RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/889/2003-ASSU **ATA/341/2005**

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 10 mai 2005

2ème section

dans la cause

Monsieur O_____
représenté par Me Eric Maugué, avocat

contre

FONDATION COLLECTIVE LPP ZURICH COMPAGNIE D'ASSURANCES SUR LA VIE

EN FAIT

1. Monsieur O_____ a été employé par l'entreprise N_____ (Europe) S.A. jusqu'au 30 avril 2002.

2. L'entreprise N_____ (Europe) S.A. avait conclu, pour la prévoyance professionnelle de ses employés, un contrat d'affiliation avec la Fondation collective LPP Zurich Compagnie d'Assurances sur la vie (ci-après : la fondation).

3. La fondation était régie par un règlement de prévoyance, valable dès le 1er janvier 1998 (ci-après : le règlement de 1998).

4. Le 1er octobre 1998, M. O_____ a été désigné au sein du comité de la caisse de la fondation en qualité de représentant des salariés pour un mandat de 3 ans, soit jusqu'au 1er octobre 2001.

5. Par courrier recommandé du 27 septembre 2001, M. O_____ a fait part au représentant de son employeur de son étonnement quant à la baisse de moitié de ses cotisations mensuelles LPP.

6. Par courrier du 2 octobre 2001, le représentant de l'employeur a informé M. O_____ de ce qu'une modification du contrat de prévoyance de la fondation avait été demandée par le comité de la caisse, ce qui expliquait que ses primes ainsi que le montant de son avoir vieillesse avaient diminués. Cette modification était contenue dans un nouveau règlement de prévoyance, entré en vigueur le 1er janvier 2001 (ci-après : le règlement de 2001). M. O_____ était également mis au courant du fait qu'il avait été destitué de ses fonctions de représentant des salariés.

7. Le conseil de M. O_____ a déposé, en date du 17 décembre 2001, une plainte à l'office fédéral des assurances sociales (ci-après : l'OFAS) contre la fondation. Les motifs de la plainte étaient la violation des règles sur la gestion paritaire au sens de l'article 51 de la loi fédéral sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982 (LPP - RS 831.40), ainsi que la violation du droit à l'information contenu dans l'article 89bis alinéa 2 du Code civil suisse du 10 décembre l907 (CCS - RS 210). En substance, M. O_____ contestait sa révocation en tant que représentant des salariés et jugeait illégale la nomination de son successeur, aucune décision collective des salariés représentés n'ayant été prise. M. O_____ contestait également la décision de modification du contrat de prévoyance professionnelle qui avait été prise, selon lui, au mépris des règles sur la gestion paritaire. M. O_____ concluait principalement à la révocation de son successeur en tant que représentant des salariés, à l'annulation de la décision de modification du règlement entré en

vigueur le 1er janvier 2001, au maintien du règlement dans sa teneur au 31 décembre 2000 et à la réélection d'un représentant des salariés.

8. Le 22 juillet 2002, la Zurich Compagnie d'Assurances sur la vie (ci-après : la Zurich), agissant pour la fondation, a informé M. O_____ du virement sur son compte de chèques postaux de sa prestation de libre passage d'un montant de CHF 169'987,95 plus les intérêts, soit un montant total de CHF 171'673,65.

9. Le 10 octobre 2002, l'OFAS a rendu une décision donnant raison à M. O_____. La décision de modification du règlement, entrée en vigueur le 1er janvier 2001, devait être annulée car elle avait été prise en violation de l'article 51 LPP. Le règlement de 1998 s'appliquait ainsi à nouveau et l'OFAS invitait la fondation à récupérer les cotisations de prévoyance correspondantes.

L'OFAS ne s'est pas prononcée sur le litige relatif à la révocation du successeur de M. O_____ au poste de représentant des salariés car la société N_____ (Europe) S.A. était entrée en liquidation, et il n'était plus possible de désigner correctement un successeur à ce dernier.

