



POUVOIR JUDICIAIRE

A/1067/2012

ATAS/1407/2012

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 22 novembre 2012

En la cause

Monsieur B_____, domicilié à Confignon, comparant avec
élection de domicile en l'étude de Maître KEDZIA RENQUIN
Katarzyna

demandeur

contre

X_____ SARL, à Genève, comparant avec élection de
domicile en l'étude de Maître TUNIK Daniel

défenderesses

Y_____, PREVOYANCE X_____, sis c/o
X_____ SARL, à Genève, comparant avec élection de
domicile en l'étude de Maître TUNIK Daniel

Siégeant : Juliana BALDE, Présidente; Valérie MONTANI, Doris GALEAZZI, Karine STECK et Sabina MASCOTTO, Juges, Christine LUZZATTO et Jean-Pierre WAVRE, Juges assesseurs

EN FAIT

1. Monsieur B_____ (ci-après : le demandeur), né en 1950, a été employé par le groupe X_____ dès le 1^{er} novembre 1973 en Belgique (Grimberg).
2. Le 1^{er} mai 1990, le demandeur a été transféré auprès de X_____ SARL sise à Genève et inscrite au Registre du commerce le 14 juillet 1997 (l'employeur), anciennement X_____ OVERSEAS SA, ci-après : X_____.
3. Le 15 janvier 1990, X_____ a rédigé en anglais un document intitulé « interoffice memorandum » (ci-après : le memorandum de 1990) à l'attention du demandeur, concernant les modalités de son transfert, que celui-ci a signé le 23 janvier 1990. Ce document est signé par M. C_____ et transmis en copie à "D_____ - Finance/Admin. 2FI, E_____ - Grimbergen, Employee Relations, F_____ - Peoria, Compensation AB4105, G_____ - Payroll 2FI64 Employee Relations routing".

Sous le chapitre « plan de pension », il est spécifié ce qui suit (traduction libre du demandeur) :

« A la date effective du transfert, vous serez éligible au plan de pension X_____. Notre plan de pension est un plan ultime de paiement qui est intégré à la sécurité sociale suisse. Pour chaque année de service, la pension de retraite s'élève à 1,2/3% calculé sur la moyenne des trois salaires les plus élevés des dix dernières années avant la retraite. Notre plan comprend des prestations spécifiques pour « veufs » et « orphelins » ainsi que des possibilités de retraite anticipée. Un des objectifs de ce plan est d'inclure tout le service auprès de X_____ dans le décompte final de la pension de retraite, ou plus tôt si une demande est émise indépendamment de la filiale impliquée, avec une clause de contrepartie pour toute prestation payable sous vos plans précédents. En annexe vous trouverez les grandes lignes des avantages de notre plan et une copie de la garantie des revenus de retraite pour les employés qui sont transférés entre pays. »

Sous « conditions d'emploi », il est mentionné : « veuillez confirmer votre accord au sujet de cette offre en signant la copie de cette lettre et en la retournant au soussigné ».

En annexe figure un document intitulé « garantie des revenus de retraite pour les employés qui sont transférés entre pays » selon lequel :

« De temps en temps, la société demande à certains employés d'être transférés pour des missions indéterminées dans une ou plusieurs filiales implantées dans d'autres pays. En conséquence de tels transferts, ces employés peuvent être désavantagés dans leur pension de retraite à cause d'un ou plusieurs facteurs suivants :

1. La pension de retraite accumulée peut être non acquise, partiellement acquise ou acquise à des niveaux moindres de rémunération relative à des missions dans un ou plusieurs endroits.
2. Le droit à certaines prestations peut être négativement impacté si le service accumulé dans le pays d'origine ne peut pas être reconnu dans un endroit où une mission ultérieure a lieu.
3. Des prestations de retraite pourraient ne pas être disponibles dans un pays où une mission a lieu.
4. Le droit et l'accumulation des prestations de la sécurité sociale des plans gouvernementaux peuvent être négativement impactés dans certains ou dans tous les pays où un employé travaille à cause des périodes courtes de service.

En prenant en compte les points ci-dessus, la politique de la société est de garantir que, si un employé remplit les conditions requises, il ou elle recevra les prestations totales de retraite (comprenant les prestations des plans de la société et, le cas échéant, des plans gouvernementaux) au moins égales à ce qui aurait pu être reçu si toutes les années ininterrompues de service avec la société avaient eu lieu dans le pays d'origine de l'engagement. Si le total des prestations découlant du service dans tous les pays excède le « minimum » décrit ci-dessus, l'employé aura évidemment droit à recevoir ces prestations supplémentaires.

Les employés sont censés participer, à concurrence du maximum admissible, à tout plan de la société ou plan gouvernemental du pays où la mission a lieu excepté si des accords équitables peuvent être faits pour continuer la participation aux plans dans le pays d'origine de l'engagement. Des compensations seront faites lorsque les cotisations de l'employé ont été retirées de tout plan de la société. La compensation sera aussi appliquée pour s'assurer que des prestations ne se cumulent pas pour des périodes identiques de service ininterrompu.

Toute prestation complémentaire de retraite payable par la société sous cette garantie sera généralement payée dans la devise du pays où la dernière mission a lieu excepté si l'employé et la société sont d'accord de procéder au paiement dans une autre devise.

Bien que ce document reflète l'intention générale de la société quant au respect des prestations de retraite, des constantes modifications de lois et règlements, des problèmes de devises, etc... dans un environnement international peuvent résulter à changer la façon d'appliquer cette garantie au cas où des circonstances exceptionnelles surviennent ».

Selon la traduction libre de X_____, le premier paragraphe du memorandum de 1990 a la teneur suivante : "A partir de la date de transfert, vous participerez au

plan de prévoyance X_____. L'un des objectifs de ce plan est celui de prendre en considération toutes les années de service dans le calcul final pour prestations de retraite - ou avant si un autre cas de prévoyance devait exister - indépendamment de la filiale impliquée, avec une clause de compensation pour toutes les prestations qui sont dues en application de tout plan de prévoyance précédent. Ci-joint vous trouverez un résumé des points principaux de notre plan de prévoyance, ainsi qu'une copie de la garantie de prestation de retraite pour les employés transférés entre deux pays."

4. Dès le 1^{er} mai 1990, le demandeur a été affilié à la FONDATION DE PREVOYANCE EN FAVEUR DU PERSONNEL DE X_____ OVERSEAS SA (devenue Y_____ le 20 septembre 1999 - (ci-après : Y_____), caisse de pension de X_____.
5. Le demandeur a effectué un retrait anticipé le 24 mai 1995 de 55'296 fr. auprès de Y_____, qu'il a remboursé le 19 décembre 2003, remboursement qui a permis selon un courrier de Y_____ au demandeur de racheter un an et dix mois de cotisations de sorte que la date effective technique a été fixée au 1^{er} octobre 1992.
6. Le demandeur a été membre et président (2006-2009) du conseil de fondation de Y_____, puis manager de celle-ci ainsi que président de la fondation de prévoyance Z_____, prévoyance X_____ de 2006 à 2010.
7. Le 21 décembre 2009, X_____ a écrit au demandeur qu'en raison de la réorganisation de l'entreprise et des contraintes budgétaires, il lui était demandé de prendre une préretraite à la date du 31 mars 2010.
8. Par courrier du 31 décembre 2009, X_____ Belgique a répondu aux questions du demandeur concernant son droit à la retraite s'il était resté en Belgique.
9. La fiche de prévoyance de Y_____ du 11 février 2010 atteste d'une date d'affiliation au plan du 1^{er} mai 1990, d'une date technique effective au 1^{er} octobre 1992, d'une retraite légale au 1^{er} mars 2015 et d'une retraite effective au 1^{er} avril 2010.
10. Une estimation de la pension future du demandeur au 1^{er} mars 2015 établie par le Service estimations de l'Office national des pensions de Bruxelles mentionne des droits de pension actuels de 626,60 euros par mois.
11. Un calcul du plan de prévoyance du 1^{er} avril 2010 conclut à un versement unique de 35'178,89 euros, compte tenu de la prise en compte de 6,83 années de service dans le management en Belgique.

