

GE_GERICHTE A/3070/2012 vom 26. März 2013

GE Cour de justice, 2013-03-26, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_3070_2012

FR: GE_GERICHTE A/3070/2012 du 26 mars 2013

IT: GE_GERICHTE A/3070/2012 del 26 marzo 2013

Erwägungen

E. 2

ème Chambre En la cause Monsieur C _____, domicilié à LAUSANNE demandeur contre X _____ SA, sise c/o Monsieur D _____, à VILLARS-SUR-GLANE FONDATION DE PREVOYANCE DU PERSONNEL HUG + CO SA, sise c/o XB _____ AG, à BASEL défenderesses EN FAIT Selon le contrat de travail conclu le 19 novembre 1996, Monsieur C _____ (ci-après l'assuré ou le demandeur) a été engagé dès le 2 décembre 1996 par X _____ SA (ci-après l'employeur, qui a repris Y _____ SA en juillet 2008). A ce titre, l'assuré était affilié à la FONDATION DE PREVOYANCE DU PERSONNEL HUG + CO SA pour la prévoyance professionnelle. X _____ SA est distributrice en Suisse des produits Z _____. L'assuré a été engagé comme responsable du magasin " Z _____ " sis à Genève. Son épouse a été engagée à la même date comme responsable adjointe. Selon le contrat de travail, le salaire était fixé à 7'294 fr. brut par mois x 13 (94'822 fr.), auquel s'ajoutait une participation de 3% du résultat du magasin modifiée en fonction des résultats du groupe, dite "participation au cash flow". L'assuré a repris la boutique Z _____ sise dans le centre commercial _____, à Genève, dès le 1 er août 1998, en qualité de responsable, pour un salaire de 7'500 fr. brut par mois x 13 (97'500 fr.) avec une participation de 5%. Il a ensuite à nouveau rejoint la boutique de la rue M _____ dès le 1 er janvier 2000 sans modification du contrat de travail. Il ressort des certificats de salaire de l'assuré que son revenu annuel brut a été de 94'822 en 1997, 95'938 fr. en 1998, 103'000 fr. en 1999, 103'500 fr. en 2000, 102'750 fr. en 2001, 102'135 fr. en 2002, 100'875 fr. en 2003. 100'350 fr. en 2004, 90'323 fr. en 2005 et 26'891 fr. en 2006. Selon les certificats de prévoyance annuels remis à l'assuré à la fin de chaque année, le salaire déterminant a été fixé à 94'822 fr. à l'entrée, le 1 er décembre 1996, 94'822 fr. au 1 er janvier 1998, 97'500 fr. du 1 er janvier 1999 au 1 er janvier 2006, après déduction du montant de coordination; les bonifications de vieillesse (cotisations épargne) et primes de risque ont été prélevées, selon le pourcentage mentionné, sur le salaire assuré. L'assuré a été licencié le 8 août 2005 pour le 21 octobre 2005. Représenté par un avocat, il a saisi le 4 janvier 2006 la juridiction des Prud'hommes d'une demande en paiement de 356'498 fr. bruts et 12'000 fr. nets, au titre d'indemnités pour résiliation abusive, d'indemnités pour vacances non prises, d'heures supplémentaires effectuées de 2002 à 2005 et de participation aux bénéfices pour les exercices 2001 à 2005 et de participation aux honoraires d'avocat. Par jugement du 12 septembre 2008, le Tribunal des prud'hommes a condamné l'employeur à payer à l'assuré la somme brute de 20'659 fr. avec intérêt à 5% dès le 1 er mai 2006, dont 17'879 fr. de participations aux bénéfices pour les années 2000 à 2005. Par arrêt du 22 octobre 2009, la Cour d'appel des prud'hommes a, d'une part, déterminé qu'en raison des périodes de protection successives suite à plusieurs incapacités de travail pour cause de maladie, les effets du congé avaient été reportés au 10 avril 2007. D'autre part, la Cour a fixé la participation de 5% sur le bénéfice pour les années 2000 à

