



**EN FAIT**

1. Monsieur B\_\_\_\_\_ (ci-après l'assuré ou le demandeur) a été employé par Y\_\_\_\_\_ CAISSE MALADIE (ci-après Y\_\_\_\_\_ ) dès le 1<sup>er</sup> septembre 2005 en qualité de « *Individual Sales Promoter* », puis dès le 1<sup>er</sup> avril 2006 en tant que « *Business Sales Promoter* ». A ce titre, il était affilié pour la prévoyance professionnelle auprès de la FONDATION COLLECTIVE DE PREVOYANCE VITA EN FAVEUR DU PERSONNEL D'Y\_\_\_\_\_ CAISSE MALADIE (ci-après la Fondation ou la défenderesse).
2. Le contrat de travail du 15 août 2005 stipulait que l'assuré percevait un salaire mensuel de 8'550 fr. brut, composé d'un salaire de base de 3'200 fr. et d'une avance sur commissions de 5'350 fr. Il recevait également des frais de représentation de 2'150 fr. par mois, réduits à 1'950 fr. dès le 1<sup>er</sup> avril 2006. Aux termes du règlement de commissionnement d'Y\_\_\_\_\_, les bonus de 2006 des *Business Sales Promoters* étaient calculés en fonction de leurs objectifs pour cette année.
3. Les certificats de prévoyance de l'assuré au 1<sup>er</sup> septembre 2005 et au 1<sup>er</sup> janvier 2006 mentionnaient un salaire annoncé de 102'600 fr.
4. Selon un décompte de commissionnement établi le 18 décembre 2006, la projection salariale pour 2007, compte tenu des résultats 2006, était de 14'047 fr. Le salaire mensuel fixe était de 10'650 fr. pour 2007.
5. Les revenus mensuels 2008 et 2009 de l'assuré ont été maintenus à 10'650 fr. par décomptes de commissionnement datés respectivement du 19 décembre 2007 et du 8 décembre 2008, les formulaires de ces décomptes précisant que les salaires mensuels maximaux en 2008 et 2009 correspondaient respectivement aux résultats de 2007 et de 2008 « *à maximum 80 % de la réussite* ».
6. Les certificats de prévoyance aux 1<sup>er</sup> janvier 2007, 2008 et 2009 faisaient état d'un salaire annoncé de 102'240 fr.
7. Les collaborateurs d'Y\_\_\_\_\_ ont été transférés à Z\_\_\_\_\_ ASSURANCE-MALADIE SA (ci-après l'employeur ou le défendeur) le 1<sup>er</sup> janvier 2010 à la suite du regroupement de ces deux sociétés.

Dans ce contexte, l'assuré a conclu un nouveau contrat de travail aux termes duquel le salaire de base soumis à l'assurance-vieillesse et survivants (AVS) s'élevait désormais à 136'695 fr. A titre de mesures d'accompagnement, l'assuré percevait un versement complémentaire de 31'050 fr. non soumis à la prévoyance professionnelle. Le montant des commissions faisait l'objet d'un règlement

particulier. De plus, à la suite de la modification de son contrat, l'assuré atteignait un revenu de 119'700 fr. et était désormais admis dans l'assurance de prévoyance des cadres dès le début du contrat. Il pouvait obtenir des renseignements auprès de la fondation de prévoyance pour le personnel de Z\_\_\_\_\_.

8. Un document signé les 7 et 8 décembre 2009 par l'employeur et l'assuré, résumant les données relatives à l'emploi auprès d'Y\_\_\_\_\_ et du nouvel employeur, précisait que la caisse de pension restait dans la Fondation et que le salaire assuré était le salaire fixe.
9. Selon le certificat de prévoyance établi le 1<sup>er</sup> janvier 2010, le salaire annuel annoncé était de 136'695 fr.
10. Les retenues au titre de la prévoyance professionnelle qui ressortent des décomptes de salaire établis par l'employeur pour janvier, février et mars 2010 sont libellées "Prév. pers., vita Zurich".
11. L'assuré a été totalement incapable de travailler dès le 21 avril 2010.
12. L'extrait de compte individuel AVS de l'assuré affiche les revenus annuels suivants:
  - 95'148 fr. en 2005
  - 106'595 fr. en 2006
  - 187'376 fr. en 2007
  - 240'386 fr. en 2008
  - 249'134 fr. en 2009
  - 343'134 fr. en 2010.
13. Interpellée par l'assuré, la ZURICH ASSURANCES SA (ci-après la ZURICH), réassureur de la Fondation, lui a répondu par courrier du 5 octobre 2011 que la Commission paritaire de l'employeur confirmait que la différence entre le salaire annuel de 136'695 fr. et la rémunération de 343'137 fr. (*recte* : 343'134 fr.) en 2010 découlait de commissions et de bonus. Il s'agissait-là de revenus de nature occasionnelle au sens du règlement de prévoyance, qui n'étaient dès lors pas inclus dans le salaire assuré. Seul le salaire annuel était assuré et la jurisprudence invoquée par l'assuré n'avait aucune portée en l'espèce. De plus, la Fondation ne pouvait se substituer à l'employeur sur la qualification du salaire à assurer, lequel lui était communiqué en début d'année civile conformément à la convention d'adhésion.
14. Le 14 octobre 2011, l'assuré a contesté la pertinence des dispositions du règlement invoquées par la ZURICH, car elles visaient des indemnités pour heures supplémentaires et des cadeaux d'ancienneté. Le revenu de 206'442 fr. qui s'ajoutait à son salaire fixe en 2010 ne pouvait être considéré comme occasionnel ou temporaire puisqu'il découlait du contrat de travail.

