

## VD\_GERICHTE ZI09.005632 vom 3. November 2014

VD Tribunal cantonal, 2014-11-03, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_gerichte\\_ZI09.005632](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_ZI09.005632)

FR: VD\_GERICHTE ZI09.005632 du 3 novembre 2014

IT: VD\_GERICHTE ZI09.005632 del 3 novembre 2014

### Volltext

TRIBUNAL CANTONAL PP 4/09 - 50/2014 ZI09.005632 CO UR DE S ASSURANCES SOCIALES \_\_\_\_\_ Arrêt du 3 novembre 2014 \_\_\_\_\_ Présidence de Mme DESSAUX Juges : M. Bonard et Mme Petremand, assesseurs Greffière : Mme Pellaton \*\*\*\*\* Cause pendante entre : G. \_\_\_\_\_, à Ecublens, demandeur, représenté par Me Corinne Monnard Séchaud, avocate à Lausanne, et FONDATION COLLECTIVE COMPLÉMENTAIRE M. \_\_\_\_\_, à Zurich, défenderesse. \_\_\_\_\_ Art. 49 al. 1 et 2 LPP 406

- 2 - E n f a i t : A. G. \_\_\_\_\_, né le 22 juillet 1965, a été employé de la société I. \_\_\_\_\_ SA, à Yverdon-les-Bains. Le 17 décembre 2004, il a été désigné comme directeur général de cette société. La raison sociale de l'entreprise était A. \_\_\_\_\_ SA jusqu'en 2002. G. \_\_\_\_\_ a été assuré par son employeur pour la prévoyance professionnelle, au sens des dispositions de la LPP (loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, RS 831.40), au moyen de deux contrats : - le contrat E4359 conclu avec la Fondation collective LPP D. \_\_\_\_\_ (ci-après : la Fondation collective LPP), qui vise pour l'essentiel à l'octroi des prestations minimales selon la LPP ("plan de base LPP") ; - le contrat E5275 conclu à l'origine avec [...], fondation dont les actifs et passifs ont été repris par suite de fusion, le [...], par la [...] [ci- après : la Fondation complémentaire B. \_\_\_\_\_], qui vise à l'octroi de prestations plus étendues que le minimum LPP. Les deux fondations précitées – la Fondation collective LPP et la Fondation complémentaire B. \_\_\_\_\_ – sont gérées par C. \_\_\_\_\_ (ci- après : C. \_\_\_\_\_), à Zurich. B. Des certificats de prévoyance au 1er octobre 2005, établis le 20 septembre 2005 par C. \_\_\_\_\_ pour G. \_\_\_\_\_, il ressort en particulier les indications suivantes : - contrat E4359 : • salaire annuel : 300'118 fr. • salaire considéré, partie épargne : 54'825 fr. • salaire considéré, partie risque : 54'825 fr.

- 3 - • prestations annuelles en cas d'invalidité (degré d'invalidité 100 %) - rente d'invalidité, délai d'attente de 24 mois : 34'830 fr. - contrat E5275 : • salaire annuel : 300'118 fr. • salaire considéré, partie épargne : 222'718 fr. • salaire considéré, partie risque : 222'718 fr. • prestations annuelles en cas d'invalidité (degré d'invalidité 100 %) - rente d'invalidité, délai d'attente de 24 mois : 133'631 fr. C. I. \_\_\_\_\_ SA a par la suite informé C. \_\_\_\_\_ que le nouveau salaire annuel de G. \_\_\_\_\_ serait, en 2006, de 520'000 fr. (envoi de la formule « notification des changements » pour les contrats E4359 et 5275). Le 9 février 2006, I. \_\_\_\_\_ SA a confirmé à C. \_\_\_\_\_ la notification des changements de salaires en produisant la liste des salaires de ses employés pour 2005 et 2006. Il ressort de cette liste que le salaire 2005 de G. \_\_\_\_\_ était de 300'118 fr. et celui de 2006 de 520'000 francs. Vu le montant des prestations à assurer, C. \_\_\_\_\_ a prié G. \_\_\_\_\_, le 22 février 2006, de remplir un formulaire intitulé « Examen de l'état de santé en cas d'amélioration des prestations », afin de procéder à un examen du risque. Le 23

février 2006, G. \_\_\_\_\_ a répondu « non » aux questions : « - Avez-vous eu des problèmes de santé au cours des 5 dernières années ou en avez-vous actuellement ? - Êtes-vous en ce moment en traitement ou sous surveillance médical(e), et/ou psychothérapeutique et/ou en traitement auprès d'un chiropracteur ?

- 4 - - Prenez-vous régulièrement des médicaments ? » C. \_\_\_\_\_, au nom de la Fondation collective LPP et de la Fondation complémentaire B. \_\_\_\_\_, n'a émis aucune réserve ni restriction. Le certificat de prévoyance au 1er janvier 2006, établi le 10 mars 2006 par C. \_\_\_\_\_ pour G. \_\_\_\_\_ après communication du nouveau salaire pour 2006 et réception de la déclaration concernant l'état de santé, contient les indications suivantes pour le contrat E4359 : • salaire annuel : 520'000 fr. • salaire considéré, partie épargne : 54'825 fr. • salaire considéré, partie risque : 54'825 fr. • prestations annuelles en cas d'invalidité (degré d'invalidité 100 %) - rente d'invalidité, délai d'attente de 24 mois : 34'830 fr. Pour le contrat E5275, le certificat de prévoyance au 1er janvier 2006 porte la date du 14 février 2006 (après la communication du nouveau salaire). Il n'a pas été modifié après la réception de la déclaration concernant l'état de santé. Il contient notamment les indications suivantes : • salaire annuel : 520'000 fr. • salaire considéré, partie épargne : 442'600 fr. • salaire considéré, partie risque : 442'600 fr. • prestations annuelles en cas d'invalidité (degré d'invalidité 100 %) - rente d'invalidité, délai d'attente de 24 mois : 265'560 fr. C. \_\_\_\_\_ a en effet précisé, dans une lettre du 2 mars 2006 à G. \_\_\_\_\_ (lettre portant en titre la référence au contrat E4359) qu'après avoir reçu le formulaire relatif à l'état de santé, elle confirmait avoir

