



**POUVOIR JUDICIAIRE
GERICHTSBEHÖRDEN**

ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

**Tribunal cantonal TC
Kantonsgericht KG**

Rue des Augustins 3, case postale 1654, 1701 Fribourg

T +41 26 304 15 00
tribunalcantonal@fr.ch
www.fr.ch/tc

608 2019 47

Arrêt du 20 mars 2020

II^e Cour des assurances sociales

Composition

Président : Johannes Frölicher
Juges : Daniela Kiener, Anne-Sophie Peyraud
Greffier-rapporteur : Michel Bays

Parties

A._____, **demandeur**, représenté par Me Diana Tettü Pochon,
avocate

contre

B._____, **GMBH, défenderesse**, représentée par Me Joachim
Lerf, avocat

et

**HELVETIA FONDATION COLLECTIVE DE PRÉVOYANCE DU
PERSONNEL, défenderesse**

Objet

Prévoyance professionnelle – Salaire déterminant pour le calcul des
cotisations, légitimation passive

Action du 19 février 2019

considérant en fait

A. A. _____, né en 1976, domicilié à C. _____, et D. _____ étaient associés, gérants et employés de la société B. _____ GmbH (ci-après: la société) depuis sa création, en août 2005; ils en détenaient ensemble la totalité du capital-social. La couverture relative à la prévoyance professionnelle était assurée par Helvetia Fondation collective de prévoyance du personnel (ci-après: Helvetia).

Suite à leur décision de mettre un terme à leur collaboration dans cette société, ils ont conclu une convention, signée en avril 2014. Celle-ci formalise notamment la résiliation des rapports de travail de A. _____ avec effet au 31 mai 2014, de même que la cession par ce dernier de ses parts sociales à D. _____. Cette convention prévoit également le versement à A. _____, par la société, d'un montant annuel net de CHF 30'000.- durant trois ans, soit CHF 90'000.- au total.

Les montants en question ont été versés en juin 2015, juin 2016 et juin 2017 sur le compte du défendeur. La société a également versé des montants au titre de cotisations AVS et chômage, s'élevant à trois fois environ CHF 2'000.-. Des certificats de salaires ont été établis en ce sens.

Par courrier daté du 4 mars 2018, A. _____, constatant qu'aucune cotisation LPP n'avait été versée sur l'"*indemnité de départ de CHF 90'000.- faisant partie du salaire déterminant AVS*", en a requis le versement auprès de B. _____ GmbH.

En réponse du 23 mars suivant, cette dernière a rejeté cette requête.

Dans un courrier du 26 juin 2018, l'intéressé, par l'intermédiaire de son assurance de protection juridique, a réitéré sa demande, cette fois-ci auprès de Helvetia. En réponse du 12 octobre 2018, cette dernière a confirmé en substance que l'indemnité de départ litigieuse ne remplissait pas les conditions posées par son règlement pour être soumise à cotisations LPP.

B. Par acte de son mandataire adressé au Tribunal cantonal le 19 février 2019, A. _____ (ci-après: le demandeur), représenté par Me Anne Genin, avocate, intente action de droit administratif à la fois à l'encontre de B. _____ GmbH (ci-après: la défenderesse) et de Helvetia. Il conclut, sous suite de frais et dépens, à ce que les trois versements de CHF 30'000.- soient soumis à cotisations LPP. Il prétend ainsi à ce que la défenderesse soit astreinte à verser à Helvetia l'équivalent de CHF 12'375.-, avec intérêts à 5% l'an à partir de cette date. A l'appui de cette conclusion, il soutient en substance que l'art. 6.1.1 du règlement de prévoyance d'Helvetia ne constitue pas une base réglementaire suffisamment claire pour justifier de s'écarter du salaire AVS déterminant. Faute d'avoir valablement dérogé à l'art. 5 al. 2 LAVS, des cotisations sont dues également sur l'indemnité de départ litigieuse.

En réponse du 11 juin 2019, la défenderesse, représentée par Me Joaquim Lerf, avocat, allègue tout d'abord que les montants litigieux constituent un salaire de nature occasionnelle et que le règlement de Helvetia, en particulier son chiffre 6.1.1, respecte les conditions posées par la jurisprudence pour s'écarter du salaire déterminant dans l'AVS. A titre subsidiaire, elle se réfère à l'art. 8^{ter} RAVS, relatif aux prestations versées par l'employeur suite à la résiliation des rapports de travail pour des impératifs d'exploitation pour en conclure que les montants litigieux ne constituent pas du salaire déterminant.

