

**COUR DES ASSURANCES SOCIALES**

---

---

Jugement du 16 février 2012

---

Présidence de M. NEU  
Juges : Mme Di Ferro Demierre et M. Piguet, juge suppléant  
Greffier : Mme Matile

\*\*\*\*\*

Cause pendante entre :

**B.** \_\_\_\_\_ **SÀRL**, à Vevey, demanderesse, représentée par Me Guy Longchamp, avocat à St-Sulpice,

et

**G.** \_\_\_\_\_, Fondation collective LPP, à Bâle, défenderesse, représentée par Me Pierre-Dominique Schupp, avocat à Lausanne,

---

**Art. 73 LPP; 1, 3 et 6 CO; 93 al. 1 let. c LPA-VD**

**E n f a i t :**

**A.**        **a)** B.\_\_\_\_\_ Sàrl est une société qui a pour but l'exploitation d'un cabinet de physiothérapie. A.E.\_\_\_\_\_ et B.E.\_\_\_\_\_, associés gérants de la société, étaient, en 2004, les seuls employés de la société.

**b)** Durant le courant de l'année 2004, B.\_\_\_\_\_ Sàrl a entrepris, en collaboration avec un intermédiaire, Q.\_\_\_\_\_ SA, des démarches afin de s'affilier à une institution de prévoyance professionnelle à titre rétroactif à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2003 pour la couverture de base LPP. Pour ce faire, elle s'est approchée de G.\_\_\_\_\_, Fondation collective LPP: elle a rempli le 19 juin 2004 un « Contrat d'adhésion » et le formulaire « Procès-verbal d'élection de la commission de prévoyance » et s'est acquittée le 11 octobre 2004 de la part de prime correspondant à la période courant du 1<sup>er</sup> janvier 2003 au 30 septembre 2004, soit 41'359 francs.

**c)** Le 30 juin 2004, A.E.\_\_\_\_\_ a rempli à titre personnel les formulaires «Inscription pour l'adhésion à la prévoyance professionnelle» et «Renseignement personnel pour la prévoyance professionnelle»; à la question de savoir si une opération ou une hospitalisation était prévue, il a répondu par l'affirmative. A.E.\_\_\_\_\_ a par la suite subi une intervention de chirurgie orthopédique. Le 15 novembre 2004, il a informé G.\_\_\_\_\_, Fondation collective LPP, qu'il pourrait reprendre le travail à 100 % dès le 29 novembre 2004. Le 30 novembre 2004, il a rempli, à la demande de l'institution de prévoyance, un nouveau formulaire « Inscription pour l'adhésion à la prévoyance professionnelle ».

**d)** Par courrier du 18 mars 2005, confirmé le 22 juin suivant, G.\_\_\_\_\_, Fondation collective LPP, a indiqué ne pas pouvoir donner de suite favorable à la demande d'adhésion de la société B.\_\_\_\_\_ Sàrl. Le 26 juin 2006, elle a remboursé le montant de 41'359 fr. correspondant aux primes déjà acquittées par la société.

**e)** Le 2 juin 2006, la Fondation K.\_\_\_\_\_ a affilié B.\_\_\_\_\_ Sàrl avec effet au 1<sup>er</sup> janvier 2003.

**B.** Le 18 septembre 2005, A.E.\_\_\_\_\_ a été la victime d'un accident vasculaire cérébral. Il a été mis au bénéfice d'une rente d'invalidité de l'assurance-invalidité et de prestations d'invalidité de la prévoyance professionnelle versées par la Fondation K.\_\_\_\_\_.

**C. a)** Mise en demeure par la Fondation K.\_\_\_\_\_ de s'acquitter de la somme de 81'824 fr. 40, correspondant au solde des primes demeurées impayées par B.\_\_\_\_\_ Sàrl jusqu'au 31 décembre 2008 et à une contribution supplémentaire à titre de réparation du dommage causé par le fait qu'un cas d'assurance s'était produit avant que l'employeur ne se fût affilié à une institution de prévoyance, B.\_\_\_\_\_ Sàrl, par l'intermédiaire de B.E.\_\_\_\_\_, s'est adressée le 2 mai 2009 à l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) pour lui faire part de son incompréhension et l'interpeller sur l'attitude de la G.\_\_\_\_\_, Fondation collective LPP, lorsque elle avait sollicité son affiliation auprès d'elle.

Le 8 mai 2009, l'OFAS, par l'intermédiaire de sa section « Surveillance prévoyance professionnelle », s'est adressé à la G.\_\_\_\_\_, Fondation collective LPP, en dressant notamment le constat suivant :

« Aufgrund der uns vorliegenden Unterlagen gehen wir [...] davon aus, dass zwischen der G.\_\_\_\_\_ und der B.\_\_\_\_\_ Sàrl ein Vertrag zustande gekommen ist. Gemäss Absatz D des Anschlussvertrags wird ein Anschluss spätestens nach 60 Tagen nach Empfang der Anmeldeformulare definitiv. Die G.\_\_\_\_\_ erhielt den Anschlussvertrag am 19. August 2004. Obwohl die Prämien im Umfang von 41'359 CHF am 18. Oktober 2004 überwiesen wurden, teilte die G.\_\_\_\_\_ B.\_\_\_\_\_ Sàrl erst am 18. März 2005 mit, dass sie nicht aufgenommen werden können ».