- 5 - « accordé la couverture d'assurance dans le cadre des prestations contractuelles avec effet rétroactif au 01.01.2006 ». D. Souffrant d'une maladie coronarienne, G. \_\_\_\_\_ s'est trouvé en incapacité de travail. Cette incapacité étant durable, il a demandé des prestations de l'assurance-invalidité. Par une décision du 9 septembre 2008, l'Office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud (ci-après : OAI) lui a accordé le droit à une rente AI basée sur un degré d'invalidité de 80 %, dès le 5 février 2008. L'OAI a retenu que son assuré présentait une incapacité de travail sans interruption notable depuis le 5 février 2007, et qu'après l'échéance du délai d'attente d'une année, sa capacité de travail était de 50 % dans son activité habituelle mais de 70 % dans une activité adaptée aux limitations fonctionnelles (sans stress, sans efforts physiques et sans exposition au froid). La décision de l'OAI est entrée en force. E. I. \_\_\_\_\_ SA a annoncé à C. \_\_\_\_\_ l'incapacité de travail et de gain subie par G. \_\_\_\_\_. Le 28 avril 2008, C. \_\_\_\_\_ a accusé réception de l'avis de l'incapacité de gain. Le même jour, C. \_\_\_\_\_ a adressé à la Dresse S. \_\_\_\_\_, médecin traitant de G. \_\_\_\_\_, un formulaire auquel ce médecin a répondu ainsi : « Question : Durant les 5 années précédant le 01.01.2006, la personne assurée a-t-elle eu des problèmes de santé ayant entraîné une incapacité de travail supérieure à 3 semaines ? Réponse : non. Question : La personne assurée avait-elle des problèmes de santé au 01.01.2006 : Réponse : non, hormis hyperlipidémie. Question : Au 01.01.2006, la personne assurée était-elle en traitement auprès d'un médecin et/ou d'un psychothérapeute et/ou d'un chiropracteur ou sous contrôle médical auprès d'un médecin et/ou d'un physiothérapeute ? Réponse : non. Question : La personne assurée prenait-elle régulièrement des médicaments au 01.01.2006 ? Réponse : pas de réponse. Question : Si oui, lesquels ? Réponse : Sortis prescrit en avril 2005. Question : médecin traitant ou prescripteur ? Réponse : moi-même. »

- 6 - La Dresse S. \_\_\_\_\_ a par ailleurs communiqué à C. \_\_\_\_\_ un certificat médical, sur un formulaire ad hoc rempli le 4 juin 2008, où elle indique qu'elle a été le médecin traitant de G. \_\_\_\_\_ du 8 février 2003 [recte : 2002] au 24 août 2005. Ce formulaire comporte plusieurs questions sur la capacité de travail. La Dresse S. \_\_\_\_\_ indique ne pas pouvoir répondre, ayant vu le patient pour la dernière fois à sa consultation en août 2005. F. Le 19 juin 2008, C. \_\_\_\_\_ a écrit la lettre suivante à G. \_\_\_\_\_ : « Contrat E4359 –Fondation collective LPP D. \_\_\_\_\_, [...] Contrat E5275 –Fondation complémentaire B. \_\_\_\_\_, [...] Votre assurance [...] Incapacité de gain – Réticence Monsieur, Nous avons bien reçu votre avis d'incapacité de gain et vous en remercions. Le 23 février 2006, vous aviez déclaré, suite à l'augmentation de votre salaire, et de ce fait à l'augmentation des prestations, que vous n'aviez eu, durant les 5 années précédant cette demande, aucun problème de santé ayant conduit à une incapacité de travail d'une durée supérieure à 3 semaines, et que vous n'aviez pas de problème de santé au moment de la demande, ni que vous étiez sous traitement. Les documents médicaux en notre possession (certificat médical du Dr S. \_\_\_\_\_ daté du 4 juin 2008) nous permettent toutefois de constater que les réponses aux questions mentionnées auraient dû être positives. Sur la base des documents mentionnés, nous faisons valoir – en qualité de gérante de Fondation collective LPP D. \_\_\_\_\_ – une réticence au sens de l'art. 4 de la loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA) et par conséquent limitons vos prestations d'assurance au minimum LPP. Nous vous informons que nous maintenons momentanément la couverture actuelle et allouons la libération des primes sur la base du salaire annoncé à la survenance du cas. La réduction des prestations interviendra dans la mesure où une incapacité de gain vous est reconnue, et ceci rétroactivement au 01 février 2007. Sur la base des documents mentionnés, nous faisons également valoir – en qualité de gérante de Fondation complémentaire B. \_\_\_\_\_ – une réticence au sens de l'art. 4 de la loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA) et par conséquent refusons l'augmentation de salaire annoncé au 1er janvier 2006.

- 7 - La réduction des prestations interviendra prochainement et rétroactivement au 1er janvier 2006. » Puis, dans une lettre du 24 juin 2008, C. \_\_\_\_\_ a précisé que la réticence n'était pas applicable au contrat E4359. En revanche, la réticence était appliquée au contrat E5275 ; le montant annuel de la rente assurée, après le délai d'attente de 24 mois (expiré au 5 février 2009), serait de 133'631 francs. Malgré l'opposition de G. \_\_\_\_\_ à l'application d'une réticence et les pièces produites par ce dernier, C. \_\_\_\_\_ a maintenu sa position et a versé les rentes calculées sur les bases mentionnées le 24 juin 2008, soit annuellement 133'631 fr., ces rentes étant dues à partir du 5 février 2009 (cf. courrier de C. \_\_\_\_\_ du 4 février 2009). G. Par acte du 13 février 2009, dirigé d'une part contre la Fondation collective LPP D. \_\_\_\_\_, et d'autre part contre la Fondation complémentaire B. \_\_\_\_\_ [...], G. \_\_\_\_\_ (ci-après : le demandeur), par l'intermédiaire de son mandataire, demande à la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal de prononcer ce qui suit : « I. G. \_\_\_\_\_ a droit de la Fondation collective LPP X. \_\_\_\_\_ aux rentes d'invalidité suivantes, dès le 5 février 2009 : - rente d'invalidité à 100 % en faveur de G. \_\_\_\_\_ d'un montant annuel de Fr. 35'802.-, - rente pour enfant d'invalidité destinée à [...] d'un montant annuel de Fr. 7160.-, - rente pour enfant d'invalidité destinée à [...] d'un montant annuel de Fr. 7'160.-, - rente pour enfant d'invalidité destinée à [...] d'un montant annuel de Fr. 7'160.-. II. G. \_\_\_\_\_ a droit de la Fondation complémentaire B. \_\_\_\_\_ ( [...]) à une rente d'invalidité d'un montant annuel de Fr. 265'560.- dès le 5 février 2009, avec intérêts à 5 % l'an dès le dépôt de la présente requête, sous déduction de la rente

