réparé, de sorte qu'il devait être déduit du rappel de cotisations qu'ils seraient appelés à verser.

E. 50

Dans sa réponse du 27 mars 2009, X_____ a conclu au rejet du recours, sous suite de dépens. Préalablement, il a relevé que son affiliation à la CIA résultait en fait d'une convention d'affiliation ex lege. A titre principal, le défendeur a invoqué l'acceptation tacite des demandeurs ainsi qu'une violation des principes de la bonne foi et de l'interdiction de l'abus de droit, considérant en substance qu'ils avaient tardé dans leur démarche, en bénéficiant des avantages conséquents concédés depuis plusieurs années par X_____ et en revendiquant le droit de bénéficier d'un avantage auquel ils avaient expressément renoncé : l'assurance de l'intégralité de leur salaire auprès de la CIA. Subsidiairement, X_____ s'est référé aux art. 5 al. 3 des Statuts et 6ter al. 1 du règlement général de la CIA, permettant, selon lui, à la caisse de pension d'accepter la nouvelle politique salariale et le mode de conversion, dans les limites du plafond du salaire majoré assuré fixé par la CIA pour les salariés transférés de l'Etat à X_____. De plus, la convention d'affiliation liant la CIA à X_____, qui avait force contraignante en matière de prévoyance professionnelle conformément à l'art. 6bis al. 1 du règlement général pour tous les employés ayant accepté de passer au statut de personnel de X_____, contenait des règles particulières. Or, dans le cadre de cette convention, X_____ et la CIA s'étaient spécifiquement accordés sur la politique salariale et sur la divergence entre le salaire réel et le salaire annoncé. Par conséquent, ni les demandeurs ni le TCAS ne pouvaient y déroger et mettre à mal les principes convenus entre les parties en vertu de leur liberté contractuelle. En outre, en concluant à ce que l'intégralité de leur salaire soit assuré auprès de la CIA, les demandeurs ont sollicité une modification à la hausse de la contribution de leur employeur, ce qui n'est pas admissible en l'absence de l'assentiment de ce dernier conformément aux art. 66 al. 1 LP et 331 al. 3 CO. S'agissant des principes de la prévoyance professionnelle

(principes de la collectivité, de l'égalité de traitement et de la planification), ils étaient tous respectés. En effet, X_____ a prévu trois catégories au sein du personnel : 1) les personnes engagées comme fonctionnaires de l'Etat antérieurement à

A/137/2009 - 21/67 - l'autonomisation, pour lesquels le traitement assuré n'a pas intégralement suivi l'augmentation, 2) les personnes engagées postérieurement à l'autonomisation, dans des fonctions déjà existantes, placées dans la même situation que les fonctionnaires de l'Etat transférés chez X_____ et 3) les personnes engagées postérieurement à l'autonomisation, dans des fonctions nouvellement créées. Ces catégories se fondaient sur des critères objectifs et étaient par conséquent conformes aux principes de la prévoyance précités. Quant aux demandeurs, ils avaient accepté cette situation en toute connaissance de cause, en se soumettant volontairement aux nouvelles conditions de salaire et de prévoyance. Enfin, si les conclusions des demandeurs devaient être admises, le TCAS ne pourrait prendre en considération que les cinq années précédant le dépôt de la demande, soit janvier 2009. En annexe à sa réponse figurait notamment un rapport établi par XA_____ portant sur la modification de la définition du salaire assuré auprès de la CIA et actualisant les résultats précédents sur la base de l'effectif au 1er janvier 2009. 51. La CIA a déposé sa réponse en date du 15 mai 2009 et conclu au rejet de l'action en constatation de droit. Elle a fait valoir que l'accord passé entre X_____ et la CIA concernant le salaire assuré avait valeur de convention. De plus, la convention d'affiliation initiale n'avait pas été résiliée et était ainsi restée en vigueur de par la loi. Compte tenu de l'emploi du terme « analogue » à l'art. 5 al. 3 de ses statuts, entrés en vigueur le 1er janvier 2000 [ci-après : Statuts CIA (édition 2000), correspondant à l'art. 15 al. 1 des statuts dans leur teneur en vigueur lors du passage à la nouvelle politique salariale [cités ci-après Statuts CIA (édition 1997)], la CIA, en sa qualité de corporation de droit public, était libre d'apprécier ce qui était analogue aux règles prévalant à l'Etat et elle n'avait donc pas excédé sa liberté d'appréciation en fixant le salaire assuré des collaborateurs de X_____ sur la base de l'équivalence des classes de salaire de l'Etat en les majorant de deux classes au maximum. Par ailleurs, si elle assurait la totalité du revenu soumis à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, les conditions d'assurance des collaborateurs de X_____ seraient nettement plus avantageuses que celles prévalant pour les autres assurés (fonctionnaires ou assurés hors échelle). Afin de limiter les coûts engendrés par l'augmentation du salaire induite par l'application de la revalorisation des fonctions des collaborateurs de X_____, tant pour la CIA que pour X_____ et ses employés, les défendeurs se sont accordés sur une limitation de la progression du salaire assuré à deux classes CIA selon l'échelle des traitements de l'Etat. Cette règle était prioritairement destinée à pallier une inégalité de traitement, due au fait qu'à fonctions égales, les collaborateurs de X_____ jouissaient d'un salaire supérieur à celui des fonctionnaires. Par ailleurs, l'art. 5 al. 3 des Statuts CIA (édition 2000) autorisait la CIA à appliquer unilatéralement et par analogie l'échelle des traitements de l'Etat à X_____, le cas échéant avec un assouplissement, pour calculer le traitement déterminant. En outre, conformément à la loi, la part sur-obligatoire de la prévoyance professionnelle était à la libre disposition de la CIA et de X_____, rien n'obligeant un employeur à assurer

A/137/2009 - 22/67 - cette part non assujettie à la LPP. S'agissant des principes de la collectivité, de l'égalité de traitement et de la planification, ils avaient été respectés. Quant aux catégories de personnes, elles étaient prévues par l'art. 41 al. 3 LX_____. De plus, le principe de l'égalité était respecté : « à fonctions et situations égales, traitement égal. Les

situations différentes bénéficient d'un traitement différencié envisagé par l'art. 41 al. 3 LX_____ ». En outre, le principe de la planification était respecté, car la solution adoptée reposait sur des critères objectifs. Enfin, si l'intégralité du salaire était assurée, le principe du financement prévu par l'art. 65 LPP serait violé. Par chargé séparé du même jour, la CIA a fourni un rapport de la société XB_____ SA, actuaire-conseil et expert agréé, dont il ressort que la perte actuarielle totale sur les rappels de cotisations qu'elle aurait à supporter entre 2009 et 2018 s'élèverait à 3'500'000 frs. (pièce 9, défenderesse). 52. Par ordonnance du 22 mai 2009, le TCAS a autorisé un deuxième échange d'écritures. 53. Dans leur réplique du 9 juillet 2009, les demandeurs ont tout d'abord relevé que X_____ et la CIA entretenaient un amalgame entre trois phases : 1) l'adoption, le 1er décembre 1995, du nouveau statut du personnel par le Conseil d'administration, 2) la nouvelle politique salariale décidée par les dirigeants de X_____, débattue courant 1998 et 3) la décision unilatérale et soudaine des dirigeants de X_____ de limiter le salaire assuré pour certains collaborateurs, intervenue en janvier 1999. Cela étant précisé, ils ont notamment allégué que les postes à hautes responsabilités n'étaient pas soumis au plafonnement de leur salaire assuré CIA, n'ayant pas fait l'objet d'un coulisement de plus de deux classes équivalent Etat, tout en bénéficiant d'une augmentation massive de leur salaire. Par conséquent, le critère d'une augmentation de plus de deux classes de traitement était injustifiable au regard de l'égalité de traitement, dès lors qu'il ne tenait pas compte de la réelle augmentation de salaire intervenue avec l'introduction de la nouvelle politique salariale. Par ailleurs, en pratique, les critères mis en place par X_____ n'étaient absolument pas respectés. En effet, la situation de leurs collègues différait sans répondre à aucune logique. Ainsi, par exemple (pièces 38 à 43 demandeurs) : ■ Messieurs E_____, F_____ et G_____, tous trois section sapeur aviation 1, se trouvaient en classe 17 de l'Etat de Genève et assurés en classe de traitement 11, et étaient donc dans la même situation que le demandeur B_____ ;

A/137/2009 - 23/67 - ■ Monsieur H_____, également section sapeur aviation 1, se trouvait en classe de traitement X_____ 50, soit en classe équivalent Etat 17, assuré CIA en classe de traitement 12, annuité 15 ; ■ Monsieur I_____, section sapeur aviation 2, était en classe X_____ 50, soit en classe équivalent 17, assuré CIA en classe 14, annuité 11 ; ■ Enfin, Monsieur J_____, section sapeur aviation 2, se trouvait en classe X_____ 50, soit en classe équivalent Etat 17, et assuré en classe CIA 14, annuité 11. Sur le fond, les demandeurs ont relevé qu'après l'autonomisation, le personnel de X_____ était simplement resté assuré par la CIA et cela sans discontinuité, de sorte que le rapport d'affiliation se fondait toujours sur la loi. Si X_____ souhaitait modifier le contenu dudit rapport, il devait conclure une convention d'affiliation écrite dans le respect de la procédure d'approbation prévue par l'art. 3 al. 2 des statuts CIA (édition 2000). Par conséquent, « seule la conclusion d'une telle convention aurait pu éventuellement permettre la création de divers cercles d'assurés pour autant que ceux-ci soient délimités selon les critères objectifs acceptables et dans le respect de la loi ». Aucune convention d'affiliation n'ayant été valablement conclue entre les défendeurs, ces derniers restaient liés par les dispositions statutaires et réglementaires de la CIA. Pour le surplus, les demandeurs ont précisé les principes de prévoyance d'ores et déjà développés dans leur mémoire introductif d'instance. 54. Par duplique du 29 octobre 2009, X_____ a contesté certains faits allégués par les demandeurs, produisant notamment des attestations de Madame K_____, actuaire interne de la CIA (pièces 39 à 41, défendeur). S'agissant plus particulièrement de Messieurs E_____, F_____ et G_____, ils occupaient la même fonction que Monsieur

B _____ et bénéficiaient par conséquent des mêmes conditions. Quand à Monsieur H _____, il était assuré en classe 12 avant l'autonomisation de sorte qu'il a pu garder cette classe, en vertu de ses droits acquis. La différence de classe assurée en ce qui concernait Messieurs I _____ et J _____ résultait de leur fonction - celle de section sapeur aviation 2 (feu) - qui était différente de celle d'un sapeur aviation 1. En ce qui concernait la convention d'affiliation, X _____ considérait qu'il n'y avait strictement aucun fondement juridique exigeant une convention d'affiliation écrite. Pour le surplus, X _____ s'est référé à sa réponse du 27 mars 2009. 55. Quant à la CIA, elle a dupliqué par écriture du 16 novembre 2009, persistant intégralement dans sa position. Elle a produit notamment des attestations de son actuaire interne portant sur certains allégués des demandeurs et sur le calcul des rappels s'agissant de ces derniers (pièces 10 à 13, défenderesse).

A/137/2009 - 24/67 - 56. A la suite de l'audience de comparution personnelle des mandataires du 1er décembre 2009, le TCAS a ordonné l'ouverture des enquêtes et invité les parties à déposer leur liste de témoins. 57. Par courrier du 15 décembre 2009, X _____ a sollicité l'audition de Madame K _____, actuaire interne à la CIA, et de Monsieur L _____, chargé des ressources humaines au sein de X _____. 58. Pour leur part, les demandeurs ont requis, dans un courrier du 21 décembre 2009, l'audition de Monsieur M _____, employé chez X _____, ancien président de la Commission du personnel et ancien représentant du personnel au sein du comité de la CIA, Monsieur N _____, employé de X _____ et ancien président de la Commission du personnel, Monsieur D _____, retraité X _____ et ancien représentant du personnel dans le comité de la CIA, Monsieur O _____, retraité X _____, Monsieur P _____, commandant adjoint, Messieurs Q _____, R _____, S _____, T _____, U _____, V _____, E _____ et Madame S _____, tous collaborateurs de X _____. En outre, les demandeurs persistaient dans leurs conclusions préalables tendant à la production, par X _____, d'un tableau récapitulatif comprenant les avis de situation concernant l'ensemble de son personnel. 59. Suite au dépôt des listes de témoins, plusieurs échanges de courriers sont intervenus, les uns considérant que les demandeurs annonçaient des témoignages politiques et de moralité (X _____), les autres que la neutralité, l'objectivité et l'impartialité des témoins cités par les demandeurs n'étaient pas garanties (CIA). Enfin, la question de l'audition de Monsieur M _____, toujours membre du Comité de la CIA et du Conseil d'administration de X _____, a suscité des controverses (courriers des 22 décembre 2009, 13 janvier 2010 et 16 février 2010). 60. Le 17 février 2010, le TCAS a procédé à l'audition de Monsieur L _____ (témoin n° 1), membre de la direction de X _____, chargé des ressources humaines, employé de X _____ depuis le 20 novembre 2000. Le témoin a précisé qu'ayant été engagé après 1999, il était assuré au niveau de la LPP selon sa classe de fonction. Il a déclaré que X _____ était toujours affilié à la CIA, la loi sur X _____ international de Genève s'appliquant dans ce cadre. Selon le témoin, X _____ avait le choix de rester affilié à la CIA ou de la quitter. X _____ n'a toutefois jamais quitté la CIA, pour des raisons de coûts. En effet, s'il avait décidé de quitter l'institution de prévoyance précitée, il aurait été contraint de s'acquitter d'un montant de 91 millions de francs en raison du déficit de couverture. A sa connaissance, une convention d'affiliation écrite n'était pas nécessaire. X _____ était devenu une institution externe. Le témoin a confirmé qu'au niveau de la prévoyance professionnelle, il existait une catégorie I de salariés assurés,

A/137/2009 - 25/67 - correspondant aux fonctions de X_____ existant au 31 décembre 1998 et aux personnes qui les occupaient. Il s'agissait d'appellations internes à X_____, ne correspondant pas à la définition des catégories figurant dans les statuts et le règlement de la CIA. Ces catégories avaient été désignées telles quelles lors de la nouvelle politique salariale de X_____, entrée en vigueur le 1er janvier 1999. Le but de la nouvelle politique salariale de X_____ était de refléter les prix du marché et d'attirer plus de personnes à haute compétence. Après avoir détaillé la politique salariale, le témoin a précisé qu'elle était très attractive. D'ailleurs, la majorité des salariés avait bénéficié d'augmentations très importantes de salaire. Le témoin a également précisé que dans son ancienne fonction, il était gestionnaire d'une caisse de prévoyance de sorte qu'il connaissait la problématique de la CIA. Cette dernière étant en primauté de prestations, le principe fondamental était celui de la solidarité, chaque augmentation de salaire devant faire l'objet d'un rappel de cotisation. Si une institution externe devait augmenter les salaires de ses employés, tous les affiliés de la CIA allaient financer les améliorations de la rente desdits employés en vertu du principe de la solidarité. L'augmentation des salaires de X_____ en 1999 allait largement au-delà de celles ressortant de l'échelle des traitements de l'Etat de Genève pour des fonctions équivalentes. L'ensemble du personnel, sans exception, avait une différence X_____. Dès lors que les annuités de la CIA suivaient celles de l'Etat, il fallait, pour les salariés de X_____ qui appliquait une politique salariale différente, calculer en fonction de la classe X_____ l'équivalence de la classe CIA et trouver le salaire le plus proche de l'annuité CIA correspondante, de sorte qu'il y avait à chaque fois une part de salaire non-assurée, appelée « différence X_____ ». Les nouvelles classes de fonction du consultant XC___ allaient jusqu'à 90. Les 13 membres de la direction étaient classés au-dessus de la classe 57. Quant à lui, il avait été engagé en classe III X_____, soit dans une fonction n'existant pas au 31 décembre 1998. Sa prestation de libre passage lui avait permis de racheter les années de cotisations CIA, sans rappel de cotisation. X_____ n'a pas non plus eu de rappel et la solidarité CIA n'a pas été mise à contribution. Son titre exact à X_____ était celui de « Chargé de la division ressources humaines ». Auparavant, il y avait un responsable des ressources humaines, mais il dépendait de l'Office du personnel de l'Etat, de sorte que les fonctions n'étaient pas comparables. Le témoin a affirmé qu'il n'avait pas d'intérêt personnel dans la présente cause, sa classe CIA correspondant à l'équivalence de la classe XC___. Cela étant, il avait également une « différence X_____ » non assurée, raison pour laquelle il avait lancé le projet pour assurer la différence X_____ de l'ensemble du personnel