Par courrier du 9 juin 2009, G.\_\_\_\_\_, Fondation collective LPP, a adressé la réponse suivante à l'autorité de surveillance :

"Ihre Anfrage wegen der Rechtmässigkeit der Ablehnung des Vertrages mit der B.\_\_\_\_\_ Sàrl haben wir geprüft. Wie immer in solchen Angelegenheiten gibt es verschiedene Standpunkte und mit der Zeit werden

vielleicht auch Einzelheiten vergessen. Aus unserer Sicht hat sich der ganze Fall folgendermassen zugetragen:

Am 19.06.2004 wurde der Antrag für einen Anschlussvertrag mit der G. \_\_\_\_\_ Sammelstiftung BVG rückwirkend auf den 01.01.2003 ausgefüllt. Wie immer bei rückwirkenden Anschlüssen verlangt die G. \_\_\_\_\_ Versicherung auch in diesem Fall eine Vorausprämie, bevor der Antrag überhaupt geprüft wird. Am 11.10.2004 ging die Zahlung ein. Allerdings ist in diesem Zeitpunkt der Versicherte A.E. \_\_\_\_\_ nicht voll erwerbstätig, weshalb nach der Genesung am 29.11.2004 erneut ein Anmeldeformular einverlangt wird. Vollständig ausgefüllt ist dieses Formular erst am 7. Februar 2005 bei der Regionaldirektion der G. \_\_\_\_\_ Versicherung in Genf eingegangen. Erst ab diesem Zeitpunkt konnte die medizinische Risikoprüfung vorgenommen werden. Am 18. März 2005 wurde die Ablehnung des Antrages mitgeteilt. Am 22. Juni 2005 hat die G. \_\_\_\_\_ Versicherung nach nochmaliger Überprüfung die Aussage des Briefes vom 18. März 2005 bestätigt und gleichzeitig die Überweisungsadresse für die Rückzahlung der Vorausprämie einverlangt. Am 30. Juni 2006 konnte der Betrag endlich zurücküberwiesen werden.

Die Ablehnung des Antrags geschah gemäss unseren internen Annahmerichtlinien. Da wir erst Anfang Februar 2005 die notwendigen Angaben erhalten haben, ist die erwähnte Frist von 60 Tagen bis zur Ablehnung eingehalten. Wir sind deshalb überzeugt, richtig vorgegangen zu sein"

Constatant que le litige concernait un assuré et une institution de prévoyance et qu'il n'était pas compétent pour statuer dans une telle situation, l'OFAS a, par courrier du 18 juin 2009, conseillé à B.E. \_\_\_\_\_ de s'adresser au tribunal cantonal des assurances sociales.

**b)** La Fondation K. \_\_\_\_\_ a fait notifier un commandement de payer la somme de 81'824 fr. 40 en date du 5 août 2009 et une commination de faillite en date du 7 octobre 2009.

**c)** Le 20 novembre 2009, B. \_\_\_\_\_ Sàrl a imparti à G. \_\_\_\_\_, Fondation collective LPP, un délai échéant au 26 novembre 2009 pour qu'elle l'affilie avec effet rétroactif au 1<sup>er</sup> janvier 2003 ou, subsidiairement, lui verse la somme de 100'000 fr. à titre de dommages-intérêts. Le 7 décembre 2009, elle a fait notifier à G. \_\_\_\_\_, Fondation collective LPP, un commandement de payer la somme de 100'000 fr. Cette dernière a fait opposition.

**d)** Par courriers des 17 décembre 2009 et 27 janvier 2010, G. \_\_\_\_\_, Fondation collective LPP, a refusé d'entrer en matière sur la requête de B. \_\_\_\_\_ Sàrl.

**D.**           **a)** Par demande du 18 mars 2010, B.\_\_\_\_\_ Sàrl, représentée par Me Guy Longchamp, a ouvert action contre G.\_\_\_\_\_, Fondation collective LPP, en concluant, sous suite de dépens, à son affiliation auprès de la défenderesse avec effet rétroactif au 1<sup>er</sup> janvier 2003.

A son avis, il ne faisait aucun doute qu'elle avait signé une demande d'affiliation dans le but d'assurer son personnel pour la prévoyance professionnelle. S'il n'existait pas d'obligation pour une institution de prévoyance professionnelle d'accepter une demande d'affiliation, cela ne l'autorisait toutefois pas à laisser planer un doute à ce sujet; elle ne pouvait, par son attitude, laisser penser qu'un contrat d'affiliation était entré en force, puis refuser ensuite cette adhésion sans aucun motif.

A teneur de la lettre D de la 1<sup>ère</sup> partie du contrat d'adhésion, qui prévoyait que « [l]a couverture provisoire de prévoyance s'éteint lors de l'entrée en vigueur de la couverture de prévoyance définitive ou en cas de rétractation par la fondation, mais au plus tard soixante jours après réception de la demande d'adhésion », l'absence de refus, respectivement le silence de la défenderesse dans le délai de soixante jours ne pouvait être raisonnablement compris que comme valant acceptation définitive de la demande d'affiliation. Toute autre interprétation contrevenait au principe de la confiance et à l'adage in dubio contra stipulatorem.

En l'espèce, la demande d'adhésion était parvenue à la défenderesse le 19 août 2004 au plus tard, de sorte que le délai de soixante jours prévu à la lettre D de la 1<sup>ère</sup> partie du contrat d'adhésion était arrivé à échéance le 18 octobre 2004. Cette date correspondait au jour où la défenderesse avait, sans émettre aucune réserve, encaissé la prime de 41'359 fr. Dès cette date, la demanderesse pouvait déjà valablement penser qu'elle était assurée définitivement. Cela étant, une des personnes à assurer avait complété une nouvelle formule le 30 novembre 2004, laquelle avait été réceptionnée au plus tard le 1<sup>er</sup> janvier 2005 par la direction générale de G.\_\_\_\_\_ à Genève. Dans cette

hypothèse, le délai de soixante jours prévu à la lettre D de la 1<sup>ère</sup> partie du contrat d'adhésion était arrivé à échéance le 2 mars 2005. Le refus signifié le 18 mars 2005 était par conséquent intervenu largement après le délai de soixante jours.

