

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1667/2012

ATAS/1253/2014

**COUR DE JUSTICE**

**Chambre des assurances sociales**

**Arrêt du 5 décembre 2014**

**4<sup>ème</sup> Chambre**

En la cause

Monsieur A\_\_\_\_\_, domicilié à BERNEX, comparant avec  
élection de domicile en l'étude de Maître Christophe GAL

demandeur

contre

C\_\_\_\_\_ ASSURANCE-MALADIE SA, sise Tribschenstrasse 21,  
LUCERNE,

défendeur

FONDATION COLLECTIVE DE PREVOYANCE VITA DE LA  
ZURICH, p.a. Zurich compagnie d'assurances SA, avenue Eugène-  
Pittard 16, GENÈVE,

défenderesse

comparant tous deux avec élection de domicile en l'étude de Maître  
Jacques-André SCHNEIDER

**Siégeant : Juliana BALDÉ, Présidente; Rosa GAMBA et Monique STOLLER  
FÜLLEMANN, Juges assesseurs**

### EN FAIT

1. Monsieur A\_\_\_\_\_ (ci-après l'assuré ou le demandeur) a été employé par B\_\_\_\_\_ Caisse-maladie (ci-après B\_\_\_\_\_) 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* (BSP).

A ce titre, il était affilié pour la prévoyance professionnelle auprès de la Fondation collective de prévoyance Vita en faveur du personnel de B\_\_\_\_\_ 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 CHF 8'550.- brut, composé d'un salaire de base de CHF 3'200.- et d'une avance sur commissions de CHF 5'350.- Il avait également droit à des frais de représentation de CHF 2'150.- par mois, réduits à CHF 1'950.- dès le 1<sup>er</sup> avril 2006. Aux termes du règlement de commissionnement de B\_\_\_\_\_, 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 CHF 102'600.-
4. Selon un décompte de commissionnement établi le 18 décembre 2006, la projection salariale pour 2007, compte tenu des résultats 2006, était de CHF 14'047.- Le salaire mensuel fixe était de CHF 10'650.- pour 2007.
5. Les revenus mensuels 2008 et 2009 de l'assuré ont été maintenus à CHF 10'650.- 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 CHF 102'240.-
7. Les collaborateurs de B\_\_\_\_\_ ont été transférés à C\_\_\_\_\_ 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 CHF 136'695.- A titre de mesures d'accompagnement, l'assuré percevait un versement complémentaire de CHF 31'050.- 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 CHF 119'700.- 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 la C\_\_\_\_\_.

8. Un document signé les 7 et 8 décembre 2009 par l'employeur et l'assuré, résumant les données relatives à l'emploi auprès de B\_\_\_\_\_ 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 CHF 136'695.-
10. Les retenues au titre de la prévoyance professionnelle ressortant des décomptes de salaire établis par l'employeur pour janvier, février et mars 2010 étaient libellées "Prév. pers., vita Zurich".
11. L'assuré a été totalement incapable de travailler dès le 21 avril 2010.
12. Selon son extrait de compte individuel AVS, l'assuré a réalisé les revenus annuels suivants:
  - a. CHF 95'148.- en 2005
  - b. CHF 106'595.- en 2006
  - c. CHF 187'376.- en 2007
  - d. CHF 240'386.- en 2008
  - e. CHF 249'134.- en 2009
  - f. CHF 343'134.- 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 16 septembre 2011 que la Commission paritaire de l'employeur confirmait que la différence entre le salaire annuel de CHF 136'695.- et la rémunération de CHF 343'137.- 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 CHF 206'442.- qui s'était ajouté 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-invalidité (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. L'incapacité de travail était restreinte depuis le 21 avril 2010, début du délai

---

d'attente d'une année. Le revenu sans invalidité indiqué par l'employeur était de CHF 250'707.-

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 fédéral 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 CHF 343'134.- puisqu'une commission de CHF 213'633.- 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 CHF 136'695.- 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 a conclu, 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 a allégué que les bonus et primes faisaient partie du salaire déterminant pour l'AVS. Un règlement de prévoyance ne pouvait faire abstraction des commissions perçues, puisqu'il s'agissait de revenus liés à la performance. Le règlement de prévoyance de la défenderesse n'excluait pas les revenus variables du salaire annuel déterminant et la disposition relative aux éléments de nature occasionnelle ne s'appliquait pas aux revenus variables découlant du contrat de travail. Le règlement de prévoyance primait sur le contrat de travail. Partant, les revenus annuels annoncés conformément au contrat de travail n'étaient pas déterminants. Le demandeur a ajouté qu'il avait un intérêt prépondérant à la modification de son compte de prévoyance puisqu'il présentait une incapacité de travail de longue durée.

22. Dans leur réponse du 30 août 2012, les défendeurs ont conclu, 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 reçue correspondant aux montants des cotisations de prévoyance non déduites, que la Cour de céans devrait établir. Ils ont fait valoir que le demandeur travaillait depuis longtemps dans le domaine des assurances et en maîtrisait donc les spécificités. Ils ont exposé que B\_\_\_\_\_ 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 correspondait au salaire AVS présumé au début d'une année et aucune adaptation du salaire en cours d'année n'était prévue. Les commissions et bonus étaient par définition variables et aléatoires, s'agissant tant de leur montant que du principe même de leur versement. Ils ne faisaient donc pas partie du salaire assuré puisqu'ils ne pouvaient être présumés. Ceci était 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'avait de surcroît jamais contesté ses certificats de prévoyance et n'avait jamais requis de prélèvement de cotisations de prévoyance sur les bonus et commissions. Les défendeurs ont soutenu que le demandeur avait refusé d'adhérer à la Fondation de prévoyance pour les cadres de C\_\_\_\_\_ dès le 1<sup>er</sup> janvier 2011. Il avait donc été affilié auprès de l'institution de prévoyance de son nouvel employeur de manière provisoire. Le montant de CHF 213'633.- versé en avril 2010 par le défendeur correspondait à un bonus "Force de vente" pour l'activité réalisée en 2009. Il avait été réglé sur les instructions du précédent employeur, conformément aux accords passés avec ce dernier. Le défendeur ne s'était pas engagé à verser de tels montants pour le futur. Les défendeurs ont ajouté, s'agissant de la demande de suspension de procédure, que le demandeur avait agi devant les prud'hommes en concluant à ce que son salaire déterminant pour la prévoyance professionnelle tienne compte de ses bonus. Les conclusions étaient donc partiellement identiques, raison pour laquelle il fallait prononcer la suspension de la présente procédure. Au fond, ils ont fait valoir qu'en matière de prévoyance étendue, les institutions de prévoyance pouvaient excepter du salaire assuré tout élément de nature occasionnelle. Le règlement de la défenderesse faisait 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 produisait 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 avait ainsi tacitement accepté la convention de prévoyance lorsqu'il avait reçu pour la première fois son certificat de prévoyance sans le contester. Il ne pouvait aujourd'hui remettre en cause la convention de prévoyance conclue. Il avait également compris la teneur du règlement et ne pouvait se prévaloir d'une erreur. Le délai d'une année pour invoquer l'erreur essentielle était 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 était nul si le risque était déjà survenu au moment de la conclusion du contrat. L'assurance rétroactive était partant interdite.

23. Par réplique du 20 septembre 2012, le demandeur s'est opposé à la suspension. Sur le fond, il a fait valoir que toute exclusion d'un bonus du salaire assuré pour la prévoyance devait faire l'objet d'une convention expresse. En l'espèce, le règlement se référait au salaire AVS sans restreindre clairement les bonus et les primes de rendement. Il serait erroné d'appliquer à la prévoyance subobligatoire un régime différant de la prévoyance obligatoire, dès lors que le règlement ne prévoyait 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 démontrait une certaine mauvaise foi. Le demandeur a encore allégué qu'il était spécialisé dans le domaine

des assurances-maladie et accidents mais pas en prévoyance professionnelle. Les défendeurs ne pouvaient se prévaloir d'une déchéance du droit aux prestations compte tenu de l'impossibilité de passer un examen médical, puisque le manquement leur incombait. Enfin, le demandeur s'engageait 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 correspondait à l'excédent de commissions non couvertes par les avances sur commission. Le règlement de prévoyance n'excluait pas les commissions. L'OFAS s'était 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 CHF 213'633.- versé en avril 2010 sur instruction de B\_\_\_\_\_, 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'avait 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 CHF 14'047.- compte tenu des résultats en 2006. Le décompte de l'année 2009 prévoyait le versement de CHF 213'633.- 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 étaient payés dans le courant du 1<sup>er</sup> semestre de l'année suivante;

28. Dans leur duplique du 6 mars 2013, les défendeurs ont persisté dans leurs conclusions. Ils ont répété que le litige relevait de la prévoyance étendue, domaine dans lequel les parties avaient la possibilité de conclure des conventions individuelles. Ils ont réaffirmé que le demandeur n'avait jamais contesté ses certificats de prévoyance. Ce dernier avait également signé un document indiquant que le salaire assuré était le salaire fixe. Selon le droit du travail, les commissions dépendaient du résultat de l'activité, et le travailleur ne pouvait y prétendre avant que l'affaire ne soit conclue. En l'espèce, le règlement de prévoyance était clair et le salaire assuré était uniquement le revenu présumé, qui excluait tous les éléments variables et aléatoires et partant les commissions. Les commissions n'étaient nullement garanties en l'espèce. Les institutions de prévoyance étaient 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 prévoyait pas de tel ajustement et il n'existait aucune base légale l'autorisant à y procéder. Les défendeurs ont ajouté qu'il était 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 tendait à démontrer que les résultats de cet examen auraient vraisemblablement conduit au refus d'assurance. Par ailleurs, selon le règlement, les assurés versaient uniquement une bonification de vieillesse de 7 % du salaire coordonné. L'employeur prenait en charge le surplus des bonifications de vieillesse de 11 %, les 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 pouvait être fixée plus haut qu'avec son assentiment. En requérant le versement de cotisations supplémentaires sur les revenus des années précédentes, le demandeur faisait ainsi doubler, voire tripler les cotisations dues par son employeur. On ne pouvait l'y contraindre sans son accord. Il n'existait 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'avait été connu qu'*a posteriori*. A titre subsidiaire, les défendeurs ont invoqué la prescription. La demande étant datée du 31 mai 2012, la créance relative aux arrérages sur le décompte daté de 2006 était prescrite car le délai de prescription de cinq ans courait 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 ont affirmé que les décomptes démontraient que le demandeur était rétribué exclusivement sur une base fixe. Ils ont persisté dans leurs conclusions pour le surplus.
30. Dans ses déterminations du 8 avril 2013, le demandeur a affirmé que le principe d'égalité exigeait que tous les assurés d'un même collectif soient soumis à des