A/137/2009 - 26/67 - auprès d'une autre institution de prévoyance. Même si les demandeurs obtenaient gain de cause, sa différence X_____ existerait toujours. 61. Le 17 février 2010 également a été entendue Madame K_____ (témoin n° 2), actuaire interne à la CIA, employée par la CIA depuis novembre 2001. S'agissant de la convention d'affiliation, le témoin a précisé que les statuts n'exigeaient pas de convention écrite. Cela étant, en général, une convention se signait entre la CIA et les institutions externes, ce qui n'avait toutefois pas été le cas avec X_____. En 2001 [recte 2000], le règlement de la CIA avait été modifié et régissait désormais l'affiliation et le départ des institutions externes (voir art. 6bis à 6 octies du règlement). Il arrivait que la convention d'affiliation réglât encore d'autres aspects. Les dispositions réglementaires introduites en 2001 [recte 2000] avaient pour but d'éviter la signature systématique d'une convention avec les nouvelles institutions externes. Avec l'introduction de ces dispositions, il s'agissait ainsi de régler de façon formelle le fait qu'une institution externe puisse être affiliée sans convention écrite. Cela

étant, seul le cas de X_____ n'a pas fait l'objet d'une convention écrite. Les nouveaux salaires X_____ étant plus élevés que l'ancienne classe de traitement des employés, une équivalence avec l'échelle des traitements de l'Etat a été effectuée. Le basculement des salariés dans leur nouvelle classe de fonction pouvait entraîner jusqu'à 6 classes supplémentaires dans l'échelle de l'Etat de sorte que la question des coûts s'était posée pour la CIA, X_____ et les salariés relativement au salaire assuré. A la suite de consultations tripartites, il avait été décidé d'admettre jusqu'à deux classes équivalentes Etat maximum supérieures pour calculer le traitement assuré CIA. Grâce à cette équivalence, la CIA pouvait appliquer son plan. Après avoir expliqué le coût actuariel de l'amélioration du salaire assuré pour les demandeurs et le système du rappel, Madame K_____ a précisé que X_____ comptait beaucoup de salariés « matures » en termes d'assurance, ce qui entraînait une grande différence entre ce qui devait être effectivement facturé et ce qui était demandé aux assurés et à l'employeur. Le déséquilibre était très grand. En d'autres termes, plus les augmentations de salaires étaient importantes, plus la perte actuarielle était grande et cela se reportait sur l'ensemble des assurés CIA. Lorsqu'une institution externe, comme cela a été le cas de la Fondation des Parkings, désire sortir de l'échelle des traitements de l'Etat, elle prenait contact avec la CIA, pour que cette dernière puisse s'assurer que la nouvelle grille salariale se rapprochait le plus de celle de l'Etat afin d'éviter une perte actuarielle trop importante pour elle.

A/137/2009 - 27/67 - 62. L'audition de Monsieur M_____ (témoin n° 3), initialement prévue pour le 17 février 2010, a dû être reportée, la CIA ne l'ayant pas délié de son secret de fonction. Dans un courrier du 1er février 2010, le Comité de la CIA a considéré que Monsieur M_____ était bénéficiaire de la procédure opposant les demandeurs à la CIA et à X_____, de sorte qu'il y avait un conflit d'intérêts potentiel entre son intérêt individuel et celui de la CIA et de ses membres. De son côté, Monsieur W_____, au Conseil d'administration de X_____, a informé Monsieur M_____ par pli du 3 février 2010 que tant que ses interventions se limitaient aux éléments précédant sa désignation au sein du Conseil d'administration de X_____, il n'y avait pas lieu de le délier de son secret de fonction. Cela étant, il était libéré dudit secret pour la période antérieure, en ce qui concernait notamment sa participation aux travaux de concertation liés à l'autonomisation de X_____. 63. Le 11 mars 2010, la CIA a sollicité l'audition de Monsieur AA_____, son directeur général. 64. Par écriture du 15 mars 2010, la CIA a estimé qu'il n'était « guère concevable d'interroger M. M_____ dans un domaine se trouvant dans le champ d'application de son devoir de loyauté et de fidélité », laissant cependant au TCAS le soin « de régler cette situation à satisfaction de droit ». 65. Pour sa part, X_____, par courrier du 24 mars 2010, a considéré que Messieurs M_____, D_____, P_____ et N_____ étaient liés par le secret de fonction. 66. Le 25 mars 2010, la CIA a transmis au TCAS copie d'un courrier du 19 mars 2010 adressé à Monsieur M_____, dans lequel elle l'informait qu'elle s'en rapportait à justice quant au principe de son audition et à l'appréciation éventuelle de son témoignage. 67. Le 13 avril 2010, X_____ a communiqué copie d'un courrier adressé par le Président du Conseil d'administration de X_____ à Monsieur M_____ en date du 25 mars 2010, considérant qu'il ne lui appartenait pas, « en sa qualité de membre du conseil d'administration et compte tenu du devoir de loyauté y attaché, de témoigner dans le cadre d'un litige opposant X_____ à ses employés ». Pour le surplus, il renvoyait Monsieur M_____ à son courrier du 3 février 2010 (pièce 44, défendeur). 68. Le 14 avril 2010, Madame K_____ (témoin n° 2) a, une nouvelle fois, été entendue à titre de témoin.

Elle a exposé que les réévaluations de fonctions au sein de l'Etat entraînaient dans 90% des cas en 2009 une augmentation d'une à deux classes de traitement ainsi qu'un rappel de cotisation. En tenant compte du plafonnement de deux classes, la réévaluation des fonctions au sein de X_____

A/137/2009 - 28/67 - en 1999 était comparable à celles généralement effectuées à l'Etat de Genève. C'est la CIA qui a proposé à X_____ de procéder par analogie avec ce qui se passait à l'Etat et de procéder, s'agissant du traitement CIA assuré, à une augmentation de deux classes au maximum. Par ailleurs, chaque fonction de X_____ a été associée à une classe de traitement de l'Etat de Genève. Après avoir réexpliqué le système de rappels de la CIA, le témoin a précisé qu'il existait une surfacturation pour les jeunes assurés et une sous-facturation pour les assurés bénéficiant d'une promotion tardive. Lorsque le coût actuariel dépassait le plafond, qui était de 450% depuis 2000, il existait une solidarité, le coût actuariel étant compensé par le surcoût des jeunes assurés. Lors de la réévaluation des fonctions au sein de l'Etat de Genève en 2009, 11% des employés bénéficiaient d'une augmentation de trois classes de traitement et 1% de plus de trois classes, étant précisé que le traitement assuré correspondait aux classes de traitement effectives. En cas de promotion, la règle des rappels était appliquée sur la base de la classe de traitement effective, sans plafonnement. La situation de X_____ était atypique, les progressions salariales entraînant de grandes différences de classes de traitement. 75% des employés de X_____ étaient concernés par une augmentation de plus de deux classes, dont 24% concernait des sauts de trois classes et 51 % des sauts de plus de trois classes. Après avoir rappelé la pratique de la CIA lorsque des institutions externes souhaitaient sortir de l'échelle des traitements de l'Etat, le témoin a précisé que le critère pour la CIA était essentiellement de savoir si le fait de changer de système occasionnait des rappels ou non et, dans l'affirmative, si cela risquait d'entraîner des pertes actuarielles majeures. A sa connaissance, la CIA n'avait jamais refusé le passage hors échelle, les études ayant démontré une perte actuarielle supportable. Cela étant, la problématique de la perte actuarielle pouvait être réglée dans des accords. A l'audience, le témoin a remis au TCAS la note qu'elle avait établie le 12 avril 2010, dont il ressort que : ■ En 2009, l'Etat a sollicité la CIA pour 28 simulations de réévaluation de fonction, concernant 1804 personnes. Sur ces 1804 cas, 1587 donnaient lieu à un rappel de cotisation en raison d'un saut de classe au-delà de la classe 9, les proportions étant les suivantes : saut d'une classe : 51% ; saut de deux classes : 37% ; saut de trois classes : 11% et saut de plus de trois classes : 1%. ■ Si la limitation à deux classes au-dessus de la classe de fonction CIA initiale n'avait pas été appliquée en 1999, les proportions concernant les 253 employés de X_____ touchés auraient été les suivantes : saut d'une classe : 10%, saut

A/137/2009 - 29/67 - de deux classes : 15%, saut de trois classes : 24% et saut de plus de trois classes : 51%. 69. Par courrier du 30 avril 2010, la CIA a informé le TCAS que le Comité de la CIA avait finalement partiellement levé Monsieur M_____ de son secret de fonction, pour la période antérieure à son mandat, soit avant le 1er janvier 2004. 70. Le 3 mai 2010, Madame K_____ a transmis au TCAS les documents ayant servi de base à son analyse du 12 avril 2010. En annexe figurait une note actualisée, faisant état de 34 autres cas qui auraient dû être ajoutés. Cela n'entraînait toutefois aucune modification des pourcentages. 71. Madame K_____ a été à nouveau entendue le 26 mai 2010. Lors de cette audience, elle a confirmé que si les employés de la catégorie I établie par X_____ étaient restés dans l'échelle de traitement de l'Etat, ils n'auraient pas eu droit à une

augmentation du traitement assuré CIA. Si les salaires des employés de X_____ avaient été déplafonnés, cela aurait eu pour conséquence une augmentation des prestations de prévoyance dues par la CIA, dont le coût actuariel se serait élevé à 15 millions, ce chiffre incluant le montant actuariel et les rappels. Le rappel total facturé se serait élevé à 11 millions et demi, dont les deux tiers, soit 7,7 millions, auraient été à la charge de X_____, la différence de 3 millions et demi, qui n'aurait pas fait l'objet d'un rappel, aurait incombé à toute la collectivité des assurés CIA. Le témoin a également confirmé que les salariés de X_____, à fonctions égales, auraient bénéficié de meilleures prestations de prévoyance que tous les autres assurés CIA. L'estimation du coût de 15,5 millions a été effectuée sur la base de la situation de tous les assurés X_____ au 1er janvier 2009, en faisant une simulation sur les 10 ans à venir. Pour établir ce chiffre, elle s'était notamment fondée sur l'étude de XA_____ du 19 mars 2009, qu'elle a remise au TCAS. Les chiffres articulés dans son rapport avaient été validés par la société XB_____ (voir pièce 9, défenderesse). Si les salaires étaient déplafonnés, Monsieur B_____ percevrait une rente annuelle de 60'000 fr. à 65 ans alors qu'actuellement elle s'élèverait à 45'000 fr. S'agissant de Monsieur C_____, elle s'élèverait à 75'000 fr. si le salaire assuré était déplafonné alors qu'actuellement, elle serait de 62'000 fr. Le même jour, Monsieur L_____ (témoin n° 1) a été réentendu. Il a déclaré que la discussion fondamentale avec la CIA portait sur l'engagement financier de cette dernière, consécutivement à l'augmentation des classes de fonction. Suite à de nombreuses discussions, il avait été décidé de bloquer ladite augmentation à deux classes. A l'époque, le rappel que X_____ aurait été amené à verser s'élevait à 3,6 millions en tenant compte du plafonnement à deux classes. X_____ avait laissé la possibilité à chaque collaborateur de rester dans l'échelle des traitements de l'Etat, ce qui avait pour conséquence de ne pas pouvoir entrer dans la nouvelle échelle des traitements de X_____ avec l'augmentation correspondante.

A/137/2009 - 30/67 - S'agissant des demandeurs, ils ne s'étaient jamais opposés à l'augmentation du salaire X_____ et du traitement assuré CIA. 11 ou 19 salariés avaient souhaité rester dans l'échelle des traitements de l'Etat. X_____ avait donné ce choix en raison des coûts de rappels engendrés pour les employés. Aucun texte ne définissait les catégories 1 à 3 de l'échelle de traitement X_____, dès lors qu'il s'agissait d'une pratique orale appliquée par X_____ depuis 1999. Le coût hypothétique qu'aurait entraîné l'augmentation du traitement assuré exclusivement auprès de la CIA aurait été trop élevé. X_____ avait donc envisagé une solution sous la forme d'un plan complémentaire en primauté de cotisations et en capitalisation intégrale. Le projet était déjà très avancé et a été suspendu jusqu'à droit connu dans la présente procédure. Il avait été évoqué pour la première fois en 2005. Avant d'aller devant la Commission du personnel, les questions relatives à la gestion du personnel se traitent avec la délégation administration et personnel du Conseil d'administration, dont trois des membres participaient ensuite aux débats devant la Commission du personnel. Les procès-verbaux de la Commission du personnel étaient accessibles sur l'intranet de X_____ depuis 2008 environ. Par le passé, chaque employé pouvait les consulter auprès des représentants du personnel membres de la Commission du personnel. 72. Le 9 juin 2010, Messieurs M_____ (témoin n° 3), O_____ (témoin n° 4) et V_____ (témoin n° 5) ont été entendus par le TCAS. Monsieur M_____ (témoin n° 3), président de la Commission du personnel d'avril 1994 à mai 1999, membre de la Commission du personnel du Conseil d'administration depuis 1999, ancien représentant du personnel au sein du comité de la CIA, a déclaré que

pendant le processus d'adoption du Statut du personnel de X_____, dès 1995, les employés étaient toujours soumis, pour ce qui concerne le salaire, à la grille de l'Etat. A l'époque, il n'était pas question d'une nouvelle politique salariale au sein de X_____. Le personnel devait adhérer au statut sans connaître les futurs règlements, l'adhésion à titre transitoire ayant été refusée. Le Conseil d'administration a décidé d'initier cette nouvelle politique salariale, alors qu'aucune demande en ce sens n'avait été formulée par le personnel. Les employés ont été informés de la nouvelle politique salariale, mais la Commission du personnel n'a pas adhéré à cette politique. Lorsque ladite politique a été présentée pour la première fois au personnel, il n'était pas encore question de limitation du salaire assuré CIA. Cela étant, en cas de promotion ou de changement de fonction, les statuts de la fonction publique, sauf erreur de sa part, limitaient le salaire assuré à deux classes. La limitation du salaire assuré CIA à deux classes de fonction supérieures résultait de l'application des mécanismes prévus dans la fonction publique. Quelques employés n'avaient pas souhaité payer de rappels et étaient ainsi restés assurés au même salaire CIA qu'avant la nouvelle politique salariale. La direction de X_____ avait envisagé la création d'un deuxième pilier complémentaire pour pouvoir assurer la différence de traitement. Il s'agissait