15. Le 16 février 2012, l'OFFICE CANTONAL DE L'ASSURANCE INVALIDITE (OAI) a adressé un projet de décision à l'assuré, aux termes duquel ce dernier présentait un degré d'invalidité de 94 % lui donnant droit à une rente entière dès le 20 avril 2011. Le revenu sans invalidité indiqué par l'employeur était de 250'707 fr.
16. Invité par l'assuré à se déterminer sur le point de savoir si les commissions ou les bonus faisaient partie du salaire assuré, l'OFFICE FEDERAL DES ASSURANCES SOCIALES (OFAS) lui a répondu le 16 février 2012 qu'il considérait que ces éléments faisaient partie du salaire annuel déterminant. L'OFAS donnait cependant raison à la ZURICH en tant qu'elle indiquait ne pouvoir modifier le salaire annoncé par l'employeur. L'OFAS a souligné que la teneur de la convention d'adhésion à laquelle se référait la ZURICH était vraisemblablement similaire aux clauses usuelles, aux termes desquelles l'employeur s'engageait à communiquer le salaire annuel déterminant à l'institution de prévoyance, qui ne pouvait s'en écarter.
17. Par courrier du 1<sup>er</sup> mars 2012, l'assuré s'est adressé à son employeur et a relevé que le salaire annuel annoncé ne correspondait en rien aux salaires réels perçus avant que son incapacité de travail ne survienne. Il a relevé que le salaire annoncé au 1<sup>er</sup> janvier 2010 était manifestement erroné car il était largement inférieur au dernier revenu annuel connu. De plus, le salaire présumé au 1<sup>er</sup> janvier 2010 devait se monter au minimum à 343'134 fr. puisqu'une commission de 213'633 fr. afférente à l'exercice 2009 avait été versée à l'assuré en 2010 et que son montant était connu au moment de l'annonce des salaires au 1<sup>er</sup> janvier 2010. Partant, l'assuré a invité l'employeur à annoncer à la Fondation les revenus annuels déterminants conformément au règlement de prévoyance et non sur la base du contrat de travail, qui ne respectait pas les dispositions réglementaires impératives. L'assuré a également invoqué la prise de position de l'OFAS.
18. En date du 26 avril 2012, l'employeur, par son mandataire, a souligné que les bonus de l'assuré n'avaient jamais été inclus dans le salaire cotisant, comme le révélaient les certificats de prévoyance, que l'assuré n'avait jamais contestés. Les bonus étaient variables et aléatoires et ne faisaient pas partie du salaire présumé AVS puisque leur montant ne pouvait être déterminé en début d'année. De plus, dès le 1<sup>er</sup> avril 2010, le salaire annuel était exclusivement composé du salaire annuel de base de 136'695 fr. Les salaires annuels fixes annoncés à la Fondation étaient conformes au règlement car ils correspondaient au salaire AVS présumé en début d'année, et respectaient les dispositions légales sur la prévoyance professionnelle obligatoire.
19. L'assuré lui a répondu par courrier du lendemain que le salaire soumis à l'AVS comprenait les bonus et commissions. Le salaire n'avait pas besoin d'être présumé car il faisait l'objet d'une correction en fin d'année. De plus, les bases légales en matière de prévoyance professionnelle se référaient au salaire déterminant au sens de la législation sur l'assurance-vieillesse et survivants. En l'espèce, conformément aux dispositions réglementaires, l'employeur pouvait se référer aux derniers salaires

annuels connus qui étaient bien supérieurs au salaire annoncé. Quant au fait qu'il n'avait jamais contesté les certificats de prévoyance, l'assuré a souligné qu'il ne pouvait renoncer à un droit découlant de la prévoyance professionnelle. Le règlement ne distinguait pas entre prévoyance professionnelle obligatoire et étendue. Par ailleurs, le contrat de travail ne pouvait contourner une disposition réglementaire relevant du contrat de prévoyance.

20. Le 23 mai 2012, l'OAI a rendu une décision reprenant les termes de son projet du 26 février 2012.
21. Par écriture du 29 mai 2012, l'assuré a saisi la Cour de céans d'une action en constatation de droit à l'encontre de l'employeur et de la Fondation.

Il conclut, sous suite de dépens, à ce que le salaire déterminant pour la défenderesse soit celui annoncé à l'AVS, à ce que le défendeur déclare à la défenderesse les salaires effectifs annoncés à l'AVS pour les cinq dernières années d'assurance conformément au règlement de prévoyance, et à ce que la défenderesse adapte les prestations de prévoyance sur la base des revenus AVS effectifs annoncés par l'employeur. Il allègue que les bonus et primes font partie du salaire déterminant pour l'AVS. Un règlement de prévoyance ne peut faire abstraction des commissions perçues, puisqu'il s'agit de revenus liés à la performance. Le règlement de prévoyance de la défenderesse n'exclut pas les revenus variables du salaire annuel déterminant et la disposition relative aux éléments de nature occasionnelle ne s'applique pas aux revenus variables découlant du contrat de travail. Le règlement de prévoyance prime sur le contrat de travail. Partant, les revenus annuels annoncés conformément au contrat de travail ne sont pas déterminants. Le demandeur ajoute qu'il a un intérêt prépondérant à la modification de son compte de prévoyance puisqu'il présente une incapacité de travail de longue durée.

