

# **GE\_GERICHTE A/4033/2021 vom 25. April 2024**

GE Cour de justice, 2024-04-25, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_A\\_4033\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_4033_2021)

FR: GE\_GERICHTE A/4033/2021 du 25 avril 2024

IT: GE\_GERICHTE A/4033/2021 del 25 aprile 2024

## **Erwägungen**

### **E. 1**

L'art. 73 de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982 [LPP - RS 831.40] dispose que chaque canton désigne un tribunal qui connaît, en dernière instance cantonale, des contestations opposant institutions de prévoyance, employeurs et ayants droit. Ce tribunal est également compétent pour les contestations avec des institutions assurant le maintien de la prévoyance au sens des art. 4 al. 1 et 26 al. 1 LFLP (let. a) ; pour les contestations avec des institutions lorsque ces contestations résultent de l'application de l'art. 82 al. 2 (let. b) ; pour les prétentions en matière de responsabilité selon l'art. 52 (let. c) ; pour le droit de recours selon l'art. 56 a al. 1 (let. d) (al. 1). Conformément à l'art. 134 al. 1 let. b de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), la Cour 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 ou de dissolution du partenariat enregistré, ainsi qu'aux prétentions en responsabilité (art. 331 à 331e du Code des obligations [CO – RS 220] ; art. 52, 56a, al. 1, et art. 73 LPP ; ancien art. 142 du Code civil [CC – RS 210]). La compétence de la Cour de céans pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

### **E. 2**

L'ouverture de l'action prévue à l'art. 73 al. 1 LPP n'est, comme telle, soumise à l'observation d'aucun délai. Les prétentions qu'un affilié fonde sur la LPP ou sur le règlement de l'institution de prévoyance ne peuvent s'éteindre, par suite de l'écoulement du temps, qu'en raison de la prescription (ATF 117 V 329 consid. 4 et les références).

#### **E. 2.1**

La demande du 22 novembre 2021 respecte la forme prévue à l'art. 89B de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10), étant précisé que les conclusions tendant à l'allocation de prestations de la prévoyance professionnelle ne doivent pas nécessairement être chiffrées (cf. arrêt du Tribunal fédéral 9C\_651/2015 du 11 février 2016 consid. 8). Les conclusions du demandeur à l'encontre de la défenderesse portant sur son affiliation rétroactive et l'adaptation de ses rentes sont ainsi recevables. En revanche, en ce qui concerne la conclusion tendant au versement d'une indemnité pour tort moral, au demeurant nullement étayée, on ne voit pas sur quelle disposition de la prévoyance professionnelle elle serait fondée. Or, 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 (ATF 141 V 170 consid. 3). C'est l'art. 49 al. 1 CO qui prévoit que celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité a droit à une somme d'argent à titre de réparation morale, pour autant que la gravité de l'atteinte le justifie et que l'auteur ne lui

ait pas donné satisfaction autrement. Ainsi, une demande de réparation du tort moral ne ressortit pas au domaine de la prévoyance professionnelle, de sorte que le juge désigné à l'art. 73 LPP n'est pas compétent pour en connaître (arrêt du Tribunal des assurances sociales du canton de Zurich BV.2002.00061 du 7 mai 2023 consid. 4). Ainsi, la conclusion du demandeur tendant à l'allocation d'une indemnité pour tort moral est irrecevable.

## **E. 2.2**

Si le demandeur a en premier lieu pris des conclusions exclusivement à l'encontre de la défenderesse en qualité d'institution de prévoyance de son ancienne employeuse, il a – à un stade très avancé de la procédure, soit dans son écriture du 17 novembre 2022 – également pris des conclusions à l'encontre de celle-ci, après son appel en cause. S'agissant de la recevabilité de ces conclusions, la Cour de céans relève ce qui suit.

### **E. 2.2.1**

L'appel en cause a pour effet que le jugement devient opposable à l'appelé en cause, et évite ainsi des jugements contradictoires (ATF 125 V 80 consid. 8b). Il permet également de réparer une éventuelle violation du droit d'être entendu. Cette institution ne déploie pas d'autres effets, et ne peut en particulier pas conduire à une extension de l'objet du litige, les appelés en cause ne pouvant pas se voir imposer d'obligations par le jugement (arrêt du Tribunal fédéral 9C\_245/2017 du 11 décembre 2017 consid. 3.2.1 et 3.2.2). Selon la jurisprudence cantonale, l'appel en cause ne permet pas de trancher des conclusions prises à l'encontre de l'institution de prévoyance appelée en cause (arrêt du Tribunal des assurances sociales du canton de Zurich du 30 septembre 2009 BV.2008.00013 consid. 4.4). Les conclusions d'un appelé en cause ne peuvent pas non plus conduire à une extension du litige ou de la contestation soumise à l'art. 73 LPP (arrêt du Tribunal fédéral 9C\_14/2010 du 21 mai 2010 consid. 3.4). Par ailleurs, le Tribunal fédéral a retenu qu'il n'avait pas à trancher des conclusions prises au stade de la procédure de recours fédérale, portant sur les prestations d'une institution de prévoyance qui n'était pas intervenue en qualité de défenderesse ( eingeklagte Partei ) en première instance, dès lors qu'elles excédaient l'objet du litige. Il a considéré que les conditions permettant une extension de l'objet du litige dans la procédure administrative ne peuvent être appliquées par analogie en matière de prévoyance professionnelle, dès lors que la procédure en première instance est introduite par voie d'action, laquelle détermine les entités ayant qualité de partie à titre de demanderesse ou de défenderesse. Il a ajouté que si un demandeur a des doutes quant à l'institution de prévoyance qui doit prester, il lui est loisible d'introduire plusieurs demandes auprès des instances cantonales compétentes, et le tribunal cantonal est fondé à attirer l'attention d'un plaideur non représenté sur cette possibilité. Le risque lié à une négation du droit aux prestations peut être écarté aisément par l'obtention de déclarations de renonciation à invoquer la prescription (ATF 130 V 501 consid. 1.2).