A/137/2009 - 31/67 - d'une demande du personnel qui souhaitait que les indemnités soient également assurées en deuxième pilier. Quant à Monsieur O_____ (témoin n° 4), préretraité X_____, il a indiqué qu'il n'avait pas été appelé à adhérer formellement à la nouvelle politique salariale. Il a adhéré au statut du personnel de X_____ avant la nouvelle politique salariale, n'ayant aucune raison de rester à l'Etat, ce d'autant plus qu'il leur avait été promis que tous les acquis de l'Etat allaient être transférés chez X_____. Lorsque la nouvelle politique salariale a été présentée, il n'était pas question d'une limitation du salaire assuré CIA à deux classes de fonction supplémentaires. Il s'est écoulé entre six mois et un an entre le moment où la politique salariale leur a été présentée et le moment de la limitation du salaire assuré CIA. Le personnel n'a pas eu le choix d'accepter la limitation du salaire assuré, elle lui a été imposée. Cela étant, X_____ avait indiqué au personnel qu'il allait étudier une solution pour assurer les différences de classes. « De mémoire, il me semble que cette limitation a été faite de manière arbitraire suite à une erreur de calcul du chef de service de personnel. A l'époque, il nous avait promis de reprendre l'intégralité des rattrapages. Le chef du personnel avait proposé une certaine somme au Conseil d'administration de X_____ afin qu'il vote un budget pour le rattrapage des classes CIA pour tout le personnel en classe plus élevée. L'erreur s'est révélée après le vote du budget par le Conseil d'administration. Après, la direction de X_____ a pris la décision de limiter le salaire assuré CIA à 2 classes de traitement maximum pour respecter le budget ». Le témoin a déclaré avoir été frustré par l'inégalité de traitement entre les différents collaborateurs, certains de ses collègues étant augmentés de deux classes de traitement équivalent Etat et assurés CIA de manière correspondante, alors que d'autres, comme lui, étaient augmentés de quatre classes équivalent Etat et prétérités de deux classes de traitement assuré CIA. Cela étant, il faisait confiance à la direction de X_____ qui avait dit qu'elle ferait quelque chose. D'ailleurs, l'association des cadres avait relancé à plusieurs reprises la direction. Quant à lui, il s'était plaint auprès de la direction à plusieurs reprises. Il avait réagi en 2007 lorsqu'il s'était rendu compte que de nouveaux collaborateurs, ses subordonnés, étaient engagés en classe XC_____ 21, équivalent Etat 18 et classe CIA 18, donc sans limitation, alors que lui-même était engagé en classe XC_____ 54, classe Etat 21 et classe CIA 19. Une autre personne était

engagée en classe XC _____ 53, classe équivalent Etat 20 et classe CIA 20 également. Elle était donc moins bien classée que lui en termes de traitement, mais mieux assurée au niveau de la prévoyance professionnelle. Ces engagements concernaient toutefois des nouvelles fonctions n'existant pas dans la classification XC _____. Jusqu'à sa retraite en 2009, il n'avait reçu aucune proposition concrète pour combler la différence X _____. Enfin, Monsieur V _____ (témoin n° 5), sapeur d'aviation, opérateur chez X _____, ancien membre de la Commission du personnel de 2006 à fin mars 2010, a indiqué au TCAS qu'en 1996, il avait été amené à adopter le nouveau statut

A/137/2009 - 32/67 - du personnel de X _____ mais qu'il n'était alors pas encore question d'une nouvelle politique salariale, cette dernière leur ayant été présentée en 1998 et entrée en vigueur en 1999. Il ne se souvenait pas quand la question de la limitation du salaire assuré à deux classes de traitement supplémentaires était apparue. S'agissant de sa situation personnelle, il a indiqué que son salaire assuré CIA était de trois classes de moins que son salaire réel (classe 12 CIA alors qu'il était en classe XC _____ 49, équivalent Etat 15). Le poste d'appointé chez X _____ qu'il occupait avait été créé après l'entrée en vigueur de la nouvelle politique salariale, après l'évaluation des fonctions XC _____ ayant eu lieu en 2007 (ce qui a immédiatement été contesté par XE _____ en audience). Suite à sa promotion, il était passé de la classe XC ____ 48 (équivalent Etat 13) à la classe XC _____ 49 (équivalent Etat 15), mais son salaire était resté assuré en classe 12 CIA. Monsieur V _____ a également confirmé que lors d'une réunion du personnel, à laquelle il n'avait pas assisté, la question des possibilités de rattrapages CIA avait été évoquée. X _____ avait également indiqué que trois projets étaient en cours et notamment celui d'un deuxième pilier complémentaire en primauté de cotisations en dehors de la CIA. Par la suite, il a participé à une autre séance du personnel au cours de laquelle il leur avait été indiqué que tous les travaux de rattrapages étaient stoppés en raison des recours pendants devant la Commission de recours de X _____. 73. Le 13 octobre 2010, Messieurs N _____ (témoin n° 6), D _____ (témoin n° 7), P _____ (témoin n° 8) et S _____ (témoin n° 9) ont été entendus par le TCAS. Monsieur N _____ (témoin n° 6), Président de la Commission du personnel de X _____ de 1997 à 2000, a précisé qu'il n'y avait pas eu de consultation formelle du personnel lors de l'introduction de la nouvelle politique salariale. Cette dernière avait été présentée à la Commission du personnel, qui ne l'avait jamais approuvée. La politique salariale précitée a été présentée au personnel pour la première fois en 1998 et était entrée en vigueur le 1er janvier 1999. Il n'était alors pas question d'une limitation du salaire assuré. « Un mois avant l'application de cette politique salariale, le directeur de X _____ a envoyé une note de service aux collaborateurs. Il les [a] informés du report de l'entrée en vigueur de cette politique salariale et a évoqué la problématique des rappels CIA. Il apparaissait qu'une erreur importante avait été commise dans la détermination du montant total des rappels CIA ». S'agissant du contexte du courrier du 23 novembre 1998 (produit sous pièce 18, défendeur), le témoin a indiqué, en se référant aux dates des courriers échangés, qu'il n'était alors pas encore question de limiter le salaire assuré. Il estimait en outre que la limitation du salaire assuré CIA était en lien avec l'échec des négociations concernant le retrait de l'action en constatation de droit. A sa connaissance, la limitation du salaire assuré n'était pas exigée par la CIA. De plus, le personnel n'avait pas été consulté avant cette limitation. En 1994, les salariés avaient le choix de rester soumis au statut du personnel de l'Etat ou

A/137/2009 - 33/67 - d'adhérer au Statut du personnel de X_____. Pour les employés qui avaient choisi d'adhérer au Statut précité, la nouvelle politique salariale s'appliquait. Ils n'avaient pas le choix de l'accepter ou non. Dans les années 2000, la direction de X_____ avait indiqué à la Commission du personnel que la différence X_____ aurait pu être assurée différemment auprès d'une autre institution de prévoyance. La Commission du personnel a régulièrement relancé la direction sur ce point, mais aucune proposition concrète n'a été formulée. S'agissant de sa situation personnelle, son salaire assuré CIA (classe 18) se situait deux classes au-dessous de son salaire réel (classe XC_____ 53 et équivalent Etat 20). Le témoin était d'accord avec l'augmentation du salaire réel mais non avec la limitation du salaire assuré. Selon ses souvenirs, en 1999 il n'avait pas eu le choix de rester dans l'échelle des traitements de l'Etat au contraire de l'année 1994, où il avait le choix de rester soumis au statut du personnel de l'Etat ou non. Lors de l'entrée en vigueur du nouveau statut du personnel, le 1er janvier 1996, l'échelle des traitements n'était pas réglée par le Statut ; elle a été prévue après coup. Monsieur D_____ (témoin n° 7), Président de la Commission du personnel et ancien membre du Conseil d'administration de 1994 à 2003 environ, représentant du personnel dans le Comité de la CIA de 1995 à 2003, a confirmé qu'en 1994, le personnel avait le choix de rester à l'Etat ou d'être soumis au nouveau Statut du personnel de X_____. Pour sa part, il n'avait pas immédiatement adhéré au nouveau Statut, mais plus tard, en 1999, sous condition que nul ne soit licencié en raison de ses activités syndicales. Lors de l'introduction de la nouvelle politique salariale, il était passé de la classe 20 à la classe 24, équivalence Etat et donc classe 22 CIA. La différence X_____ n'était pas assurée. Le témoin a confirmé qu'en février 2000, il avait recouru contre son avis de situation et engagé une procédure dans laquelle il avait obtenu gain de cause sur plusieurs points, plus particulièrement sur la question du salaire assuré. Suite au renvoi par le TF, pour une question de procédure, il avait retiré son recours, croyant que X_____, la CIA et lui-même allaient parvenir à un accord. Selon le témoin, en fait son employeur l'avait « roulé », car il n'y a en réalité pas eu d'accord. Il avait été « manipulé par Monsieur AB_____ ». Monsieur P_____ (témoin n° 8), sapeur d'aviation, membre de la Commission du personnel jusqu'en 1994 puis membre du Conseil d'administration de X_____ de 1994 à 2006, a confirmé que le personnel disposait du choix suivant : rester sous le statut de l'Etat ou adhérer au nouveau Statut de X_____. S'agissant de la politique salariale, il n'y avait pas eu consultation du personnel ; elle avait simplement été appliquée. A son sens, il était clair pour tout le monde, lors de la première présentation de la politique salariale, que le salaire assuré CIA allait augmenter de deux classes. S'agissant de l'évolution future, rien n'était confirmé. Concernant sa situation personnelle, le traitement avait toujours suivi, mais non le salaire assuré CIA. En 2002, lors d'une promotion (chef de poste), il est passé en classe CIA 20 avec une classe de traitement équivalent Etat 20. La

A/137/2009 - 34/67 - dénomination de son poste était nouvelle, mais le grade était celui de capitaine. Le 23 décembre 2004, il avait été promu et était devenu commandant adjoint. La classe de traitement le concernant était la classe 23, équivalent Etat et son salaire assuré était en classe 23 CIA, le grade existant toutefois déjà en 1999. Le témoin a également précisé que « lorsqu'il y a trop de progression salariale, il y a des étapes afin d'éviter qu'il y ait trop de pertes sur salaire du fait des rattrapages. C'est au bout de quelques années que [son] traitement de salaire assuré CIA est parvenu à sa classe de traitement salariale ». Enfin, Monsieur S_____ (témoin n° 9), contrôleur des aires de trafic chez X_____, a également été entendu le 13 octobre 2010. Le témoin a expliqué qu'avant la

nouvelle politique salariale, sa classe de fonction était la classe 14. Après l'entrée en vigueur de cette politique, sa classe de traitement était la classe 18 équivalent Etat et son salaire assuré était en classe 16 CIA (ce qui a été contesté par X_____). Il a été nommé cadre, soit chef de quart en 1996 ou 1997 et était devenu responsable de l'équipe de contrôleurs. Par la suite, il avait changé de poste, ayant en quelque sorte été rétrogradé. En 2005, il avait été nommé coach formateur. Toutefois, comme il comptait 20 ans de service en 2005, il a pu garder sa classe de traitement et son salaire. La fonction de coach formateur n'existait pas auparavant. Cela étant, lorsqu'il était entré dans cette nouvelle fonction, il présentait toujours la même différence X_____ non assurée. En revanche, un de ses collègues, Monsieur AC_____, qui a suivi le même cursus que lui, a vu son salaire CIA s'aligner sur son salaire réel. A l'issue de l'audience, le TCAS a imparti à la CIA un délai au 5 novembre 2010 pour produire la décision du comité relative à l'affiliation de X_____ à la CIA avec la limitation des salaires à deux classes de traitement. 74. Par chargé complémentaire du 21 octobre 2010, X_____ a transmis les avis de situations de Messieurs N_____, S_____ et P_____ (pièce 45, 48 et 49, défendeur), dont il ressort que seul Monsieur P_____ bénéficiait d'un salaire assuré CIA équivalent à son salaire effectif (classe équivalent Etat : 20 puis 23 et classe CIA 20 puis 23) depuis le 1er août 2002. 75. Par courrier du 5 novembre 2010, la CIA a brièvement récapitulé les faits. Faisant application de l'art. 15 al. 1 de ses statuts, « la CIA a estimé que la limitation à une majoration de deux classes du salaire assuré, sans promotion individuelle, permettait l'analogie avec les règles prévalant à l'Etat ». Cette position avait été confirmée par courrier du 9 février 1999. « Cette position de la CIA, qui était connue de tous, a été décidée et mise en œuvre par son secrétariat dans le cadre de ses compétences statutaires ». La décision du Comité requise par le TCAS lors de l'audience du 13 octobre 2010 n'était pas jointe à ce courrier.

A/137/2009 - 35/67 - 76. Le 9 décembre 2010, la CIA a communiqué au TCAS un courrier du 28 mars 2001 que X_____ lui avait adressé, lui demandant d'établir un estimatif du coût d'un départ de X_____ au 31 décembre 2000 (pièce 14, défenderesse). 77. Le 1er janvier 2011, la nouvelle loi sur l'organisation judiciaire est entrée en vigueur et la Chambre des assurances sociales de la Cour de Justice (ci-après la Cour de céans), compétente en matière de prévoyance professionnelle, a repris la procédure pendante par-devant le TCAS. 78. Le 19 janvier 2011, Messieurs AD_____ (témoin n° 10) AE_____ (témoin n° 11), AA_____ (témoin n° 12), AF_____ (témoin n° 13) et XB_____ (témoin n° 14) ont été entendus. Monsieur AD_____ (témoin n° 10) était chef des ressources humaines de X_____ entre 1996 et 2000. Il a confirmé que la nouvelle politique avait été initiée par la direction et que sa mise en place ne résultait pas d'un processus paritaire. Lors des discussions avec la Commission du personnel, la question du salaire assuré avait été abordée assez rapidement, notamment en ce qui concernait la différence X_____. X_____ avait effectué plusieurs simulations concernant l'ensemble des collaborateurs, y compris une simulation portant sur la prise en charge, par X_____, de l'entier des rappels, mais une décision de ne pas entrer en matière avait été prise pour une question de coûts. Pour lui, la différence X_____ n'avait rien à voir avec les rappels mais résultait de l'application de la nouvelle politique salariale, selon laquelle chaque collaborateur était classé dans une fonction au regard de la nouvelle grille salariale. Après avoir expliqué la nouvelle politique, avec la fourchette entre 80 et 115% de la médiane, le témoin a précisé que la différence X_____ correspondait en réalité à la différence de repositionnement dans la nouvelle grille non assurée. Il y avait une corrélation entre les classes XC_____

et les classes Etat, ce qui avait entraîné la problématique du repositionnement des classes X_____ dans les classe Etat utilisées par la CIA, ce qui pouvait entraîner une différence entre la rémunération X_____ et l'équivalence Etat. Le témoin se souvenait en outre qu'à un moment, les normes CIA ne permettaient pas la flexibilité voulue par la politique salariale. S'il y a eu blocage, c'était forcément pour une raison. X_ - _____ étant déjà affilié à la CIA, il ne se souvenait pas d'une discussion quant à une convention d'affiliation. Monsieur AE_____ (témoin n° 11), employé par XA_____, a confirmé la teneur de ses rapports produits sous pièces 17 et 18, demandeurs ainsi que 36, défendeur. Il a exposé qu'en cas de suppression du plafond du salaire assuré, il y aurait eu des coûts de rappels plus élevés pour X_____ et les employés, des coûts supplémentaires en termes de rappels et de cotisation et la constitution de provisions pour X_____ en application des normes comptables internationales. Le témoin a ensuite expliqué toute la problématique de la constitution de provisions

A/137/2009 - 36/67 - et du taux d'intérêts y applicable. S'agissant de la description du mandat tel que résultant des rapports, le témoin n'a pas eu de commentaires particuliers de la part de X_____. Cela étant, avec le temps, les coûts de rappels augmentent. Le rapport 2007 prévoyait deux calculs : le premier, portant sur 6 millions, représentait le coût de rappel total pour le réajustement des classes CIA pour les collaborateurs concernés, soit ceux pour lesquels le salaire déterminant avait été plafonné, et le second, portant sur 8,5 millions, représentait le coût sur 10 ans des cotisations de rappel si la définition du salaire déterminant CIA était modifiée pour tous les employés de X_____. Monsieur AA_____ (témoin n° 12), directeur général de la CIA depuis 1998, a déclaré qu'il existait une convention et un règlement entre X_____ et la CIA. Le règlement avait été adopté par le Comité et il avait signé personnellement la convention. Lors de la nouvelle politique salariale, il avait été décidé que les salaires X_____ devaient être traduits en échelle de traitements de l'Etat. L'accord entre X_____ et la CIA a été ratifié par le Comité. Il y avait cependant une divergence sur la question du découvert en cas de départ collectif. Le refus de X_____ de prendre en charge la différence entre la couverture du moment et le 100% de la couverture des engagements a été en partie à l'origine de la modification du règlement général relatif aux institutions externes. A la demande de X_____, la CIA avait chiffré le coût du départ de X_____ à plusieurs dizaines de millions de francs. Les statuts et règlements de la caisse faisaient partie intégrante de la convention tacite liant la CIA et X_____. Selon le témoin, la convention d'affiliation tacite reprenait exactement ce qui figurait dans le règlement que X_____ n'avait pas signé. Il a expliqué qu'il y avait deux conventions : celle relative aux salaires plafonnés, qui a été signée, et celle concernant l'obligation de payer en cas de départs collectifs, qui n'a pas été signée. Depuis la modification des statuts de la CIA, l'exigence de la signature d'une convention d'affiliation écrite avait été abandonnée, permettant ainsi une affiliation tacite, étant précisé que les statuts et règlements CIA s'appliquaient d'office à une telle convention tacite. Le plafonnement de l'augmentation de deux classes de fonction a fait l'objet de décisions internes à la CIA, une décision formelle du Comité n'étant pas nécessaire à ce moment-là. Si le plafonnement à deux classes supplémentaires n'avait pas été appliqué, il y aurait eu des augmentations plus ou moins importantes du traitement assuré CIA, ce qui aurait entraîné un coût actuariel pour la CIA non couvert par les rappels. La Cour de céans a procédé à l'audition des experts en caisses de pension de la société XB_____ SA, expert-conseil de la CIA.

