REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2249/2006 **ATAS/71/2008**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 4

du 23 janvier 2008

En la cause

Monsieur R_____, domicilié à GENEVE, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Mauro POGGIA	Demandeur

contre

CAISSE DE PENSION DU PERSONNEL DE X_____ AG, sise Libellenrain 17, LUCERNE, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Pierre VUILLE	défenderesse

Siégeant : Juliana BALDE, Présidente; Nicole BOURQUIN et Bertrand REICH , Juges assesseurs

Attendu en fait que Monsieur R_____ (ci-après l'assuré ou le demandeur), a été engagé par X_____ SA dans son magasin de Genève dès le 1er novembre 1977 et qu'à ce titre, il était affilié pour la prévoyance professionnelle à la caisse de pension X_____ SA (ci-après : la caisse) dès cette date;

Qu'en janvier 1985, la caisse a informé ses membres qu'à la suite de l'entrée en vigueur, le 1er janvier 1985, de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982 (LPP), son règlement restait pour l'essentiel inchangé, mais que la déduction de coordination était portée à 6'600 fr. dès le 1er janvier 1995 contre 6'000 fr. auparavant;

Que, dans le certificat personnel du 12 avril 1994, la caisse a fait état, d'une part, d'un salaire assuré de 57'766 fr. desquels il fallait déduire 7'777 fr. à titre de réduction du salaire assuré ce qui représentait un salaire assuré réduit de 49'989 fr., d'autre part, d'une rente annuelle de vieillesse réglementaire de 23'495 fr. à l'âge de 65 ans, soit au 31 janvier 2000;

Que, dans le certificat personnel du 18 mars 1995, la caisse a mentionné un salaire assuré réduit de 47'258 fr. et une rente de vieillesse réglementaire à 65 ans de 22'212 fr.

Que, le 23 août 1995, l'employeur a résilié le contrat de travail pour le 30 novembre 1995;

Que, le 20 novembre 1995, la caisse a informé l'assuré qu'il était en retraite anticipée au 30 novembre 2005 et avait droit à une rente de vieillesse réduite dès le 1er décembre 1995 s'élevant à 1'291 fr. par mois (versée treize fois par année). Elle a joint un décompte de calcul de rente faisant état tant d'un salaire assuré de 56'231 fr. qui devait être réduit de 7'777 fr. selon le certificat personnel, soit un salaire réduit assuré de 48'454 fr., qu'un taux de rente de 40.75 % à l'âge de 60 ans et 10 mois, qu'enfin une réduction de 15 % pour rente anticipée;

Que, le 16 janvier 1996, en réponse aux revendications formulées par l'assuré le 13 décembre 1995, la caisse lui a indiqué que, selon son règlement, les départs précédant les 5 dernière années de l'âge de la retraite ordinaire valaient comme retraite anticipée;

Que, le 5 mars 1996, l'assuré a demandé à la caisse de lui transmettre une copie de son règlement en français et de lui indiquer le montant de l'avoir de vieillesse accumulé ainsi que le montant de la prestation de libre passage;

Que, par courrier du 21 mars 1996, la caisse lui a adressé un abrégé de son règlement en français ainsi qu'une version intégrale de son règlement en allemand et les décomptes de salaires de 1977 à 1995. Elle a expliqué que la déduction de 7'777 fr. sur le salaire assuré moyen de 56'231 fr. provenait d'un montant insuffisant de prestations d'entrée au 1er novembre 1977;

Que, dans une prise de position du 13 décembre 1999, l'Office pour la prévoyance professionnelle du canton de Lucerne a considéré que, selon le règlement et la jurisprudence, la caisse avait traité à juste titre le départ de l'assuré de chez X_____ SA comme une retraite anticipée;

Que, le 22 octobre 2002, l'assuré a demandé à la caisse de lui expliquer, d'une part, pourquoi les certificats d'assurances mentionnaient des salaires assurés et des rentes correspondantes inférieures en 1995 par rapport à 1994, d'autre part, en quoi correspondait la réduction de salaire assuré de 7'777 fr. et comment la rente annuelle de 16'783 fr. avait été calculée;