**b)** Dans sa réponse du 9 juillet 2010, G.\_\_\_\_\_, Fondation collective LPP, représentée par Me Pierre-Dominique Schupp, a conclu au rejet de la demande.

Contrairement aux affirmations de la demanderesse, aucun contrat d'affiliation n'avait été valablement conclu entre les parties; la défenderesse estime avoir respecté à l'époque tant ses conditions générales, conformes aux dispositions légales en vigueur, que le principe de la confiance.

Elle rappelle que la couverture provisoire prévue à la lettre D de la 1<sup>ère</sup> partie du contrat d'adhésion était sans rapport avec la question de l'adhésion, réglée au chiffre 3.1 des dispositions générales (2<sup>ème</sup> partie du contrat d'adhésion). La couverture provisoire était en effet un acte unilatéral par lequel la défenderesse assurait une couverture à la demanderesse pendant la période limitée d'étude du risque, indépendamment de toute conclusion du contrat. La période de couverture provisoire ne devait pas être confondue avec la conclusion du contrat. En tout état de cause, quelque soit la date prise en considération pour la transmission de la demande définitive d'affiliation, la couverture provisoire s'était éteinte au plus tard le 15 mars 2005, date du refus d'affiliation de la demanderesse par la défenderesse.

Quant au contrat principal, il n'avait jamais été conclu, faute de respect de la forme écrite pour l'acceptation de l'offre déposée par la demanderesse. Celle-ci ne pouvait déduire d'un prétendu silence de la défenderesse que l'affiliation avait été acceptée.

La défenderesse estime par ailleurs n'avoir jamais adopté un comportement contradictoire, que ce soit concernant le versement des

primes rétroactives versées par la demanderesse ou concernant le temps pris pour refuser l'affiliation. Le but des primes rétroactives était uniquement d'assurer la couverture pour la période précédant les premières démarches de la demanderesse, pour le cas où le contrat serait conclu, et constituait une condition nécessaire à la conclusion du contrat. Il n'était donc pas possible de se baser sur le principe de la confiance pour indiquer que le contrat était conclu au moment du versement. Quant au reproche de tardiveté, il tombait à faux. Si la défenderesse avait effectivement reçu le formulaire d'inscription de A.E. \_\_\_\_\_ le 3 décembre 2004, celui-ci n'était pas entièrement complété. C'est pourquoi il avait été renvoyé à son expéditeur. Retourné à nouveau incomplet, il avait dû être renvoyé une seconde fois. Le troisième envoi complété a été reçu par la direction régionale le 7 février 2005, puis transmis au siège de la défenderesse le 2 mars 2005; le refus d'affiliation était intervenu le 18 mars 2005. Il s'était donc écoulé moins de trente jours entre la réception du document complété correctement et son envoi au siège de la défenderesse, puis une quinzaine de jours jusqu'au refus définitif d'affiliation.

Si par impossible il convenait de retenir une couverture de la part de la défenderesse autre que la couverture provisoire prévue par les conditions générales, la période d'affiliation prévue par les parties s'arrêterait le 31 décembre 2007. Dès lors que l'atteinte irréversible alléguée avait eu lieu le 18 septembre 2005 et qu'elle n'avait pas été communiquée à la défenderesse avant le mois de juin 2009, il y aurait lieu de voir une tardiveté impardonnable dans la réaction de la demanderesse.

**c)** Dans ses déterminations du 15 octobre 2010, la Fondation K. \_\_\_\_\_ propose, en qualité d'intervenante à la procédure, l'admission de la demande. Elle est d'avis que la disposition de la demande d'affiliation stipulant que la couverture provisoire s'éteignait au plus tard soixante jours après réception de la demande d'adhésion était une clause insolite, à laquelle il convenait de substituer par analogie l'art. 2 al. 2 LCA. La disposition de la demande d'adhésion devait donc être comprise comme suit: « La couverture de prévoyance est considérée comme

définitive, si la fondation ne la refuse pas dans les quatre semaines après que la demande d'adhésion lui est parvenue ». Cette solution s'imposait d'autant plus que la défenderesse réassurait intégralement les risques décès et invalidité auprès de G. \_\_\_\_\_ Société suisse d'assurance sur la vie SA, laquelle était indubitablement soumise à la LCA. En conséquence, la demanderesse était affiliée à la défenderesse depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2003, cette dernière n'ayant pas refusé la demande d'adhésion dans les quatre semaines à compter du 19 août 2004.

**d)** Dans sa réplique du 4 janvier 2011, B. \_\_\_\_\_ Sàrl a repris les conclusions de sa demande du 18 mars 2010.

Elle met en exergue qu'aux termes de l'art. 2.3.11 des dispositions générales du contrat d'adhésion, si l'employeur demande une affiliation rétroactive et qu'il existe un délai supérieur à trois mois entre le début et la date de la signature du contrat, les cotisations pour la période déjà courue sont dues à l'avance; le contrat d'adhésion n'entre en vigueur qu'après l'enregistrement du paiement. Dans la mesure où elle avait versé à la défenderesse la somme de 41'359 fr. relative aux primes pour la période du 1<sup>er</sup> janvier 2003 au 30 septembre 2004 et que ce paiement avait été enregistré le 18 octobre 2004, sans réserve ni remarque écrite, il y avait lieu de conclure que le contrat d'adhésion était entré en vigueur au moment de l'enregistrement du paiement. Car de deux choses l'une: soit aucun contrat n'était entré en vigueur, et aucune prime n'était due à l'avance; soit le contrat était entré en vigueur, et il ne pouvait être résilié que pour sa plus proche échéance, à savoir le 31 décembre 2007. De manière plus générale, des cotisations ne pouvaient être dues à l'avance que si un contrat était venu préalablement à chef. L'enregistrement du paiement pour la période déjà courue ne constituait qu'une condition suspensive pour l'entrée en vigueur rétroactive du contrat qui avait été préalablement accepté. Il est en effet évident qu'aucun employeur n'accepterait d'immobiliser plusieurs dizaines de milliers de francs auprès d'une institution de prévoyance, sans avoir la garantie que sa demande d'admission serait acceptée.