2005 à 52'511 fr. 40, dont à déduire les montants déjà versés par l'employeur, de 16'110 fr., et condamné, de ce chef, l'employeur à verser à l'assuré 36'401 fr. 40. Au total, il a été condamné à payer 39'181 fr. 40, y compris une indemnité de 2'780 fr. pour vacances non prises. Cet arrêt n'a pas fait l'objet d'un recours devant le Tribunal fédéral. Le 3 mai 2010, l'employeur a versé 17'395 fr. 80 à la fondation concernant l'assuré et son épouse. L'inscription manuscrite suivante se trouve sur l'extrait de compte bancaire "J.-C: cash flow 39'181 fr. 40 x 9% et x 2% = 4'309 fr. 90 x 2 = 8'619 80". Sous le montant de 17'395 fr. 80 est inscrit "LPP: J.-C + employeur : 4'309 fr x 2 = 8'619 fr. 80 " et "B + employeur 4'388 fr. x 2 = 8'776" "total: 17'395 fr. 80". L'extrait bancaire du 6 mai 2010 comporte le tampon humide de l'employeur, il est signé et daté du 21 janvier 2011. Le 11 mai 2010, la fondation a versé 7'052 fr. 60 à la fondation institution supplétive, en faveur du compte de libre passage de l'assuré et 7'180 fr.40 en faveur du compte de son épouse. Le 7 février 2011, faisant suite aux courriers de l'avocat de l'assuré des 15 novembre et 9 décembre 2010, XB _____ lui a transmis une copie des certificats de prévoyance de l'assuré de 1996 à 2006 inclus, dont il ressort que le salaire annuel est le salaire fixe x 13, soit 94'822 fr. en 1997 et 1998 et 97'500 fr. de 1999 à 2006. Après déduction du montant de coordination, le salaire assuré est soumis à une cotisation risque de 2% de 1997 à juin 2005, puis de 3% et à une cotisation épargne de 7,5% en 1997 et 1998, puis de 9% dès 1999, lesdites cotisations étant prélevées deux fois (part employé et part employeur). Agissant en personne par acte du 11 octobre 2012 en "constatation du jugement du 22 octobre 2009", le demandeur assigne X _____ SA (ci-après la défenderesse I) et la FONDATION DE PREVOYANCE DU PERSONNEL HUG + CO SA (ci-après la défenderesse II). Il conclut à ce que les certificats de prévoyance reçus le 11 février 2011, soient corrigés, année par année, que les cotisations LPP, part employeur et employé, soient "opérées" sur le montant de 16'110 fr. déjà versé, qu'il soit ordonné qu'il "en aille de même" pour la période de décembre 1996 à décembre 1999 sur la participation de 16'070 fr., qu'il soit ordonné que "soit transféré le préjudice de 97'993 fr. 12 afin qu'il soit recalculé depuis le 10 avril 2007 par la FONDATION INSTITUTION SUPPLEMENTIVE LPP", et que le demandeur obtienne "le versement, rétroactif, du préjudice de sa rente au taux en vigueur dès le 1 er janvier 2011 de 7%, sur la base nouvellement établie du préjudice" (sic), entre autres. En substance, le demandeur fait valoir que, selon le règlement de la caisse, le salaire fixe additionné au salaire variable déterminant est soumis à la LPP, de sorte que les certificats de prévoyance que son avocat a reçus le 7 février 2011 doivent être annulés et corrigés. La prescription court, suite à l'arrêt du 22 octobre 2009, dès l'avertissement adressé par le demandeur à la fondation le 25 mars 2011, suivi d'autres avertissements les 12 avril et 7 juillet 2012. Selon le tableau établi par le demandeur, qui corrige ses certificats de prévoyance, année après année, la prestation de libre passage aurait dû être de 651'512 fr., soit 659'131 fr. avec les intérêts moratoires au lieu des 554'085 fr. transférés par la fondation le 27 décembre 2006. Le préjudice de 105'045 fr. est réduit à 97'993 fr., compte tenu du versement déjà effectué par la fondation de 7'052 fr. C'est donc une somme de 97'993 fr. (ultérieurement modifiée à 105'045 fr.) que la fondation doit encore transférer sur son compte de libre passage auprès de la Fondation institution supplétive LPP afin que sa rente de retraite soit augmentée à due concurrence. Il produit diverses pièces, pour l'essentiel incomplètes, soit des extraits de courriers, une partie de l'arrêt de la Chambre d'appel des prud'hommes, l'extrait bancaire du 6 mai 2010 ainsi qu'un document dactylographié non daté, mais également muni du tampon humide de l'employeur et signé, qui indique en substance que la prime brute est de 39'181 fr. 40, les intérêts courus du 4 janvier 2006 au 30 avril 2010 de 8'467 fr. 54, soit un montant