Que, dans son courrier du 13 mars 2003, la caisse a communiqué à l'assuré le calcul de rente et a expliqué que la diminution du salaire déterminant était imputable aux provisions dépendant du chiffre d'affaires, alors que le salaire assuré était établi selon les chiffres moyens à partir de 56 ans jusqu'à l'âge de la retraite. Elle a répété que la réduction de 7'777 fr. avait trait au capital d'entrée échu, respectivement à une éventuelle somme de rachat (achat complémentaire d'années d'assurance);

Que le 11 novembre 2004, l'assuré a demandé une nouvelle fois à la caisse de lui expliquer la justification de la réduction de 7'777 fr. opérée sur le gain assuré et le calcul de la rente, de lui indiquer sur quelle base elle avait admis une retraite anticipée, enfin de lui communiquer son règlement en français;

Que, par courriers des 21 janvier et 18 février 2005, la caisse a transmis à l'assuré son règlement ainsi que les détails du calcul de réduction de 7'777 fr. et s'est référée à la prise de position de l'autorité de surveillance LPP de Lucerne du 13 décembre 1999;

Que, le 7 février 2006, l'autorité de surveillance LPP et des fondations de Suisse centrale a considéré que le devoir de renseigner de la caisse avait été rempli et que, dans la mesure où l'assuré remettait en question depuis plus de 10 ans l'octroi ainsi que le calcul de la rente de vieillesse, il s'agissait de questions matérielles de sorte qu'il convenait de déposer une demande judiciaire pour obtenir une clarification définitive;

Que, le 21 juin 2006, l'assuré a formé une demande en justice devant le Tribunal de céans tendant, sous suite de dépens, préalablement, à condamner la caisse à lui fournir toutes explications quant au mode de calcul de sa rente (prise en considération de 11 mois de salaire seulement en 1990 et des salaires totaux de 328'015 fr. de 1990 à 1995, fixation de la rente à 47 % du salaire assuré, déduction de 7'777 fr. du salaire assuré, prise en considération d'un âge de 60 ans et dix mois pour le calcul de la rente, base légale permettant d'exiger une retraite anticipée), principalement, à faire partir le droit à la rente de vieillesse dès le 1er décembre 1995;

Que, dans sa réponse du 27 septembre 2006, la défenderesse a conclu au rejet de la demande, sous suite de frais et dépens comprenant tous les coûts de traduction et d'expertise s'élevant à 6'150 fr. Elle a contesté la violation de son obligation d'informer

en précisant que tant les règlements de la caisse (version complète en allemand et version abrégée en français) que les certificats d'assurance rédigés dans sa langue maternelle avaient été correctement remis à l'assuré. Elle a considéré que la décision de rente du 20 novembre 1995 était correcte et que les bases de calcul de rente étaient compréhensibles. Elle a contesté devoir un quelconque paiement supplémentaire de rente. Elle a expliqué que le droit à la rente ne partait qu'après le mois de naissance de l'assuré, qu'il fallait déduire du salaire annuel AVS le montant de coordination, que les certificats personnels 1994 et 1995 étaient des projections faites sur la base d'un départ à la retraite à l'âge de 65 ans, que son règlement précisait (art. 24.1) que les sorties de service intervenant 5 ans avant le départ à la retraite ordinaire étaient assimilées à un départ à la retraite anticipée, que la réduction de 7'777 fr. provenait d'un avoir insuffisant lors de l'affiliation et que le taux de rente de 47 % se référait à l'âge de la retraite à 65 ans (22 années d'assurance);

