

du 19 février 2002

dans la cause

Monsieur C.

représenté par Me Eric Maugué, avocat

contre

X. FONDATION DE PRÉVOYANCE LPP

et

Y. PREVOYANCE VIEILLESSE D'ENTREPRISES

appelée en cause

**EN FAIT**

1. Né en 1937, d'origine italienne, M. C. a travaillé depuis 1964 auprès de l'établissement "La Brasserie E.-V." (ci-après : la Brasserie).
2. Du 1er janvier 1983 au 31 décembre 1992, il a été assuré au titre de la prévoyance professionnelle auprès de la fondation ... devenue après un changement de nom Y. Prévoyance vieillesse d'entreprises (ci-après : Y.).  
  
Au 31 décembre 1992, il avait accumulé un avoir de vieillesse s'élevant à CHF 44'545,10, auquel s'ajoutaient des intérêts à la même date d'un montant de CHF 11'693,55.
3. Le 31 décembre 1992, il y a eu un changement d'employeur, en ce sens que la société H & R (ci-après : H & R) reprenait la direction de la Brasserie.  
  
En tant qu'employé de la Brasserie, M. C. en a été dûment averti. Il était réengagé à compter du 4 janvier 1993 auprès de H & R aux mêmes conditions.
4. Le changement d'employeur a entraîné celui de l'institution de Prévoyance. H & R s'est en effet affiliée auprès de X. Fondation de Prévoyance LPP (ci-après : X.) à compter du 1er janvier 1992 mais jusqu'au 30 juin 1993.
5. Le 20 avril 1995, M. C. a écrit à X. pour connaître l'état de son compte auprès d'elle. X. lui a adressé le 1er mai 1995 un décompte dont il ressort que son compte Epargne LPP s'élevait au 31 décembre 1993 à CHF 3'275,60 (du 01.01 au 30.06.93), auquel s'ajoutaient CHF 66,10 pour les intérêts 1993. L'avoir au 31 décembre 1994 s'élevait à CHF 3'475,40.
6. A une date non précisée, mais qui se situe autour du 1er juillet 1993, la société T. S.A. a repris les engagements de H & R à laquelle elle a succédé, comme employeur de M. C..
7. Le 28 mars 1996, T. S.A. a signé avec X. une Convention d'affiliation avec effet rétroactif au 1er janvier 1993.

La Convention précisait ce qui suit : "Avec reprise sur contrat 10.029.00 du personnel qui était sur l'E.-V."

8. Par jugement du 14 octobre 1996, le Tribunal de première instance a prononcé la faillite de T. S.A. A la date précitée, cette société était redevable envers X. d'un montant de CHF 41'388,85 pour des contributions portant sur les années 1993 à 1996.

X. a produit dans la faillite.

\* \* \*

9. Le 11 octobre 1994, M. C. a été victime d'un accident. Il s'est retrouvé au chômage dès le 1er février 1995 et ses relations contractuelles avec T. S.A. ont pris fin le 30 avril 1995.

Le 8 octobre 1996, M. C. a signé une formule que lui avait envoyée Y. par laquelle il sollicitait cette Fondation de transférer sa prestation de libre-passage en faveur de X.. La date de sortie indiquée était le 31 décembre 1992.

Y. s'est exécutée le 24 janvier 1997. Elle a versé à X. un montant de CHF 63'776,90. Celui-ci comprenait le capital vieillesse de CHF 44'545.- accumulé au 31 décembre 1992, la différence correspondant à des intérêts.

10. Par décision du 22 octobre 1996, l'AI fédérale a alloué à M. C. une rente AI à compter du 1er octobre 1995. Le degré d'invalidité de l'ayant-droit était fixé à 100%. Son montant s'élevait à CHF 1'126.- par mois.

11. A la suite de diverses démarches et échanges de correspondance, X. a informé M. C. par courrier du 6 octobre 1999 qu'elle lui versait une rente d'invalidité trimestrielle s'élevant à CHF 1'129,10 avec effet rétroactif à compter du 1er octobre 1995. X. n'a pas pris en compte les montants de libre-passage que lui avait versés Y..

12. Par courrier du 14 janvier 2000 émanant de sa mandataire, M. C. a protesté auprès de X.. Il estimait que sa prestation de libre-passage devait être intégrée dans l'avoir de vieillesse servant de base au calcul de la rente invalidité indépendamment du moment où cette

prestation avait été transférée. Il n'était pour rien dans le retard avec lequel cette prestation avait été transférée.

13. Par lettre du 21 janvier 2000, X. a rejeté la requête de M. C.. La prestation de libre-passage ne lui avait été transférée que le 24 janvier 1997, soit plus de 2 ans après que l'invalidité se fut déclarée et plus d'une année après le début du droit aux prestations. Au moment où l'assuré a procédé au rachat de ses prestations, le risque avait déjà été réalisé. Aussi, le montant du rachat ne pouvait faire l'objet d'un complément de rente de la part de X..

