



Analyse des arrêts du Tribunal fédéral 8C_110/2021 et 8C_175/2021 du 26 janvier 2022

Guy Longchamp

I. Objet de l'arrêt

La décision du Tribunal fédéral a trait à la question de la compensation du dommage à laquelle peut prétendre un assuré, à la retraite, pour la prestation de vieillesse réduite qu'il perçoit, en raison d'une violation par l'employeur de son obligation de l'annoncer auprès de l'institution de prévoyance. Dans cet arrêt, certes particulier et dont les faits sont relativement touffus, les juges fédéraux ont rappelé un certain nombre de principes importants.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

A. a été chargé de cours à l'École polytechnique fédérale de Lausanne (EPFL) à partir de l'année académique 1980/1981. Le 10 mai 2004, l'EPFL l'a informé que sa charge ne serait pas reconduite pour l'année académique 2004/2005. Il s'est ensuivi un litige sur la nature juridique des rapports liant le prénommé à l'EPFL qui a été porté jusqu'au Tribunal fédéral. Dans un arrêt rendu le 28 juin 2006 (arrêt TF 2A.658/2005 du 28 juin 2006), celui-ci a considéré que la charge de cours de l'intéressé était soumise à la loi fédérale du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (LPers) et que A. devait en conséquence bénéficier d'un contrat de durée indéterminée, dans le respect des règles régissant les assurances sociales.

Par décision du 27 novembre 2007, l'EPFL a notamment constaté que le contrat de travail liant à l'intéressé prendrait fin le 30 avril 2008 et que celui-ci aurait dû en principe être affilié à une caisse de pensions depuis le 1^{er} octobre 1980, date à partir de laquelle il avait été au bénéfice d'un contrat de durée indéterminée. L'EPFL a cependant considéré qu'il appartenait à la Caisse fédérale de pensions Publica (ci-après : Publica) d'examiner formellement cette question et que le dossier de A. devait lui être transmis à cette fin. A. a déféré cette décision à la Commission de recours interne des écoles polytechniques fédérales (ci-après : la CRIEPF). Admettant partiellement le recours par décision du 4 novembre 2008, celle-ci a jugé que

A. était affilié à Publica, à qui il incombait de se prononcer sur le caractère éventuellement rétroactif de l'affiliation (ch. 7, première phrase, du dispositif).

A. et l'EPFL ont tous deux interjeté un recours contre cette décision devant le Tribunal administratif fédéral, qui a porté les causes à la connaissance de Publica par décisions incidentes des 17 décembre 2008 et 15 janvier 2009. Le recours de A., qui ne s'en prenait qu'au ch. 7 du dispositif de la décision du 4 novembre 2008 en concluant à ce que fût ordonnée son affiliation avec effet rétroactif au 1^{er} octobre 1980, a été rejeté par arrêt du 13 janvier 2010.

Le 4 mars 2010, Publica a informé A. qu'elle entamait les démarches administratives en lien avec son affiliation. Après que l'EPFL lui eut versé, le 19 septembre 2011, un montant de 54'695 fr. 70 pour une affiliation rétroactive du prénommé au 1^{er} janvier 1999 en considérant que les créances de cotisations de plus de dix ans étaient prescrites, Publica a indiqué à A. que le montant de la rente de vieillesse à laquelle il avait droit à partir du 1^{er} mai 2008 s'élevait à 412 fr. 35 par mois.

A l'issue de la procédure initiée par A., qui a saisi le 23 mars 2012 le Tribunal cantonal vaudois d'une demande tendant à son affiliation rétroactive auprès de Publica à partir du 1^{er} octobre 1980, ainsi qu'au paiement d'arriérés de rentes par l'institution de prévoyance et de cotisations par l'EPFL, le Tribunal fédéral s'est prononcé le 23 avril 2014 (TF 9C_640/2013 du 23 avril 2014, publié à l'ATF 140 V 154). Il a réformé le jugement cantonal (du 22 juillet 2013) en ce sens que la demande formée contre Publica était partiellement admise, celle-ci étant tenue d'affilier A. à titre rétroactif dès le 1^{er} octobre 1980; il a rejeté le recours pour le surplus, à savoir en tant que l'intéressé réclamait à l'institution de prévoyance une prestation de vieillesse correspondant à une telle affiliation rétroactive et à son ancien employeur le paiement des cotisations pour la période courant à partir du 1^{er} octobre 1980 (sous déduction de la somme déjà versée).