10. Par courrier du 9 décembre 2002 adressé à M. O_____, la Zurich a communiqué à ce dernier, au nom de la fondation, le montant de sa prestation de libre passage au 30 avril 2004, sur la base du règlement de prévoyance de 1998, conformément à la décision rendue par l'OFAS le 10 octobre 2002. La Zurich informait également M. O_____ que l'entreprise N_____ (Europe) S.A. n'avait pas pu prélever sur son salaire la cotisation d'épargne réglementaire pendant la période du 1er janvier 2001 au 30 avril 2002 - période pendant laquelle le règlement de prévoyance de 2001, à présent annulé, s'était appliqué - et avait cédé intégralement sa créance à la fondation, en vertu de l'article 39 alinéa 2 LPP. Le montant de la prestation de libre passage de M. O_____, rétabli selon le règlement de 1998, s'élevait à CHF 177'238,25, soit un montant supérieur de CHF 7'250,30 par rapport à la somme versée en juillet 2002. Ce montant devait cependant être compensé avec la créance de l'employeur au titre des cotisations dues par M. O_____ mais non prélevées, qui avait été cédée à la fondation. Cette créance était de CHF 3'625,15. Une fois la compensation effectuée, le solde dû par la fondation en faveur de M. O_____ s'élevait à CHF 3'625,15, auquel s'ajoutait une somme de CHF 189,15 à titre d'intérêts pour arriver à un montant total de CHF 3'814,30. La fondation a versé cette somme à M. O_____.

11. Le 12 décembre 2002, N_____ (Europe) S.A. a signé une déclaration de cession par laquelle elle cédait intégralement à la fondation sa créances envers ses anciens employés sur les cotisations à l'épargne des employés n'ayant pas pu être déduites du salaire pendant la période du 1er janvier 2001 au 30 avril 2002.

12. En date du 20 décembre 2002, le conseil de M. O_____ a adressé un courrier à la fondation dans lequel il indiquait ne pas comprendre le décompte présenté dans son courrier du 9 décembre 2002. Il souhaitait, par conséquent, des informations détaillées sur le montant de la prime de risque survivant/invalidité, le rendement de l'avoir prévoyance crédité pour chaque année et l'éventuelle distribution d'excédents ainsi que le versement de contributions pour une structure d'âge défavorable.

13. Le 7 janvier 2003, la Zurich a répondu à ce courrier, au nom de la fondation. Elle maintenait les chiffres communiqués au conseil de M. O_____ dans son courrier du 9 décembre 2002. Plusieurs documents étaient annexés afin de faciliter la compréhension du décompte de la prestation de libre passage. La Zurich proposait encore d'accorder un entretien au conseil de M. O_____ si des interrogations subsistaient.

14. Par courrier du 10 janvier 2003, le conseil de M. O_____ a indiqué à la fondation, que ce dernier contestait la compensation de la créance en cotisations cédée par son employeur. Il ajoutait que les règles générales de la loi fédérale complétant le code civil suisse du 30 mars 1911 (Livre cinquième : Droit des obligations (CO - RS 220) sur la compensation étaient applicables dans le cadre de l'article 39 al. 2 LPP. Il contestait également le fondement de la prétention, soit la créance en restitution d'un montant de salaire versé en trop, au sens de l'article 63 CO.

15. Le 24 janvier 2003, le conseil de M. O_____ a écrit à nouveau à la fondation, lui indiquant qu'il avait pris connaissance de la déclaration de cession de créance des arriérés de cotisations de la société N_____ (Europe) S.A. en faveur de la fondation. Il contestait toutefois à nouveau le décompte de la fondation relatif à la prestation de libre passage de son mandant, au motif que des fonds libres avaient été distribués et que M. O_____ pouvait prétendre à une part de ces fonds libres. Ce dernier maintenait également son opposition à la compensation de la créance de son ancien employeur au motif que l'article 64 CO trouvait application.