Invitée à prendre position sur ces écritures, Helvetia, par courrier du 1^{er} juillet 2019, remet tout d'abord en question sa légitimation passive, en invoquant le fait que seul l'employeur est susceptible d'être poursuivi en rapport avec une créance de cotisations. Sur le fond, elle retient en substance que l'indemnité de départ versée au demandeur présentait un caractère exceptionnel et imprévisible et considère que son règlement ainsi que sa "*pratique constante*" permettent de l'exclure du salaire assuré.

Un deuxième échange d'écritures n'a pas modifié la position des parties.

Le 17 octobre 2019, le demandeur, désormais représenté par Me Diana Tettü Pochon, avocate, dépose un mémoire complémentaire, dans lequel il conteste notamment l'application de l'art. 8^{ter} RAVS, relevant que la fin des rapports de travail n'est pas intervenue du fait d'une restructuration ou d'impératifs d'exploitation, mais bien en raison d'une mésentente et de différends entre les associés. Il modifie en outre ses conclusions, s'agissant du montant déterminant soumis à cotisations LPP, qu'il fixe à CHF 95'982.90 (montant brut), et dont il estime le montant des cotisations LPP à CHF 13'197.60, plus intérêts à 5% dès le 31 mai 2014. Il requiert, cas échéant, que l'institution de prévoyance soit sommée de calculer le montant exact des cotisations LPP.

En réponse du 25 novembre 2019, la défenderesse conteste chacun des arguments du demandeur. Elle invoque en particulier que la situation financière de la société employeuse était obérée. Elle réaffirme en outre que les prestations litigieuses ont été convenues alors que les rapports de travail avaient d'ores et déjà été résiliés et versées bien après la fin du contrat de travail, soit alors que le demandeur n'était plus assuré dans le cadre du rapport de prévoyance avec Helvetia.

Il n'a pas été procédé à un autre échange d'écritures entre les parties.

Autant qu'utiles à la solution du litige, il sera fait état des arguments développés par ces dernières à l'appui de leurs conclusions respectives dans les considérants en droit du présent arrêt.

en droit

1.

Intentée dans les formes légales auprès de l'autorité judiciaire compétente tant à raison du lieu que de la matière par un assuré ayant qualité pour agir en justice et dûment représenté, l'action est recevable (art. 73 al. 1 et 3 de la loi du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, LPP; RS 831.40).

2.

Il convient tout d'abord d'examiner le défaut de légitimation passive invoqué par Helvetia.

2.1. Conformément à l'art. 66 al. 1 1^{ère} phr. LPP, l'institution de prévoyance fixe dans ses dispositions réglementaires le montant des cotisations de l'employeur et de celles des salariés. L'employeur est débiteur de la totalité des cotisations envers l'institution de prévoyance (al. 2). L'employeur déduit du salaire les cotisations que les dispositions réglementaires mettent à la

charge du salarié (al. 3). Il transfère à l'institution de prévoyance sa contribution ainsi que les cotisations des salariés au plus tard à la fin du premier mois suivant l'année civile ou l'année d'assurance pour laquelle les cotisations sont dues (al. 4).

Dans un arrêt publié aux ATF 129 V 320, le Tribunal fédéral a notamment retenu que l'ancien employeur a la légitimation passive dans la mesure où l'assuré invoque une violation de l'obligation de déduire du salaire les cotisations LPP selon l'art. 66 al. 3 LPP, et ce indépendamment du point de savoir si la rupture des rapports de travail donne lieu à des prestations d'assurance ou au versement d'une prestation de sortie.

Dans l'arrêt publié aux ATF 135 V 23, les juges fédéraux ont toutefois précisé que la partie demanderesse pouvait, après la survenance d'un cas où l'institution de prévoyance est tenue à prestation, 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 dues par celle-ci.

2.2. Compte tenu du prescrit légal (art. 66 al. 3 LPP) et de la jurisprudence fédérale rappelés ci-avant (consid. 2.1), il revient au salarié d'agir contre l'employeur si la prestation de cotisation est exigée ou si son montant est contesté. Ce n'est que s'il entend exiger une prestation de la part de l'institution de prévoyance qu'il lui incombe alors de rechercher cette dernière.