Monsieur AF_____ (témoin n° 13), chargé du dossier de la CIA auprès de la société précitée, a indiqué que les rappels tels que définis réglementairement ne couvraient pas l'entier du coût actuariel, la définition statutaire du rappel comportant un maximum facturable, de sorte que la perte actuarielle estimée se

A/137/2009 - 37/67 - serait élevée à 3,5 millions de francs pour les 10 exercices à venir. Dès lors que les pertes actuarielles non couvertes étaient portées au résultat de l'exercice de la CIA, elles auraient été couvertes par les recettes encaissées par la CIA, soit par les contributions globales des employés affiliés et des assurés. Le financement de la CIA était basé sur une hypothèse de progression salariale et de carrière à l'intérieur de l'échelle des traitements de l'Etat. Pour éviter un subventionnement, par la collectivité des assurés, d'une progression salariale et des prestations de prévoyance correspondantes non prévues dans le financement ordinaire d'une caisse telle que la CIA, il était recommandé, sur le plan actuariel, de limiter ce type de subventionnement, pour éviter des inégalités de traitement, termes qui ne devaient pas être compris au sens juridique. Les autres institutions externes affiliées à la CIA avaient toutes une échelle de traitement extrêmement voisine de celle de l'Etat. A cotisations identiques, il était actuariellement justifié que la CIA plafonne les augmentations de traitement assuré hors échelle de traitements de l'Etat pour des institutions externes. Monsieur XB_____ (témoin n° 14), actuaire conseil à la retraite, a déclaré que la question des salaires X_____ assurés auprès de la CIA avait fait l'objet de débats. La nouvelle politique de X_____ avait été sujette à discussions car elle posait problème, notamment en ce qui concernait la solidarité, dès lors qu'elle allait bien au-delà de l'échelle habituelle de l'Etat et que pour la CIA, cette nouvelle politique posait des problèmes de solidarité non souhaitables. Il a notamment précisé que « le système de rappel et le taux de cotisation étaient définis dans les statuts de la CIA. L'expert actuariel avait pour mission, tous les 4 ans, de vérifier si ce qui était prévu dans les statuts en termes de financement était suffisant ou pas pour financer le plan de prestations. Si on constate lors de l'expertise un manque de financement, l'actuaire avait pour habitude de dire qu'il fallait modifier le taux de cotisations et non [le] système des rappels car cela donnait lieu à des débats politiques interminables ». La CIA étant assimilée à une fondation commune, elle ne pouvait assurer des catégories particulières comme une fondation collective, dans laquelle le financement était assuré entreprise par entreprise. « Tout employeur externe qui demandait son affiliation à la CIA devait passer par une convention avec la CIA, écrite, si ma mémoire est bonne mais je ne sais plus depuis quelles années. Lors de chaque négociation, la CIA faisait attention à ce que la rémunération fixée par l'employeur ne s'écarte pas trop de l'échelle des traitements de l'Etat ». Il a encore ajouté que « le Comité de la CIA ne décidait pas souverainement des règles en matière de salaire assuré. Le projet de modification devait en effet être envoyé au Conseil d'Etat et, si ma mémoire était bonne, soumis au Grand Conseil pour approbation ». 79. La Cour de céans a imparti un délai au défendeur pour actualiser le coût supplémentaire pour X_____, les parties étant invitées à déposer leurs conclusions après enquêtes.

A/137/2009 - 38/67 - 80. Dans ses écritures du 28 avril 2011, X_____ a persisté dans ses conclusions. Selon le défendeur, les enquêtes avaient démontré qu'il existait une convention d'affiliation initiale ex lege, reconduite tacitement, ainsi qu'un accord explicite et écrit, par échange de correspondance entre X_____ et la CIA, fixant le salaire assuré CIA pour les salariés X_____, sur la base d'une table de conversion de l'échelle des traitements de l'Etat en application des art. 5 al. 3 des statuts et 6ter al. 1 du règlement

général de la CIA. Le plafonnement de la majoration du salaire assuré pour les catégories I et II était impératif pour des motifs d'égalité de traitement entre les assurés salariés de X_____ et les autres assurés affiliés à la CIA. La catégorie III, concernant des fonctions nouvelles créées par X_____, n'avait pas entraîné de majoration du traitement assuré pour des personnes en fonction chez X_____ au 31 décembre 1998. En cas d'augmentation du traitement des catégories I à III, il convenait également de convertir cette majoration à l'échelle des traitements de l'Etat pour vérifier qu'il n'y avait pas de progression excédant les annuités maximales de fonction prévues par l'échelle des traitements de l'Etat. Par conséquent, l'ensemble du personnel connaissait une « différence X_____ » s'agissant du traitement assuré. Au 1er janvier 1999, les salariés de X_____ avaient eu le libre choix d'adhérer au statut du personnel et de son échelle des traitements ou de rester dans l'échelle des traitements de l'Etat. Les demandeurs avaient bénéficié d'une amélioration de leur traitement et de leur salaire assuré CIA. De plus, ils avaient accepté individuellement leur situation de salaire et de prévoyance dès le 1er janvier 1999, acceptation qui avait été renouvelée tacitement chaque année à réception de leurs avis de situation de salaire et de retraite individuels. X_____ considérait que le déplafonnement du salaire assuré des demandeurs entraînerait une inégalité de traitement en leur faveur et au détriment des autres assurés de la CIA. Enfin, il ne saurait être imposé unilatéralement, ni à la CIA ni à X_____, une majoration du traitement assuré des demandeurs en violation des statuts et du règlement de la CIA ainsi que de l'accord clair conclu entre X_____ et la CIA. 81. Le 14 février 2011, X_____ a communiqué à la Cour de céans un exemplaire du rapport de XA_____ du 4 février 2011, chiffrant les coûts supplémentaires liés à une éventuelle augmentation des cotisations à la CIA, en cas d'acceptation de la demande (pièce 51, défendeur). 82. Par écriture du 29 avril 2011, les demandeurs ont intégralement persisté dans leurs conclusions. S'agissant de l'objet du litige, ils ont précisé que la différence entre le salaire versé et celui effectivement assuré auprès de la CIA était de deux ordres : 1) la relation faite entre les classes de traitement de X_____ et l'échelle de traitement de l'Etat de Genève ne permettait pas de prendre en considération l'intégralité de la rémunération, de sorte que X_____ avait envisagé d'assurer cette différence X_____ en primauté de cotisations auprès d'une tierce institution de prévoyance et 2) la limitation à deux classes de traitement équivalence Etat supplémentaire du salaire assuré auprès de la CIA suite à

A/137/2009 - 39/67 - l'adoption de la nouvelle politique salariale. Sur le plan financier, cette deuxième différence X_____ était bien plus faible que ce que prétendait X_____. En ce qui concernait le rapport d'affiliation, les demandeurs ont rappelé que l'agrément du Conseil d'Etat, de la Caisse, de l'institution concernée et de son personnel ou de sa représentation étaient nécessaires pour la conclusion d'une convention d'affiliation, qui devait impérativement être écrite en raison du parallélisme des formes prévu par l'art. 12 CO et de la position du Grand Conseil dans sa motion. En ce qui concernait les rapports de prévoyance avec les assurés, les demandeurs ont considéré que tant que « le système de rémunération adopté par l'institution externe permet une analogie avec le système de traitement de l'Etat, au sens de l'article 5 al. 3 des Statuts, ce sont les règles ordinaires de la caisse qui s'appliquent ». Après avoir répété les principes de la planification, de collectivité et d'égalité de traitement, les demandeurs ont rappelé que la définition d'un cercle d'assurés devait être prévue dans les dispositions réglementaires et que, dans la mesure où les statuts de la CIA n'avaient pas été modifiés et approuvés par le Grand Conseil, les cercles d'assurés tels que voulus par X_____ ne pouvaient être pris en considération par la

CIA. Par conséquent, « la décision de la direction de X_____ de plafonner le salaire assuré à deux classes de traitement en cas de réévaluation de fonction est intervenue de manière clairement contraire au droit ». Les demandeurs ont également examiné les listings que X_____ a remis à l'actuaire de la CIA, dont il ressort que de nombreux employés auraient bénéficié d'un coulisement de plus de deux classes en matière de salaire assuré. Enfin, ils ont fait valoir que la collectivisation de la part du rappel de cotisations, à partir d'un certain seuil, pouvait être évitée par la signature d'une convention d'affiliation. 83. Le 29 avril 2011, la CIA a également persisté dans ses conclusions, rappelant en substance que X_____ et la CIA avaient convenu que la progression du salaire assuré serait limitée à deux classes, afin de permettre une structure des salaires analogue à ceux de l'Etat de Genève. Après avoir résumé les déclarations des témoins, la CIA a précisé que les autres institutions externes ne connaissaient pas de système de plafonnement similaire à celui de X_____, la situation de ce dernier étant atypique compte tenu des progressions salariales pratiquées et des grandes différences de classe de traitement qui en découlaient. « Compte tenu du plafonnement de deux classes, la réévaluation des fonctions en 1999 est comparable à celle effectuée en général à l'Etat de Genève ». Enfin, la CIA s'est prononcée sur la question de la solidarité des affiliés et des assurés et a précisé qu'en vertu du principe de la solidarité compris dans le plan de financement en primauté de prestations, la part du coût actuariel qui n'était pas couverte par le rappel facturé était assumée par la collectivité des assurés. 84. Par courriers du 16 juin 2011, la Cour de céans a sollicité de X_____ la production de pièces complémentaires, dont le tableau récapitulatif réclamé par les demandeurs et le document relatif à la nouvelle politique salariale, situation au 18 janvier 1999.

A/137/2009 - 40/67 - 85. Le 13 juillet 2011, X_____ a fourni les pièces demandées, dont le document intitulé « nouvelle politique salariale : dispositions d'application révisées - situation au 18/01/1999 », à l'exception du mandat d'analyse des fonctions X_____ daté du 19 novembre 1996. S'agissant du mandat d'analyse du 19 novembre 1996 requis par la Cour de céans, X_____ a exposé que son contenu avait été détaillé dans plusieurs de ses écrits. Il a transmis le projet de description et d'évaluation des fonctions fournis par le cabinet mandaté. S'agissant du document intitulé « nouvelle politique salariale : dispositions d'application révisées - situation au 18/01/1999 », X_____ a indiqué que le texte de cette pièce avait été repris dans les documents produits sous pièce 23, défendeur et 9, demandeurs. Concernant Monsieur AC_____, dont la situation avait été évoquée lors de l'audience d'enquêtes du 13 octobre 2010, il a bénéficié d'une promotion et a occupé une fonction créée après l'entrée en vigueur de la politique salariale. Selon le défendeur, la production des avis de situation de 1998 à ce jour entraînait un travail démesuré, plus de 10'000 pièces devant être caviardées et commentées lors de leur production. De plus, la protection des données et de la personnalité ne saurait être garantie. Par conséquent, X_____ a refusé de produire ces pièces. 86. Le 15 juillet 2011, la CIA a produit les pièces requises par la Cour de céans, tout en précisant que la convention à laquelle Monsieur AA_____ faisait référence au début de son audition le 19 janvier 2011, concernait en réalité le plafonnement des salaires à deux classes et correspondait au courrier du 9 février 1999 produit sous pièce 6, défenderesse. Quant au règlement cité par le témoin, il s'agissait du règlement général de la CIA du 22 février 1999. Pour le surplus, la défenderesse a repris des arguments d'ores et déjà invoqués. 87. Après avoir pris connaissance des pièces produites, les demandeurs ont, par écriture du 30 septembre 2011, repris pour l'essentiel leurs arguments et conclusions précédents. 88. Par courrier du 7

novembre 2011, X_____ a invoqué un fait nouveau, soit le projet de fusion de la CIA avec la Caisse de prévoyance du canton de Genève (ci- après : CPCG) et la Caisse de prévoyance du personnel des établissements publics médicaux du canton de Genève (ci-après : CEH) qui, s'il devait être approuvé par le Grand Conseil, aurait pour conséquence une diminution de la « différence X_____ ». Pour le surplus, X_____ a en substance repris les arguments d'ores et déjà invoqués à plusieurs reprises. 89. Le même jour, la CIA a persisté dans ses conclusions. 90. Après échange des écritures, la cause a été gardée à juger.

A/137/2009 - 41/67 - EN DROIT A. RECEVABILITE ET DROIT APPLICABLE 1. a) Selon l'art. 73 al. 1 de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982 (LPP ; RS 831.40), chaque canton désigne un tribunal qui connaît, en dernière instance cantonale, des contestations opposant institutions de prévoyance, employeurs et ayants droit. A teneur de l'art. 56V 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 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). Dès le 1er janvier 2011, cette compétence revient à la Cour de justice, Chambre des assurances sociales, laquelle reprend la procédure pendante devant le Tribunal cantonal des assurances sociales (art. 143 al. 6 de la LOJ du 26 septembre 2010). b) 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. 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 128 V 254 consid. 2a). Savoir si le point litigieux est ou non l'objet d'une réglementation expresse de la LPP ou de ses dispositions d'exécution n'est toutefois pas déterminant, en ce qui concerne la recevabilité de l'action devant le tribunal cantonal ou du recours subséquent devant le Tribunal fédéral des assurances. Au contraire, les tribunaux institués par l'art. 73 LPP sont appelés à connaître aussi de litiges qui opposent une institution de prévoyance à un employeur ou à un ayant droit, même s'ils n'appellent l'application d'aucune disposition du droit public fédéral, quant au fond, et qui doivent être tranchés exclusivement au regard du droit privé, du droit public cantonal ou du droit public communal (ATF 117 V 50 consid. 1). c) 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).