conditions réglementaires identiques dans le plan de prévoyance. La loi ne distinguait pas entre la part obligatoire et surobligatoire dès lors que tous les assurés étaient soumis à un plan de prévoyance de base obligatoire. Il a allégué que ses anciens employeurs, actifs dans le domaine des assurances, ne pouvaient s'exonérer d'appliquer correctement les dispositions relatives à la prévoyance professionnelle. Le salaire déterminant dans le règlement était clairement le salaire soumis à l'AVS, et le règlement ne prévoyait aucun plafond. Le bonus faisait partie du salaire AVS et l'OFAS s'était d'ailleurs prononcé dans ce sens. Le demandeur a affirmé que rien n'empêchait la défenderesse de corriger le salaire déterminant avec effet rétroactif, même en cas de survenance d'un risque assuré. Il a ajouté que selon la jurisprudence, le salaire annuel se fixait de manière prospective au début de l'année. Si un droit au salaire complémentaire était reconnu après coup, il devait être considéré comme faisant partie intégrante du salaire annuel et il fallait en tenir compte dans le calcul de la rente d'invalidité. Le demandeur a contesté que son état médical aurait empêché la conclusion d'une assurance complémentaire et répété que les défendeurs répondaient du dommage causé en ne lui imposant pas d'examen médical. S'agissant de la prescription, il a souligné qu'il faisait valoir ses droits pour la période courant dès le 31 mai 2007.

31. Par déterminations du 17 mai 2013, les défendeurs ont persisté dans leurs conclusions. Ils ont réaffirmé qu'il n'y avait aucune obligation légale d'assurer un montant supérieur au montant coordonné. Dans la prévoyance étendue, le revenu assurable pouvait être plafonné. Pour le surplus, ils ont réitéré l'exception de prescription.
32. Par arrêt du 16 octobre 2013 (ATAS/1016/2013), la Cour de céans a partiellement admis la demande.

Elle a condamné l'employeur à déclarer à la Fondation la part des commissions dues dès le mois de mai 2007 en cas de réalisation des objectifs fixés, à établir un décompte précis des cotisations dues par l'employeur et le demandeur sur ces montants, au versement par l'employeur à la Fondation de la totalité des cotisations dues. Elle a donné acte au demandeur de son accord de verser à l'employeur la part des cotisations dues par l'employé et l'y a condamné en tant que de besoin. Elle a condamné la Fondation à corriger les prestations dues à l'assuré en fonction des nouveaux revenus assurés.

La Cour de céans a notamment relevé que selon l'art. 10.1 1<sup>ère</sup> phrase du règlement de prévoyance de la défenderesse, le salaire annuel correspondait au salaire AVS présumé d'un assuré au début d'une année et que selon l'art. 10.3 1<sup>ère</sup> phrase, les éléments du salaire de nature occasionnelle ou temporaire (p. ex. cadeaux d'ancienneté, indemnités pour heures supplémentaires) n'étaient 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 n'étaient, en règle générale, prises en considération qu'à la date d'effet qui suivait. Par contre, les adaptations de salaire qui résultaient d'une modification du taux

d'activité étaient prises en compte immédiatement. Les dispositions de l'art. 5, qui étaient applicables par analogie, demeuraient réservées. La Cour a relevé que l'art. 10. 3 du règlement de la défenderesse ne constituait pas une base suffisante pour exclure les bonus du salaire assuré. Si le montant des bonus ne pouvait être déterminé de manière certaine à l'avance, leur versement et les modalités de leur calcul étaient néanmoins prévus par le contrat de travail. De plus, la proportion de ces bonus dans la rémunération globale dépassait celle du salaire de base. Partant, s'il s'agissait bien d'éléments variables dans leur quotité, ils ne pouvaient être qualifiés d'occasionnels. Partant, les commissions n'étaient pas exclues du salaire assuré, faute de précision suffisante sur ce point dans le règlement de la défenderesse. Quant à la notion de salaire AVS présumé au début de l'année, elle devait être comprise comme le revenu que les parties au contrat de travail s'attendaient à voir l'assuré réaliser. La rémunération de ce dernier s'était toujours révélée supérieure au salaire fixe et à l'avance de commissions de CHF 5'350.- Le défendeur devait ainsi s'attendre à ce que les commissions totales versées dépassent l'avance mensuelle de CHF 5'350.-, notamment eu égard aux performances du demandeur des années précédentes, et on ne pouvait raisonnablement considérer que la rétribution escomptée en début d'année se limitait au seul revenu de CHF 8'550.- prévu dans le contrat du 15 août 2005. Il n'était toutefois 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.

Le montant du bonus était fonction de la réalisation des objectifs qui étaient fixés au demandeur selon le règlement de commissionnement. L'employeur étant tenu conformément au principe de la bonne foi de fixer des objectifs réalistes au salarié, le défendeur pouvait en l'espèce raisonnablement présumer que ceux-ci seraient atteints compte tenu des performances du demandeur. Partant, le paiement de ces bonus devait être présumé en début d'année, et ces bonus faisaient ainsi partie du salaire assuré. Les salaires annoncés pour 2007, 2008, 2009 devaient dès lors être corrigés en y ajoutant les commissions et bonus convenus en cas de réussite des objectifs fixés au demandeur. Par ailleurs, le montant du revenu 2010 de CHF 213'633.- était connu de l'employeur au 1<sup>er</sup> janvier 2010 puisque B\_\_\_\_\_ lui en avait ordonné le paiement avant cette date, de sorte qu'il faisait partie du salaire présumé pour cette année au sens du règlement. Les défendeurs avaient cependant exposé que ce montant contenait le bonus qui aurait dû être versé en 2009. La Cour de céans a dès lors considéré que la correction pour 2009 ne devrait pas tenir compte de la part de commissions et de bonus incluses dans le montant de CHF 213'633.- à assurer rétroactivement pour 2010.

Pour le surplus, la Cour de céans a notamment souligné que les défendeurs ne pouvaient se prévaloir de l'interdiction de l'assurance rétroactive après la survenance d'un sinistre. En effet, l'augmentation du salaire assuré ne conduisait

---

pas à une nouvelle assurance puisque le demandeur était déjà assuré pour des prestations subobligatoires auprès de la défenderesse.

Le demandeur n'ayant pas pris de conclusions chiffrées, la Cour de céans a renoncé à fixer la mesure dans laquelle les salaires assurés devaient être amplifiés et à calculer le montant des cotisations dues, pour lesquels elle ne disposait pas des éléments nécessaires. Il appartenait ainsi à la défenderesse, après avoir obtenu les renseignements du défendeur, d'établir le montant des cotisations complémentaires dues et de recalculer le droit aux prestations du demandeur.

33. Saisi d'un recours interjeté par les défendeurs, le Tribunal fédéral l'a partiellement admis et a renvoyé la cause à la Cour de céans pour nouveau jugement au sens des considérants par arrêt du 23 avril 2014 dans la cause 9C\_832/2013, ayant fait l'objet d'une publication au recueil officiel (ATF 140 V 145).

Le Tribunal fédéral a relevé que la fixation *praenumerando* du salaire assuré pouvait avoir pour conséquence que le salaire pris en considération dans le cadre de la prévoyance professionnelle diffère du salaire AVS, lorsque des modifications de salaire non convenues ou imprévues apparaissent au cours de l'année (consid. 6.1). Il a retenu que l'emploi du terme "présumé" s'agissant du salaire assuré sous-entendait que ce revenu devait être aussi proche que possible du salaire AVS effectif versé durant l'année civile en cours. Selon la jurisprudence, lorsque le contrat de travail prévoyait dans les bases de la rémunération le versement de primes individuelles, liées ou non à la réalisation d'objectifs prédéfinis, cette part de rémunération devait être considérée comme un élément prévisible du salaire et être incluse dans le salaire annuel. On pouvait certes voir une forme de contradiction entre le principe de la fixation *praenumerando* du salaire assuré prévue par le règlement et l'interprétation qu'il convenait de faire de son art. 10.1, 1<sup>ère</sup> phrase. La formulation très générale de la disposition réglementaire litigieuse n'autorisait cependant aucune autre interprétation et l'employeur supportait les conséquences du manque de clarté du règlement (consid. 6.2 et 6.3). Le Tribunal fédéral a également rejeté le grief des défendeurs, selon lequel le demandeur avait accepté par actes concluants le montant du salaire assuré, celui-ci ne commettant pas d'abus de droit en faisant valoir ses prétentions dans les limites du délai de prescription (consid. 7). Par ailleurs, dans la mesure où les défendeurs ne démontraient pas que la prise en considération des bonus et commissions versés au demandeur et la correction du salaire assuré auraient pour conséquence d'éluder les dispositions réglementaires en matière d'examen complémentaire du risque d'assurance selon l'art. 5.8 du règlement de prévoyance et le ch. 1.2 des conditions d'acceptation et taxation du risque pour les assurances vie collectives dans le cadre de la prévoyance professionnelle et qu'elles n'évoquaient aucun fait susceptible de donner lieu à une limitation de la couverture d'assurance, il n'y avait pas à examiner plus avant les griefs relatifs à cette problématique, faute de motivation (consid. 8).

Le Tribunal fédéral a toutefois souligné qu'il appartenait à la Cour de céans de déterminer, à la lumière des principes qu'elle avait dégagés, le montant exact des

---

salaires assurés pour les années 2007 à 2010 (consid. 9.1). Ce renvoi se justifiait d'autant plus que l'arrêt du 16 octobre 2013 était contradictoire et insuffisamment motivé en tant qu'il condamnait les défendeurs à tenir compte pour 2007, 2008 et 2009 des bonus et commissions correspondant aux objectifs fixés pour l'année concernée mais pas pour 2010, année pour laquelle il y avait lieu de se référer au montant effectif du bonus versé pour 2009. Sur ce point, l'arrêt cantonal ne correspondait à l'évidence pas à une application uniforme et égale du droit (consid. 9.1 et 9.2).

