



POUVOIR JUDICIAIRE

A/304/2013

ATAS/500/2016

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 28 juin 2016

2^{ème} Chambre

En la cause

Madame A_____, domiciliée au PETIT-LANCY, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Roman SEITENFUS

demanderesse

contre

Succession de feu Monsieur B_____, soit Madame C_____, domiciliée à GENEVE, et Monsieur D_____, domicilié à BERNEX, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître François CANONICA

défendeurs

COPRE LA COLLECTIVE DE PREVOYANCE, sise rue Jacques-Grosselin 8, CAROUGE, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Anne TROILLET MAXWELL

AXA FONDATION LPP, p.a. AXA WINTERTHUR, Service juridique vie collective, Paulstrasse 9, WINTERTHUR

FONDATION INSTITUTION SUPPLETIVE LPP, Direction, Passage Saint-François 12, LAUSANNE

Appelée en cause

Siégeant : Raphaël MARTIN, Président, Maria COSTAL et Christian PRALONG, Juges assesseurs

EN FAIT

1. Madame A_____, née le _____ 1961 (ci-après l'assurée) a travaillé du 18 décembre 1995 au 31 mai 2010 pour le compte de Monsieur B_____ en qualité d'employée de maison à temps complet. Les parties n'ont pas conclu de contrat de travail écrit.
2. Monsieur B_____ était par ailleurs associé à l'étude de notaires E_____ B_____, sise à Genève. Selon le site des notaires de Genève, sont actuellement associés: Monsieur D_____, le fils de Monsieur B_____, Monsieur F_____, son petit-fils, et Monsieur E_____, son neveu par alliance.
3. L'étude E_____ B_____ (ci-après l'étude) a affilié son personnel pour la prévoyance professionnelle auprès d'AXA FONDATION LPP (ci-après : AXA) dès le 1^{er} janvier 1992 (contrat L 12/60119).
4. L'étude a envoyé le 4 janvier 2007 à AXA la liste des salaires valables pour les cadres et le personnel dès le 1^{er} janvier 2007, en annonçant trois employés supplémentaires, dont l'assurée et Madame F_____, la fille de Monsieur B_____. L'annonce concernant l'assurée était valable dès le 1^{er} janvier 2006 et indiquait un salaire brut de CHF 79'860.-.
5. Par courrier du 29 juin 2007, l'étude a résilié le contrat la liant à AXA avec effet au 31 décembre 2007 pour s'affilier à LA COLLECTIVE DE PREVOYANCE COPRE (ci-après : la COPRE) dès le 1^{er} janvier 2008.
6. Suite à cette résiliation, AXA a adressé à l'étude l'état des assurances au 1^{er} janvier 2008 avec la liste des membres du personnel, dans laquelle figurait l'assurée. L'avoir de vieillesse de cette dernière au 31 décembre 2008 s'élevait alors à CHF 17'336.-, sur le total de l'avoir de vieillesse de CHF 2'440'506.15 transféré par AXA à COPRE.
7. Le 30 avril 2010, Monsieur B_____ a licencié l'assurée avec effet au 31 mai 2010.
8. Le 20 juillet 2010, contestant son licenciement, l'assurée a assigné son ex-employeur devant le Tribunal des prud'hommes en paiement d'un montant de CHF 346'268.50, lequel correspondait à la rémunération des heures supplémentaires, au salaire relatif aux vacances et au service de piquet ainsi qu'à une indemnité pour licenciement abusif.
9. Par avis de sortie du 25 octobre 2010, l'étude a annoncé à COPRE la fin des rapports de travail et du paiement du salaire à l'assurée avec effet au 31 mai 2010.

10. À la demande de l'assurée, COPRE a procédé, en date du 25 novembre 2010, au transfert de sa prestation de libre-passage d'un montant de CHF 40'518.15 sur un compte ouvert auprès de la FONDATION DE LIBRE PASSAGE DE LA BCG.
11. Par jugement du 11 juillet 2011, le Tribunal des prud'hommes a condamné Monsieur B_____ à payer à l'assurée le montant de CHF 31'660.35 avec intérêts à 5% dès le 31 mai 2010, essentiellement au titre de salaire afférent aux heures supplémentaires faites de 2005 à 2010. Il ressort de ce jugement que l'assurée travaillait au domicile de l'employeur, effectuant le ménage, les courses et les repas pour celui-ci et son épouse. Elle percevait un salaire net, charges sociales déduites, de CHF 2'300.- du 18 décembre 1995 au 31 décembre 2005, puis un salaire brut de CHF 5'420.- du 1^{er} janvier 2006 au 31 décembre 2007 et de CHF 6'900.- du 1^{er} janvier 2008 au 31 mai 2010, date à laquelle les rapports de travail ont pris fin.
12. Par courrier du 15 septembre 2011, l'assurée a demandé à la caisse de compensation AVS de rectifier son compte individuel AVS, annonçant un salaire annuel de CHF 39'600.- de décembre 1995 à décembre 2005 (recte : CHF 42'480.-), CHF 64'800.- de 2006 à 2007 et CHF 82'800.- de 2008 à 2010.
13. Dans un courrier du même jour adressé à COPRE, l'assurée a constaté que son ex-employeur n'avait pas déclaré l'entier de son salaire. Elle demandait ainsi à l'institution LPP précitée de compléter sa prestation de libre-passage, sur la base des salaires retenus par le Tribunal des prud'hommes.
14. Par courrier du 23 septembre 2011, COPRE a invité l'assurée à s'adresser à AXA, qui était l'institution de prévoyance pour les années 1996 à 2007, afin que celle-ci régularise la situation pour les années litigieuses.
15. Le 11 octobre 2011, l'assurée s'est donc adressée à AXA, l'informant du fait que son ex-employeur n'avait pas déclaré l'entier de son salaire et l'invitant à compléter sa prestation de libre-passage.
16. Par courrier du 9 novembre 2011, AXA a refusé d'entrer en matière au motif que l'assurée n'aurait jamais dû être affiliée auprès d'elle, puisqu'elle ne faisait pas partie du cercle des salariés de l'étude, seul M. B_____ étant son employeur.
17. L'assurée s'est donc tournée vers son ex-employeur et lui a demandé, par courrier du 30 mars 2012, de compléter sa prestation de sortie en versant CHF 11'742.20 sur son compte de libre passage.
18. Le courrier précité étant resté sans réponse, l'assurée a déposé auprès de la chambre des assurances sociales de la Cour de justice, le 24 janvier 2013, une demande en paiement dirigée contre son ex-employeur, AXA et COPRE, concluant, avec suite de dépens, à ce qu'ils soient conjointement et solidairement condamnés à verser sur son compte de libre passage, ou à sa nouvelle institution de prévoyance, la somme

de CHF 15'020.95 avec intérêts à 3% dès le 16 septembre 2011. Subsidiairement, elle a également conclu à ce que l'un des trois défendeurs y soit condamné. À l'appui de ses conclusions, la demanderesse a notamment expliqué que son avoir de vieillesse aurait dû se monter, au minimum, à CHF 55'539.10. Dans la mesure où la prestation de sortie versée par COPRE était inférieure au montant précité, il appartenait à COPRE, AXA et à Monsieur B_____, pris conjointement et solidairement, de compléter la prestation de sortie à concurrence de CHF 15'020.95, correspondant à la différence entre le montant de la prestation de sortie effectivement versé et celui dû selon elle, montant à verser auprès de sa nouvelle institution de prévoyance, la FER-CIAM.