A/137/2009 - 42/67 - d) En l'espèce, le litige a trait au salaire assuré et aux rappels de cotisation que les demandeurs et le défendeur auront à verser en cas d'admission de la demande de sorte qu'il est régi par les art. 73 LPP, 56V al. 1 let. b aLOJ et 143 al. 6 LOJ. Par ailleurs, le siège des défendeurs se trouve à Genève. La Cour de céans est ainsi compétente *ratione materiae et loci* pour connaître du présent litige. Par ailleurs, 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). La demande est ainsi recevable. 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). Etant donné que les faits déterminants se sont réalisés pour partie avant et après l'entrée en vigueur de la nouvelle, l'ancien droit est applicable jusqu'au 31 décembre 2004 et le nouveau droit dès cette date (ATF 126 V 136 consid. 4b et les références). B. OBJET DU LITIGE 3. Le présent litige porte sur le montant du salaire assuré des demandeurs auprès de la CIA et des rappels de cotisations en découlant. Il s'agit plus particulièrement de déterminer si, suite à la nouvelle politique salariale, les défendeurs étaient en droit de limiter le salaire assuré CIA à deux classes supplémentaires au maximum. Cela étant, la Cour de céans relève que lors de l'entrée en vigueur de la politique salariale le 1er janvier 1999, le salaire annuel brut des demandeurs dépassait le montant de 71'640.- retenu pour le calcul du salaire coordonné, de sorte que la question du salaire assuré n'a sa pertinence que dans le cadre de la prévoyance surobligatoire. C. AU FOND a) Principes généraux en matière de prévoyance professionnelle 4. Le système suisse de prévoyance vieillesse, survivants et invalidité repose sur le principe des trois piliers (art. 111 Cst.). Les prestations du premier pilier (assurance-vieillesse, survivants et invalidité fédérale et prestations complémentaires) doivent couvrir les besoins vitaux des personnes assurées de manière appropriée (art. 112 al. 2 let. b Cst.), alors que les prestations du deuxième

A/137/2009 - 43/67 - pilier (prévoyance professionnelle) doivent permettre aux personnes assurées de maintenir de manière appropriée leur niveau de vie antérieur (art. 113 al. 2 let. a Cst.; voir également art. 1 al. 1 LPP). II incombe au troisième pilier (prévoyance individuelle) de compléter les mesures collectives des deux premiers piliers selon les besoins personnels. Les institutions de prévoyance qui participent à l'application du régime obligatoire de la prévoyance professionnelle (art. 48 al. 1 LPP) doivent respecter les exigences minimales fixées aux art. 7 à 47 LPP (art. 6 LPP). Il leur est toutefois loisible de prévoir des prestations supérieures aux exigences minimales fixées dans la loi (art. 49 LPP; Message à l'appui de la LPP, FF 1976 I 127 ch. 313 et 314; ATF 131 II 593 consid. 4.1 p. 603 et les références). 5. a) Lorsqu'une institution de prévoyance décide d'étendre la prévoyance au-delà des exigences minimales fixées dans la loi (prévoyance surobligatoire ou plus étendue), on parle alors d'institution de prévoyance « enveloppante ». Une telle institution est libre de définir, dans les limites des dispositions expressément réservées à l'art. 49 al. 2 LPP en matière d'organisation, de sécurité financière, de surveillance et de transparence, le régime de prestations, le mode de financement et l'organisation qui lui convient, pour autant qu'elle respecte les principes d'égalité de traitement et de proportionnalité ainsi que l'interdiction de l'arbitraire (ATF 115 V 103 consid. 4b p. 109). Dans les faits, une institution de prévoyance « enveloppante » propose, en général, un plan de prestations unique qui inclut les prestations minimales et les améliore, sans opérer de distinctions entre prévoyance obligatoire et prévoyance plus étendue. Afin de s'assurer que les prestations réglementaires respectent les exigences minimales de la LPP, autrement dit si la personne assurée bénéficie au moins des prestations minimales légales selon la LPP (art. 49 al. 1 LPP en corrélation avec l'art. 6 LPP), l'institution de prévoyance est tenue de

pouvoir procéder à un calcul comparatif entre les prestations selon la LPP (sur la base du compte-témoin que les institutions de prévoyance doivent tenir afin de contrôler le respect des exigences minimales de la LPP [Alterskonto; art. 11 al. 1 OPP 2]) et les prestations réglementaires (Schattenrechnung; cf. ATF 136 V 65 consid. 3.7 p. 71 et les références; voir également ATF 114 V 239 consid. 6a p. 245). b) Au lieu d'aménager la prévoyance plus étendue dans le cadre d'une institution de prévoyance « enveloppante », il est possible d'opérer une séparation organisationnelle stricte entre la prévoyance obligatoire et la prévoyance surobligatoire (« splitting »). 6. En l'espèce, il est constant que la défenderesse est une institution de prévoyance de droit public pratiquant la prévoyance obligatoire et plus étendue (institution dite «enveloppante»: ATF 128 V 247 consid. 3a, 117 V 45 consid. 3b). Les prestations

A/137/2009 - 44/67 - réglementaires vont en effet au-delà des prestations minimales selon la LPP (voir notamment arrêt non publié B 30/06 du 13 juillet 2006, consid. 3), dès lors que le montant assuré correspond au traitement des assurés et qu'il est supérieur au salaire coordonné selon l'art. 8 al. 1 LPP (voir arrêt de la Cour de céans, ATAS/505/2011, consid. 4, du 16 mai 2011 en la cause A/281/2009). En tant qu'institution de prévoyance de droit public, la défenderesse se fonde sur des bases de droit public (STAUFFER, Berufliche Vorsorge, 2005 n° 251, p. 90 et 254, p. 91 ; GÄCHTER / GECKELER HUNZIKER, in LPP et LFLP, 2010, n° 6 ad art. 50 LPP). b) La convention d'affiliation 7. X_____ invoque tout d'abord la force contraignante de la convention d'affiliation tacite conclue avec la CIA conformément à l'art. 6bis al. 1 du règlement général, qui réglerait notamment la question de la politique salariale et la divergence entre le salaire réel et le salaire annoncé à la CIA (réponse du 27 mars 2009, p. 29), ce qui est contesté par les demandeurs. Par ailleurs, la nature exacte de cette convention d'affiliation est également débattue. Pour les demandeurs, l'affiliation du personnel de X_____ résultait de l'adoption de l'art. 34 du Statut (édition 1996) (voir demande du 14 janvier 2009, p. 16, réplique du 9 juillet 2009, p. 25, conclusions motivées après enquêtes du 29 avril 2011, p. 5), étant précisé que dans un tel cas, le rapport d'affiliation se fonderait toujours sur la loi (réplique du 9 juillet 2009, p. 25). Pour la CIA, le rapport d'affiliation entre X_____ et la CIA résultait tantôt d'une convention d'affiliation initiale n'ayant pas été résiliée suite à l'autonomisation et restée en vigueur de par la loi (réponse du 15 mai 2009, p. 20) tantôt des dispositions légales, formelles, qui lui sont spécifiques (notamment l'art. 5 al. 3 des statuts et l'art. 6ter du règlement général) ainsi que de la loi cantonale sur X_____ à Genève (LX_____ ; RS H 3 25) (voir conclusions après enquêtes du 29 avril 2011, p. 3). Enfin, pour X_____, son personnel était resté affilié à la CIA de par la loi, de sorte que la convention d'affiliation était une convention ex lege (réponse du 27 mars 2009, p. 22, conclusions après enquêtes du 28 avril 2011, p. 14), reconduite tacitement par la suite (conclusions après enquêtes du 28 avril 2011, p. 14). 8. A titre liminaire, la Cour de céans examinera les relations juridiques entre X_____ et la CIA et plus particulièrement la problématique de la convention d'affiliation a) Les employeurs soumis au droit privé s'affilient en général à des institutions régies par le droit privé de sorte que les relations juridiques entre les parties sont les suivantes (voir notamment GEISER, Zu den Vertragsverhältnissen in der beruflichen Vorsorge, in Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, 2008, p. 259 et ss, voir également RIEMER / RIEMER-KAFKA, Das Recht der beruflichen Vorsorge in

A/137/2009 - 45/67 - der Schweiz, 2006, § 4, p. 85 (cité ci-après : RIEMER / RIEMER KAFKA), LÜTHY, Das Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Personalvorsorgestiftung insbesondere der Anschlussvertrag mit einer Sammel- oder Gemeinschaftsstiftung, 1989, p. 72 et ss) : ■ L'employé et l'employeur sont liés par un contrat de travail de droit privé au sens des art. 319 et ss CO. ■ La relation entre l'employeur et l'institution de prévoyance repose sur une convention dite d'affiliation (Anschlussvertrag; art. 11 LPP) qui est un des contrats innommés du droit et de la pratique de la prévoyance professionnelle (ATF 120 V 299 consid. 4a p. 304). ■ Enfin, l'assuré est lié à l'institution de prévoyance de par la loi en ce qui concerne les prestations obligatoires (RIEMER, Vorsorge-, Fürsorge- und Sparverträge der beruflichen Vorsorge, in Innominatverträge, Festgabe zum 60. Geburtstag von Wlter R. SCHLUEP, 1988, p. 234, cité ci-après : RIEMER) et, en ce qui concerne les prestations subobligatoires, par un contrat innommé (sui generis) dit de prévoyance, dont le règlement de prévoyance constitue le contrat 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 (ATF 127 V 301, consid. 3a, voir également ATAS/563/2010 du 20 mai 2010). b) Des institutions de droit public ont été créées en Suisse pour le personnel de la fonction publique (RIEMER / RIEMER-KAFKA, op. cit., §1, n° 70, p. 26). Dans un tel cas, les relations juridiques entre les parties sont en général les suivantes : ■ Les relations entre l'employeur - soit l'Etat - et l'employé sont généralement régies par le droit de la fonction publique ; ■ L'employeur est lié à l'institution de prévoyance de droit public de par la loi ; ■ Enfin, les rapports entre l'employé et l'institution de prévoyance sont régis par la loi, soit en d'autres termes par les statuts auxquels force de loi est reconnue, et non pas par un contrat de prévoyance, comme c'est le cas entre l'employé et l'institution de prévoyance de droit privé (ATF 119 V 142). i) L'obligation de conclure une convention d'affiliation écrite 9. Dans le cas d'espèce, trois phases distinctes peuvent être distinguées s'agissant des relations entre X_____, la CIA et les demandeurs. a) Avant l'autonomisation de X_____, en 1994, la situation correspondait à celle prévalant dans le domaine de la fonction publique : les relations juridiques

A/137/2009 - 46/67 - entre les parties étaient toutes régies par la loi, aucun élément contractuel n'entrant en ligne de compte. Il s'ensuit que les demandeurs, engagés par l'Etat de Genève en 1977 en qualité de surveillants de X_____, étaient, à ce titre, assurés ex lege auprès de la défenderesse, institution de droit public conformément aux art. 53 du Règlement fixant le statut du personnel de l'administration cantonale du 17 octobre 1973, puis 47 du Règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale du 7 décembre 1987 (ci-après : règlement d'application), aujourd'hui abrogés. La conclusion d'un contrat de prévoyance n'était ainsi pas nécessaire. L'Etat de Genève, employeur, était également affilié à la CIA ex lege sans qu'une convention d'affiliation ne soit nécessaire. b) Lors de l'autonomisation de X_____, en 1994, tout le personnel travaillant chez X_____ - et par conséquent les demandeurs - a été transféré de plein droit à X_____ conformément à l'art. 41 al. 1 LX_____. S'agissant de la prévoyance professionnelle, l'alinéa 3 de cette même disposition prévoyait que « le personnel transféré à l'établissement [pouvait] rester affilié à la Caisse de prévoyance du personnel enseignant de l'instruction publique et des fonctionnaires de l'administration du canton de Genève (CIA) ». Dans un premier temps, le statut du personnel de X_____ est resté régi, par analogie et à titre transitoire, par la loi générale

relative au personnel de l'administration cantonale et des établissements publics médicaux, du 15 octobre 1987, ainsi que par les autres lois et règlements qui lui étaient applicables, jusqu'à l'entrée en vigueur des dispositions d'application de l'art. 13 al. 2 let. j LX_____ (voir art. 1 du règlement concernant le statut transitoire du personnel de X_____ à Genève, du 5 décembre 1995 ; ci-après : règlement concernant le statut transitoire ; RS J 3.25.08, aujourd'hui abrogé). En d'autres termes, jusqu'à l'établissement du statut du personnel, prévu par l'art. 13 al. 2 let. j LX_____, le personnel de X_____ restait soumis au règlement d'application précité et notamment à son art. 47 qui prévoyait l'affiliation ex lege à la CIA. c) Suite à l'adoption du Statut du personnel de X_____ à Genève (X_____) le 1er décembre 1995 [ci-après : Statut X_____ (édition 1996)], entré en vigueur le 1er janvier 1996, le règlement précité concernant le statut transitoire susmentionné a été abrogé. Le Statut X_____ (édition 1996) prévoit à son art. 43 que dans la mesure où les conditions statutaires étaient remplies, les membres du personnel étaient affiliés à la CIA. En adoptant cette disposition, X_____ a, à l'évidence, marqué son intention de rester affilié à la CIA. Se pose dès lors la question de la nécessité de conclure une convention d'affiliation écrite avec la CIA.

A/137/2009 - 47/67 - c/aa) La CIA est une institution de droit public créée pour les fonctionnaires de l'Etat de Genève, l'affiliation de ces derniers s'effectuant ex lege. L'art. 1 des Statuts CIA (édition 1997), applicable lors de l'adoption du Statut X_____ (édition 1996), prévoit cependant que les établissements ou les fondations de droit public cantonal ainsi que des institutions privées pouvaient s'affilier à la CIA en concluant une convention d'affiliation. Ces institutions n'étant pas affiliées ex lege à la CIA, la conclusion d'une telle convention était à l'évidence nécessaire. Au préalable, la demande des institutions externes devait avoir été approuvée tant par le Conseil d'Etat que par le Comité de la CIA. c/bb) Suite à son autonomisation, X_____ se trouvait à l'évidence dans la même situation que les institutions externes précitées, n'étant plus affilié ex lege à la CIA. En effet, si l'affiliation du personnel de X_____ à la CIA existait certes avant l'autonomisation de X_____ en vertu du règlement d'application, il n'en demeure pas moins qu'avec l'entrée en vigueur du Statut X_____ (édition 1996), le 1er janvier 1996, le règlement précité n'était plus applicable de sorte que le personnel de X_____ n'était plus assuré ex lege à la CIA, étant rappelé que la LX_____ prévoyait la possibilité de rester affilié et non pas l'obligation. Par conséquent, dès lors que dans le cas d'espèce, le lien d'affiliation du personnel de X_____ et la CIA a cessé d'exister ex lege avec l'adoption du statut du personnel, la conclusion d'une convention était nécessaire. Cela étant, les Statuts CIA (édition 1997) ne prévoyant aucune condition de forme à cette convention, il y a lieu d'admettre qu'une telle convention pouvait être conclue tacitement, même si la forme écrite eût été préférable pour la sécurité du droit. Par ailleurs, même s'il ressort des statuts de la CIA que la demande d'affiliation de l'institution devait être approuvée par le Conseil d'Etat et le Comité de la CIA, la Cour de céans est d'avis que cette approbation était superflue, dans le cas d'espèce, dès lors que la LX_____ permettait au personnel de rester affilié à la CIA. Au vu des considérations qui précèdent, la Cour de céans considère qu'une convention d'affiliation a, en réalité, été conclue tacitement entre X_____ et la CIA. En effet, dans le cas contraire, le personnel de X_____ n'aurait plus été assuré auprès de la CIA dès le 1er janvier 1996, ce qui n'est à l'évidence pas le cas. ii) Le contenu de la convention d'affiliation tacite 10. Selon X_____, la convention d'affiliation portait également sur la limitation du salaire assuré à un coulisement de deux classes (voir réponse de X_____ du 27 mars 2009). Il convient d'examiner ce moyen

soulevé par le défendeur. a) La relation entre l'employeur et l'institution de prévoyance repose sur une convention dite d'affiliation (Anschlussvertrag; art. 11 LPP) qui est un des contrats

A/137/2009 - 48/67 - innommés du droit et de la pratique de la prévoyance professionnelle (ATF 120 V 299 consid. 4a p. 304). Par ce contrat, l'institution s'engage à fournir les prestations découlant de la LPP pour l'employeur. En contrepartie, celui-ci s'engage à payer les primes dont elle demande le paiement. En remplissant ces incombances, les parties s'acquittent de leurs obligations contractuelles (ATF non publié B 149/2006, consid. 6.2 ; (STAUFFER, Berufliche Vorsorge, 2005, n° 315, p. 113 ; WYLER, in LPP et LFLP, 2010, n° 5 ad Art.11). Une telle convention d'affiliation contient en principe les obligations suivantes pour l'employeur (LÜTHY, op.cit., p. 87 et ss): ■ L'obligation d'annoncer tout travailleur appartenant au cercle des personnes assurées selon le règlement ; ■ L'obligation de s'acquitter des primes et de les déduire du salaire des travailleurs ; ■ L'obligation de créer une commission de prévoyance du personnel ; ■ La reconnaissance des statuts et du règlement de l'institution de prévoyance. b/aa) En l'espèce, la Cour de céans rappelle, à titre liminaire, que la convention d'affiliation ne peut être entrée en vigueur qu'avec effet au 1er janvier 1996. En effet, ce n'est qu'à cette date que le Statut X_____ (édition 1996) est entré en vigueur, ce qui a eu pour conséquence l'abrogation du règlement concernant le statut transitoire et la fin de l'affiliation ex lege du personnel à la CIA. Par ailleurs, les statuts CIA (édition 2000) et le règlement général ne sont entrés en vigueur que le 1er janvier 2000 (voir notamment art. 76 du règlement général, en ce qui concerne ce dernier), soit près d'un an après l'instauration de la nouvelle politique salariale. Aussi, compte tenu de ce qui précède, le contenu de la convention d'affiliation tacite ne peut s'examiner qu'au regard des dispositions statutaires applicables en 1996, lorsqu'il a été décidé que le personnel de X_____ resterait affilié à la CIA. b/bb) Selon l'art. 41 al. 3 LX_____, « le personnel transféré à l'établissement [pouvait] rester affilié à la Caisse de prévoyance du personnel enseignant de l'instruction publique et des fonctionnaires de l'administration du canton de Genève (CIA) ». Une interprétation littérale de cette disposition permet de retenir que le personnel transféré avait la possibilité - et non l'obligation - de rester affilié à la CIA. De plus, l'emploi du terme « rester » signifie à l'évidence que l'affiliation devait perdurer aux mêmes conditions que précédemment (selon le Petit Larousse, le terme

