

1ère section

du 8 juin 2004

dans la cause

Monsieur S. _____

représenté par Me Yves Magnin, avocat

contre

Fondation WINTERTHUR-COLUMNNA

et

C. _____ SARL

représentée par Me Raphaël Biaggi, avocat

A/940/2003

EN FAIT

1. Monsieur ____S._____, né le ____1942, a travaillé en qualité d'informaticien pour le compte de la société D.____S.A., dont le siège est à Genève (ci-après : D._____/Genève), du 1er septembre 1963 au 31 mai 1997.
2. Ses années d'activité se sont déroulées en quatre périodes distinctes.
3. Du 1er septembre 1963 au 31 août 1980, M. S._____ a travaillé auprès de D._____/Genève. Pendant cette période, il a versé ses cotisations de 2ème pilier auprès de la Fondation de prévoyance de D._____/Genève.
4. Du 1er septembre 1980 au 31 octobre 1982, il a été transféré en Belgique, où il a travaillé pour la société D._____/Belgique. Pendant cette période, ses cotisations de 2ème pilier ont été versées à une caisse de pension belge, gérée par la société F._____ AG, à Bruxelles.
5. Le 1er novembre 1982, M. S._____ est revenu travailler auprès de D._____/Genève. Depuis cette date, jusqu'au 30 mai 1997, il a été à nouveau affilié à la société de prévoyance de cette société.
6. Le 31 mai 1997, le service informatique de D._____/Genève a été transféré à C._____ Sarl (ci-après : C.____), à Genève.
7. La reprise de cette partie du personnel de D._____/Genève par C._____ s'est faite, d'accord entre les parties, en application de l'article 333 du Code des obligations du 30 mars 1911 (CO - RS 220).
8. Dans le cadre de cette reprise, la société reprenante a déclaré vouloir faire bénéficier son personnel des "directives applicables aux droits de prestations de vieillesse et de survivants pour les employés transférés entre les diverses unités de la société" appliquées par D._____/Genève (guide de rente des personnes transférées à l'étranger par D._____/Genève [en version originale: Tranferee Pension Guide]; ci-après: TPG).

9. La société Mercier, dont le siège est à Bruxelles, a été chargée de l'application du TPG par le groupe D._____.
10. Le 3 juillet 1997, suite au transfert de la société D._____/Genève à C.____, la Fondation de prévoyance de D._____/Genève a versé à la compagnie d'assurance Winterthur-Columna (ci-après : la Winterthur), caisse de pension de C.____, les avoirs de prévoyance acquis par M. S._____ pendant les périodes où il avait travaillé à Genève. Elle a joint au versement de cette prestation de libre passage un montant de CHF 24'290.-, au titre de "supplément selon Tranferee Pension Guide".
11. La somme versée a été de CHF 813'989.-, intérêts compris.
12. En accord avec C.____, M. S._____ a pris une retraite anticipée, le 1er janvier 2001.
13. Au total, il a travaillé auprès des diverses sociétés susmentionnées 448 mois, dont 422 à Genève et 26 en Belgique.
14. Depuis le 1er janvier 2001, la Winterthur lui verse une rente annuelle de CHF 85'598.-. Cette rente est calculée sur la base des cotisations versées par M. S._____ à Genève.
15. Pour la période afférente aux deux ans qu'il a passés en Belgique, la caisse de pension belge verse à M. S._____ une pension annuelle de CHF 1'295.-.
16. Cette dernière pension n'a été acquittée que dès le 1er octobre 2002, date à laquelle M. S._____ a atteint l'âge de 60 ans.
17. Entre le 1er janvier 2001, date à laquelle il a pris sa retraite anticipée, et le 1er octobre 2002, M. S._____ n'a pas reçu de rente de la part de la caisse de pension belge. Il a manifesté son désir de l'obtenir auprès de la société Mercier, qui lui a confirmé par deux fois qu'il y aurait droit. Plus tard, lorsqu'il a contacté le service des ressources humaines de la société D._____/Belgique aux fins d'obtenir cette rente, il lui a été indiqué qu'il fallait être belge pour pouvoir bénéficier d'une retraite anticipée. Devant ces

renseignements contradictoires, M. S._____ n'a pas fait de demande de liquidation de son compte de prévoyance pour retraite anticipée auprès de la société F._____ AG.