En l'occurrence, "le demandeur se plaint précisément du fait que la défenderesse B. _____ GmbH n'a pas versé les cotisations du 2^{ème} pilier sur l'indemnité perçue lors de la fin des rapports de travail constituant une partie du salaire. Il exige que ces cotisations manquantes soient versées à l'institution de prévoyance compétente" (p. 12 de la demande).

Force est donc de constater que l'action porte exclusivement sur l'obligation de déduire des cotisations sur l'indemnité de départ convenue conventionnellement, de sorte que l'action engagée par le demandeur doit être dirigée contre l'employeur, à savoir B. _____ GmbH.

Dans ce contexte, l'argument évoqué par le demandeur dans son action pour fonder la légitimation passive de Helvetia n'est pas relevant. Celui-ci se fonde en effet uniquement sur un extrait de doctrine (MEYER/UTTINGER *in* Commentaire LPP et LFLP art. 73 n. 35), dans lequel les auteurs se bornent à faire une proposition de *lege ferenda*: "une simplification envisageable consisterait à ce que la personne assurée agisse en justice contre l'employeur en cas de défaut de paiement ou de paiements insuffisants de cotisations de ce dernier pendant le rapport de prévoyance existant. Après la survenance d'un cas donnant lieu à des prestations, y compris d'un cas de libre passage, il y a cependant toujours lieu d'agir contre l'institution de prévoyance, tout au plus avec la participation de l'employeur". Faute d'avoir été avalisée par le Tribunal fédéral, cette proposition ne justifie pour l'heure pas de s'écarter de la jurisprudence fédérale rappelée plus haut. De toute manière, l'on ne se trouve ici plus pendant le rapport de prévoyance et, surtout, le demandeur ne se prévaut d'aucun cas d'assurance.

Partant, la demande doit être rejetée en tant qu'elle est dirigée contre Helvetia.

3.

Il sied ensuite d'examiner si l'indemnité de départ convenue entre les parties fait effectivement partie du salaire déterminant soumis à cotisations.

3.1. En vertu de l'art. 7 al. 1^{er} LPP, les salariés auxquels un même employeur verse un salaire annuel supérieur à CHF 21'330.- sont soumis à l'assurance obligatoire 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. L'al. 2 ajoute que le salaire déterminant au sens de la LAVS est pris en considération, tout en précisant que le Conseil fédéral peut admettre des dérogations.

Selon l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS; RS 831.10), le salaire déterminant comprend toute rémunération pour un travail dépendant, fourni pour un temps déterminé ou indéterminé. Il englobe les allocations de renchérissement et autres suppléments de salaire, les commissions, les gratifications, les prestations en nature, les indemnités de vacances ou pour jours fériés et autres prestations analogues, ainsi que les pourboires, s'ils représentent un élément important de la rémunération du travail.

L'art. 6 al. 1 du règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants (RAVS; RS 831.101) stipule que le revenu provenant d'une activité lucrative comprend, sous réserve des exceptions mentionnées expressément dans les dispositions qui suivent, le revenu en espèces ou en nature tiré en Suisse ou à l'étranger de l'exercice d'une activité, y compris les revenus accessoires. L'al. 2 prévoit toute une série d'exceptions (let. a-h) qui ne sont pas comprises dans le revenu provenant d'une activité lucrative.

Sur la base de la délégation de compétence figurant à l'art. 7 al. 2 LPP, l'art. 3 al. 1 let. a de l'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2; RS 831.441.1) prévoit que l'institution de prévoyance peut s'écarter du salaire déterminant dans l'AVS dans son règlement, en faisant abstraction d'éléments de salaire de nature occasionnelle.

Selon l'art. 7 let. q RAVS, le salaire déterminant pour le calcul des cotisations comprend notamment les prestations versées par l'employeur lors de la cessation des rapports de travail, si elles ne sont pas exceptées du salaire déterminant en vertu des art. 8^{bis} ou 8^{ter} RAVS; les rentes sont converties en capital; l'OFAS établit à cet effet des tables de conversion dont l'usage est obligatoire.