34. Par courrier du 16 mai 2014, la Cour de céans a requis des défendeurs tous les décomptes des commissions versées au demandeur durant les années 2007 à 2010 et les explications sur les performances auxquelles elles correspondaient et les années qu'elles concernaient. Les défendeurs étaient également invités à se déterminer sur le montant de la rente et à établir une projection de calcul de la rente, pièces justificatives à l'appui.
35. A la même date, la Cour de céans a sollicité du demandeur un extrait de compte individuel, ainsi que les décomptes des commissions versées durant les années 2007 à 2010, avec des explications sur les performances auxquelles elles correspondaient et les années qu'elles concernaient.
36. Par écriture du 5 juin 2014, le demandeur a exposé que B\_\_\_\_\_ déclarait les revenus « Bonus force de vente » séparément en complément du salaire de base sous chiffre 3 des certificats de salaire. Ce bonus résultait du rendement. Les commissions de performance étaient calculées en fonction d'un barème établi par l'employeur. Les bonus avaient représenté CHF 85'136.- en 2007, CHF 138'146.- en 2008, CHF 147'267.- en 2009 et étaient inclus dans le salaire de base brut en 2010. Le demandeur ne disposait plus des décomptes de commissions mensuels. Par ailleurs, des frais de représentation lui avaient été versés.

Le demandeur a joint les pièces suivantes à son écriture :

- a. certificat de salaire 2007 affichant un salaire de CHF 103'440.- et un bonus « Force de vente » de CHF 85'136.- ;
  - b. certificat de salaire 2008 affichant un salaire de CHF 103'440.- et un bonus « Force de vente » de CHF 138'146.- ;
  - c. certificat de salaire 2009 affichant un salaire de CHF 103'440.- et un bonus « Force de vente » de CHF 147'267.- ;
  - d. certificat de salaire 2010 affichant un salaire de CHF 386'178.-
  - e. extrait de compte AVS dont il ressort que le salaire assuré était de CHF 187'376.- en 2007, CHF 240'386.- en 2008, CHF 249'507.- en 2009, CHF 343'134.- en 2010, CHF 9'360.- en 2011 et CHF 31'242.- en 2012.
37. Dans leurs déterminations du 14 juillet 2014, les défendeurs ont conclu, sous suite de dépens, préalablement à la comparution personnelle des parties, principalement

au rejet des conclusions du demandeur; subsidiairement à l'instruction des montants supplémentaires qui auraient dû être assurés en 2007, 2008 et 2009, à ce qu'un arrêt partiel soit rendu sur ces montants, à l'instruction cas échéant par voie d'expertise sur les réserves de santé qui auraient dû être émises par l'institution de prévoyance en début de chaque année après réception du salaire annoncé, au rejet des conclusions du demandeur ; plus subsidiairement en cas de condamnation à assurer un salaire supplémentaire, à l'instruction sur le montant des cotisations qui auraient dû être versées, à ce qu'il soit constaté que le demandeur n'avait subi aucune déduction de son salaire pour la part des cotisations lui incombant, à ce qu'il soit constaté que seule la part des cotisations employeur était à verser, à la fixation du montant des cotisations qui seraient dues par l'employeur et aux modalités de leur paiement. Pour le surplus, les défendeurs ont déclaré persister dans leurs écritures précédentes.

Les défendeurs ont allégué que les salaires assurés pour les années 2006 et 2010 ne pouvaient pas être augmentés. En effet, au début de l'année 2006, les parties au contrat de travail ignoraient si le demandeur réaliserait ou non un revenu complémentaire à son salaire fixe et aux avances de commissions non garanties, soit CHF 102'600.-. Elles ont affirmé que ce point était admis par la Cour de céans. Quant au salaire 2010, il était établi et démontré que le bonus force de vente versé en avril 2010 se rapportait exclusivement à l'activité déployée en 2009. Ainsi, pour 2010, seul un montant de CHF 136'695.- pouvait être assuré en prévoyance professionnelle. Pour 2007 à 2009, il était impossible de supputer la réussite des objectifs. Les défendeurs ont soutenu que le principe sur lequel se fondait la Cour de céans, selon lequel les objectifs étaient toujours réalisés, était erroné. Le bonus « Force de vente » versé pour les années 2006 à 2009 était composé d'une part aléatoire non soumise à objectifs (les commissions), d'une part soumise à objectifs (le bonus) et d'une super-commission (pourcentage sur les commissions et/ou le bonus).

Les commissions ne pouvaient en aucun cas être prises en compte puisque par définition, leur nombre et leur montant n'était pas prévisible en début d'année car elles dépendaient de la conclusion ou non de contrats d'assurance par le demandeur ou ses subordonnés. Ces commissions de vente avaient un caractère totalement aléatoire. En contrepartie, elles étaient incluses de manière forfaitaire dans le salaire assuré, à concurrence d'un montant de CHF 5'350.- par mois. Il ne pouvait y avoir de modification sur ce point. Les commissions versées ensuite en fin d'année devaient être exclues du salaire assuré, car leur versement ne dépendait pas de la réalisation d'objectifs. De plus, la majeure partie des commissions ne découlait pas de l'activité du demandeur, mais de celles de tiers subordonnés. Il était impossible de prévoir le travail accompli par des tiers, lesquels pouvaient être malades, mal travailler ou encore quitter B\_\_\_\_\_ en cours d'année. Ni le demandeur ni le défendeur ne pouvaient être certains que ces commissions seraient effectivement versées à la suite du travail effectué par ces tiers. L'imprévisibilité était donc totale.

Les défendeurs s'étaient attelés à la tâche consistant à déterminer objectivement les bonus soumis à objectifs pouvant être supputés au début des années 2007, 2008 et 2009, afin d'être englobés dans le salaire assuré en début d'année, et la réalisation effective de ces objectifs. Les montants variaient considérablement chaque année, soit parce que les objectifs n'étaient pas réalisés, soit parce qu'ils étaient modifiés. On constatait en effet que la part correspondant à un objectif non atteint ou atteint différemment de l'année précédente était réduite, voire supprimée. Partant, malgré leurs efforts, les défendeurs n'arrivaient pas à définir ce qui était objectivement prévisible au début de chaque année. Au vu de ces difficultés, ils s'en tenaient à leur définition initiale. La Cour de céans pourrait également se rendre compte qu'il était impossible de supputer et donc de prévoir objectivement en début d'année un montant dont la réalisation ne pouvait être constatée qu'en fin d'année. La difficulté provenait du fait que les objectifs fixés en début d'année n'avaient très souvent pas été atteints ou ne l'avaient été que partiellement. C'est la raison pour laquelle la prévisibilité objective de la réalisation des objectifs en début d'année s'avérait être, aujourd'hui encore, une tâche impossible. Les tableaux joints démontraient qu'en début d'année, les parties au contrat de travail ne pouvaient pas avoir la certitude que, pour chaque poste de la part variable et aléatoire de la rémunération soumise à objectif, le même montant que l'année précédente serait versé. En effet, certains postes diminuaient d'une année à l'autre, voire étaient supprimés. La Cour de céans devrait donc déterminer comment il était possible aux parties de définir objectivement des montants prévisibles auxquels elles devaient obligatoirement s'attendre, en début des années 2007, 2008 et 2009, en fonction de la réalisation constatée en fin d'année des objectifs fixés au demandeur. En effet, aucun des montants soumis à objectifs n'était garanti d'une année à l'autre. Il fallait par ailleurs se placer à l'époque en tenant compte de ce que savaient les parties en début d'année. De plus, les parties devaient se montrer prudentes et ne pouvaient pas estimer au hasard la part des montants variables et supplémentaires à assurer. En effet, les cotisations prélevées chaque mois sur le salaire du demandeur dépendraient, en partie, d'une supputation relative au montant des bonus soumis à objectifs qui serait versé en fin d'année. Or, compte tenu du caractère aléatoire et non systématique des montants complémentaires versés, le demandeur était exposé au risque de supporter des prélèvements de cotisations trop élevés, en fonction de la supputation d'un salaire qui ne serait finalement pas versé en raison de la non-atteinte ou de l'atteinte partielle des objectifs fixés en début d'année. Enfin, si la Cour de céans devait parvenir, malgré ces obstacles rédhibitoires, à déterminer les parts du salaire complémentaire qui devait être assurées en début d'année, il y aurait alors lieu d'ouvrir une seconde instruction pour déterminer si les salaires assurés majorés ainsi définis auraient dû faire l'objet d'un examen médical. En effet, la détermination des montants complémentaires qui seraient à assurer se heurterait à une limite réglementaire supplémentaire. Avec l'augmentation des salaires assurés, les limites d'acceptation auraient été atteintes. La défenderesse aurait alors mis en place des examens médicaux de manière à déterminer s'il y avait

lieu ou non d'émettre une réserve pour raison de santé. Or, vu les 64 jours d'absence du demandeur en 2009, ainsi que la survenance de son incapacité invalidante en avril 2010, il ne faisait aucun doute que des réserves auraient été faites en tous les cas en 2009 et 2010, voire également pour les années précédentes.