Que, dans sa réplique du 26 octobre 2006, le demandeur a contesté que le salaire AVS fût le salaire déterminant et qu'il avait reçu régulièrement les certificats personnels d'assurance. Il a déclaré n'avoir aucun souvenir d'avoir obtenu en 1977 la version française abrégée du règlement de la défenderesse et a allégué que la réduction de 7'777 fr. n'était pas compréhensible en précisant qu'à aucun moment son attention n'avait été attirée sur une quelconque possibilité de racheter des années d'assurance pour éviter un préjudice lors du versement de la rente. Il a exposé que la réduction de 15 % était totalement incompréhensible dès lors que la rente avait déjà été réduite de 47 % à 40.75 % pour tenir compte de la retraite anticipée. Il a prétendu qu'aucun délai de recours n'avait jamais couru dans la mesure où aucune décision ne lui avait été notifiée;

Que, dans sa duplique du 16 janvier 2007, la défenderesse a précisé que le règlement de 1992 était applicable au cas du demandeur ainsi que certaines dispositions du règlement de 1979 réservées par les dispositions transitoires et a produit un rapport d'expertise du bureau fiduciaire ALLVISA du 21 novembre 2006 confirmant l'exactitude de son calcul de la rente. Elle a confirmé ses conclusions précédentes et a, de plus, conclu à l'octroi de 9'038 fr. 40 à titre de restitution d'avances de frais pour expertise;

Que le 7 mars 2007, lors de l'audience de comparution personnelle des parties, le demandeur a souhaité pouvoir, d'une part, racheter les années d'assurance manquantes ou que la caisse renonçât à la réduction de 7'777 fr., d'autre part, se déterminer précisément sur le calcul de sa rente à la suite du rapport d'expertise ALLVISA;

Que, dans son écriture du 29 mai 2007, le demandeur a admis que le calcul de la rente était conforme aux dispositions réglementaires. Il a relevé qu'il avait cotisé durant 14 mois avant que la défenderesse ne soit créée et a demandé où avaient été versées ces cotisations. Il a confirmé qu'il ignorait avoir le droit de racheter des années d'assurance ce qu'il aurait fait s'il en avait connu connaissance et il a maintenu que la déduction de 7'777 fr. devait par conséquent être annulée;

Que, dans son écriture du 17 juillet 2007, la défenderesse a exposé qu'elle avait été fondée en 1939 de sorte que le demandeur avait été assuré dès son affiliation et que toutes ses cotisations avaient été prises en considération lors du calcul de la rente. Elle a relevé que la réduction de 7'777 fr. avait été calculée sur la base du règlement de 1972 et reportée sur les certificats d'assurance remis au demandeur de sorte que celui-ci avait eu connaissance de ladite réduction, étant précisé qu'il n'avait à aucun moment évoqué la question du rachat d'années d'assurance;

Que, dans son écriture du 17 août 2007, le demandeur a confirmé n'avoir jamais reçu de règlement lors de son engagement de sorte qu'il n'avait jamais eu connaissance de la possibilité de racheter des années d'assurance et a allégué que la défenderesse avait violé son obligation d'information de sorte qu'elle devait être invitée à recalculer le montant de sa rente sans tenir compte de la réduction de 7'777 fr.;

Que, dans son écriture du 2 octobre 2007, la défenderesse a confirmé que, lors de son engagement, le demandeur avait reçu la version abrégée en français de son règlement mentionnant la possibilité d'obtenir la version complète en allemand qui faisait état de la possibilité de rachat d'années manquantes et a relevé que la réduction de 7'777 fr. n'avait pas été opérée sur la rente, mais sur le salaire assuré;

Que, le 5 octobre 2007, le Tribunal de céans a communiqué cette écriture au demandeur et a informé les parties que la cause était gardée à juger;

Attendu en droit que le Tribunal de céans est compétent ratione materiae depuis sa création le 1er août 2003 (art. 56 V de la loi sur l'organisation judiciaire - LOJ) et ratione loci puisque le demandeur a été engagé dans l'exploitation de Genève de la défenderesse (art. 73 al. 3 LPP);

Que la demande, déposée dans les formes et délai prévus par la loi est recevable à la forme (art. 89B al. 2 LPA) étant précisé que l'ouverture de l'action prévue à l'art. 73 al. 1 LPP n'est soumise, comme telle, à l'observation d'aucun délai et que le règlement de la défenderesse ne prévoit aucun délai pour agir en justice;