En vertu de l'art. 8^{bis} RAVS, les prestations versées par l'employeur, lors de la cessation de rapports de travail ayant duré plusieurs années, sont exceptées du salaire déterminant à concurrence de la moitié de la rente de vieillesse mensuelle minimale en date du versement, pour chaque année pendant laquelle le salarié n'a pas été assujéti à la prévoyance professionnelle.

D'après l'art. 8^{ter} RAVS, les prestations versées par l'employeur suite à la résiliation des rapports de travail pour des impératifs d'exploitation sont exceptées du salaire déterminant à concurrence de quatre fois et demie la rente de vieillesse annuelle maximale.

3.2. Appelée à statuer, la Cour de céans retient tout d'abord que l'indemnité de départ a été soumise entièrement à la perception de cotisations AVS. Cela ressort tant des décomptes de salaires (pièce 3 jointe à la demande) que des certificats de salaire (pièce 4). De ce point de vue, le fait pour la défenderesse d'invoquer l'art. 8^{ter} RAVS dans sa réponse est pour le moins tardif. En effet, si tant est que cette disposition devait trouver à s'appliquer en l'espèce, il en découlerait que l'indemnité précitée aurait dû être totalement exclue du salaire déterminant selon l'AVS - étant

inférieure à quatre fois et demie la rente de vieillesse annuelle maximale - et que, de ce fait, aucune cotisation n'aurait dû être prélevée à ce titre. Cette argumentation entre manifestement en contradiction avec son propre comportement.

Cela étant, les conditions prévalant à l'application de l'art. 8^{ter} RAVS ne sont quoi qu'il en soit pas remplies. Le critère de la résiliation des rapports de travail pour des impératifs d'exploitation implique en effet la présence d'une fermeture d'entreprise, d'une fusion ou d'une restructuration (cf. art. 8^{ter} al. 2 RAVS). Il est clair que l'on ne se trouve pas dans l'un des deux premiers cas de figure. Quant à l'existence d'une restructuration, elle nécessite à son tour que les conditions relatives à la liquidation partielle d'une institution de prévoyance (art. 53b al. 1 let. a ou b LPP) soient remplies ou qu'il y ait un licenciement collectif avec plan social (cf. ég. Office fédéral des assurances sociales, Directives sur le salaire déterminant dans l'AVS, AI et APG, valables dès le 1^{er} janvier 2019, ch. 2137 et 2138). En l'occurrence, aucun élément concret au dossier ne permet de retenir que l'une de ces hypothèses est réalisée. Aucune notion de plan social, ni de liquidation partielle de l'institution de prévoyance n'est en effet mentionnée. En outre, le contenu de la convention passée entre le demandeur et défenderesse tend à accréditer l'idée que la rupture est liée à des différends entre eux, et non à des difficultés économiques de la société. Quoi qu'il en soit, la situation financière exacte de l'employeur, respectivement son état de faillite virtuelle, ne sont pas déterminants en l'espèce.

Il y a dès lors lieu de retenir que l'indemnité de départ litigieuse est soumise à cotisations au sens de l'art. 5 LAVS.

3.3. Par ailleurs, le fait que les prestations litigieuses aient été versées bien après la fin des rapports de travail n'est en soi pas déterminant sous l'angle des cotisations, contrairement à ce qu'allègue la défenderesse. Quand bien même la fin du rapport de prévoyance coïncide avec la fin des rapports de travail (cf. art. 10 al. 2 let. b LPP), cette prémisse n'influence en rien l'obligation de verser des cotisations, cas échéant, sur des montants versés après coup. Dans un arrêt 8C_338/2017 du 29 janvier 2018, le Tribunal fédéral relève ainsi que *"si le salarié était tenu de payer des cotisations au moment où il exerçait une activité lucrative, les cotisations sont dues sur le salaire touché même s'il n'est plus soumis à cotisations au moment où le salaire lui a été versé. [...] L'obligation de cotiser se fonde directement sur la loi et existe dès que les conditions qui la fondait sont réunies"*. La Haute Cour a à cette occasion rappelé que l'indemnité de cessation des rapports de service faisait bien partie du salaire déterminant et qu'il s'agissait *"d'une rémunération versée après-coup pour une période d'activité pendant laquelle l'intimée était soumise à l'obligation de cotiser"*.