d'invalidité versée de manière partielle par la Fondation complémentaire B.\_\_\_\_\_ . » S'opposant à l'application d'une réticence, il a reproché à la Fondation complémentaire B.\_\_\_\_\_ d'avoir limité la rente d'invalidité à 133'631 fr., en lieu et place de la rente d'invalidité réglementaire de 265'560 fr. résultant du certificat de prévoyance au 1er janvier 2006. Il ressort de sa description des faits que la modification de salaire

- 8 - intervenue en 2006 provenait de l'inclusion dans le salaire soumis à la prévoyance professionnelle des éléments variables du salaire. Le demandeur a produit une liasse de pièces, dont les certificats de prévoyance établis par C.\_\_\_\_\_ pour les années 2005 et 2006, mais également le certificat au 1er janvier 2007, établi le 12 août 2008, ainsi que le certificat au 1er janvier 2008, établi le 21 août 2008, mentionnant tous deux un salaire annuel de 300'118 fr. et une rente annuelle en cas d'invalidité de 132'335 francs. H. Dans sa réponse du 19 mars 2009, la Fondation collective LPP D.\_\_\_\_\_ (ci-après : la défenderesse n° 1) conclut au rejet de la demande « pour autant qu'elle tend à obtenir des prestations de la défenderesse n° 1, prestations déjà perçues par le demandeur ». Le demandeur s'est déterminé sur la réponse précitée le 24 août 2009. Il a fait valoir que la défenderesse n° 1 avait versé les prestations requises onze jours après le dépôt de la demande et près de trois semaines après la date convenue. Il estime qu'en versant tardivement les prestations dues, la défenderesse a, de fait, adhéré à ses conclusions, ce qui équivaut à un passé-expédient. La défenderesse n° 1 a exposé, dans une détermination du 28 septembre 2009, que la demande était devenue caduque et que la cause pouvait être rayée du rôle. I. Dans sa réponse du 27 mars 2009, la Fondation complémentaire B.\_\_\_\_\_ (ci-après : la défenderesse n° 2) conclut au rejet de la demande « pour autant qu'elle tend à obtenir des prestations de la défenderesse n° 2 ». Elle a en premier lieu confirmé retenir que le demandeur avait commis une réticence. Elle a fait valoir qu'ensuite de la résiliation partielle du 19 juin 2008 qui en découlait, la couverture en cas d'invalidité était restée au niveau acquis au 31 décembre 2005, soit 133'631 fr. ( $300'118 - [3 \times 25'800] \times 60\%$ ). En outre, elle a avancé que le fait que les salaires communiqués par l'employeur comprenaient les bonus et des éléments

- 9 - variables lui était inconnu jusqu'à la lecture de la demande. En conséquence, il faudrait réviser d'entente avec l'employeur la composition des salaires communiqués et effectuer les corrections nécessaires pour l'ensemble des assurés notamment au niveau des cotisations et des bonifications de vieillesse. Concernant le demandeur en particulier, le salaire communiqué en 2006 devait être adapté aux dispositions réglementaires par la déduction du bonus et des parts variables y ajoutés en violation de l'art. 6 al. 2 du règlement de prévoyance de la défenderesse n° 2 (ci-après : le règlement). A teneur de cette disposition, le salaire annuel était calculé sur la base du revenu annuel fixe déterminé selon les normes de l'AVS, cependant sans prendre en considération la rémunération des heures supplémentaires, les bonus, les gratifications ni toute autre partie du salaire de nature occasionnelle ou temporaire. Aux propres dires du demandeur, son salaire réglementaire en 2006 ne s'était pas modifié par rapport à celui de 2005. La rente d'invalidité, calculée en pourcent du salaire considéré, était dès lors celle acquise sur la base du salaire valable en 2005, soit 133'631 francs. La défenderesse n° 2 a encore invoqué une violation du principe de planification fiscale. Par conséquent, même si contre toute attente le tribunal devait retenir que la défenderesse n° 2 n'était pas en droit de résilier partiellement le contrat suite à une réticence, il n'en restait pas moins selon elle que le droit du demandeur à une rente d'invalidité ne dépassait pas le montant qu'il touchait actuellement correspondant à une

rente annuel de 133'631 fr., soit le montant effectivement versé par la défenderesse n° 2. Dans sa réplique du 24 août 2009, le demandeur a complété ses conclusions, dans le sens du rejet des conclusions prises par la Fondation complémentaire B. \_\_\_\_\_ dans sa réponse du 27 mars (nouvelle conclusion II) et de la condamnation de cette Fondation au versement d'une rente d'invalidité d'un montant annuel de 265'560 fr., dès le 5 février 2009, avec intérêts à 5 % l'an dès le 13 février 2009, sous déduction de la rente d'invalidité versée de manière partielle depuis le 5 février 2009. Le demandeur s'est notamment prévalu de ce que le refus du 19 juin 2008 de l'augmentation de salaire annoncée le 9 février 2006 avec effet au 1er janvier 2006 était tardif, car intervenu plus de quatre