A/137/2009 - 49/67 - « rester » signifie « se maintenir, continuer à être dans la même position, le même état »). Par conséquent, la convention d'affiliation ne pouvait que reprendre les mêmes termes et conditions que celles précédemment applicables, soit celles ressortant clairement des statuts de la CIA. b/cc) En outre, comme constaté précédemment, lors de la conclusion de la convention d'affiliation tacite, fin 1995, la nouvelle politique salariale n'avait pas encore été évoquée de sorte que la convention d'affiliation initiale ne pouvait en tout état pas tenir compte de ces particularités. b/dd) La Cour de céans relève enfin que Monsieur AA_____, de la CIA, a lui-même admis l'existence de deux conventions : 1) la convention d'affiliation, conclue tacitement, qui ne faisait que reprendre les statuts et règlements de la CIA et 2) une convention sur le salaire assuré, qu'il a lui-même signée (voir procès-verbal de l'audition de Monsieur AA_____ du 19 janvier 2011, p. 3 à 5). A noter, qu'aucune convention stricto sensu portant sur le salaire assuré n'a formellement été conclue, le témoin faisant en réalité allusion à un courrier du 9 février 1999 que la CIA a adressé à X_____ (voir courrier de la CIA du 15 juillet

2011). c) Force est par conséquent de constater que, contrairement à ce que X_____ soutient, la convention d'affiliation tacite conclue avec la CIA ne portait aucunement sur le salaire assuré et sa limitation à deux classes supplémentaires en cas de réévaluation des fonctions. Elle ne pouvait en effet que reprendre les statuts et règlements de la CIA applicables lors de sa conclusion, ce qui a d'ailleurs été confirmé par Monsieur AA_____ lors de son audition du 19 janvier 2011. Il s'ensuit que le salaire assuré doit être déterminé conformément aux dispositions statutaires de la CIA. c) Le salaire assuré i) La détermination du salaire assuré 11. La Cour de céans relève que les conclusions des demandeurs portent sur la période du 1er janvier 1999 au jour du présent arrêt. Or, les Statuts de la CIA ont été modifiés avec effet au 1er janvier 2000 de sorte qu'il convient de distinguer deux périodes : 1) l'année 1999, pour laquelle les Statuts CIA (édition 1997) étaient applicables et 2) la période de 2000 à ce jour, à laquelle les Statuts CIA (édition 2000) sont applicables. a/aa) Selon l'art. 4 al. 4 des Statuts CIA (édition 1997), les membres actifs sont répartis en deux catégories : 1) les personnes âgées de 20 ans révolus au moins et qui sont mensualisées (catégorie I) et 2) les autres personnes assurées en application des présents statuts (catégorie II). L'art. 4 al. 1 des Statuts CIA (édition 2000)

A/137/2009 - 50/67 - prévoit les catégories suivantes : 1) les salariés qui sont mensualisés (catégorie I) et les autres salariés (catégorie II). Le traitement assuré sert de base pour le calcul des cotisations des membres actifs et de l'employeur [art. 16 al. 1 des Statuts CIA (édition 1997) et 6 al. 1 des Statuts CIA (édition 2000)] et pour le calcul des prestations de la caisse [art. 18 al. 1 des Statuts CIA (édition 1997) et 8 al. 1 des Statuts CIA (édition 2000)]. Selon les art. 16 al. 2 des Statuts CIA (édition 1997) et 6 al. 2 des Statuts (édition 2000), le traitement assuré correspond au traitement déterminant défini aux art. 15 des Statuts (édition 1997) et 15 des Statuts (édition 2000)] moins une déduction de coordination avec l'AVS. Le traitement déterminant des membres actifs de la catégorie I est le traitement légal annuel défini dans l'échelle des traitements des membres du personnel de l'Etat [art. 15 al. 1 des Statuts CIA (édition 1997) et 5 al. 1 des Statuts CIA (édition 2000)]. Le traitement déterminant du personnel des institutions externes est fixé d'entente entre l'employeur et la caisse selon des règles analogues à celles prévalant à l'Etat [art. 15 al. 1 des Statuts CIA (édition 1997) et 5 al. 3 des Statuts CIA (édition 2000)]. Le traitement déterminant est limité au traitement maximum de la classe 30 de l'échelle des traitements des membres du personnel de l'Etat [art. 15 al. 2 des Statuts CIA (édition 1997) et 5 al. 4 des Statuts CIA (édition 2000)]. Selon les art. 26 al. 1 des Statuts CIA (édition 1997) et 56 al. 1 des Statuts CIA (édition 2000), un rappel de cotisations est perçu en cas d'augmentation du traitement assuré résultant d'un changement de classe. Dans certains cas, non pertinents en l'espèce, l'augmentation du traitement assuré n'est pas soumise à rappel. Aux termes de l'annexe IV aux Statuts CIA (édition 1997) et de l'art. 8 de l'annexe aux Statuts CIA (édition 2000), le rappel de cotisations se calcule sur la différence entre le traitement légal, échelon 15 de la nouvelle classe de traitement et le traitement légal, échelon 15, de l'ancienne classe. Ce montant est à multiplier par le taux de rappel existant au moment où le changement de classe de traitement a lieu. Le taux de rappel est égal au taux de la prestation de libre passage, mais au minimum à 75% et au maximum à 270%, respectivement de à 450% [Statuts CIA (édition 1997), respectivement Statuts CIA (édition 2000)]. Le rappel de cotisations est de 1/3 à la charge du membre actif et 2/3 à celle de l'employeur. Pour les membres actifs non soumis aux normes salariales de l'Etat, la classe de fonction initiale prise en considération est déterminée par la caisse. Les règles de calcul du rappel dû en cas d'augmentation de traitement sont définies dans la convention liant la

CIA à l'employeur, conclue en application des art. 2 des Statuts CIA (édition 1997) et 3 des Statuts CIA (édition 2000). En d'autres termes, selon la systématique des statuts de la CIA :

■ Le traitement assuré, qui sert de base au calcul des cotisations et des prestations de la caisse [art. 16 al. 1 et 18 al. 1 des Statuts CIA (édition 1997) et 6 al. 1 et 8

A/137/2009 - 51/67 - al. 1 des Statuts CIA (édition 2000) se calcule conformément aux art. 15 et 16 des Statuts CIA (édition 1997) et 5 et 6 des Statuts CIA (édition 2000). ■ Les règles de calcul des rappels pour les membres actifs non soumis aux normes salariales de l'Etat sont définies dans la convention liant la CIA à l'employeur [voir annexe IV, ch. 3, let. a) aux Statuts CIA (édition 1997) et art. 8 de l'annexe aux Statuts CIA (édition 2000)]. a/bb) Selon l'art. 6bis al. 2 du règlement général de la CIA, les salariés des institutions externes appartiennent à la catégorie I ou à la catégorie II selon les conditions exposées à l'art. 4 des statuts précités et sont attribués aux groupes prévus à cet effet à l'art. 67 des statuts en fonction de la nature de leur activité professionnelle. Le salarié déjà affilié à la CIA en vertu de son engagement par l'Etat ou par une autre institution externe et qui quitte l'un de ses employeurs pour être engagé par l'institution, reste membre de la CIA. Ses droits et obligations à l'égard de la CIA ne sont pas modifiés (art. 6bis al. 3 du règlement général). Sauf exceptions, le traitement ainsi que l'âge ultime de la retraite sont fixés conformément aux normes de l'Etat de Genève (art. 6ter al. 1 du règlement). Si le traitement est fixé conformément aux normes de salaire appliquées par l'Etat, le calcul des rappels a lieu selon les statuts de la Caisse. Si ce n'est pas le cas, un rappel est perçu dès que le nouveau traitement brut dépasse de 20% le montant du premier traitement brut indexé selon les normes de l'Etat (art. 6ter al. 2 du règlement). b) Dans la mesure où l'application des dispositions du droit public cantonal régissant une institution de prévoyance est en cause, le sens et la portée de ces dispositions doivent être déterminés selon les règles usuelles d'interprétation de la loi. Ainsi, il faut en premier lieu se fonder sur la lettre de la disposition en cause (interprétation littérale). Si le texte de cette dernière n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, le juge recherchera la véritable portée de la norme en la dégageant de sa relation avec d'autres dispositions, de son contexte (interprétation systématique), du but poursuivi, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique), ainsi que de la volonté de son auteur telle qu'elle ressort notamment des travaux préparatoires (interprétation historique). Le sens que prend la disposition dans son contexte est également important (ATF 128 II 347 consid. 3.5, 128 V 105 consid. 5, 207 consid. 5b, 125 II 484 consid. 4). c) En l'espèce, le litige ne porte pas sur les règles de calcul des rappels, celles-ci n'ayant pas été contestées. Il concerne uniquement le calcul du salaire assuré, conformément aux art. 15, 16 et 18 des Statuts CIA (édition 1997) et 5, 6 et 8 des Statuts CIA (édition 2000). X_____ étant une institution externe, le traitement assuré de ses salariés de la catégorie I, à laquelle appartiennent les demandeurs, devait être établi en se fondant

A/137/2009 - 52/67 - sur des dispositions analogues à celles de l'Etat [art. 15 et 16 des Statuts CIA (édition 1997) ainsi que 5 et 6 des Statuts CIA (édition 2000)]. Par « analogue », il faut entendre « qui offre une ressemblance, des rapports de similitude avec autre chose » (Dictionnaire Petit Larousse). Conscients de ce point, la CIA et X_____ se sont accordés pour attribuer une classe « équivalent Etat » à chaque classe X_____ mais limitée à deux classes de traitement supplémentaires au maximum (voir notamment procès-verbal de l'audition de Madame K_____ du 17 février 2010, p. 5), ce qui n'est pas contesté par les demandeurs. Il sied donc de déterminer si le salaire assuré des

fonctionnaires de l'Etat de Genève était également limité à deux classes supplémentaires en cas de réévaluation des fonctions ou de promotion. c/aa) S'agissant tout d'abord de la réévaluation des fonctions, Madame K_____ a expliqué qu'en 2009, 11% des employés de l'Etat de Genève avaient bénéficié de sauts de trois classes et 1% de plus de trois classes. Elle a également précisé que le traitement assuré correspondait aux classes de traitement effectives. En cas de promotion, la règle des rappels était appliquée sur la base de la classe de traitement effective, sans plafonnement (voir procès-verbal de l'audition de Madame K_____ du 14 avril 2010, p. 3) Ainsi, en cas de réévaluation de fonctions à l'Etat de Genève, le traitement assuré correspondait aux classes de traitement effectives même si l'employé en question avait bénéficié d'un coulisement de plus de deux classes. En d'autres termes, si, en pratique, la réévaluation des fonctions à l'Etat en 2009 n'entraînait généralement pas de coulisements plus importants que deux classes de fonction dans 88% des cas, 12% des employés ont bénéficié d'un saut de plus de deux classes de fonction et le traitement assuré auprès de la CIA correspondait à la classe de traitement effective. c/bb) En cas de changement de fonction avec promotion, l'art. 8 du règlement d'application de la loi concernant le traitement et les diverses prestations alloués aux membres du personnel de l'Etat, du pouvoir judiciaire et des établissements hospitaliers (RTrait ; RS 5 15.01), qui n'a subi aucune modification pendant la période litigieuse, prévoit que la promotion donne lieu immédiatement à l'octroi d'une augmentation extraordinaire de traitement qui correspond à a) une triple annuité et un coulisement dans la nouvelle classe ou dans la classe la plus proche lorsque la nouvelle fonction est située 3 classes et plus au-dessus de la fonction antérieure, b) une double annuité et un coulisement dans la nouvelle classe ou dans la classe la plus proche lorsque la nouvelle fonction est située 2 classes au-dessus de la fonction antérieure, c) une annuité et un coulisement dans la nouvelle classe lorsque la nouvelle fonction est située une classe au-dessus de la fonction antérieure et d) le niveau salarial du titulaire promu ne peut être inférieur aux normes fixées à l'article 3. En pratique, en prenant en considération la grille salariale 2009, cela

A/137/2009 - 53/67 - signifie que si un fonctionnaire actuellement en classe 11, annuité 7, est promu en classe 14, son traitement sera calculé de la manière suivante : traitement en classe 11, annuité 7 + 3 annuités de promotion = classe 11, annuité 10 ; coulisé en classe 14, son nouveau traitement correspondra à la classe 14, annuité 5. Il aura ainsi fait un saut de trois classes et l'intégralité de son salaire sera assurée auprès de la CIA. c/cc) Force est par conséquent de constater qu'aucune règle ne limite les réévaluations de fonction ou les promotions à deux classes de fonction. Lors de la dernière réévaluation, en 2009, 12% des personnes touchées ont bénéficié d'un saut de trois classes et plus et leur traitement assuré auprès de la CIA correspondait au traitement effectif. En cas de promotion, l'art. 8 RTrait prévoyait le coulisement dans la nouvelle classe de traitement ou dans la classe la plus proche même si le saut était supérieur à deux classes. La Cour de céans peine ainsi à comprendre l'argumentation des défendeurs pour justifier la limitation du traitement assuré à deux classes. Dans ce contexte, elle relèvera d'ailleurs qu'aucun des défendeurs n'a invoqué de disposition ou de jurisprudence à l'appui de sa position. Le fait que les réévaluations de fonction ou les changements de fonction avec promotion n'entraînent, en pratique, pas de coulisement de plus de deux classes dans la plupart des cas, ne signifie pas qu'il y ait une règle dans ce sens. Le contraire ressort d'ailleurs de la note de Madame K_____ qui admet qu'en 2009, 12% des employés de l'Etat avaient bénéficié d'une réévaluation de fonction ayant entraîné un coulisement de plus de deux classes, ainsi que de l'art. 8 RTrait, qui reconnaît les coulisements de trois classes et plus. d) Au vu de ce qui

précède, la Cour de céans considère qu'il y a lieu de retenir que le salaire assuré au sens des statuts de la CIA doit correspondre à la classe « équivalent Etat » de la classe X_____. Certes, une différence entre le salaire perçu et le salaire assuré pourrait persister, dans les cas où le traitement X_____ ne correspond pas exactement au traitement selon la grille de l'Etat, mais cela correspond à l'esprit des statuts. ii) Le principe de l'égalité de traitement 12. En sus du fait que la limitation du salaire assuré CIA à deux classes supplémentaires n'était pas prévue par les Statuts de la CIA, les demandeurs invoquent une violation du principe de l'égalité de traitement. 13. a) Dans le cadre de l'accomplissement de ses tâches en matière de prévoyance obligatoire et subobligatoire, l'institution de prévoyance demeure tenue de se conformer aux principes généraux de procédure applicables dans le droit des assurances sociales et aux exigences constitutionnelles, telles que l'égalité de traitement, l'interdiction de l'arbitraire, la proportionnalité ou encore la protection de la bonne foi (ATF 132 V 154 et 279 consid. 3.1, 130 V 376 consid. 6.4 et les