En l'espèce, comme il vient d'être démontré, l'indemnité de départ litigieuse est en soi bel et bien soumise à cotisations AVS, sans que le fait qu'elle ait été prestée après la fin des rapports de travail, respectivement de prévoyance, ne justifie une exception à ce principe.

4.

A ce stade, il reste encore à déterminer si la défenderesse s'est valablement écartée de la notion de salaire AVS déterminant, en application de l'art. 3 al. 1 let. a OPP 2, dans le cadre de son règlement de prévoyance.

4.1. Dans le cadre de la prévoyance plus étendue, les employés assurés sont liés à l'institution par un contrat innommé (*sui generis*) dit de prévoyance (ATF 131 V 27 consid. 2.1). Le règlement

de prévoyance constitue le contenu préformé de ce contrat, savoir ses conditions générales, auxquelles l'assuré se soumet expressément ou par actes concludants. Il doit ainsi être interprété 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). 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 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). A titre subsidiaire, il peut également être tenu compte du mode d'interprétation spécifique aux conditions générales, notamment la règle de la clause ambiguë (*in dubio contra stipulatorem*; ATF 131 V 27 consid. 2.2; 122 V 142 consid. 4c).

Les considérations du législateur peuvent être résumées ainsi: *"La genèse de l'art. 7 al. 2 LPP permet de conclure que des éléments du salaire perçus de manière irrégulière peuvent, à certaines conditions, également être ignorés. Le Conseil fédéral a retenu, dans son message relatif à la LPP, que le «salaire imputable» servait à déterminer quels salariés sont soumis à l'assurance obligatoire. Certains éléments du salaire déterminant dans l'AVS devraient en revanche être exclus en raison de leur irrégularité ou de leur nature exceptionnelle, afin de s'assurer que le salaire imputable présente le degré de stabilité indispensable au bon fonctionnement du système du deuxième pilier. La LPP est en outre fondée sur l'hypothèse que le salaire annuel est fixé à l'avance et que la réalisation des conditions salariales déterminantes pour l'assurance obligatoire est examinée au début des rapports de travail. [...] Globalement, l'examen du texte de l'art. 3 al. 2 let. a OPP 2 et des travaux préparatoires aboutit à la conclusion que dans la prévoyance minimale selon la LPP, il est aussi possible d'éliminer certaines disparités du revenu imputable"* (BRECHBÜHL *in* Commentaire LPP et LFLP art. 7 n° 36).

Dans le Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 106 du 19 mai 2008, l'Office fédéral des assurances sociales confirmait que *"l'indemnité de départ versée par l'employeur fait en principe partie du salaire déterminant AVS et elle est par conséquent soumise aux cotisations dans l'AVS"*, tout en mentionnant l'exception prévue à l'art. 8^{ter} RAVS. Il poursuivait en relevant que, de ce fait, l'indemnité de départ est en principe aussi soumise aux cotisations LPP (art. 7 al. 2 LPP), sous réserve du cas où l'institution de prévoyance s'écarte, dans son règlement, du salaire déterminant dans l'AVS en faisant abstraction d'éléments de salaire de nature occasionnelle. Dans ce contexte, il ajoutait ce qui suit: *"Toutefois selon la jurisprudence, l'institution de prévoyance ne peut pas se borner à reprendre de façon abstraite dans son règlement la disposition de l'art. 3 al. 1 let. a OPP 2 mais elle doit au contraire prévoir une disposition réglementaire formulée de manière concrète et précisant les éléments de salaire à ne pas prendre en considération (arrêt du TFA du 30 avril 2002, cause B 58/00, en particulier consid. 2c, résumé dans le Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 63, p. 4 ; voir aussi Isabelle Vetter-Schreiber, Berufliche Vorsorge, 2005, p. 326 ad art. 3 OPP 2 et Stauffer, p. 160 N 432). Si ces exigences sont respectées, l'employeur et l'employé ne peuvent pas imposer à l'institution de prévoyance la perception de cotisations LPP sur l'indemnité de départ. Par contre, si le règlement se contente de reprendre de manière*

abstraite l'art. 3 al. 1 let. a OPP 2, sans préciser concrètement les éléments de salaire qui ne sont pas pris en compte, il n'est alors pas admissible d'exclure les cotisations sur l'indemnité de départ".