- 10 - semaines après réception du certificat médical du 28 avril 2008 de la Dresse S. \_\_\_\_\_ (cf. art. 6 al. 2 LCA [Loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance, RS 221.229.1] pour le délai de quatre semaines d'invocation d'une réticence). Concernant le calcul du montant de la rente d'invalidité, il a entre autres précisé que les montants des salaires figurant sur les attestations de salaires émises par son employeur correspondaient à son salaire annuel déclaré à l'AVS. Ils comprenaient pour chaque année un montant correspondant aux versements mensuels, figurant sous « salaire annuel », ainsi que divers montants versés régulièrement chaque année en fonction de divers paramètres, dénommés « prime contractuelle de rétention », « prime contractuelle de non-concurrence » et « bonus ». L'art. 6 al. 2 du règlement prévoyant que « le salaire annuel [était] calculé sur la base du revenu annuel fixe déterminé selon les normes de l'AVS [...] », les salaires communiqués sur les années 2006 à 2008 étaient donc conformes au règlement. Le demandeur a avancé que la composition de son salaire annuel, et notamment le fait que celui-ci comprenait régulièrement des parts variables, était connue de l'intimée depuis le 23 janvier 2006, date de la séance de la Commission de gestion de la caisse de pension d'entreprise (ci-après : la Commission de gestion), durant laquelle il avait été décidé que les parties variables du salaire seraient prises en considération dans le salaire assuré, dès lors que ces parts étaient versées régulièrement aux employés depuis plusieurs années. De plus, le deuxième paragraphe de l'art. 6 al. 2 du règlement précisait que « les parties variables du salaire, telle que les commissions, [étaient] prises en considération selon les critères fixés par la commission de gestion en accord avec l'employeur et appliqués en règle générale ». Il a encore allégué une violation du principe de la bonne foi à charge de la défenderesse n° 2, celle-ci étant revenue sur le montant des salaires annoncés trois ans plus tard alors qu'un risque majeur s'était réalisé auprès de l'un des assurés. A l'appui de ses dires, le demandeur a produit notamment le procès-verbal de la séance du 23 janvier 2006 de la Commission de gestion, signé par H. \_\_\_\_\_, représentant des employés et président, G. \_\_\_\_\_, représentant de la direction, et V. \_\_\_\_\_, secrétaire hors

- 11 - comité. Participait également à la séance N. \_\_\_\_\_, conseiller clientèle commerciale pour C. \_\_\_\_\_. La teneur de ce procès-verbal est la suivante : « Ordre du jour : 1. Déclaration de salaires avec éléments variables La question a été posée à M. N. \_\_\_\_\_/C. \_\_\_\_\_ sur la manière de gérer les différences entre les salaires annoncés en début d'année et les salaires effectifs AVS et soumis au fisc en fin d'année, qui présentent régulièrement depuis plusieurs années des différences importantes pour la plupart des collaborateurs. La meilleure manière de procéder est d'inclure dans la nouvelle déclaration des salaires la différence de l'année précédente, ou en effectuant une demande de modification de salaire vers la fin de l'année, lorsque les éléments variables sont connus. Ceci se fait couramment dans de nombreuses entreprises où les collaborateurs ont un salaire

irrégulier. Nos deux règlements, en leur article 6, précisent : - que le salaire annuel est annoncé sur la base du revenu annuel fixe, sans tenir compte des éléments variables comme les primes, heures supplémentaires, bonus ou autres éléments de nature occasionnelle ou temporaire. Ceci est un minimum légal obligatoire imposé à l'employeur. - que les parties variables susmentionnées peuvent être prises en considération selon les critères fixés par la commission de gestion en accord avec l'employeur et appliquées en règle générale à l'ensemble du personnel. La direction a donné son accord pour que le rattrapage soit effectué pour l'ensemble du personnel, dès cette année. Ceci permettra de compenser les efforts fournis par les collaborateurs qui effectuent régulièrement de nombreuses heures supplémentaires afin de mener à terme les projets dans les délais. » Le demandeur a également produit une attestation de salaires établie le 20 mai 2009 par la fiduciaire [...], et dont la teneur est la suivante :

- 12 - Dans sa duplique du 13 octobre 2009, la défenderesse n° 2 a confirmé les conclusions de sa réponse. Elle a soutenu avoir invoqué la réticence en respectant le délai de quatre semaines. Concernant en particulier les salaires, elle a précisé que la question litigieuse n'était pas celle de savoir si le salaire AVS du demandeur comprenait des éléments variables, mais si ces éléments constituaient du « salaire considéré » à assurer selon le règlement applicable. Elle a admis que la Commission de gestion était habilitée à modifier la définition du salaire à assurer. Elle a en

- 13 - revanche expliqué que l'institution de prévoyance ne connaissait ni l'ordre du jour, ni les conclusions des séances de la Commission de gestion, tant qu'ils n'étaient pas portés à sa connaissance. Les salaires des collaborateurs d'I. \_\_\_\_\_ SA lui avaient été communiqués sans aucune précision sur leur composition. Cependant, même si la défenderesse n° 2 avait eu connaissance du dessein de la Commission de gestion d'inclure des éléments variables dans les salaires considérés, à l'encontre du règlement, il aurait fallu une modification explicite de ce dernier pour sa validité. Ceci n'ayant pas eu lieu, continuait d'être applicable le règlement dans sa teneur en vigueur à la date du début de l'incapacité de travail. J. La défenderesse n° 2 a informé le tribunal de la modification de sa raison sociale (publication FOSC du 16 octobre 2009), qui est désormais : [...] (Fondation collective complémentaire M. \_\_\_\_\_). K. La Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal vaudois a rendu un jugement partiel le 17 août 2012. Elle a rejeté les conclusions du demandeur à l'encontre de la défenderesse n° 1 et dit que, dans la contestation opposant le demandeur à la défenderesse n° 2, celle-ci ne pouvait pas se prévaloir d'une réticence du demandeur pour résilier partiellement le contrat de prévoyance E5275. Concernant cette partie du litige, l'instruction se poursuivait. L. La Fondation collective complémentaire M. \_\_\_\_\_ ayant recouru contre le jugement précité, le Tribunal fédéral a rendu une décision le 8 janvier 2013 (TF 9C\_845/2012), déclarant le recours irrecevable. Il a considéré que le jugement rendu par la Cour des assurances sociales était partiel concernant le rejet des conclusions du demandeur à l'encontre de la défenderesse n° 1, mais incident concernant les conclusions à l'encontre de la défenderesse n° 2. Le jugement partiel du 17 août 2012 étant exécutoire concernant la Fondation collective LPP X. \_\_\_\_\_, demeure seule partie défenderesse la Fondation collective complémentaire M. \_\_\_\_\_ (ci-après : la défenderesse).