16. Le 4 février 2003, la fondation a répondu au conseil de M. O_____ par un courrier en allemand, (dont la traduction française a été remise le 1er décembre 2003 au tribunal de céans) dans lequel elle s'opposait au dernier courrier du conseil de M. O_____. Elle réexpliquait les critères utilisés pour le calcul de la prestation de libre passage de M. O_____ et affirmait que les articles 62 ss CO n'étaient pas applicables au cas d'espèce. La fondation réitérait sa proposition d'un entretien avec le conseil de ce dernier.

17. Le 12 mars 2003, l'ancien employeur de M. O_____ a fait parvenir à son conseil un tableau de l'évolution de l'épargne du recourant lui indiquant qu'il

n'était pas possible de comparer la prime totale avec l'évolution de la prestation de libre passage.

18. Le 26 mai 2003, M. O_____ a déposé par devant le tribunal de céans, par l'intermédiaire de son conseil, une demande en paiement à l'encontre de la fondation, d'un montant de CHF 3'625,15 avec intérêts à 4,25 %, entre le 1er mai et le 31 décembre 2002, puis à 3,5 % dès le 1er janvier 2003. M. O_____ contestait la compensation des arriérés de cotisations et réclamait la prise en compte des fonds libres distribués durant l'année 2001. Il demandait la condamnation de la fondation au paiement d'un montant équivalent aux fonds libres qui lui auraient été crédités durant l'exercice 2001. S'agissant des arriérés de cotisations, M. O_____ invoquait le fait que les articles 62 ss CO devaient s'appliquer au litige. Selon lui, les conditions de la répétition de l'indu au sens de l'article 63 CO n'étaient pas remplies car l'employeur n'avait pas été « dans l'erreur », puisqu'il ne pouvait ignorer que la modification du plan de prévoyance était illégale. Il avait donc sciemment pris le risque de ne pas retenir les cotisations sur son salaire conformément à l'ancien plan de prévoyance. Ce grief devait s'appliquer à la fondation puisque la créance lui avait été cédée. M. O_____ ajoutait que les conditions de la restitution selon l'article 64 CO n'étaient pas remplies non plus, ce dernier n'étant plus enrichi, de bonne foi, au jour de la répétition. Quant à la distribution de fonds libres, il affirmait que la fondation avait procédé à une distribution volontaire de fonds libres durant l'exercice 2001, qui avait été décomptée par cette dernière malgré le maintien du règlement de 1998, ce qu'elle n'était pas en droit de faire.

19. Le 30 octobre 2003, la fondation a fait parvenir par courrier recommandé sa réponse, dans laquelle elle demandait le rejet total du recours de M. O_____. Elle contestait toute distribution d'excédents en 2001 et soutenait que la cession faite en sa faveur était intervenue en conformité avec l'article 39 alinéa 2 LPP.

20. Par courrier du 11 novembre 2003, le conseil de M. O_____ a sollicité du tribunal de céans un second échange d'écritures pour clarifier certains points du litige.

21. Par courrier recommandé du 8 décembre 2003, le conseil de M. O_____ a fait parvenir au tribunal de céans sa réplique, dans laquelle il persistait dans ses conclusions s'agissant de la compensation des arriérés de cotisations, mais renonçait en revanche à réclamer les fonds libres. Les conclusions de M. O_____ étaient modifiées en conséquence et se limitaient désormais à demander la condamnation de la fondation au versement d'un montant de CHF 3'625,15 avec intérêts à 4,25 % entre le 1er mai et le 31 décembre 2002, puis à 3,5 % dès le 1er janvier 2003.

22. Le 23 décembre 2003, le conseil de M. O_____ a réservé son droit à l'amplification de ses conclusions auprès du tribunal de céans, en fonction de la réponse que donnerait la fondation concernant des « excédents » qui auraient été distribués aux salariés en décembre 2003.