En tout état de cause, il convenait d'admettre que le contrat d'adhésion était entré en vigueur en raison de l'attitude contraire au principe de la confiance adopté par la défenderesse. Les informations qui faisaient défaut dans le second formulaire d'inscription de A.E. \_\_\_\_\_ étaient parfaitement connues de la défenderesse, à tout le moins depuis la réception du premier formulaire le 19 août 2004, et ne modifiaient en rien une éventuelle appréciation du risque sur la base de l'examen de santé de l'intéressé. La demande d'adhésion étant datée du 19 août 2004, la couverture provisoire aurait donc dû prendre fin en octobre 2004. En considérant que la couverture provisoire avait été étendue par la défenderesse en raison du second formulaire rempli par A.E. \_\_\_\_\_, c'est au plus tard le 3 décembre 2004, voire éventuellement le 1<sup>er</sup> janvier 2005 que le délai de soixante jours prévu à la lettre D de la 1<sup>ère</sup> partie du contrat d'adhésion et à l'art. 3.1 de ses dispositions générales avait débuté. Le délai de soixante jours était par conséquent échu le 18 mars 2005.

La demanderesse relève également que la couverture provisoire ne pouvait concerner que A.E. \_\_\_\_\_, B.E. \_\_\_\_\_ n'ayant pas rempli de formulaire de renseignement personnel. La protection de prévoyance de celle-ci était par conséquent définitive dès le 19 août 2004, conformément à l'art. 3.4.1 du règlement sur la prévoyance en faveur du personnel (3<sup>ème</sup> partie du contrat d'adhésion). Concernant A.E. \_\_\_\_\_, la défenderesse ne pouvait pas valablement faire dépendre l'entrée en vigueur du contrat d'adhésion de la réception de renseignements qu'elle connaissait déjà dès le 19 août 2004. Qui plus est, aucune réserve de santé ne pouvait être émise dans le cadre d'une affiliation relevant du minimum LPP. L'examen de santé de A.E. \_\_\_\_\_ au sens de l'art. 3.2 du règlement sur la prévoyance ne pouvait pas conduire à un refus d'admission, s'agissant d'un salarié qui avait dû remettre un renseignement personnel au sens de l'art. 3.5.1 de ce même règlement. En bonne logique, l'acceptation le 18 octobre 2004 du paiement de 41'359 fr., soit dans le délai de soixante jours à compter de la réception de la demande d'adhésion, respectivement l'absence de refus exprès dans ce même délai de soixante jours ne pouvait être raisonnablement comprise

que comme une acceptation de la demande d'affiliation. Au vu des circonstances, la demanderesse n'avait pas à attendre une acceptation formelle de la part de la défenderesse. Affirmer, comme le faisait la défenderesse, que la forme écrite aurait été réservée dénotait de la mauvaise foi.

En tant que l'art. 2 al. 2 LCA permet de cerner ce qu'il faut entendre par « délai convenable » dans lequel un refus exprès devrait intervenir de la part de la fondation de prévoyance, au sens de l'art. 6 CO, cette disposition est applicable par analogie. Même à considérer que la demande d'adhésion aurait été reçue le 7 février 2005 par la défenderesse, le délai de quatre semaines pour signifier un refus devait être considéré comme échu au moment de la réception du refus.

Pour finir, la demanderesse relève que les clauses des conditions générales de la défenderesse étaient stéréotypées, ambiguës et difficilement compréhensibles. Elles ne pouvaient être comprises que dans le sens où, à défaut de refus signifié par la défenderesse dans le délai de soixante jours à compter de la réception de la demande d'adhésion, la protection de prévoyance était définitive.

**e)** Dans sa duplique du 23 mars 2011, G.\_\_\_\_\_, Fondation collective LPP, s'est référée intégralement aux conclusions de sa réponse du 8 juillet 2010.

A son avis, A.E.\_\_\_\_\_ et B.E.\_\_\_\_\_ devaient être considérés comme des travailleurs indépendants, si bien que leur affiliation à la LPP était facultative et les règles applicables n'étaient pas les art. 7 ss LPP, mais les art. 44 ss LPP, les règles de la LCA et celles de la partie générale du Code des obligations.

Indépendamment de la nature dépendante ou indépendante de l'activité professionnelle exercée par A.E.\_\_\_\_\_ et B.E.\_\_\_\_\_, le contrat d'adhésion entre la demanderesse et la défenderesse n'était jamais venu à chef par défaut de conclusion dudit contrat en la forme

écrite, ni même par l'apparence créée. La défenderesse reproche à la demanderesse d'opérer une confusion entre les notions de « contrat d'adhésion » et de « rapport d'affiliation ». En l'espèce, la conclusion écrite d'un contrat d'adhésion était le préalable nécessaire à la mise en œuvre des rapports d'affiliation. L'exigence de la défenderesse de faire remplir à la demanderesse une demande d'adhésion, qui pour devenir un contrat d'adhésion devait obtenir la contresignature de la défenderesse, manifestait sans équivoque que les parties contractantes n'entendaient se lier qu'à compter de l'accomplissement de cette forme spéciale. Par ailleurs, la demanderesse ne pouvait prétendre que l'affaire était d'une nature spéciale qui lui permettait de croire à la conclusion tacite du contrat d'adhésion définitive.

Quoi qu'il en soit, la défenderesse n'avait jamais suscité une expectative que la demanderesse aurait pu interpréter comme la volonté de la défenderesse de se lier en concluant un contrat d'adhésion définitive. Le versement de primes rétroactives devait servir à couvrir la période précédant les premières démarches de la demanderesse pour le cas où un contrat d'adhésion définitive serait conclu. La demanderesse ne pouvait pas déduire de ce paiement que la défenderesse entendait se lier pour le futur par un contrat d'adhésion définitive.