18. Le 3 juin 2003, M. S._____ a saisi le Tribunal administratif de la présente demande en paiement.

S'il n'avait pas été transféré en Belgique, il aurait touché une rente annuelle de CHF 90'871.-, soit un supplément annuel de CHF 3'978.- (CHF 331,50/mois) par rapport à sa rente actuelle. Cette différence était injuste et violait le TPG, qui garantissait aux personnes transférées une retraite équivalente à celle des employés ayant cotisé à une seule caisse de prévoyance. Ladite garantie avait été reprise par C.____ lors du transfert d'entreprise survenu en mai 1997; il lui appartenait désormais de l'assumer.

Lorsque D._____/Genève avait transféré les avoirs de prévoyance de M. S._____ à la Winterthur, il avait été adjoint une somme de CHF 24'290.- destinée précisément à garantir cette équivalence. En conséquence, le Tribunal devait, pour la période du 1er janvier 2001 au 31 mai 2003, condamner C.____ et la Winterthur au paiement de CHF 9'613,50, correspondant audit complément de rente et constater son droit à cette rente, pour l'avenir. Subsidiairement, ce complément pouvait être capitalisé. Cette capitalisation conduisait à lui accorder un capital de CHF 66'300.-.

Par ailleurs, lorsqu'il avait pris sa retraite, le 1er janvier 2001, M. S._____ n'avait pas obtenu de la caisse de prévoyance belge la rente afférente à ses années d'activité passées en Belgique. Cette rente ne lui avait été versée qu'à partir du jour de ses 60 ans, soit depuis le 1er octobre 2002. Il en résultait pour lui une perte de CHF 108.- sur 21 mois, soit une perte totale de CHF 2'268.-. C.____ devait assumer cette perte, en vertu de l'article 3.7.2 du TPG. Il fallait donc la condamner, conjointement et solidairement avec la Winterthur, au paiement de cette somme.

19. C.____ s'est déterminée sur cette demande le 4 juillet 2003.

Elle ne contestait pas avoir repris intégralement les obligations de D._____/Genève lors du transfert d'entreprise. En revanche, l'interprétation faite par le demandeur du TPG était erronée. Certes, ce document

accordait certaines garanties, mais il ne garantissait pas aux personnes transférées à l'étranger une équivalence absolue de rente par rapport à celle qu'ils auraient perçue s'ils étaient restés en Suisse. Le TPG se bornait à garantir un revenu total de retraite minimum, en deça duquel la rente du demandeur n'était pas tombée. Ce dernier n'avait donc pas droit à un supplément de rente fondée sur le TPG, même s'il était vrai que sa rente était inférieure à celle qu'il aurait perçue s'il était resté en Suisse. Cette situation n'était d'ailleurs pas choquante. En effet, le demandeur avait bénéficié, du fait de son transfert, des avantages et prestations en nature offerts par la société aux personnes transférées, lors de son séjour en Belgique.

Quant au versement de CHF 24'290.- effectué par D._____/Genève avec les avoirs de prévoyance de M. S._____, celui-là ne pouvait être considéré comme fondant un droit à une prestation individualisée. Cette somme était destinée à alimenter le fond de garantie du TPG permettant d'accorder une rente supplémentaire aux personnes dont le revenu total de retraite tombait en dessous du revenu total garanti.

S'agissant de la rente non versée par la caisse de pension belge avant que le demandeur n'ait atteint l'âge de 60 ans, il n'appartenait pas à C.____ de l'assumer. S'il l'avait souhaité, le demandeur aurait pu faire valoir ses droits auprès de cette caisse de pension, sans s'arrêter aux informations erronées qu'il avait reçues de D._____/Belgique.

20. Par lettre-signature du 25 août 2003, la Winterthur n'a pas apporté d'arguments supplémentaires à ceux développés par C.____ et a conclu au rejet de la demande.

EN DROIT

1. a. Selon l'article 73 alinéa 1 de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982 (LPP - RS 831.40), chaque canton désigne un tribunal qui connaît, en dernière instance cantonale, des contestations opposant institutions de prévoyance, employeurs et ayants droit.

b. La loi modifiant la loi sur l'organisation judiciaire du 14 novembre 2002, par laquelle a été créé un tribunal cantonal des assurances sociales est entrée en vigueur le 1er août 2003. Dès cette date, le Tribunal administratif ne fonctionne plus comme tribunal cantonal des assurances. Cependant, en vertu de l'article 3 alinéa 2 de ladite loi, les causes introduites devant le Tribunal administratif, avant l'entrée en vigueur de la loi, sont instruites et jugées par cette juridiction.

c. Déposée devant la juridiction compétente, la demande est ainsi recevable.