De 2006 à 2009, la part variable de la rémunération, dite « bonus force de vente », était constituée de commissions complémentaires en sus des avances sur commissions mensuelles, d'un bonus déterminé en fonction de la réalisation des objectifs annuels et d'une extra-commission, comme l'avait relevé le Tribunal fédéral. B\_\_\_\_\_ avait pour politique de décider chaque année quels produits et quels canaux de vente devaient être favorisés durant l'année. En mars 2006, en décembre 2006 et en mars 2009, le demandeur avait reçu et signé les règles d'application relatives à la part variable de sa rémunération concernant respectivement les années 2006, 2007 et 2009. Les règles applicables en 2008 étaient les mêmes que les règles 2007. Ces règles déterminaient les pourcentages des commissions versées sur les affaires conclues directement par le demandeur et celles conclues par ses subordonnés. Ces commissions n'étaient pas soumises à la réalisation d'objectifs. Les taux étaient fixés à l'avance et ne dépendaient pas d'un montant minimum. Les objectifs étaient fixés pour l'année concernée et les montants versés en cas d'atteintes de ces objectifs. Les règles d'application, notamment les objectifs fixés pour le versement du bonus, changeaient chaque année. Ensuite, à la fin de l'année, le demandeur recevait et signait les décomptes de commissionnement annuels. Dans les décomptes de commissionnement 2007 et 2008, il était précisé que le salaire mensuel maximum pour 2008 et 2009 serait de CHF 10'650.-. Seule la part correspondant au salaire mensuel maximum était prévisible. Les défendeurs ont souligné que le Tribunal des prud'hommes avait conclu que le demandeur ne pouvait pas ignorer qu'il n'aurait aucun droit à recevoir des commissions à la suite du transfert de ses rapports de travail au défendeur. Répétant une nouvelle fois certaines allégations liées au mode de rémunération du demandeur, les défendeurs ont affirmé qu'à moins de tomber dans l'arbitraire, il n'était pas possible de déterminer quels montants les parties au contrat de travail pouvaient s'attendre à voir le demandeur réaliser. La crise économique durant les années 2007 à 2009 incitait par ailleurs à la prudence et la vente de contrats d'assurance ne pouvait pas être considérée comme prévisible et certaine en début d'année. Par ailleurs, les commissions versées au demandeur pour les affaires conclues par ses subordonnés ne reflétaient pas ses propres performances. En outre, les décomptes de commissionnement contenaient un poste relatif aux commissions qui auraient pu être versées les jours où le demandeur était absent pour cause de maladie ou vacances. Ces montants étaient calculés sur la base des avances de commissions mensuelles versées en 2007 et 2008. En 2009, ces montants avaient été déterminés sur la base du salaire fixe, des frais professionnels et de l'avance garantie, soit CHF 110'760.-. Les montants relatifs aux pertes de commissions pour cause de maladie ou de vacances devaient être déduits du montant que les parties s'attendaient à voir le demandeur réaliser, puisqu'on ne

saurait soutenir valablement que ces montants étaient soumis à objectifs, ni même qu'ils pouvaient être présumés en début d'année. Ainsi, il fallait déduire CHF 6'144.- en 2007; CHF 18'482.- en 2008 et CHF 38'766.- en 2009. Il fallait de plus déduire du montant des commissions les avances sur commissions versées chaque mois, soit un total de CHF 63'900.- en 2007; CHF 63'900.- en 2008 et CHF 69'225.- en 2009.

Au 1<sup>er</sup> avril 2006, le demandeur avait été nommé responsable de l'agence de vente de Genève. Les règles d'application 2007 mentionnaient qu'il pourrait toucher une commission de 30 % sur les affaires conclues en 2007 et en 2008 par les conseillers, agents libres et courtiers qui lui étaient subordonnés et de 40 % sur les affaires qui seraient conclues personnellement en 2007 et 2008. Les règles d'application 2008 étaient les mêmes qu'en 2007. Le « bonus force de vente » 2009 d'un montant de CHF 213'633.- avait certes été versé au début de l'année 2010. Toutefois, comme le retenait le Tribunal fédéral, ce montant concernait exclusivement l'année 2009. Il ne devait donc pas être inclus dans le salaire assuré en 2010. Les règles d'application 2009 mentionnaient que le demandeur pourrait toucher une commission de 30 % sur les affaires directes qui seraient conclues par les conseillers, agents libres et courtiers subordonnés en 2009; 30 % pour les affaires qu'il conclurait personnellement en 2009, ainsi qu'une compensation calculée en fonction du handicap de secteur relatif à la région couverte pour 2009, 40 % pour les affaires directes et 30 % pour les affaires apportées par un agent libre ou un courtier qui lui était subordonné sur les assurances perte de gain B \_\_\_\_\_ en 2009.

Les défendeurs ont résumé dans un tableau les commissions non soumises à objectifs perçues par le demandeur pour les années 2006 à 2009 telles que ressortant des décomptes de commissionnement. Ces commissions n'entraient pas dans la définition du salaire présumé retenue par la Cour de céans et confirmée par le Tribunal fédéral, à savoir les commissions et les bonus soumis à la réalisation d'objectifs que les parties au contrat de travail pouvaient s'attendre à voir le demandeur réaliser. Il ressortait concrètement du tableau que d'une part, certaines commissions n'étaient pas prévues toutes les années et, d'autre part, les montants de ces commissions variaient souvent à la baisse. Il suffisait de prendre connaissance de manière précise des objectifs fixés chaque année au demandeur pour constater que ceux-ci différaient d'une année à l'autre. Il était donc impossible de considérer que les bonus versés en cas de réalisation d'objectifs étaient nécessairement atteints d'une année à l'autre. La seconde partie des règles d'application 2007 précisait les montants que le demandeur pourrait recevoir en cas de réalisation de ses objectifs 2007. Certains de ces objectifs étaient nouveaux et d'autres fixaient des seuils à atteindre différents. Le demandeur pourrait également percevoir 30 % sur les affaires amenées par les Business Sales Promoters (BSP) subordonnés et 30 % sur les affaires attribuées à la cellule de vente. Ces deux derniers postes n'étaient pas soumis à la réalisation d'objectifs, mais dépendaient

des affaires conclues par les BSP subordonnés et par la cellule de vente. Ils n'étaient pas non plus à mettre en relation avec les performances du demandeur. Enfin, dans le décompte de commissionnement 2007, la partie relative au bonus comportait un poste « Nouveaux assurés système courtage ». Il y était précisé que le demandeur pourrait recevoir une participation par courtier subordonné en fonction du nombre de nouveaux assurés amenés par ce courtier.

En 2009, le demandeur avait choisi trois bonus en fonction des produits qu'il souhaitait favoriser, c'est-à-dire les produits pour lesquels il pensait pouvoir atteindre ses objectifs. On constatait que ses objectifs 2009 différaient de ceux fixés les années précédentes. Il n'y avait plus d'objectifs de progression du nombre d'assurés, d'augmentation de nouveaux agents libres/courtiers recrutés et de nouveaux contrats perte de gain maladie. Les nouveaux objectifs du demandeur consistaient à augmenter le nombre de « contrats d'entreprise frais médicaux » (objectifs d'entreprise) et de visites de nouvelles entreprises (objectifs régionaux), ainsi qu'à atteindre un certain objectif hospitalisation (objectif personnel). Il était également précisé que le demandeur pourrait percevoir une commission de 30 % sur les affaires attribuées à la cellule de vente, ainsi qu'une commission de 50 % sur les commissions directes de chaque BSP subordonné. Enfin, le demandeur pouvait percevoir une participation par courtier subordonné en fonction du nombre de nouveaux assurés amenés par ce courtier.

Il ressortait du tableau récapitulatif que les objectifs et les montants versés changeaient chaque année. De plus, on constatait qu'un nombre important d'objectifs n'étaient pas réalisés.

Les règles d'application 2007 prévoyaient le versement éventuel d'une extra-commission selon une table octroyant un pourcentage oscillant entre 0 % et 50 % selon le montant des commissions et bonus. Le versement, le pourcentage et le montant de l'extra-commission dépendaient donc du montant aléatoire des bonus et commissions versés pour 2007. En 2009, la table prévue pour l'extra-commission variait sensiblement de celle prévue précédemment. Les seuils à atteindre et les pourcentages étaient nettement plus avantageux qu'en 2007. Enfin, contrairement à 2007, seules les commissions étaient déterminantes pour le montant de la supercommission. Son versement, son pourcentage et sa quotité restaient toutefois aléatoires et dépendaient du montant des commissions, lesquelles n'étaient pas prévisibles pour les raisons invoquées plus haut. S'agissant des « supercoms », bien que leur montant ait augmenté chaque année, il ne pouvait pas être inclus dans la définition du salaire présumé en début d'année. Les règles d'application différaient en effet chaque année. Par ailleurs, ces montants étaient basés parfois sur les seules commissions, parfois sur les commissions et bonus.

En 2010, le salaire fixe avait été modifié et avait augmenté. Le demandeur pouvait également espérer recevoir un bonus en fin d'année, dont le montant dépendait cependant exclusivement des résultats de l'entreprise et du travail qu'il avait effectué durant l'année et qui était donc imprévisible. Un tel bonus aurait pu

représenter jusqu'à environ 10 % du salaire fixe, mais guère plus. Du fait de l'incapacité de travail durable du demandeur dès le 21 avril 2010, le défendeur ne lui avait versé aucun bonus pour 2010. Ainsi, comme le mentionnait le Tribunal fédéral, la seule rémunération du demandeur en 2010 avait été son salaire fixe de CHF 136'695.-. Il serait dès lors injustifié et contraire au règlement de prévoyance d'inclure tout ou partie du bonus B\_\_\_\_\_ 2009 ou tout autre bonus dans le salaire assuré en 2010.

Les défendeurs sont ensuite longuement revenus sur les limites d'acceptation en matière de couverture d'assurance et sur l'obligation de passer un examen médical pour assurer les montants supplémentaires, répétant que l'assurance rétroactive était interdite. Dans ce cadre, ils ont notamment relevé qu'en vertu du règlement de prévoyance, la rente annuelle d'invalidité était égale à 60 % du salaire coordonné, qui correspondait au salaire annuel diminué du montant de coordination.