22. Dans leur réponse du 30 août 2012, les défendeurs concluent, sous suite de dépens, préalablement à la suspension de la procédure jusqu'à droit connu dans la cause pendante opposant le demandeur au défendeur devant la juridiction des prud'hommes; au fond au rejet de l'action; subsidiairement en cas d'admission de l'action à la restitution par le demandeur de la part du salaire indûment reçu correspondant aux montants des cotisations de prévoyance non déduites, que la Cour de céans devra établir. Ils font valoir que le demandeur travaille depuis longtemps dans le domaine des assurances et en maîtrise donc les spécificités. Ils exposent qu'Y\_\_\_\_\_ établissait chaque année un décompte de commissionnement, sur la base duquel le salaire fixe et l'avance de commissions pour l'année suivante étaient calculés. Selon le règlement de prévoyance, le salaire annuel déclaré correspond au salaire AVS présumé au début d'une année et aucune adaptation du salaire en cours d'année n'est prévue. Les commissions et bonus sont par définition variables et aléatoires, s'agissant tant de leur montant que du principe même de leur versement. Ils ne font donc pas partie du salaire assuré puisqu'ils ne

peuvent être présumés. Ceci est corroboré par le fait que les décomptes de commissionnement, signés par le demandeur, arrêtaient pour l'année suivante un salaire fixe et des commissions identiques d'année en année. Si ces éléments du salaire avaient été assurés, les prestations auraient augmenté et un cas d'assurance complémentaire serait survenu, pour lequel le demandeur aurait dû se soumettre à un examen médical complémentaire. Ce dernier n'a de surcroît jamais contesté ses certificats de prévoyance et n'a jamais requis de prélèvement de cotisations de prévoyance sur les bonus et commissions. Les défendeurs soutiennent que le demandeur a refusé d'adhérer à la Fondation de prévoyance pour les cadres Z\_\_\_\_\_ dès le 1<sup>er</sup> janvier 2011. Il a donc été affilié auprès de l'institution de prévoyance de son nouvel employeur de manière provisoire. Le montant de 213'633 fr. versé en avril 2010 par le défendeur correspond à un bonus "Force de vente" pour l'activité réalisée en 2009. Il a été réglé sur les instructions du précédent employeur conformément aux accords passés avec ce dernier. Le défendeur ne s'est pas engagé à verser de tels montants pour le futur. Les défendeurs ajoutent, s'agissant de la demande de suspension de procédure, que le demandeur a agi devant les prud'hommes en concluant à ce que son salaire déterminant pour la prévoyance professionnelle tienne compte de ses bonus. Les conclusions sont donc partiellement identiques, raison pour laquelle il faut prononcer la suspension de la présente procédure. Au fond, ils font valoir qu'en matière de prévoyance étendue, les institutions de prévoyance peuvent excepter du salaire assuré tout élément de nature occasionnelle. Le règlement de la défenderesse fait usage de cette faculté en l'espèce, en prévoyant qu'une adaptation de salaire en cours d'année sans changement de taux d'activité ne produit d'effet qu'au début de l'année suivante. De plus, les décomptes de commissionnement définissaient clairement le salaire AVS présumé pour les années suivantes, et les certificats de prévoyance mentionnaient également les revenus assurés. Le demandeur, spécialiste en assurances, ne pouvait l'ignorer. Il a ainsi tacitement accepté la convention de prévoyance lorsqu'il a reçu pour la première fois son certificat de prévoyance sans le contester. Il ne peut aujourd'hui contester la convention de prévoyance conclue. Il a également compris la teneur du règlement et ne peut se prévaloir d'une erreur. Le délai d'une année pour invoquer l'erreur essentielle est au demeurant échu. De plus, le demandeur ne pouvait ignorer qu'une couverture d'assurance complémentaire serait conditionnée à un examen médical. Par ailleurs, selon la loi, le contrat d'assurance est nul si le risque est déjà survenu au moment de la conclusion du contrat. L'assurance rétroactive est partant interdite.

23. Par réplique du 20 septembre 2012, le demandeur s'oppose à la suspension. Sur le fond, il fait valoir que toute exclusion d'un bonus du salaire assuré pour la prévoyance doit faire l'objet d'une convention expresse. En l'espèce, le règlement se réfère au salaire AVS sans restreindre clairement les bonus et les primes de rendement. Il serait erroné d'appliquer à la prévoyance surobligatoire un régime différant de la prévoyance obligatoire, dès lors que le règlement ne prévoit pas de

distinction entre les deux. Le défendeur était tenu d'annoncer le salaire AVS présumé en tenant compte de tous les éléments connus, et affirmer que le revenu de l'année suivante incluant les bonus ne pouvait être estimé démontre une certaine mauvaise foi. Le demandeur allègue encore qu'il est spécialisé dans le domaine des assurances-maladie et accidents mais pas en prévoyance professionnelle. Les défendeurs ne peuvent se prévaloir d'une déchéance du droit aux prestations compte tenu de l'impossibilité de passer un examen médical, puisque le manquement leur incombe. Enfin, le demandeur s'engage à régler sa part de cotisations conformément au règlement de prévoyance.

24. Par écriture du 12 octobre 2012, les défendeurs ont réitéré la requête en suspension de la procédure.
25. Par arrêt incident du 31 octobre 2012 (ATAS/1315/2012), la Cour de céans a rejeté la demande de suspension de l'instance et réservé la suite de la procédure. Elle a en substance retenu que le litige relevait de la prévoyance professionnelle, dès lors qu'il portait sur le calcul du gain assuré et sur l'interprétation du règlement de prévoyance, alors que la procédure prud'homale opposant le demandeur à son ancien employeur se fondait sur le droit du travail.
26. La Cour de céans a procédé à l'audition des parties en date du 6 février 2013.

Le mandataire du demandeur a précisé que le bonus correspond à l'excédent de commissions non couvertes par les avances sur commission. Le règlement de prévoyance n'exclut pas les commissions. L'OFAS s'est d'ailleurs rallié à son point de vue.

Les défendeurs ont indiqué que le bonus dépendait de la réalisation des objectifs. D'après les décomptes, il avait été versé chaque année. S'agissant du montant de 213'633 fr. versé en avril 2010 sur instruction d'Y\_\_\_\_\_, il devait s'agir du bonus "force de vente 2009". Les commissions constituaient des éléments aléatoires et variables et ne pouvaient être présumées. Elles ne pouvaient dès lors correspondre au salaire annuel AVS présumé en début d'année. Tous les éléments de la rémunération, y compris les bonus, avaient été soumis à l'AVS. D'autre part, le demandeur n'a jamais demandé à payer de cotisations de prévoyance professionnelle sur ses bonus. De plus, si ce revenu avait été assuré, un examen médical aurait dû avoir lieu et la défenderesse aurait pu émettre des réserves.