2. a. Aux termes de l'article 333 alinéa 1 du Code des obligations du 30 mars 1911 (CO - RS 220), si l'employeur transfère l'entreprise à un tiers qui s'engage à reprendre les rapports de travail, ceux-ci passent à l'acquéreur, au jour du transfert, avec tous les droits et obligations qui découlent du contrat de travail depuis son origine (arrêt du Tribunal fédéral B 24/02 du 20 novembre 2002, consid. 2.2.1).

b. En l'espèce, et ainsi qu'en ont toujours convenu les parties, le transfert du service informatique de D._____/Genève à C.____ s'est effectué, conventionnellement, conformément à cette disposition. En particulier, le TPG de D._____, qui traite de la situation de prévoyance des employés transférés pendant leur activité dans une filiale de l'entreprise se trouvant à l'étranger, a été intégralement repris par C._____.

c. En conséquence, le recourant peut faire valoir à l'égard de C._____ tous ses droits d'employé à l'égard de l'employeur, qui découlent de ses années d'activité auprès de D._____, depuis l'origine de son contrat, soit dès le 1er septembre 1963.

3. a. Le demandeur ne fonde ses prétentions ni sur la LPP, ni sur la loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, du 17 décembre 1993 (LFLP - RS 831.42). Le litige porte sur les droits et obligations que contient le TPG, dont les parties admettent par ailleurs la nature contraignante. Selon le demandeur, ce document confère aux personnes transférées à l'étranger le droit d'obtenir une retraite équivalente à celle qui aurait été la leur s'ils étaient restés à Genève. Pour C._____, ce document ne comporte que la garantie d'un revenu total de retraite

minimum.

b. Selon l'article 1 du TPG, le but du TPG "is to provide pension treatment for employees who participated in two or more D._____ pension plans, equitable with pension treatment for employees who participated during their career in only one plan. As such the objective of this policy is to protect transferees against loss of pension benefits due to transfers." Le demandeur, qui fait une traduction libre de cette disposition, soutient que le terme "equitable" doit être traduit par "équivalent". C.____ considère qu'il convient de traduire ce terme par "équitable".

c. Si l'article 1 du TPG manque singulièrement de clarté, il ne ressort pas moins de l'ensemble du TPG que l'interprétation libre faite par le demandeur de ce texte n'est pas compatible avec les autres dispositions du TPG. En effet, ainsi qu'il ressort de l'article 2 du TPG, qui fixe les principes applicables à la détermination des droits des personnes transférées, l'employeur garantit à ces personnes un revenu total minimum de retraite, qui est fonction du nombre d'années de services et du salaire final moyen. Il y est clairement indiqué que le "revenu total de retraite" ne doit pas "être inférieur à la rente la plus faible qui aurait été due si tout le travail avait été accompli dans le cadre d'un seul des fonds de prévoyance auxquels le salarié a participé". A l'évidence, il en résulte que la rente peut être plus faible dans un pays que dans l'autre et que le revenu total de retraite n'est garanti qu'à partir d'un certain minimum.

d. En l'espèce, le recourant a cotisé pendant deux ans et deux mois auprès de l'institution de prévoyance de D._____/Belgique. Il en est résulté une perte de rente annuelle de CHF 3'978.- par rapport à ce qu'il aurait touché s'il n'avait pas été transféré. Tant que cette baisse ne tombe pas au-dessous du minimum garanti, elle ne donne pas lieu, selon l'article 2 TPG, à l'octroi d'une rente complémentaire. Or, si le recourant allègue que le TPG lui accorde le droit de disposer de la même rente que s'il avait cotisé toutes ses années à Genève, il ne conteste pas que son revenu total de retraite se situe au-dessus de ce minimum.

e. Dès lors que l'article 2 du TPG ne garantit pas au demandeur une rente équivalente à celle qu'il aurait perçue en restant en Suisse et que son revenu total de

retraite se situe en dessus du minimum garanti, la demande est mal fondée sur ce point.