Les défendeurs ont notamment joint les pièces suivantes à leur écriture:

a. règles d'application 2006, dont ressortent notamment les passages suivants:

*« Vos bonus sont calculés en fonction de vos objectifs 2006, comme suit:  
A. Augmentation de 10 % de la productivité (nouvelles affaires 2005) des agents, agents libres et courtiers avec système d'acquisition subordonnés, montant de CHF 5'000.-, mis sur le compte de commissions*

*B. Nouveaux agents libres ou courtiers avec système d'acquisition recrutés avec une production de 5 contrats au minimum*

*3 agents libres et/ou courtiers recrutés CHF 2'000.-*

*6 agents libres et/ou courtiers recrutés CHF 3'000.-*

*10 agents libres et/ou courtiers recrutés CHF 5'000.-*

*C. Conclusion d'assurances perte de gain:*

*12 contrats (plus de 10 personnes) CHF 2'000.-*

*Entre 13 et 18 contrats (plus de 10 personnes) CHF 3'000.-*

*Dès le 19<sup>ème</sup> contrat CHF 5'000.-*

*Ces montants sont versés avant le calcul du bonus D. sur le compte d'avance de commissions*

*D. Dès que le compte d'avances sur commissions est rempli, les commissions sont alors payées à 80 % (au lieu de 40 %). Elles sont payables une fois par année*

*Les bonus sont payés dans le courant du 1<sup>er</sup> semestre de l'année suivante. Départ du BSP, décompte après 3 mois.*

*[...]*

b. règles d'application 2007 reprises pour 2008, dont ressortent notamment les passages suivants:

*[Les montants résultant des règles de commissionnement] sont portés au crédit du compte de l'avance de commissions des RV dans l'ordre A puis B puis C puis D. Ils font l'objet d'un décompte annuel.*

---

2. Règles d'application pour la détermination du bonus 2007 pour les RV  
**A. AUGMENTATION DE L'ENCAISSEMENT DE LA NOUVELLE PRODUCTION**

Augmentation de 10 % de l'encaissement de la nouvelle production des agents, agents libres et courtiers subordonnés (comparaison entre l'encaissement de la nouvelle production saisie chez Centris entre le 01.12.2005 et le 30.11.2006 et l'encaissement de la nouvelle production saisie chez Centris entre le 01.12.2006 et le 30.11.2007).

Montant porté sur le compte de commissionnement CHF 5'000.-

**B. NOUVEAUX ACQUISITEURS**

Nouveaux agents libres ou courtiers recrutés entre le 1<sup>er</sup> décembre 2006 et le 30 novembre

2007 et avec une production de 5 contrats au minimum saisie dans Centris entre le 1<sup>er</sup> décembre 2006 et le 30 novembre 2007.

5 agents libres et / ou courtiers recrutés CHF 2'000.-

7 agents libres et / ou courtiers recrutés CHF 3'000.-

10 agents libres et / ou courtiers recrutés CHF 5'000.-

**C. CONTRATS ENTREPRISES FRAIS MEDICAUX**

Conclusion de contrats entreprise frais médicaux entre le 1er décembre 2006 et le 30 novembre 2007.

Dès 8 nouveaux contrats avec plus de 15 assurés saisis dans Centris entre le 01.12.2006 et le 30.11.2007 CHF 5'000.-

**D. PROGRESSION DU NOMBRE D'ASSURES DES CONTRATS COLLECTIFS**

Progression du nombre de nouveaux assurés saisis dans Centris entre le 01.12.2006 et le 30.11.2007 dans l'ensemble des contrats collectifs conclus avant le 01.12.2006 et attribués aux RV ou à ses partenaires.

De 7% à 10% de progression totale CHF 5'000.-

Plus 10% de progression totale CHF 10'000.-

**E. CONTRATS PERTE DE GAIN MALADIE**

Conclusion d'assurances perte de gain entre le 1<sup>er</sup> décembre 2006 et le 30 novembre 2007.

Dès 10 nouveaux contrats avec plus 15 assurés affiliés au contrat entre le 01.12.2006 et le 30.11.2007 CHF 5'000.-

**F. COMMISSION SUR LES BSP SUBORDONNES**

Le RV touche une commission de 30% sur les affaires saisie dans Centris entre le 01.12.2006 et le 30.11.2007 amenées par les BSP qui lui sont subordonnés

au maximum par année et par BSP CHF 20'000.-

Les responsables des BSP ne font pas l'objet de paiement de commissions sur les réseaux de leurs subordonnés.

[...]

Les bonus sont payés dans le courant du 1<sup>er</sup> semestre de l'année suivante.

- c. règles d'application 2009, dont ressortent notamment les passages suivants:

**CHOIX DES BONUS (3 MAXIMUM)**

Ces montants seront versés après compensation des avances de commissions.

**2.1 Bonus concernant les objectifs d'entreprise**

1 bonus choisi par le chef de département

**2.1.1 CONTRATS ENTREPRISES FRAIS MEDICAUX**

Conclusion de contrats Entreprise frais médicaux entre le 1er décembre 2008 et le 30 novembre 2009. Assurés saisis dans Centris entre le 01.12.2008 et le 30.11.2009

Dès 10 nouveaux contrats avec plus de 15 assurés CHF 6'000.-

Dès 20 nouveaux contrats avec plus de 15 assurés CHF 10'000.-

Dès 25 nouveaux contrats avec plus de 15 assurés CHF 15'000.-

**2.2 Bonus concernant les objectifs régionaux**

1 bonus choisi par le RVR en discussion avec le RV

**2.2.2 NOMBRE DE VISITES NOUVELLES ENTREPRISES («Prospect HR»)**

Sur base de Visiocom du 01.01.2009 au 31.12.2009

Dès 20 CHF 1'000.-

Dès 30 CHF 3'000.-

Dès 40 CHF 5'000.-

Dès 50 CHF 10'000.-

**2.3 Bonus concernant les objectifs personnels**

1 bonus choisi par le RV en discussion avec le RVR

**2.3.3 ATTEINTE OBJECTIF Hospitalisation**

Sur base d'Evol+ du 01.01.2009 au 31.01.2010

Dès 100% CHF 1'000.-

Dès 105% CHF 2'000.-

Dès 120% CHF 5'000.-

Dès 140% CHF 10'000.- »

[...]

Les bonus sont payés dans le courant du 1<sup>er</sup> semestre de l'année suivante.

- d. décompte de commissionnement 2006, établi le 18 décembre 2006, dont il ressort que le bonus s'est élevé à CHF 23'048.- et le total des commissions restant à payer à CHF 106'768.-
- e. décompte de commissionnement 2007, établi le 18 décembre 2007, dont il ressort que le bonus s'est élevé à CHF 36'033.- et le total des commissions restant à payer à CHF 129'497.-
- f. décompte de commissionnement 2008, établi le 15 décembre 2008, dont il ressort que le bonus s'est élevé à CHF 36'414.- et le total des commissions restant à payer à CHF 141'284.-

- g. décompte de commissionnement 2009, établi le 10 mars 2010, dont il ressort que le bonus s'est élevé à CHF 57'325.- et le total des commissions restant à payer à CHF 213'633.-
  - h. certificat médical du 6 septembre 2011, attestant d'une incapacité de travail totale depuis le 21 avril 2010 et diagnostiquant une sténose L3-L4 et une discopathie L5-S1 avec des lombosciatalgies secondaires apparues en décembre 2009.
38. Le demandeur s'est déterminé le 28 août 2014. Il a conclu, sous suite de dépens, à ce que le salaire déterminant pour la défenderesse soit celui annoncé à l'AVS ; à ce que le défendeur soit condamné à déclarer à la défenderesse les salaires suivants : CHF 187'376.- au 1<sup>er</sup> janvier 2007 ; CHF 240'386.- au 1<sup>er</sup> janvier 2008 ; CHF 249'507.- au 1<sup>er</sup> janvier 2009 ; CHF 343'134.- au 1<sup>er</sup> janvier 2010 ; à ce que la défenderesse adapte les prestations de prévoyance sur la base des revenus AVS effectifs ; à ce que la défenderesse soit condamnée à établir un certificat de prévoyance pour chaque année d'assurance dont les salaires coordonnés ont été corrigés ; à ce que la défenderesse soit condamnée à établir un décompte rectificatif des cotisations dues par le défendeur et le demandeur à la suite de la modification des salaires annoncés ; à ce qu'il soit constaté que les défendeurs répondent de tout dommage que le demandeur pourrait subir en cas de limitation de droit aux prestations en raison du fait qu'il n'a pas été en mesure de se soumettre à l'analyse médicale du risque.

Il a allégué que l'écriture prolix de défendeurs était hors sujet et tentait vainement de remettre en cause la définition du salaire assuré qui ressortait clairement de l'arrêt du Tribunal fédéral. Il a longuement cité des extraits dudit arrêt. S'il fallait suivre le raisonnement des défendeurs, le demandeur n'aurait jamais pu être correctement assuré, alors que son revenu consistait certaines années pour trois quarts d'éléments variables. Or, le Tribunal fédéral avait souligné que les bonus et les autres revenus variables faisaient partie du salaire déterminant. S'agissant de l'examen médical du risque, le demandeur a soutenu qu'il n'avait pas à être pénalisé par les manquements du défendeur. De plus, si ce dernier avait annoncé correctement les revenus croissant d'année en année, la défenderesse n'aurait pas considéré l'examen du risque de la même manière qu'en cas de transition d'un revenu de CHF 136'134.- à CHF 343'134.- De plus, le Tribunal fédéral avait rejeté les arguments des défendeurs sur ce point, qui ne pouvaient plus être revus par la Cour de céans. Le demandeur a réaffirmé qu'il ne s'opposait pas à régler sa part de cotisations dues pour les années 2007 à 2010 conformément au règlement de prévoyance.

39. Le 4 septembre 2014, la Cour de céans a invité les défendeurs à lui faire parvenir un récapitulatif détaillé des cotisations de la prévoyance professionnelle obligatoire et surobligatoire versées depuis 2007, indiquant la part du demandeur sur ces

cotisations ; une simulation du calcul des cotisations qui auraient été prélevées (parts employeur et employé) depuis 2007 si le salaire assuré auprès de la fondation de prévoyance dès cette date avait été le revenu annoncé à l'AVS après déduction du revenu de coordination; un récapitulatif des salaires ou des indemnités journalières versés au demandeur depuis 2010 et un récapitulatif des rentes d'invalidité de la prévoyance professionnelle versées au demandeur, accompagné des justificatifs et décomptes de rentes, indiquant les bases de calcul des rentes, en particulier le salaire coordonné pris en compte pour ce calcul.

40. Par courrier du même jour, la Cour de céans a invité le demandeur à se déterminer sur les points faisant l'objet de sa correspondance aux défendeurs et le cas échéant à lui transmettre tout document en sa possession.