Le 24 décembre 2014, A. a derechef ouvert action contre Publica et l'EPFL devant le Tribunal cantonal vaudois, afin de réclamer à celles-ci la réparation du dommage résultant selon lui de la violation du contrat d'affiliation.

Statuant le 5 janvier 2017, la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal vaudois a prononcé l'irrecevabilité de la demande et a transmis celle-ci à Publica et à l'EPFL pour qu'elles procèdent conformément aux considérants. Elle a jugé que l'examen de la demande de réparation du dommage introduite par le recourant ne relevait pas du tribunal prévu par l'art. 73 LPP, mais de la procédure prévue par l'art. 19 al. 3 de la loi fédérale du 14 mars 1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires (LRFC). Il appartenait donc à Publica et à l'EPFL de statuer matériellement sur les réclamations de A. dirigées contre elles. Le recours interjeté par l'intéressé contre cet arrêt a été rejeté par le Tribunal fédéral le 20 novembre 2017 (TF 9C_130/2017 du 20 novembre 2017).

Par décision du 17 août 2018, Publica a rejeté la demande de dommages-intérêts de l'intéressé. L'EPFL a fait de même par décision du 18 octobre 2018. A. a déféré les décisions

susmentionnées au Tribunal administratif fédéral, lequel a joint les causes par décision incidente du 30 novembre 2018.

Par arrêt du 16 décembre 2020 (TAF A-5263/2018), le Tribunal administratif fédéral a rejeté le recours contre la décision de Publica du 17 août 2018 (ch. 1 du dispositif) et a partiellement admis le recours contre la décision de l'EPFL du 18 octobre 2018, qu'il a annulée, renvoyant la cause à cette dernière pour nouvelle décision au sens des considérants (ch. 2 du dispositif).

A. a formé un recours en matière de droit public contre cet arrêt, en demandant principalement que l'EPFL soit condamnée à lui verser les sommes de 99'563 fr. 70, avec intérêts à 5 % dès le 1^{er} septembre 2011, et de 125'979 fr. 60, avec intérêts à 5 % dès le 1^{er} janvier 2015. L'EPFL a interjeté également un recours en matière de droit public contre l'arrêt du 16 décembre 2020, en concluant principalement à sa réforme dans le sens du rejet de la demande de dommages-intérêts de A. dirigée contre elle.

B. Le droit

1. Le litige porte essentiellement sur le fait de savoir si l'ancien employeur de A. peut être astreint à payer des dommages-intérêts consistant à la différence entre la prestation de vieillesse à laquelle l'assuré aurait pu prétendre s'il avait été affilié correctement et la prestation effectivement versée, compte tenu de la violation de l'obligation d'annonce de l'employeur. Par ailleurs, les juges ont été amenés à se positionner sur une éventuelle faute concomitante de l'assuré et à déterminer les grandes lignes du dommage invocable.

2. Le Tribunal fédéral a, dans un premier temps, rappelé les conditions qui doivent être réunies pour que l'EPFL réponde du dommage causé sans droit à un tiers par un employé dans l'exercice de ses fonctions, sans égard à la faute de l'employé (art. 3 al. 1 en lien avec l'art. 19 al. 1 let. a LRCF; art. 5 al. 1 de la loi fédérale du 4 octobre 1991 sur les écoles polytechniques fédérales [Loi sur les EPF]).

La Haute Cour ainsi précisé que l'art. 3 al. 1 LRCF consacre une responsabilité primaire, exclusive et causale de l'Etat, en ce sens que le tiers lésé ne peut rechercher que l'Etat, à l'exclusion du fonctionnaire ou de l'agent responsable, et qu'il n'a pas à établir l'existence d'une faute de ce dernier ; il lui suffit d'apporter la preuve d'un acte illicite, d'un dommage ainsi que d'un rapport de causalité entre ces deux éléments. Ces conditions doivent être remplies cumulativement. La condition de l'illicéité au sens de l'art. 3 al. 1 LRCF suppose la violation par l'Etat, au travers de ses organes ou agents, d'une norme protectrice des intérêts d'autrui en l'absence de motifs justificatifs (consentement, intérêt public prépondérant, etc.). Si le fait dommageable consiste en une atteinte au patrimoine, l'illicéité suppose que l'auteur ait violé une norme de comportement ayant pour but de protéger le bien juridique lésé (*Verhaltensunrecht*). Une omission peut constituer un acte illicite uniquement s'il existe une disposition la sanctionnant ou imposant de prendre la mesure omise. Ce chef de responsabilité suppose que l'Etat se trouve dans une position de garant à l'égard du lésé et que les prescriptions déterminant la nature et l'étendue de ce devoir aient été violées (cf. ATF 144 I 318, c. 5.5). En ce qui concerne le rapport de causalité, l'acte ou l'omission doit être en relation de causalité naturelle et adéquate avec le dommage. En cas d'omission, l'examen du lien de causalité revient à se demander si le dommage serait également survenu si l'acte

omis avait été accompli. On parle alors de lien de causalité hypothétique (ATF 141 V 71, c. 8.1 et les références).

Les juges fédéraux ont admis partiellement les recours.

3. Des conditions de la responsabilité (causale) de l'EPFL :

a) De l'illicéité

Dans le cas d'espèce, s'agissant de la période postérieure à l'entrée en vigueur de la LPP au 1^{er} janvier 1985, le Tribunal fédéral a rappelé qu'il appartient à l'employeur d'annoncer à l'institution de prévoyance tous les salariés soumis à l'assurance obligatoire et de lui fournir les indications nécessaires à la tenue des comptes de vieillesse et au calcul des cotisations (art. 10, première phrase, OPP 2). Celui-ci est en outre débiteur de la totalité des cotisations envers l'institution de prévoyance, laquelle peut majorer d'un intérêt moratoire les cotisations payées tardivement (art. 66 al. 2 LPP). Il suit de là que l'EPFL était responsable d'annoncer A. à l'institution de prévoyance et de payer l'intégralité des cotisations, soit sa part des cotisations et celle de son employé. Elle avait ainsi une obligation d'agir, dans le cadre de laquelle elle assumait une **position de garant** envers son employé. Certes, le défaut d'annonce et de paiement des cotisations pendant les rapports de service découle d'une qualification erronée des relations contractuelles en contrat de mandat. Comme l'ont retenu les premiers juges, la Haute Cour a estimé que cela ne constitue toutefois pas un motif justificatif permettant d'écarter le caractère illicite de l'omission. En effet, sauf exception non pertinentes en l'espèce, la responsabilité de l'Etat est causale, ou objective, c'est-à-dire indépendante d'une éventuelle faute de l'auteur du dommage (cf. art. 3 al. 1 LRFC).

En tant qu'elle concerne la période précédant l'entrée en vigueur de la LPP, le Tribunal fédéral s'est référé aux considérations du Tribunal administratif fédéral, selon lequel en particulier l'instauration d'une caisse fédérale d'assurance avait aussi pour but la protection du patrimoine de l'intéressé en lui permettant, en tant qu'employé de l'EPFL au bénéfice d'un contrat de travail de durée indéterminée, de bénéficier à l'âge de la retraite d'une rente permettant de subvenir à ses besoins. Ils ont déduit de diverses dispositions de l'ancienne loi fédérale du 30 septembre 1919 concernant la caisse d'assurance des fonctionnaires, employés et ouvriers fédéraux et de l'ancienne loi fédérale du 28 juin 1968 modifiant la loi fédérale du 30 juin 1927 sur le statut des fonctionnaires que l'assurance était obligatoire pour l'intéressé et qu'il incombait à l'EPFL de prélever les cotisations. Partant, il existait pour la période en cause (du 1^{er} octobre 1980 au 31 décembre 1984) des dispositions juridiques imposant à l'EPFL de prendre des mesures en faveur de A. dans le but de protéger ses intérêts patrimoniaux par la constitution d'un avoir de prévoyance, de sorte que l'on devait retenir la réalisation d'un acte illicite pour cette période également.