Que la seule question demeurant litigieuse est celle de savoir si la défenderesse a violé son obligation d'informer quant à la question du rachat d'année d'assurances et si le demandeur a la possibilité de racheter des années d'assurance;

Que, selon l'art. 41 al. 1 LPP dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2004 laquelle s'applique au cas d'espèce (ATF 129 V 1 consid. 1.2 p. 4), les actions de recouvrement de créances se prescrivent par cinq ans quand elles portent sur des cotisations ou prestations périodiques, par dix ans dans les autres cas;

Que même si le Tribunal ne doit pas se saisir d'office d'une telle question, dans un tout récent cas où la défenderesse n'avait pas invoqué l'exception de prescription, le Tribunal fédéral des assurances a jugé que le Tribunal aurait dû rejeter la demande parce qu'elle

était prescrite (ATFA non publié du 15 novembre 2007, B 15/06, consid. 5.3);

Que contrairement à ce que prétend le demandeur qui se prévaut de l'absence de décision, en matière de prévoyance professionnelle, les institutions de prévoyance ne sont pas habilitées à rendre de décision à l'égard de leurs affiliés de sorte que les assurés doivent faire valoir leurs droits par voie d'action pour les litiges visés par l'art. 73 LPP (ATF 115 V 229; ATFA non publié du 16 octobre 2006, B 55/05, consid. 4.2.3);

Qu'en l'espèce, la demande de l'assuré tendant au recalcul de la rente depuis le 1er décembre 1995 est en tout cas prescrite en ce qui concerne les éventuels arriérés du 1er décembre 1995 au 21 juin 2001 puisque sa demande date du 21 juin 2006;

Que le plan de prévoyance de la défenderesse est régi par la primauté des cotisations dans le cadre duquel les années d'assurance en terme de prévoyance prennent de plus en plus de poids au fil des ans de sorte qu'il s'agit de prévoyance plus étendue (ATF 122 V 145 consid. 4b), soit un domaine où l'assuré est lié à l'institution de prévoyance par un contrat innommé (sui generis) dit de prévoyance, dont le règlement de prévoyance constitue le contrat préformé, savoir ses conditions générales, auxquelles l'assuré se soumet expressément ou par actes concluants (p. ex. en conservant le règlement reçu, en payant des cotisations ou en acceptant la déduction correspondante sur son salaire). (ATF 127 V 301 consid. 3a);

Que la position du demandeur est peu claire quant à la question de savoir si la défenderesse lui a remis son règlement puisque, dans sa réplique du 26 octobre 2006, il déclare n'avoir aucun souvenir d'avoir reçu ledit règlement - ce qui n'équivaut pas à l'absence de communication par la défenderesse -, alors que, dans son écriture du 17 août 2007, il conteste avoir reçu de règlement sans spécifier s'il s'agit de la version abrégée en français ou de la version intégrale en allemand;

Qu'en l'espèce, il est peu vraisemblable qu'il n'ait pas reçu au moins la version abrégée en français dudit règlement lors de son affiliation auprès de la défenderesse dès lors que la remise du règlement a lieu d'office à chaque nouvelle affiliation et même, si tel avait été le cas, il lui appartenait d'attirer l'attention de la défenderesse sur une telle omission;

Qu'au demeurant cette question peut rester indécise dès lors qu'il a accepté la déduction sur son salaire des cotisations en faveur la défenderesse et s'est donc, par acte concluant, soumis à son règlement de prévoyance. Il importe peu à cet égard qu'il ait réellement lu les conditions générales en question (ATFA non publié du 27 mars 2001, B 22/00, consid. 5a);