En outre, la défenderesse n'avait pas tardé avant de prendre position sur la demande d'adhésion de la demanderesse. Entre le refus d'adhésion exprès intervenu le 18 mars 2005 et la réception du formulaire d'inscription complet, il ne s'était écoulé que deux semaines. Considérant le principe de la liberté contractuelle, elle était parfaitement fondée à attendre d'obtenir des éléments fiables sur l'état de santé de A.E.\_\_\_\_\_. Il s'agissait en effet d'un élément fondamental pour l'appréciation du risque pris par la défenderesse avant d'accepter l'adhésion.

L'art. 2 al. 2 LCA n'était d'aucun secours à la demanderesse. Cette disposition était en effet réservée à la situation particulière de la prolongation, de la modification ou de la remise en vigueur d'un contrat suspendu. Tel n'était pas le cas en l'espèce.

Quant à la couverture provisoire, elle résultait d'un autre contrat, distinct du contrat d'adhésion. En l'espèce, dite couverture avait pris fin soixante jours après la réception de la demande d'adhésion de la demanderesse, soit le 19 octobre 2004. La défenderesse avait refusé de conclure un premier contrat d'adhésion définitive avec la demanderesse. La question de savoir si ce contrat d'adhésion définitive se serait prolongé, aurait été modifié ou aurait été remis en vigueur au sens de l'art. 2 al. 2 LCA ne se posait donc pas.

Pour les mêmes raisons, l'argument de la Fondation K. \_\_\_\_\_ suivant lequel il faudrait qualifier de clause insolite la disposition figurant dans la demande d'adhésion ne résistait pas à l'examen. La demande d'adhésion ne pouvait être qualifiée de conditions générales, mais de proposition d'assurance; la règle de l'insolite ne trouvait pas application dans ce cas de figure.

La demanderesse ne pouvait par ailleurs se réfugier derrière la règle d'interprétation « in dubio contra stipulatorem » des conditions générales. Dans la mesure où aucun contrat d'adhésion définitive n'avait été conclu entre les parties au litige, il n'était pas le lieu de s'interroger sur ce à quoi elles auraient pu s'engager si le contrat était venu à chef.

**f)** Dans ses déterminations du 1<sup>er</sup> juin 2011, B. \_\_\_\_\_ Sàrl a répondu aux derniers arguments de la défenderesse.

Ainsi remarque-t-elle que la défenderesse n'apportait aucun élément objectif autorisant à penser que A.E. \_\_\_\_\_ et B.E. \_\_\_\_\_ ne remplissaient pas les conditions de « salarié » prévues par la loi. Elle réitère le caractère choquant d'une argumentation selon laquelle une institution de prévoyance pouvait exiger le paiement d'une prime, sans qu'aucune couverture d'assurance ne soit accordée et rappelle que des cotisations ne pouvaient être dues à l'avance au sens de l'art. 2.3.11 des dispositions générales du contrat d'adhésion que si un contrat était venu préalablement à chef.

L'attitude de la défenderesse, en tant qu'elle exigeait le paiement d'une prime rétroactive, ne pouvait être comprise par la demanderesse que comme une acceptation de la demande d'adhésion. Une institution de prévoyance ne pouvait exiger le paiement d'une prime calculée exactement et précisément en fonction des éléments transmis par l'employeur, sans garantir en contrepartie la couverture d'assurance correspondante.

### **E n d r o i t :**

**1. a)** Le for des litiges du droit de la prévoyance professionnelle 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 [loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité; RS 831.40]).

**b)** Chaque canton doit désigner un tribunal qui connaît, en dernière instance cantonale, des contestations opposant les institutions de prévoyance, employeurs et ayants droit (art. 73 al. 1 LPP). Dans le canton de Vaud, cette compétence est dévolue à la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal (art. 93 al. 1 let. c LPA-VD [loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative; RSV 173.36]).

**c)** L'acte introductif d'instance revêt la forme d'une action (ATF 115 V 224 et 239; 117 V 237 et 329 consid. 5d; 118 V 158 consid. 1, confirmés par ATF 129 V 450 consid. 2). Faute pour la LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales; RS 830.1) de trouver application en matière de prévoyance professionnelle, il y a lieu d'appliquer sur le plan procédural les règles des art. 106 ss LPA-VD sur l'action de droit administratif.

**d)** En l'espèce, l'action de la demanderesse, formée devant le tribunal compétent à raison du lieu de l'exploitation, est recevable en la forme (arrêt du Tribunal fédéral des assurances B 93/04 du 9 août 2005 consid. 2.3, in SVR 2006 BVG n° 17 p. 61). Il y a lieu d'entrer en matière.

**2. a)** Le présent litige a exclusivement pour objet la question de savoir si la demanderesse a conclu un contrat d'affiliation avec la défenderesse.

**b)** De l'affiliation de la demanderesse découle toutes les autres obligations en rapport avec la prévoyance professionnelle, qu'elles soient prévues par la loi, par les ordonnances d'application ou par le règlement de prévoyance; elle entraîne notamment l'assurance des salariés de la demanderesse, en tant qu'ils remplissent les conditions légales (Rémy Wyler, in LPP et LFLP, 2010, n° 4 ad. art. 11 LPP). En revanche, à défaut de conclusion d'un contrat d'affiliation, la question de savoir si les salariés de la demanderesse ont été assurés, soit pour le cas d'espèce A.E. \_\_\_\_\_ et B.E. \_\_\_\_\_, ne se pose pas.