### **E. 2.2.2**

La procédure d'action est soumise à la maxime de disposition. Partant, la partie demanderesse peut, après la survenance d'un cas où l'institution de prévoyance est tenue à prestation, librement définir l'objet du litige et décider si elle entend diriger son action contre l'employeur afin qu'il satisfasse à son obligation de cotiser ou contre l'institution de prévoyance afin qu'elle verse les prestations de la prévoyance professionnelle dues (ATF 135 V 23 consid. 3.2). Une contestation entre un ayant droit et un employeur peut porter, en particulier, sur le versement des cotisations par ce dernier à l'institution de prévoyance, y

compris sur une demande de versement complémentaire en lien avec l'annonce d'un salaire à assurer plus élevé (Ulrich MEYER / Laurence UTTINGER in LPP et LFLP, 2<sup>ème</sup> éd. 2020, n. 61 ad art. 73 LPP). L'employeur a la légitimation passive dans la mesure où l'assuré invoque une violation de l'obligation de déduire du salaire les cotisations LPP selon l'art. 66 al. 3 LPP, et ce indépendamment du point de savoir si la rupture des rapports de travail donne lieu à des prestations d'assurance ou au versement d'une prestation de sortie. En revanche, si c'est le montant de la prestation qui est contesté, l'institution de prévoyance a la légitimité passive, et non l'employeur (ATF 129 V 320 consid. 3.1). On précisera que la légitimation passive n'est pas une condition de recevabilité, mais relève du droit matériel. Si cette légitimation fait défaut, cela doit conduire au rejet de la demande (Marc HÜRZELER / Barbara BÄTTIG-LISCHER, *Berufliche Vorsorge*, Basler Kommentar, n. 57 ad art. 73 LPP). Par ailleurs, si la partie défenderesse n'a pas la légitimation passive dans la procédure cantonale, il s'agit d'un vice de procédure qu'on ne saurait réparer par l'appel en cause de la partie concernée au stade de la procédure fédérale. Un renvoi au tribunal cantonal afin qu'il traite la demande comme une action contre la partie ayant la légitimation passive n'est pas possible, puisqu'un tel procédé reviendrait à ordonner la substitution d'une partie. Dans un tel cas, seule une nouvelle demande déclenchant une nouvelle procédure est envisageable (ATF 116 V 335 consid. 4b). Il sied encore de souligner qu'une demande en matière de prévoyance professionnelle peut être dirigée contre plusieurs parties, par exemple en prenant des conclusions principales contre la première défenderesse, et subsidiaires contre la deuxième, lesquelles se trouvent alors dans un rapport de consorité éventuelle passive (ATF 129 V 237 consid. 6). Par ailleurs, aucune disposition de la LPP n'exclut qu'un assuré qui, conformément à la maxime de disposition, prend des conclusions tant à l'encontre de l'institution de prévoyance que de l'employeur, le fasse dans une seule et même action dirigée contre ces deux défendeurs (cf. par exemple la cause ayant donné lieu à l'ATF 140 V 154).

### **E. 2.2.3**

Conformément aux principes rappelés ci-dessus, l'appel en cause de l'ancienne employeuse ne permet certes en principe pas de trancher dans la présente procédure les obligations de celle-ci. Cela étant, au vu des conclusions prises par le demandeur à son encontre – nonobstant le fait qu'elles n'aient pas été formulées dans sa demande initiale –, il convient de les considérer comme une demande formelle dirigée contre l'appelée en cause, pour les motifs suivants. En premier lieu, on souligne que les conclusions du 17 novembre 2022 à l'encontre de l'appelée en cause seraient en principe recevables à la forme si elles faisaient l'objet d'une action séparée contre celle-ci, dans la mesure où le dépôt d'une telle action n'est pas subordonné à l'observation d'un délai, comme on l'a vu. De plus, compte tenu du principe de simplicité de la procédure ancré à l'art. 73 al. 2 LPP, les exigences quant aux conclusions de la demande sont réduites par rapport à la procédure civile. Ainsi, une conclusion tendant au versement de cotisations de l'employeur qui n'est pas chiffrée ne doit pas porter préjudice à l'assuré demandeur (arrêt du Tribunal fédéral des assurances B 120/06 du 10 mars 2008 consid. 3.2). Il est également acquis que la Cour de céans serait compétente pour en connaître, conformément aux principes rappelés ci-dessus. Par ailleurs, le principe selon lequel l'appel en cause ne permet pas d'étendre l'objet du litige aux obligations d'une partie tierce dans la procédure administrative de recours trouve également sa justification dans le fait que cet objet y est circonscrit par le rapport juridique réglé dans la décision attaquée (ATF 144 II 359 consid. 4.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C\_357/2020 du 18 mars 2021 consid. 7.1). Or, la procédure en matière de prévoyance professionnelle n'est

pas déclenchée par une décision – que les institutions de prévoyance ne sont pas habilitées à rendre à l’égard de leurs affiliés – mais par la voie de l’action, comme on l’a vu, si bien que l’objet du litige y est ainsi défini librement par la partie demanderesse, de sorte que ce principe n’a pas la même portée. En outre, si une demande dirigée uniquement contre l’appelée en cause avait été introduite, une jonction avec la présente cause pourrait être ordonnée au vu de leur connexité matérielle (cf. art. 70 al. 1 LPA, selon lequel l’autorité peut, d’office ou sur requête, joindre en une même procédure des affaires qui se rapportent à une situation identique ou à une cause juridique commune, cf. également arrêt du Tribunal fédéral 9C\_733/2017 du 16 mars 2018 pour un exemple de jonction). Dans ces circonstances, il apparaîtrait contraire à l’exigence de simplicité de la procédure ancré à l’art. 73 LPP, au principe d’économie de procédure et à l’interdiction du formalisme d’écarter les conclusions prises par le demandeur à l’encontre de l’appelée en cause, et de l’inviter à introduire une demande distincte contre celle-ci. A cet égard, on rappellera qu’aux termes de l’art. 29 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), toute personne a droit, dans une procédure judiciaire ou administrative, à ce que sa cause soit traitée équitablement et jugée dans un délai raisonnable. Le formalisme excessif est un aspect particulier du déni de justice prohibé par l’art. 29 al. 1 Cst., et est réalisé lorsque la stricte application des règles de procédure ne se justifie par aucun intérêt digne de protection, devient une fin en soi et empêche ou complique de manière insoutenable la réalisation du droit matériel (arrêt du Tribunal fédéral 8D\_6/2016 du 1<sup>er</sup> juin 2017 consid. 3.1 et les références). A titre d’exemple, l’interdiction du formalisme excessif impose au tribunal d’entrer en matière même sur les conclusions formellement insuffisantes d’un appel lorsque les conclusions prises et donc les modifications du jugement demandées ou, en cas de créances portant sur des sommes d’argent, le montant réclamé, lorsqu’il résulte clairement de ses motifs (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_42/2014 du 17 octobre 2014 consid. 4.2). Dans le cas d’espèce, aucun intérêt digne de protection n’impose que le demandeur soit renvoyé à faire valoir ses conclusions contre l’appelée en cause dans une procédure séparée, qui ferait ensuite vraisemblablement l’objet d’une jonction avec la demande contre l’institution de prévoyance défenderesse. Il y a ainsi lieu, préalablement, de reconnaître à l’appelée en cause la qualité de défenderesse. Il n’est toutefois pas nécessaire de lui impartir un délai supplémentaire pour déposer des observations, dès lors qu’elle a pu se déterminer à plusieurs reprises sur les conclusions du demandeur.