14. Par acte du 16 février 2001, M. C. a saisi le Tribunal administratif fonctionnant comme Tribunal cantonal des assurances d'une demande en paiement. Il a conclu à ce que X. lui alloue des prestations d'invalidité calculées sur la totalité de son avoir de prévoyance transféré par Y.. X. avait failli à ses obligations car à aucun moment elle ne s'était souciée d'assurer, de concert avec l'ancienne institution de prévoyance, le transfert de la prestation de sortie. L'assuré ne devait pas pâtir du transfert tardif dû à des manquements imputables aux institutions de prévoyance. Un éventuel retard ne pouvait être opposé à l'assuré, celui-ci n'étant pas partie aux conventions d'affiliation. M. C. n'avait jamais changé d'emploi. Ce furent les exploitants de la Brasserie qui se sont succédé. Les rapports de travail ont ainsi été successivement repris par H & R, puis par T. S.A. S'il y a eu changement d'institution de prévoyance, M. C. n'en a pas été informé. Le changement ayant été décidé à son insu, il ne lui appartenait pas de donner des instructions pour le transfert de sa prestation de libre-passage. C'était à la nouvelle institution, soit à X., qu'il incombait de s'assurer que le transfert des avoirs de prévoyance intervienne dans les meilleurs délais.

Le demandeur a cité une jurisprudence non publiée selon laquelle la nouvelle institution devait accepter la prestation de libre-passage, même après la survenance du cas de prévoyance.

Afin d'asseoir ses prétentions, le demandeur s'est fondé sur les instructions de l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) publiées dans le Bulletin de la prévoyance professionnelle no 24 (BPP) du 23 décembre

1992, que la loi et la jurisprudence n'avaient fait que confirmer.

15. X. s'est opposée à la demande. M. C. ayant quitté son institution de prévoyance à la fin de 1992, il lui appartenait de faire transférer sa prestation de sortie dans la nouvelle institution avant la survenance d'un cas d'assurance, ou tout au moins d'en exprimer la volonté à temps.

X. a relevé que depuis avril 1995 au moins, le demandeur connaissait sa créance envers Y.. Ce n'était que le 8 octobre 1996 qu'il avait demandé à cette dernière son transfert à X..

16. Dans un courrier spontané du 9 juillet 2001, l'avocat de M. C. a fait parvenir au tribunal sa note d'honoraires pour l'activité déployée pour son client. Cette note devait être mise à la charge de X., laquelle avait agi de façon téméraire ou avec légèreté.

17. Par courrier du 2 novembre 2001, le tribunal de céans a appelé en cause Y. et l'a invitée à fournir ses observations.

Dans un premier temps, Y. a répondu que le Syndicat interprofessionnel des travailleurs (SIT) l'avait approchée le 19 septembre 1996. Elle avait envoyé aussitôt à ce syndicat le questionnaire destiné au transfert de la prestation de libre-passage. Le 17 janvier 1997 seulement, elle avait reçu par fax ledit questionnaire, signé par M. C., et le 21 janvier 1997, elle avait ordonné le transfert.

18. Non satisfait de cette réponse, le juge délégué a relancé Y. afin qu'elle explique pourquoi elle n'avait pas accompli des démarches aussitôt après la sortie de M. C. de l'institution de prévoyance, en particulier en informant ce dernier de ses droits.

Par lettre du 6 décembre 2001, Y. a complété ses explications. Lors de son entrée dans la fondation, tout nouvel assuré recevait un certificat d'assurance contenant différentes informations. Notamment il était clairement stipulé que lors d'un changement de place, la prestation de libre-passage devait être virée à la nouvelle institution de prévoyance. Lorsqu'un assuré changeait de place de travail, il recevait un formulaire destiné à obtenir sa prestation de libre-passage, mais

dans la mesure où Y. avait connaissance de ce changement. Or, elle ne connaissait pas l'adresse de ses assurés et lorsque l'un d'eux quittait son emploi, elle dépendait du fait que celui-ci annonce sa sortie. Jusqu'à l'intervention du SIT le 19 septembre 1996, le capital de prévoyance de M. C. "resta donc dans notre caisse pour manque d'informations".

19. Les parties se sont exprimées sur les courriers de Y..

**EN DROIT**

1. Déposée devant la juridiction compétente, la demande dirigée contre X. est recevable (art. 56C lett. d de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05).
2. Le litige porte sur le sort devant être réservé à la prestation de libre-passage accumulée au 31 décembre 1992.
3. La loi fédérale sur le libre-passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 17 décembre 1993 (LFLP - RS 831.42) est entrée en vigueur le 1er janvier 1995.