total de 47'648 fr. 94. Sont déduites les charges sociales, dont 4'309 fr. 90 de LPP "selon indications de notre caisse de pension", la prime nette s'élevant à 39'056 fr. 83. Est griffonné à la main sur le document "LPP 39'181 fr. 40 x 9% [3'526 fr. 30] et x 2 %, risque [783 fr. 62], total 4'309 fr. 80". Le demandeur produit aussi les courriers qu'il a adressés à l'employeur et à la fondation les 25 mars 2011, 12 avril 2012 et 7 juillet 2012, mais pas les réponses reçues et citées dans ces courriers. Par mémoire-réponse du 9 novembre 2012, la défenderesse I conclut à l'irrecevabilité de la demande, subsidiairement à son rejet, au motif que les explications du demandeur sont à ce point confuses que l'on peine à comprendre non seulement la nature de son action, mais également ses fondements et ses conclusions. De plus, s'il s'agit de remettre en cause l'arrêt de la Chambre des prud'hommes, l'action est irrecevable. Sur le fond, les bonus versés ne faisaient pas partie du salaire assuré, car il s'agissait d'une part aléatoire et variable, ce qui ressortait clairement des certificats de prévoyance adressés chaque année à l'assuré, qui ne les a pas contestés. Au demeurant, les prétentions du demandeur sont prescrites, puisque l'action du 11 octobre 2012 intervient largement au-delà du délai de cinq ans suivant la fin des rapports de travail intervenue le 10 avril 2007, le délai de prescription était a fortiori encore plus largement échu, s'agissant des prétentions du demandeur sur les parts de bonus pour les années 1997 à 2006. Finalement, la témérité du demandeur doit conduire la Cour à le condamner à une indemnité de procédure en faveur de la défenderesse. Par pli du 22 novembre 2012, la défenderesse II a indiqué être en accord dans son intégralité avec la réponse de la défenderesse I, puis a précisé, le 28 novembre 2012, qu'elle concluait principalement et au fond au déboulement de la demande, avec suite de frais et dépens. Le demandeur a fait valoir, le 18 décembre 2012, que les deux défenderesses sont en complète dépendance du propriétaire et dirigeant, Monsieur D _____, qui est "une seule et même personne morale". Il a ensuite déposé une réplique le 20 décembre 2012, dont on comprend qu'il entend désormais aussi agir contre Monsieur D _____, en tant que propriétaire du groupe suisse X _____ SA. Il précise qu'il ne lui appartient pas de chiffrer le dommage, car il n'est pas un expert, mais persiste à réclamer le paiement des cotisations LPP sur la part variable de son revenu. Il ajoute qu'il est "en carence de cotisation LPP de mai à novembre 2006", réclame le paiement du salaire variable concernant cette période et les cotisations y afférentes, l'annulation des certificats de prévoyance reçus le 7 février 2011. La défenderesse I a persisté par duplique du 25 janvier 2013, car la réplique du demandeur ne permet pas d'admettre la recevabilité de l'action, eu égard à l'extrême confusion de cet écrit. Outre le fait que la modification unilatérale de l'identité des parties n'est pas admissible, Monsieur D _____ n'est pas l'employeur du demandeur. Au demeurant, les prétentions sont prescrites. La cause a été gardée à juger le 30 janvier 2013. EN DROIT a) Conformément à l'art. 134 al. 1 let. b de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ; RS E 2 05) en vigueur dès le 1 er janvier 2011, la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît en instance unique des contestations relatives à la prévoyance professionnelle opposant institutions de prévoyance, employeurs et ayants droit, y compris en cas de divorce, ainsi qu'aux prétentions en responsabilité (art. 331 à 331e du code des obligations ; 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). 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. Cette compétence est 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. Elle l'est, également, quant à la nature du litige: il faut que la contestation entre les parties porte sur des questions spécifiques de la prévoyance professionnelle, au sens étroit ou au sens large. Ce sont donc principalement des litiges qui portent sur des prestations d'assurance, des prestations de libre passage (actuellement prestations d'entrée ou de sortie) et des cotisations. En revanche, les voies de droit de l'art. 73 LPP ne sont pas ouvertes lorsque la contestation a un fondement juridique autre que le droit de la prévoyance professionnelle, même si elle devait avoir des effets relevant du droit de ladite prévoyance. Il n'est pas toujours aisé de délimiter les compétences *ratione materiae* (à raison de la matière) entre les juridictions civiles et les tribunaux désignés par l'art. 73 LPP. Lorsque cette compétence prête à discussion, il faut se fonder sur les conclusions de la demande et sur les faits invoqués à l'appui de ces conclusions; le fondement de la demande est alors un critère décisif de distinction (FABIENNE HOHL, Procédure civile, vol. I: Introduction et théorie générale, Berne 2001, p. 20, ch. 43; cf. aussi ATF 122 III 252 consid. 3b/bb, ATF 119 II 67 consid. 2a; ATFA non publié B 24/00 du 30 octobre 2001). b) Le for de l'action est au siège ou domicile suisse du défendeur ou au lieu de l'exploitation dans laquelle l'assuré a été engagé (art. 73 al. 3 LPP). c) A raison de la matière, la compétence de la Cour est établie pour ce qui est des conclusions du demandeur concernant le versement des cotisations de prévoyance. Tel n'est pas le cas des conclusions du demandeur visant au paiement d'une part de salaire en 2006 et à la production du certificat de salaire y relatif, du ressort de la juridiction des prud'hommes sous réserve de prescription. Elle est aussi donnée à raison du lieu, dès lors que le demandeur a travaillé dans les boutiques de l'employeur sises à Genève. a) Selon l'art. 89B de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA; RSG E 5 10), la demande doit comporter, entre autres, un exposé succinct des faits ou des motifs invoqués ainsi que des conclusions. Selon l'al. 3, si le mémoire n'est pas conforme à ces règles, la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice impartit un délai convenable à son auteur pour le compléter, en indiquant qu'en cas d'inobservation, la demande est écartée. b) En l'espèce, le demandeur a déposé le 11 octobre 2012 une demande en paiement dirigée contre son ancien employeur et contre l'institution de prévoyance à laquelle il était alors affilié. Il a ensuite également dirigé sa demande contre le propriétaire de la firme Z_____. On comprend laborieusement des écritures déposées que le demandeur réclame le paiement - sur son compte de libre passage auprès de la Fondation institution supplétive LPP - des cotisations de prévoyance afférentes aux revenus variables perçus, d'une part, de 1997 à 1999 (16'070 fr.) et, d'autre part, de 2000 à 2005. S'agissant de cette deuxième période, on parvient péniblement à déduire de la demande de l'assuré, en lien avec l'arrêt de la Chambre d'appel des prud'hommes du 22 octobre 2009, que c'est sur la participation au bénéfice déjà versée, soit 16'110 fr., sur le total dû qui s'élève à 52'511 fr., que ces cotisations doivent être versées. Le demandeur a ensuite également réclamé le paiement des cotisations LPP sur la part variable de salaire qu'il n'a pas encore perçue de mai à décembre 2006. La recevabilité de l'action est plus que douteuse, eu égard aux explications pour l'essentiel parfaitement incompréhensibles et aux conclusions tout aussi obscures, voire contradictoires du demandeur, au gré des écritures complémentaires. De même, le demandeur se réfère à des pièces incomplètes, dont l'auteur et la date restent parfois mystérieux. Malgré une infinie patience et une réelle volonté de comprendre, les longs calculs auxquels se livre le demandeur pour établir le montant des cotisations encore dues, voire le montant de la prestation de libre-passage exigible, laissent perplexe. Le délai complémentaire qui lui a été accordé n'a pas permis d'éclaircir son propos. La question de la recevabilité de l'action pourra toutefois rester ouverte. Le litige