**3. a)** Selon l'art. 11 al. 1 LPP, 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.

La convention dite d'affiliation (Anschlussvertrag) d'un employeur à une fondation collective ou à une fondation commune est un contrat innomé sui generis au sens étroit (ATF 120 V 299 consid. 4a). Le contrat d'affiliation est soumis aux règles générales du droit des obligations (art. 1 ss CO) et doit s'interpréter notamment selon le principe de la confiance. Ce n'est pas un contrat d'assurance au sens de la LCA (loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance, RS 221.229.1), bien qu'il présente certains éléments comparables à ce dernier (arrêt du Tribunal fédéral des assurances B 84/00 du 3 octobre 2001 consid. 4a; ULRICH Stauffer, Berufliche Vorsorge, p. 112; Bettina Kahil-

Wolff/Emmanuelle Simonin, Révision totale de la LCA: l'avant-projet et les assurances sociales, in *Quoi de neuf en droit social*, 2008, p. 140).

**b)** D'après l'art. 1 al. 2 CO (Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse [Livre cinquième: Droit des obligations], RS 220), la volonté de conclure un contrat peut être manifestée de manière expresse ou tacite. Une manifestation de volonté tacite ne peut cependant être retenue qu'en présence d'un comportement univoque dont l'interprétation ne suscite raisonnablement aucun doute. Cette restriction découle du principe de la confiance. De manière générale, un comportement purement passif ne saurait ainsi être tenu pour la manifestation d'une volonté de s'engager, en particulier pour l'acceptation d'une offre (ATF 129 III 476 consid. 1a; 123 III 53 consid. 5a).

**c)** Selon l'art. 6 CO, lorsque l'auteur de l'offre ne devait pas, en raison de la nature spéciale de l'affaire, soit des circonstances, s'attendre à une acceptation expresse, le contrat est réputé conclu si l'offre n'a pas été refusée dans un délai convenable. En principe, le silence ne vaut pas acceptation (ATF 30 II 298 consid. 3; arrêt du Tribunal fédéral 4C.303/2001 du 4 mars 2002 consid. 2b, in SJ 2002 I p. 363; Eugen Bucher, in Basler Kommentar, OR I, 4<sup>ème</sup> éd. 2007, n° 4 ad art. 6 CO; François Dessemontet, in Commentaire romand, CO I, 2003, n° 1 ad art. 6 CO). Ainsi, l'absence de réaction après avoir reçu une facture ne peut pas être tenue comme une acceptation du montant réclamé (ATF 112 II 500 consid. 3b). Ce n'est donc qu'exceptionnellement que le silence sera interprété comme une acceptation (ATF 30 II 298 consid. 3).

**d)** Aux termes de l'art. 16 al. 1 CO, les parties qui ont convenu de donner une forme spéciale à un contrat pour lequel la loi n'en exige point, sont réputées n'avoir entendu se lier que dès l'accomplissement de cette forme. L'art. 16 CO présume que la forme réservée est une condition de la validité du contrat; cette présomption peut être détruite par la preuve que la forme volontaire ne vise qu'à faciliter l'administration des preuves. Cela sera, en général, admis lorsque la forme n'a été réservée qu'après la conclusion du contrat (ATF 105 II 75 consid. 1). Lorsqu'une

partie confirme un accord passé oralement par un courrier sans être contredite, celui-ci est, selon le principe de la confiance, présumé exact. Le destinataire supporte alors le fardeau de la preuve du fait que le contenu de la confirmation écrite ne correspond pas à l'accord effectivement passé (arrêt du Tribunal fédéral 4C.303/2001 du 4 mars 2002 consid. 2b avec les références, in SJ 2002 I 363). L'existence et la portée d'une forme conventionnelle réservée se déterminent en principe selon les règles usuelles en matière d'interprétation des contrats.

**4.** L'argumentation de la demanderesse repose notamment sur l'interprétation qu'elle fait des dispositions du contrat d'affiliation relatives à la couverture provisoire de prévoyance (lettre D de la 1<sup>ère</sup> partie du contrat d'adhésion). Dans ces conditions, il apparaît judicieux d'examiner, en premier lieu, la nature et la portée de la couverture provisoire offerte par la défenderesse.

**a)** Une fondation de prévoyance a normalement besoin d'un certain temps pour procéder à l'examen de la proposition d'affiliation et décider de son acceptation ou de son refus. Dans le même temps, l'employeur qui requiert son affiliation voudrait pouvoir bénéficier aussitôt que possible de la couverture de prévoyance. Pour répondre à ce besoin, la fondation de prévoyance a la possibilité d'accorder à l'employeur une couverture provisoire de prévoyance. Celle-ci a pour effet d'offrir à l'employeur la couverture de prévoyance envisagée quand bien même la proposition n'a pas encore été acceptée. En règle générale, les conditions de la couverture provisoire de prévoyance correspondent à celles qui assortissent le règlement de prévoyance. La couverture provisoire est normalement limitée dans le temps; elle échoit le plus souvent au moment de l'acceptation définitive de la proposition d'affiliation ou de son refus. S'agissant de la nature juridique de la couverture provisoire de prévoyance, il convient d'admettre qu'elle ne constitue pas une promesse de contracter au sens de l'art. 22 al. 1 CO, mais bel et bien un contrat d'affiliation indépendant (sur la notion de couverture provisoire, voir

notamment Vincent Bruhlart, Droit des assurances privées, 2008, p. 196 s.; Willy Koenig, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 1967, p. 74 s.).