La prestation en question ayant été exigible à partir du 1er janvier 1993, ce sont les anciennes dispositions sur le libre-passage qui s'appliquent, en particulier les articles 27 à 30 de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982 (LPP - RS 831.40) aujourd'hui abrogée (RO 1983 I 803).

4. Sous réserve du paiement en espèces réalisable à certaines conditions prévues à l'article 30 aLPP, le montant de la prestation de libre-passage doit être transféré à la nouvelle institution de prévoyance. L'assuré peut laisser ledit montant auprès de l'institution de prévoyance à laquelle il appartenait jusqu'alors si les dispositions réglementaires de celle-ci le permettent et si le nouvel employeur y consent (art. 29 aLPP).

Le Conseil fédéral édicte des prescriptions sur le mode d'établissement, le contenu et les effets juridiques de la police de libre-passage et d'autres formes assurant

le maintien de la prévoyance (art. 29 alinéa 4 aLPP).

5. En application de la disposition précitée, le Conseil fédéral a édicté l'Ordonnance sur le maintien de la prévoyance et le libre-passage du 12 novembre 1986, aujourd'hui abrogée (RO 1986 page 2008), qui prévoyait en son article 13 que lorsque les rapports de travail étaient résiliés, l'employeur devait en informer sans retard l'institution de prévoyance et lui communiquer l'adresse de l'assuré (alinéa 1). L'institution de prévoyance était tenue d'informer l'assuré, lors d'un cas de libre-passage, de toutes les possibilités de maintenir la prévoyance qu'offraient la loi et son règlement (alinéa 2). L'assuré lui communiquait à quelle nouvelle institution de prévoyance devait être transférée la prestation de libre-passage. Si celle-ci ne pouvait être transférée à une nouvelle institution de prévoyance, ni payée en espèces, l'assuré lui faisait savoir sous quelle forme il entendait maintenir la prévoyance (alinéa 3). Si, dans un délai de 30 jours et dès réception de la communication de l'institution de prévoyance, l'assuré ne l'avait pas informée de son choix conformément au 3ème alinéa, l'institution de prévoyance devait décider, sur la base de la loi et de son règlement, du mode de maintien de la prévoyance (alinéa 4).
6. Selon les instructions de l'OFAS du 23 décembre 1992 publiées dans le BPP no 24, et entrées en vigueur le 1er janvier 1993, les principes exposés ci-dessus ont été confirmés. Selon ces instructions en effet, au chapitre réservé à la procédure en cas de changement d'institution de prévoyance, l'institution auprès de laquelle le contrat d'affiliation a été résilié donne à l'institut de prévoyance à laquelle l'employeur s'est réaffilié des informations complètes sur différents points, notamment le nom, le no AVS, le capital d'épargne individuel, la valeur de rachat, l'avoir de vieillesse LPP, etc (chiffre 2.11 p. 4). Ces informations doivent également être tenues à la disposition de l'organe de contrôle de l'institution de prévoyance jusqu'alors compétente. Dites instructions sont muettes sur la question de savoir quelles sont les obligations de l'ancienne institution de prévoyance lorsqu'elle est dans l'ignorance du départ d'un assuré, ou de ses coordonnées, ou encore lorsque l'employeur ne l'informe pas d'un changement.
7. Il ressort de ce qui précède que lors d'un cas de libre-passage, l'employeur et l'institution de prévoyance, avaient certaines obligations d'informer

l'assuré des différentes possibilités qui s'offraient à lui. Ils avaient aussi un devoir d'information à l'égard de la nouvelle institution. Rien dans la LPP dans sa teneur en 1993, ni dans l'Ordonnance sur le maintien de la prévoyance et le libre-passage, ne faisaient obligation à la nouvelle institution de prévoyance de s'assurer que le transfert éventuel des avoirs de prévoyance intervienne. C'était au contraire à l'employeur ou à l'ancienne institution de prévoyance de veiller à son devoir d'information à l'égard de l'assuré.

8. La jurisprudence évoquée par le demandeur (ATFA non publié du 7 janvier 1999 en la cause B. 9/97) suppose que l'assuré a manifesté son intention ou demandé le transfert de la prestation à sa nouvelle institution et que le cas d'assurance s'est produit entre le moment où les ordres avaient été donnés et le transfert en question. Or, dans le cas d'espèce, à aucun moment avant 1996 le demandeur n'a manifesté son intention à l'égard de Y. de transférer sa prestation de libre-passage auprès de la nouvelle.