porte donc sur le montant du salaire assuré du demandeur auprès de la fondation, en particulier sur le sort de la participation au bénéfice. La nouvelle du 3 octobre 2003 modifiant la LPP (1^{ère} révision) est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005 (sous réserve de certaines dispositions dont l'entrée en vigueur a été fixée au 1^{er} avril 2004 et au 1^{er} 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). 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. 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. b) Selon les art. 7 LPP et 3 OPP2, est pris en considération le salaire déterminant selon l'AVS, mais l'institution de prévoyance peut s'écarter du salaire déterminant AVS dans son règlement, notamment en faisant abstraction d'éléments de salaire de nature occasionnelle. En raison de leur irrégularité ou de leur nature exceptionnelle et afin de s'assurer que le salaire présente une certaine garantie de stabilité indispensable au bon fonctionnement du deuxième pilier, les institutions peuvent exclure ces éléments. Une base réglementaire claire est indispensable et, dans ce cas, l'exclusion des éléments variables du salaire est admissible seulement s'il ne s'agit pas d'éléments essentiels du salaire (Brechbühl, op. cit. no 35 et ss, ad Art 7). c) Selon le règlement de la fondation, en vigueur dès le 1^{er} janvier 1998, est considéré comme salaire déterminant le salaire mensuel multiplié par 13 valable au 1^{er} janvier de l'année concernée (art. 7, al. 1), sous réserve des dispositions qui suivent. Pour les assurés disposant d'un revenu variable dépendant du bénéfice et/ou du chiffre d'affaires, ou pour d'autres raisons, surtout pour le personnel engagé à titre temporaire, ainsi que pour les assurés salariés à l'heure, le salaire déterminant est fixé sur la base du dernier salaire annuel connu, compte tenu des changements convenus pour l'année en cours (art. 7 al. 2). Le salaire assuré est le salaire déterminant réduit de la déduction de coordination (art. 7 al. 4 - traduction libre de la Cour du règlement de la fondation en allemand). Sur ce point, le règlement en vigueur dès le 1^{er} janvier 2005 est similaire. d) En l'espèce, il est établi par pièces que de décembre 1996 (entrée en fonction) au 31 octobre 2005 (échéance du licenciement), puis au 20 avril 2006 (fin des rapports de travail avant l'issue de la procédure prud'homale), seul le salaire fixe de l'assuré a été soumis à cotisation LPP, soit 94'822 fr. en 1997 et 1998, puis 97'500 fr. de 1999 à 2006. Ces montants ressortent des certificats de prévoyance qui ont, au degré de la vraisemblance prépondérante, été remis chaque année à l'assuré. Le montant total du salaire AVS a été plus important que le salaire fixe contractuellement convenu de 1998 à 2004, la différence étant constituée de la participation au bénéfice de l'année précédente. Ainsi, de 2000 à 2004, la différence entre le salaire fixe contractuellement convenu et soumis à cotisation LPP (97'500 fr. brut/an) et le salaire AVS versé, selon les certificats de salaire produits, correspond aux montants des participations établis par la juridiction des prud'hommes. La participation versée a été de 5'250 fr. en 2001 (102'750 fr. - 97'500 fr.), 4'635 fr. en 2002 (102'135 fr. - 97'500 fr.), 3'375 fr. en 2003 (100'875 fr. - 97'500 fr.) et de 2'850 fr. en 2004 (100'350 fr. - 97'500 fr.), soit au total 16'110 fr. Il n'est pas contesté que ces participations ont été versées à l'assuré au gré des années. Il est établi qu'elles n'ont pas