A l'issue de l'audience, la Cour de céans a octroyé un délai au demandeur pour produire les attestations annuelles de l'employeur depuis 2005 ainsi que les fiches de salaire attestant du versement du bonus, et aux défendeurs pour produire le règlement de prévoyance des cadres.

27. Par courrier du 11 février 2013, le demandeur a produit les documents suivants:

- a. décomptes de commissionnement 2006, 2008 et 2009. Il ressort du décompte 2006 que le salaire mensuel projeté pour 2007 était de 14'047 fr. compte tenu des résultats en 2006. Le décompte 2009 prévoyait le versement de 213'633 fr. à titre de commission, bonus et dépassement des avances;
  - b. extrait d'une convention munie d'une seule signature et datée de mars 2009, aux termes de laquelle les bonus sont payés dans le courant du 1<sup>er</sup> semestre de l'année suivante;
28. Dans leur duplique du 6 mars 2013, les défendeurs persistent dans leurs conclusions. Ils répètent que le litige relève de la prévoyance étendue, domaine dans lequel les parties ont la possibilité de conclure des conventions individuelles. Ils réaffirment que le demandeur n'a jamais contesté ses certificats de prévoyance. Ce dernier a également signé un document indiquant que le salaire assuré est le salaire fixe. Selon le droit du travail, les commissions dépendent du résultat de l'activité, et le travailleur ne peut y prétendre avant que l'affaire ne soit conclue. En l'espèce, le règlement de prévoyance est clair et le salaire assuré est uniquement le revenu présumé, qui exclut tous les éléments variables et aléatoires et partant les commissions. Les commissions n'étaient nullement garanties en l'espèce. Les institutions de prévoyance sont libres d'exclure dans leur règlement une fixation *praenumerando* du revenu, qui permettrait d'adapter le salaire coordonné en cas de modification de celui-ci. Le règlement de la défenderesse ne prévoit pas de tel ajustement et il n'existe aucune base légale l'autorisant à y procéder. Les défendeurs ajoutent qu'il est impossible d'assurer rétroactivement les commissions complémentaires compte tenu de l'obligation de procéder à un examen médical, et l'état de santé du demandeur en l'espèce tend à démontrer que les résultats de l'examen médical auraient vraisemblablement conduit au refus d'assurance. Par ailleurs, selon le règlement, les assurés versent uniquement une bonification de vieillesse de 7 % du salaire coordonné. L'employeur prend en charge le surplus des bonifications de vieillesse de 11 %, primes et contributions au fonds de garantie, la contribution complémentaire pour la constitution de la réserve de vieillissement. Or, selon la loi, la contribution de l'employeur ne peut être fixée plus haut qu'avec son assentiment. En requérant le versement de cotisations supplémentaires sur les revenus des années précédentes, le demandeur fait ainsi doubler, voire tripler les cotisations dues par son employeur. On ne peut l'y contraindre sans son accord. Il n'existe pour le surplus aucune base légale permettant de déterminer la part des commissions complémentaires pouvant être considérées comme présumées en début d'année. La Cour de céans serait cas échéant tenue de les déterminer et procéderait de manière arbitraire si elle tenait compte du salaire entier, qui n'a été connu qu'*a posteriori*. A titre subsidiaire, les défendeurs invoquent la prescription. La demande étant datée du 31 mai 2012, la créance relative aux arrérages sur le décompte daté de 2006 est prescrite car le délai de prescription de cinq ans court dès l'exigibilité des cotisations, même si l'institution de prévoyance n'avait pas connaissance de sa créance.

29. Par courrier du 27 mars 2013, les défendeurs se sont déterminés sur les pièces produites par le demandeur. Ils affirment que les décomptes démontrent que le demandeur serait rétribué exclusivement sur une base fixe. Ils persistent dans leurs conclusions pour le surplus.
30. Dans ses déterminations du 8 avril 2013, le demandeur affirme que le principe d'égalité exige que tous les assurés d'un même collectif soient soumis à des conditions réglementaires identiques dans le plan de prévoyance. La loi ne distingue pas entre la part obligatoire et surobligatoire dès lors que tous les assurés sont soumis à un plan de prévoyance de base obligatoire. Il allègue que ses anciens employeurs, actifs dans le domaine des assurances, ne peuvent s'exonérer d'appliquer correctement les dispositions relatives à la prévoyance professionnelle. Le salaire déterminant dans le règlement est clairement le salaire soumis à l'AVS, et le règlement ne prévoit aucun plafond. Le bonus fait partie du salaire AVS et l'OFAS s'est d'ailleurs prononcé dans ce sens. Le demandeur affirme que rien n'empêche la défenderesse de corriger le salaire déterminant avec effet rétroactif, même en cas de survenance d'un risque assuré. Il ajoute que selon la jurisprudence, le salaire annuel se fixe de manière prospective au début de l'année. Si un droit au salaire complémentaire est reconnu après coup, il doit être considéré comme faisant partie intégrante du salaire annuel et il faut en tenir compte dans le calcul de la rente d'invalidité. Le demandeur conteste que son état médical aurait empêché la conclusion d'une assurance complémentaire et répète que les défendeurs répondent du dommage causé en ne lui imposant pas d'examen médical. S'agissant de la prescription, il souligne qu'il entend faire valoir ses droits pour la période du 31 mai 2007 à ce jour.
31. Par déterminations du 17 mai 2013, les défendeurs persistent dans leurs conclusions. Ils réaffirment qu'il n'y a aucune obligation légale d'assurer un montant supérieur au montant coordonné. Dans la prévoyance étendue, le revenu assurable peut être plafonné. Pour le surplus, ils réitèrent l'exception de prescription.
32. Copie de cette écriture a été adressée au demandeur le 7 juin 2013.
33. Sur ce, la cause a été gardée à juger.