**b)** Les dispositions relatives à la couverture provisoire de prévoyance contenues dans le contrat d'adhésion sont les suivantes :

"Dès réception de la demande d'adhésion au siège de la fondation à Bâle, au plus tôt à compter du début contractuel prévu, il existe pour les personnes à assurer une couverture provisoire de prévoyance dans le cadre ci-après :

-pour les personnes à assurer qui sont à assurer obligatoirement selon LPP et qui ont à remettre un renseignement personnel, il existe une couverture provisoire de prévoyance dans les limites des prestations minimales LPP;

-pour les personnes à assurer qui ne sont pas à assurer obligatoirement selon LPP et qui ont à remettre un renseignement personnel, il n'existe aucune couverture provisoire de prévoyance;

-pour les personnes à assurer qui n'ont pas à remettre un renseignement personnel, il existe une couverture provisoire de prévoyance dans les limites des prestations demandées.

Lors de l'admission, les personnes à assurer suivantes doivent compléter et remettre à la Fondation le formulaire « renseignement personnel » mis à disposition par celle-ci sous forme de papier ou disponible sur Internet :

-les personnes qui ne doivent pas obligatoirement être assurées selon la LPP (p. ex. commerçant indépendant);

-les personnes qui sont en traitement ou en contrôle médical lors de l'admission dans la prévoyance;

-les personnes qui ne sont pas entièrement capables de travailler lors de l'admission;

-les personnes pour lesquelles il existait une clause restrictive ou une surprime de risque dans l'institution de prévoyance précédente;

-ou les personnes avec un salaire annuel supérieur au triple de la rente de vieillesse annuelle AVS maximum simple, et qui ne rentrent pas dans un plan LPP-Minimum ou LPP-I.

Est considérée comme ne jouissant pas de son entière capacité de gain une personne à assurer qui :

-doit, pour des raisons de santé, s'absenter totalement ou partie de son travail;

-perçoit des indemnités journalières par suite de maladie ou d'accident;

-est annoncée auprès d'une assurance-invalidité d'Etat;

-perçoit une rente en raison d'une invalidité totale ou partielle;

-ou ne peut plus, pour des raisons de santé, exercer à plein temps une activité correspondant à sa formation et à ses capacités.

La couverture provisoire de prévoyance s'éteint lors de l'entrée en vigueur de la couverture de prévoyance définitive ou en cas de rétractation par la fondation, mais au plus tard 60 jours après réception de la demande d'adhésion."

**c)** En l'occurrence, il convient d'admettre que la couverture provisoire de prévoyance offerte unilatéralement et gratuitement par la

défenderesse constituait un contrat de durée limitée, parfaitement indépendant du contrat d'affiliation objet du présent litige. Le délai de soixante jours prévu au dernier paragraphe - délai qu'il y a lieu par ailleurs de rapprocher du délai de soixante jours durant lequel le proposant est lié par son offre (chiffre 3.1 des dispositions générales du contrat d'adhésion) - ne pouvait être compris que comme étant la durée maximale de la couverture provisoire (et du contrat sous-jacent). De fait, cette disposition aurait pu tout au plus jouer un rôle si un cas d'assurance était survenu au cours des soixante jours ayant suivi la réception de la demande d'adhésion, ce qui n'a toutefois pas été le cas. Contrairement à ce que soutient la demanderesse dans ses écritures, une telle clause n'a rien d'insolite. La couverture provisoire est en effet une prestation fréquemment accordée par les assureurs pendant la période d'examen d'une proposition d'assurance (notamment dans le domaine de l'assurance-vie). En tant que la demanderesse entend faire dépendre de cette couverture provisoire de prévoyance des effets quant à la question de son affiliation à la demanderesse, son argumentation doit être rejetée.

**d)** La couverture provisoire prévue à la lettre D de la 1<sup>ère</sup> partie du contrat d'adhésion ne doit pas être confondue avec la couverture provisoire au sens des chiffres 3.2 et suivants du règlement sur la prévoyance en faveur du personnel. Aux termes de ces dispositions, la défenderesse est autorisée à émettre des réserves de santé à l'égard des personnes à assurer et de limiter ainsi l'étendue de ses prestations. Au cours de la période nécessaire pour procéder à l'examen de santé, la défenderesse octroie une couverture provisoire d'assurance, qui diffère selon que la personne à assurer doit remettre un renseignement personnel ou non. Selon l'hypothèse envisagée, elle alloue la couverture réglementaire, une couverture de prévoyance limitée aux prestations minimales selon la LPP ou pas de couverture du tout. Ces dispositions ne sont toutefois d'application que pour autant que le contrat d'adhésion est venu à chef.

**5.** Cela étant précisé, la question de savoir si un contrat d'affiliation a été conclu doit être examinée à l'aune des principes

généraux en matière de conclusion des contrats et des dispositions réglementaires relatives à ce sujet.

**a)** D'après le chiffre 3.1 des dispositions générales du contrat d'adhésion, intitulé « Entrée en vigueur », l'employeur est lié 60 jours à sa proposition d'adhésion à la fondation. Ce délai commence à courir à réception de la demande d'adhésion par la fondation. Le contrat d'adhésion entre en vigueur à la date du début contractuel convenue dans la 1<sup>ère</sup> partie si la fondation contresigne dans les 60 jours et remplace des conventions arrêtées éventuellement précédemment.

**b)** A teneur du texte clair de la disposition précitée, la conclusion du contrat ne dépendait pas de la remise de la demande d'adhésion par le proposant, mais bien de l'acceptation écrite de la proposition par l'assureur. L'utilisation du terme « contresigner » dans les dispositions générales du formulaire d'adhésion indique, sans discussion possible, que la défenderesse entendait soumettre la validité du contrat au respect de la forme écrite (voir également la 4<sup>ème</sup> partie du contrat d'adhésion, intitulée « Signatures »). En renvoyant à la défenderesse la demande d'adhésion et en la signant, la demanderesse a accepté les conditions générales qui y étaient contenues et, partant, reconnu, au sens de l'art. 16 CO, le caractère impératif et prépondérant de la forme écrite pour la validité du contrat (spécifié au chiffre 3.1 des dispositions générales du contrat d'adhésion). Dans ces conditions, il convient de constater que le contrat d'adhésion n'est formellement jamais venu à chef, faute pour la défenderesse de l'avoir accepté en le signant.