### **E. 2.3**

Au vu des éléments qui précèdent, la demande doit ainsi également être considérée comme recevable en tant qu’elle conclut au versement de cotisations par l’appelée en cause.

### **E. 3**

L’objet du litige est défini par les conclusions de la demande, et, le cas échéant par les conclusions reconventionnelles. Dans ce cadre, le tribunal n’est pas lié par les conclusions des parties (arrêt du Tribunal fédéral 9C\_139/2008 du 27 octobre 2008 consid. 3.1). Partant, conformément aux conclusions prises par le demandeur dont la Cour de céans est compétente pour connaître, le litige porte d’une part sur son affiliation rétroactive par la défenderesse pour la période entre 2005 et 2012 et sur la rectification du montant de sa rente, notamment en y intégrant son avoir de libre passage, et au versement par l’appelée en cause des cotisations de prévoyance professionnelle pour la période de 2005 à 2012.

#### **E. 4**

Selon l'art. 10 al. 1 LPP, l'assurance obligatoire commence en même temps que les rapports de travail ; pour les bénéficiaires d'indemnités journalières de l'assurance-chômage, elle commence le jour où ils perçoivent pour la première fois une indemnité de chômage. Les salariés auxquels un même employeur verse un salaire annuel supérieur à un certain montant (CHF 22'050.- au 1<sup>er</sup> janvier 2023) sont soumis à l'assurance obligatoire pour les risques de décès et d'invalidité dès le 1<sup>er</sup> janvier qui suit la date à laquelle ils ont eu 17 ans et, pour la vieillesse, dès le 1<sup>er</sup> janvier qui suit la date à laquelle ils ont eu 24 ans (cf. art. 7 al. 1 LPP). L'art. 7 al. 2 LPP précise qu'est pris en considération le salaire déterminant au sens de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS – RS 831.10). Le Conseil fédéral peut admettre des dérogations. Tout employeur occupant des salariés soumis à l'assurance obligatoire doit être affilié à une institution de prévoyance inscrite dans le registre de la prévoyance professionnelle (cf. art. 11 al. 1 LPP). Si l'employeur n'est pas encore affilié à une institution de prévoyance, il en choisira une après entente avec son personnel, ou, si elle existe, avec la représentation des travailleurs (cf. art. 11 al. 2 LPP). L'affiliation a lieu avec effet rétroactif, au jour du début des rapports de travail (cf. art. 11 al. 3 en lien avec art. 10 al. 1 LPP). La caisse de compensation AVS s'assure que les employeurs qui dépendent d'elle sont affiliés à une institution de prévoyance enregistrée (cf. art. 11 al. 4 LPP). Afin que la caisse de compensation AVS puisse effectuer son contrôle, l'employeur doit lui fournir tous les renseignements nécessaires et lui remettre une attestation de son institution de prévoyance certifiant qu'il est affilié conformément à la LPP (cf. art. 9 al. 1 et 2 de l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, du 18 avril 1984 [OPP 2 - RS 831.441.1]).

#### **E. 5**

Aux termes de l'art. 66 LPP, l'institution de prévoyance fixe dans ses dispositions réglementaires le montant des cotisations de l'employeur et de celles des salariés. La somme des cotisations (contribution) de l'employeur doit être au moins égale à la somme des cotisations de tous les salariés. La contribution de l'employeur ne peut être fixée plus haut qu'avec son assentiment (al. 1). L'employeur est débiteur de la totalité des cotisations envers l'institution de prévoyance. Celle-ci peut majorer d'un intérêt moratoire les cotisations payées tardivement (al. 2). L'employeur déduit du salaire les cotisations que les dispositions réglementaires mettent à la charge du salarié (al. 3). Il transfère à l'institution de prévoyance sa contribution ainsi que les cotisations des salariés au plus tard à la fin du premier mois suivant l'année civile ou l'année d'assurance pour laquelle les cotisations sont dues (al. 4). Conformément à l'art. 66 LPP, quel que soit le mode de répartition des cotisations entre employeurs et salariés, compte tenu des exigences prévues à l'al. 1, l'institution de prévoyance ne connaît pour tout débiteur que l'employeur. En conséquence, l'institution de prévoyance n'a pas la possibilité de réclamer directement au salarié la part de cotisations qui est à sa charge en vertu du règlement (ATF 142 V 118 consid. 5.3). L'échéance des cotisations se détermine en principe d'après le règlement ou un accord particulier. Il s'agit généralement du contrat d'affiliation. L'échéance prévue à l'art. 66 al. 4 LPP est un terme fixe, à l'expiration duquel le débiteur est en demeure. Cette disposition n'empêche pas l'institution de prévoyance de prévoir une disposition réglementaire, laquelle doit cependant être conforme à la réglementation légale (Jürg BRECHBÜHL / Maya GECKELER HUNZIKER, in LPP et LFLP, nn. 34-35 ad art. 66 LPP).

## **E. 6**

En vertu de l'art. 41 LPP, 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 (al. 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 CO sont applicables (al. 2). Selon l'art. 130 al. 1 CO, la prescription court dès que la créance est devenue exigible. Une créance est exigible lorsque le créancier peut l'exiger et le cas échéant la faire valoir dans une procédure (Isabelle VETTER-SCHREIBER, *Kommentar zur beruflichen Vorsorge*, 3<sup>ème</sup> éd. 2013, n. 12 ad art. 41 LPP).

### **E. 6.1**

Le versement des cotisations à l'institution de prévoyance tombe sous le délai de prescription de cinq ans (Sylvie PETREMAND in LPP et LFLP, 2<sup>ème</sup> éd. 2020, n. 23 ad art. 41 LPP). L'exigibilité et partant le délai de prescription des cotisations peuvent naître même si la créancière n'en a pas connaissance (arrêt du Tribunal fédéral 9C\_618/2007 du 28 janvier 2008 consid. 1.1.3). Le délai de prescription de cinq ans débute, pour chacune des prestations périodiques, à la fin du mois pour lequel elle aurait dû être versée, à moins que le règlement de prévoyance ne prévoie un autre mode de paiement, par exemple tous les deux mois, par trimestre, etc. (arrêt du Tribunal fédéral 9C\_701/2010 du 31 mars 2011 consid. 4.3 portant sur des rentes).