- 14 - M. Après notification de l'arrêt du Tribunal fédéral, la défenderesse a confirmé, par courrier du 8 mars 2013, ses conclusions antérieures, également sur la question de la réticence. Par écriture du 3 avril 2013, le demandeur a déclaré maintenir les conclusions

prises au pied de sa requête du 13 février 2009 et requis l'audition du témoin V.\_\_\_\_\_. Il a renvoyé à l'argumentation développée dans ses déterminations du 24 août 2009 (cf. supra let. I). Il a ajouté que la défenderesse avait encaissé les cotisations réglementaires sur la base de salaires incluant les bonus tels qu'annoncés par l'entreprise affiliée, ceci sans jamais contester ce salaire avant la présente procédure. La défenderesse, par son gestionnaire M. N.\_\_\_\_\_, était parfaitement au courant de la nature variable d'une part du revenu. Le demandeur a par ailleurs observé que la défenderesse ne s'était fondée que sur la question de la résiliation partielle du contrat et non sur les éléments composant le nouveau salaire assuré pour limiter la rente à la situation existant au 31 décembre 2005. En outre, la défenderesse ne prouvait pas son ignorance de l'inclusion d'éléments variables et de bonus dans les salaires annoncés dès 2006. Elle portait en tous les cas la responsabilité des actes de son agent M. N.\_\_\_\_\_. Le demandeur a en outre requis que la défenderesse démontre avoir effectué la correction de la composition des salaires et la rectification fiscale annoncées dans son écriture du 27 mars 2009. Il ressort des extraits de compte individuel du demandeur produits les 14 mai et 5 juin 2013 sur requête de la juge instructrice, les revenus versés par la société A.\_\_\_\_\_ SA, puis I.\_\_\_\_\_ SA, suivants : 445'669 fr. en 2005 ; 464'674 fr. en 2006 ; 554'528 fr. en 2007 et 306'444 fr. en 2008. Egalement sur requête de la juge instructrice, la Fondation collective LPP X.\_\_\_\_\_ a produit, le 22 mai 2013, les notifications des salaires de l'employeur du demandeur des 16 mars 2007 et 7 mars 2008 (annonces de modification). La première, valable au 1er janvier 2007, mentionne, concernant le demandeur, un ancien salaire annuel d'un

- 15 - montant de 520'000 fr. et un nouveau salaire annuel d'un montant de 457'511 francs. De la deuxième, valable au 1er janvier 2008, il ressort que le salaire annuel est resté de 457'511 francs. Il a finalement encore été requis du demandeur qu'il produise son contrat de travail avec I.\_\_\_\_\_ SA (à l'époque du contrat A.\_\_\_\_\_ SA) et tout avenant au contrat ainsi que tout document fixant les modalités de versement du bonus comme des primes contractuelles de rétention et de non-concurrence. Le demandeur a ainsi produit, le 24 juin 2013, le contrat passé avec la société A.\_\_\_\_\_ SA (faisant suite à un premier contrat passé en 1990), et entré en vigueur le 1er octobre 2004. On extrait de sa traduction en français (version originale en italien), ce qui suit : « b) En cas d'atteinte des objectifs fixés dans la politique [...] que nous vous communiquerons ultérieurement, nous vous accorderons un MBO [Management by Objectives] annuel jusqu'à un maximum de 40 % du salaire annuel brut susmentionné ; c) Nous vous verserons, à titre de plan de rétention, un montant égal à 55 000 CHF à chacune des dates suivantes : 31/12/2004, 31/12/2005, 31/12/2006, 31/12/2007 à la condition que vous soyez toujours employé de notre société à ces dates et que vous n'ayez pas présenté votre démission entre-temps. » « 4. En contrepartie de votre engagement de non-concurrence, il vous sera versé un montant égal à 55 000 CHF à chacune des dates suivantes : 31/12/2004, 31/12/2005, 31/12/2006, 31/12/2007 ; et ce à la condition que vous soyez toujours employé de notre société à ces dates et que vous n'ayez pas présenté votre démission avant celles-ci. Par conséquent, si votre relation de travail avec notre société (ou toute autre société appartenant au groupe [...]) dont vous seriez devenu un employé ou avec laquelle vous auriez collaboré ultérieurement) devait cesser avant l'une des dates susmentionnées, les tranches subséquentes de la contrepartie ne vous seront en aucun cas dues, sans préjudice de ce qui est défini ci-dessous dans tous les cas. » Le demandeur a précisé ne pas détenir de document fixant les modalités de versement du bonus et des primes contractuelles. Son salaire brut représentait 310'000 fr. (contrairement à ce qui était indiqué dans le contrat, qui était le salaire brut selon la notion

italienne, en l'espèce 274'750 fr., mais qui correspondait en réalité au salaire net en Suisse). Les primes prévues de 55'000 fr. n'étaient ni négociables, ni variables et avaient été dûment soumises à cotisations d'assurances