été soumises à cotisation LPP. Il en va de même de la participation versée en 1999 (5'500 fr.) et en 2000 (6'000 fr.). Aucune participation n'avait été payée en 1997, ni en 1998 (salaire de 95'938 fr, correspondant à celui de 7'294 fr x 5 + 7'500 fr. x 7 + un 13 ème prorata) et en 2005. A l'issue de la procédure prud'homale, l'employeur a été condamné à verser à l'assuré 39'181 fr. 40, dont 36'401 fr. 40 supplémentaires au titre de participation au bénéfice pour les années 2000 à 2005, sans ventiler cette somme par année concernée. Selon les allégations et les pièces produites par le demandeur, le versement de 8'619 fr. 80 de l'employeur à la fondation le 3 mai 2010 correspond aux cotisations LPP sur le montant total (39'181 fr. 40). D'ailleurs, il correspond aux cotisations dues selon le règlement et les certificats de prévoyance produits (2% risque et 9% épargne x 2). Il est établi au degré de la vraisemblance prépondérante que le versement de la fondation de 7'052 fr. 60 à la Fondation institution supplétive LPP le 11 mai 2010 correspond à la prestation de sortie de l'assuré. Ce dernier ne conteste d'ailleurs pas que cette part du bénéfice a été soumise à cotisation LPP. Il prétend que tel doit aussi être le cas des participations versées auparavant pour les années 2000 à 2005 (16'110 fr.), pour les années 1998 et 1999 (16'070 fr. selon le demandeur et 11'500 fr. selon les pièces produites) et de la participation encore due, mais indéterminée, pour l'année 2006. Le caractère aléatoire et occasionnel de cette part du salaire AVS est établi. La question de savoir s'il s'agit d'un élément essentiel - ou en tout cas important - de la rémunération (moyenne de 10'500 fr./an sur 5 ans, alors que le salaire fixe est de 97'500 fr.) se pose sérieusement, de sorte qu'il n'est pas certain que la fondation peut l'exclure de la prévoyance par règlement. Cela étant, le texte du règlement de la fondation ne permet pas de déterminer si tel est le sens de l'art. 7 al. 2. En effet, il peut signifier que, pour tout employé qui perçoit un salaire fixe, 13 fois l'an, la participation au bénéfice est également du salaire déterminant, de sorte que le salaire assuré correspond alors à la totalité du salaire AVS de l'année précédente. Il est aussi possible que seuls les employés dont l'essentiel ou la totalité du salaire est fonction du bénéfice soient visés par cette disposition, de sorte que ceux dont le salaire est fixé selon l'al. 1 ne sont pas concernés. Contrairement aux exigences de la jurisprudence, le règlement n'est pas suffisamment clair si l'institution entend exclure cette participation de la prévoyance. Les faits de la cause ne permettent pas non plus de déterminer le sens de la disposition, dès lors que selon les pièces produites, la participation au bénéfice de 1998 à 2004 de 27'610 fr. (16'110 fr. + 11'500 fr.) n'a pas été soumise, alors que la participation supplémentaire de 36'401 fr. 40 l'a été. Toutefois, cette question pourra rester ouverte eu égard à ce qui suit. a) 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) Le point de savoir si une partie a la qualité pour agir (ou légitimation active) ou la qualité pour défendre (légitimation passive) - question qui est examinée d'office (cf. ATF 110 V 347 consid. 1; ATF non publié 9C_40/2009 du 27 janvier 2010 consid. 3.2.1) - se détermine selon le droit applicable au fond, également pour la procédure de l'action soumise au droit public. En principe, c'est le titulaire du droit en cause qui est autorisé à faire valoir une prétention en justice de ce chef, en son propre nom, tandis que la qualité pour défendre appartient à celui qui est l'obligé du droit et contre qui est dirigée l'action du demandeur (RSAS 2006 p. 46; cf. ATF 125 III 82 consid. 1a). La qualité pour agir et pour défendre ne sont pas des conditions de procédure, dont dépendrait la recevabilité de la demande, mais constituent des conditions de fond du droit exercé. Leur défaut conduit au rejet de l'action,

