RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4060/2020 **ATAS/876/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt incident du 30 août 2021

6ème Chambre

En la cause

Monsieur A_____, domicilié à CHÊNE-BOUGERIES, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Giuseppe DONATIELLO	demandeur
contre	
PERSONALFÜRSORGESTIFTUNG DER PROCTER & GAMBLE-GESELLSCHAFTEN IN DER SCHWEIZ, sise route de Saint-Georges 47, PETIT-LANCY	défenderesses
B_____ SA, sise au PETIT-LANCY, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Vincent CARRON	

Siégeant : Valérie MONTANI, Présidente; Teresa SOARES et Jean-Pierre WAVRE, Juges assesseurs

EN FAIT

1. Par acte du 1er décembre 2020, Monsieur A_____ (ci-après : l'intéressé), ressortissant russe arrivé en Suisse en novembre 2011, saisit la chambre des assurances sociales de la Cour de justice d'une demande en paiement, en concluant, principalement, à la condamnation de PERSONALFÜRSORGESTIFTUNG DER PROCTER & GAMBLE-GESELLSCHAFTEN IN DER SCHWEIZ (ci-après : la fondation) à verser à sa caisse de pension actuelle sa prestation de sortie de la prévoyance professionnelle obligatoire et étendue relative à la période de son affiliation à l'assurance-vieillesse et survivants suisse du 1er novembre 2011 au 31 août 2017 avec intérêts moratoires à 5 % l'an dès le 31 août 2017 ; et à la condamnation de B_____ SA (ci-après : B_____ − qui, d'après l'intéressé, serait son employeur durant la période précitée) à verser à la fondation les cotisations de la prévoyance professionnelle obligatoire et étendue (part « employeur » et part « employé ») ainsi que les bonifications et intérêts qui auraient valorisé son avoir de vieillesse pendant cette période, assortis d'intérêts moratoires − tout en se réservant la faculté de chiffrer ses conclusions à un stade ultérieur de la procédure une fois le dossier complété.

2. Par réponse et demande reconventionnelle du 12 mars 2021, B_____, défendue par Me Vincent CARRON, conclut, principalement, au rejet de la demande et à la constatation que l'intéressé n'avait pas à être soumis à la prévoyance professionnelle obligatoire et surobligatoire suisse entre le 1er novembre 2011 et le 31 août 2017, et partant, n'a pas à être rétroactivement affilié à une institution de prévoyance suisse ; subsidiairement, à la constatation que la part « employeur » des cotisations est prescrite pour la période antérieure au 1er décembre 2014 ; et, sur demande reconventionnelle (en cas d'affiliation rétroactive à une institution de prévoyance suisse), à la condamnation de l'intéressé à lui verser la part « employé » des cotisations pour la période du 1er novembre 2011 au 31 août 2017, plus intérêts moratoires − en se réservant la faculté de chiffrer ses conclusions reconventionnelles à un stade ultérieur de la procédure.

3. Dans sa réponse du 12 mars 2021, la fondation conclut, principalement, au rejet de la demande et à la constatation que l'intéressé n'avait pas à être soumis à la prévoyance professionnelle obligatoire et surobligatoire suisse entre le 1er novembre 2011 et le 31 août 2017, et n'a pas à être rétroactivement affilié auprès d'elle ; subsidiairement, à la constatation qu'elle ne doit des prestations qu'en relation avec des contributions effectivement payées ou recouvrables et que la période antérieure à décembre 2014 est quoi qu'il en soit prescrite, ainsi qu'à la constatation qu'un éventuel intérêt moratoire depuis le 31 août 2017 ne peut être supérieur à 2 %.

4. Par réplique du 12 mai 2021, l'intéressé persiste dans ses conclusions et sollicite que la chambre de céans ordonne à Me CARRON de cesser d'occuper, en alléguant que, même si celui-ci représente officiellement B_____, dans les faits, il

défendrait également les intérêts de la fondation, qui s'opposent à ceux de B_____.

5. Par duplique du 16 août 2021, B_____ maintient ses conclusions et conteste l'existence d'un conflit d'intérêts.

6. Dans sa duplique du même jour, la fondation persiste également dans ses conclusions et souligne qu'elle signe ses écritures et qu'elle n'est pas formellement représentée dans la procédure.

EN DROIT

1. Il convient au préalable d'examiner d'office la compétence de la chambre de céans pour connaître du présent contentieux, étant relevé que, dans le canton de Genève, la procédure en matière de prévoyance professionnelle est régie par la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA – E 5 10) et plus particulièrement par les art. 89A et ss (art. 11 al. 2 et 89A LPA).

2. a. Selon l'art. 134 al. 1 let. b de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), la chambre de céans 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. 142a du Code civil [CC - RS 210]).

   b. 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 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; ATF 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 128 V 254 consid. 2a). Il s'agit des institutions de prévoyance enregistrées qui participent au régime de l'assurance obligatoire (art. 48 al. 1 LPP), avec la possibilité d'étendre la prévoyance au-delà des prestations minimales (institutions de prévoyance dites « enveloppantes »; art. 49 al. 2 LPP) ; ces institutions doivent revêtir la forme d'une fondation ou d'une société coopérative, ou être une institution de droit public

(art. 48 al. 2 LPP et art. 331 al. 1 CO; arrêt du Tribunal fédéral des assurances B.95/02 du 5 juin 2003 consid. 3.2).

c. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, si l'employeur n'a pas annoncé le salarié à l'institution de prévoyance, et n'a donc pas versé de contribution pour ce dernier, l'assuré est en droit d'exiger de l'institution de prévoyance qu'elle lui verse la prestation de sortie qui aurait été acquise grâce à ses contributions. L'assuré peut agir envers l'institution de prévoyance en paiement de la prestation de sortie, et le cas échéant contre l'employeur en paiement des contributions (ATF 135 V 23 consid. 3; ATF 129 V 320).

La question de savoir si l'ancien employeur possède contre son ex-employé une créance fondée et exigible au titre de cotisations non prélevées sur son salaire relève des contestations au sens de l'art. 73 LPP et des autorités judiciaires prévues par cette disposition (ATF 142 V 118 consid. 1.1 et les références).

d. Selon l'art. 73 al. 3 LPP, le for est au siège ou domicile suisse du défendeur ou au lieu de l'exploitation dans laquelle l'assuré a été engagé.

3. En l'espèce, PERSONALFÜRSORGESTIFTUNG DER PROCTER & GAMBLE-GESELLSCHAFTEN IN DER SCHWEIZ, constituée sous la forme d'une fondation, et B_____, qui, selon l'intéressé, serait son ancien employeur durant la période litigieuse du 1er novembre 2011 au 31 août 2017, ont leur siège dans le canton de Genève, où l'intéressé travaillait. La demande en paiement du 1er décembre 2020 porte sur le versement d'une prestation de sortie et le paiement de cotisations. La demande reconventionnelle du 12 mars 2021 quant à elle oppose B_____ à l'intéressé à propos d'une créance relative aux cotisations non déduites du salaire de celui-ci. Par conséquent, la chambre de céans est compétente pour connaître de ces litiges tant ratione loci que ratione materiae.

   Par ailleurs, l'ouverture de l'action prévue à l'art. 73 al. 1 LPP n'est soumise, comme telle, à l'observation d'aucun délai (ATAS/677/2021 du 24 juin 2021 consid. 2a et la référence).

   La demande en paiement et la demande reconventionnelle respectent en outre la forme prévue à l'art. 89B LPA. Elles sont en conséquence recevables.

4. Reste à déterminer si la chambre de céans est également compétente pour déterminer si Me CARRON n'a pas la capacité de postuler dans le cadre de la présente procédure en raison d'un conflit d'intérêts.

5. L'art. 12 de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats du 23 juin 2000 (loi sur les avocats, LLCA - RS 935.61) fait partie de la Section 3 intitulée « Règles professionnelles et surveillance disciplinaire ». Parmi les « Règles professionnelles » que doit respecter l'avocat, figure celle qui veut que celui-ci doit éviter tout conflit entre les intérêts de son client et ceux des personnes avec lesquelles il est en relation sur le plan professionnel ou privé (art. 12 let. c LLCA). L'obligation de renoncer à représenter un mandant en cas de conflit d'intérêts est

une règle cardinale de la profession d'avocat (ATF 138 II 162 consid. 2.4 et la référence).

Celui qui, en violation des obligations énoncées à l'art. 12 LLCA, accepte ou poursuit la défense d'intérêts contradictoires doit se voir dénier par l'autorité la capacité de postuler. L'interdiction de plaider est, en effet, la conséquence logique du constat de l'existence d'un tel conflit. La loi sur les avocats ne désignant pas l'autorité compétente habilitée à empêcher de plaider l'avocat confronté à un conflit d'intérêt, les cantons sont compétents pour la désigner. Ainsi, l'injonction consistant en l'interdiction de représenter une personne dans une procédure peut être prononcée, selon les cantons, par l'autorité de surveillance des avocats ou par l'autorité judiciaire saisie de la cause. Le législateur genevois a confié les compétences dévolues à l'autorité de surveillance par la loi sur les avocats à la commission du barreau (art. 14 de la loi genevoise sur la profession d'avocat du 26 avril 2002 [LPAv - E 6 10] ; ATF 138 II 162 consid. 2.5.1 et les références).

6. Selon la doctrine, c'est le juge qui conduit l'affaire qui est compétent (François BOHNET/Vincent MARTENET, Droit de la profession d'avocat, 2009, p. 596 n. 1465), à moins que le droit de procédure ou la législation cantonale relative à la profession d'avocat ne règle ce problème (ATA/283/2017 du 14 mars 2017 consid. 9).

   Dans le canton de Genève, la seule norme cantonale qui entre en considération est l'art. 43 LPAv. Selon cette disposition, la commission du barreau statue sur tout manquement aux devoirs professionnels. Si un tel manquement est constaté, elle peut, suivant la gravité du cas, prononcer les sanctions énoncées à l'art. 17 LLCA. La prescription est régie par l'art. 19 LLCA (al. 1). Le président de la commission peut classer les dénonciations qui lui apparaissent manifestement mal fondées, en informant la commission à sa plus proche séance. Si le dénonciateur, dûment avisé, persiste, la commission plénière statue (al. 2). La commission du barreau peut prononcer des injonctions propres à imposer à l'avocat le respect des règles professionnelles. En cas d'urgence, le bureau de la commission est compétent pour prononcer des mesures provisionnelles; l'avocat faisant l'objet d'une injonction prononcée par le bureau peut demander que la mesure soit soumise à la commission plénière. Dans ce dernier cas, les membres du bureau participent également à la délibération (al. 3).

7. Dans l'arrêt précité du 14 mars 2017 (consid. 11a), la chambre administrative de la Cour de justice a rappelé que jusqu'à l'annulation, le 20 février 2012, de son arrêt ATA/383/2011 du 21 juin 2011 par le Tribunal fédéral (ATF 138 II 162 précité), la gestion du conflit d'intérêts était traitée sous un angle disciplinaire dans le canton de Genève. La commission du barreau avait la compétence, fondée sur l'art. 43 LPAv, de statuer sur celle-ci dans le cadre d'une procédure dans laquelle seul l'avocat était partie. Le Tribunal fédéral a mis fin à cette pratique en définissant que, d'une part, l'interdiction de postuler ne relève pas du droit disciplinaire (consid. 2.5.1) mais du contrôle du pouvoir de postuler de l'avocat, ce qui induit

que l'intéressé est partie à la procédure et a la qualité pour recourir (consid. 2.5.2). Il n'a pas remis en question la compétence de décision de la commission dans le cas d'espèce mais il a relevé qu'en raison de l'entrée en vigueur du code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (CPP - RS 312.0), notamment des art. 61 et 62 CPP, en procédure pénale, la compétence de prononcer une interdiction de plaider pourrait ne plus revenir à l'autorité de surveillance (consid. 2.5.1).

La chambre administrative a également mis en évidence que, selon deux auteurs de doctrine, MM. Stéphane GRODECKI et Nicolas JEANDIN, la question de l'interdiction de postuler d'un avocat en raison d'un conflit d'intérêts ne relève pas de la réglementation sur la profession de l'avocat, mais constitue une question procédurale à régler en fonction des dispositions applicables. Dans le domaine tant pénal que civil, depuis le 1er janvier 2011, la question doit être réglée par application des dispositions du CPP et du code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC - RS 272) en vertu de la primauté du droit fédéral garantie par l'art. 49 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101). S'agissant de la compétence, tant le CPP que le CPC prévoient que le rôle de statuer sur la capacité de postuler d'un avocat dans une procédure civile ou pénale revient à la direction de la procédure, à teneur tant de l'art. 59 CPC que de l'art. 62 CPP. Depuis l'entrée en vigueur de ces lois de procédure fédérale, l'art. 43 al. 3 LPAv ne constitue plus une base légale fondant une compétence de la commission pour statuer sur des questions de conflit d'intérêts dans des procédures relevant de ces deux domaines du droit, celle-ci restant cependant compétente pour intervenir dans le cadre du contentieux administratif, mais surtout au titre d'autorité disciplinaire pour sanctionner les avocats qui auraient enfreint le principe de l'art. 12 al. 1 let. c LLCA (GRODECKI / JEANDIN, Approche critique de l'interdiction de postuler chez l'avocat aux prises avec un conflit d'intérêts, publié in SJ 2015 II p. 127 -133 ; ATA/283/2017 consid. 12).

La chambre administrative, en se référant par ailleurs à la jurisprudence fédérale rendue depuis lors, a admis que lorsqu'une procédure pénale est ouverte, c'est la direction de la procédure au sens de l'art. 61 CPP qui est compétente pour déterminer s'il y a lieu ou non d'interdire à un avocat de postuler en raison d'un conflit d'intérêts, eu égard au rôle de contrôle de la légalité de la procédure qui lui est dévolu par l'art. 62 al. 1 CPP. Il n'y a dès lors plus place, lorsqu'une procédure pénale est ouverte, pour une intervention de la commission en application de l'art. 43 al. 3 LPAv (ATA/283/2017 consid. 13 à 17 et les références).

En revanche, en citant les mêmes auteurs de doctrine, la chambre administrative a relevé que la commission reste compétente pour prononcer des injonctions en vertu de l'art. 43 al. 3 LPav dans les procédures judiciaires non soumises au CPC ou au CPP (ATA/283/2017 consid. 17 et la référence).

8. a. En l'occurrence, dès lors que le présent litige est soumis à la procédure administrative cantonale, il appartient à la commission du barreau de déterminer, en

vertu de l'art. 43 al. 3 LPAv, s'il y a lieu ou non d'interdire à Me CARRON de postuler en raison d'un conflit d'intérêts.

b. Selon l'art. 11 al. 3 LPA, si l'autorité décline sa compétence, elle transmet d'office l'affaire à l'autorité compétente et en avise les parties.

En conséquence, la cause doit être transmise à la commission du barreau pour connaître de la question du conflit d'intérêts, étant précisé que, à ce stade, les pièces du dossier sont tenues à disposition au greffe de la chambre de céans.

9. La suite de la procédure est réservée.

PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant sur incident

1. Déclare la demande en paiement du 1er décembre 2020 et la demande reconventionnelle du 12 mars 2021 recevables.
2. Déclare irrecevable la conclusion de Monsieur A_____ tendant à ce que la chambre de céans interdise à Me Vincent CARRON de postuler.
3. Transmet à la commission du barreau la cause pour statuer sur un conflit d'intérêts de l'avocat.
4. Réserve le fond.
5. 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
Julia BARRY	Valérie MONTANI

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