### **E. 6.2**

Dans un arrêt de principe de 2010, le Tribunal fédéral a modifié sa jurisprudence en ce sens que lorsqu'un assuré est affilié rétroactivement dans le cadre d'un contrat d'affiliation existant, l'exigibilité des créances de cotisations relatives à ce salarié intervient ex tunc, c'est-à-dire en principe à la date d'échéance des cotisations relatives aux rapports de travail soumis à la prévoyance professionnelle, et non pas à la date de la constitution effective des rapports d'assurance. Les règles en cas d'affiliation d'office selon l'art. 11 LPP ne s'appliquent pas dans une telle constellation. Toutefois, si c'est en raison d'une violation qualifiée de l'obligation de déclarer de l'employeur que l'institution de prévoyance n'a pas connaissance de l'existence de rapports de travail soumis à cotisations, l'exigibilité des créances de cotisations est différée jusqu'au moment de cette connaissance par l'institution de prévoyance. Dans un tel cas, la créance individuelle de cotisations se prescrit cependant de manière absolue par dix ans à compter de sa naissance (virtuelle). L'intérêt de l'institution de prévoyance à obtenir le versement des cotisations nécessaires au financement des prestations de prévoyance s'oppose au principe de sécurité du droit, qui implique qu'une créance ne soit plus exécutable après un certain délai. Lors de la pondération de ces intérêts, il convient de garder à l'esprit le but de protection de l'institut de la prescription. Le fait que la connaissance de la créance ne soit pas déterminante dans le cadre de la prescription se fonde sur le fait que cette institution vise avant tout la protection du débiteur. Conformément au principe de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC), cette protection ne peut toutefois être invoquée lorsque le débiteur est, en raison de son propre comportement répréhensible, seul responsable du fait que la créance est restée inconnue du créancier. Dans un tel cas, soulever l'exception de prescription serait constitutif d'un abus de droit. Lorsque le débiteur est responsable de l'ignorance par la créancière de l'existence de sa créance, l'exigibilité dépend exceptionnellement de la connaissance par celle-ci des fondements de la créance. Le moment de la connaissance des éléments déterminants pour fixer le montant

des cotisations dépendant également de l'institution de prévoyance, le délai de prescription débute à la date où il aurait été exigible qu'elle en ait connaissance (normativ anrechenbare zumutbare Kenntnis). Une exception au principe selon lequel l'ignorance de la créance n'empêche pas son exigibilité et, partant, la prescription de courir, ne se justifie toutefois pas pour toute violation de l'obligation d'annoncer. En l'absence de violation qualifiée de l'obligation d'annoncer, les créances deviennent exigibles durant l'année de cotisation correspondante. Le début du délai de prescription n'est ainsi pas reporté, lorsque l'employeur pouvait de bonne foi partir du principe que les rapports de travail de l'employé non annoncé à l'institution de prévoyance n'étaient pas soumis à l'obligation d'assurance, par exemple en raison de son statut. En outre, un délai de prescription subsidiaire absolu de dix ans s'applique même en cas de violation qualifiée d'annoncer. Une solution contraire consistant à pouvoir réclamer sans limitation dans le temps les cotisations échues serait incompatible avec les règles régissant la prescription (ATF 136 V 73 consid. 3.3, 4.2, 4.3 et 5.1 ; cf. également arrêts du Tribunal fédéral 9C\_298/2021 du 14 mars 2022 consid. 3.2 et 9C\_354/2018 du 12 septembre 2018 consid. 4.1). Le Tribunal fédéral a confirmé la prescription décennale des cotisations de l'employeur dans un cas portant sur l'affiliation rétroactive dès 1980 d'un chargé de cours à l'EPFL à la caisse de pension Publica, à la suite de la requalification de son contrat de travail par arrêt du TAF de juin 2006. L'institution de prévoyance ayant appris l'affiliation en décembre 2018, les cotisations antérieures au 31 décembre 1998 étaient prescrites (ATF 140 V 154 consid. 6).

### **E. 6.3**

Une violation qualifiée de l'obligation d'annoncer est une violation inexcusable (Isabelle VETTER-SCHREIBER, op. cit. , n. 16 ad art. 41 LPP). La jurisprudence a admis que l'employeur soumis à une convention collective de travail de force étendue à caractère normatif prévoyant le versement de cotisations pour la retraite anticipée, et qui ne s'annonce pas à la fondation compétente, commet une négligence grave des obligations découlant de cette convention, laquelle relève d'une violation qualifiée de l'obligation d'annoncer (arrêt du Tribunal fédéral 9C\_392/2016 du 17 octobre 2016 consid. 3.2.2). Dans un tel cas, le délai de prescription des cotisations commence à courir lorsque la connaissance de sa créance est raisonnablement exigible de la fondation (ATF 138 V 32 consid. 4.1). Un comportement répréhensible a également été retenu s'agissant d'un employeur qui avait omis d'annoncer un travailleur resté affilié aux assurances sociales françaises, alors même qu'il aurait dû l'annoncer à son institution de prévoyance, à la suite de l'entrée en vigueur de l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP - RS 0.142.112.681), cet accord ayant supprimé la possibilité d'exemption de la prévoyance professionnelle obligatoire pour les ressortissants de l'Union européenne. Cela entraînait l'application du délai absolu de prescription de dix ans aux créances de cotisations (arrêt du Tribunal fédéral 9C\_951/2015 du 29 septembre 2016 consid. 5.3). Le Tribunal fédéral a en revanche considéré qu'il n'était pas question d'une violation inexcusable de l'obligation d'annoncer dans le cas d'une employée de la Confédération travaillant à taux variable, qui n'avait pas été annoncée à la caisse de pension par son employeur (ATF 142 V 118 consid. 7.1). L'exclusion de boni dans le salaire annoncé qui résulte d'une erreur de droit d'un employeur de bonne foi ne constitue pas une violation qualifiée de son obligation d'annoncer (arrêt du Tribunal fédéral 9C\_120/2010 du 4 mai 2011 consid. 4.1.2). Les juges zurichois ont également retenu qu'un employeur qui, en raison d'une appréciation juridique erronée, ne déclare pas certains éléments du salaire,

pensant de bonne foi qu'ils ne font pas partie du salaire assuré, ne peut se voir reprocher de violation qualifiée de l'obligation d'annoncer (arrêt du Tribunal des assurances sociales du canton de Zurich BV.2010.00077 du 12 avril 2012 consid. 4.2).