19. Dans le délai fixé par la chambre de céans, les trois défendeurs ont présenté une réponse à la demande.

- a) Monsieur B_____ a conclu à l'irrecevabilité, subsidiairement au rejet de la demande, considérant qu'il n'était pas débiteur, à titre personnel, de la prestation de sortie à laquelle prétendait la demanderesse au contraire de l'institution de prévoyance concernée. En l'absence de légitimation passive, la demande devait être rejetée en tant qu'elle était dirigée contre lui. À considérer que les prétentions de la demanderesse étaient recevables à son égard, elles étaient prescrites pour la période allant du 18 décembre 1995 au 23 janvier 2006, en application de la prescription pénale de sept ans de l'art. 97 al. 1 let. c CP.
- b) AXA a conclu à l'irrecevabilité, subsidiairement au rejet de la demande. Elle n'avait jamais conclu de contrat d'adhésion avec M. B_____, qui était l'employeur de la demanderesse, à l'exclusion de l'étude, de sorte que sa légitimation passive devait être niée. Au surplus, si l'employeur annonçait des personnes qui ne faisaient pas partie du cercle des personnes assurées, il ne respectait pas ses obligations contractuelles et devait en porter la responsabilité. Ainsi, sur la base des dispositions contractuelles, AXA était seulement obligée d'assurer le personnel et les cadres de l'étude, mais pas d'autres personnes. Au demeurant, elle avait transféré en faveur de la demanderesse un montant de CHF 17'336.- à l'institution de prévoyance, soit une somme supérieure à ce que la demanderesse réclamait pour les années 2006 et 2007.
- c) COPRE a conclu au déboutement de la demanderesse de toutes ses conclusions. Elle ne pouvait être tenue responsable du fait que la précédente institution de prévoyance n'avait pas prélevé correctement les cotisations lors de l'affiliation et n'avait pas, de ce fait, transféré une somme correcte. À l'appui de ses conclusions, elle a détaillé les calculs effectués pour déterminer la prestation de libre-passage de CHF 40'518.15 effectivement versée, afin de

démontrer qu'elle avait été correctement calculée, de sorte qu'elle s'était acquittée de toutes ses obligations à l'égard de la demanderesse.

20. Par réplique du 17 mai 2013, la demanderesse a sollicité l'appel en cause de la FONDATION INSTITUTION SUPPLEMENTIVE LPP (ci-après la FIS-LPP) et a conclu à ce que celle-ci soit condamnée à verser CHF 15'020.95 à sa nouvelle institution de prévoyance, cas échéant sur son compte de libre-passage, avec intérêts à 3% dès le 16 septembre 2011. Si par hypothèse, la chambre de céans devait estimer qu'AXA et COPRE n'étaient pas tenues de compléter sa prestation de sortie, Monsieur B_____ devait procéder à son affiliation auprès de la FIS-LPP rétroactivement au 18 décembre 1995.
21. Par ordonnance du 30 mai 2013, la chambre de céans a appelé en cause la FIS-LPP afin de lui donner l'occasion de se déterminer et a imparti un délai aux défendeurs pour dupliquer.
22. Dans le délai fixé au 26 juillet 2013, les quatre défendeurs se sont déterminés comme suit :
 - a) M. B_____ s'en est rapporté à justice sur l'appel en cause et a persisté dans ses conclusions.
 - b) AXA s'est demandée si la jurisprudence du Tribunal fédéral concernant la légitimation passive ne devait pas également s'appliquer à la FIS-LPP. Pour le surplus, elle a persisté dans ses conclusions.
 - c) COPRE a maintenu ses précédentes conclusions et a précisé que, si par impossible, la chambre de céans devait la tenir responsable d'un quelconque paiement en faveur de la demanderesse, il conviendrait alors que la part employée des cotisations dues par la demanderesse soit déduite de ce montant et que le défendeur soit condamné à lui verser le solde des cotisations afférentes à la somme due à l'assurée.
 - d) La FIS-LPP a estimé que le litige portait sur la question de savoir si la demanderesse appartenait au cercle des personnes assurées défini par les règlements de prévoyance d'AXA et COPRE et s'en remettait à ce sujet à l'appréciation de la chambre de céans. Si la demanderesse faisait partie du cercle des personnes assurées par le règlement de prévoyance d'AXA, celle-ci devait également la prestation de libre-passage pour la période du 18 décembre 1995 au 31 décembre 2005. Si, au contraire, la demanderesse ne faisait pas partie du cercle des personnes assurées, il fallait annuler son affiliation à AXA et COPRE avec effet "ex tunc" depuis le 18 décembre 1995. C'était alors seulement que la FIS-LPP pouvait ouvrir une procédure d'affiliation d'office conformément à l'art. 12 LPP.

23. Sur questions de la chambre de céans, M. B_____ a expliqué, par courrier du 26 novembre 2013, que pour des raisons de santé, il n'était pas en mesure d'expliquer pour quelles raisons il avait affilié la demanderesse le 5 janvier 2007 seulement, avec effet au 1^{er} janvier 2006. Madame G_____, comptable, était chargée, au sein de l'étude de notaires, de la gestion des salaires, des assurances sociales et de l'annonce des employés à AXA. Elle avait convenu avec Monsieur H_____, représentant de la société I_____ SA, courtier en assurances, oralement puis par écrit en janvier 2007, que la demanderesse serait intégrée au cercle des assurés, employés de l'étude. Cela étant, il s'était acquitté de l'intégralité des primes, tant de celles de l'employeur que de celles de la demanderesse. Enfin, il précisait qu'aucun(e) autre employé(e) à titre personnel de l'un des associés de l'étude n'était inclus(e) dans la liste des employés assurés.
24. Une audience de comparution personnelle des parties s'est tenue le 3 décembre 2013.
- a) À cette occasion, la demanderesse a limité sa demande en paiement à la part obligatoire, renonçant ainsi à réclamer une part sur-obligatoire. Sur le fond, elle a contesté le fait que son employeur ait acquitté les parts employeur et salariée des cotisations LPP de 2006 à 2010, période où elle a été affiliée pour la prévoyance professionnelle quand bien même la part salariée était déduite du salaire. Etant donné que de 1995 à fin 2005, elle n'était pas affiliée, ni son ex-employeur ni elle-même n'avaient versé de cotisations. Elle était d'avis que son ex-employeur s'était engagé à prendre à sa charge l'intégralité des cotisations AVS et LPP, part employeur et part employée, de 1995 à 2005 inclus, comme cela ressortait du courrier du Conseil de M. B_____ du 26 novembre 2013. À toutes fins utiles, la demanderesse a encore précisé qu'elle n'avait perçu des fiches de salaire que depuis 2007 mais qu'elle avait reçu un certificat de salaire annuel. La caisse de compensation avait rectifié le compte individuel la concernant et pris en compte les montants retenus par le Tribunal des Prud'hommes.
- b) M. B_____, représenté par son Conseil, a rappelé qu'un courtier, la société I_____, s'était occupé de toutes les assurances de l'étude de notaires et en particulier de la conclusion du contrat de prévoyance.
- c) Pour sa part, AXA a confirmé avoir eu des discussions avec la société I_____ lors de l'affiliation de la demanderesse. Cela étant, elle ne savait pas que cette dernière n'était pas employée de l'étude de notaires mais de l'un de ses associés à titre privé. Si elle l'avait su, elle ne l'aurait pas intégrée au cercle des assurés, ne serait-ce que parce qu'elle exerçait une activité dans une branche différente de celle du cercle des assurés, ce qui impliquait un taux de prime distinct. En revanche, si la demanderesse avait effectué le nettoyage de l'étude de notaires, elle aurait été intégrée au contrat. Lorsqu'elle l'avait appris, AXA

n'avait pas invalidé l'intégration de l'assurée au contrat dès lors que la prestation de libre-passage avait déjà été transférée à la COPRE et qu'elle ne pouvait dès lors invalider un contrat qui n'était plus en vigueur. À ce moment-là, AXA ne s'était pas renseignée auprès de l'étude B_____ au sujet d'autres employés à titre personnel d'associés, étant partie de l'idée qu'il s'agissait d'employés et de cadres de l'étude.