4. a. S'agissant du montant de CHF 24'290.- versé par la Fondation D._____/Genève à la Winterthur avec les avoirs de vieillesse du recourant au titre de "supplémentaire selon le Transferee Pension Guide", il servirait, selon la Winterthur, à financer la garantie offerte par le TPG aux personnes qui, dans le calcul du montant total de retraite garanti, se trouvent en-deça de ce minimum.

b. Cette solution est conforme à l'esprit du TPG. Elle est attestée par le fait que les montants versés à ce titre sont déposés sur un compte de fortune libre, non individualisé, qui sert à financer le TPG. Dès lors que M. S._____ n'a pas droit à une rente complémentaire, il est juste que la somme versée avec les avoirs du recourant tombent dans le fond de prévoyance destiné à couvrir les rentes complémentaires de ceux dont le revenu total de retraite est inférieur au revenu minimum garanti.

c. En conséquence, le demandeur ne saurait tirer de ce versement un droit à une rente supplémentaire.

5. a. Le demandeur se plaint de n'avoir pas pu faire valoir ses droits à la retraite anticipée auprès de la caisse de pension belge, du 1er janvier 2001, date à laquelle il a pris effectivement sa retraite, au 1er octobre 2002, jour où il a atteint l'âge de 60 ans. Il considère que l'article 3.7.2 alinéa 3 du TPG impose à C.____ de prendre en charge cette portion de rente non payée pendant cette période.

b. Cette dernière disposition figure sous la note marginale "retraite anticipée (early retirement)". Dans sa version originale, elle est rédigée ainsi: "any company segment that cannot be paid until a later date will be paid by the final subsidiary as a temporary supplement until the earliest time the benefits can become payable". Selon la traduction libre faite par le demandeur, cet article dispose que "toute portion des prestations de retraite ne pouvant être versée qu'à une date ultérieure, sera temporairement payée par la subsidiaire finale, jusqu'au jour où ces prestations deviennent payables". Pour C.____, cette disposition doit être traduite de la manière suivante: "tout segment de société qui ne peut être versé jusqu'à une date ultérieure sera payé par la dernière filiale d'emploi

sous forme de supplément provisoire jusqu'au moment où les prestations pourront être payables".

c. En dehors du fait que cette disposition est proprement incompréhensible, tant dans sa version anglaise que dans les versions françaises traduites par les parties, il appert qu'à aucun moment, le demandeur n'a sollicité de la caisse de pension belge le transfert de ses avoirs de prévoyance - sous la forme d'un libre passage - ni exigé la liquidation de son compte pour prise de retraite anticipée. Or, quelle que soit la réelle portée des obligations prévues par cette disposition, il apparaît en tout état qu'une éventuelle obligation de C.____ de payer la rente, ou un complément de rente non perçu, est subordonnée à une impossibilité pour le retraité de la percevoir de la caisse où ses avoirs sont déposés. Celui qui prétend exercer un droit quelconque découlant de cette disposition, doit préalablement avoir fait valoir ses droits auprès de la caisse débitrice. Ainsi, indépendamment du régime adopté par la caisse belge (répartition ou capitalisation), le recourant aurait du prendre contact directement avec la société F._____ AG et lui faire part de son désir de percevoir une rente de retraite anticipée. Il est vrai qu'il s'est heurté, dans ses démarches auprès des diverses sociétés du groupe D._____, à des informations contradictoires, mais il ne peut valablement former de prétentions auprès de C.____, dont l'éventuelle obligation de payer la rente n'est que subsidiaire à un paiement par la caisse, alors qu'il n'a jamais fait valoir ses droits auprès de celle-ci.

6. En conséquence, les prétentions du demandeur sont en tous points mal fondées. La demande sera donc rejetée.
7. Vu la nature du litige, aucun émolument ne sera perçu.

PAR CES MOTIFS
le Tribunal administratif
à la forme :

déclare recevable la demande déposée le 3 juin 2003 par Monsieur ___S._____ contre la Fondation Winterthur-Columna et C.____ Sarl;

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, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne;

communiqué le présent arrêt à Me
Yves Magnin, avocat du demandeur, ainsi qu'à Me Raphaël
Biaggi, avocat de C.____ Sarl et à l'Office fédéral des
assurances sociales.

Siégeants : M. Paychère, président, M. Schucani, Mme Hurni,
juges.

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 :

Mme M. Oranci