- 16 - sociales. S'ajoutait à cela le MBO. Cette part variable du revenu avait été prise en considération pour l'évaluation en début d'année du salaire déterminant pour la LPP et également soumis à cotisations AVS. Au final, son salaire soumis à cotisations AVS et LPP était en moyenne : 310'000 fr. + (2 x 55'000 fr.) + 100'000 fr. (estimation), soit au total 520'000 francs. Le 19 juillet 2013, la défenderesse a pour l'essentiel réitéré ses arguments, y compris sur la question de la réticence. Le demandeur, par l'intermédiaire de son mandataire, s'est déterminé sur les pièces produites par la Fondation collective complémentaire M. \_\_\_\_\_ par écriture du 20 août 2013. On extrait de cette dernière ce qui suit : « Le salaire annoncé à C. \_\_\_\_\_ au 16 mars 2007 était de CHF 457'511.00. Ce montant correspondait au salaire de base de mon client, à savoir CHF 310'000, auquel avait été ajoutée la prime contractuelle prévue pour l'année 2007. Cela étant, à la fin de l'année 2007, le salaire total soumis à l'AVS s'est élevé à CHF 554'528.00 (selon fiche annexée). La différence par rapport au salaire annoncé provient d'une part du fait que M. G. \_\_\_\_\_ avait demandé que ses vacances lui soient payées et, d'autre part, que des primes contractuelles plus élevées lui ont été versées. Par contre, les cotisations LPP sont restées fondées sur le salaire annoncé. » Le demandeur a produit le relevé de son compte salaire de 2007 dont on ne connaît pas la date d'établissement et duquel il ressort un salaire annuel brut, allocations familiales comprises, de 563'048.48 francs. Le total des salaires mensuels s'élevait à 277'032 fr. et le 13e salaire à 23'086 francs. Figurent encore notamment des « parts privées sur véhicule » d'un montant de 4'951 fr. 50, ainsi qu'une « participation PPM » de 720 francs. La défenderesse s'est déterminée le 13 novembre 2013, expliquant que les cotisations de prévoyance pour le demandeur avaient été facturées en tenant compte des salaires communiqués par l'employeur, soit 300'118 fr. en 2005 et 520'000 fr. en 2006. Pour 2007, l'employeur avait communiqué un salaire annuel du demandeur de 457'511 francs. En premier lieu, ces salaires pour 2006 et 2007 avaient été pris en considération pour déterminer les cotisations facturées à

- 17 - l'employeur. Cependant, après avoir constaté la réticence commise par le demandeur, le salaire considéré avait été arrêté à celui de 2005, soit 300'118 francs. Par une ultime écriture du 15 novembre 2013, le demandeur a produit le certificat de prévoyance au 1er janvier 2007, établi le 22 mars 2007, mentionnant un salaire annuel de 457'511 fr. et une rente annuelle en cas d'invalidité de 226'771 fr., ainsi que les relevés de ses comptes salaires de 2005 et 2006. Il en ressort, pour 2005, un salaire annuel brut, allocations familiales comprises, de 453'829 francs. Pour l'année 2006, le montant était de 472'834.15 francs. Pour ces deux années, comme pour 2007, le total des salaires mensuels s'élevait à 277'032 fr., le 13e salaire à 23'086 fr. et la « participation PPM » à 720 francs. Les « parts privées sur véhicule » s'élevaient à 13'101 fr. 10 pour 2005 et à 6'442 fr. 80 pour 2006. N. La Cour des assurances sociales a tenu audience le 11 avril 2014. La teneur du procès-verbal est notamment la suivante : « [...] Le demandeur déclare ce qui suit : Le salaire est composé de quatre parties, le salaire de base qui est versé tous les mois, une prime de rétention, qui est une prime touchée si on est là en fin d'année. Elle n'est pas touchée si on part avant. Son but est d'éviter des départs qui pourraient préteriter la gestion de l'entreprise. Il y a ensuite une prime de non-concurrence. Il y a encore le MBO, soit le Management by Objectives, qui est une prime versée annuellement en fonction des résultats

de l'individu, de l'entreprise et du groupe. Elle est fixée dans le courant du printemps sur la base des résultats de l'année précédente et généralement versée dans les mois suivant sa détermination, ce qui explique que le MBO versé en 2007 a été calculé sur les résultats de l'exercice 2006. Tout le monde dans l'entreprise avait des éléments de salaire fluctuant. L'entreprise avait pour politique de favoriser les collaborateurs en privilégiant le versement de primes. Les heures supplémentaires pouvaient également influencer sur le salaire annuel. L'interlocuteur de M. N. \_\_\_\_\_ a été Mme V. \_\_\_\_\_. Je précise que l'option choisie lors de la séance du 23 janvier 2006 a été d'annoncer les salaires tels que déclarés à l'AVS l'année précédente. C'était le salaire total versé en fin d'année qui était annoncé à la fondation et s'il peut y avoir des différences entre le salaire annoncé à la fondation et le salaire finalement déclaré à l'AVS, ces différences peuvent s'expliquer par le fait que les comptes n'étaient pas encore définitivement bouclés et que par exemple la fiduciaire aura corrigé un montant de participation privée aux frais. [...]