### **EN DROIT**

1. La compétence de la Cour de céans a déjà été admise par arrêt incident du 31 octobre 2012.
2. L'ouverture de l'action prévue à l'art. 73 al. 1 de la loi sur la prévoyance professionnelle (LPP; RS 831.40) n'est soumise, comme telle, à l'observation d'aucun délai (Raymond SPIRA, Le contentieux des assurances sociales fédérales et la procédure cantonale, Recueil de jurisprudence neuchâteloise, 1984).

La demande respecte en outre la forme prévue à l'art. 89B de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA; RSG E 5 10).

Partant, elle est recevable.

3. La nouvelle modifiant la LPP (première révision) du 3 octobre 2003, sous réserve de certaines dispositions, est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2005, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de la prévoyance professionnelle.

Elle est applicable en l'espèce dès lors que les faits juridiquement déterminants, notamment l'octroi d'une rente d'invalidité dès le 1<sup>er</sup> avril 2011, se sont déroulés postérieurement à son entrée en vigueur (ATF 130 V 445 consid. 1). En revanche, les modifications de la LPP résultant de la 6<sup>ème</sup> révision de la loi sur l'assurance-invalidité (premier volet), en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2012, ne sont pas applicables.

4. L'objet du litige porte sur le point de savoir si les bonus et commissions que le demandeur a perçus font partie du salaire soumis à la prévoyance professionnelle.

Il sied de souligner que le demandeur a pris des conclusions formatrices en l'espèce, de sorte qu'il ne s'agit pas d'une action constatatoire.

5. Dans le domaine de la prévoyance professionnelle obligatoire, le salaire assuré selon la LPP correspond au salaire déterminant au sens de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS; RS 831.40) (cf. art. 7 al. 2 LPP). L'art. 7 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants (RAVS; RS 831.101) dispose que le salaire déterminant pour le calcul des cotisations comprend notamment les gratifications, les primes de fidélité et au rendement (let. c) ainsi que les provisions et les commissions (let. g).

En vertu de l'art. 3 al. 1 let. a de l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2; RS 831.441.1), l'institution de prévoyance peut, dans son règlement, s'écarter du salaire déterminant dans l'AVS en faisant abstraction d'éléments de salaire de nature occasionnelle. Le règlement à cet égard doit être suffisamment clair et il ne suffit pas de reproduire la disposition de l'art. 3 al. 1 let. a OPP 2. Le Tribunal fédéral a ainsi considéré que les suppléments dus pour travail en équipe faisaient partie du gain assuré s'ils n'étaient pas expressément exclus par le règlement d'une caisse de pension (ATFA non publié B 118/03 du 3 juin 2004, consid. 6.1). Notre Haute Cour a par la suite précisé que cette exigence devait être comprise en ce sens que le règlement doit être formulé de manière claire, mais non pas qu'il doit impérativement énumérer dans une liste les éléments qui font partie du gain assuré ou qui au contraire en sont exclus (ATFA non publié B 115/05 du 10 avril 2006, consid. 4.4).

Dans le domaine obligatoire de la prévoyance professionnelle, le bonus est donc toujours soumis à cotisations, indépendamment de son montant. En revanche, si les bonus et le salaire de base additionnés dépassent le montant du salaire assuré maximal, l'institution de prévoyance peut prévoir dans son règlement d'excepter le bonus, entièrement ou en partie, du salaire assuré (Bulletin de la prévoyance professionnelle n°58 du 10 octobre 2001, ch. 357).

6. En matière de prévoyance professionnelle surobligatoire, les employés assurés sont liés à l'institution par un contrat innommé (*sui generis*) dit de prévoyance (ATF 131 V 27 consid. 2.1). En tant que tel, le contrat de prévoyance est soumis aux règles du droit des obligations. Le règlement de prévoyance est le contenu préformé de ce contrat, savoir ses conditions générales, auxquelles l'assuré se soumet expressément ou par actes concludants. Un arrangement particulier s'écartant du règlement n'est cependant pas exclu. Une telle clause nécessite alors une convention expresse entre l'institution de prévoyance et l'employé assuré, des dispositions spécifiques contenues dans un contrat de travail ou un avenant à celui-ci ne suffisant pas à remplir cette exigence (ATF 122 V 142 consid. 4b et les références). Le règlement de prévoyance doit être interprété selon les règles générales sur l'interprétation des contrats. Il y a lieu de rechercher, tout d'abord, la réelle et commune intention des parties, ce qui, en matière de prévoyance professionnelle, vaut avant tout pour les conventions contractuelles particulières (ATF 129 V 145 consid. 3.1). Lorsque cette intention ne peut être établie, il faut tenter de découvrir la volonté présumée des parties en interprétant leurs déclarations selon le sens que le destinataire de celles-ci pouvait et devait raisonnablement leur donner selon les règles de la bonne foi (principe de la confiance). L'interprétation en application de ce principe, dite objective ou normative, consiste à établir le sens que, d'après les règles de la bonne foi, chacune des parties pouvait et devait raisonnablement prêter aux déclarations de volonté de l'autre. Pour ce faire, il convient de partir du texte du contrat (ou du règlement) avant de l'examiner dans son contexte ; dans ce dernier cas, toutes les circonstances ayant précédé ou accompagné sa conclusion doivent être prises en considération

7. Le règlement de la défenderesse a la teneur suivante.

Selon l'art. 2.4, par date d'effet, il faut entendre le 1<sup>er</sup> janvier de chaque année.