qui intervient indépendamment de la réalisation des éléments objectifs de la prétention du demandeur, et non pas à l'irrecevabilité de la demande (SVR 2006 BVG n° 34 p. 131; cf. ATF 126 III 59 consid. 1 et ATF 125 III 82 consid. 1a). c) En l'espèce, seul l'employeur, soit la défenderesse I a la qualité pour défendre. La question de savoir si la demande est mal fondée en tant qu'elle est dirigée contre la fondation (défenderesse II) n'est pas pertinente, eu égard à l'issue du litige et au fait que celle-ci aurait été appelée en cause par la Cour afin de pouvoir prendre des conclusions. Au surplus, M. D _____ n'est ni l'employeur, ni l'institution de prévoyance et son rôle éventuel d'administrateur au sein de l'une ou l'autre des ces entités ne lui confère pas la qualité pour défendre dans le cadre d'une procédure administrative et ne change rien au fait que l'employeur étant une personne morale, seule celle-ci peut être assignée. a) L'art. 41 LPP, dans sa version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2004, avait la teneur suivante :1. 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.2. L'al. 1 s'applique aussi aux actions fondées sur les contrats conclus entre institutions de prévoyance et institutions d'assurance soumises à la surveillance des assurances. Depuis le 1er janvier 2005, l'art. 41 LPP règle la prescription du droit aux prestations de la manière suivante :1. 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.2. 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. 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 111 II 193 , 107 Ib 203 s. consid. 7b/aa, 102 V 207 consid. 2; Arrêt du 2 février 2006 B 124/04 et les références de doctrine citées). b) L'exigibilité des créances de cotisation n'est prévue par la loi que depuis la révision de la LPP entrée en vigueur le 1 er 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). c) Selon l'art. 9 al. 4 du règlement de la fondation au 1 er janvier 1998, les contributions de l'employé sont prélevées par l'employeur du salaire de l'employé, chaque mois et versées à la fondation en même temps que la contribution de l'employeur. Selon le règlement de la fondation, en vigueur dès le 1 er janvier 2005, les contributions de l'assuré sont prélevées par l'employeur sur les douze mois de salaire et versées à la fondation chaque mois. Les contributions de l'employeur sont versées à la fondation en même temps que celles de l'assuré, selon l'art. 7 al. 2 (traduction libre de la Cour du règlement de la fondation en allemand). d) En l'espèce, le règlement de la fondation prévoit que le paiement des cotisations - part employeur et employé - est exigible à la fin de chaque mois de paiement du salaire. Les participations au bénéfice ont été versées à l'assuré à une date indéterminée au cours de l'année suivante. On ne sait en particulier pas si elles

ont été versées en janvier, voire en janvier et en juin ou en décembre. Il ressort seulement de l'arrêt de la Chambre d'appel des prud'hommes qu'elles devaient être versées "après le bouclage des comptes et dès que leur montant était connu". Ainsi, au plus tard, les cotisations éventuellement dues sur ces participations au bénéfice des années 1997 à 2004, étaient exigibles au 31 décembre des années 1998 à 2005. a) Selon l'art. 135 ch. 2 CO, la prescription est interrompue lorsque le créancier fait valoir ses droits par des poursuites, par une action ou une exception devant un tribunal ou des arbitres, par une intervention dans une faillite ou par une citation en conciliation. Cette liste des actes interruptifs du créancier est exhaustive (Pascal Pichonnaz, Commentaire romand, note 25 ad art. 135 CO; Stephen V. Berti, Commentaire zurichois, note 180 ad art. 135 CO). L'ouverture d'action au sens de l'art. 135 ch. 2 CO est une notion de droit fédéral; elle se définit comme tout acte introductif ou préparatoire par lequel le créancier s'adresse pour la première fois au juge, dans les formes requises, afin d'obtenir la reconnaissance du droit qu'il invoque (ATF 118 II 487 consid. 3, 114 II 336 consid. 3a, 110 II 389 consid. 2a). Il est vrai que les causes d'interruption de la prescription, qui sont le fait du créancier, sont admises plus largement en droit administratif qu'en droit civil (voir à ce sujet Attilio R. Gadola, *Verjährung und Verwirkung im öffentlichen Recht*, PJA 1/ 1995 p. 47 ss; Andrea Braconi, *Prescription et péremption dans l'assurance sociale in: Droit privé et Assurances sociales*, Fribourg 1990, p. 232). Il en va ainsi en droit fiscal où les notions d'action et d'exception prévues par l'art. 135 ch. 2 CO sont difficilement transposables et où la prescription est réglée par le droit public, qui admet qu'un certain nombre d'actes, analogues à ceux du droit privé, peuvent interrompre la prescription (voir par exemple RDAF 2005 II p. 477 consid. 5.3). Le droit des assurances sociales connaît également certains de ces actes analogues. Par exemple, la prescription des amendes est interrompue par tout acte tendant à leur recouvrement (art. 207 RAVS). Cependant, en matière de prévoyance professionnelle, le créancier doit faire valoir ses droits par voie d'action pour les litiges visés par l'art. 73 LPP. En outre, du moment que l'on soumet l'obligation de restituer aux règles du droit civil (art. 62 ss CO), il convient d'appliquer ces dispositions dans leur contexte juridique, avec leurs avantages et inconvénients respectifs, pour l'enrichi et le lésé, sans en dénaturer le sens et la portée, quand bien même elles s'incorporent dans un système régi en partie par le droit public (ATF 130 V 418 consid. 3.2). Enfin, il convient de 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 du Code des obligations. 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 arrêt A. 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). b) En l'espèce, l'exception de prescription a été soulevée par la défenderesse I dans son mémoire de réponse. Il convient liminairement de rappeler que seule une action judiciaire ou des poursuites sont de nature à interrompre la prescription. En l'espèce, la demande tendant au versement des cotisations de prévoyance a été déposée le 11