- 18 - N. \_\_\_\_\_, domicilié à Avenches, né en 1972, gestionnaire d'assurances de prévoyance, lequel fait la déposition suivante : J'étais conseiller clientèle commerciale pour C. \_\_\_\_\_ depuis 2004. A ce titre, je m'occupais de la partie commerciale entre I. \_\_\_\_\_ SA et C. \_\_\_\_\_. Je me rappelle avoir discuté avec la secrétaire de l'entreprise et la Commission de gestion de la caisse de pension de l'entreprise de la problématique des parts variables des salaires, soit des heures supplémentaires dans mon souvenir. Il a été décidé de les annoncer pour l'ensemble des collaborateurs. Je précise que pour la prévoyance complémentaire, il me semble que cette annonce concernait les cadres. Je ne me rappelle plus quelle option a été choisie pour déterminer le salaire à annoncer, notamment si le salaire annoncé à la fondation en début d'année était ou non celui de l'année précédente. Ce dont je suis sûr c'est qu'il n'y avait pas une estimation, mais que le salaire annoncé était le salaire effectif. Je précise qu'à réception des annonces de salaires, je ne disposais pas d'informations permettant de distinguer les éléments variables du salaire, qu'ils soient bonus ou heures supplémentaires. Vous me présentez l'annonce faite I. \_\_\_\_\_ SA le 9 février 2006 s'agissant des changements de salaires. Je n'étais personnellement pas destinataire de cette annonce. [...] V. \_\_\_\_\_, domiciliée à [...], née en 1950, secrétaire de direction pour I. \_\_\_\_\_ SA, laquelle fait la déposition suivante : J'étais la secrétaire de direction d'I. \_\_\_\_\_ SA depuis fin 2004. J'étais à ce titre la collaboratrice de M. G. \_\_\_\_\_ au sein d'I. \_\_\_\_\_ SA. Vous me présentez le procès-verbal de la séance de la Commission de gestion de la caisse de pensions de l'entreprise du 23 janvier 2006. A l'époque, l'entreprise n'était pas autorisée à engager du personnel supplémentaire, de telle sorte que tous les collaborateurs en arrivaient à effectuer des heures supplémentaires très régulièrement. La question était de savoir comment faire en sorte que ces heures supplémentaires soient soumises elles aussi à cotisation de prévoyance professionnelle. Contact a été pris avec M. N. \_\_\_\_\_ par moi-même. Il m'a dit que l'on pouvait utiliser un article du règlement qui parlait des parts variables. Il a été décidé ainsi d'annoncer à la fondation le salaire que chaque collaborateur était présumé percevoir pour l'année en cours sur la base de son contrat de travail, 13e compris, en ajoutant à ce salaire annuel de base les éléments variables du salaire réalisés l'année précédente, notamment les heures supplémentaires. Vous me présentez l'annonce faite par I. \_\_\_\_\_ SA le 9 février 2006 s'agissant des changements de salaires. C'est bien moi qui ai saisi les montants des salaires. Le chiffre rond pour le salaire de M. G. \_\_\_\_\_ est lié à l'existence de primes. Il me semble qu'il y avait un salaire de base et un élément de salaire lié au résultat. Je ne me souviens plus sur quelle base le montant de 520'000 fr. a été annoncé. Vous me présentez l'annonce de changement de

salaires de 2007. Je relève que pour 2007 il y avait eu une correction. Les acomptes versés à C. \_\_\_\_\_ ont été facturés sur la base des modifications de salaire annoncées. Par la suite, on a conservé le même système de détermination des salaires à annoncer à la fondation. Il y a eu des cas d'assurance ultérieurement à celui de M. G. \_\_\_\_\_, dont un cas d'invalidité à 50 % et deux départs à la retraite. Ces annonces n'ont suscité aucune difficulté de traitement par la fondation. C'est l'augmentation importante des heures supplémentaires ensuite de la reprise d'A. \_\_\_\_\_ SA par I. \_\_\_\_\_ SA en 2005 qui est à l'origine de la modification de la pratique en matière d'annonce des salaires. Si la question ne s'est pas posée avant c'est parce que les heures supplémentaires étaient moins chroniques. Je pense qu'on peut le dire comme ça. Pour me préparer à cette audience, j'ai fait appel à ma mémoire, je n'ai pas cherché à accéder aux archives de l'entreprise. »

- 19 - Pour le surplus, les parties ont maintenu leurs conclusions. E n d r o i t : 1. Comme exposé dans l'arrêt de la Cour de céans du 17 août 2013, la demande du 13 février 2009 est recevable. Ensuite de cet arrêt, le litige est restreint à l'examen de la quotité du droit du demandeur aux prestations de la prévoyance professionnelle surobligatoire, plus particulièrement à la détermination du montant du salaire servant de base au calcul des prestations dues. 2. a) Dans les limites de la loi, les institutions de prévoyance sont libres d'adopter le régime de prestations, le mode de financement et l'organisation qui leur conviennent (art. 49 al. 1, 1re phrase, LPP). Lorsqu'elles étendent la prévoyance au-delà des prestations minimales, elles doivent tenir compte des dispositions expressément réservées à l'art. 49 al. 2 LPP et se conformer aux principes de l'égalité de traitement, de l'interdiction de l'arbitraire et de la proportionnalité (ATF 132 V 278 consid. 3.1 et la référence ; Hermann WALSER, Weitergehende Berufliche Vorsorge, in Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Band XIV, Soziale Sicherheit, 2e éd. 2007, n° 9 et 12 p. 2099 ss.) b) Lorsqu'une institution de prévoyance professionnelle (de droit privé) décide d'étendre la prévoyance au-delà des exigences minimales fixées par la loi, 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 [code des obligations du 30 mars 1911, RS 220]), ce qui en matière de prévoyance professionnelle vaut avant tout pour les conventions contractuelles particulières (ATF 129 V 145 consid. 3.1).

- 20 - 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). 3. a) Aux termes de

l'art. 7 al. 2 LPP, le salaire déterminant pour la prévoyance professionnelle est celui qui est pris en considération au sens de la législation sur l'AVS. L'article 7 LPP ne figure cependant pas dans la liste des dispositions qui, selon l'article 49 al. 2 LPP, s'applique également à la prévoyance professionnelle surobligatoire. Dans la prévoyance plus étendue, le salaire annuel se calcule selon les dispositions réglementaires de la caisse de pension. Etant donné que la prévoyance surobligatoire se réfère au minimum LPP et donc reprend habituellement aussi la notion de salaire définie pour l'AVS, une dérogation à cette définition doit ressortir de façon suffisamment claire du règlement. Celui-ci doit désigner clairement les éléments de salaire assuré, respectivement ceux qui ne le sont pas. Il est toutefois sans importance que la liste figurant dans le règlement soit positive ou négative (SCHNEIDER/GEISER/GÄCHTER, commentaire LPP et LFLP, Berne 2010, § 47 ad article 7 LPP). En ce qui concerne les bonus et les participations aux résultats, le Tribunal fédéral considère que la question de savoir s'ils peuvent ou non être exclus du salaire annuel en tant qu'éléments de