- d) AXA et COPRE ont également conclu à ce que l'employeur et l'employée fussent condamnés à verser leur part de cotisations respective, si par impossible l'une des fondations précitées devait être condamnée à verser une prestation de libre passage supplémentaire.

Les trois institutions LPP ont également estimé que la chambre de céans pouvait prendre acte du fait que l'assurée avait été affiliée dès le 1^{er} janvier 2006 et se contenter de régler la question de son affiliation de 1995 à fin 2005. Dans ce contexte, elles ne souhaitaient pas que la prestation de libre passage effectivement constituée de 2006 à 2010 soit simplement déduite de ce qui serait dû en cas d'affiliation rétroactive auprès de la FIS-LPP de 1995 à 2010.

M. B_____, représenté par son Conseil, n'était pas en mesure, en l'état, de participer à un accord et souhaitait dans un premier temps que la comptable de l'étude, qui a eu un contact avec I_____, soit entendue.

De son côté, la demanderesse était en mesure d'accepter la proposition des trois institutions de prévoyance et était d'accord de payer sa part de cotisations si M. B_____ acceptait cette affiliation rétroactive.

25. Par courrier du 21 janvier 2014, la FIS-LPP a indiqué à la chambre de céans qu'en cas d'acceptation de l'accord, le montant total des cotisations dues par la demanderesse et son ex-employeur s'élèverait à CHF 29'007.92 et que la prestation de libre passage en faveur de la demanderesse se monterait, quant à elle, à CHF 20'550.62.
26. Par courrier du 30 janvier 2014, également envoyé par fax le même jour, M. B_____, sous la plume de son Conseil, a indiqué à la chambre de céans qu'il n'avait pas d'observations à formuler à l'égard du calcul de la FIS-LPP du 21 janvier 2014 et qu'il persistait intégralement dans les motifs et conclusions développés dans le cadre de ses précédentes écritures.
27. Le 31 janvier 2014, la chambre de céans a imparti à M. B_____ un délai de dix jours pour lui indiquer s'il était disposé à conclure l'accord proposé par les institutions défenderesses. À défaut, un délai pour conclure serait imparti à toutes les parties et la cause gardée à juger.

28. Suite au décès de Monsieur B_____, le _____ 2014, l'instruction de la cause a été suspendue par ordonnance du 24 février 2014, puis reprise par ordonnance du 10 mars 2015.
29. Par courrier du 13 mars 2015, le Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant – Justice de Paix – Greffe des successions – a informé la chambre de céans que feu Monsieur B_____ laissait comme héritiers son épouse et ses deux enfants, à savoir : Madame B_____, elle-même décédée le _____ 2014 en laissant comme héritiers ses enfants, Monsieur D_____ et Madame C_____.
30. Une nouvelle audience de comparution personnelle s'est tenue le 19 avril 2016.
- a) À cette occasion, les trois institutions de prévoyance défenderesses ont confirmé qu'elles étaient d'accord de ne considérer comme litigieuse que la période allant du 18 décembre 1995 au 31 décembre 2005, et ce même en cas de refus de l'accord de la part des hoirs B_____, lesquels s'étaient substitués à feu M. B_____. L'accord en question pouvait être résumé de la manière suivante : la FIS-LPP devait affilier d'office rétroactivement l'employeur de Madame A_____, de sorte que cette dernière soit assurée pour la période précitée litigieuse, avec la précision que les hoirs B_____ s'acquitteraient des cotisations, intérêts et taxes pour la part patronale seulement et que la demanderesse s'acquitterait de son côté, le cas échéant par compensation, de la part salariée, étant précisé qu'à défaut d'acceptation de la proposition précitée, dans l'hypothèse d'une affiliation d'office rétroactive à la FIS-LPP, cette dernière procéderait à toutes les démarches nécessaires à l'encaissement des cotisations auprès de l'employeur pour les parts employeur et salariée.
- b) Pour sa part, la demanderesse a confirmé que sa demande était limitée à la part LPP obligatoire. S'agissant de la proposition formulée lors de l'audience précédente du 3 décembre 2013, elle n'apparaissait plus aujourd'hui forcément intéressante pour elle, compte tenu du fait que pendant la période litigieuse considérée, elle avait perçu un salaire net et de surcroît inférieur au salaire usuel prévu par le contrat-type de travail.
- c) Quant aux hoirs B_____, représentés par leur Conseil, ils ont refusé l'accord, estimant, d'une part, pouvoir exciper de la prescription pour le paiement des cotisations pour la période litigieuse, et invoquant, d'autre part, le fait que si la demanderesse avait le cas échéant été sous-payée durant cette période, elle avait en revanche été surpayée durant les deux années 2006 et 2007.
- d) Enfin, la FIS-LPP a relevé que, pour le cas où l'accord ne se ferait pas, elle se réserverait la possibilité de revoir ses calculs de cotisations et la prestation de libre-passage dues pour la période litigieuse, du 18 décembre 1995 au 31 décembre 2005, compte tenu le cas échéant d'un sur-paiement durant les années 2006 et 2007.

31. Lors de l'audience de comparution personnelle précitée, un délai au 29 avril 2016 a été imparti à toutes les parties pour, le cas échéant, faire part de leur position divergente par rapport à celle exprimée à l'audience.
32. Dans le délai imparti, COPRE a confirmé sa position. Les autres parties ne se sont pas manifestées.
33. Sur ce, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. a. Conformément à l'art. 134 al. 1 let. b de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ; RSG E 2 05), en vigueur dès le 1^{er} janvier 2011, la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît en instance unique des contestations relatives à la prévoyance professionnelle opposant institutions de prévoyance, employeurs et ayants droit, y compris en cas de divorce, ainsi qu'aux prétentions en responsabilité (art. 331 à 331e du Code des obligations [CO ; RS 220]; art. 52, 56a, al. 1, et art. 73 de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982 [LPP ; RS 831.40]; art. 142 du Code civil [CC ; RS 210]).

La compétence des autorités visées par l'art. 73 LPP est doublement définie.

Elle l'est, tout d'abord, quant à la nature du litige : il faut que la contestation entre les parties porte sur des questions spécifiques de la prévoyance professionnelle, au sens étroit ou au sens large. Ce sont donc principalement des litiges qui portent sur des prestations d'assurance, des prestations de libre passage (actuellement prestations d'entrée ou de sortie) et des cotisations. En revanche, les voies de droit de l'art. 73 LPP ne sont pas ouvertes lorsque la contestation a un fondement juridique autre que le droit de la prévoyance professionnelle, même si elle devait avoir des effets relevant du droit de ladite prévoyance (ATF 125 V 168 consid. 2, 122 V 323 consid. 2b et les références).

Cette compétence est également limitée par le fait que la loi désigne de manière non équivoque les parties pouvant être liées à une contestation, à savoir les institutions de prévoyance, les employeurs et les ayants droit (ATF 125 V 168 consid. 2).

- b. Le for de l'action est au siège ou domicile suisse du défendeur ou au lieu de l'exploitation dans laquelle l'assuré a été engagé (art. 73 al. 3 LPP).

En l'espèce, l'action est dirigée contre l'employeur, en tant que débiteur des cotisations de prévoyance de 1995 à 2005. Cette prétention relevant spécifiquement de la prévoyance professionnelle, elle ressortit à la juridiction désignée à l'art. 73 LPP. Elle est au surplus dirigée contre les institutions de prévoyance qui pourraient

être tenues au versement d'une prestation de libre passage complémentaire. Par ailleurs, le lieu de travail de la demanderesse se trouvait dans le canton de Genève.