Conformément à l'art. 4.1, l'assurance produit ses effets dès le jour où le salarié commence ou aurait dû commencer le travail en vertu de l'engagement. L'art. 4.2 prévoit que l'employeur annonce le salarié à la Zurich en vue de son admission à l'assurance au moyen d'une notification d'assurance, avec attestation de la capacité de travail.

L'art. 5.2 dispose que la couverture d'assurance est définitive pour autant que la personne à assurer jouisse de sa pleine capacité de travail au début de l'assurance et

que les prestations d'assurance ne dépassent pas les limites d'acceptation fixées par la Zurich. Dans les autres cas, la couverture d'assurance est accordée dès la même date à titre provisoire. Est considéré comme ne jouissant pas de sa pleine capacité de travail le salarié qui, au début de l'assurance: n'est pas entièrement capable de travailler pour raison de santé, touche des indemnités journalières en raison d'une maladie ou d'un accident, a été annoncé à une assurance-invalidité d'Etat, touche une rente en raison d'une invalidité totale ou partielle, ne peut plus, pour raison de santé, exercer à temps complet une activité correspondant à sa formation et à ses capacités. Selon l'art. 5.3, en cas de couverture provisoire, la Zurich décide en principe de la couverture définitive sur la base de la pleine capacité de travail, d'un questionnaire complémentaire dûment rempli et signé par la personne à assurer, de renseignements médicaux ou d'un examen médical aux frais de la Zurich. Cette dernière fait savoir par écrit à la commission de prévoyance si, et dans quelle mesure, la couverture définitive est octroyée. Conformément à l'art. 5.4, la fondation peut, en relation avec les risques de décès ou d'invalidité, émettre des réserves pour raisons de santé, exiger une surprime, ou refuser l'assurance pour la part qui dépasse les prestations minimales au sens de la LPP. L'art. 5.8 prévoit qu'en cas d'augmentation des prestations, les dispositions susmentionnées s'appliquent par analogie aux prestations supplémentaires à assurer. La couverture prend effet au plus tôt lorsque Zurich a connaissance de l'augmentation des prestations.

Aux termes de l'art. 10.1 1<sup>ère</sup> phrase, le salaire annuel correspond au salaire AVS présumé d'un assuré au début d'une année. Le salaire annuel pris en compte est cependant limité au maximum à 10 fois le montant limite supérieur au sens de la LPP (état au 1.1.2009 : CHF 820'000). L'art. 10.3 1<sup>ère</sup> phrase précise que les éléments du salaire de nature occasionnelle ou temporaire (p. ex. cadeaux d'ancienneté, indemnités pour heures supplémentaires) ne sont pas pris en considération. Conformément à l'art. 10.6, les adaptations de salaire sans modification du taux d'activité intervenant au cours d'une année d'assurance ne sont, en règle générale, prises en considération qu'à la date d'effet qui suit. Par contre, les adaptations de salaire qui résultent d'une modification du taux d'activité sont prises en compte immédiatement. Les dispositions de l'art. 5, qui sont applicables par analogie, demeurent réservées.

8. Il s'agit en l'espèce de déterminer si le règlement de la défenderesse doit être interprété en ce sens que le salaire présumé ne comprend pas les bonus et commissions versés au demandeur.

Tel n'est pas le cas, l'art. 10.3 du règlement de la défenderesse ne constituant pas une base suffisante pour exclure les bonus du salaire assuré. S'il est vrai que le montant des bonus ne peut être déterminé de manière certaine à l'avance, leur versement et les modalités de leur calcul sont néanmoins prévus par le contrat de travail. De plus, la proportion de ces bonus dans la rémunération globale dépasse celle du salaire de base. Partant, s'il s'agit bien d'éléments variables dans leur

quotité, ils ne sont pas occasionnels. En effet, l'adjectif « occasionnel » désigne un événement qui ne se produit que par hasard ou de temps en temps, de manière irrégulière (définition tirée du dictionnaire en ligne linternaute.com). Les commissions versées en l'espèce ne correspondent manifestement pas à cette définition, compte tenu de leur régularité. Le règlement ne cite d'ailleurs pas les bonus et les commissions dans les exemples d'éléments exclus du salaire assuré. Or, lorsqu'il subsiste un doute sur leur sens, les dispositions exclusivement rédigées par l'assureur, telles que les conditions générales pré-formulées, sont à interpréter en défaveur de leur auteur, conformément à la règle des clauses ambiguës ("*in dubio contra stipulatorem*"; "Unklarheitsregel") (ATF 122 III 118 consid. 2a ; ATF non publié 4C.208/2006 du 8 janvier 2007, consid. 3.1). Partant, les commissions ne sont pas exclues du salaire assuré, faute de précision suffisante sur ce point dans le règlement de la défenderesse.

Reste à déterminer ce qu'il faut entendre par salaire AVS présumé au début de l'année. Le revenu présumé doit être compris comme le revenu que les parties au contrat de travail s'attendaient à voir le demandeur réaliser. Or, la rémunération effective du demandeur s'est toujours révélée supérieure au salaire fixe et à l'avance de commissions de 5'350 fr., comme le démontre son extrait de compte individuel AVS. La projection salariale 2007 est d'ailleurs largement supérieure au revenu 2006, comme cela ressort du décompte du 18 décembre 2006. Partant, l'employeur devait s'attendre à ce que les commissions totales versées dépassent l'avance mensuelle de 5'350 fr., notamment eu égard aux performances du demandeur les années précédentes. Au vu de l'évolution de la rémunération du demandeur, on ne peut raisonnablement considérer que la rétribution escomptée en début d'année se limitait au seul revenu de 8'550 fr. prévu dans le contrat du 15 août 2005.