-
12. Le 18 février 2010, X_____ a écrit au demandeur que selon les conditions de sa préretraite, il aurait droit au paiement de 50% en versement unique de 653'484 fr. et de 50% en rente annuelle de 41'136 fr. ainsi qu'une rente annuelle de W_____ PENSION PLUS de 9'172 fr. correspondant au capital de 159'500 fr.

Était versé également un pont AVS de 134'520 fr. en un versement unique.

Les fonds de W_____ PENSION PLUS payés en versement unique au 1^{er} avril 2010 s'élevaient à 230'535 fr. 40.

Il était enfin spécifié que « Suivant les règles de transfert stipulées dans le mémo des C_____ daté du 15 janvier 1990 et la « garantie des revenus de retraite pour les employés qui sont transférés entre pays », vous seriez en droit de recevoir des prestations complémentaires de retraite au cas où votre retraite découlant de vos salaires CHF ne serait pas « au moins égale à ce qui aurait pu être reçu si toutes les années ininterrompues de service avec la société avaient eu lieu dans le pays d'origine de l'engagement. Veuillez vous assurer que votre demande, si émise, soit complètement documentée ».

13. Le 19 février 2010, le demandeur a écrit à X_____ qu'il ne pouvait accepter les conditions de sa préretraite, assimilée à un licenciement, qu'il n'était pas tenu compte des avantages sociaux spécialement émis pour son transfert comme stipulé le 15 janvier 1990, que le document « garantie des revenus de retraite pour les employés qui sont transférés entre pays » ne s'appliquait pas à son cas dès lors qu'il n'avait jamais travaillé comme ISE (International Service Employee), qu'il avait été spécifié que l'objectif du plan était d'inclure tout le service auprès de X_____ dans le décompte final de la pension de retraite, qu'il convenait de prendre en compte ses années de service du 1^{er} janvier 1975 au 1^{er} mai 1990 et que sans cela les conditions de retraite mettaient sa famille dans une situation financière précaire.
14. Le 16 mars 2010, X_____ a écrit au demandeur que son seul engagement était de garantir, au moment du départ à la retraite, que le total des pensions suisse et belge et/ou des capitaux correspondait au moins à la pension et/ou au capital qu'il aurait reçu s'il avait continué à travailler pour X_____ BELGIUM.
15. Le 31 mars 2010, le demandeur, représenté par un avocat, a écrit à X_____ que l'engagement de celui-ci selon le mémorandum de 1990 était clair en ce sens que chaque année passée au sein du groupe X_____ serait prise en compte et que la clause minimum ne pouvait être objectivement comprise comme une limitation de cet engagement.
16. Le 19 mai 2010, X_____ a écrit au demandeur qu'il contestait son interprétation du mémorandum de 1990, que celui-ci avait d'ailleurs régulièrement

reçu les descriptifs chiffrés de ses droits et qu'il avait pu requérir des informations complémentaires sur ses droits à la retraite.

17. Par courriel du 13 avril 2010, Monsieur H_____, ancien employé de X_____ Sàrl a informé le demandeur, à la demande de celui-ci, qu'au moment de son transfert de Grimberg à Genève en 1973, X_____ GENEVE avait racheté ses années (3 années et 5 mois), lesquelles avaient été intégrées dans sa pension.
18. Le 23 juillet 2010, le demandeur a déposé une demande en paiement à l'encontre de X_____ par-devant le Tribunal des Prud'hommes concluant à la condamnation de l'employeur au versement de l'145'140 fr. 88 avec intérêts à 5% dès le 1^{er} avril 2010.
19. Le 6 décembre 2010, X_____ a conclu au rejet de la demande en relevant qu'en tant que cadre de X_____ en Belgique, le demandeur avait pu participer au plan de prévoyance de la société entièrement financé par l'employeur.

Jusqu'en 1988, existait une pratique de rachat par la société des années de cotisation au plan de prévoyance des employés transférés depuis l'étranger ; ces rachats étaient toutefois clairement prévus et indiqués aux employés ; dès 1988 un fonds de prévoyance complémentaires W_____ PENSION PLUS PLAN avait été créé pour permettre aux employés d'effectuer des rachats volontaires des années de prévoyance et plus aucun rachat de la part de la société n'avait été fait pour les employés transférés depuis l'étranger en Suisse, avec la garantie que la situation de l'employé serait au moins égale à celle qui aurait été la sienne s'il n'avait pas rejoint la Suisse. Le demandeur connaissait ces règles.

Le 24 septembre 1995, le demandeur avait procédé à un retrait anticipé de sorte que la date technique effective du 1er août 1994 avait été mentionnée sur ses certificats, puis celle du 1er octobre 1992 suite au remboursement en 2003 de son retrait ; dès 2001, les employés avaient un accès élargi aux données de prévoyance (accès informatique), avec possibilité d'effectuer des simulations de calcul de rente. Le demandeur avait aussi cotisé au fond W_____ PENSION PLUS PLAN et disposait au 31 mars 2010 d'un avoir de 390'032 fr. 45.

Ce n'était que le 18 février 2010 que le demandeur avait contesté ses conditions de retraites. Il n'avait jamais été annoncé au demandeur au moment de son transfert que des rachats de cotisations seraient effectués par l'employeur et compte tenu des compétences du demandeur en matière de prévoyance professionnelle, il avait toutes les informations en main pour apprécier le traitement de prévoyance des années de service belges.

La rente hypothétique belge qui lui aurait été due étant inférieure à la rente suisse, aucun ajustement n'était possible.

La prétention du demandeur était prescrite dès lors que le dépôt du délai de prescription de 10 ans était le 1er mai 1990.

Le memorandum de 1990 était un contrat définissant les modalités du transfert du demandeur. L'interprétation qu'en faisait le demandeur n'était pas compatible avec le rôle qu'il avait assuré au sein de Y_____ ; en particulier il savait que l'employeur n'effectuait pas systématiquement des rachats d'années de cotisations en cas de transfert ; il s'était d'ailleurs renseigné en Belgique pour connaître le montant des prestations belges s'il était resté travailler en Belgique ; la clause contractuelle avait donc été comprise de la même façon par les parties, soit qu'elle garantissait uniquement que les prestations de retraite suisse étaient au moins équivalentes à celles qui auraient été les siennes s'il était resté en Belgique.

Enfin, le demandeur n'avait bénéficié du système de prévoyance belge qu'à partir du 1^{er} juillet 1983 date à laquelle il était devenu cadre et non pas dès le 1er janvier 1975. Si l'employeur avait dû racheter les années de prévoyance belge, il aurait dû verser un montant de 56'194 fr. de sorte que le calcul du demandeur était erroné.

X_____ a versé au dossier notamment les documents suivants :

- Un interoffice memorandum de l'employeur du 24 juin 1975, concernant Monsieur H_____ relevant qu'il a désormais été décidé de racheter les années de cotisations pour les employés transférés à X_____ depuis d'autres entités et pour les employés de X_____ qui avaient été transférés vers une autre société du groupe X_____ avant d'être retransférés de retour à X_____. Il est précisé : « Partant, vos prestations de pension seront calculées en tenant compte de vos derniers salaires et de la totalité des années de cotisation auprès des fonds de pension X_____, avec des compensations dans le cas où des prestations seraient payables selon le plan d'une autre société . »
- Un interoffice memorandum du 19 décembre 1979 concernant M. I_____ et un autre du 7 août 1986 concernant M. J_____ relevant qu'à partir de la date de leur transfert, ils participeront au plan de prévoyance COSA. Précisant : « Notre fond de pension est un plan qui est partie intégrante du système de sécurité sociale suisse. Les prestations de vieillesse se déterminent en calculant 1, 2/3% par année de service en prenant la moyenne du salaire assuré des trois dernières années. Notre plan contient des dispositions spécifiques sur les prestations pour veuves et orphelins, ainsi que sur les possibilités de retraite anticipée. L'un des objectifs de ce plan est d'inclure tout le service auprès de X_____ dans le calcul des prestations de retraite, sans égard à l'entité impliquée. Nous prévoyons de racheter les cotisations afférentes à la totalité des années de service acquises auprès de V_____ Grenoble (entité du groupe

X_____ à Grenoble, France) avec une clause de compensation pour toutes prestations qui seraient payables selon vos anciens plans de prévoyance. Votre capital de pension acquis auprès de V_____ Grenoble sera bloqué jusqu'à ce que le rachat de vos anciennes années de service soit intégralement réalisé. Vous trouverez en annexe les grandes lignes de notre plan de retraite, ainsi qu'une copie de la garantie faite pour les employés qui sont transférés d'un pays à un autre . »

- Un interoffice memorandum du 27 septembre 1996 adressé à tous les participants du plan W_____ PENSION PLUS rappelant que le plan avait été créé en 1988 et était géré par SWISS LIFE.