octobre 2012. Contrairement à ce que soutient le demandeur, les lettres de rappel adressées aux défenderesses n'interrompent pas la prescription. Outre le fait que cela demeure sans conséquence sur la prescription, le demandeur ne peut pas raisonnablement prétendre qu'il n'aurait reçu que le 11 février 2011 ses certificats de prévoyance des années 1997 à 2006. D'ailleurs, ceux concernant les années 1996 à 1999 ne sont pas affectés par la procédure prud'homale, de sorte que leur teneur n'a pas été modifiée à l'issue de celle-ci. Au surplus, la demande déposée aux prud'hommes n'a pas interrompu la prescription concernant les cotisations éventuellement dues sur les participations déjà versés. Il faut cependant distinguer trois périodes : Les éventuelles cotisations dues sur les parts de bénéfice des années 1997 et 1998 : elles étaient le cas échéant au plus tard exigibles au 31 décembre 1998 et 1999, de sorte que les cotisations précitées se sont prescrites au plus tard le 31 décembre 2003 et 2004. Elles étaient ainsi d'ores et déjà prescrites lors de l'entrée en vigueur de la version actuelle de l'art. 41 LPP, le 1er janvier 2005. Les éventuelles cotisations dues sur les parts de bénéfice des années 1999 à 2003, versées de 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). Le règlement de la caisse est conforme au nouvel art. 41 LPP. Au plus tard, les cotisations dues sur la participation au bénéfice de l'année 1999 (5'500 fr.) étaient exigibles au 31 décembre 2000 et se sont prescrites au 31 décembre 2005. Celles dues sur la participation au bénéfice 2000 (6'000 fr.) étaient exigibles au plus tard au 31 décembre 2001 et donc prescrites au 31 décembre 2006, ainsi de suite jusqu'à la participation au bénéfice de l'année 2003 (2'850 fr.), versée en 2004, pour laquelle les cotisations étaient exigibles, le cas échéant, au plus tard le 31 décembre 2004 et donc prescrites le 31 décembre 2009. Ainsi les éventuelles cotisations dues sur la participation au bénéfice des années 1999 à 2003, versées durant les années 2000 à 2004, soit 16'110 fr., étaient déjà prescrites lors du dépôt de la demande le 11 octobre 2012. S'agissant des cotisations éventuellement dues sur la participation supplémentaire au bénéfice de 2000 à 2005 selon l'arrêt de la Chambre d'appel des prud'hommes du 22 octobre 2009 (36'401 fr. 40), force est de constater que le délai de prescription de 5 ans ne pouvait pas commencer à courir à la fin des rapports de service en avril 2007, comme le prétend la défenderesse, mais seulement dès l'exigibilité du paiement de cette part de revenu et des cotisations y afférentes, soit le 22 novembre 2009, lorsque l'arrêt a été définitif. Cela étant, il s'avère précisément que, à tort ou à raison, l'employeur et la fondation ont décidé de soumettre le montant alors versé (39'181 fr. 40) aux cotisations réglementaires, dûment prélevées et versées à la fondation, puis transférées à la Fondation institution supplétive. Le demandeur ne peut donc plus faire valoir de prétentions à cet égard. Par conséquent, la demande en paiement des cotisations éventuellement dues pour les participations versées de 1998 à 2004 est prescrite. Pour autant que le demandeur ait conclu au paiement de cotisations sur la participation au bénéfice dues selon l'arrêt du 22 octobre 2009, sa demande est mal fondée. Aucune participation au bénéfice n'ayant été versée en 2006 ou 2007, la demande est aussi mal fondée pour ces années-là. a) En ce qui concerne les frais et dépens de la cause, l'art. 73 al. 2 LPP précise que les cantons doivent prévoir une procédure simple, rapide et, en principe, gratuite. L'art. 89H al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA; RS E 5 10) prévoit quant à lui que la procédure est gratuite pour les parties, sous réserve de l'indemnité de procédure allouée au recourant qui obtient gain de cause.