A/137/2009 - 54/67 - références, 115 V 109 consid. 4b; STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Zurich/Bâle/Genève 2005, p. 513, ch. 1358 ss). Le principe de l'égalité de traitement déduit de l'art. 8 Cst consiste à traiter de manière identique ce qui est semblable et de manière différente ce qui est dissemblable (ATF 118 Ia 1 consid. 3a p. 2). Selon la jurisprudence déduite de l'art. 8 Cst, le règlement d'une institution de prévoyance viole le principe de l'égalité de traitement lorsqu'il établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à régler ou lorsqu'il omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente (cf. ATF 130 V 18 consid. 5.2, ATF 126 V 52 consid. 3b). b) En l'espèce, les statuts de la CIA prévoient en substance deux catégories de personnes : les personnes mensualisées (catégorie I) et les autres personnes (catégorie II). Comme indiqué précédemment, des règles analogues à celles prévalant à l'Etat doivent être appliquées pour déterminer le traitement assuré des employés des institutions externes. Ledit règlement prévoit donc une égalité de traitement entre les membres des institutions externes et les employés de l'Etat en ce qui concerne la détermination du traitement assuré dès lors que des règles semblables doivent être appliquées aux employés de X_____ et à ceux de l'Etat de Genève. Le règlement en tant que tel ne viole par conséquent pas le principe de l'égalité de traitement. Cela étant, la Cour de céans constate que la CIA a violé le principe précité dans l'application de ce règlement. En effet, alors que les employés de l'Etat bénéficiant d'un coulisement de plus de deux classes voient leur salaire assuré correspondre à leur traitement, le salaire assuré des employés de X_____, engagés avant l'entrée en vigueur de la nouvelle politique salariale, en 1999, est limité à un saut de deux classes CIA maximum, quand bien même dans les faits, ils ont bénéficié d'un traitement supérieur. Par ailleurs, un employé engagé après 1999 dans une fonction nouvelle qui bénéficie d'une promotion et d'un saut de plus de deux classes voit son salaire assuré correspondre à son traitement. La CIA traite ainsi différemment des situations identiques ce qui est contraire au principe de l'égalité de traitement déduit de l'art. 8 Cst. C'est le lieu de préciser que les principes de collectivité, d'égalité de traitement et de planification prévus par les art. 1c, 2f et 1g de l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, du 18 avril 1984 (OPP 2 ; RS 831.441.1) ne trouvent pas application dans le cas d'espèce, les statuts de la CIA prévoyant deux catégories de salariés fondées sur des critères objectifs, pour lesquels le principe de l'égalité de traitement est respecté. Ce sont en réalité

A/137/2009 - 55/67 - l'interprétation et l'application des Statuts au cas de X_____ qui violent le principe de l'égalité de traitement. d) La validité d'un accord sur le salaire assuré

14. Pour justifier la limitation du salaire assuré, les défendeurs se réfèrent à la conclusion de deux accords, à savoir une convention portant sur la question du salaire assuré conclue entre X_____ et la CIA (voir procès-verbal d'audition de Monsieur AA_____ du 19 janvier 2011) et un accord formel et tacite des demandeurs portant sur le salaire assuré compte tenu de la réception des avis de situation annuels et du paiement des cotisations sans opposition (réponse de X_____ du 27 mars 2009, p. 24). Il convient d'examiner si de tels accords ont été conclus et, le cas échéant, quelle en est la validité. a/aa) Les statuts de la CIA, institution de droit public, ont été adoptés par le Grand Conseil (en ce qui concerne les Statuts CIA (édition 1997), voir loi 6365 pour les statuts initiaux et lois 6742, 6677, 6942, 7065 et 7121 pour les modifications statutaires ultérieures - pièce 2a, défendeur ; en ce qui concerne les Statuts CIA (édition 2000), voir loi 8015 pour les statuts initiaux et lois 8553, 9066, 9176 et 10002 s'agissant des modifications statutaires ultérieures - pièce 2b, défendeur) de sorte que force de loi doit leur être reconnue. Ils font désormais partie du droit cantonal (ATF 119 V 142). Dans un tel cas, à la différence de celles qui lient les institutions de droit privé à leurs affiliés, les relations entre institutions de droit public et assurés, en matière de prévoyance plus étendue, se fondent, non sur un contrat de prévoyance, mais directement sur la loi (ATF 119 V 142). a/bb) En vertu du principe du parallélisme des formes, selon lequel une disposition légale (au sens matériel) ne peut être modifiée que par l'adoption d'une disposition de rang égal ou supérieur (KNAPP, Précis de droit administratif, 1991, p. 59 n° 272, MOOR, 1994, ch. 2.2.1.2 p. 82), les statuts de la CIA ne peuvent être changés que par le biais d'une modification législative. b) Au vu de ce qui précède, si les défendeurs entendaient modifier le salaire assuré pour les employés de X_____, il leur appartenait d'entreprendre les démarches nécessaires pour que le Grand Conseil révise les statuts de la CIA. En effet, un accord entre X_____ et la CIA ne peut déroger aux statuts précités dans la mesure où il n'a pas fait l'objet d'une approbation par le Grand Conseil. Or, il est patent qu'aucune convention stricto sensu n'a formellement été conclue entre X_____ et la CIA. Il en va de même d'un éventuel accord entre la CIA et les demandeurs. En effet, un tel accord, qui plus est tacite, ne saurait déroger aux statuts d'une institution de

A/137/2009 - 56/67 - droit public, même en matière de prévoyance surobligatoire. Quoi qu'il en soit, en l'espèce, un tel accord n'existe pas (voir infra let. e). C'est par conséquent à tort que les défendeurs entendent se prévaloir de tels accords. e) La violation des principes de la bonne foi et de l'interdiction de l'abus de droit 15. Selon X_____, les demandeurs ont adopté un comportement contraire à la bonne foi, commettant ainsi une violation du principe de l'interdiction de l'abus de droit (réponse de X_____ du 27 mars 2009, p. 24). a) Le principe de la bonne foi, ancré à l'art. 2 al. 1 CC, s'applique à l'ensemble des domaines du droit. L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi (art. 2 al. 2 CC). Le juge possède ainsi le pouvoir de corriger les effets de l'application (formelle) de la loi lorsque celle-ci se heurte aux impératifs (matériels) des intérêts à protéger selon la justice (notamment: ATF 134 III 52 consid. 2.1 p. 58/59; DESCHENAUX, Le Titre préliminaire du code civil, in Traité de droit privé suisse, tome II/1, 1969, p. 146; BAUMANN, Commentaire zurichois, 1998, n° 21 ad art. 2 CC). L'existence d'un abus de droit s'apprécie au regard des circonstances du cas d'espèce, en prenant en considération les divers cas de figure mis en évidence par la jurisprudence et la doctrine (ATF 134 III 52 consid. 2.1 p. 58; 129 III 493 consid. 5.1 et les arrêt cités). Ainsi

l'exercice d'un droit peut être abusif s'il contredit un comportement antérieur, qui avait suscité des attentes légitimes chez l'autre partie (venire contra factum proprium). Par exemple, commet un abus de droit la partie qui, dans un premier temps, accepte de conclure une convention et qui se prévaut ensuite de son invalidité en invoquant des règles légales impératives, alors qu'elle s'était délibérément accommodée du contenu de la convention au moment de la conclusion ou qui avait voulu cette convention dans son propre intérêt (ATF 112 II 330 consid. 2b et les références; 81 II 627 consid. 3 p. 632; 72 II 39 consid. 3 p. 43; cf. également ATF 133 III 61 consid. 4.1 p. 76; MERZ, in Commentaire bernois, 1962, n° 493 ad art. 2 CC; BAUMANN, in Commentaire zurichois, 1998, n° 281/282 ad art. 2 CC; ABBET, De l'Exceptio doli à l'interdiction de l'abus de droit, 2006, p. 239). La partie qui reproche à son cocontractant un abus de droit doit prouver les circonstances particulières qui, dans le cas concret, autorisent à retenir que l'invalidité de la convention est invoquée de façon abusive (ATF 134 III 52 consid. 2.1 p. 58/59). Si de telles circonstances sont réunies, chaque instance judiciaire est tenue d'office de faire application de l'art. 2 al. 2 CC (ATF 134 III 52 consid. 2.1 p. 59 et les arrêts cités). b) En l'espèce, X_____ prétend avoir pris de nombreuses mesures en faveur de son personnel, se fiant notamment à l'absence de contestation individuelle, en procédant à des hausses substantielles de salaire et en introduisant d'autres

A/137/2009 - 57/67 - avantages. Il n'aurait jamais procédé de la sorte « s'il avait pu concevoir que, bien des années plus tard et malgré leur acceptation donnée à l'époque, des employés élèveraient les prétentions exorbitantes des demandeurs » (réponse du 27 mars 2009, p. 24 ss). Il résulte cependant des pièces du dossier ainsi que des témoignages recueillis au cours de la procédure que la nouvelle politique salariale a été initiée par la direction de X_____ sans que le personnel n'en ait émis le souhait (voir procès-verbal de l'audition de Monsieur M_____ du 9 juin 2010, p. 3). Le choix d'accepter cette politique salariale ne lui a au demeurant jamais été donné (voir procès-verbal des auditions de Monsieur O_____ du 9 juin 2010, p. 2, de Monsieur V_____ du 9 juin 2010, p. 2, de Monsieur N_____ du 13 octobre 2010, p. 2 et 3 et de Monsieur P_____ du 13 octobre 2010, p. 2). Qui plus est, la Commission du personnel, qui était chargée de la défense des intérêts du personnel, notamment en ce qui concerne les conditions de rémunération, s'est opposée à cette nouvelle politique (pièce 14, défendeur et procès-verbal d'audition de Monsieur M_____ du 9 juin 2010, p. 3). La Cour de céans relève que lors de la présentation de la nouvelle politique salariale, il n'était pas encore question de la limitation du salaire assuré (voir procès-verbal des auditions de Monsieur V_____ du 9 juin 2010, p. 2, de Monsieur N_____ du 13 octobre 2010, p. 3 et de Monsieur P_____ du 13 octobre 2010, p. 2). Par la suite, ce principe a été imposé au personnel de X_____, aucun choix ne lui ayant été donné (voir procès-verbal des auditions de Monsieur O_____ du 9 juin 2010, p. 2, de Monsieur M_____ du 9 juin 2010, p. 3, de Monsieur O_____ du 9 juin 2010, p. 2, de Monsieur V_____ du 9 juin 2010, p. 2, de Monsieur N_____ du 13 octobre 2010, p. 3 et de Monsieur P_____ du 13 octobre 2010, p. 2). D'ailleurs, dès l'entrée en vigueur de la nouvelle politique salariale, une pétition destinée au Grand Conseil a été signée par près de 100 employés (pièce 11, demandeurs). En réalité, le seul choix qui ait été donné au personnel date de 1994 et portait sur la possibilité d'adhérer au statut du personnel de X_____ ou de rester soumis à celui de l'Etat de Genève (voir procès-verbal des auditions de Monsieur O_____ du 9 juin 2010, p. 2, de Monsieur V_____ du 9 juin 2010, p. 2, de Monsieur N_____ du 13 octobre 2010, p. 3 et de Monsieur P_____ du 13 octobre 2010, p. 2). Enfin, dès

2000, la question de l'assurance de la différence X_____ a fait l'objet de discussions entre la direction et la Commission du personnel ou l'association des cadres (voir notamment pièces 12 à 16, 20 et 21, demandeurs et procès-verbaux des auditions de Monsieur L_____ du 9 juin 2010, p. 8, de Monsieur O_____ du 9 juin 2010, p. 3, de Monsieur V_____ du 9 juin 2010, p. 3 et de Monsieur N_____ du 13 octobre 2010, p. 3).

A/137/2009 - 58/67 - Au vu de ce qui précède, il apparaît évident que la nouvelle politique salariale et la limitation à un saut de deux classes du salaire assuré auprès de la CIA ont été imposés aux membres du personnel de X_____. Or, cette situation a été contestée par la Commission du personnel, représentant les intérêts du personnel, et des discussions pour assurer la différence X_____ ont été menées. Le défendeur ne peut dès lors prétendre ne pas être au courant de l'opposition du personnel. Ainsi, même si les demandeurs n'ont pas agi à titre individuel dès la limitation à deux classes CIA, il ne peut leur être reproché un comportement contradictoire compte tenu des circonstances et des discussions portant notamment sur le fait d'assurer la différence X_____, menées par la Commission du personnel, représentant leurs intérêts. Le défendeur ne saurait ainsi raisonnablement soutenir que les demandeurs ont violé le principe de la bonne foi et de l'interdiction de l'abus de droit. f) L'absence d'assentiment de l'employeur s'agissant de l'augmentation des cotisations 16. X_____ invoque également les art. 66 LPP et 331 al. 3 CO, considérant ne pas avoir donné son assentiment pour une augmentation des cotisations. a) Selon l'art. 66 al. 1 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. La contribution de l'employeur ne peut être fixée plus haut qu'avec son assentiment. Quant à l'art. 331 al. 3 CO, il stipule que lorsqu'il incombe au travailleur de verser des cotisations à une institution de prévoyance, l'employeur est tenu de verser en même temps une contribution au moins égale à la somme des cotisations de tous les travailleurs; il financera sa contribution par ses moyens propres ou à l'aide de réserves de cotisations de l'institution de prévoyance; ces réserves doivent avoir été accumulées préalablement dans ce but par l'employeur et être comptabilisées séparément. Ces dispositions portent sur le principe de la parité collective des cotisations. Cela ne signifie cependant pas que chaque cotisation versée pour un assuré entraîne toujours une cotisation équivalente de l'employeur. Il est ainsi admissible que les cotisations des employés les plus jeunes soient plus élevées que les cotisations de l'employeur les concernant. Cependant, avec l'accord de l'employeur, une cotisation plus élevée peut être fixée au niveau réglementaire (BRECHBUHL, in Commentaire LPP et LFLP, 2010, n° 8 et 13 ad art. 66). b) En l'espèce, le litige ne porte pas sur la question du taux de la cotisation, mais sur le salaire assuré. Force est ainsi de constater que les art. 66 al. 1 LPP et 331 al. 3 CO ne trouvent pas application in casu, le taux de cotisation - qui n'a pas varié au

A/137/2009 - 59/67 - demeurant - à raison d'un tiers pour l'employé et de deux tiers pour l'employeur étant prévu par les statuts CIA et le Statut X_____. g) L'art. 65 LPP 17. Dans un autre moyen, la défenderesse invoque l'art. 65 LPP, apparemment pour justifier l'accord entre X_____ et elle-même. a) A teneur de l'art. 65 LPP, les institutions de prévoyance doivent offrir en tout temps la garantie qu'elles peuvent remplir leurs engagements (al. 1). Elles régleront leur système de cotisations et leur financement de telle manière que les prestations prévues par la présente loi puissent être fournies dès qu'elles

sont exigibles (al. 2). Les frais d'administration des institutions de prévoyance sont portés au compte d'exploitation. Le Conseil fédéral édicte des dispositions relatives aux frais d'exploitation et fixe de quelle manière ils doivent être pris en compte (al. 3). Selon le Tribunal fédéral, lorsque l'équilibre financier de l'institution de prévoyance est sérieusement menacé, l'institution de prévoyance peut s'écarter des dispositions réglementaires. En effet, dans un arrêt du 28 juin 2006 dans l'affaire Fondation F. contre M. et B., 2A.562/2005, le Tribunal fédéral a estimé que l'art. 65 al. 1 LPP, qui impose aux institutions de prévoyance professionnelles d'offrir en tout temps la garantie qu'elles peuvent remplir leurs engagements, est une disposition fondamentale et impérative qui prime les dispositions réglementaires dont l'application aurait pour effet de provoquer la survenance d'un découvert ou de l'augmenter. Il ne saurait par conséquent être reproché à une institution de prévoyance d'avoir pris des mesures d'assainissement immédiates, si ce n'est préventives, lui permettant d'éviter un découvert prévisible, avant même de modifier son règlement. Cela reviendrait à lui reprocher d'avoir respecté l'exigence fondamentale de l'art. 65, al. 1 LPP. Il ressort toutefois du cas jugé par notre Haute Cour, que ce n'est que dans des hypothèses très précises (situation financière nécessitant la prise de mesures d'assainissement immédiates) que l'institution de prévoyance peut s'écarter de son règlement. Au surplus, même dans cette hypothèse, elle ne saurait faire fi des principes fondamentaux régissant la prévoyance professionnelle, soit ceux de la collectivité, de la solidarité, de la planification, de l'adéquation et de l'égalité de traitement. (ATF 120 Ib 199 consid. 3c S. 202; ASA 71 384 consid. 3b p. 387 s., avec des références à la doctrine; arrêt du 20 mars 2002, 2A.404/2001 consid. 2.1 publié in : Pra 2002 208; arrêt du 21 décembre 2001 2P.127/2001 consid. 4b, publié in: StR 57 2002, p. 388; cf. ATF 129 III 305 consid. 2.5 S. 310). b) En l'espèce, il n'est pas contesté que la nouvelle politique salariale allait entraîner des coûts supplémentaires pour les parties et qu'une part de ceux-ci ne serait pas couverte par les rappels. Cela étant, la CIA n'a ni allégué ni prouvé qu'elle se trouvait, lors de l'introduction de la nouvelle politique salariale en 1999