#### **E. 6.4**

Seuls les actes énoncés à l'art. 135 al. 2 CO, soit des poursuites, une requête de conciliation, une action ou une exception devant un tribunal ou un tribunal arbitral ou une intervention dans une faillite, ont pour effet d'interrompre la prescription. Un simple courrier adressé au bénéficiaire d'une prestation indue ne relève pas d'un acte interruptif de prescription (arrêt du Tribunal fédéral 9C\_310/2013 du 22 novembre 2013 consid. 5.2 et la référence). La réglementation contenue à l'art. 41 al. 1 LPP, qui renvoie aux art. 129 et 142 CO, est impérative et s'applique à toutes les créances fondées sur la LPP. En raison de ce renvoi aux dispositions du droit 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 pour une réglementation plus large en matière d'interruption de la prescription (arrêt du Tribunal fédéral des assurances B 55/05 du 16 octobre 2006 consid. 4.2.3 et les références citées).

#### **E. 7**

Aux termes de l'art. 24 LPP, la rente d'invalidité est calculée avec le même taux de conversion que la rente de vieillesse à 65 ans. Le taux de conversion fixé par le Conseil fédéral selon la let. b des dispositions transitoires de la première révision de la LPP du 3 octobre 2003 s'applique aux assurés de la génération transitoire (al. 2). L'avoir de vieillesse déterminant pour le calcul comprend l'avoir de vieillesse acquis par l'assuré à la naissance du droit à la rente d'invalidité (let. a) ; la somme des bonifications de vieillesse afférentes aux années futures, jusqu'à l'âge de référence, sans les intérêts (let. b) (al. 3). Les bonifications de vieillesse afférentes aux années futures sont calculées sur la base du salaire coordonné de l'assuré durant la dernière année d'assurance auprès de l'institution de prévoyance (al. 4). L'avoir de vieillesse acquis par l'assuré jusqu'à la naissance du droit à la rente d'invalidité est déterminé selon l'art. 15 al. 1 LPP (Marc HÜRZELER, in LPP et LFLP, 2<sup>ème</sup> éd, 2020, n. 21 ad art. 24 LPP). Selon cette disposition, l'avoir de vieillesse comprend les bonifications de vieillesse, avec les intérêts, afférentes à la période durant laquelle l'assuré a appartenu à l'institution de prévoyance, cette période prenant toutefois fin à l'âge de référence (let. a) ; l'avoir de vieillesse versé par les institutions précédentes et porté au crédit de l'assuré, avec les intérêts (let. b) ; les remboursements de versements anticipés conformément à l'art. 30d al. 6 (let. c) ; les montants transférés et crédités dans le cadre d'un partage de la prévoyance professionnelle conformément à l'art. 22c al. 2 de la loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LFLP- RS 831.42) (let. d) ; et les montants crédités dans le cadre d'un rachat au sens de l'art. 22d al. 1 LFLP (let. e).

#### **E. 8**

Selon le plan de prévoyance applicable à l'appelée en cause entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2013 (contrat n° S5054), le salaire est défini comme le salaire annuel déclaré selon les normes AVS. Les bonifications de vieillesse sont fixées en pourcentage de la partie épargne du salaire assuré. Les prestations en cas d'invalidité causée par une maladie correspondent à l'avoir de vieillesse final sans les intérêts selon la LPP multiplié par le taux de conversion LPP au moment de l'âge légal de la retraite, et en cas d'accident aux prestations minimales selon les dispositions de base du règlement de prévoyance. Il prévoit au sujet du mode de

paiement des cotisations que l'appelée en cause verse les cotisations tous les mois à terme échu. L'art. 6 du contrat d'affiliation a la même teneur. Le règlement de l'œuvre de prévoyance de l'appelée en cause valable dès le 1<sup>er</sup> juillet 2013 prévoit ce qui suit dans ses dispositions de base. Selon l'art. 14 al. 1, le salaire considéré correspond au salaire annuel dont le montant de coordination a été déduit. Les montants de coordination et le salaire minimum assuré sont définis dans le plan de prévoyance. Selon l'art. 15 al. 1, un avoir de vieillesse individuel composé d'une partie obligatoire et d'une partie surobligatoire est constitué pour la personne assurée. La partie obligatoire correspond à l'avoir de vieillesse selon les art. 15 et 16 LPP. Sont portés au crédit de l'avoir de vieillesse : les bonifications de vieillesse annuelles, les prestations de libre passage provenant d'anciens rapports de prévoyance nationaux et internationaux, les rachats et les versements, les taux d'intérêt. Selon l'art. 19 al. 2 relatif à la rente d'invalidité, la prestation minimale légale est calculée sur la base de l'avoir de vieillesse déterminant composé de l'avoir de vieillesse LPP accumulé jusqu'à la naissance du droit à la rente d'invalidité et la somme des bonifications de vieillesse sans intérêts pour la période manquante jusqu'à l'âge de la retraite LPP, qui se calculent à partir de l'échelle des bonifications de vieillesse LPP et du salaire LPP. L'avoir de vieillesse déterminant est converti en rente au moyen du taux de conversion légal. Les précédents plans de prévoyance et règlements liant l'appelée en cause et la Vaudoise puis la défenderesse ont pour l'essentiel une teneur identique, s'agissant en particulier du calcul des rentes d'invalidité et des cotisations.

## **E. 9**

Les prestations de vieillesse selon la LPP sont financées selon le système de la capitalisation : les cotisations sont fixées de telle manière que le capital accumulé découlant des cotisations et des intérêts suffise pour financer les prestations futures de la prévoyance obligatoire des assurés. Le lien entre les bonifications de vieillesse, respectivement l'avoir de vieillesse, et la prestation de vieillesse est l'expression du principe d'équivalence individuelle, selon lequel il doit exister un équilibre du point de vue de la technique d'assurance, au sein d'un rapport d'assurance particulier, entre les prestations individuelles et les cotisations pour l'affilié particulier. Cet équilibre individuel en fonction des rapports de prévoyance n'est donné qu'en relation avec une durée d'assurance totale. De cet équilibre individuel entre les cotisations et les prestations au sein d'un rapport d'assurance concret, il y a lieu de distinguer l'équilibre du point de vue de la technique d'assurance entre les cotisations et les prestations au sein de l'institution de prévoyance dans son ensemble, avec toutes les personnes affiliées. Il s'agit du principe d'équivalence collective, selon lequel l'institution de prévoyance est tenue de garantir qu'elle soit en mesure de fournir les prestations prévues dès qu'elles sont exigibles. Au regard de la relation étroite entre les cotisations et le montant des prestations de vieillesse de la prévoyance obligatoire (art. 14 LPP), on ne saurait admettre, sans violer le principe de l'équivalence collective, un droit à des prestations de vieillesse calculées en fonction de bonifications de vieillesse afférentes à une période d'assurance pendant laquelle des cotisations correspondantes n'ont pas été versées, même si les bonifications de vieillesse ne correspondent pas forcément, dans le système légal, au montant des cotisations versées (ATF 140 V 154 consid 7.3.2). Partant, une personne ne peut prétendre au versement de prestations de libre passage ou de retraite déterminées en prenant en considération des cotisations qui n'ont pas été acquittées et qui ne peuvent plus être prélevées (arrêt du Tribunal fédéral 9C\_661/2020 du 14 octobre 2021 consid. 5.1). Le principe d'équivalence entre primes versées et prestations assurées qui prévaut dans le domaine de la