Que le règlement de 1992 mentionne uniquement, d'une part, la remise annuelle aux assurés d'un extrait des comptes annuels et du rapport de l'organe de contrôle (art. 28.2) et, d'autre part, une obligation de renseigner des assurés en faveur de la fondation et non l'inverse (art. 26) de sorte qu'en définitive, il ne prévoit aucune obligation de la défenderesse d'informer les assurés sur la possibilité d'un rachat d'années d'assurance;

Qu'une obligation d'informer est prévue par l'art. 86b al. 1 LPP en vigueur depuis le 1er janvier 2005 qui n'est, toutefois, pas applicable dans le présent cas selon le principe qu'est seul applicable le droit existant au moment des faits déterminants (ATF 126 V 136 consid. 4b et les références). En effet, le fait déterminant est le droit à la rente de vieillesse du demandeur né le 1er décembre 1995;

Qu'auparavant, une obligation générale d'informer contraignant les institutions de prévoyance à renseigner convenablement et spontanément leurs assurés une fois par année n'existait pas (cf. Message du Conseil fédéral du 1er mars 2000 relatif à la 1ère révision LPP, FF 1999 p. 2536);

Que contrairement à ce que prétend le demandeur, une telle obligation d'informer ne découle pas davantage de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 entrée en vigueur le 1er janvier 2003 (LPGA) puisque les dispositions de la LPGA ne sont applicables aux assurances sociales régies par la législation fédérale que si et dans la mesure où les lois spéciales afférentes à ces assurances le prévoient (art. 2 LPGA). En l'occurrence, la LPGA ne trouve pas application dans le domaine de la prévoyance professionnelle, la LPP ne le mentionnant pas expressément (ATFA non publié du 25 juin 2007, B 97/06, consid. 5.2);

Que l'art. 3 let. a de l'extrait en français du règlement de 1992 prévoit expressément que le montant des prestations assurées est indiqué sur le certificat de prévoyance remis à chaque assuré et que d'éventuelles années d'assurance manquantes peuvent être rachetées pour les prestations de vieillesse;

Que tant le certificat personnel du 12 avril 1994 que celui du 18 mars 1995 décernés par la défenderesse mentionnent une réduction de 7'777 fr. sur le salaire assuré ainsi que des prestations payables selon le règlement actuel et, malgré ces indications, le demandeur n'a pas demandé d'explications, à l'époque, quant à la réduction du salaire assuré et n'a pas requis le rachat d'années d'assurance;

Que selon l'art. 8.2 du règlement de 1992, après avoir atteint l'âge ordinaire de la retraite, le rachat d'années d'assurance n'est plus possible;

Qu'en l'espèce, le demandeur a atteint l'âge ordinaire de la retraite depuis le 4 janvier 2000 et ne peut donc plus demander le rachat d'années d'assurance de sorte qu'il y a lieu de rejeter la demande;

Qu'obtenant gain de cause la défenderesse ne saurait prétendre à des dépens dans la mesure où les autorités et organisations chargées de tâches de droit public n'ont en principe pas droit à des dépens. Comptent au nombre des organisations chargées de tâches de droit public notamment la CNA, les autres assureurs-accidents, les caisses-maladie et les caisses de pension (consid. 6 non publié de l'arrêt ATF 120 V 352; ATF 112 V 362 consid. 6). Exceptionnellement des dépens peuvent être alloués en cas de recours téméraire ou interjeté à la légère par l'assuré ou lorsque, en raison de la

complexité du litige, on ne saurait attendre d'une caisse qu'elle se passe des services d'un avocat indépendant; cela vaut également pour les actions en matière de prévoyance professionnelle (ATF 126 V 149 consid. 4, 106 V 123 consid. 3). Tel n'est pas le cas en l'espèce. Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 73 al. 2 LPP et art. 89H al. 3 LPA).

PAR CES MOTIFS,

LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

A la forme :

1. Déclare la demande recevable.

Au fond :

2. La rejette.

3. Dit que la procédure est gratuite et qu'il n'est pas alloué de dépens.

4. 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); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière — La présidente

Isabelle CASTILLO — Juliana BALDE

Le secrétaire-juriste : Philippe LE GRAND ROY

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