b) Du lien de causalité

Le Tribunal fédéral a confirmé qu'il existait un lien de causalité entre l'acte illicite (le défaut d'annonce et de paiement des cotisations) et le dommage : la lacune de cotisations a influencé l'étendue de la prestation de vieillesse de A. (ce qui avait déjà été constaté à l'ATF 140 V 154). Si l'EPFL avait respecté ses obligations légales (la couverture d'assurance prend effet dès le début des rapports de travail : la disposition vise non seulement à une protection immédiate

contre les risques de décès et d'invalidité mais également à éviter des lacunes dans la prévoyance vieillesse), A. aurait perçu et percevrait encore une prestation de vieillesse plus élevée.

La faute propre de A., considérée comme limitée dans le cas d'espèce, n'a pas interrompu le lien de causalité.

c) Du dommage

Le dommage juridiquement reconnu réside dans la diminution involontaire de la fortune nette ; il correspond à la différence entre le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant qu'aurait ce même patrimoine si l'événement dommageable ne s'était pas produit. Le dommage correspond à la différence entre la prestation de vieillesse que A. aurait perçue sur la base de bonifications de vieillesse pour une période d'assurance allant du 1^{er} octobre 1980 au 30 avril 2008 et la prestation de vieillesse déterminée en fonction des bonifications de vieillesse pour la période d'assurance du 1^{er} janvier 1999 au 30 avril 2008.

En l'espèce, si l'EPFL avait respecté ses obligations d'employeur à l'égard de A. et versé les cotisations LPP à Publica pendant les rapports de service, elle aurait forcément prélevé sur le salaire de A. la part des cotisations incombant à l'employé. Cette circonstance ne saurait dépendre du point de savoir si l'EPFL dispose actuellement d'une créance propre opposable en compensation à l'encontre de son ancien employé. La Haute Cour a donc considéré, contrairement aux premiers juges, qu'il se justifie de déduire du montant du dommage la somme des cotisations LPP qui auraient été à la charge de A. pour les années 1980 à 1998.

4. Lorsque l'ampleur du préjudice résulte d'une « situation qui évolue », le délai de prescription ne court pas avant le terme de l'évolution. Tel est le cas lorsqu'un préjudice est causé par des comportements dommageables répétés ou s'inscrivant dans la durée (ATF 146 III 14, c. 6.1.2).

Autrement dit, en cas de comportements dommageables répétés ou s'inscrivant dans la durée, le délai de prescription absolu commence à courir à partir du dernier acte illicite ou au moment où la continuité de l'acte est rompue. Le Tribunal fédéral a considéré que le *dies a quo* des délais de *prescription* des actions de droit privé est également applicable aux délais de *péremption* de l'ancien art. 20 al. 1 LRCF.

En l'espèce, le comportement dommageable de l'EPFL, en tant que celle-ci n'a pas porté les rapports de service à la connaissance de l'institution de prévoyance ni payé les cotisations y relatives, s'est inscrit dans la durée et, comme l'ont retenu à juste titre les premiers juges, la continuité de l'acte, respectivement de l'omission, n'a été rompue qu'à l'expiration des rapports de service (au 30 avril 2008), au moment où l'employeur n'était plus tenu de verser des cotisations en faveur de A.

Le fait qu'en septembre 2011, l'EPFL a versé les cotisations pour la période du 1^{er} janvier 1999 au 30 avril 2008 ne supprime pas rétroactivement le caractère en soi dommageable du comportement adopté jusque-là. En déposant sa demande de dommages-intérêts le 24 décembre 2014, le Tribunal fédéral a considéré que A. a agi dans le délai absolu de dix ans.

III. Analyse

1. A juste titre, le Tribunal fédéral a considéré que le litige opposant un travailleur à un ancien employeur au sujet d'un dommage causé constituant en le non-paiement de **cotisations n'est pas un litige pour lequel le tribunal selon l'art. 73 LPP est compétent.**

En effet, même si le contrat d'affiliation fonde en partie les rapports de prévoyance au sens des art. 11 al. 1 LPP et 7 OPP 2, les destinataires (employés) ne peuvent en principe pas tirer de prétentions directes de ce contrat, du moins lorsqu'il ne contient pas une clause valant stipulation pour autrui parfaite au sens de l'art. 112 al. 3 CO.