prévoyance professionnelle est également applicable au financement des risques décès et invalidité (ATF 138 V 176 consid. 8.3.1). Le Tribunal fédéral a certes rappelé que dans la prévoyance professionnelle, la couverture du risque invalidité ne repose pas sur une équivalence individuelle mais bien plutôt sur une équivalence collective (arrêt du Tribunal fédéral des assurances B 35/03 du 17 février 2004 consid. 3.3.6, cf. également arrêt du Tribunal fédéral 9C\_284/2011 du 17 mai 2011 consid. 3.5). Il a toutefois précisé que l'équivalence individuelle s'applique dans la prévoyance selon la primauté des cotisations (arrêt du Tribunal fédéral des assurances B 6/07 du 26 août 2008 consid. 7.1).

#### **E. 10**

Aux termes de l'art. 2 al. 1 LFLP, si l'assuré quitte l'institution de prévoyance avant la survenance d'un cas de prévoyance (cas de libre passage), il a droit à une prestation de sortie. Conformément à l'art. 3 LFLP, si l'assuré entre dans une nouvelle institution de prévoyance, l'ancienne institution de prévoyance doit verser la prestation de sortie à cette nouvelle institution (al. 1). Si l'ancienne institution de prévoyance a l'obligation de verser des prestations pour survivants et des prestations d'invalidité après qu'elle a transféré la prestation de sortie à la nouvelle institution de prévoyance, cette dernière prestation doit lui être restituée dans la mesure où la restitution est nécessaire pour accorder le paiement de prestations d'invalidité ou pour survivants (al. 2). Les prestations pour survivants ou les prestations d'invalidité de l'ancienne institution de prévoyance peuvent être réduites pour autant qu'il n'y ait pas de restitution (al. 3). L'art. 4 LFLP dispose que si l'assuré n'entre pas dans une autre institution de prévoyance, il doit notifier à son institution de prévoyance sous quelle forme admise il entend maintenir sa prévoyance (al. 1). À défaut de notification, l'institution de prévoyance verse, au plus tôt six mois, mais au plus tard deux ans après la survenance du cas de libre passage, la prestation de sortie, y compris les intérêts, à l'institution supplétive (art. 60 LPP) (al. 2). Si l'assuré entre dans une autre institution de prévoyance, l'institution de libre passage verse le capital de prévoyance à cette dernière afin de maintenir la prévoyance. L'assuré notifie à l'institution de libre passage son entrée dans une nouvelle institution de prévoyance (let. a) ; à la nouvelle institution de prévoyance le nom de l'institution de libre passage et la forme de la prévoyance (let. b) (al. 2 bis).

#### **E. 11**

En vertu de l'art. 34 al. 1 LPP, le Conseil fédéral règle le mode de calcul des prestations dans les cas spéciaux, notamment lorsque l'année d'assurance déterminante selon l'art. 24 al. 4 n'est pas complète ou que l'assuré n'a pas joui, durant cette période, de sa pleine capacité de gain (let. a) ; lorsqu'en vertu de la présente loi, l'assuré reçoit déjà une rente d'invalidité lors de la survenance du nouveau cas d'assurance, ou a déjà touché antérieurement des prestations d'invalidité (let. b). L'art. 15 OPP 2, édicté en vertu de cette délégation de compétence, prévoit que si l'assuré est mis au bénéfice d'une rente d'invalidité partielle, l'institution de prévoyance partage l'avoir de vieillesse en une partie correspondant au pourcentage du droit à la rente et en une partie active (al. 1). La partie de l'avoir de vieillesse fondée sur une invalidité partielle doit être traitée selon l'art. 14. L'avoir de vieillesse actif est assimilé à celui d'un assuré valide et traité, à la fin des rapports de travail, selon les art. 3 à 5 LFLP (al. 2). La partie active étant traitée de la même manière que l'avoir de vieillesse d'un assuré avec une pleine capacité de travail, elle est versée en capital de libre passage à la fin des rapports de travail (Markus MOSER, *Berufliche Vorsorge*, Basler Kommentar, n. 26 ad art. 34 LPP).

## **E. 12**

En ce qui concerne les prétentions du demandeur, la Cour de céans relève en préambule que même si celui-ci paraît certes avoir sciemment accepté lors de la conclusion du contrat d'agent en avril 2005 qu'il ne serait pas affilié par l'appelée en cause pour la prévoyance professionnelle du 1<sup>er</sup> mai 2005 à décembre 2012, il n'est en soi pas abusif d'attendre pour faire valoir sa prétention (Hans-Ulrich STAUFFER, *Rechtsprechung des Bundesgerichts zur beruflichen Vorsorge*, 4<sup>ème</sup> éd. 2019, p. 171). Il y a ainsi bien lieu d'examiner ses droits.