La chambre de céans est ainsi compétente à raison de la matière et du lieu pour connaître du présent litige.

c. La demande est introduite dans les formes prévues par l'art. 89B de la loi sur la procédure administrative (LPA ; E 5 10). L'ouverture d'une action fondée sur l'art. 73 LPP n'est soumise, comme telle, à l'observation d'aucun délai. Les prétentions qu'un assuré fonde sur la LPP ou sur le règlement de l'institution de prévoyance ne peuvent s'éteindre, par suite de l'écoulement du temps, qu'en raison de la prescription (ATF 117 V 329). L'exception de la prescription doit être expressément soulevée (ATF 129 V 237).

La demande est donc recevable.

2. a. Selon l'art. 560 al. 1 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC - RS 210), les héritiers acquièrent de plein droit l'universalité de la succession dès que celle-ci est ouverte.

Lorsque la succession dans les droits et obligations d'une partie a lieu à titre universel, elle entraîne, en vertu du droit fédéral, de plein droit, un changement de parties sans l'accord des autres parties à la procédure (Benoît BOVAY, Procédure administrative, 2000, p. 142 et les références citées).

b. En l'espèce, Madame C_____ et Monsieur B_____ ont accepté la succession de feu leur père, puis de leur mère, qui était elle-même avec eux co-héritière de leur père. Dans la mesure où la succession a eu lieu à titre universel, il y a lieu de procéder à la substitution des parties sans devoir requérir l'accord des autres parties à la procédure.

3. Le litige porte sur le droit de la demanderesse au paiement d'une prestation de libre passage complémentaire, relevant de la prévoyance professionnelle obligatoire, singulièrement sur la légitimation passive des défendeurs et le cercle des assurés, étant précisé que la période litigieuse court uniquement du 18 décembre 1995 au 31 décembre 2005.
4. La nouvelle du 3 octobre 2003 modifiant la LPP (1^{ère} révision) est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005 (sous réserve de certaines dispositions dont l'entrée en vigueur a été fixée au 1^{er} avril 2004 et au 1^{er} janvier 2006 ; RO 2004 1700), entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de la prévoyance professionnelle (RO 2004 1677). Étant donné que les faits déterminants se sont réalisés pour partie avant et après l'entrée en vigueur de la nouvelle, l'ancien droit est applicable jusqu'au 31 décembre 2004 et le nouveau droit dès cette date (ATF 126 V 136 consid. 4b et les références).

5. Le système suisse de prévoyance vieillesse, survivants et invalidité repose sur le principe des trois piliers (art. 111 Cst.). Les prestations du premier pilier (assurance-vieillesse, survivants et invalidité fédérale et prestations complémentaires) doivent couvrir les besoins vitaux des personnes assurées de manière appropriée (art. 112 al. 2 let. b Cst.), alors que les prestations du deuxième pilier (prévoyance professionnelle) doivent permettre aux personnes assurées de maintenir de manière appropriée leur niveau de vie antérieur (art. 113 al. 2 let. a Cst.; voir également art. 1 al. 1 LPP). Il incombe au troisième pilier (prévoyance individuelle) de compléter les mesures collectives des deux premiers piliers selon les besoins personnels.

Les institutions de prévoyance qui participent à l'application du régime obligatoire de la prévoyance professionnelle (art. 48 al. 1 LPP) doivent respecter les exigences minimales fixées aux art. 7 à 47 LPP (art. 6 LPP). Il leur est toutefois loisible de prévoir des prestations supérieures aux exigences minimales fixées dans la loi (art. 49 LPP; Message à l'appui de la LPP, FF 1976 I 127 ch. 313 et 314; ATF 131 II 593 consid. 4.1 p. 603 et les références).

6. Feu M. B_____ avait invoqué un défaut de légitimation passive. Il convient d'examiner si sa succession a qualité pour défendre.

a. L'art. 66 LPP prévoit que l'employeur est débiteur de la totalité des cotisations envers l'institution de prévoyance, qu'il déduit du salaire les cotisations à charge du salarié et qu'il transfère à l'institution sa contribution ainsi que les cotisations des salariés.

La question de savoir qui l'employé doit actionner en cas de prestation de libre-passage insuffisante a fait l'objet de l'évolution jurisprudentielle suivante.

Dans un premier temps, le Tribunal fédéral des assurances (TFA) considérait que lorsque les rapports de travail avaient cessé, l'employeur n'avait pas la légitimation passive en cas d'action liée à l'ancien lien de prévoyance (par exemple en cas de cotisations insuffisantes effectuées sur la base d'un salaire déclaré trop bas ou en raison de l'absence d'affiliation). Dans un tel cas, l'assuré ne pouvait que prétendre au versement d'une prestation de libre passage ou d'une prestation de libre passage plus élevée, de sorte que la demande ne pouvait qu'être dirigée contre l'institution de prévoyance (arrêt du Tribunal fédéral des assurances B 5/87 du 30 mai 1989 *in* RSAS 1990 p. 203). Par la suite, le TFA a considéré que cette jurisprudence était également applicable lors de la réalisation d'un cas de prévoyance tel le droit à des prestations de vieillesse (arrêt du Tribunal fédéral des assurances B 21/98 du 14 décembre 1998 *in* RSAS 2000 p. 161). Une année après, le TFA a considéré que lorsque l'assuré requérait la condamnation de son ex-employeur au versement de cotisations LPP supplémentaires, il faisait en réalité valoir deux prétentions distinctes : la première portait sur la déclaration d'un salaire supérieur et, la

seconde, qui en était la conséquence, concernait les cotisations supplémentaires à verser. Dans tous les cas, le but de l'assuré était d'obtenir le versement de prestations de vieillesse plus élevées. Le TFA a alors déclaré recevable la demande dirigée contre un employeur tendant à une telle action (vraisemblablement à la déclaration d'un salaire plus important) et à une prestation financière à l'égard de l'institution de prévoyance. En d'autres termes, le TFA a admis la légitimation passive de l'employeur (arrêt du Tribunal fédéral des assurances B 4/99 du 6 décembre 1999 *in* RSAS 2002 p.499). En 2003, le TFA a précisé que l'ancien employeur avait la légitimation passive dans la mesure où l'assuré faisait valoir des prétentions fondées sur l'art. 66 al. 3 LPP, et cela que la fin des rapports de travail ait pour conséquence un cas d'assurance (prestations de vieillesse, de survivants ou d'invalidité) ou un cas de libre passage. Par contre, si la contestation portait concrètement sur le montant de la prestation, seule l'institution de prévoyance, voire l'institution supplétive, était compétente, à l'exclusion de l'employeur. Dans le cas qui lui était soumis, le TFA a donc reconnu que l'employeur disposait de la légitimation passive dans la mesure où c'était l'obligation de déduire des cotisations qui était en jeu et non pas le montant de la prestation de libre passage (ATF 129 V 320 consid. 3.1). Cette jurisprudence a été confirmée en 2004 (arrêt du Tribunal B 45/04 et B 46/04 du 9 novembre 2004) et en 2006 (arrêt du Tribunal fédéral des assurances 65/05 et 67/05 du 6 février 2006). Dans ce dernier arrêt, le Tribunal fédéral des assurances a rappelé, s'agissant plus particulièrement de son arrêt B 45 et 46/04 du 9 novembre 2004, que les assurés ne réclamaient pas directement une prestation de libre passage plus élevée mais qu'ils reprochaient à leur ex-employeur de ne pas avoir déduit de cotisations sur leurs bonus. Enfin, en 2008, le Tribunal fédéral a encore précisé que dans la mesure où la procédure d'action était soumise à la maxime de disposition, la partie demanderesse pouvait, après la survenance d'un cas où l'institution de prévoyance était tenue à prestation (que ce soit après la survenance d'un cas d'assurance ou de libre passage), librement définir l'objet du litige et décider si elle entendait diriger son action contre l'employeur afin qu'il satisfasse à son obligation de cotiser ou contre l'institution de prévoyance afin qu'elle verse les prestations de la prévoyance professionnelle plus élevées dues par celle-ci (ATF 135 V 23 consid. 3).