Cette disposition est en réalité une reprise de l'art. 61 let. g 1^{ère} phrase LPGA qui limite effectivement le droit à une indemnité pour frais et dépens au seul recourant. Or, la notion de « recourant » utilisée par la loi fédérale ne saurait être comprise dans son sens le plus strict mentionné ci-dessus ; la jurisprudence a en effet considéré que quelle que soit la qualité (en procédure cantonale) de l'assuré, il peut prétendre à des dépens s'il obtient gain de cause (ATF 108 V 111). Saisi d'un litige concernant le domaine de la prévoyance professionnelle, dans lequel les procédures sont introduites non par la voie du recours, mais par celle de l'action de droit administratif, le Tribunal fédéral a également estimé que le demandeur avait droit à des dépens, et cela malgré le terme de « recourant » utilisé à l'art. 73 al. 2 LPP. A contrario, le Tribunal Fédéral a confirmé que les assureurs sociaux qui obtiennent gain de cause devant une juridiction de première instance n'ont droit à une indemnité de dépens dans aucune des branches de l'assurance sociale fédérale, sauf en cas de recours téméraire ou interjeté à la légère par l'assuré (ATF 126 V 143 consid. 4). b) Ainsi, les débours et un émolument peuvent être mis à la charge de la partie qui agit de manière téméraire ou témoigne de légèreté. En effet, ainsi que le Tribunal fédéral des assurances l'a admis, la possibilité de limiter la gratuité en cas de recours téméraire ou interjeté à la légère est un principe général de procédure prévu pour toutes les branches des assurances sociales (ATF 126 V 151 consid. 4b). Les assureurs sociaux qui obtiennent gain de cause en procédure cantonale et sont représentés par un avocat ou, d'une autre manière, par une personne qualifiée, peuvent prétendre à des dépens lorsque l'adverse partie procède à la légère ou de manière téméraire. En l'absence d'une telle représentation, les autres conditions pour l'octroi de dépens à une partie non représentée doivent être données, en sus de celles liées à la témérité ou la légèreté (ATF 128 V 323). c) D'après la jurisprudence, agit par témérité ou légèreté la partie qui sait ou devrait savoir en faisant preuve de l'attention normalement exigible que les faits invoqués à l'appui de ses conclusions ne sont pas conformes à la vérité. La témérité doit en outre être admise lorsqu'une partie viole une obligation qui lui incombe ou lorsqu'elle soutient jusque devant l'autorité de recours un point de vue manifestement contraire à la loi (ATF 124 V 285 , consid. 3b). En revanche, une partie n'agit pas par témérité ou par légèreté lorsqu'elle requiert du juge qu'il se prononce sur un point de vue déterminé qui n'apparaît pas d'emblée insoutenable. Il en va de même lorsque, en cours d'instance, le juge attire l'attention d'une partie sur le fait que son point de vue est mal fondé et l'invite à prendre les dispositions qui s'imposent, à savoir retirer le recours (ATF B 67/00 du 17 janvier 2001, consid. 2a). La jurisprudence a précisé qu'un recours voué à l'échec ne saurait être assimilé à un recours présentant un caractère de légèreté ou de témérité. Le fait qu'un recours soit dépourvu de chances de succès ne suffit pas a priori à lui seul à lui conférer un tel caractère. Encore faut-il qu'un élément – critiquable – s'ajoute subjectivement parlant : la partie concernée doit avoir entamé la procédure quand bien même elle pouvait sans autre se rendre compte, en usant de l'attention que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elle, que son recours était dépourvu de chances de succès (Pratique VSI 1998 p. 194). d) En l'espèce, eu égard aux considérants qui précèdent, le demandeur n'a pas agi avec témérité. La confusion de ses écritures et son éventuelle rancœur à l'égard de son employeur ne sont pas déterminants. On peut certes regretter qu'il n'ait pas produit des pièces complètes, en particulier les courriers de l'avocat qui l'a représenté devant la procédure prud'homale et qui, spécialiste en matière LPP, avait manifestement vérifié les implications à cet égard avec la fondation, au vu de la réponse de celle-ci de février 2011. La demande est donc rejetée dans la mesure de sa recevabilité. La procédure est gratuite. PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES

SOCIALES : Statuant Rejette la demande dans la mesure de sa recevabilité. Dit que la procédure est gratuite. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi. La greffière Irène PONCET La Présidente Sabina MASCOTTO 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.