### **E. 12.1**

S'agissant des conclusions à l'encontre de l'appelée en cause en sa qualité de débitrice des cotisations, il convient en premier lieu d'exposer ce qui suit. Dès lors que le revenu soumis à cotisations selon le règlement de la défenderesse est fondé sur le salaire déclaré à l'AVS – sous réserve de la déduction du montant de coordination –, les montants ressortant du compte individuel AVS corrigé conformément à l'arrêt du TAF sont en principe déterminants ici. L'appelée en cause fait valoir que celui-ci ne lui est pas opposable, dès lors qu'elle n'était pas partie à la procédure. On peut toutefois s'épargner l'examen du caractère directement contraignant de cet arrêt dans la fixation des cotisations réclamées à l'appelée en cause, pour le motif suivant. Celle-ci a excipé de la prescription des cotisations de créances éventuellement dues. Or, le premier acte interruptif de prescription au sens de l'art. 135 CO concernant l'appelée en cause correspond aux conclusions du 17 novembre 2022, par lesquelles le demandeur l'a formellement attraite en qualité de défenderesse devant la Cour de céans. En effet, le courrier du demandeur du 28 novembre 2017 à l'appelée en cause ne suffit pas à interrompre la prescription, pas plus que les correspondances que la défenderesse lui a adressées. L'appelée en cause n'a en outre jamais émis de déclaration de renonciation à invoquer la prescription. Il convient ainsi d'examiner quel délai de prescription est applicable aux créances de cotisations. Comme cela ressort de la jurisprudence, le délai décennal ne s'applique qu'en cas de violation qualifiée de l'obligation d'annoncer de l'employeur. Or, une telle violation doit être niée dans le cas d'espèce. Le demandeur et l'appelée en cause avaient en effet conclu un contrat d'agent durant la période litigieuse, lequel stipulait expressément qu'aucune assurance n'était conclue et que le demandeur était responsable de la couverture des risques, notamment ceux liés à la perte du salaire. Celle-ci s'est expliquée sur les motifs qui l'avaient conduite à conclure un tel contrat avec le demandeur, censé lui permettre une plus grande flexibilité dans la charge de travail qu'il pouvait assumer au vu de son état de santé. Il apparaît ainsi que les parties n'entendaient pas conclure un contrat de travail soumis à l'obligation d'assurance selon la prévoyance professionnelle. Rien ne permet de retenir que l'appelée en cause avait conscience lors de la conclusion de ce contrat que le statut d'indépendant ainsi convenu n'était pas conforme au droit, étant par ailleurs souligné que la bonne foi est présumée, conformément à l'art. 3 al. 1 CC (ATF 131 III 511 consid. 3.2.2). On se trouve ici dans la situation où l'employeur, en raison d'une appréciation juridique erronée, croit que son employé n'est pas soumis à la prévoyance professionnelle. Il est vrai que l'appelée en cause a continué à déclarer certains revenus à sa caisse de compensation durant la période litigieuse. Elle a cependant exposé dans ses déterminations au TAF que malgré le contrat d'agent indépendant conclu, le demandeur, qui s'était pourtant engagé à régler les charges sociales et les assurances lui-même en France, n'avait fourni aucune preuve de cette affiliation. C'était en raison de ce défaut de preuve de l'affiliation du demandeur en qualité

d'indépendant que l'appelée en cause avait en définitive procédé à des déclarations complémentaires de ses revenus à la caisse de compensation. Ces explications sont crédibles. Il ressort effectivement des pièces réunies par le TAF que l'appelée en cause a déclaré les revenus du demandeur, non pas en début d'année comme elle l'a fait pour les salaires de ses autres collaborateurs, mais par des déclarations complémentaires établies au début des années suivantes pour la période de 2005 à 2010. L'appelée en cause a en outre précisé dans lesdites déclarations, établies bien avant que le TAF ne soit saisi de la question de l'assujettissement du demandeur, que celui-ci était « un agent libre », tenu selon son contrat de verser lui-même les cotisations AVS ou l'équivalent en France, mais qu'à défaut de preuve de ce versement, elle annonçait néanmoins son revenu afin d'éviter une reprise ultérieure des cotisations. Il apparaît ainsi que malgré le versement des cotisations AVS, opéré par prudence administrative, l'appelée en cause continuait à considérer le demandeur comme un indépendant durant la période litigieuse. La requalification du statut du demandeur par le TAF ne permet pas non plus de parvenir à une autre conclusion. Elle révèle uniquement, au terme d'une analyse fouillée démontrant la complexité que peut présenter la détermination du statut d'un administré, que le contrat conclu n'était pas conforme au droit s'agissant de l'assujettissement aux assurances sociales, mais aucunement que l'appelée en cause était consciente que son appréciation n'était pas soutenable au plan juridique. Partant, on ne saurait retenir une violation inexcusable de l'obligation d'annoncer le demandeur, conformément à la jurisprudence citée selon laquelle les créances de cotisations se prescrivent par cinq ans lorsque l'omission d'annoncer découle d'une méprise de l'employeur quant au statut d'un assuré. Partant, le délai de prescription de cinq ans applicable aux créances de cotisations relatives aux années 2005 à 2012 a expiré au plus tard en décembre 2017. Ces créances étaient ainsi largement prescrites lorsque le demandeur a conclu à leur versement en novembre 2022, dont les conclusions à l'encontre de l'appelée en cause doivent dès lors être rejetées. Le demandeur soutient encore, en référence à l'arrêt du Tribunal fédéral publié aux ATF 148 II 73, que le délai de prescription ne commencerait à courir qu'à la fin des rapports de service. Cette jurisprudence ne lui est cependant d'aucun secours, puisqu'elle porte non pas sur une créance de cotisations impayées, mais sur une créance en réparation du dommage causé par un employeur en raison du non-paiement des cotisations.

## **E. 12.2**

Il y a à présent lieu d'examiner les prétentions soulevées à l'encontre de la défenderesse.

### **E. 12.2.1**

Le demandeur conclut en premier lieu à son affiliation auprès de celle-ci durant la période litigieuse. Il découle en effet de l'arrêt du TAF que le demandeur doit être affilié rétroactivement pour les années 2005 à 2012, conformément au statut de dépendant qui y a été retenu (cf. art. 10 et 11 LPP). En effet, l'affiliation à l'institution de prévoyance ne dépend pas de l'obligation en tant que telle de verser des cotisations de la prévoyance professionnelle, ni du versement effectif de celles-ci (ATF 140 V 154 consid. 4.2).