41. Le 5 septembre 2014, les défendeurs se sont déterminés sur les observations du demandeur du 28 août 2014. Ils ont contesté que les extraits de l'arrêt du Tribunal fédéral cités par le demandeur reflètent l'opinion de cette instance, affirmant qu'il s'agissait du résumé de l'arrêt de la Cour de céans. Le Tribunal fédéral avait enjoint cette dernière à déterminer les montants supplémentaires à assurer selon les principes qu'elle avait dégagés. Or, l'arrêt de la Cour de céans du 16 octobre 2013 relevait au considérant 8 qu'il n'était pas possible de soumettre à la prévoyance professionnelle l'intégralité des commissions perçues, faute de clause réglementaire prévoyant l'adaptation du revenu assuré en cours d'année. Les défendeurs ont répété qu'aucun supplément salarial n'avait été versé à l'assuré pour 2010, ce qu'admettait selon eux le demandeur. Ainsi, son salaire assuré en prévoyance professionnelle correspondait exclusivement au montant annoncé, soit CHF 136'695.- Au vu de l'arrêt du Tribunal fédéral et de l'arrêt des prud'hommes, il serait illicite d'inclure tout ou partie du bonus force de vente 2009 dans le salaire assuré en 2010. Seul le salaire assuré en 2010 était déterminant pour le montant de la rente d'invalidité. Quant aux examens médicaux complémentaires, c'était la totalité du revenu à assurer qui déterminait si les limitations d'acceptation étaient ou non atteintes. Or, au vu de la situation médicale du demandeur et de son incapacité de travail de 64 jours en 2009, il était incontestable qu'il aurait annoncé ses problèmes de santé et que la défenderesse aurait émis une réserve pour toute incapacité de gain consécutive aux affections de la colonne vertébrale lombosacrée.

42. Les défendeurs se sont déterminés le 26 septembre 2014.

Ils ont conclu sous suite de dépens préalablement à l'audition des parties ; principalement au rejet de la demande ; subsidiairement si la Cour de céans devait considérer que des montants supplémentaires auraient dû être assurés, à l'instruction des montants supplémentaires qui auraient dû être assurés en 2007, 2008 et 2009, à ce qu'une décision incidente fixe les salaires AVS présumés pour 2007, 2008 et 2009 en reprenant les principes dégagés dans l'arrêt du 16 octobre 2013, à ce qu'une instruction soit ordonnée sur cette base par l'audition d'un représentant de la défenderesse et cas échéant, par voie d'expertise, sur les

limitations de couverture, y compris les réserves de santé qui auraient dû être prononcées par la défenderesse en début de chaque année, après réception du salaire annoncé ; à la fixation des salaires à assurer pour 2007, 2008 et 2009 en tenant compte des limitations d'acceptation et des réserves pour raisons de santé, à la suspension de la cause sur la question du salaire assuré en 2010 jusqu'à droit jugé dans la procédure prud'homale, puis à réception d'un jugement des juridictions prud'homales entré en force à ce que la Cour de céans instruisse par l'audition d'un représentant de la défenderesse et cas échéant, par voie d'expertise, sur les limitations de couverture, y compris les réserves de santé qui auraient été prononcées par la défenderesse en début de chaque année, après réception du salaire annoncé ; à la fixation de la part du salaire à assurer pour 2010 tenant compte des limitations d'acceptation et des réserves pour raisons de santé ; puis à l'instruction du montant des cotisations qui auraient dû être versées ; à ce qu'il soit constaté que seule la part des cotisations de l'employeur doit être versée ; à la fixation du montant des cotisations de l'employeur et aux modalités de leur paiement ; à la fixation du montant des cotisations de prévoyance non déduites dues par le demandeur sur la part des salaires à assurer pour 2007, 2008, 2009 et 2010 ; à ce que le demandeur soit condamné à restituer au défendeur la part du salaire reçue indûment correspondant aux montants des cotisations de prévoyance non déduites ; à ce qu'il soit donné acte au défendeur du fait qu'il s'engage à transférer à la défenderesse les cotisations supplémentaires. Pour le surplus, les défendeurs ont déclaré persister dans leurs écritures précédentes.

Ils ont produit une simulation des cotisations de la prévoyance professionnelle 2007-2010. Les défendeurs ont indiqué que le montant de la cotisation d'épargne obligatoire totale figurait au verso des certificats de prévoyance. Elle s'élevait à CHF 8'453.30 en 2007 et 2008 et CHF 8'721.- en 2009 et 2010. Si le demandeur n'avait été assuré qu'au minimum obligatoire, ses cotisations personnelles se seraient montées à la moitié de ces montants (cotisations paritaires), soit CHF 4'226.65 en 2007 et 2008 et CHF 4'360.50 en 2009 et 2010. Les défendeurs ont également produit une simulation des cotisations qui auraient été prélevées si les salaires présumés en début d'année avaient été équivalents aux salaires AVS annoncés à la fin de l'année ou au début de l'année suivante, en contestant que ces salaires doivent être assurés car cela contredirait l'arrêt déjà rendu par la Cour de céans. Le Tribunal fédéral n'avait pas conclu que l'intégralité des commissions, bonus et super commissions devait être incluse dans le salaire assuré mais avait renvoyé la cause à la Cour de céans pour qu'elle détermine les montants supplémentaires à assurer selon les principes qu'elle avait dégagés. L'arrêt du Tribunal fédéral devait être ainsi compris dans le sens que la prise en compte de primes individuelles dans le salaire annuel assuré n'était possible que dans les cas où le contrat de travail prévoyait un tel mode de rémunération, et en l'espèce aucun supplément salarial n'avait été versé en 2010. En 2010, le salaire assuré devait exclusivement correspondre au salaire que le demandeur pouvait réaliser en 2010 conformément aux modifications de son contrat de travail. Le Tribunal des

prud'hommes du 2 juillet 2014 l'avait confirmé, en soulignant que le bonus 2009 versé en avril 2010 concernait exclusivement le travail effectué en 2009. Ainsi, si l'arrêt de la Cour de céans n'avait pas été annulé par le Tribunal fédéral, il existerait deux jugements rendus par deux juridictions distinctes tranchant différemment une même question, ce qui était impossible. Les défendeurs ont ajouté que le demandeur avait fait appel de la décision des prud'hommes. Si la Cour de céans devait considérer, en violation de l'arrêt du Tribunal fédéral, que le bonus 2009 devrait être inclus dans le salaire assuré 2010, elle devrait suspendre la présente procédure, à tout le moins sur la question du salaire assuré en 2010, jusqu'à l'entrée en force du jugement prud'homal.

Les défendeurs ont indiqué que les rentes trimestrielles d'invalidité s'élevaient à CHF 16'913.30 et les rentes d'enfant d'invalidité à CHF 3'382.80. Ces montants correspondaient à respectivement à 60 % du salaire coordonné de CHF 112'755.- pour l'année 2010 et 20 % de la rente annuelle d'invalidité. Ces prestations étaient versées depuis le 20 avril 2012, soit après échéance du délai d'attente de 24 mois depuis le début de l'incapacité déterminante fixée au 20 avril 2010 par l'assurance-invalidité. Le demandeur n'avait pas contesté le montant de sa rente lors de la réception du certificat de prévoyance qui lui avait été remis le 21 octobre 2010, soit la date à partir de laquelle a commencé l'exonération du paiement des primes. Les défendeurs sont ensuite longuement revenus sur les limites d'acceptation. Le demandeur avait été dûment informé du salaire assuré. Il ne pouvait ainsi plusieurs années après invoquer que ces limites n'étaient pas applicables, sous peine d'éluder ces limites. Les défendeurs ont invoqué à ce titre un parallèle avec les heures supplémentaires, qui devaient être annoncées à l'employeur à temps. Selon les défendeurs, les examens médicaux auraient incontestablement abouti à une réserve pour raison de santé, voire à un refus de couverture. La Cour de céans n'avait pas instruit la question des limites d'acceptation malgré les allégations et les pièces produites par les défendeurs. Le Tribunal fédéral n'avait pas examiné ce grief. Selon les défendeurs, il avait toutefois admis que la situation serait différente si la prise en considération des bonus et commissions versés et la correction du salaire assuré aurait pour conséquence d'éluder les dispositions réglementaires en matière d'examen complémentaire du risque d'assurance. L'établissement des montants complémentaires à assurer dépendait également des limites d'acceptation, qu'il appartenait à la Cour de céans d'instruire d'office. Pour le surplus, ils ont affirmé que selon la loi, le revenu à assurer dans la prévoyance professionnelle ne devait pas dépasser le revenu soumis à cotisations AVS. L'employeur devait donc se montrer prudent en fixant le salaire de manière *praenumerando*, sous peine de violer ce principe. Le considérant 6.1 de l'arrêt du Tribunal fédéral ne résistait pas à l'examen, dans la mesure où le Tribunal fédéral incitait les institutions de prévoyance à le transgresser. Il était manifestement éloigné de la pratique, puisqu'il autorisait les employeurs à annoncer n'importe quel salaire. Ceci revenait à empêcher une application prudente de la fixation *praenumerando* du salaire à assurer. Cette erreur du Tribunal fédéral résultait vraisemblablement de l'absence

---

d'instruction complète. Selon les défendeurs, un employeur déclarant un salaire à assurer plus élevé que le salaire soumis à la cotisation AVS s'exposait aux sanctions pénales prévues dans la législation sur la prévoyance professionnelle.