23. Par courrier recommandé du 20 avril 2004, la fondation a fait parvenir au tribunal de céans sa duplique, dans laquelle elle relevait l'abandon par M. O_____ de ses conclusions relatives aux fonds libres et persistait dans ses conclusions concernant la compensation de créance.

24. En date du 3 mai 2004, la fondation a transmis au tribunal de céans copie du courrier qu'elle adressait le même jour au conseil de M. O_____, ainsi que de ses annexes, l'informant que le subside pour structure d'âge défavorable avait été directement ajouté à l'avoir de vieillesse de son mandant, soit pour un montant de CHF 1'625,80 et qu'ainsi aucun excédent n'était dû. M. O_____ n'a pas réagi.

25. Le Tribunal administratif a gardé la cause à juger.

EN DROIT

1. Selon l'article 73 LPP, les cantons doivent instituer un tribunal connaissant en dernière instance cantonale des contestations opposant institutions de prévoyance, employeurs et ayants droit.

2. En vertu de l'article 56V alinéa 1 lettre b de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ - E 2 05), le Tribunal cantonal des assurances sociales est l'autorité judiciaire désignée par l'article 73 LPP.

   La présente demande est ainsi recevable. Toutefois, le Tribunal administratif fonctionnant comme tribunal cantonal des assurances, reste compétent pour les actions introduites avant le 1er août 2003.

3. L'objet du litige est le calcul de la prestation de libre passage de M. O_____, effectué par la fondation qui inclut la compensation d'arriérés de cotisations d'un montant de CHF 3'625,15, cédés par l'employeur à la fondation.

4. La compensation de créances réciproques constitue un principe juridique général, ancré en droit privé aux articles 120 ss CO, et qui trouve application en droit administratif. En droit des assurances sociales plus particulièrement, ce principe est reconnu, même dans les branches de ce droit qui ne le prévoient pas expressément (ATF 128 V 224). Dans le domaine de la prévoyance

professionnelle, la question particulière de la compensation de créances que l'employeur a cédées à l'institution de prévoyance, est réglée de manière restrictive par l'article 39 alinéa 2 LPP. En vertu de cette norme, le droit aux prestations peut être compensé avec des créances cédées par l'employeur à l'institution de prévoyance uniquement si ces créances ont pour objet des cotisations non déduites du salaire.

5. A défaut de norme statutaire ou réglementaire, les dispositions générales du CO peuvent s'appliquer, puisque les contrats innommés tels le contrat de prévoyance sont soumis à la partie générale du CO (ATF 122 V 144 consid. 3).

6. Il en va ainsi des règles sur l'enrichissement illégitime des articles 62 ss CO, lorsque des prestations ont été indûment payées, ce en raison des relations de nature contractuelle entre l'institution de prévoyance et l'ensemble des employés affiliés (A.GRISEL, Traité de droit administratif, vol. II, 1984, p. 618 ss). Dans ce cas, les dispositions du CO qui fixent les conditions de la compensation sont applicables par analogie (art. 120 ss. CO). Ainsi, la compensation n'est possible que lorsque deux obligations de la même espèce existent réciproquement entre deux personnes et que la dette, avec laquelle le créancier entend exercer la compensation, est exigible et fondée en droit. En l'espèce, les conditions de la compensation sont remplies, ce qui n'est d'ailleurs contesté par aucune des parties. Seule est pertinente l'objection soulevée par le demandeur pour s'opposer au droit de l'employeur d'obtenir le remboursement de la part de salaire versée en trop.

7. Selon l'article 169 CO, en cas de cession, le débiteur cédé (le demandeur) peut opposer au cessionnaire (la défenderesse) comme il aurait pu les opposer au cédant (l'employeur), les exceptions qui lui appartenaient au moment où il a eu connaissance de la cession. Par exception, comprenant les objections, on entend celles qui touchent à l'existence de la créance ou le droit d'exiger une prestation en vertu de la créance.