9. Les principes dégagés sous l'empire des anciens articles 29 et 30 LPP et de l'Ordonnance d'application alors en vigueur, ont été intégralement repris dans la LFLP actuelle. En effet, si l'assuré entre dans une nouvelle institution de prévoyance, l'ancienne institution doit verser la prestation de sortie à cette nouvelle institution (art. 3 al. 1 LFLP). Si l'assuré n'entre pas dans une autre institution, il doit notifier à son institution de prévoyance sous quelle forme admise il entend maintenir sa prévoyance. A défaut de notification, l'institution de prévoyance verse, au plus tard deux ans après la survenance du cas de libre-passage, la prestation de sortie, y compris les intérêts moratoires, à l'institution supplétive (art. 4 al. 1 et 2 LFLP).

10. Il résulte de ce qui précède que X. n'a pas failli à ses obligations. Demeure réservée la question de savoir si Y. ou l'employeur du demandeur n'ont pas rempli leurs devoirs aussi bien vis-à-vis de ce dernier qu'à l'égard de la nouvelle institution de prévoyance.

L'on peut relever à ce sujet que Y. aurait dû verser la prestation de libre-passage du demandeur à l'institution supplétive, conformément à l'article 4 alinéa 2 LFLP. Certes, cette loi est entrée en vigueur le 1er janvier 1995, mais elle a été votée le 17 décembre

1993 et le Message du Conseil fédéral à l'appui de ladite loi date du 26 février 1992. Le législateur se souciait à l'époque de supprimer l'incertitude qui régnait jusqu'alors à propos des avoirs dits "abandonnés". C'est pourquoi, il avait prévu d'obliger l'institution de prévoyance de verser la prestation de sortie à l'institution supplétive au plus tard "une année après l'exigibilité" (FF 1992 III p. 572). L'article 4 alinéa 2 finalement adopté fixe le délai précité à deux ans (RO 1994 III 2386).

De même le demandeur aurait pu s'inquiéter de savoir où se trouvaient ces fonds de libre-passage ou quelle en était l'ampleur. Comme il l'a fait en écrivant à X. le 20 avril 1995, il aurait pu interroger à tout moment son employeur sur ce point.

11. Il résulte de ce qui précède que la responsabilité de l'employeur de M. C. ou celle de Y. pourrait être engagée. Le Tribunal administratif fonctionnant en qualité de tribunal cantonal des assurances n'est toutefois pas compétent pour connaître de ces questions. Les voies de droit prévues à l'article 73 LPP ne sont pas ouvertes lorsque la contestation a un fondement juridique autre que le droit de la prévoyance professionnelle, même si elle doit avoir des effets relevant du droit de ladite prévoyance (ATA P. du 18 décembre 2001 et jurisprudence citée). Le Tribunal fédéral a considéré que la prétention en paiement de dommages et intérêts correspondant au montant des prestations manquantes suite à l'omission de l'employeur de conclure une assurance plus étendue que le minimum légal, en violation de ses devoirs découlant d'une convention collective de travail, ne découlait pas de la prévoyance professionnelle au sens étroit ou au sens large (ATF 120 V 26 consid. 3). En l'espèce, le demandeur ne pourrait rechercher son ancien employeur ou Y. que pour des prétentions en dommages et intérêts. Cet aspect du litige relève du droit civil et non du droit de la prévoyance professionnelle. Aussi, le demandeur sera renvoyé à mieux agir.
12. En tout état, X. ne saurait prendre en compte la prestation de libre-passage du demandeur reçue en janvier 1997 pour le calcul de la rente servie le 1er octobre 1995.
13. En tous points mal fondée, la demande sera rejetée.

Vu la nature du litige, aucun émolument ne sera mis à la charge du demandeur.

**PAR CES MOTIFS**  
**le Tribunal administratif**  
**à la forme :**

déclare recevable la demande interjetée le 16 février 2001 par Monsieur C. contre la décision de X. Fondation de prévoyance LPP;

**au fond :**

la rejette;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument;

dit que, conformément aux articles 97 et suivants de la loi fédérale d'organisation judiciaire, le présent arrêt peut être porté, par voie de recours de droit administratif, dans les trente jours dès sa notification, auprès du Tribunal fédéral des assurances. Le délai ne peut être prolongé. Le mémoire de recours sera adressé, en trois exemplaires, au Tribunal fédéral des assurances, Adligenswilerstrasse 24, 6006 Lucerne;

communique la présente demande à Me Eric Maugué, avocat du demandeur, à X. Fondation de prévoyance LPP, ainsi qu'à Y. Prévoyance vieillesse d'entreprises et à l'Office fédéral des assurances sociales.

Siégeants : M. Paychère, président, MM. Thélin et Schucani, Mmes Bonnefemme-Hurni et Bovy, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste adj. : le vice-président :

M. Tonossi

F. Paychère

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :

Mme M. Oranci