Les pièces jointes étaient les suivantes :

- a. simulation des cotisations de la prévoyance professionnelle dont il ressort que les cotisations perçues s'élevaient à 18 % du salaire coordonné dont 7 % à la charge du demandeur; auxquelles s'ajoutaient une prime risque et frais de 6.15 % du salaire coordonné et une contribution aux frais de garantie de 0.12 % du salaire coordonné en 2007 ; une prime risque et frais de 6.41 % du salaire coordonné et une contribution aux frais de garantie à 0.12 % du salaire coordonné en 2008 ; une prime risque et frais de 6.7 % du salaire coordonné et une contribution aux frais de garantie de 0.13 % du salaire coordonné en 2009 ; une prime risque et frais de 7.22 % du salaire coordonné et une contribution aux frais de garantie de 0.09 % du salaire coordonné en 2010;
  - b. courrier de la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice, annonçant au défendeur que le demandeur avait interjeté appel contre la décision du Tribunal des prud'hommes du 2 juillet 2014 ;
  - c. courrier de la Zurich du 12 septembre 2014 confirmant que le demandeur perçoit une rente trimestrielle de CHF 16'913.30 ainsi qu'une rente pour enfant de CHF 3'382.80 depuis le 20 avril 2012.
43. Le demandeur s'est déterminé le 26 septembre 2014 en persistant dans ses conclusions. Il a confirmé percevoir une rente mensuelle de CHF 5'637.75 depuis le 20 avril 2012 sur la base de son salaire annuel AVS erroné, complétée par une rente d'enfant d'invalidé de CHF 1'127.60. Pour le surplus, il a contesté intégralement les observations des défendeurs du 5 septembre 2014 en affirmant que le Tribunal fédéral avait d'ores et déjà jugé que les primes individuelles, qu'elles soient ou non liées à la réalisation d'objectifs définis, devaient être considérées comme un élément prévisible du salaire. Ainsi, le revenu AVS présumé devait en l'espèce comprendre les commissions. Le demandeur a nié ne pas avoir perçu de suppléments salariaux en 2010. Il avait en effet obtenu un montant de CHF 213'633.- en 2010 et CHF 2'495.- en 2011. Il a contesté les allégations médicales des défendeurs, en soulignant que ces derniers n'avaient pas été autorisés à recueillir des informations médicales le concernant. Il a néanmoins souligné que l'atteinte à la santé dont il souffrait en 2009 n'avait aucun lien avec l'affection de la colonne vertébrale diagnostiquée le 21 avril 2010 et a produit à cet égard un certificat établi le 18 septembre 2014 par le docteur Laurent NIKSIC, spécialiste FMH en médecine interne et néphrologie, en attestant. Quant au jugement des prud'hommes, il traitait une cause différente et n'était pas définitif ni exécutoire, de sorte que les défendeurs ne pouvaient s'en prévaloir.
44. Le 8 octobre 2014, la Cour de céans a constaté que les défendeurs n'avaient pas produit le récapitulatif des cotisations effectivement versées au titre de la

prévoyance professionnelle de 2007 à 2012 indiquant les parts travailleur et l'employeur et les a enjoins à y procéder. Pour le surplus, elle les a invités à exposer pour quels motifs la défenderesse s'était fondée sur le revenu coordonné de 2010 pour le calcul de la rente d'invalidité, alors que le demandeur avait perçu l'entier de son salaire jusqu'au 19 avril 2012, dès lors que contrairement aux allégations des défendeurs, il ne ressortait pas du règlement de prévoyance que le salaire annuel déterminant était le salaire AVS présumé au début de l'année correspondant à l'année où est survenue l'incapacité de travail.

45. A la même date, la Cour de céans a également invité le demandeur à se déterminer sur le salaire coordonné de référence pour le calcul de la rente.
46. Dans son écriture du 16 octobre 2014, les défendeurs ont persisté dans leurs conclusions. Ils ont indiqué que le récapitulatif des cotisations effectivement versées de 2007 à 2010, produit par leurs soins le 26 septembre 2014, était corroboré par les certificats de prévoyance annuels produits par le demandeur. Ils ont produit un récapitulatif des cotisations pour 2011 et 2012 et précisé que le défendeur avait continué de verser l'intégralité du salaire soumis à l'AVS au demandeur jusqu'au 19 avril 2012. Depuis octobre 2010, conformément au règlement de prévoyance, le défendeur et le demandeur étaient libérés du paiement des cotisations. Au moment du versement de la rente de l'assurance-invalidité, en avril 2011, le salaire du demandeur s'élevait à CHF 136'695.- La défenderesse s'était fondée sur ce montant pour déterminer la rente d'invalidité à verser au demandeur, conformément à l'article 18.8 de son règlement. Les défendeurs ont pour le surplus contesté que le rapport médical du Dr NIKSIC revête la valeur probante que lui prêtait le demandeur.
47. Par observations du 17 octobre 2014, le demandeur a affirmé que le salaire coordonné de référence pour le calcul de la rente correspondait au salaire AVS des années 2007 à 2010, dont était soustraite la déduction de coordination.
48. Par écriture spontanée du 10 novembre 2014, le demandeur a persisté dans ses conclusions. Il a contesté les arguments des défendeurs selon lesquels les bonus ne pouvaient être pris en considération, qu'il a qualifiés de contraires au droit. Il a affirmé que les engagements de la défenderesse auraient été identiques si le salaire AVS avait été assuré dans la prévoyance professionnelle. S'agissant des réserves liées à l'état de santé, il a soutenu que les allégations des défendeurs ne pouvaient avoir la même valeur probante que l'anamnèse établie par son médecin, en ajoutant qu'il était disposé à fournir tous les renseignements médicaux utiles. Il a en outre répété qu'il n'avait jamais autorisé les défendeurs à produire des informations médicales le concernant. S'agissant des bases de calcul des simulations de cotisations, il s'en est rapporté à justice.
49. Après avoir transmis copies de cette écriture aux défendeurs, la Cour de céans a gardé la cause à juger.

## EN DROIT

1. La compétence de la Cour de céans et la recevabilité de la demande ont déjà été examinées dans l'arrêt incident du 31 octobre 2012 et dans l'arrêt du 16 octobre 2013.

Quant à l'objet du litige, le Tribunal fédéral a renvoyé la cause à la Cour de céans uniquement pour déterminer le montant exact des salaires assurés. Les défendeurs ont cependant conclu à la fixation du montant des cotisations dues. Au vu des circonstances et de la durée de la procédure, il conviendra ainsi d'établir leur montant. Même s'il fallait considérer un tel procédé comme une extension de l'objet du litige tel que défini par l'arrêt de renvoi du Tribunal fédéral, pour des motifs d'économie de procédure, il est possible d'étendre la procédure juridictionnelle administrative, à une question en état d'être jugée qui excède l'objet du litige, c'est-à-dire le rapport juridique visé par la décision, lorsque cette question est si étroitement liée à l'objet initial du litige que l'on peut parler d'un état de fait commun, et à la condition que les parties se soient exprimées à son sujet dans un acte de procédure au moins (ATF 130 V 501 consid. 1.2, ATF 122 V 36 consid. 2a et les références citées). Le demandeur et les défendeurs ayant eu l'occasion de se déterminer sur le montant et le calcul des cotisations, rien ne s'oppose en l'espèce à ce que la Cour de céans statue sur ces points.

2. Les défendeurs concluent à la suspension de la cause jusqu'à droit connu dans la procédure devant la Chambre des prud'hommes.

La Cour de céans a déjà retenu dans son arrêt incident du 31 octobre 2012 que la procédure pendante opposant le demandeur au défendeur, ayant trait aux prétentions découlant du contrat de travail, ne justifiait pas la suspension de la présente procédure. Ce point a déjà été jugé et la requête de suspension est par conséquent irrecevable. En effet, l'absence d'autorité de la chose jugée est une condition de recevabilité de la demande rejetée (ATF 121 III 474 consid. 2).

3. a) S'agissant des fondements légaux et des principes régissant la prise en compte des bonus et commissions du demandeur dans le salaire assuré pour la prévoyance professionnelle, on peut renvoyer à l'arrêt du 16 octobre 2013 tel qu'il a été précisé par le Tribunal fédéral.

En particulier, il n'y a pas lieu de remettre en cause les considérants clairs du Tribunal fédéral et l'on ne saurait s'en tenir au salaire de base prévu dans le contrat de travail à titre de salaire assuré pour la prévoyance professionnelle, contrairement à ce qu'allèguent les défendeurs. En affirmant dans leurs déterminations subséquentes à l'arrêt de renvoi que les bonus ne sauraient être pris en considération au motif que leur versement n'était pas sûr en début d'année, les défendeurs perdent de vue que le salaire à assurer, soit le salaire « présumé » au sens du règlement, correspond précisément au revenu escompté. Le fait que le versement de certains éléments de la rétribution ne soit pas absolument certain en

---

début d'année ne fait ainsi pas obstacle à leur intégration dans le salaire « présumé », cette notion excluant par définition un élément de certitude.

b) Malgré ce qui précède, les insurmontables difficultés que les défendeurs semblent voir dans l'établissement en début d'année d'une projection du revenu tenant compte des bonus en cas d'atteinte des objectifs convenus n'ont pas à être abordées ici, pour les motifs suivants. Les documents produits par les défendeurs dans le cadre de l'instruction menée par la Cour de céans à la suite de l'arrêt du Tribunal fédéral révèlent en effet que les parts de la rémunération variable n'étaient pas payées lors de l'établissement du décompte intervenant à la fin de l'année à laquelle elles se rapportaient, mais lors du premier semestre de l'année suivante.

A la lumière de cet élément nouveau, et bien que cela ne remette pas en cause la pertinence des modalités de prise en compte du bonus développées par la Cour de céans dans son arrêt du 16 octobre 2013 – à laquelle le Tribunal fédéral s'est rallié – il n'est en l'espèce plus nécessaire pour déterminer le salaire présumé de définir le montant de la rémunération variable correspondant aux seuls objectifs que les parties pouvaient s'attendre à voir le demandeur réaliser. En effet, eu égard à son paiement différé, la rétribution résultant des commissions, bonus et super-commissions correspondant aux performances de l'année précédente était connue au début de chaque année, ou à tout le moins déterminable. Ainsi, entre 2007 et 2010, le défendeur savait au début de chaque année que le revenu qui serait versé au demandeur comprendrait non seulement le salaire et cas échéant les avances fixes de commissions pour l'année en cause, mais également le montant dû selon le décompte de commissionnement correspondant aux performances de l'année précédente. En d'autres termes, le versement des commissions et bonus afférents à l'année précédente était certain au début de chaque année entre 2007 et 2010. Ces éléments de la rémunération font partant incontestablement partie du salaire AVS que l'on pouvait présumer en début d'année au sens du règlement de la défenderesse. Il faut certes relever que le décompte de commissionnement 2009 est daté du 10 mars 2010. On pourrait dès lors se demander si le montant exact des commissions était déjà connu en début d'année. La Cour de céans a cependant relevé au considérant 8 *in fine* de son arrêt du 16 octobre 2013 que le montant de CHF 213'633.- découlant du décompte de commissionnement 2009 était connu du défendeur au 1<sup>er</sup> janvier 2010, puisque B\_\_\_\_\_ lui en avait ordonné le paiement avant cette date. Les défendeurs n'ont pas contesté ce point dans leur recours au Tribunal fédéral. De plus, dès lors que le montant des commissions dues pouvait aisément être déterminé au début de l'année 2010, il convient d'admettre qu'il fait partie du salaire présumé AVS au sens du règlement de prévoyance, et ce même s'il n'était peut-être pas encore formellement établi à ce moment. Une autre interprétation ouvrirait la porte aux abus, puisqu'il suffirait à un employeur de reporter le moment de l'établissement des décomptes de commissions pour les années précédentes afin d'éluder son obligation de soumettre ces parts de revenus à la prévoyance professionnelle.