Cela étant, il n'est pas possible de soumettre à la prévoyance professionnelle l'intégralité des commissions perçues par le demandeur, faute de clause réglementaire prévoyant l'adaptation du revenu une fois le montant des commissions dues établi de manière définitive. Les défendeurs ont exposé que le montant du bonus était fonction de la réalisation des objectifs qui étaient fixés au demandeur, ce qui ressort également du règlement de commissionnement. Or, conformément au principe de la bonne foi qui doit gouverner les relations de travail, l'employeur doit fixer des objectifs réalistes au salarié, et il est en droit d'attendre que ceux-ci soient atteints. Il est d'ailleurs fréquent que l'employeur mette un terme aux rapports de service lorsqu'un employé ne répond pas à ses attentes. En l'espèce, le demandeur a toujours réalisé les objectifs qui lui étaient fixés, comme le démontre le fait qu'un bonus a été versé chaque année. Eu égard aux circonstances, son employeur pouvait ainsi raisonnablement supputer la réussite des buts convenus, et partant le versement des commissions et des bonus stipulés dans le règlement en cas de réalisation des objectifs fixés. Partant, le

paiement de ces bonus devait être présumé en début d'année, si bien qu'ils font partie du salaire assuré.

Les salaires annoncés pour 2007, 2008, 2009 seront donc corrigés en tenant compte des commissions et bonus qui devaient être versés si les objectifs du demandeur étaient atteints. S'agissant du revenu 2010, le montant de 213'633 fr. était connu de l'employeur au 1<sup>er</sup> janvier 2010 puisqu'Y\_\_\_\_\_ lui en avait ordonné le paiement avant cette date, de sorte qu'il fait partie du salaire présumé pour cette année au sens du règlement. Cela étant, il s'agit là, selon les explications des défendeurs, du bonus dû en réalité pour 2009. La correction pour 2009 ne devra donc pas tenir compte de la part de commissions et de bonus incluses dans le montant de 213'633 fr. à assurer rétroactivement pour 2010.

9. Les défendeurs invoquent la prescription. Selon l'art. 41 al. 2 LPP, les actions en recouvrement de créances se prescrivent par cinq ans quand elles portent sur des cotisations ou des prestations périodiques, par dix ans dans les autres cas. Les art. 129 à 142 du code des obligations sont applicables. Le versement des cotisations à l'institution de prévoyance tombe sous le délai de prescription de cinq ans (Sylvie PETREMAND, Commentaire LPP et LFLP, 2010, n. 23 ad art. 41 LPP).

Le demandeur ayant limité ses prétentions aux cotisations dues durant les cinq ans précédant le dépôt de sa demande, soit à celles dues dès le mois de mai 2007, celles-ci ne sont pas prescrites.

10. Dans un autre moyen, les défendeurs affirment qu'il n'est plus possible d'assurer le demandeur dès lors que le risque d'invalidité est réalisé. Ils se réfèrent sur ce point à l'art. 9 de la loi sur le contrat d'assurance (LCA; RS 221.229.1), qui prévoit que le contrat d'assurance est nul sous réserve des cas prévus à l'art. 100, al. 2, si, au moment où il a été conclu, le risque avait déjà disparu ou si le sinistre était déjà survenu. Cet argument tombe cependant à faux. En effet, le demandeur était déjà assuré pour des prestations surobligatoires auprès de la défenderesse. L'augmentation du salaire assuré ne conduit donc pas à la conclusion d'une nouvelle assurance et l'art. 9 LCA n'est dès lors pas applicable. On ne se trouve pas non plus dans un cas d'application de l'art. 5.8 du règlement, puisqu'il ne s'agit pas de prestations supplémentaires à assurer en l'espèce. L'adaptation rétroactive du salaire annuel dans les cas où le risque assuré s'est déjà réalisé est d'ailleurs possible selon la jurisprudence (ATF 134 V 223 consid. 3 et 4; dont un extrait en français a été publié au Bulletin de la prévoyance professionnelle n°106, ch. 649). Il convient enfin de souligner que le transfert des rapports de service d'Y\_\_\_\_\_ au nouvel employeur n'a apparemment pas entraîné de changement d'institution de prévoyance, comme cela ressort du document signé par les parties en décembre 2009 et des mentions figurant sur les certificats de salaire du demandeur.

11. Les défendeurs se prévalent également de l'art. 66 al. 1 LPP, qui dispose que 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. Ils arguent qu'assurer les commissions contreviendrait à cette disposition. Ce grief ne résiste manifestement pas à l'examen. En effet, compléter la couverture d'assurance du demandeur ne modifie en rien la proportion des cotisations dues au sens de l'art. 66 al. 1 LPP mais augmente simplement le montant à verser à titre de cotisation de l'employeur.
12. Les défendeurs invoquent également le fait que le demandeur n'a jamais contesté les certificats de prévoyance, lesquels précisaient clairement à quelle hauteur le revenu était assuré. Sur ce point, il convient de souligner que le règlement prévoit à l'art. 18.8 que la rente annuelle d'invalidité est égale à 60 % du salaire coordonné. Quant au montant de la rente de vieillesse, il est calculé sur la base de l'avoir de vieillesse selon l'art. 12 du règlement (cf. art. 13). Les dispositions réglementaires ne font ainsi aucunement référence au certificat de prévoyance et ne disposent en particulier pas que celui-ci fait foi ou que le montant des rentes est celui qui est indiqué sur ce document. Selon la jurisprudence, les renseignements figurant dans un certificat de prévoyance reflètent la situation de la personne assurée à un moment donné et n'ont qu'un rôle informatif; ils ne sauraient en principe préjuger du droit futur aux prestations de la personne assurée (ATF non publié 9C\_224/2010 du 1<sup>er</sup> septembre 2010, consid. 3.1). Font exception les situations où le certificat de prévoyance fait partie intégrante du règlement (ATFA non publié B 7/04 du 15 juin 2004, consid. 6.2.5), ce qui n'est pas le cas ici.
13. Quant à la portée que les défendeurs entendent donner à la signature du document daté de décembre 2009, il convient de rappeler que conformément à la jurisprudence citée ci-dessus, un accord individuel qui dérogerait aux dispositions statutaires doit être conclu entre l'institution de prévoyance et l'assuré. Or, le document du 8 décembre 2009 n'a pas été signé par la défenderesse. Il ne suffit dès lors pas à fonder une exception à son règlement. De plus, le principe d'égalité de traitement, ancré à l'art. 1 al. 3 LPP, implique que les assurés d'un même collectif soient soumis à des dispositions réglementaires identiques dans le plan de prévoyance. Tous les assurés faisant partie d'une même collectivité soumise à un plan de prévoyance déterminé doivent en principe être traités selon des conditions identiques fixées dans le plan. Le principe d'égalité de traitement exclut donc tout favoritisme ou toute discrimination envers certains sur la base de considérations subjectives. Dans la LPP révisée, la prévoyance pour cadres reste admise. Il reste ainsi possible de prévoir des plans de prévoyance différents pour les cadres, les cadres supérieurs et les directeurs. En revanche, il est inadmissible de prévoir une prévoyance pour un seul cadre ou directeur tandis que les autres employés du même niveau hiérarchique en seraient exclus et recevraient des prestations beaucoup