### **E. 12.2.2**

S'agissant des compléments de rentes au versement desquels le demandeur conclut, ce n'est que le 28 septembre 2020 que la défenderesse a renoncé à se prévaloir de la prescription pour les prestations non encore prescrites à cette date. Les éventuelles rentes non versées échues plus de cinq ans avant cette date sont ainsi prescrites, à défaut d'acte interruptif de

prescription antérieure. Dès lors que les rentes sont servies trimestriellement selon le règlement de la défenderesse et à l'avance, soit les 1<sup>er</sup> janvier, 1<sup>er</sup> avril, 1<sup>er</sup> juillet et 1<sup>er</sup> octobre, le demandeur n'aurait en toute hypothèse droit aux éventuels compléments en fonction de la revalorisation de son avoir de vieillesse que dès le 1<sup>er</sup> octobre 2015. On ne peut suivre le demandeur lorsqu'il affirme que la défenderesse ne serait pas fondée à invoquer la prescription, dès lors que cette exception ne peut être soulevée en cas de mauvaise foi. En effet, la bonne foi de la défenderesse ne peut être mise en cause. L'arrêt auquel le demandeur se réfère dans ce contexte – dans lequel il a été admis qu'une institution de prévoyance qui connaît l'existence des deux enfants de sa bénéficiaire sans verser les rentes complémentaires auxquelles ils ont droit, ne peut de bonne foi soulever l'exception de prescription et doit ainsi verser même les rentes complémentaires prescrites (arrêt du Tribunal fédéral 9C\_339/2009 du 1<sup>er</sup> février 2010 consid. 3.4 et 4.1) – ne peut aucunement être rapproché de sa situation. Il n'appartenait en effet pas à la défenderesse d'analyser si les rapports de prévoyance devaient perdurer malgré le contrat d'agent indépendant conclu en avril 2005 qui lui a été transmis à l'appui de la demande de sortie de l'institution de prévoyance, en particulier dès lors qu'aucun élément ne permettait de douter de la validité de cet accord. Un tel examen excède très largement les contrôles qui s'imposent à une institution de prévoyance afin de vérifier qu'elle a bien servi les prestations pour lesquelles un droit est clairement établi, comme dans l'arrêt précité du 1<sup>er</sup> février 2010. Selon le contrat d'affiliation entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2013, l'affiliation a pour but de réaliser la prévoyance professionnelle des salariés au service de l'appelée en cause conformément à la LPP. Cette formulation implique que seules les prestations légales sont couvertes par ce contrat (cf. arrêt du Tribunal fédéral 9C\_406/2023 du 6 février 2024 consid. 4 et 5.1 confirmant que l'expression « selon les bases LPP » dans un règlement exclut les prestations de la prévoyance plus étendue), ce que confirment également les références dans le règlement aux prestations minimales légales, et les dispositions réglementaires relatives aux rentes d'invalidité, qui reprennent pour l'essentiel la teneur de l'art. 24 LPP. Or, les prestations légales – comme celles visées ici – sont définies selon la primauté des cotisations (Hans-Ulrich STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Basler Kommentar, n. 9 ad 14 LPP). Comme on l'a vu, le principe d'équivalence individuelle ne s'applique certes pas sans réserve au risque invalidité, dès lors notamment que la rente minimale tient également compte de bonifications futures, par définition non versées. Il conserve toutefois une certaine portée dans les plans en primauté des cotisations selon la jurisprudence. En l'espèce, l'avoir de vieillesse déterminant pour le calcul de la rente est entre autres composé des cotisations versées. Partant, en l'absence de cotisations complémentaires à créditer à l'avoir de vieillesse du demandeur, compte tenu du fait qu'elles sont frappées de prescription, il n'y a pas matière à revenir sur le calcul de ses rentes d'invalidité, dont les fondements ne sont en l'espèce pas modifiés par son affiliation rétroactive.

### **E. 12.2.3**

Le demandeur fait encore valoir que son avoir de libre passage n'aurait pas été pris en considération dans l'avoir de vieillesse déterminant le montant de sa rente. Or, comme cela ressort des dispositions rappelées ci-dessus, la partie active de l'avoir de vieillesse doit être versée sous forme de libre passage à l'assuré en cas d'invalidité partielle, comme c'est le cas en espèce. La quotité de l'avoir de vieillesse pris en considération dans le calcul de la rente a été établie de manière conforme à ces principes, ainsi que l'a exposé la défenderesse dans ses déterminations du 23 juin 2023, et la prestation de libre passage dont il y a lieu de

tenir compte a été intégrée dans cet avoir, comme cela ressort des montants figurant dans le certificat de prévoyance valable dès le 5 mars 2015. L'avoir de vieillesse fondant le montant de la rente d'invalidité ne prête ainsi pas le flanc à la critique. Par surabondance, on pourrait se demander si un autre avoir de libre passage pourrait encore être pris en considération dans l'avoir de vieillesse en l'espèce. En effet, selon la jurisprudence, le principe du transfert obligatoire de la prestation de sortie à la nouvelle institution de prévoyance trouve ses limites dans les autres formes de maintien de la prévoyance admises par la LFLP, à savoir lorsqu'il a été établi, au nom de l'assuré, une police ou un compte de libre passage, ou que la prestation de sortie a été versée, en l'absence de toute indication de la part de l'intéressé, à l'institution supplétive. Aussi longtemps qu'aucune autre forme légale de maintien de la prévoyance n'a pas été mise en place après qu'un assuré quitte son ancienne institution de prévoyance, le principe du transfert obligatoire de la prestation de sortie à la nouvelle institution reste pleinement valable même si, dans l'intervalle, un cas de prévoyance s'est réalisé et que l'assuré n'a rien fait pour permettre le transfert à temps (ATF 129 V 440 consid. 6.2). En application de cet arrêt, le Tribunal fédéral des assurances a jugé que la nouvelle institution de prévoyance était en droit de refuser de créditer des prestations de sortie afférentes à d'anciens rapports de prévoyance et qui avaient déjà été versées sur un compte de libre passage (respectivement à l'institution supplétive) au moment où l'assuré en avait demandé le transfert en vue d'améliorer ses prestations et après la survenance de l'invalidité (arrêt du Tribunal fédéral 9C\_662/2007 du 5 juin 2008 consid. 3.2, arrêt du Tribunal fédéral des assurances B 83/02 du 30 avril 2004 consid. 5.2 et 5.3). Le point de savoir si ce principe est applicable par analogie lorsque la sortie de l'institution de prévoyance s'avère rétrospectivement non fondée n'a toutefois pas à être tranché, dès lors que dans le cas d'espèce, la défenderesse a correctement établi le montant de l'avoir de vieillesse déterminant.

#### **E. 12.2.4**

Eu égard aux éléments qui précèdent, les conclusions du demandeur doivent être rejetées, dans la mesure de leur recevabilité, à l'exception de celle tendant à son affiliation rétroactive du 1<sup>er</sup> mai 2005 à décembre 2012, qui n'a cependant qu'une portée constatatoire dans le cas d'espèce.

#### **E. 13**

Compte tenu des éléments qui précèdent, la demande dirigée contre l'appelée en cause est rejetée. La demande contre la défenderesse est très partiellement admise. Le demandeur a ainsi droit à des dépens, qui seront fixés à CHF 300.-. Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 73 al. 2 LPP). \*\*\*

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