8. En l'occurrence, la créance dont se prévaut la défenderesse, d'un montant de CHF 3'625,15, correspond au montant des cotisations qui aurait dû, selon le règlement de prévoyance de 1998, être prélevé par l'employeur sur les salaires versés au demandeur entre le 1er janvier 2001 et le 30 avril 2002. La créance dont l'employeur entend se prévaloir porte ainsi sur un montant du salaire qu'il aurait versé en trop. Dans ce contexte, pour que l'employeur - la défenderesse en cas de cession - puisse invoquer à bon droit une créance exigible contre le demandeur, il faut que l'employeur puisse prétendre à la restitution par le demandeur de cette part de salaire.

9. L'examen de cette prétention doit se faire selon les règles usuelles sur la répétition. Selon l'article 62 alinéa 1 CO, celui qui, sans cause légitime, s'est enrichi aux dépens d'autrui, est tenu à restitution. Une prestation est indue

lorsqu'elle repose sur une cause illégitime. Sont notamment illégitimes : les causes non valables, celles qui ne se sont pas réalisées et celles qui ont cessé d'exister (art. 62 alinéa 2 CO). Il y a quatre conditions à la répétition de l'indu : l'enrichissement du débiteur, l'appauvrissement du créancier, la connexité entre les deux et l'absence de cause.

En l'espèce, M. O_____ s'est enrichi aux dépens de son employeur puisqu'il a perçu un salaire sur lequel les cotisations relatives au règlement 1998 n'ont pas été prélevées du 1er janvier 2001 au 30 avril 2002 alors même qu'il a perçu le montant de sa prestation de libre passage adaptée. L'employeur a, de son côté, versé la moitié des cotisations réadaptées au règlement 1998, comme cela est prévu par les règles paritaires de la fondation. Cela a entraîné un appauvrissement de l'employeur. Il y a bien une connexité entre l'enrichissement du débiteur et l'appauvrissement du créancier. De plus, du 1er janvier 2001 au prononcé de la décision de l'OFAS, soit le 10 octobre 2002, le règlement de 2001 est resté en vigueur. Ce règlement a par la suite été annulé, mais il n'a pas été déclaré nul de plein droit, de sorte que les paiements de salaires, incluant le montant litigieux des cotisations, effectués du 1er janvier 2001 au 30 avril 2002, n'étaient pas dénués de cause valable, mais ont été effectués en vertu d'une cause qui s'est éteinte le 10 octobre 2002. Il y a donc, en l'espèce, enrichissement illégitime et M. O_____ qui est tenu à restitution.

10. Le demandeur invoque toutefois l'application de l'article 63 CO et prétend que l'employeur n'était pas dans l'erreur lorsqu'il a versé le salaire à ses employés non diminué de la part de cotisation selon le règlement de 1998. L'employeur aurait pris intentionnellement le risque de ne pas retenir les cotisations alors qu'il devait savoir que la modification du plan de prévoyance était illégale. La restitution ne serait donc pas due.

a. Selon l'article 63 alinéa 1 CO, celui qui a payé volontairement ce qu'il ne devait pas ne peut le répéter que s'il prouve qu'il a payé en croyant, par erreur, qu'il devait ce qu'il a payé. Cette disposition règle le droit à la répétition de l'indu et constitue une norme spéciale par rapport à l'article 62 alinéa 1 CO (A. BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, p. 609).

b. Elle permet à l'appauvri d'obtenir la restitution d'une prestation faite volontairement pour exécuter une obligation inexistante, et cela par erreur (P. ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, p. 399).