Dans la mesure où le salarié fonde sa demande sur l'inexécution ou l'exécution imparfaite du contrat d'affiliation, il fait valoir des dommages-intérêts résultant d'une violation contractuelle (cf. art. 97 CO), ce qui n'entre pas dans la compétence *ratione materiae* de l'autorité juridictionnelle prévue par l'art. 73 LPP. Il en va de même si le salarié tire sa prétention en réparation du dommage de l'inexécution ou de l'exécution imparfaite d'une obligation issue du contrat de travail ou d'une convention collective (cf. TF 9C_130/2017 du 20 novembre 2017, c. 4.3 et les références).

En revanche, comme cela ressort d'un *obiter dictum* paru aux ATF 136 V 73 (c. 5.3), le Tribunal fédéral a considéré que le tribunal désigné à l'art. 73 LPP est compétent en raison de la matière pour statuer sur une prétention à la réparation d'un dommage résultant de la violation du contrat d'affiliation, entre un employeur et une institution de prévoyance, au sens d'une lésion d'obligations qui ressortent typiquement du domaine de la prévoyance professionnelle.

2. L'acte d'affiliation de l'employeur entraîne automatiquement l'assurance de tous les salariés occupés dans son entreprise, qui remplissent les conditions légales d'âge et de salaire. Peu importe que l'employeur ait tardé à annoncer l'un ou l'autre de ses salariés à l'institution de prévoyance compétente ou qu'il ait négligé de payer les cotisations dues.

Selon l'art. 7 al. 1 OPP2, l'affiliation de l'employeur à une institution de prévoyance enregistrée entraîne l'assurance, auprès de cette institution, de tous les salariés soumis à la loi. L'employeur est tenu d'annoncer à l'institution de prévoyance tous les salariés soumis à l'assurance obligatoire et de lui fournir les indications nécessaires à la tenue des comptes de vieillesse et au calcul des cotisations (art. 10, 1^{re} phrase, OPP2).

En cas de non-affiliation d'un assuré, l'employeur, qui a une position de garant, répond du préjudice causé, selon l'art. 97 CO (défaut d'exécution ou exécution imparfaite du contrat d'affiliation). L'action doit être dirigée contre l'employeur (et non contre l'institution de prévoyance, à moins qu'il puisse être éventuellement reproché à cette dernière un acte illicite – auquel cas l'art. 73 LPP pourrait s'appliquer).

3. Le Tribunal fédéral a considéré, à juste titre, qu'il n'y avait **pas de « faute concomitante » de l'assuré.** En effet, les obligations d'annonce prévues par les dispositions légales (art. 7 LPP et 10 OPP2 en particulier) et du contrat d'affiliation incombent à l'employeur.

En d'autres termes, le défaut d'annonce ne saurait être reproché à l'assuré, sous réserve de situations particulières dans lesquelles, par exemple, le statut d'assuré et d'employeur se recoupent. Il faut également réserver le cas où l'assuré refuse de porter à la connaissance de l'institution de prévoyance l'existence de rapports de travail.

4. Enfin, la Haute Cour a renvoyé la cause à l'EPFL pour établir le dommage, au motif qu'il s'agissait d'une question de nature technique et nécessitant des connaissances spécifiques en matière de prévoyance professionnelle obligatoire.

Aussi, il n'est pas interdit de penser que le litige opposant l'assuré à l'EPFL depuis 2004 soit à nouveau soumis pour examen des tribunaux, afin de s'assurer que l'assuré soit placé dans la même situation que si alors que si l'EPFL avait respecté ses obligations de prévoyance envers son employé depuis le début de son engagement, en fonction des bonifications de vieillesse pour la période d'assurance du 1er octobre 1980 au 30 avril 2008 (et non seulement du 1^{er} janvier 1999 au 30 avril 2008).