moins favorables, et cela sans raisons objectives (Jacques-André SCHNEIDER, Commentaire LPP et LFLP, 2010, n. 56 et 57 ad art. 1 LPP). Or, en l'occurrence, les défendeurs n'allèguent ni ne démontrent que la limitation du salaire assuré au seul revenu fixe relève d'une réglementation applicable à tous les employés. Partant, ils ne peuvent se prévaloir du document signé par le demandeur en décembre 2009 pour exclure les commissions et bonus du salaire assuré.

14. Le demandeur n'a pas émis de conclusions chiffrées. Son action tend ainsi à ce que la Cour de céans examine la question de principe de savoir si le salaire assuré doit comprendre les commissions et les bonus mais non à la fixation de la mesure dans laquelle les salaires assurés doivent être amplifiés, ni au calcul des cotisations dues sur ces montants. La Cour de céans n'a donc pas à statuer sur ces points, contrairement à ce que semblent alléguer les défendeurs. On notera de plus que la Cour de céans ne dispose pas de tous les documents permettant d'établir la quotité des compléments de salaire à annoncer. La défenderesse devra ainsi, après avoir obtenu les informations nécessaires du défendeur, établir le montant des cotisations complémentaires dues et recalculer le droit aux prestations du demandeur. Un renvoi à cette fin à l'institution de prévoyance, qui – à l'inverse de la Cour de céans – dispose des ressources informatiques et des documents nécessaires, respecte les principes de simplicité et d'économie de procédure ancrés à l'art. 73 al. 2 LPP (ATF 129 V 450 consid. 3.4).

15. Eu égard à ce qui précède, la demande est partiellement admise.

Contrairement aux autres branches des assurances sociales, la législation en matière de prévoyance professionnelle ne contient aucune disposition relative à la fixation des dépens pour la procédure devant le tribunal cantonal désigné pour connaître des litiges en matière de prévoyance professionnelle (cf. art. 73 al. 2 LPP). Il appartient par conséquent au droit cantonal de procédure de déterminer si et à quelles conditions il existe un droit à une indemnité de dépens (ATF non publié 9C\_590/2009 du 26 mars 2010, consid. 3.1). Selon l'art. 89H al. 3 de la loi sur la procédure administrative (LPA ; RSG E 5 10), une indemnité est allouée au recourant qui obtient gain de cause. Les dépens sont fixés en fonction du nombre d'échanges d'écritures, de l'importance et de la pertinence des écritures, de la complexité de l'affaire et du nombre d'audiences et d'actes d'instruction (ATAS/334/2013). En l'espèce, il se justifie d'allouer une indemnité de 4'000 fr. au demandeur à titre de dépens.

Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 73 al. 2 LPP).

**PAR CES MOTIFS,  
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :**

**Statuant**

**A la forme :**

1. Déclare la demande recevable.

**Au fond :**

2. L'admet partiellement au sens des considérants.
3. Condamne Z\_\_\_\_\_ ASSURANCE-MALADIE SA à déclarer à la FONDATION COLLECTIVE DE PREVOYANCE VITA DE LA ZURICH la part des commissions dues dès le mois de mai 2007 en cas de réalisation des objectifs fixés.
4. Condamne la FONDATION COLLECTIVE DE PREVOYANCE VITA DE LA ZURICH à établir un décompte précis des cotisations dues par Z\_\_\_\_\_ ASSURANCE-MALADIE SA et Monsieur B\_\_\_\_\_ sur ces montants.
5. Condamne Z\_\_\_\_\_ ASSURANCE-MALADIE SA à verser à la FONDATION COLLECTIVE DE PREVOYANCE VITA DE LA ZURICH la totalité des cotisations dues.
6. Donne acte à Monsieur B\_\_\_\_\_ de son accord de verser à Z\_\_\_\_\_ ASSURANCE-MALADIE SA la part des cotisations dues par l'employé et l'y condamne en tant que de besoin.
7. Condamne la FONDATION COLLECTIVE DE PREVOYANCE VITA DE LA ZURICH à corriger les prestations dues à Monsieur B\_\_\_\_\_ en fonction des nouveaux revenus assurés. Condamne Z\_\_\_\_\_ ASSURANCE-MALADIE SA et la FONDATION COLLECTIVE DE PREVOYANCE VITA DE LA ZURICH, conjointement et solidairement, à verser à Monsieur B\_\_\_\_\_ une indemnité de 4'000 fr. à titre de dépens.
8. Dit que la procédure est gratuite.

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

La greffière

La présidente

Isabelle CASTILLO

Juliana BALDE

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances sociales par le greffe le