c. Selon la jurisprudence (SJ 1994 269) et la doctrine, « L'idée poursuivie est que l'exécution par une personne d'une prestation dont elle sait qu'elle n'est pas due constitue en quelque sorte une reconnaissance de dette et que la répétition reviendrait à un comportement contradictoire (« venire contra factum proprium »). La répétition est dès lors exclue lorsque la prestation a été faite volontairement et sans erreur en vue de l'exécution d'une dette qui n'existait pas. Quatre conditions

doivent être remplies : 1° une prestation (…). 2° Pour une dette qui n'existe pas : C'est le cas si elle n'a jamais existé ou si elle n'existait plus au moment où la prestation a été faite. La règle ne s'applique pas aux prestations faites en vue d'une cause future qui ne s'est pas réalisée ou en vue d'une cause qui a cessé d'exister. (…). » (P. GAUCH/ W.R. SCHLUEP/P. TERCIER, Partie générale du droit des obligations, Tome I, Zurich 1982, p. 205 n. 1101 ss).

d. Une prestation qui a cessé d'exister se définit comme une prestation faite en exécution d'une cause qui existe mais qui s'éteint par la suite pour des raisons particulières (P. GAUCH/ W.R. SCHLUEP/P. TERCIER, op. cit., p. 204, n. 1097).

Il ressort de ce qui précède que le grief du demandeur selon lequel la restitution de l'indu ne serait pas due au motif que l'employeur n'était pas dans l'erreur lors du paiement est mal fondé. En effet, l'article 63 CO ne trouve pas application dans le cas d'espèce puisqu'il est question d'une prestation dont la cause a cessé d'exister.

11. Le demandeur prétend encore qu'il ne serait pas tenu à restitution en vertu de l'article 64 CO qui prévoit que l'enrichi de bonne foi n'est tenu à restitution que dans la mesure de l'enrichissement existant lors de la répétition de l'indu. En d'autres termes, il ne pourrait être placé dans une situation inférieure à celle qui serait la sienne si le versement de l'indu ne s'était pas produit.

12. L'article 64 CO considère uniquement le sort de la prestation en cause dans le patrimoine de l'intéressé et fait abstraction des autres éléments de la situation financière. Ainsi, est enrichi non seulement celui qui est encore en possession du montant reçu à tort mais également celui qui l'a utilisé pour des dépenses nécessaires (par exemple, pour payer des dettes ou son entretien). En revanche, n'est plus enrichi celui qui, par libéralité, en a fait don à un tiers, ni, en principe, celui qui a consacré le montant indûment touché à des dépenses non nécessaires ou à des avantages non durables, tels qu'un voyage d'agrément, un concert ou un spectacle, soit, d'une manière générale, à des valeurs extra-patrimoniales (JAAC 62 1998 n° 54, p.510 et réf. citées).

Le demandeur n'a fourni aucun élément de preuve quant au mode de dépense du montant dont il estime qu'il n'est pas tenu à restitution. De plus, sa bonne foi ne saurait être admise dans le cas d'espèce. En initiant une procédure en septembre 2001 devant l'OFAS pour demander que le règlement de 1998 soit rétabli, le demandeur ne pouvait ignorer que le règlement impliquait le prélèvement de cotisations plus élevées, dont il était débiteur à raison de 50%.

13. Dès lors, la demande sera rejetée.

14. Aucune indemnité de procédure ne sera allouée.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable la demande formée par Monsieur O_____ le 26 mai 2003 ;

au fond :

la rejette ;

déboute le demandeur de toutes ses conclusions ;

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

dit que conformément aux articles 97 et suivants de la loi fédérale d'organisation judiciaire, notamment 132, le présent arrêt peut être porté, par voie de recours administratif, dans les trente jours dès sa notification, par devant le Tribunal fédéral des assurances sociales ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il est adressé en trois exemplaires au moins au Tribunal fédéral des assurances sociales, 6004 Lucerne ; le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Eric Maugué, avocat de Monsieur O_____, à la Fondation collective LPP Zurich Compagnie d'assurances et à l'office fédéral des assurances sociales.

Siégeants : M. Paychère, président, M. Thélin, juge, M. Bellanger, juge suppléant.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste adj. :	le président :
M. Tonossi	F. Paychère

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :