RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/644/2004 **ATAS/598/2005**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

1ère Chambre

du 5 juillet 2005

En la cause

Monsieur L_____	demandeur
contre	
X_____ mais comparant par Maître WASSMER Michèle en l'Etude de laquelle elle élit domicile	défenderesse

---

Siégeant : Mme Doris WANGELER, Présidente,
Mmes Juliana BALDE et Isabelle DUBOIS, Juges

EN FAIT

1. Monsieur L_____, né le 26 avril 1935, a travaillé au service de X_____. Il est au bénéfice d'une rente annuelle de retraite de 367'978 fr. versée par la Fondation de prévoyance (ci-après la Fondation), avec effet anticipé, depuis le 1er mai 1995.

2. L'intéressé s'était préalablement adressé à son employeur afin de connaître le montant de sa pension de retraite anticipée. Le chef du personnel (« personnal director ») lui avait indiqué que les cinq meilleures années consécutives étaient en ce qui le concernait les années 1989 à 1993 et que sa rente à l'âge de 65 ans serait ainsi de 494'760 fr. et à l'âge de 60 ans de 367'977 fr. 75. Il était par ailleurs précisé que le bonus 1993 avait été à tort enregistré en 1992, qu'une correction avait en conséquence été apportée pour l'inclure au revenu 1993.

   En novembre 1992, des employés de la société s'étaient en effet vu offrir la possibilité de recevoir le bonus 1992 en décembre de la même année, au lieu d'avoir à attendre février ou mars de l'année suivante.

   Un accord avait été signé par l'intéressé et la société en date des 19 septembre et 11 octobre 1994, concernant les modalités de la retraite anticipée au 1er mai 1995.

3. Par courrier du 26 avril 1995, Maître Urs ISENEGGER, à l'époque conseil de l'intéressé, a prié la Fondation de procéder à un nouveau calcul de la pension, compte tenu du fait que son mandataire avait reçu le bonus en décembre 1992 et non pas en 1993.

   Maître Michèle WASSMER, agissant au nom et pour le compte de la fondation, a répondu le 23 mai 1995 que le bonus avait été correctement pris en considération comme une gratification pour l'année 1993.

   Sollicité par l'intéressé, le Service de surveillance des fondations et des institutions de prévoyance du canton de Genève s'est déterminé le 8 juin 1995 comme suit :

   > « l'art. 1.8 du règlement au 1er janvier 1990 stipule effectivement que le salaire annuel est égal au salaire de base de l'année civile écoulée, ainsi que les bonus et gratifications *versés* dans le courant de cette même année. Nous rejoignons donc votre point de vue selon lequel l'intégralité des sommes qui vous ont été crédités au titre de bonus courant 1992 doit être prise en compte dans le calcul du salaire déterminant correspondant. (….) Il vous appartient de faire valoir vos droits auprès de la fondation de prévoyance en faveur du personnel du groupe Merrill Lynch en Suisse ».

4. L'intéressé a transmis cette prise de position à la Fondation le 15 juin 1995.

Les 19 juillet et 16 août 1995, il a à nouveau prié la Fondation de reconsidérer son cas.

5. Par courrier du 19 septembre 1995, la Fondation a confirmé qu'elle n'entendait pas entrer en matière sur les requêtes de l'intéressé, rappelant qu'à l'époque, celui-ci avait signé un accord les 19 septembre et 11 octobre 1994, sans formuler aucune réserve.

   En mai 2003, l'intéressé a appris que le fonds de pension avait procédé à l'indexation d'un certain nombres de rentes.

   Les 30 juin et 23 septembre 2003, il a alors interrogé à ce propos la Fondation. Il lui a été répondu que toute décision d'augmentation de rentes était prise à la seule discrétion du Conseil de fondation, et que celui-ci, lors de sa séance du 14 décembre 2000, avait décidé que seules les rentes inférieures au salaire maximum annuel assuré par le chômage seraient indexées (cf. courriers des 24 décembre 2003 et 26 janvier 2004).

6. Le 15 janvier 2004, l'intéressé s'est adressé à Y_____SA, en tant que cette société avait été mandatée par la Fondation pour sa gestion actuarielle du plan de pension. Il explique les événements s'étant déroulés dans le courant des années 1994 et 1995, et demande à nouveau à ce que le montant de sa pension soit recalculé.

   Il précise que s'il avait abandonné ses démarches à l'époque, c'est parce que :

   > « dans des conversations téléphoniques, mes derniers supérieurs Messieurs W_____ et G_____, m'ont clairement dit de ne pas poursuivre mes démarches sinon il bloqueront le paiement de ma rente indéfiniment. En plus, dans une lettre un des avocats X_____à Londres m'a dit de ne plus les harceler avec mes chiffres. A la suite de ces menaces, j'ai abandonné mes démarches car ces deux messieurs avaient déjà bloqué le paiement de mon salaire pendant les derniers mois de mon emploi pour une question relative à la caisse de pension. J'avais alors de bonnes raisons de prendre ces menaces au sérieux ».

7. Le 19 mars 2004, Y_____SA a confirmé à l'intéressé que le calcul effectué sur la base des indications salariales reçues à l'époque de l'employeur était exact.

8. Le 25 mars 2004, l'intéressé a déposé auprès du Tribunal de céans une requête concluant à ce que ses réclamations visant à inclure le bonus de 1992 dans le montant pris comme base de calcul pour sa rente de retraite et à ce qu'une possible indexation de rente soient examinées.

9. Interpellée, la Fondation s'est déterminée comme suit :

- recevant de l'employeur les indications sur les salaires et ne pouvant les remettre en cause, elle n'a pas la légitimation passive ;

- l'employeur avait informé à plusieurs reprises l'intéressé que le bonus serait intégré au salaire 1993, celui-ci ne l'a pas contesté à l'époque.

- l'art. 341 al. 1 CO n'est pas applicable en l'espèce.

- la prétention de l'intéressé est prescrite au sens de l'art. 41 al. 1 LPP

- les décisions d'indexation sont du libre choix du Conseil de fondation lequel a décidé que seules les rentes se situant en-dessous du gain assuré maximum par l'assurance-chômage seraient indexées.

13. Invité à dupliquer, l'intéressé a précisé le 24 mai 2004 qu'en réalité il avait été contraint de prendre une retraite anticipée, qu'il avait appris le 12 septembre 1994 que le bonus pour l'année 1992 serait intégré au salaire perçu en 1993, qu'il avait immédiatement pris contact avec la Fondation, soit pour elle Monsieur ANGUS, pour contester la méthode de calcul, que le mémo du 12 novembre 1992 auquel avait fait allusion la Fondation s'adressait exclusivement aux employés de nationalité américaine, que l'accord signé le 19 septembre 1994 ne se réfère aucunement à la Fondation de prévoyance.

14. Dans sa duplique du 22 juin 2004, la Fondation rappelle que des négociations ont eu lieu entre son employeur et l'intéressé dans le courant des mois d'août et septembre 1994, aux termes desquelles ce dernier a été payé pendant une période de préavis de huit mois et a reçu une indemnité de USD 300'000 en mars 1995, et qui ont abouti à l'accord signé les 19 septembre et 11 octobre 1994 ; qu'en contrepartie de ces prestations, l'intéressé donnait pleine et entière décharge à son employeur. La Fondation relève également que le courrier de Monsieur ANGUS daté du 12 septembre 1994, décrit très exactement la façon dont avait été calculé le montant de la pension et précise expressément que l'avance 1993 versée en 1992 ayant été à tort enregistrée comme une rémunération 1992 avait finalement été incluse dans la rémunération 1993. Selon la Fondation le paiement anticipé du bonus en 1992 à l'intéressé était soumis aux mêmes conditions que l'offre qui avait été faite à certains cadres de nationalité américaine dans le but d'anticiper un changement législatif aux Etats-Unis, ce que l'intéressé ne pouvait manquer de savoir. La Fondation persiste pour le surplus dans ses précédentes conclusions.

15. La duplique a été transmise à l'intéressé et la cause gardée à juger.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1er août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales, composé de 5 juges, dont un président et un vice-président, 5 suppléants et 16 juges assesseurs (art. 1 let. r et 56 T LOJ).

   Suite à l'annulation de l'élection des 16 juges assesseurs, par le Tribunal fédéral le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente permettant au Tribunal cantonal des assurances sociales de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

2. Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. b LOJ, le Tribunal cantonal des assurances sociales 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 (article 331 à 331e du code des obligations ; articles 52, 56a, alinéa 1, et article 73 de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982 ; article 142 code civil).

   Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

3. L'ouverture de l'action prévue à l'art. 73 LPP n'est, comme telle, soumise à l'observation d'aucun délai (SPIRA, Le contentieux des assurances sociales fédérales et la procédure cantonale. Recueil de jurisprudence, Neuchâtel, 1984 p. 19). Les prétentions qu'un affilié 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.

4. La Fondation allègue que n'étant pas habilitée à remettre en cause les éléments de salaires qui lui sont communiqués par l'employeur, elle n'a pas la légitimation passive. Tel n'est pas l'avis du Tribunal de céans. La demande dirigée contre la Fondation est en effet recevable, en tant que le litige porte sur des prestations LPP versées par elle.

5. Il s'agit plus particulièrement du montant de la rente de retraite due au recourant.

   L'art. 1er du règlement de la Fondation dresse la liste des termes utilisés et les définit. Il faut ainsi entendre par « salaire annuel », le salaire annuel de base de l'année civile écoulée, ainsi que les bonus et gratifications versés dans le courant de cette même année (ch. 1.7), et par « salaire déterminant », la moyenne du salaire annuel des cinq meilleures années consécutives précédant le début du droit à la rente de vieillesse (ch. 1.8).

   La Fondation a calculé le montant de la pension due à l'intéressé en se fondant sur les salaires réalisés durant les années 1989 à 1993, soit :

   1989 Fr. 645'201.-

1990	Fr.	615'050.-
1991	Fr.	562'932.-
1992	Fr.	956'798.-
1993	Fr.	810'420.-
moyenne	Fr.	718'080.-

L'intéressé prétend en revanche que les cinq dernières meilleures années sont les années 1988 à 1992, soit :

1988	Fr.	650'615.-
1989	Fr.	645'201.-
1990	Fr.	615'050.-
1991	Fr.	572'650.-
1992	Fr.	1'209'618.-
moyenne	Fr.	738'627.-

Il inclut le bonus de 212'240 fr. reçu en 1992 dans le salaire de cette même année, alors que la Fondation soutient qu'il doit en être tenu compte pour l'année de sa comptabilisation, soit en 1993.

Une différence de montant pour l'année 1991, soit pour l'intéressé 572'650 fr. et 562'932 fr. pour la Fondation, n'est en revanche pas contestée par ce dernier.

6. La question litigieuse porte sur le sort du bonus versé en 1992, mais comptabilisé en 1993.

Il importe de préciser le sens que l'on entend donner au terme de « salaire ». Selon l'art. 7 al. 2 LPP, est pris en considération le salaire déterminant au sens de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS). Le Conseil fédéral a admis dans le cadre de ses compétences des dérogations à ce principe en édictant l'art. 3 de l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle – OPP2. La jurisprudence rendue au sujet de cette disposition réglementaire a précisé que l'institution de prévoyance doit établir un décompte détaillé si elle ne se fonde pas sur un salaire annuel déterminant pour calculer le salaire coordonné (RSAS 1998 p. 150). Par ailleurs, lorsqu'elle détermine le salaire coordonné, l'institution de prévoyance doit tenir compte des modifications déjà convenues ou connues à ce moment (RSAS 1998 p. 146). En outre, dans un jugement publié in RSAS 1996 p. 67, le Tribunal des assurances zurichois a considéré que l'assuré, qui parvient à établir que l'employeur a déclaré à l'institution de prévoyance un salaire AVS inexact, peut en demander la rectification après coup.

Le bonus perçu par l'intéressé fait incontestablement partie du salaire déterminant au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS.

Selon les directives de l'Office fédéral des assurances – OFAS sur le salaire déterminant dans l'AVS, N° 1009 et 1010, le revenu est considéré comme acquis lorsqu'il est comptabilisé. Les cotisations sont dues à ce moment-là. Une

rétribution portée en compte est toutefois considérée comme acquise en tous cas lorsqu'elle correspond à une créance ayant une valeur économique et dont le salarié peut disposer. Les rétributions portées en compte qui constituent un salaire éventuel ou une simple promesse de salaire ne sont ainsi pas réputées avoir été acquises. Le Tribunal fédéral des assurances –TFA a eu l'occasion de confirmer que ce qui importait était de déterminer la date à laquelle le salaire avait été payé (RCC 1976, p. 87).

Force est de constater qu'en l'espèce le bonus a été payé par l'employeur en 1992, pour des raisons qui lui sont propres. Il doit en conséquence être intégré au salaire 1992.

Il convient au surplus de relever que l'art. 1er du règlement de la Fondation, ch. 1.7 fait état de bonus « versés » dans le courant de cette même année, ainsi que le souligne le Service de surveillance des fondations et des institutions de prévoyance du canton de Genève.

7. La Fondation fait valoir qu'en signant l'accord des 19 septembre et 11 octobre 1994, l'intéressé a renoncé à toute prétention qu'il pourrait avoir envers l'employeur et elle-même. Elle lui conteste dès lors le droit de remettre en cause les bases du calcul de sa rente. Elle ajoute à cet égard que l'art 341 al. 1 CO, aux termes duquel

> « le travailleur ne peut pas renoncer, pendant la durée du contrat et durant le mois qui suit la fin de celui-ci, aux créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective.
>
> Les dispositions générales en matière de prescription sont applicables aux créances découlant du contrat de travail »,

ne s'applique pas, puisqu'il ne concerne que les créances issues d'un contrat de travail ou d'un contrat collectif de travail.

Il y a cependant lieu de rappeler que pour qualifier juridiquement une rétribution dans l'AVS, les conventions ou accords ne sont pas décisifs (Directives de l'OFAS sur le salaire déterminant dans l'AVS N° 1024). D'une manière générale, en matière AVS, lorsqu'un accord peut être pris en considération, il ne l'est que dans le cadre de conditions strictement déterminées (cf. notamment Directives de l'OFAS sur la perception des cotisation AVS N° 2017 ss).

Quoi qu'il en soit, force est de constater que dans l'accord des 19 septembre et 11 octobre 1994, il n'est question ni de rente, ni de bonus.

8. Aux termes de l'art. 41 LPP dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2004, les actions en recouvrement de créances se prescrivent par cinq ans quand elles portent sur des cotisations ou des prestations périodiques, par dix ans dans les autres cas. Les art. 129 à 142 CO sont applicables.

En l'espèce, la Fondation soulève l'exception de la prescription, considérant que l'assuré pourrait tout au plus prétendre à un ajustement de sa rente pour les cinq dernières années, et non pas depuis le 1er mai 1995.

Le TFA a jugé que dans le cas d'une rente d'invalidité, chacun des arrérages se prescrit par cinq ans alors que le droit de percevoir les rentes comme tel se prescrit dans le délai ordinaire de dix ans (ATF 117 V 332, consid. 4 ; RSAS 2004 p. 454, 1997 p. 562 consid. 5b; arrêt B 47/04).

Selon le droit des obligations, le cours de la prescription est interrompu lorsque se produisent certains faits liés à l'exécution. C'est le cas par exemple d'actes qualifiés d'exécution forcée du créancier qui utilise les moyens mis à sa disposition par la loi pour obtenir l'exécution. Il peut s'agir d'actes de poursuite ou d'actes de procédure, à l'exclusion de simples rappels ou de mises en demeure. Dans ce cas un nouveau délai recommence à courir à partir de cet acte, dont la durée est en principe identique à celle du délai qui a été interrompu (arrêt B 54/99).

En l'espèce, le droit en tant que tel à la rente de vieillesse n'est pas contesté. Seul est litigieux le montant des prestations versées. L'action se prescrit dès lors par cinq ans. Ayant saisi le Tribunal de céans le 25 mars 2004, l'intéressé ne peut prétendre à la rectification du montant de sa rente annuelle qu'à compter de mars 1999, étant rappelé que seuls des actes de poursuite ou de procédure sont de nature à interrompre la prescription.

9. Aux termes de l'art. 36 al. 1 et 2 LPP :

> «Les rentes de survivants et les rentes d'invalidité en cours depuis plus de trois ans sont adaptées à l'évolution des prix, jusqu'à l'âge ordinaire de la retraite, conformément aux prescriptions du Conseil fédéral.
>
> Les rentes de survivants et les rentes d'invalidité qui ne doivent pas être adaptées à l'évolution des prix selon l'al. 1, ainsi que les rentes de vieillesse, sont adaptées à l'évolution des prix dans les limites des possibilités financières des institutions de prévoyance. L'organe paritaire ou l'organe suprême de l'institution de prévoyance décide chaque année si et dans quelle mesure les rentes doivent être adaptées ».

En l'espèce, le conseil de la Fondation a pris la décision le 14 décembre 2003 d'indexer les rentes annuelles inférieures au salaire maximum assuré par l'assurance-chômage, ce conformément à l'art. 36 al. 2 LPP. C'est dès lors à juste titre que la rente dont bénéficie l'intéressé, dépassant sensiblement le gain assuré maximum, n'a pas été indexée. La demande doit être rejetée sur ce point.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant
(conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ)

A la forme :

1. Déclare la demande recevable.

Au fond :

2. L'admet partiellement en ce sens que la rente due au demandeur sera rectifiée dans le sens des considérants à compter de mars 1999.

3. Renvoie la cause à la défenderesse afin qu'elle procède au nouveau calcul.

4. Dit que la procédure est gratuite.

5. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification par pli recommandé adressé au Tribunal fédéral des assurances, Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE, en trois exemplaires. Le délai ne peut être prolongé. Le mémoire doit : a) indiquer exactement quelle décision le recourant désire obtenir en lieu et place de la décision attaquée; b) exposer pour quels motifs il estime pouvoir demander cette autre décision; c) porter sa signature ou celle de son représentant. Si le mémoire ne contient pas les trois éléments énumérés sous lettres a) b) et c) ci-dessus, le Tribunal fédéral des assurances ne pourra pas entrer en matière sur le recours qu'il devra déclarer irrecevable. Le mémoire de recours mentionnera encore les moyens de preuve, qui seront joints, ainsi que la décision attaquée et l'enveloppe dans laquelle elle a été expédiée au recourant (art. 132, 106 et 108 OJ).

La greffière	La présidente
Marie-Louise QUELOZ	Doris WANGELER

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