A la suite de l'arrêt B 58/00 cité ci-dessus, qui concernait la soumission à cotisations LPP d'heures supplémentaires ainsi que d'indemnités pour travail de nuit et du dimanche, le Tribunal fédéral s'est une nouvelle fois prononcé à ce sujet dans deux arrêts successifs (arrêts TF B 118/03 du 3 juin 2004 et B 115/05 du 10 avril 2006). La première affaire concernait des indemnités pour travail en équipe (Schichtzulagen), tandis que la seconde avait trait à des éléments de salaire épars (gratifications, primes d'ancienneté, indemnités de déplacement, indemnités pour travaux pénibles et pour heures supplémentaires). Il en ressort globalement que, dans la prévoyance obligatoire comme surobligatoire, le règlement ne peut s'écarter de la notion de salaire déterminant prévalant en AVS qu'au travers d'une disposition suffisamment claire (arrêt TF B 115/05 consid. 4.3 *in fine*). Dans le premier arrêt (B 188/03), les juges fédéraux ont ainsi retenu que le règlement ne contenait pas de disposition suffisamment claire: *"Die Statuten der PKE schliessen nach den zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz Schichtzulagen nicht ausdrücklich vom versicherten Einkommen aus. Es kann dahingestellt bleiben, ob die von der Vorinstanz vorgenommene Auslegung des Art. 18 der Statuten zutreffend ist. Entscheidend ist, dass es an einer konkret formulierten Reglementsbestimmung fehlt, in welcher die nicht einzubeziehenden Lohnbestandteile aufgeführt sind. Dies ist aber nach der in Erw. 6.1 hievor zitierten Rechtsprechung, welche auch auf den vorliegenden Fall Anwendung findet, Voraussetzung, um die Schichtzulagen vom versicherten Verdienst auszunehmen [...]"*.

Dans le second arrêt (B 115/05), le Tribunal fédéral a toutefois précisé qu'une formulation sous forme de liste négative n'est pas indispensable: *"Dies bedeutet allerdings entgegen dem, was aus der allenfalls missverständlichen Formulierung im Urteil F. und L. vom 3. Juni 2004 Erw. 6.1, B 118/03, entnommen werden könnte, nicht, dass die nicht erfassten Einkommenbestandteile zwingend in einer Negativliste aufgezählt werden müssten. Das Reglement muss klar formuliert sein, aber ob die Versicherten Bestandteil positiv oder die nicht versicherten negativ festgelegt werden, kann nicht ausschlaggebend sein"*. Le règlement en question fixait les prestations en fonction du salaire prévu, soit le salaire fixe annoncé. Les juges fédéraux ont ainsi considéré que les dispositions établissaient de manière suffisamment claire que seuls les éléments de salaire fixes étaient déterminants (*"Klar ist aber jedenfalls, dass nur, aber immerhin, die festen Einkommensbestandteile massgebend sind"*). Ils en ont déduit que les indemnités pour travail en équipe, fixées à l'avance sur la base de plans de travail, devaient être considérés comme des éléments de salaire fixes; en revanche, il n'en allait pas de même des autres indemnités, dès lors qu'elles dépendaient du succès ou d'évènements particuliers.

4.2. Au chiffre 6.1.1 des Dispositions générales de son règlement de prévoyance, Helvetia indique que *"le salaire de base correspond au salaire annuel prévu soumis aux contributions de l'AVS (y compris les gratifications garanties à l'avance ainsi que les autres suppléments versés régulièrement). Dans le domaine surobligatoire, les parts de salaire variables ne doivent pas dépasser 25% du salaire fixe"*.

Si cet énoncé n'exclut certes pas explicitement une indemnité de départ du salaire déterminant, il n'en permet pas moins de comprendre que l'institution de prévoyance entendait ne soumettre à cotisations LPP que le salaire déterminant fixe annoncé (méthode *praenumerando*), tout en y

incluant "les gratifications garanties à l'avance ainsi que les autres suppléments versés régulièrement".