La question de la légitimation passive peut dès lors être résumée de la manière suivante (BRECHBÜHL, LPP et LFLP, 2010, n° 35 et 60, ad. art. 73 ; BRÜHWILER, *in* Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht – Band XIV – Soziale Sicherheit, 2007, n° 199 p. 2074 ; VETTER-SCHREIBER, BVG – FZG – Kommentar, 2013, n° 17 ad Art 73 p. 275) :

- Si la prestation de cotisation est exigée ou si son montant est critiqué, le salarié doit agir en justice contre l'employeur ;
- S'il exige une prestation de l'institution de prévoyance, cette dernière a la légitimation passive, même si le calcul des cotisations du salarié déduites de la

prestation de sortie (qui n'ont pas été effectuées non plus) est litigieux. Ainsi, si un cas de libre passage est survenu et que le travailleur n'est pas d'accord avec la prestation de sortie (parce que l'employeur n'a par exemple pas établi de décompte pour l'ensemble du gain assuré), le travailleur doit agir contre l'institution de prévoyance. S'il agit uniquement contre l'employeur, le jugement ne serait pas contraignant pour l'institution de prévoyance.

b. En l'espèce, les parties ont été confrontées à un cas de libre passage vu la fin des rapports de travail. Une prestation de libre passage a d'ailleurs d'ores et déjà été versée sur un compte de libre passage. Conformément à l'ATF 135 V 23, la demanderesse disposait donc de la possibilité d'actionner son ex-employeur en paiement des cotisations sociales ou l'institution de prévoyance en paiement d'une prestation de libre passage. Il ressort de la demande et de la réplique avec appel en cause que la demanderesse ne conclut qu'au versement d'une prestation de libre passage complémentaire. À aucun moment, elle ne cite l'art. 66 al. 3 LPP par exemple ou ne fait expressément valoir que son ex-employeur a violé son devoir d'annoncer. Elle ne conteste pas non plus la notion de salaire assuré mais conclut uniquement au versement d'une prestation de libre passage supplémentaire. Par conséquent, seule l'institution de prévoyance disposait de la légitimation passive, l'employeur ne pouvant être débiteur d'une telle prestation. La question de savoir laquelle des institutions de prévoyance défenderesses a cette légitimation passive sera examinée ci-après.

Partant, l'assurée doit être déboutée des fins de sa demande en tant qu'elle est dirigée contre la succession de feu M. B_____.

7. En deuxième lieu, il convient d'examiner si la demanderesse était obligatoirement soumise à l'assurance dès son engagement le 18 décembre 1995.

a. Sont obligatoirement soumis à l'assurance les salariés auxquels un même employeur verse un salaire annuel supérieur à la limite légale (CHF 23'880.- de 1995 à 1998; CHF 24'120.- en 1999-2000; CHF 24'720.- en 2001-2002, CHF 25'320.- en 2003-2004, CHF 19'350.- en 2005-2006; CHF 19'890.- en 2007-2008, et CHF 20'520.- en 2009-2010) pour les risques de décès et d'invalidité dès le 1^{er} janvier qui suit la date à laquelle ils ont eu 17 ans et, pour la vieillesse, dès le 1^{er} janvier qui suit la date à laquelle ils ont eu 24 ans (art. 7 LPP).

L'assurance obligatoire commence en même temps que les rapports de travail et prend fin, notamment, en cas de dissolution des rapports de travail, le salarié restant assuré auprès de l'institution de prévoyance pour les risques de décès et d'invalidité, durant un mois après la fin des rapports avec l'institution de prévoyance (art. 10 LPP).

Conformément à la délégation de compétence que lui confère l'art. 2 al. 2 LPP, le Conseil fédéral a défini, à l'art. 1 j de l'ordonnance sur la prévoyance

professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, du 18 avril 1984 (OPP 2 ; RS 831.441.1), certaines catégories de salariés qui, pour des motifs particuliers, ne sont pas soumis à l'assurance obligatoire et qui sont ainsi exclus du cercle des assurés.

b. En l'espèce, il ressort du jugement du Tribunal des prud'hommes du 11 janvier 2011 que le salaire de la demanderesse s'élevait à CHF 27'600.- nets de 1995 à 2005 (CHF 42'480.- bruts selon la demanderesse), à CHF 65'040.- bruts en 2006 et 2007 (CHF 64'800.- selon la demanderesse) et à CHF 82'800.- de 2008 à 2010. Par ailleurs, lors de son engagement le 18 décembre 1995, elle était âgée de plus de 34 ans, de sorte qu'elle remplissait la condition relative à l'âge minimum. Enfin, elle ne bénéficiait d'aucune des exemptions prévues par art. 2 al. 2 LPP et 1 j OPP 2.

Partant, conformément à l'art. 7 LPP, la demanderesse était obligatoirement soumise à la LPP dès son engagement le 18 décembre 1995.

8. En troisième lieu, il convient de déterminer quelle institution de prévoyance est tenue de s'acquitter de la prestation de libre passage afférente aux années 1995 à 2004 incluse.

a/aa. Tout employeur occupant des salariés soumis à l'assurance obligatoire doit être affilié à une institution de prévoyance inscrite dans le registre de la prévoyance professionnelle (art. 11 al. 1 LPP). L'affiliation a lieu avec effet rétroactif (art. 11 al. 3).

Les effets de cette affiliation sont prévus à l'art. 7 al. 1 OPP 2, qui indique que l'affiliation de l'employeur à une institution de prévoyance enregistrée entraîne l'assurance, auprès de cette institution, de tous les salariés soumis à la loi.

Les effets prévus par l'art. 7 al. 1 OPP 2 sont notamment les suivants :

- L'assurance des employés se fait automatiquement (ex lege) (voir notamment FF 1976 I 117, 164, 192-193 ; BEROS, *Die Stellung des Arbeitnehmers im BVG. Obligatorium und freiwillige berufliche Vorsorge*, 1993, p. 44). En d'autres termes, les rapports juridiques de prévoyance entre l'assuré et l'institution de prévoyance naissent en même temps que les rapports de travail (voir notamment BRECHBÜHL *in* LPP et LFLP, op.cit., n° 4 ad Art. 10 ; STAUFFER 2012, op.cit., n° 318 p. 114), sans autre formalité (BEROS, op.cit. p. 44).
- La loi - tout comme la disposition de l'ordonnance d'ailleurs - part de l'idée que tous les salariés d'un employeur qui doivent être assurés le seront en principe auprès de la même institution de prévoyance. Cependant, d'après l'art. 7 al. 2 OPP 2, l'employeur a la possibilité de déroger au principe et de s'affilier, sous certaines conditions, à plusieurs institutions de prévoyance enregistrées. Il doit alors définir chaque groupe d'assurés de telle manière que tous les salariés

soumis à la loi soient assurés. À défaut d'exercer ce choix, l'employeur est en principe affilié à une seule institution de prévoyance enregistrée, cette affiliation entraînant l'assurance – pour le domaine obligatoire – de tous les salariés qu'il est tenu d'assurer auprès de la même institution (arrêt du Tribunal fédéral B 72/04 du 31 janvier 2006 consid. 5.2.1). Le Tribunal fédéral a toutefois considéré, dans son arrêt précité, qu'au regard de la liberté contractuelle qui régit le contrat de prévoyance (recte d'affiliation) entre un employeur et une fondation collective, on ne saurait tirer de l'art. 7 al. 1 OPP 2 une obligation pour l'institution de prévoyance auprès de laquelle l'employeur est et reste affilié pour une partie des salariés, d'assurer l'ensemble du personnel lorsque le rapport d'assurance concernant l'autre groupe de salariés prend fin, car cela reviendrait à une modification du contrat d'affiliation imposée unilatéralement à l'institution de prévoyance qui ne trouve de fondement ni dans la loi ni dans l'ordonnance. Dans un tel cas, les employés qui se sont retrouvés sans couverture LPP, pour lesquels l'employeur n'a pas pu conclure un nouveau contrat d'affiliation, sont assurés par l'institution supplétive.

a/bb. Lors d'une affiliation, l'institution de prévoyance et l'employeur sont liés par une convention d'affiliation, soit un contrat sui generis au sens propre, pour la conclusion duquel il y a lieu d'appliquer les règles du droit des obligations (ATF 129 III 476 consid. 1.4 et les références).