**c)** La demanderesse ne saurait rien tirer en sa faveur du temps pris par la défenderesse pour examiner la demande d'adhésion. Dans la mesure où la forme écrite était réservée, le silence de la défenderesse ne pouvait pas, en tout état de cause, valoir acceptation. Quant au délai de soixante jours mentionné au chiffre 3.1 des dispositions générales du contrat d'adhésion, on précisera que celui-ci avait pour seul objet de fixer la période durant laquelle la demanderesse était liée par la demande d'affiliation qu'elle avait remplie (art. 3 CO; voir également l'art. 1 LCA).

Faute de réponse de la défenderesse à l'échéance de ce délai, la demanderesse n'était plus liée par son offre, devenue caduque, et pouvait librement s'adresser à une autre institution de prévoyance. Le fait que par la suite la demanderesse n'ait pas entrepris de démarche d'affiliation auprès d'une autre institution de prévoyance et qu'elle ait été contrainte, au final, de s'affilier à la Fondation K.\_\_\_\_\_ relève de sa seule responsabilité.

**d)** De même, la demanderesse ne peut rien déduire en sa faveur du fait qu'elle s'est acquittée de la part de prime correspondant à la période courant du 1<sup>er</sup> janvier 2003 au 30 septembre 2004. D'après le chiffre 2.3.11 des dispositions générales du contrat d'adhésion, intitulé « Financement », si l'employeur demande une affiliation rétroactive et qu'il existe un délai supérieur à trois mois entre le début et la date de la signature du contrat, les cotisations pour la période déjà courue sont dues à l'avance; le contrat d'adhésion n'entre en vigueur qu'après l'enregistrement du paiement. Contrairement à ce que soutient la demanderesse, cette disposition n'introduit pas un mode particulier de conclusion du contrat, mais ajoute une condition supplémentaire aux conditions fixées au chiffre 3.1 des dispositions générales du contrat d'adhésion, dans l'hypothèse où l'affiliation doit avoir lieu à titre rétroactif. Le but de cette disposition est de garantir que les primes correspondant à la couverture d'assurance offerte pour la période antérieure à l'entrée en vigueur du contrat soient acquittées au moment de l'entrée en vigueur de celui-ci et, partant, de s'assurer de la solvabilité de l'employeur. Autrement dit, la défenderesse exige, préalablement à l'examen de la demande d'adhésion, le paiement d'une provision lorsque l'employeur sollicite une affiliation rétroactive. L'exécution du paiement ne préjuge en aucune manière de l'acceptation du contrat par la défenderesse qui dépend, avant tout, de l'analyse du risque en lien avec la structure de l'entreprise concernée.

**e)** Enfin, en tant que la demanderesse se réfère à l'art. 2 LCA, son argumentation se révèle également vaine. Aux termes de cette disposition, est considérée comme acceptée la proposition de prolonger ou

de modifier un contrat ou de remettre en vigueur un contrat suspendu, si l'assureur ne refuse pas cette proposition dans les quatorze jours après qu'elle lui est parvenue (al. 1); lorsqu'un examen médical est exigé par les conditions générales de l'assurance, la proposition est considérée comme acceptée, si l'assureur ne la refuse pas dans les quatre semaines après qu'elle lui est parvenue (al. 2). Comme cela a été précisé précédemment, le contrat d'affiliation est soumis aux règles générales du droit des obligations (art. 1 ss CO), ce qui ne laisse aucune place pour l'application directe des dispositions de la LCA. Et quand bien même le contrat d'affiliation serait-il soumis à la LCA que l'application de l'art. 2 LCA n'entrerait pas en considération, cette norme ne pouvant s'appliquer qu'à un contrat existant, ce qui n'est justement pas le cas en l'espèce (cf. arrêt du Tribunal fédéral 9C\_117/2007 du 16 mai 2008 consid. 5).

**f)** Sur le vu de ce qui précède, il convient de nier la conclusion et l'existence d'une convention d'affiliation entre la défenderesse à la demanderesse.

**6. a)** La demande formée par B. \_\_\_\_\_ Sàrl à l'encontre de G. \_\_\_\_\_, Fondation collective LPP, doit être rejetée.

**b)** La procédure étant gratuite (art. 73 al. 2 LPP), il ne sera pas perçu de frais de justice.

**c)** Quoique G. \_\_\_\_\_, Fondation collective LPP, obtienne gain de cause, elle ne peut prétendre à des dépens de la part de la demanderesse. En effet, selon la jurisprudence, l'assureur social qui obtient gain de cause devant une juridiction de première instance n'a pas droit à des dépens, y compris dans une procédure d'action en matière de prévoyance professionnelle, sous réserve du cas où le demandeur a agi de manière téméraire ou témoigné de légèreté (ATF 126 V 143 consid. 4), ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

**Par ces motifs,  
la Cour des assurances sociales  
prononce :**

- I. La demande formée par B.\_\_\_\_\_ Sàrl contre G.\_\_\_\_\_,  
Fondation collective LPP, est rejetée.
  
- II. Il n'est pas perçu de frais de justice ni alloué de dépens.

Le président :

La greffière :

**Du**

Le jugement qui précède, dont la rédaction a été approuvée à  
huis clos, est notifié à :

- Me Guy Longchamp, avocat (pour B.\_\_\_\_\_ Sàrl),
- Me Pierre-Dominique Schupp, avocat (pour G.\_\_\_\_\_, Fondation  
collective LPP),
- Fondation K.\_\_\_\_\_, intervenante à la procédure,

par l'envoi de photocopies.

Le présent jugement peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral au sens des art. 82 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral ; RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne) dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

La greffière :