20. Le 15 décembre 2010, le Tribunal des Prud'hommes a entendu les parties ainsi que les témoins H_____ et K_____, retraité, ancien cadre financier de X_____ et président Y_____.

Le témoin H_____ a déclaré qu'il avait débuté son activité pour l'employeur en Belgique le 1^{er} juillet 1970 et qu'il avait été transféré à Genève le 1^{er} septembre 1973, que ses années belges avaient été intégrées dans le plan de retraite suisse, qu'il avait pris sa retraite en 2002, qu'il percevait des prestations suisses et une retraite de l'office national des pensions en Belgique.

Le témoin K_____ a déclaré qu'il avait travaillé pour l'employeur de 1975 à 2006, qu'il avait passé 1 an aux Etats-Unis, 11 ans en Italie et 3 ans en France, que dans les années 1990 l'employeur versait en capital sur le compte personnel LPP de la personne transférée depuis l'étranger le montant des années passées à l'étranger, qu'il était surpris de constater que dans le cas du demandeur le rachat d'années n'avait pas eu lieu, que selon la pratique si les années à l'étranger n'étaient pas rachetées, il en était tenu compte dans le calcul au moment de la retraite quelle que fût l'entité nationale, qu'il interprétait le « pension plan » comme signifiant que toutes les années passées au sein de X_____ comprenaient toutes les années passées au service des différentes entités X_____ à l'étranger, que le document « revenu de retraite garanti par les employés transférés entre les pays » n'était pas contradictoire avec son interprétation du « pension plan », que le X_____ PENSION PLUS avait été créé au début des années 2000, qu'il n'expliquait pas comment la date d'affiliation technique du demandeur était postérieure à la date du plan d'affiliation.

21. Le 18 mars 2011, le demandeur a conclu à la compétence du Tribunal des Prud'hommes au motif que le fondement juridique en cause était le memorandum de transfert, soit un engagement contractuel de l'employeur.
22. Le 18 mars 2011, X_____ a conclu à l'incompétence du Tribunal des Prud'hommes au motif que la question litigieuse relevait de la prévoyance professionnelle.

23. Par jugement du 18 juillet 2011 (C/1677/2010-3), le Tribunal des Prud'hommes a déclaré la demande irrecevable vu son incompétence *ratione materiae*.

Il a considéré que le litige portait principalement sur le paiement de prestations de prévoyance professionnelle suivant l'interprétation d'une clause contractuelle du memorandum de 1990 concernant le plan de pension du demandeur; il s'agissait donc de déterminer les éventuelles prestations de prévoyance professionnelle supplémentaires auxquelles pouvait prétendre le demandeur selon le contrat établi pour l'activité déployée de 1975 à 1990 de sorte que la prétention du demandeur trouvait manifestement son fondement dans la prévoyance professionnelle au sens large.

24. La Chambre des Prud'hommes de la Cour de justice a rejeté le 9 janvier 2012 l'appel interjeté par le demandeur à l'encontre du jugement précité (C/1677/2010-3). Elle relève ce qui suit : "En l'espèce, il est constant que l'appelant fonde ses prétentions sur une clause contenue dans son contrat de travail, tel que modifié suite à son affectation en Suisse, mais consacrée uniquement à des questions de plan de pension. Ces prétentions ont trait à l'étendue des prestations de prévoyance professionnelle, lors de la retraite de l'appelant. Les parties se divisent sur la question de l'origine des droits de celui-ci qui, selon lui, doit remonter à ses années de service en Belgique, et qui, selon l'intimée, date de l'affiliation à l'institution de prévoyance suisse. A supposer qu'elles soient fondées dans leur principe, les prétentions de l'appelant entraîneraient, pour en déterminer la quotité, des calculs d'ordre actuariel. Ceux-ci ne dérivent pas directement du contrat de travail. L'appelant n'en disconvient pas puisqu'il se réfère lui-même au certificat de prévoyance émanant de la caisse de pension pour procéder à la détermination de la créance qu'il allègue. Or ces calculs ne peuvent qu'être fonction de règles relevant du droit de la prévoyance professionnelle. Il s'agit-là d'un critère décisif de distinction. Il s'ensuit que les prétentions de l'appelant sont exorbitantes du contrat de travail. C'est ainsi à raison que le Tribunal des prud'hommes s'est déclaré incompétent à raison de la matière pour connaître de la demande formée par l'appelant. Le jugement attaqué sera dès lors confirmé".

25. Le 5 avril 2012, le demandeur a déposé auprès de la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice une demande en paiement à l'encontre de X_____ et de Y_____, concluant principalement à la condamnation de X_____ au paiement de 1'145'140 fr. 88 avec intérêts à 5% dès le 1^{er} avril 2010, sous déduction de 50'383 fr. 31 et, subsidiairement, à la condamnation de Y_____ au paiement de la même somme à raison de 50% sous forme de capital et 50% sous forme de rente.

Il fait valoir qu'au moment de son transfert en Suisse, il lui avait été clairement annoncé que les années de travail effectuées en Belgique seraient prises en compte pour le calcul de sa retraite, ce qui n'avait toutefois pas été le cas au moment de sa

retraite. Les relevés de prévoyance régulièrement reçus de Y_____ ne mentionnaient pas les années de service belges, soit la période depuis le 1^{er} janvier 1975 jusqu'au 30 avril 1990, mais il ne s'en était pas inquiété vu que celles-ci devaient être prises en compte seulement au moment de sa retraite. Il convenait donc de prendre en compte 15 ans et 4 mois d'années d'activité de sorte que la rente annuelle de vieillesse était de 72'084 fr. 91 et le capital de 1'145'140 fr. 88. La garantie de retraite permettait aux employés d'élever des prétentions contre l'employeur, lequel avait notamment racheté des années de cotisations pour M. H_____ ; le témoin K_____ avait d'ailleurs confirmé que l'employeur à l'arrivée des collaborateurs à Genève rachetait les années de cotisation de l'étranger ou que celles-ci étaient prises en compte au moment du passage à la retraite, ce qui n'avait dans son cas pas été fait. Il avait cotisé depuis 2002 à X_____ PENSION PLUS qui était une prévoyance complémentaire facultative indépendante de la prévoyance de base. Le fait de ne pas avoir indiqué dans le memorandum de 1990 la possibilité de racheter des années de service par l'employé et de transférer les cotisations belges de la part de l'employeur dénotait l'intention de celui-ci de prendre en compte les années de service belges dans le décompte final de la retraite.

La Chambre des assurances sociales de la Cour de justice était compétente pour trancher le litige dès lors que le Tribunal des Prud'hommes, suivi par la Cour de justice, avait décliné sa compétence.

Le memorandum de 1990 devait être interprété en ce sens que l'employeur voulait lui garantir une retraite équivalant à 1, 2/3% (puis 1,75%) par année de service, ce qu'il avait également compris comme tel.

Enfin, ses prétentions n'étaient pas prescrites dès lors qu'il avait été informé du fait que ses années belges n'étaient pas prises en compte seulement le 1^{er} avril 2010.

26. Le 8 mai 2012, l'employeur et Y_____, représentés par un même avocat, ont conclu au rejet de la demande et, subsidiairement, à l'audition de Madame L_____, Monsieur M_____ et Monsieur N_____ en reprenant les arguments développés devant la juridiction des Prud'hommes.