La convention d'affiliation contient en principe les obligations suivantes pour l'employeur (LÜTHY, Das Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Personalvorsogestiftung, 1989. p. 87 et ss):

- L'obligation d'annoncer tout travailleur appartenant au cercle des personnes assurées selon le règlement ; cette obligation est également prévue par l'art. 10 1^{re} phrase OPP, qui stipule notamment que l'employeur est tenu d'annoncer à l'institution de prévoyance tous les salariés soumis à l'assurance obligatoire, et de lui fournir les indications nécessaires à la tenue des comptes de vieillesse ainsi qu'au calcul des cotisations ;
- L'obligation de s'acquitter des primes et de les déduire du salaire des travailleurs;
- L'obligation de créer une commission de prévoyance du personnel;
- La reconnaissance des statuts et du règlement de l'institution de prévoyance.

Pour sa part, par ce contrat sui generis, l'institution s'engage à fournir les prestations découlant de la LPP pour l'employeur (arrêt du Tribunal fédéral B 149/2006 consid. 6.2 ; STAUFFER, Berufliche Vorsorge, 2005, n° 315, p. 113).

b. La convention d'affiliation (ou contrat d'adhésion) doit ainsi être interprétée selon les règles générales sur l'interprétation des contrats. Il y a lieu de rechercher, tout d'abord, la réelle et commune intention des parties (art. 18 al. 1 CO), ce qui, en matière de prévoyance professionnelle, vaut avant tout pour les conventions contractuelles particulières (ATF 129 V 145 consid. 3.1 ; 127 V 301 consid. 3a ; RIEMER, *Vorsorge-, Fürsorge- und Sparverträge der beruflichen Vorsorge, in Innominatverträge, Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter SCHLUEP, 1988, p. 239* ; au sujet de telles conventions, voir ATF 118 V 229 consid. 4a). Lorsque cette intention ne peut être établie, il faut tenter de découvrir la volonté présumée des parties en interprétant leurs déclarations selon le sens que le destinataire de celles-ci pouvait et devait raisonnablement leur donner selon les règles de la bonne foi (principe de la confiance). L'interprétation en application de ce principe, dite objective ou normative, consiste à établir le sens que, d'après les règles de la bonne foi, chacune des parties pouvait et devait raisonnablement prêter aux déclarations de volonté de l'autre. Pour ce faire, il convient de partir du texte du contrat (ou du règlement) avant de l'examiner dans son contexte ; dans ce dernier cas, toutes les circonstances ayant précédé ou accompagné sa conclusion doivent être prises en considération (ATF 132 V 286 consid. 3.2.1 et les références, 129 III 118 consid. 2.5 ; 126 III 388 consid. 9d ; 122 V 142 consid. 4c ; 122 III 106 consid. 5a ; 121 III 118 consid. 4b/aa ; 116 V 218 consid. 2). Il y a lieu également de tenir compte du mode d'interprétation spécifique aux conditions générales, notamment la règle de la clause peu claire et la règle dite de l'inhabituel ou de l'insolite (ATF 131 V 27 consid. 2.2 ; 122 V 142 consid. 4c).

c. En résumé, lorsqu'un employeur s'affilie à une institution pour la prévoyance de ses employés, trois relations juridiques distinctes coexistent :

- Le contrat de travail de droit privé liant l'employé et l'employeur est fondé sur les art. 319 et ss CO.
- La convention d'affiliation conclue entre l'employeur et l'institution de prévoyance ;
- Enfin, l'assuré est lié à l'institution de prévoyance de par la loi en ce qui concerne les prestations obligatoires (RIEMER, *Vorsorge-, Fürsorge- und Sparverträge der beruflichen Vorsorge, in Innominatverträge, Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. SCHLUEP, 1988, p. 234*).

9. En vertu de l'art. 60 al. 2 LPP, l'institution supplétive est tenue d'affilier d'office les employeurs qui ne se conforment pas à l'obligation de s'affilier à une institution de prévoyance (let. a). Cette obligation ressort également de l'art. 2 de l'ordonnance sur les droits de l'institution supplétive en matière de prévoyance professionnelle (ci-après : l'ordonnance sur les droits de l'institution supplétive ; RS 831.434).

Selon l'art. 12 LPP, les salariés et leurs survivants ont droit aux prestations légales même si l'employeur ne s'est pas encore affilié à une institution de prévoyance. Ces prestations sont servies par l'institution supplétive (al. 1). Dans ce cas, l'employeur doit à l'institution supplétive non seulement les cotisations arriérées, en principal et intérêts, mais encore une contribution supplémentaire à titre de réparation du dommage (al. 2).

Conformément à l'art. 60 al. 2^{bis} LPP, l'institution supplétive peut rendre des décisions afin de remplir les obligations notamment prévues à l'al. 2 let. a et à l'art. 12 al. 2 LPP. Ainsi, notamment, l'institution supplétive procède à l'affiliation d'office des employeurs par voie de décision (HÜRZELER, *in* LPP et LFLP, 2010, n° 8 ad art. 60 LPP).

10. Concernant les rapports juridiques entre l'institution et l'employé, il y a lieu de préciser ce qui suit. Lorsqu'il s'agit de déterminer, dans un cas particulier, avec quelle institution de prévoyance (institution interne à l'entreprise, institution autonome ou institution supplétive), le rapport de prévoyance existe, la situation diffère selon que l'employeur a respecté son devoir d'affiliation ou non (BEROS, *op. cit.*, p. 44 et 45) :

- Lorsque l'employeur a créé une institution de prévoyance, conformément à l'art. 11 al. 1 LPP, ou qu'il s'est affilié à une institution existante, le rapport juridique entre l'employé et ladite institution naît avec effet rétroactif à la prise d'emploi.
- Lorsque l'employeur n'a pas créé d'institution de prévoyance et qu'il n'était pas non plus affilié à une institution lors de la prise d'emploi de l'employé, il n'y a pas de rapport juridique entre l'employé et l'institution de prévoyance encore inexistante. Cependant, si, par la suite, l'employeur crée une telle institution ou qu'il s'y affine, les rapports de prévoyance entre l'employé et ladite institution naissent après la prise d'emploi mais déploient leurs effets avec effet rétroactif.
- Si l'employeur ne respecte pas son obligation de s'affilier et qu'il n'agit pas dans le délai imparti (conformément à l'art. 11 al. 5 LPP), il est affilié d'office, par décision, à l'institution supplétive. Cependant, seul le rapport d'affiliation entre l'employeur et l'institution compétente est créé par décision, le rapport juridique entre l'employé et ladite caisse naissant *ex lege* et déployant ses effets rétroactivement.
- Enfin, lorsqu'un cas de prévoyance a eu lieu alors que l'employeur n'avait pas créé d'institution et qu'il n'était affilié à aucune institution existante et qu'aucune affiliation d'office n'a été effectuée, les prestations LPP minimales seront servies par l'institution supplétive conformément à l'art. 12 al. 1 LPP. Dans ce cas également, le rapport juridique déploie des effets rétroactivement.

En résumé, dans tous les cas, le rapport juridique entre l'employé et l'institution de prévoyance naît toujours ex lege (BEROS, op.cit., p. 45).