Les défendeurs insistent sur le fait que le salaire convenu dès 2010 excluait toute commission, comme le retient la décision du Tribunal des prud'hommes du 2 juillet 2014, et en concluent que les commissions afférentes à 2009 ne peuvent être prises en compte dans le salaire assuré en 2010. Ce faisant, les défendeurs confondent les notions de droit au salaire découlant du contrat de travail et de salaire assuré au sens de la prévoyance professionnelle. Ce dernier, comme on l'a vu, comprend en l'espèce tous les éléments soumis à cotisation dont on présume – ou *a fortiori* on sait – au début d'année qu'ils devront être versés. Le fait que le nouveau contrat de travail ne donne selon les défendeurs plus droit à des commissions en sus de la rémunération fixe ne permet pas de considérer que des commissions dues pour des exercices antérieurs ne font pas partie du revenu soumis à cotisation à annoncer à l'AVS et à assurer dans la prévoyance professionnelle. Ce grief tombe donc à faux.

S'agissant des limites d'acceptation et de l'impossibilité d'assurer rétroactivement les commissions et bonus, la Cour de céans a déjà statué sur les arguments des défendeurs et il suffit d'y renvoyer. Le Tribunal fédéral a du reste également rejeté le moyen des défendeurs sur ce point.

c) En conséquence de ce qui précède, le salaire présumé comprend les bonus afférents à l'année précédente, dont le versement était présumé – voire certain – en début d'année. Partant, les compléments de salaire suivants doivent être assurés auprès de la défenderesse:

- d. pour 2007, un montant de CHF 106'768.- correspondant au décompte de commissionnement 2006
- e. pour 2008, un montant de CHF 129'497.- correspondant au décompte de commissionnement 2007
- f. pour 2009, un montant de CHF 141'284.- correspondant au décompte de commissionnement 2008
- g. pour 2010, un montant de CHF 213'633.- correspondant au décompte de commissionnement 2009

d) L'art. 12.1 du règlement de la défenderesse dispose que les bonifications de vieillesse sont fixées à 18 % du salaire coordonné.

Selon l'art. 25.3 du règlement, les assurés versent les cotisations suivantes :

- |                                 |                          |
|---------------------------------|--------------------------|
| - Bonifications de vieillesse   | 7 % du salaire coordonné |
| - Assurances de risque et frais | aucune contribution      |
| - Assurance de renchérissement  | aucune contribution      |
| - Fonds de garantie             | aucune contribution      |

L'art. 25.4 précise que l'employeur, respectivement la caisse de prévoyance, prend en charge le surplus des bonifications de vieillesse, des primes et des contributions légales au Fonds de garantie ainsi que la totalité de la contribution complémentaire pour la constitution de la réserve de vieillissement. La cotisation de l'employeur est au moins égale au total des cotisations versées par les assurés.

Les cotisations dues sur les parts de salaire complémentaires à assurer sont les suivantes :

En 2007	Complément à assurer	Taux	Montant
Cotisation d'épargne	CHF 106'768.-	18 %	CHF 19'218.25
Primes risque et frais	CHF 106'768.-	6.15 %	CHF 6'566.25
Contribution fonds de garantie	CHF 106'768.-	0.12 %	CHF 128.10
Total			CHF 25'912.60
Montant à la charge du demandeur		7%	CHF 7'473.75
En 2008	Complément à assurer	Taux	Montant
Cotisation d'épargne	CHF 129'497.-	18 %	CHF 23'309.45
Primes risque et frais	CHF 129'497.-	6.41 %	CHF 8'300.75
Contribution fonds de garantie	CHF 129'497.-	0.12 %	CHF 155.40
Total			CHF 31'765.60
Montant à la charge du demandeur		7%	CHF 9'064.80
En 2009	Complément à assurer	Taux	Montant
Cotisation d'épargne	CHF 141'284.-	18 %	CHF 25'431.10
Primes risque et frais	CHF 141'284.-	6.7 %	CHF 9'466.00
Contribution fonds de garantie	CHF 141'284.-	0.13 %	CHF 183.65
Total			CHF 35'080.80
Montant à la charge du demandeur		7%	CHF 9'889.90
En 2010	Complément à assurer	Taux	Montant
Cotisation d'épargne	CHF 213'633.-	18 %	CHF 38'453.95
Primes risque et frais	CHF 213'633.-	7.22 %	CHF 15'424.30
Contribution fonds de garantie	CHF 213'633.-	0.09 %	CHF 192.25
Total			CHF 54'070.50
Montant à la charge du demandeur		7%	CHF 14'954.30

4. Les défendeurs ont précisé que le salaire coordonné pris en compte pour le calcul de la rente d'invalidité était celui de 2010.

Il n'y a pas lieu de remettre en cause cette base de calcul, dès lors que les prestations légales minimales en cas d'invalidité sont en principe toujours calculées sur le salaire annuel coordonné assuré en dernier, avant la survenance du cas d'assurance et que ce n'est que dans des cas particuliers qu'elles sont fixées en fonction d'un revenu hypothétique et non de ce revenu effectif (Isabelle VETTER-SCHREIBER, *Kommentar zur beruflichen Vorsorge*, 3<sup>ème</sup> éd. 2013, n. 1 ad art. 18 OPP 2). En l'espèce, le règlement ne précise pas le salaire coordonné de quelle année il y a lieu de prendre comme référence pour le calcul de la rente. En effet, l'art. 18.8 du règlement indique que la rente annuelle d'invalidité est égale à 60 % du salaire coordonné (18.8). Le salaire coordonné est défini à l'art. 10.4 du

---

règlement comme le salaire annuel diminué du montant de coordination LPP (état au 1.1.2009 : CHF 23 940), mais au minimum au salaire coordonné minimal LPP (état au 1.1.2009 : CHF 3 420). Quant au salaire annuel, il s'agit comme on l'a vu du salaire AVS présumé d'un assuré au début d'une année, pris en compte au maximum jusqu'à 10 fois le montant limite supérieur au sens de la LPP (état au 1.1.2009: CHF 820 800) conformément à l'art. 10.1 du règlement. Il y a ainsi lieu de déterminer le revenu de référence en se fondant sur la réglementation légale (arrêt du Tribunal fédéral des assurances B 35/03 du 17 février 2004 consid. 3.3 et 3.3.1).

Le revenu présumé pour 2010, adapté en fonction du bonus que les défendeurs savaient devoir verser au demandeur en début d'année, s'élève à CHF 350'328.-, soit CHF 136'695.- correspondant au salaire convenu et CHF 213'633.- de bonus à verser pour les performances 2009. On ramènera toutefois ce montant au salaire annoncé à l'AVS, soit CHF 343'134.- Le salaire coordonné correspond à ce montant, dont est soustrait le revenu de coordination de CHF 23'940.-, soit CHF 319'194.-

Le montant des rentes devra dès lors être adapté à ce nouveau salaire coordonné.

5. Les défendeurs requièrent plusieurs mesures d'instruction.

Si un justiciable a le droit de faire administrer des preuves essentielles en vertu de la garantie constitutionnelle du droit d'être entendu (ATF 127 V 431 consid. 3a), ce droit n'empêche cependant pas l'autorité de mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction, et que procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que ces dernières ne pourraient l'amener à modifier sa décision (ATF 130 II 425 consid. 2.1; ATF 124 V 90 consid. 4b; ATF 122 V 157 consid. 1d; Ueli KIESER, ATSG-Kommentar: Kommentar zum Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000, 2<sup>ème</sup> éd., Zurich 2009, n. 72 ad art. 61).

En l'espèce, l'audition des parties a déjà eu lieu et les défendeurs ne font état d'aucun élément nouveau qui justifierait qu'une seconde audience soit tenue. En particulier, en tant que l'audition de la défenderesse devrait porter sur les limitations de couverture, on rappellera que la Cour de céans s'est déjà prononcée sur les moyens soulevés sur ce point, également rejetés par le Tribunal fédéral. De plus, les défendeurs se sont longuement déterminés à cet égard dans plusieurs écritures, de sorte qu'une comparution n'est pas nécessaire pour faire valoir leurs arguments. S'agissant de l'expertise médicale tendant à établir d'éventuelles réserves, on peut également y renoncer au vu du sort réservé aux griefs y relatifs des défendeurs.

6. La demande est admise dans le sens des considérants.

Le recourant, qui obtient gain de cause, a droit à des dépens. La Cour de céans avait fixé leur montant à CHF 4'000.- dans son arrêt du 16 octobre 2013, annulé par le

Tribunal fédéral. Il convient donc d'en tenir compte et d'arrêter l'indemnité due à ce titre par les défendeurs au demandeur à CHF 5'500.-

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

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

**Statuant**

**Préalablement :**

1. Déclare la requête de suspension irrecevable.

**Au fond :**

2. Admet la demande dans le sens des considérants.
3. Condamne le défendeur à déclarer à la défenderesse les compléments de salaire de CHF 106'768.- pour 2007, CHF 129'497.- pour 2008, CHF 141'284.- pour 2009 et CHF 213'633.- pour 2010.
4. Donne acte au défendeur du fait qu'il s'engage à transférer les cotisations supplémentaires à la défenderesse, qui s'élèvent à CHF 25'912.60 pour 2007, CHF 31'765.60 pour 2008, CHF 35'080.80 pour 2009 et CHF 54'070.50 pour 2010.
5. L'y condamne en tant que de besoin.
6. Donne acte au demandeur du fait qu'il s'engage à verser au défendeur sa part des cotisations, qui s'élève à CHF 7'473.75 en 2007, CHF 9'064.80 en 2008, CHF 9'889.90 en 2009 et CHF 14'954.30 en 2010.
7. L'y condamne en tant que de besoin.
8. Condamne la défenderesse à servir des prestations d'invalidité calculées sur le salaire coordonné 2010 de CHF 319'194.-
9. Condamne les défendeurs conjointement et solidairement à verser au demandeur une indemnité de CHF 5'500.- à titre de dépens.
10. Dit que la procédure est gratuite.
11. 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 BALDÉ

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