L'employeur n'était pas habilité au moment du transfert du demandeur en Suisse à prendre en compte des cotisations belges au regard du règlement de la prévoyance professionnelle de X_____ OVERSEAS SA, en vigueur depuis le 1^{er} mars 1990 (ci-après : le règlement de 1990), celui-ci ne prévoyant pas non plus le rachat de cotisations dans le plan de base pour le demandeur ; seul le versement de contributions personnelles dans le cadre du W_____ PENSION PLUS PLAN était possible. Si en 2008, les employés qui s'affiliaient à la prévoyance de base de X_____ avaient la possibilité d'effectuer des rachats dans un délai de six mois dès leur affiliation, tel n'était pas le cas en 1990.

Les prétentions du demandeur étaient en toute hypothèse prescrites, le moment de la connaissance du dommage n'étant pas déterminant.

Contrairement à ce qui avait été prévu pour certaines personnes transférées en Suisse avant 1988, aucun engagement n'avait été pris par l'employeur pour racheter les années de cotisation effectuées par le demandeur en Belgique.

Enfin, le calcul du demandeur était erroné et ne pouvait aboutir, au mieux, qu'à une créance de 56'194 fr.

27. Le 14 juin 2012, le demandeur a répliqué. Il ne prétendait pas que l'employeur aurait dû racheter les années de service belges au moment de son transfert mais que celles-ci devaient être prises en compte dans le décompte final de sa pension de retraite ; contrairement aux memorandum de Messieurs I_____ et J_____, le sien faisait référence à la prise en compte des années de service dans le décompte final de la pension de retraite et cela justement parce qu'aucun rachat d'années de service n'était prévu au moment du transfert ; le « retirement income guarantee for employees » était remis à tous les employés, sans pertinence, même à ceux pour lesquels des années de cotisation avaient été rachetées; ce document prévoyait aussi que si le plan de retraite suisse était supérieur au plan belge, l'employé aurait droit à recevoir les prestations supplémentaires. La W_____ PENSION PLUS n'avait rien à voir avec un éventuel rachat d'années passées à l'étranger et ne pouvait se substituer au plan de prévoyance de base. Le règlement de prévoyance de 2008 ne lui était pas applicable vu la date de son transfert. Il avait rencontré Madame L_____ en 2008 pour s'assurer que tous les documents relatifs à sa future retraite se trouvaient dans son dossier et avait, sur conseil de Madame L_____, contacté Madame O_____ pour lui demander le montant de sa pension s'il était resté en Belgique. Il souhaitait de cette façon s'assurer que c'était bien le système de prévoyance suisse, plus favorable, qui lui serait appliqué. Le calcul de l'employeur était erroné car même si l'on ne prenait en compte que 6,83 années de rente belge, le capital de vieillesse dû était de 510'086 fr. 69 et la rente annuelle de 32'109 fr. 20.

28. Le 13 juillet 2012, X_____ et Y_____ ont dupliqué en relevant que l'unique moyen de prendre en compte les années de service belges était le rachat, que le témoin K_____ n'avait aucune expérience des ressources humaines de l'employeur, que la politique en matière de prévoyance professionnelle avait été modifiée à la fin des années 1980 de sorte que le rachat systématique des années de cotisation liées aux années à l'étranger n'était plus pratiqué, que le memorandum de 1990 ne contenait d'ailleurs plus la mention du rachat, que le règlement de 1990 prévoyait la possibilité de racheter des années de cotisation par des versements auprès de W_____ PENSION PLUS dont le but était précisément de combler les lacunes éventuelles dans le plan de prévoyance de base, que si le règlement de 1990 ne prévoyait pas expressément que les années passées à l'étranger ne

comptaient pas pour calculer le nombre des années de service, comme le faisait le règlement de 2008, il ne prévoyait pas non plus la possibilité de faire des rachats.

29. A la demande la Cour de céans, X_____ a indiqué, le 24 août 2012, que le document intitulé "les grandes lignes de nos prestations sociales" mentionné comme étant remis en annexe dans le memorandum du 15 janvier 1990 était un classeur A5 regroupant la documentation relative aux différentes prestations et assurances sociales, y compris en lien avec la prévoyance professionnelle, classeur qu'il n'était plus en mesure de produire. Le chapitre concernant le plan de retraite était une copie du règlement de prévoyance alors en vigueur. Par ailleurs, Y_____ a transmis une copie du règlement de prévoyance professionnelle des salariés de X_____ OVERSEAS SA, en vigueur depuis le 1^{er} novembre 1988 (le règlement de 1988), soit celui en vigueur antérieurement au 1^{er} mars 1990 et indiqué que le règlement de prévoyance de base, Y_____ prévoyance X_____ à Genève (le règlement de 2008) en vigueur dès le 1^{er} janvier 2008 était toujours en vigueur le 1^{er} avril 2010.
30. Le 10 septembre 2012, la Cour de céans a entendu les parties en audience de comparution personnelle à laquelle étaient présents le demandeur et le chef du département juridique de l'employeur.

Le demandeur a déclaré :

"J'ai rencontré M. C_____ en tant que personne responsable des ressources humaines à Genève et c'est avec lui que j'ai discuté des modalités de mon transfert. S'agissant des personnes mentionnées en copie sur le mémorandum je connais M. D_____ qui était chef du département trésorerie de X_____ à Genève et M. E_____ qui était chef du département trésorerie et finances à Grimbergen. Je suppose que M. F_____ travaillait à la maison mère à Peoria et que M. G_____ travaillait pour le service payroll à Genève. Je précise que lors de mon transfert les négociations ont été menées uniquement avec les responsables de X_____. Je n'ai eu aucun contact avec les responsables de la fondation de prévoyance en faveur du personnel de X_____ OVERSEAS SA (la fondation). Je précise que M. P_____ qui a signé le mémorandum de 1996 était le chef du département des ressources humaines et également le chef de M. C_____. A l'époque j'ai négocié uniquement avec l'employeur mon transfert. La fondation n'a été d'aucune manière associée aux négociations de celui-ci. En particulier je n'ai reçu aucun engagement direct de la part de la fondation. J'ai discuté avec M. C_____ de l'aspect de la prévoyance professionnelle et il a été dit que toutes mes années de cotisations auprès de X_____ seraient prises en compte lors du calcul de mes prestations de retraite. Je ne pense pas que le mémorandum me concernant ait été transmis à l'époque à la fondation de prévoyance.

En pratique lorsque j'étais membre du conseil de fondation Mme L_____ expliquait aux membres de ce conseil les décisions prises par l'employeur concernant l'aspect de prévoyance professionnelle. Je ne me rappelle pas que Y_____ ait refusé de suivre une proposition de X_____ lorsque celle-ci touchait la prévoyance professionnelle.

Il existe deux types de transferts d'employés chez X_____. Un transfert définitif d'une filiale à une autre comme ça a été le cas pour moi et un transfert ISE soit International Service Employee. Dans ce dernier cas l'employé reste salarié de la filiale qu'il quitte laquelle refacture le coût de ce salaire à la société qui l'emploie effectivement. La majorité des transferts d'employés se fait d'après le système ISE. Je ne peux pas vous dire si d'autres personnes ont été transférées comme moi de manière définitive d'une filiale à une autre après 1990. J'ai été affilié dès le 1^{er} juillet 1983 au plan de prévoyance professionnelle pour les cadres en Belgique lequel était entièrement financé par l'employeur. Avant 1983, j'ai uniquement cotisé auprès de la sécurité sociale belge. Je ne peux pas dire si d'autres employés, tel que M. H_____ pour lequel un rachat d'années de cotisations a été effectué, ont bénéficié de ce rachat également pour des années durant lesquelles ils n'auraient pas cotisé au plan de prévoyance de X_____.

J'ai toujours pensé que X_____ allait, au moment de ma retraite, effectuer (...) à Y_____ afin de racheter mes années de services belges. Je note que X_____ a procédé à des rachats après 1990 dès lors qu'un procès-verbal du conseil de fondation du 8 novembre 2007 relate un rachat de deux années de cotisations pour un employé transféré d'Angleterre en Suisse. Je verserai au dossier une copie de ce procès-verbal. Au début X_____ était lié à la fondation de collective Swisslife jusqu'en 1989-1990. Dès cette date une fondation autonome a été créée. Le transfert des fonds de Swisslife à la fondation a permis de créer une fortune libre laquelle a été utilisée pour compenser des années de services d'employés effectuées à l'étranger. Cette fortune libre était mentionnée comme cotisation de la fondation dans le règlement de mars 1990 (art. 6.3). Dans mon cas, il n'avait pas été prévu de rachat car mes années de services belges devaient être financées par cette fortune libre. Ceci est une hypothèse de ma part et n'a pas été clairement discuté entre M. C_____ et moi-même. Je précise que la fortune libre de la fondation était de 54 millions fin 1999. Je précise que pour moi le transfert de Belgique en Suisse était une continuité de mon contrat avec X_____".

Le chef du département juridique de X_____ a déclaré :

"Actuellement il existe toujours une pratique de mémorandum dans certains cas de transfert. La caisse de pension Y_____ n'est pas impliquée dans la rédaction de ces mémorandums. S'agissant des questions liées à la prévoyance professionnelle une personne des ressources humaines de X_____ se charge

ensuite de discuter avec Y_____ de la mise en œuvre des points ressortant des mémorandums. A ma connaissance, je confirme également qu'aucune des personnes mentionnées dans le mémorandum ne travaillait à l'époque pour la fondation. Selon ma compréhension, la pratique des rachats d'années de cotisations a cessé dès 1988. Dès 1988, le plan de prévoyance W_____ PENSIONS+ a été mis en place dans le cadre de la fondation puis repris par Y_____ de la même manière. Il s'agit d'une possibilité pour l'employé uniquement de cotiser dans le cadre d'une prévoyance professionnelle complémentaire. M. M_____ est le chef du département trésorerie, il est également membre de Y_____ il connaît bien le fonctionnement de celle-ci. M. N_____ est employé par la société U_____, elle-même engagée par Y_____, pour la gestion des données. Le mémorandum lorsqu'il traite du plan de pension en indiquant qu'un des objectifs de ce plan est d'inclure tout le service auprès de X_____ dans le décompte final de la pension de retraite doit être interprété au regard du document garantie des revenus de retraite des employés qui sont transférés entre pays. Il n'y a pas eu en particulier d'engagement de l'employeur pour racheter des années d'assurance de M. B_____".

31. Le 11 septembre 2012, le demandeur a transmis les procès-verbaux des réunions du Conseil de la fondation de Y_____ des 8 et 23 novembre 2007 et un courrier de U_____ CONSEILS SA à X_____ Sàrl du 7 mai 2001. Selon les procès-verbaux des 8 novembre 2007 et 23 novembre 2007, l'employeur avait accepté de racheter totalement deux ans de cotisations pour un employé transféré en 1988 pendant six ans et huit mois en Angleterre au motif que le contrat de transfert prévoyait le rachat des années manquantes dans le plan de pension Suisse et que l'employé n'avait pas pu transférer son libre passage du plan de pension anglais. Le Conseil de fondation a également autorisé l'employé à racheter deux années supplémentaires dans le plan de base par le biais du compte W_____ PENSION PLUS. Selon U_____ CONSEILS SA, la fondation disposait au 31 décembre 1999 d'une fortune libre de l'ordre de 54 millions, non attribuée et faisant partie du bilan technique de la fondation, qui pouvait être utilisée dans une certaine mesure pour l'amélioration générale des prestations, par exemple pour la suppression à moyen terme de la déduction de coordination, ce qui avait été fait à hauteur de 50 % avec une amputation de la fortune libre de 8 millions. La suppression totale de la coordination coûterait 8 millions supplémentaires, ce qui était supportable, de sorte que la fortune libre serait de 38 millions indépendamment de l'éventuelle diminution due aux cas de retraite anticipée.
32. A la demande de la Cour de céans, les parties se sont déterminées sur la compétence de la Chambre des assurances sociales pour traiter du présent litige.

Le 29 octobre 2012, les défenderesses ont observé que la Cour de céans était compétente pour vérifier la bonne application des dispositions du plan de prévoyance professionnelle au cas du demandeur et s'assurer eu égard à l'ancienneté

et aux montants cotisés que le calcul était correct. La question de savoir si la Cour de céans était également compétente pour interpréter et appliquer le memorandum interoffice de 1990 pouvait demeurer indéterminée dès lors que toute prétention liée à une éventuelle obligation de procéder au rachat d'années de service était prescrite.

Le 29 octobre 2012, le demandeur a observé que la Cour de céans était compétente vu l'arrêt de la Chambre des Prud'hommes de la Cour de justice du 9 janvier 2012 et que, dans le cas contraire, il y aurait un conflit de compétence négatif parfaitement inacceptable.

33. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. a) En vertu de l'art. 73 de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, du 25 juin 1982 (LPP ; RS 831.40), chaque canton désigne un tribunal qui connaît, en dernière instance cantonale, des contestations opposant institutions de prévoyance, employeurs et ayants droit (al. 1).

b) A Genève, conformément à l'art. 134 al. 1 let. b de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ; RS E 2 05) en vigueur dès le 1^{er} janvier 2011, la juridiction compétente est la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice.
2. a) Dans le cadre de contestations opposant institutions de prévoyance, employeurs et ayants droit, la compétence des autorités visées par l'art. 73 LPP est doublement définie. Elle l'est, tout d'abord, quant à la nature du litige: il faut que la contestation entre les parties porte sur des questions spécifiques de la prévoyance professionnelle, au sens étroit ou au sens large. Ce sont donc principalement des litiges qui portent sur des prestations d'assurance, des prestations de libre passage (actuellement prestations d'entrée ou de sortie) et des cotisations. En revanche, les voies de droit de l'art. 73 LPP ne sont pas ouvertes lorsque la contestation a un fondement juridique autre que le droit de la prévoyance professionnelle, même si elle devait avoir des effets relevant du droit de ladite prévoyance. Cette compétence est également limitée par le fait que la loi désigne de manière non équivoque les parties pouvant être liées à une contestation, savoir les institutions de prévoyance, les employeurs et les ayants droit.

Il n'est pas toujours aisé de délimiter les compétences *ratione materiae* entre les juridictions civiles et les tribunaux désignés par l'art. 73 LPP. Lorsque cette compétence prête à discussion, il faut se fonder sur les conclusions de la demande et sur les faits invoqués à l'appui de ces conclusions; le fondement de la demande est alors un critère décisif de distinction (FABIENNE HOHL, Procédure civile, vol. I: Introduction et théorie générale, Berne 2001, p. 20, ch. 43; cf. aussi ATF 122 III

252 consid. 3b/bb, ATF 119 II 67 sv. consid. 2a; arrêt G. du 30 octobre 2001 [B 24/00]).

b) En application de ces principes, la jurisprudence a considéré que la clause d'un contrat de travail prévoyant l'indemnisation du travailleur pour la clientèle apportée à son employeur et l'affectation de l'indemnité au rachat d'années d'assurance dans la caisse de pensions de l'employeur n'avait, dans le cas particulier, pas sa source dans le droit de la prévoyance professionnelle; partant, le litige survenu entre l'employeur et le travailleur au sujet de l'application et l'interprétation de cette clause ne relevait pas des autorités visées par l'art. 73 LPP (ATF 122 III 57). De même, le Tribunal fédéral des assurances a jugé que les voies de droit de l'art. 73 LPP n'étaient pas ouvertes dans un litige se fondant sur un règlement communal visant à assurer pour les fonctionnaires concernés la transition entre le moment où ces derniers cesseraient leur activité professionnelle et celui où s'ouvrirait leur droit à la rente de vieillesse (calculée au taux maximum selon les dispositions statutaires de la caisse de pensions); ce règlement ne se fondait pas sur le droit de la prévoyance professionnelle mais sur le statut du personnel visé (ATF 127 V 29).

La compétence *ratione materiae* des autorités visées par l'art. 73 al. 1 LPP a également été niée dans le cas du non-respect par l'employeur d'une disposition d'une convention collective de travail prescrivant à ce dernier d'assurer ses employés dans le cadre de la prévoyance professionnelle pour une certaine prestation minimale en cas d'invalidité: l'action du salarié, devenu invalide, visant à obtenir de son ex-employeur le paiement de la différence entre les prestations servies par sa caisse de pensions et le montant minimum prévu par la convention collective ne relève pas d'un litige spécifique à la prévoyance professionnelle entre un employeur et un ayant droit (ATF 120 V 26). Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral des assurances a relevé qu'en matière de prévoyance professionnelle, le non-respect par l'employeur de ses obligations peut fonder une action en dommages-intérêts au sens de 97 CO. Sous l'angle de la réparation, le travailleur doit être placé dans la même situation que celle dans laquelle il serait si l'employeur avait correctement exécuté ses obligations. Dès lors, si l'employeur omet de conclure une assurance plus étendue que le minimum légal, en violation de ses devoirs découlant de la convention collective de travail, le travailleur peut exiger, lors de la réalisation du risque et aux conditions de 97 CO, le paiement de dommages-intérêts correspondant au montant des prestations manquantes. En pareil cas, la prétention du travailleur est, sans conteste, de nature civile. Il s'agit d'une créance en réparation du dommage à raison de l'inexécution ou de l'exécution imparfaite d'une obligation issue du contrat de travail ou de la convention collective; cette prétention, comme telle, ne découle donc pas de la prévoyance professionnelle au sens étroit ou au sens large (ATF 120 V 26 consid. 3b). Ainsi, la réparation due de ce chef couvre l'intérêt que le salarié avait à l'existence d'une assurance conforme aux termes du contrat de travail ou de la CCT et correspond aux prestations qu'il aurait perçues au bénéfice de l'assurance promise pour la réalisation du risque

considéré, sous déduction de ce qui est versé par l'institution supplétive, ainsi que par les autres assureurs sociaux ou privés (ATF 120 V 26; Rémy WYLER - LPP et LFLP 2010, p. 267).

Dans ce cas, le Tribunal fédéral a finalement annulé l'arrêt du Tribunal cantonal des assurances sociales qui était entré en matière sur la demande du travailleur et renvoyé la cause à la Chambre des affaires arbitrales cantonale afin qu'elle annule elle-même la sentence par laquelle elle avait à tort décliné sa compétence et statue à nouveau sur le litige en relevant que cette sentence ne pouvait pas être revêtue de l'autorité de la chose jugée aussi longtemps que la question des voies de droit à suivre par les parties n'avait pas été définitivement élucidée, car admettre le contraire priverait le recourant de toute possibilité d'obtenir un jugement sur le fond et constituerait de ce fait un déni de justice particulièrement grave. Toujours dans cet arrêt, le Tribunal fédéral des assurances a encore rappelé qu'il s'était naguère déclaré incompétent pour connaître, dans le cadre de l'art. 73 al. 4 LPP, d'une action en responsabilité d'un affilié à l'encontre de l'institution de prévoyance (ATF 117 V 42 consid. 3d). et qu'il avait eu l'occasion de juger, dans un litige qui portait principalement sur le montant d'une prestation de libre passage, que les voies de droit prévues par l'art. 73 LPP n'étaient pas ouvertes pour l'exercice de prétentions en dommages-intérêts ou pour tort moral d'un ayant droit contre son ancien employeur (arrêt du 24 juin 1992 en la cause M., publié dans la SZS 1993 p. 157, plus spécialement consid. 6).

Dans le même sens, le litige concernant un assuré qui invoque uniquement la responsabilité de l'institution de prévoyance dans le défaut d'assurance lors de la survenance du risque, afin d'obtenir la réparation du préjudice causé, correspondant selon lui aux rentes qu'il ne pouvait pas percevoir, est un litige qui ne relève pas spécifiquement de la prévoyance professionnelle, au sens de l'art. 73 al. 1 LPP. En effet, il s'agit-là manifestement d'une action en responsabilité civile du fait d'un dommage, intentée contre l'institution de prévoyance, de sorte que le Tribunal cantonal des assurances n'est pas compétent pour en connaître (ATF du 27 avril 2004 B 93/2003).

La question de savoir si une commission due par l'employeur doit s'entendre comme un salaire net de charges sociales ou non relève de la convention conclue entre l'employeur et le salarié dans le cadre du contrat de travail qui les lie et du moment que cette convention ne tire pas sa source du droit de la prévoyance professionnelle et n'a pour objet ni une obligation du demandeur ni une obligation de l'employeur envers l'institution de prévoyance, elle ne ressortit pas aux tribunaux des assurances sociales (Arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 1^{er} mars 2006 B 101/04).

Enfin, les juridictions cantonales du travail peuvent être amenées à statuer sur un certain nombre de litiges présentant un lien avec les assurances sociales, par

exemple le litige portant sur l'interprétation d'un accord passé entre l'employeur et le travailleur, prévoyant le versement, par l'employeur, lors du départ à la retraite anticipée du travailleur, des primes de rattrapage LPP utiles dès lors que l'accord querellé réglant la fin des rapports de travail, est régi par le titre X CO et relève de la juridiction du travail (CAPH du 17 octobre 1995 - 1071/1993) (Les juridictions du Travail en Suisse M.-J. Alex GALLEY - 2003 p. 191-192).

c) En revanche, les voies de droit prévues par l'art. 73 LPP sont ouvertes pour décider si la résiliation des rapports de service n'est pas imputable à faute et si, par conséquent, le fonctionnaire a droit aux prestations prévues dans ce cas par les statuts: les prestations du règlement de prévoyance destinées à couvrir le risque d'un licenciement ou d'une non-réélection relèvent, également, des prestations de la prévoyance professionnelle (ATF 118 V 248). Tel n'est pas le cas, cependant, d'une prestation en capital due en plus de la prestation de libre passage et dont le financement incombe à l'employeur par un remboursement (intégral) à la caisse. Dans une telle éventualité, la prestation n'est pas destinée à couvrir un risque de prévoyance; elle a le caractère d'une indemnité à la charge de l'employeur (RSAS 1998 p. 140).

Le Tribunal fédéral a ainsi jugé que le litige concernant un employé qui réclame le versement des cotisations par l'employeur à l'institution de prévoyance, est fondé directement sur la LPP et fait partie des questions spécifiques relevant de la prévoyance professionnelle au sens large (SZS 1990 157 consid. 1, 203 consid. 2; arrêts non publiés P. du 6 décembre 1999, B 4/99 et B. du 18 juin 1999, B 5/99) et que c'était à tort que les premiers juges s'étaient référés à l'ATF 120 V 26 ss à l'appui de leur décision de ne pas entrer en matière sur le fond, cet arrêt ne concernant pas le versement de cotisations de la prévoyance professionnelle obligatoire, mais bien l'omission, par l'employeur, de conclure une assurance plus étendue que le minimum légal découlant d'une convention collective de travail (RSAS 2002 p. 503-504).

De même, le litige qui oppose un travailleur à son ancien employeur, sans mise en cause d'une institution de prévoyance faute d'affiliation, porte sur une question spécifique à la prévoyance professionnelle au sens large, dès lors qu'il a finalement pour objet l'obligation - contestée - de l'employeur envers une institution de prévoyance. Peu importe à cet égard que la solution du litige dépende d'une question préjudicielle de droit civil, en l'occurrence l'interprétation du contrat de travail conclu par les parties aux fins d'en déterminer le contenu, la nature et la portée de leurs engagements (RSAS 2000 p. 145).

Le Tribunal fédéral a aussi jugé qu'une demande visant à ce que le montant des contributions correspondantes pour la prévoyance professionnelle fût versé par l'employeur à l'institution de prévoyance à la suite de la condamnation par la Chambre des Prud'hommes de l'employeur à une indemnité de vacances de 5'000 fr.

relève spécifiquement de la prévoyance professionnelle et ressortit donc à la juridiction désignée à l'art. 73 LPP alors que les conclusions prises par le demandeur en procédure cantonale et portant sur le paiement de dommages et intérêts par l'employeur, sont irrecevables devant le juge de l'art. 73 LPP (ATF du 26 août 2004 B 50/2004).

En présence d'un litige qui a trait principalement à l'interdiction de la surindemnisation, respectivement au remboursement de prestations qu'une assurance (privée) a effectuées comme avances au profit du lésé et dont elle exige la restitution à une caisse de prévoyance au sens de la LPP, le choix de la voie de droit doit dépendre du titre juridique sur lequel reposent les prétentions déduites en justice, plus exactement du domaine auquel appartiennent les normes sur lesquelles sont fondées les créances réclamées, soit en l'occurrence la LPGA dans laquelle se trouvent les règles de coordination qui ont été instituées en droit des assurances sociales pour éviter la surindemnisation, c'est-à-dire le domaine du droit public de sorte que la Cour civile n'est pas compétente (ATF du 20 décembre 2010 4A 503/2010).

Le Tribunal cantonal des assurances sociales est également compétent dans le cas d'une demande d'un salarié déposée à l'encontre de son employeur et de l'institution de prévoyance visant à l'octroi d'une rente, même si la question se posait de savoir si le salarié avait bénéficié de prestations selon les dispositions d'un plan social négocié entre l'employeur affilié et les associations du personnel et s'il était dans l'erreur au moment où il avait souscrit au plan social proposé dès lors que cette question devait être traitée au titre de question préjudicielle de fond qui devait être tranchée par le juge saisi du principal, en l'occurrence la juridiction désignée par l'art. 73 LPP (ATF 128 V 254).

Le Tribunal fédéral a aussi exclu la compétence matérielle du Personalrekursgericht ("Tribunal de recours du personnel cantonal") du canton d'Argovie saisi, au motif qu'un litige entre d'anciens employés et leur employeuse portait sur une question typique de droit de la prévoyance professionnelle, entrant dans le champ de compétence du Tribunal des assurances du canton d'Argovie, et non pas sur un droit découlant du rapport de travail. La question litigieuse résidait dans le montant des bonifications supplémentaires devant être versées par l'employeur, auquel les anciens employés avaient droit en raison du passage d'un système de primauté des prestations à celui de primauté des cotisations, survenu lors du changement d'institution de prévoyance et assuré dans ce cadre sur la base de la garantie partielle des droits acquis (arrêt du Tribunal fédéral du 22 février 2012 9C 815/2011; SZS 2012 p. 299).

d) Enfin, selon la doctrine, il est fréquent que les ayants droit, se fondant sur un contrat de travail individuel ou une convention collective de travail, réclament des prestations aux institutions de prévoyance. Par le biais d'un contrat de travail,

aucune réglementation contraignante ne peut cependant en principe être établie à la charge d'une institution de prévoyance, puisqu'elle n'est pas partie au contrat. Afin que, dans le rapport entre ayant droit et institution de prévoyance, un droit aux prestations naisse, les dispositions déterminantes du contrat de travail doivent être transposées dans les statuts et dans le règlement de l'institution de prévoyance. Le droit aux prestations peut également naître par le fait que, d'après les statuts et le règlement, les droits et obligations de l'employeur et du travailleur dans le rapport de prévoyance sont régis par la convention collective de travail actuellement en vigueur. De même, l'approbation écrite du contrat de travail par l'institution de prévoyance est également suffisante. Si l'on est en présence d'aucune des trois situations précitées, le travailleur doit intenter une action contre l'employeur. (MEYER - UTTINGER - LPP - LFLP - 2010 p. 1191-1192).

3. a) En l'espèce, le demandeur conclut principalement à la condamnation de X_____ au paiement d'un capital de vieillesse et, subsidiairement, de Y_____ au paiement d'une rente de vieillesse et d'un capital de vieillesse. Au vu de la jurisprudence précitée, la compétence de la Cour de céans mérite d'être examinée.

b) Il est à constater que le fondement de la demande est le memorandum de 1990 soit une disposition contractuelle prévoyant qu'un des objectifs du plan de prévoyance est d'inclure toutes les années de service de l'employé dans le décompte final de la pension de retraite et par laquelle, selon le demandeur, X_____ se serait engagé à procéder au moment de son départ à la retraite à un rachat de ses années de service effectuées en Belgique de 1975 à 1990 ou encore à requérir de la part de Y_____ le financement de ces mêmes années de service par le biais de la fortune libre de cette dernière.

Il apparaît d'emblée que le memorandum de 1990 n'a pas été approuvé par Y_____ et qu'aucune des personnes ayant participé d'une manière ou d'une autre à l'élaboration de ce document ou l'ayant même uniquement reçu en copie n'était ou n'est employé de Y_____ (cf. procès-verbal de comparution personnelle du 10 septembre 2012). En particulier, Y_____ a précisé le 24 août 2012 que les "grandes lignes des prestations sociales" remises au demandeur en annexe du memorandum de 1990 ne comprenaient, s'agissant du plan de retraite, qu'une copie du règlement de prévoyance en vigueur, de sorte que ce plan de prévoyance ne reprenait pas l'objectif cité dans le memorandum de 1990, soit celui d'inclure toutes les années de service de l'employé auprès de X_____ dans le décompte final des prestations de retraite. Ainsi, le memorandum de 1990 émane-t-il exclusivement de X_____, soit de la relation contractuelle entre le demandeur et l'employeur, Y_____ n'ayant en aucune manière promis au demandeur ou à l'employeur de prendre en compte, selon les termes du memorandum de 1990, les années de service belges du demandeur au moment du calcul des prestations de retraite de celui-ci.

En particulier, le fondement de la demande ne repose pas sur les dispositions en matière de prévoyance professionnelle, singulièrement celles relatives au rachat d'années d'assurance.

A cet égard, le rachat d'années d'assurance vise à combler des lacunes de couverture et à parer à une réduction des prestations auxquelles l'affilié pourra prétendre au jour de la survenance de l'événement assuré (ATF 124 V 327).

Lors du transfert du demandeur de Belgique en Suisse le 1^{er} mai 1990 était en vigueur le règlement de 1990 selon lequel l'assuré, moyennant le versement de contributions personnelles supplémentaires aux cotisations réglementaires pouvait racheter des années de service conformément au droit fiscal en vigueur, pour financer une assurance mixte (art. 4.5.1 du règlement de 1990), les années de service correspondant à celles accomplies depuis le début des rapports de travail et des cotisations au plan de prévoyance de l'entreprise (art. 1.13 du règlement de 1990). Le règlement de 1988 en vigueur au moment de la signature du memorandum de 1990, soit le 23 janvier 1990 a la même teneur.

Par la suite, le règlement entré en vigueur le 1^{er} janvier 1998 (le règlement de 1998) prévoyait également la possibilité pour l'assuré de racheter des années de service manquantes (art. 8.4 et 8.6).

Enfin, au jour du départ à la retraite anticipée du demandeur, le 1^{er} avril 2010 étaient applicables (ATF 138 V 176) les articles 79b LPP en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2006, 60b OPP2, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2006 jusqu'au 31 décembre 2010, ainsi que le règlement de 2008, lesquels autorisent le rachat d'années d'assurance à certaines conditions, notamment la possibilité de racheter les prestations réglementaires pour une personne arrivant de l'étranger et qui n'a jamais été affiliée à une institution de prévoyance en Suisse. En particulier, l'art. 4.3 du règlement de 2008 prévoit que le membre peut effectuer jusqu'à la survenance d'un cas de prévoyance des rachats (contributions volontaires), à certaines conditions et selon l'annexe technique 1 du règlement de 2008 (Financement - rachats - contribution volontaire - art. 4.3 RPB) ces rachats sont autorisés dans le cadre du W_____ PENSION PLUS PLAN et par année de service considérée, on entend les années dès l'admission à la fondation ou achetées à cette date, sans reconnaissance des années de service effectuées auprès d'autres entités X_____ (annexe technique 1 retraite - années de service).

En l'espèce, il est admis par les parties qu'aucun rachat n'a été effectué en faveur du demandeur avant le 1^{er} avril 2010, date de la retraite anticipée de celui-ci, pour combler les années de service effectuées par le demandeur en Belgique et que les prestations de retraite ont ainsi été calculées sur la base des cotisations créditées en faveur du demandeur depuis son affiliation auprès de Y_____ en 1990, ainsi que celles effectuées individuellement par le demandeur dans le cadre du

W _____ PENSION PLUS PLAN. Le calcul de ces prestations, compte tenu d'une affiliation depuis 1990 n'est d'ailleurs pas contesté par le demandeur. En particulier, celui-ci ne prétend pas que Y _____ aurait effectué une application erronée des dispositions en matière de LPP, que ce soit la LPP elle-même ou les différents règlements de prévoyance de Y _____.

S'agissant d'un éventuel rachat, le demandeur ne prétend pas non plus avoir requis le rachat de ses années de service en Belgique au sens des règlements de prévoyance en vigueur au cours de son affiliation à Y _____.

Au demeurant, il est à constater qu'aucune disposition légale ou réglementaire ne reprend les termes du memorandum de 1990, dans le sens d'une possibilité de faire inclure par un financement de l'employeur dans le décompte final de la pension de retraite toutes les années de service effectuées par un employé auprès d'autres entités X _____, en particulier à l'étranger.

Le demandeur invoque encore le fait que ses années de service en Belgique auraient pu être financées par la fortune libre de Y _____.

A cet égard, le demandeur n'invoque pas un droit direct à obtenir une décision du conseil de fondation sur la base des règlements de prévoyance de Y _____ mais une obligation de l'employeur de financer ses années de service belges, en sollicitant éventuellement la fortune libre de Y _____.

En l'espèce, le règlement de prévoyance en vigueur au moment de la signature du transfert du demandeur, soit le règlement de 1988 ou encore celui en vigueur au cours des années d'affiliation du demandeur soit les règlements de 1990 et de 1998 ou encore celui en vigueur au jour de la retraite anticipée du demandeur, soit le règlement de 2008 ne donnent aucun droit à un assuré d'obtenir de la part de Y _____ un financement par le biais de la fortune libre de celle-ci des années de service qu'il aurait effectuées à l'étranger.

A cet égard, le règlement de 1988 prévoit à son art. 6.3 dernier paragraphe que le conseil de fondation décide de l'utilisation des subsides versés par le fonds de garantie en cas de structure d'âges défavorable.

Le règlement de 1990 prévoit à son art. 6.3 paragraphe 2 que les cotisations de la fondation, qui sont prélevées le cas échéant sur sa fortune libre, équivalent aux charges éventuellement non couvertes par les cotisations de l'entreprise et des assurés. Le conseil de fondation décide de l'utilisation des subsides versés par le fonds de garantie en cas de structure d'âges défavorable.

Le règlement de 1998 prévoit à son art. 8.5.2 que les coûts supportés par la fondation, qui sont prélevés le cas échéant sur la fortune libre, équivalent aux charges éventuelles non couvertes par les cotisations de l'employeur et des assurés.

Enfin, le règlement de 2008 prévoit à son art. 4.5 que lorsque la Fondation présente une fortune libre le conseil de fondation peut décider d'en répartir tout ou partie, conformément aux buts statutaires et sur la base de critères objectifs et conformes à l'usage en prévoyance professionnelle.

Ainsi, l'utilisation de la fortune libre est soumise à une décision du conseil de fondation, notamment en cas de structure d'âges défavorable comme le préoyaient les règlements de 1988 et 1990 ou encore doit être conforme aux buts statutaires et effectuée sur la base de critères objectifs et conformes à l'usage en prévoyance professionnelle selon le règlement de 2008. U_____ CONSEILS SA a ainsi attesté en 2001 que la fortune libre avait été sollicitée pour diminuer la déduction de coordination (courrier de U_____ CONSEILS SA du 7 mai 2001). En particulier, l'art. 4.5 du règlement de 2008 ne prévoit pas une obligation de Y_____ de financer les années de service effectuées par un employé à l'étranger. Le demandeur ne prétend d'ailleurs pas que Y_____ serait obligée de prester sur la base des dispositions des différents règlements de prévoyance concernant sa fortune libre.

Ainsi, la requête du demandeur visant au rachat de ses années d'assurance n'est-elle pas fondée sur la LPP ou les règlements de prévoyance de Y_____ mais bien exclusivement sur le memorandum de 1990 soit des dispositions relevant du contrat de travail. Le demandeur a d'ailleurs déposé une première demande le 23 juillet 2010 uniquement à l'encontre de l'employeur par devant la juridiction des Prud'hommes et conclut, dans le cadre de la présente demande, à la condamnation principalement de X_____ au paiement d'un capital et subsidiairement seulement à la condamnation de Y_____.

c) Au vu de ce qui précède, la Cour de céans constate qu'en l'espèce la demande repose sur des dispositions spécifiques du droit du travail; en d'autres termes, le domaine auquel appartiennent les normes sur lesquelles sont fondées la créance réclamée relève du contrat de travail, soit le domaine du droit civil et non pas celui de la prévoyance professionnelle. Peu importe à cet égard que le dommage qui découlerait par hypothèse du non-respect par l'employeur de la clause contractuelle corresponde au montant équivalant aux prestations de retraite dues si les années de service du demandeur de 1975 à 1990 avaient été rachetées par l'employeur, impliquant par là-même un calcul de prestations selon les règles de la prévoyance professionnelle.

Ainsi, force est d'admettre que le cas d'espèce se rapproche de celui jugé par le Tribunal fédéral (ATF 120 V 26), soit le cas du salarié qui actionne son employeur afin d'obtenir le paiement de la différence entre les prestations servies par la caisse de pension et celles prévues par le contrat de travail, dans lequel le Tribunal fédéral a estimé que le non-respect par l'employeur de ses obligations fonde une action en dommages-intérêts au sens de l'art. 97 CO, le dommage correspondant au montant

des prestations manquantes, à l'exclusion d'une demande selon l'art. 73 LPP et cela nonobstant le fait que la Chambre des affaires arbitrales s'était préalablement déclarée incompétente.

Partant, en l'espèce, le jugement d'incompétence de la Chambre d'appel des Prud'hommes de la Cour de justice du 9 janvier 2012 ne saurait, à lui seul, impliquer la reconnaissance de la compétence de la Cour de céans.

A cet égard, la Cour de céans, lorsqu'elle décline sa compétence, n'a l'obligation de transmettre un recours ou une demande qu'à une autre juridiction administrative compétente (art. 64 al. 2 loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA-GE ; RS E 5 10), notamment un autre Tribunal cantonal des assurances sociales (art. 58 al. 3 LPGA), ce qui n'est pas pertinent dans le cas d'espèce. Enfin, le Tribunal des conflits qui était chargé de trancher les questions de compétence entre une juridiction administrative d'une part et une juridiction civile d'autre part (art. 56 J al. 1 et 56 L LOJ dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010) a été aboli, de sorte que le présent jugement peut faire l'objet d'un recours directement auprès du Tribunal fédéral.

4. Si l'administration ou le juge, se fondant sur une appréciation consciencieuse des preuves fournies par les investigations auxquelles ils doivent procéder d'office, sont convaincus que certains faits présentent un degré de vraisemblance prépondérante et que d'autres mesures probatoires ne pourraient plus modifier cette appréciation, il est superflu d'administrer d'autres preuves (appréciation anticipée des preuves; cf. ATF 131 I 153 consid. 3 p. 157; 125 I 127 consid. 6c/cc p. 135). Une telle manière de procéder ne viole pas le droit d'être entendu selon l'art. 29 al. 2 Cst. (SVR 2001 IV n° 10 p. 28 consid. 4b; cf. ATF 124 V 90 consid. 4b p. 94; 122 V 157 consid. 1d p. 162 et l'arrêt cité) (ATF du 21 novembre 2011 9C 208/2011). En l'espèce, vu l'audience de comparution personnelle des parties du 10 septembre 2012, les pièces au dossier et l'issue de la demande, il sera renoncé à l'audition de Mme L_____ et de MM. M_____ et N_____ requise par les défenderesse, la Cour de céans estimant que ces témoignages ne sont pas déterminants.
5. Partant, la demande ne peut qu'être déclarée irrecevable en raison de l'incompétence de la Cour de céans.

**PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

conformément à l'art. 133 al. 2 LOJ

A la forme :

1. Déclare la demande irrecevable.
2. Dit que la procédure est gratuite.
3. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

La présidente

Nancy BISIN

Juliana BALDE

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