11. Il y a désormais lieu de déterminer quelle institution de prévoyance est tenue de compléter la prestation de sortie de la demanderesse. Dans ce contexte, COPRE a également invoqué un défaut de légitimation passive, considérant que la demanderesse devait s'adresser à AXA, qui était l'assurance auprès de laquelle elle était assurée en 2006 et 2007.

a/aa. Conformément à l'art. 2 de la loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 17 décembre 1993 (loi sur le libre passage, LFLP ; RS 831.42), si l'assuré quitte l'institution de prévoyance avant la survenue d'un cas de prévoyance (cas de libre passage), il a droit à une prestation de sortie (al. 1). L'institution de prévoyance fixe le montant de la prévoyance de sortie dans son règlement (al. 2).

Selon l'art. 3 al. 1 LFLP, si l'assuré entre dans une nouvelle institution de prévoyance, l'ancienne institution de prévoyance doit verser la prestation de sortie à cette nouvelle institution. Par contre, lorsque l'assuré n'entre pas dans une autre institution de prévoyance, il doit notifier à son institution de prévoyance sous quelle forme admise il entend maintenir sa prévoyance (art. 4 al. 1 LFLP). Dans ce contexte, l'ordonnance sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 3 octobre 1994 (ordonnance sur le libre passage, OLP ; RS 831.425) prévoit notamment, à son article 10, que la prévoyance est maintenue au moyen d'une police de libre passage ou d'un compte de libre passage (al. 1). Par comptes de libre passage, on entend des contrats spéciaux qui sont affectés exclusivement et irrévocablement à la prévoyance et qui ont été conclus avec une fondation qui remplit les conditions fixées à l'art. 19 (al. 3). Si l'assuré entre dans une autre institution de prévoyance, l'institution de libre passage verse alors le capital de prévoyance à cette dernière afin de maintenir la prévoyance (art. 4 al. 2^{bis} LFLP).

Dans tous les cas, la nouvelle institution de prévoyance doit permettre à l'assuré qui entre de maintenir et d'augmenter sa prévoyance ; elle doit lui créditer les prestations de sortie qu'il a apportées (art. 9 al. 1 LFLP). À noter dans ce contexte que la notion de « prestations qu'il a apportées » au sens de cette disposition ne vise pas seulement les prestations qu'il a effectivement transférées mais en général les prestations auxquelles l'assuré a droit conformément à l'art. 2 al. 1 LFLP (ATF 129 V 442 consid. 6.2), à savoir les prestations qu'il a accumulées auprès de la précédente institution, lesquelles n'ont pas encore été versées à la nouvelle institution.

a/bb. Le changement d'institution de prévoyance par l'employeur n'est pas expressément réglé par la LPP. Cependant, selon la jurisprudence, il s'agit d'un cas

de libre passage « atypique » réglé par l'art. 53b al. 1 let. c LPP notamment (ATF 125 V 423 consid. 4). Selon cette disposition, les conditions pour une liquidation partielle sont présumées remplies lorsque le contrat d'affiliation est résilié. Quant à l'art. 23 al. 1 LFLP, il prévoit qu'en cas de liquidation partielle ou totale de l'institution de prévoyance, un droit individuel ou collectif à des fonds libres s'ajoute au droit à la prestation de sortie, qui se calcule conformément aux art. 15 et ss LFLP (KIESER, in LPP et LFLP, 2010, n° 5 ad art. 23 LFLP).

a/cc. Selon l'art. 6 al. 1 LFLP, si l'assuré s'est engagé, en entrant dans l'institution de prévoyance, à payer lui-même une partie de la prestation d'entrée, cette partie doit être prise en considération lors du calcul de la prestation de sortie, même si elle n'a pas été acquittée ou si elle ne l'a été que partiellement. La partie impayée, y compris les intérêts, peut cependant être déduite de la prestation de sortie.

b. En l'espèce, depuis 1995, deux cas de libre passage se sont présentés :

- L'étude de notaires a changé d'institution de prévoyance, passant d'AXA à COPRE : comme indiqué précédemment, il s'agit d'un cas de libre passage « atypique », lors duquel la demanderesse pouvait prétendre à une prestation de sortie, à transférer auprès de COPRE.
- Lorsque feu Monsieur B_____ a mis un terme au contrat de travail l'unissant à la demanderesse : il s'agit d'un nouveau cas de libre passage, au cours duquel une prestation de sortie a été transférée sur le compte de libre passage ouvert auprès de la FONDATION DE LIBRE PASSAGE DE BCG.

Au vu des écritures de la demanderesse, il appert que celle-ci fait en réalité valoir que la prestation de sortie qu'AXA a versée à COPRE était insuffisante. Elle conclut donc au transfert – après coup – d'une prestation de sortie supplémentaire, qu'il convient de considérer comme une prestation non apportée lors du premier cas de libre passage.

Dans un tel cas, l'art. 6 LFLP, applicable par analogie au cas d'espèce, prévoit que la prestation non apportée doit être prise en considération dans le calcul de la prestation de sortie, et cela même si elle n'a pas été acquittée. Vu cette disposition, on pourrait donc être tenté de considérer que COPRE est débitrice de la totalité de la prestation de sortie, y compris de la part litigieuse. L'art. 6 al. 1 in fine LFLP applicable par analogie prévoit cependant que les prestations non apportées (soit non acquittées) peuvent être déduites de la prestation de sortie effectivement due. Partant, vu cette possibilité de déduction, il doit au contraire être retenu que COPRE s'est acquittée des obligations qui lui incombent en ne transférant que le montant effectivement apporté par la demanderesse, auquel est venu s'ajouter celui cotisé auprès d'elle. En effet, en ne transférant pas la part litigieuse, COPRE a implicitement effectué la déduction autorisée par l'art. 6 al. 1 in fine LFLP, de sorte qu'aucun reproche ne peut être formulé à son encontre.

Au vu de ce qui précède, quelle que soit l'issue du litige, la demande doit être rejetée en tant qu'elle est dirigée contre la COPRE.

12. Le litige se limite donc désormais uniquement à déterminer qui, d'AXA ou de la FIS-LPP, doit compléter la prestation de sortie de la demanderesse, en prenant en considération le salaire AVS versé entre décembre 1995 et décembre 2005. Dans ce contexte, il convient ainsi d'examiner si la demanderesse faisait partie du cercle des assurés, ce qui est contesté par AXA.

a. Selon la convention de transfert du 4 décembre 1991, les associés de l'étude de notaires E_____ B_____ entendaient poursuivre l'application des mesures de prévoyance en faveur de son personnel avec AXA. Selon la convention d'affiliation (appelée « contrat d'adhésion ») en vigueur lorsque la demanderesse a été annoncée à AXA, dont un exemplaire type non daté a été remis à la chambre de céans, le cercle des personnes assurées, le genre et l'importance des prestations ainsi que le montant des contributions sont fixés par le règlement et le plan de prévoyance (art. 1.2). Deux plans de prévoyance sont prévus, l'un pour les membres du personnel de l'étude et l'autre pour les cadres de l'étude (à l'époque Me E_____, aujourd'hui associé). Sont ainsi admis dans l'institution de prévoyance tous les membres du personnel et tous les cadres pour autant que leur salaire annuel AVS soit supérieur aux $\frac{3}{4}$ de la rente de vieillesse maximale de l'AVS et que leur contrat de travail soit conclu pour une durée illimitée ou pour une durée limitée dépassant trois mois (art. 1.3 de chacun des plans de prévoyance). Ainsi, selon le texte des conventions conclues entre les associés de l'étude de notaires, dont feu Monsieur B_____, et AXA, le personnel de l'étude et les cadres faisaient partie du cercle des assurés. Une étude de notaires emploie en principe des notaires, des secrétaires, des dactylos, des clerks, des comptables, une réceptionniste, le cas échéant une personne chargée du nettoyage et de l'entretien des locaux de l'étude. Ce sont donc eux qui sont visés par les plans de prévoyance d'AXA.