En l'occurrence, l'indemnité de départ litigieuse n'a été fixée qu'au terme du contrat de travail, dans le cadre d'une convention ayant pour but de régler la fin des relations entre les parties. Elle ne faisait donc manifestement pas partie du salaire prévu initialement, ni ne constituait une gratification garantie à l'avance. Enfin, on ne saurait la considérer comme un autre supplément versé régulièrement, précisément parce que le principe n'en a été fixé que de manière ponctuelle, à la fin du contrat. Le simple fait que le versement a été convenu sous forme de trois annuités successives n'est à cet égard pas déterminant, dès lors qu'il s'agit-là d'une modalité de paiement. Ainsi, quand bien même la disposition réglementaire n'inclut, ni n'exclut explicitement l'indemnité de départ, elle n'en permet pas moins de déduire de manière claire que cette dernière, ponctuelle, non fixe ou non garantie, n'entre pas dans le cadre du salaire déterminant fixé par l'institution de prévoyance.

Il découle de ce qui précède que la défenderesse n'était pas tenue de retenir des cotisations LPP sur l'indemnité de départ versée au demandeur, de sorte que ce dernier doit être débouté.

5.

Conformément au principe de la gratuité valant en la matière, il n'est pas perçu de frais de justice.

Contrairement aux autres branches des assurances sociales, la législation en matière de prévoyance professionnelle ne contient aucune disposition relative à la fixation des dépens pour la procédure devant le tribunal cantonal désigné pour connaître des litiges en matière de prévoyance professionnelle. Il appartient par conséquent au droit cantonal de procédure de déterminer si et à quelles conditions il existe un droit à une indemnité de dépens.

En vertu de l'art. 137 al. 1 du Code de procédure et de juridiction administrative du 23 mai 1991 (CPJA; RSF 150.1), en cas d'action, l'autorité de la juridiction administrative alloue, sur requête, à la partie qui obtient gain de cause une indemnité pour les frais nécessaires qu'elle a engagés pour la défense de ses intérêts. L'indemnité de partie est fixée conformément à un tarif arrêté par le Conseil d'Etat (art. 137 al. 3 CPJA). L'indemnité est mise à la charge de la ou des parties qui succombent (art. 141 al. 1 CPJA).

Selon l'art. 8 al. 2 du tarif cantonal du 17 décembre 1991 des frais de procédure et des indemnités en matière de juridiction administrative (Tarif JA; RSF 150.12), en cas d'action, les honoraires sont fixés conformément aux art. 66 et 67 du règlement cantonal sur la justice du 30 novembre 2010 (RJ; RSF 130.11). En matière de prévoyance professionnelle, il n'est pas tenu compte de la valeur litigieuse (art. 11 al. 2 2^{ème} phr. Tarif JA) et un tarif horaire de CHF 250.- est applicable (art. 65 RJ).

Compte tenu de la liste de frais déposée le 16 mars 2020 par son mandataire, il se justifie de fixer l'indemnité de partie à laquelle la défenderesse a droit à CHF 5'187.50, soit 20.75 heures à CHF 250.-, plus CHF 95.50 de débours et CHF 406.80 au titre de la TVA à 7.7%, soit à un total de CHF 5'689.80, et de la mettre intégralement à la charge du demandeur.

Il en va différemment s'agissant de Helvetia, dès lors qu'aucune indemnité pour les frais de procès n'est allouée, en règle générale, aux organismes chargés de tâches de droit public (MEYER/UTTINGER, Commentaire LPP et LFLP, 2010, p. 1206, n. 90 *ad* art. 73 LPP).

la Cour arrête :

- I. L'action est rejetée.
- II. Il n'est pas perçu de frais de justice.
- III. Une indemnité de partie, fixée à CHF 5'187.50, plus CHF 95.50 de débours et CHF 406.80 de TVA, soit un total de CHF 5'689.80, est mise à la charge du demandeur, en faveur de B._____ GmbH.
- IV. Notification.

Un recours en matière de droit public peut être déposé auprès du Tribunal fédéral contre le présent jugement dans un délai de 30 jours dès sa notification. Ce délai ne peut pas être prolongé. Le mémoire de recours sera adressé, en trois exemplaires, au Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne. Il doit indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve et être signé. Les motifs doivent exposer succinctement en quoi le jugement attaqué viole le droit. Les moyens de preuve en possession du (de la) recourant(e) doivent être joints au mémoire de même qu'une copie du jugement, avec l'enveloppe qui le contenait. La procédure devant le Tribunal fédéral n'est en principe pas gratuite.

Fribourg, le 20 mars 2020/mba

Le Président :

Le Greffier-rapporteur :