A/137/2009 - 60/67 - et de la limitation à deux classes supplémentaires qui s'en est suivie, dans une situation financière nécessitant la prise de mesures d'assainissement immédiates. Elle n'a, en particulier, pas allégué de découvert et ne l'a encore moins démontré de manière concrète. Tout au plus a-t-elle indiqué devoir supporter, si l'intégralité du salaire des employés de X_____ était assurée, un coût non facturé de 1'347'913 fr. en 2009 et de 3'500'000 fr. sur les 10 prochaines années (de 2009 à 2018). Ces pertes auraient été reportées sur la collectivité des assurés, ce qui aurait entraîné une solidarité non souhaitable entre assurés. La Cour de céans relève dans ce contexte que les chiffres allégués tiennent uniquement compte de la situation prévalant en 2009 et non de celle existant en 1999, lors de l'introduction de la nouvelle politique salariale. De surcroît, quand bien même la CIA se serait trouvée dans une situation financière nécessitant la prise de mesures d'assainissement immédiates, la limitation du salaire assuré à deux classes CIA supplémentaires, appliquée aux seuls employés de X_____, ne saurait constituer une telle mesure. Elle correspond au contraire à une convention isolée de prévoyance « à la carte », imposée aux seuls employés de X_____, laissant ainsi subsister la possibilité de tenir compte de sauts de plus de deux classes pour les employés de l'Etat de Genève et des autres institutions de droit public, affiliées à la CIA. Or, de telles mesures sont proscrites par les principes fondamentaux régissant la prévoyance professionnelle, notamment ceux de la collectivité et de l'égalité de traitement (cf. arrêt du 21 décembre 2001 2P.127/2001 consid. 4b, publié in: StR 57 2002, S. 388, 391). Le moyen soulevé par la défenderesse est ainsi mal

fondé. h) La prescription 18. Le défendeur invoque enfin la prescription d'une partie des prétentions des demandeurs. a) Selon l'art. 66 al. 2 LPP, applicable en matière de prévoyance obligatoire, l'employeur est débiteur de la totalité des cotisations envers l'institution de prévoyance. En matière de prévoyance surobligatoire, une règle analogue se trouve à l'art. 331 al. 3 CO, qui prévoit que lorsqu'il incombe au travailleur de verser des cotisations à une institution de prévoyance, l'employeur est tenu de verser en même temps une contribution au moins égale à la somme des cotisations de tous les travailleurs. L'employeur doit transférer à l'institution de prévoyance le montant de la cotisation déduite du salaire du travailleur en même temps que sa propre contribution (voir BRECHBÜHL, in LPP et LFLP, 2010, n° 32 ad Art. 66). A teneur des art. 66 al. 3 LPP et 331 al. 3 in fine CO, l'employeur déduit en outre du salaire les cotisations que les dispositions réglementaires mettent à la charge du salarié.

A/137/2009 - 61/67 - Conformément à la jurisprudence, l'action par laquelle un employé réclame à son employeur le paiement a posteriori des cotisations d'employeur et d'employé à l'institution de prévoyance doit être intentée contre l'employeur et non contre l'institution de prévoyance (ATF 129 V 320 consid. 3.1, voir également ATFA non publié B 4/99 du 6 décembre 1999, consid. 6 in SZS 2002 p. 499). b) En l'espèce, le litige porte sur le montant du salaire assuré et par voie de conséquence, sur les cotisations qui auraient dû être prélevées par X_____ sur le salaire effectif des demandeurs et reversées à la CIA, avec la part employeur. Conformément à la jurisprudence précitée (ATF 129 V 320 et les références citées), il s'agit donc d'un litige opposant les travailleurs, soit en l'occurrence les demandeurs, à leur employeur, X_____, débiteur des cotisations litigieuses et défendeur. Dans un tel cas, selon la doctrine, les créances pour les cotisations de l'employeur, non déduites du salaire, sont soumises au délai de prescription de cinq ans de l'art. 41 LPP et non à celui des art. 62 et ss CO (PETREMAND, in LPP et LFLP, 2010, n° 12 ad Art. 41 LPP). 19. a) Selon l'art. 41 al. 1 LPP, dans sa version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2004, applicable à la prévoyance obligatoire, 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. Depuis le 1er janvier 2005, l'art. 41 LPP prévoit à son alinéa 1 que le droit aux prestations ne se prescrit pas pour autant que les assurés n'aient pas quitté l'institution de prévoyance lors de la survenance du cas d'assurance. Quant à la prescription des actions en recouvrement de créances, elle n'a pas été modifiée (cf. al. 2). b) Jusqu'au 31 décembre 2004, la LPP ne prévoyait pas de disposition particulière sur la prescription des prétentions de l'assuré en matière prévoyance plus étendue. Toutefois, dans un arrêt du 29 novembre 1991, publié aux ATF 117 V 329, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser que dans la prévoyance obligatoire comme dans la prévoyance plus étendue, les créances de l'affilié étaient soumises à un délai de prescription de cinq ans quand elles portaient sur des prestations périodiques et de dix ans dans les autres cas. Cette solution, consacrée par l'art. 41 al. 1 LPP, s'inspirait directement des art. 127 et 128 CO, qui étaient, quant à eux, applicables à la prévoyance plus étendue (RIEMER, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, p. 104, n. 20; message précité, FF 1976 I 219). Ainsi, dans le cas d'une rente d'invalidité, chacun des arrérages se prescrivait par cinq ans, alors que le droit de percevoir les rentes comme tel se prescrivait dans le délai ordinaire de dix ans (cf. ATF 111 II 501).

A/137/2009 - 62/67 - Depuis le 1er janvier 2005, l'art. 49 al. 2 LPP, applicable en matière de prévoyance plus étendue, renvoie à l'art. 41 LPP pour ce qui a trait à la prescription. c)

Lorsque, comme en l'occurrence, la loi ne contient pas de disposition transitoire en ce qui concerne le régime de prescription applicable, la jurisprudence et la doctrine considèrent que la nouvelle réglementation est applicable aux prétentions relevant de l'ancien droit, si celles-ci, bien que nées et exigibles avant l'entrée en vigueur du nouveau droit, ne sont pas encore prescrites ou périmées à ce moment-là (ATF 132 V 159 consid. 2 p. 161, 131 V 425 consid. 5.2 p. 42, 111 II 193, 107 Ib 198 consid. 7b/aa p. 203, 102 V 206 consid. 2 p. 207; RHINOW/KRÄHENMANN, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, no 15 B III d p. 45; GADOLA, Verjährung und Verwirkung im öffentlichen Recht, in : PJA 1/95, p. 58). d) 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 (BRECHBUHL, op. cit., n° 34 ad art. 66). Avant cette date, l'exigibilité d'une créance de cotisation ressortait des dispositions réglementaires ou contractuelles (ATF 136 V 73, consid. 3.1, voir également arrêt non publié 9C_618/2007 du 28 janvier 2008, consid. 1.1.2). e) En l'espèce, depuis l'entrée en vigueur du règlement général, le 1er janvier 2000, la perception des cotisations est prévue par l'art. 26bis qui stipule que les cotisations doivent être versées à la Caisse au plus tard dans les quinze jours qui suivent le mois pour lequel elles sont dues, étant précisé que la perception de cotisations annuelles s'effectue 10 fois par an pour les salariés de la catégorie I conformément à l'art. 55 al. 5 des Statuts CIA (édition 2000). Auparavant, les Statuts CIA (édition 1997) préoyaient uniquement que la perception des cotisations annuelles s'effectuait 10 fois par an et qu'elles étaient versées à la Caisse par l'employeur. Dans un tel cas, conformément à l'art. 130 al. 1 CO, la créance est exigible dès sa naissance (PICHONNAZ, in Commentaire romand - Code des obligations I - art. 1 à 529, n° 1 ad art. 130). e) S'agissant de l'interruption de la prescription, le Tribunal fédéral des assurances a rappelé (arrêts non publiés du 16 octobre 2006, B 55/06 et du 18 août 2006, B 53/06) que le droit public admet de façon plus large que le droit privé des actes interruptifs du créancier, en ce sens que le délai de prescription est interrompu – outre par les moyens mentionnés par l'art. 135 CO – par tout acte par lequel celui-ci fait valoir sa prétention de manière appropriée à l'égard du débiteur (voir GADOLA, op. cit., pp. 47 ss ; BRACONI, Prescription et péremption dans

A/137/2009 - 63/67 - l'assurance sociale, in Droit privé et Assurances sociales, Fribourg 1990, p. 232 ; MOOR, Droit administratif, vol. II, p. 54). Toutefois, en matière de prévoyance professionnelle, les institutions de prévoyance ne sont pas habilitées à rendre de décision à l'égard de leurs affiliés. Elles doivent – comme les ayants droit ou les employeurs – faire valoir leurs droits par voie d'action pour les litiges visés par l'art. 73 LPP (ATF 115 V 229 consid. 2) et sont, sous cet angle, soumises aux mêmes exigences que les créanciers de droit privé. Il faut encore relever qu'en matière de prévoyance professionnelle, l'art. 41 al. 2 LPP, relatif à la prescription des actions en recouvrement de créances de cotisations ou de prestations périodiques, renvoie explicitement aux art. 129 à 142 CO. Cette réglementation est impérative et s'applique à toutes les créances fondées sur la LPP, notamment aussi aux rapports juridiques avec des institutions de droit public (Message du Conseil fédéral à l'appui d'un projet de loi sur la prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité du 19 décembre 1975, FF 1976 I 251 ; voir aussi ATF 132 V 165 consid. 4.4.3 et ATF 128 V 241 consid. 3b, où le Tribunal fédéral des assurances se

réfère explicitement aux actes interruptifs de prescription au sens de l'art. 135 CO ; cf. également l'ATF du 10 février 2004, B 87/00). En raison de ce renvoi pur et simple aux dispositions du Code des obligations et dès lors que l'énumération contenue à l'art. 135 ch. 2 CO est exhaustive, il n'y a pas de place en l'espèce pour une réglementation plus large en matière d'interruption de la prescription du fait du créancier (cf. également BRACONI, op. cit., p. 232). 20. En l'espèce, il convient de distinguer trois périodes : ■ Les cotisations dues pour l'année 1999 : elles étaient d'ores et déjà prescrites lors de l'entrée en vigueur de la version actuelle de l'art. 41 LPP, le 1er janvier 2005. En effet, exigibles dès le mois où elles étaient dues, soit au plus tard le 31 décembre 1999, les cotisations précitées se sont prescrites au plus tard le 31 décembre 2004. ■ Les cotisations dues pour les années 2000 à 2004 : la prescription des cotisations non encore prescrites lors de l'entrée en vigueur de la version actuelle de l'art. 41 LPP doit, conformément à la jurisprudence, s'examiner au regard de la nouvelle teneur de l'art. 41 LPP, en vigueur depuis le 1er janvier 2005 (voir ATF 132 V 159 consid. 2 p. 161, 131 V 425 consid. 5.2 p. 42, 111 II 193, 107 Ib 198 consid. 7b/aa p. 203, 102 V 206 consid. 2 p. 207). Dès le 1er janvier 2000, l'employeur devait reverser à la caisse les cotisations prélevées dans les quinze jours qui suivent le mois pour lequel elles sont dues. Par conséquent, elles étaient exigibles dès l'expiration de ce délai. Ainsi, les cotisations dues pour le mois de janvier 2000 devenaient exigibles le 15 février 2000 et se prescrivaient cinq ans après, soit le 15 février 2005, celles dues pour A/137/2009 - 64/67 - le mois de février 2000 devenaient exigibles le 15 mars 2000 et se prescrivaient le 15 mars 2005, etc. Par conséquent, au jour du dépôt de l'action en constatation de droit, le 14 janvier 2009, seules les cotisations dues pour la période courant de janvier 2000 à novembre 2003 étaient prescrites. En effet, les cotisations dues pour le mois de décembre 2003 devenaient exigibles le 15 janvier 2004 et se prescrivaient le 15 janvier 2009. ■ Enfin, s'agissant des cotisations dues pour les années 2005 à 2009, elles ne sont pas prescrites compte tenu du dépôt de l'action en constatation de droit le 14 janvier 2009. Reste à examiner si la prescription a été interrompue. Selon l'art. 135 CO, les demandeurs auraient dû faire valoir leurs droits en déposant une poursuite, une citation en conciliation, en ouvrant une action ou en soulevant une exception devant un tribunal dans le délai de prescription. Tel n'a toutefois pas été le cas avant le dépôt de la présente demande, le 14 janvier 2009. En effet, la Cour de céans relève que la Commission de recours instituée par le Statut du personnel de X _____ ne fait pas partie de la liste des tribunaux au sens de la LPA de sorte qu'elle ne peut être assimilée à un tribunal. Par conséquent, le dépôt du recours le 3 janvier 2008 en ce qui concernait Monsieur B _____ et le 31 mars 2008 s'agissant de Monsieur C _____ ne pouvait interrompre la prescription. Par ailleurs, même si elle devait être considérée comme un tribunal, la Commission de recours aurait été incompétente ratione materiae : selon le statut du personnel de X _____, ladite Commission était compétente pour connaître des litiges individuels relatifs à l'application dudit statut. Or, la problématique du salaire assuré auprès de la CIA et des cotisations y relatives ne relève à l'évidence pas de l'application du statut du personnel précité mais constitue en réalité une question de prévoyance professionnelle, de la compétence de la Cour de céans. Par conséquent, dès lors que la prescription n'a été valablement interrompue qu'avec le dépôt de la demande en paiement par-devant le TCAS, le 14 janvier 2009, la demande en paiement des cotisations dues pour la période du 1er janvier 1999 au 30 novembre 2003 est prescrite. i) Conclusion 21. Au vu des considérations qui précèdent, la Cour de céans est d'avis qu'aucune disposition légale ou statutaire ne permettait aux défendeurs de définir le salaire assuré des employés de X _____ différemment de celui

des autres assurés de la CIA. En procédant cependant de la sorte, ils ont traité différemment les employés de X_____ pour de simples questions de coûts, ce qui ne constitue pas un motif justifiant cette démarche. Cela étant, les prétentions des demandeurs seront réduites dans la mesure où le salaire assuré ne pourra correspondre qu'au traitement assuré dès le 1er décembre 2003, eu égard au délai de prescription.

A/137/2009 - 65/67 - Par conséquent, la demande du 14 janvier 2009 doit être partiellement admise. Il appartiendra à la CIA d'établir un décompte précis des rappels de cotisations à l'attention de X_____ et des demandeurs, récapitulant les montants des rappels à leur charge respective. La Cour de céans relève enfin qu'à teneur des dernières écritures produites, les demandeurs ont renoncé à réclamer la réparation d'un dommage qu'ils n'ont au demeurant jamais précisé. 22. Les demandeurs, représentés par un avocat, obtenant partiellement gain de cause, les défendeurs seront condamnés, conjointement et solidairement, à leur verser une indemnité globale de 10'000 fr., à titre de participation à leurs frais et dépens (art. 89H al. 3 LPA ; ATAS 737/2008). Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 89H al. 1 LPA).

A/137/2009 - 66/67 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant Conformément à l'art. 133 al. 2 LOJ

A la forme : 1. Déclare la demande du 14 janvier 2009 recevable. Au fond : 2. L'admet partiellement dans le sens des considérants. 3. Condamne X_____ et la CIA à assurer l'intégralité du salaire de Messieurs B_____ et C_____, au sens des considérants, avec effet au 1er décembre 2003. 4. Invite la CIA à transmettre à X_____ et aux demandeurs le détail des rappels de cotisations qui résultent de l'assurance de l'intégralité du salaire, au sens des considérants. 5. Condamne X_____ à verser à la CIA les parts employeur et employé desdites cotisations. 6. Donne acte à Messieurs B_____ et C_____ de leur engagement à payer la part employé à leur charge. 7. Les y condamne en tant que de besoin. 8. Déboute les parties de toutes autres ou contraires conclusions. 9. Condamne X_____ et la CIA, conjointement et solidairement, à payer aux demandeurs une indemnité globale de 10'000 fr., à titre de participation à leurs frais et dépens. 10. Dit que la procédure est gratuite. 11. 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

A/137/2009 - 67/67 - 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

Isabelle CASTILLO

La présidente

Juliana BALDE

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.