S'agissant plus particulièrement de la demanderesse, il est établi qu'elle travaillait au seul domicile du défendeur (et de son épouse), et qu'elle y effectuait le ménage, les courses et les repas pour eux. Elle était en outre soumise au contrat-type de travail pour les travailleurs de l'économie domestique à temps complet et à temps partiel du 30 mars 2004 (RS : J 1 50.03 ; voir jugement du Tribunal des prud'hommes du 11 juillet 2011 consid. 3) et seul le défendeur assumait les obligations de l'employeur selon les art. 322 et ss CO (salaire, fourniture des repas et/ou du logement, protection de la personnalité, etc.). Enfin, il n'est pas allégué que la demanderesse assumait également le nettoyage de l'étude.

Compte tenu des explications qui précèdent, force est de constater que la demanderesse n'était à l'évidence pas employée par la société simple formée par l'ensemble des associés de l'étude de notaires, mais par feu Monsieur B_____ à titre privé.

Partant, elle ne faisait pas partie du cercle des assurés d'AXA, seuls les employés de l'étude de notaires étant assurés.

b. Il convient cependant encore de déterminer si les associés de l'étude de notaires et AXA entendaient étendre le cercle des assurés à la demanderesse.

Dans ce contexte, il y a lieu de noter que le fait que l'étude ait payé l'intégralité des cotisations dues (part employé et part employeur) pour l'ensemble du personnel affilié, y compris la demanderesse, de 2006 à 2010, n'est pas déterminant. En effet, s'il est possible que l'ensemble des associés aient approuvé l'affiliation de l'employée de l'un d'eux, en compensant ensuite leurs créances respectives (part d'associé et cotisations concernant la demanderesse), rien n'indique que l'institution de prévoyance, soit AXA, ait consenti à l'élargissement du cercle des assurés, ne serait-ce que par actes concluants. Au contraire, AXA a clairement indiqué qu'elle ne savait pas que la demanderesse n'était pas employée de l'étude, expliquant en outre qu'elle n'aurait pas accepté son affiliation si elle l'avait su. Par ailleurs, la clause en question – soit la définition du cercle des assurés – n'est pas insolite, elle est très claire et selon le principe de la confiance, l'étude ne pouvait pas comprendre que les employés des associés, à titre personnel (employée de maison, jardinier, garde d'enfant, garde-malade, etc.), faisaient partie du cercle des assurés.

L'intégration de la demanderesse au cercle des assurés ne correspond donc pas non plus à la volonté commune supposée des parties au contrat.

c. Au vu des explications qui précèdent, force est de constater qu'en vertu des art. 10 al. 1 et 11 al. 1 LPP ainsi que 7 al. 1 OPP 2, au vu des contrats d'adhésion et des plans de prévoyance conclus, le défendeur et ses associés se sont affiliés à AXA afin d'assurer, dès le début des rapports de travail, le seul personnel de leur étude de notaires, et non de la demanderesse. Partant, seuls ces employés étaient automatiquement (ex lege) affiliés s'agissant des prestations obligatoires. Par ailleurs, conformément à l'arrêt du Tribunal fédéral B 72/04 du 31 janvier 2006 précité, le fait que le défendeur ait assuré les employés et les cadres de son étude auprès d'AXA n'entraînait pas automatiquement l'affiliation de son employée de maison, car cela constituerait une modification unilatérale du contrat d'adhésion, ce qui n'est prévu ni par la loi ni par son ordonnance d'application.

En outre, dans la mesure où le rapport de prévoyance obligatoire repose sur la loi et que dans ce domaine l'affiliation a lieu ex lege, il n'y a pas de place pour une affiliation contractuelle (voir notamment BEROS, op.cit., p. 48, qui considère qu'en matière de prévoyance obligatoire, on ne peut plus parler de relations contractuelles, dès lors qu'aucun des éléments de la liberté contractuelle ne s'applique).

La chambre de céans constate par conséquent que feu M. B_____ n'était affilié à aucune institution de prévoyance s'agissant des personnes qu'il employait à titre

privé. La demanderesse doit donc être déboutée des fins de sa demande aussi en tant qu'elle est dirigée contre AXA.

d. Ainsi, conformément aux art. 60 LPP et 2 de l'ordonnance sur les droits de l'institution supplétive, la succession de feu M. B_____ doit être affiliée d'office à la FIS-LPP, ce qui entraîne automatiquement l'assurance de la demanderesse pour la période litigieuse.

Dans ce contexte, il convient encore de préciser qu'il n'y a pas lieu d'annuler une quelconque affiliation, comme le requérait la FIS-LPP, dès lors que la demanderesse n'était affiliée à aucune institution de prévoyance pendant la période litigieuse.

13. Au vu de ce qui précède, la demande du 24 janvier 2013 sera partiellement admise. Il sera donc constaté que feu Monsieur B_____ a occupé la demanderesse entre le 18 décembre 1995 et le 31 décembre 2005 sans s'affilier à une institution de prévoyance. Par conséquent, la demanderesse sera déboutée des fins de sa demande en tant qu'elle est dirigée contre la succession de feu M. B_____, contre la COPRE et contre AXA, et la FIS-LPP sera invitée à ouvrir une procédure d'affiliation d'office et à transférer la prestation de libre passage afférente à la période litigieuse en faveur de la demanderesse.
14. La procédure est gratuite (art. 73 al. 2 LPP).
15. a. Aucune indemnité de dépens ne sera accordée aux institutions de prévoyance défenderesses. En effet, les caisses de pension n'ont en principe pas droit à des dépens (ATF 126 V 143 consid. 4a), et AXA n'est d'ailleurs pas représentée.

b. Le recourant qui obtient gain de cause a droit à une indemnité à titre de participation à ses frais et dépens (art. 89H al. 3 LPA). Saisi d'un litige concernant le domaine de la prévoyance professionnelle, dans lequel les procédures sont introduites par la voie non du recours mais de l'action de droit administratif, le demandeur a droit à des dépens, et ce malgré le terme de « recourant » (ATF 126 V 143 ; ATF 108 V 111). Obtenant partiellement gain de cause, la demanderesse a droit à une indemnité de procédure, qui sera arrêtée à CHF 2'000.- et mise à la charge de l'appelée en cause, dès lors que c'est à l'encontre de cette dernière que la demande est jugée, matériellement, bien fondée quant à son principe (sur la qualité d'appelé en cause, cf. arrêt du Tribunal fédéral des assurances B 47/02 et B 48/02 du 25 août 2003 consid. 3.2).

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

Statuant

Préalablement :

1. Rectifie la qualité des parties en ce sens que Monsieur B_____ devient la succession de feu Monsieur B_____, soit Madame C_____ et Monsieur D_____.

A la forme :

2. Déclare la demande recevable.

Au fond :

3. L'admet partiellement.
4. Déboute Madame A_____ des fins de sa demande en tant qu'elle est dirigée contre la succession de feu Monsieur B_____, LA COLLECTIVE DE PREVOYANCE COPRE et AXA FONDATION LPP.
5. Constate que feu Monsieur B_____ a occupé, entre le 18 décembre 1995 et le 31 décembre 2005, Madame A_____ sans s'affilier à une institution de prévoyance.
6. Invite la Fondation institution supplétive LPP, Zürich, à ouvrir une procédure d'affiliation d'office avec effet rétroactif pour la période du 18 décembre 1995 au 31 décembre 2005 et à transférer la prestation de libre passage relative à cette période, en faveur de Madame A_____.
7. Alloue à Madame A_____ une indemnité de procédure de CHF 2'000.-, à la charge de la Fondation institution supplétive.
8. Dit qu'aucune indemnité de procédure n'est allouée à LA COLLECTIVE DE PREVOYANCE COPRE et AXA FONDATION LPP.
9. Dit que la procédure est gratuite.
10. 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

Le président

Sylvie SCHNEWLIN

Raphaël MARTIN

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