- 21 - salaire de nature occasionnelle relève du contrat de prévoyance et non du contrat de travail. Le Tribunal est d'avis que ces prestations font en principe partie du salaire annuel assuré. Les institutions de prévoyance sont cependant libres de les exclure, en tout ou en partie. Une disposition dérogatoire allant dans ce sens suppose toutefois une base claire dans le règlement (SCHNEIDER/GEISER/GÄCHTER, op. cit., § 48 ad art. 7 LPP et la jurisprudence citée). Si un employeur entend, dans le cadre de la prévoyance plus étendue accordée à ses employés, exclure du salaire assuré la prise en compte d'éléments de rémunération réguliers tel que treizième salaire, gratification, bonus ou autres commissions, il est de son devoir de veiller à ce que le règlement de prévoyance soit formulé de façon claire et en adéquation avec la structure de l'entreprise et le système de rémunération ayant cours en son sein. S'il omet de le faire, il doit en supporter les conséquences (ATF 140 V 145 consid. 6.3 et référence citée). b) Le salaire assuré peut, s'il existe une base réglementaire correspondante, être fixé de manière définitive au début de l'année civile, soit par référence au dernier salaire annuel connu, soit sur la base du salaire en vigueur au 1er janvier de l'année (comprenant les augmentations individuelles ou générales de salaire déjà décidées pour l'année en cours). La fixation *praenumerando* du salaire assuré peut avoir pour conséquence que le salaire pris en considération dans le cadre de la prévoyance professionnelle diffère du salaire AVS, lorsque des modifications de salaire non convenues ou imprévues apparaissent au cours de l'année (ATF 140 V 145 consid. 6.1 et référence citée). c) Le règlement de prévoyance du 1er janvier 2007 est en l'occurrence applicable. Selon l'article 13 al. 2, 1er §, du règlement, en présence d'une invalidité totale comme en l'espèce, la rente annuelle s'élève à 60 % du salaire dit considéré. Le salaire considéré est défini à l'art. 6 al. 1 du règlement. Il correspond au salaire annuel, diminué d'un montant de coordination pour tenir compte des prestations de l'AVS/AI et de

- 22 - l'assurance de base LPP. Le montant de coordination correspond à 300 % de la rente de vieillesse maximum de l'AVS (art. 6 al. 4). L'art. 6 al. 2 dispose en son premier paragraphe que le salaire annuel est calculé sur la base du revenu annuel fixe déterminé selon les normes de l'AVS (sans rémunération des heures supplémentaires, bonus, gratifications et autres parties du salaire de nature occasionnelle ou temporaire) au 1er janvier ou au moment de l'admission dans la prévoyance en faveur du personnel. Au deuxième paragraphe de l'art. 6 al. 2, il est mentionné que les parties variables du salaire, telles que les commissions, sont prises en considération selon les critères fixés par la

commission de gestion en accord avec l'employeur et appliquées en règle générale. d) En l'espèce, de la formulation de l'art. 6 al. 2 du règlement, il doit être retenu le principe d'une fixation *praenumerando* du salaire assuré. Néanmoins cette disposition réglementaire a ceci de particulier qu'elle prévoit à son premier paragraphe un calcul du salaire annuel sur la base des normes AVS excluant les heures supplémentaires, bonus, gratifications et autres parties du salaire de nature occasionnelle ou temporaire mais réserve au travers de son deuxième paragraphe une prise en considération des parties variables du salaire dans le calcul du salaire annuel selon des critères fixés par la Commission de gestion en accord avec l'employeur, la rémunération sous forme de commissions n'étant manifestement citée qu'à titre d'exemple de partie variable du salaire. Autrement dit, la règle est que les éléments variables du salaire sont exclus du calcul du salaire annuel, sauf exception décidée par la Commission de gestion en accord avec l'employeur. C'est à tout le moins le sens qu'il convient de donner objectivement à cette disposition réglementaire selon le principe de la confiance. En conséquence, il convient de déterminer si les primes de rétention et de non concurrence ainsi que le MBO, en l'occurrence assimilable à un bonus, peuvent être qualifiés de parties ou éléments variables du salaire et dans l'affirmative, s'ils ont été réglementairement pris en considération.

- 23 - Les primes de rétention et de non-concurrence sont d'un montant invariable mais dues pendant quatre exercices annuels exclusivement. Elles doivent donc être qualifiées d'éléments variables du salaire dans la mesure où elles sont limitées temporellement. Quant au bonus, il est par définition une rétribution variable. Cela étant, comme vu ci-dessus, il convient de retenir que les primes de rétention ainsi que de non-concurrence et le MBO ou bonus, peuvent être inclus dans le salaire annuel assuré pour autant que la Commission de gestion en ait valablement décidé ainsi avec l'accord de l'employeur. Sur ce point, c'est en vain que la défenderesse soutient que l'intégration des parties variables litigieuses dans le salaire annuel telle que définie par l'art. 6 du règlement aurait dû faire l'objet d'une modification de celui-ci d'une part et qu'elle aurait dû lui être expressément signifiée par la Commission de gestion d'autre part. En effet, aucune disposition réglementaire ne permet de soutenir une telle interprétation. Notamment, l'art. 6 al. 2 n'implique pas la défenderesse comme partie prenante à la détermination des critères permettant de prendre en considération les parties variables du salaire. Quant à l'art. 2 du règlement, qui règle les compétences de la Commission de gestion, il prévoit que la gestion de la prévoyance en faveur du personnel, l'application du présent règlement et l'information des personnes assurées incombent à une commission de gestion, se composant de représentants de l'employeur et de représentants des personnes assurées, ce qui est le cas en l'espèce. En revanche, cette disposition réglementaire n'attribue pas à la Commission de gestion un quelconque devoir de communication à l'égard de la défenderesse. En effet, celui-ci est expressément et exclusivement réglé par l'art. 1 al. 3 du règlement, lequel dispose que l'employeur communique à la fondation ou à C. \_\_\_\_\_ les données nécessaires à l'application de la prévoyance en faveur du personnel. Ainsi la communication à la défenderesse de la prise en considération de parties variables dans le salaire annuel relevait-elle de la compétence de l'employeur. En l'espèce, cette communication est valablement intervenue

- 24 - sous la forme de la notification des changements de salaire du 9 février 2006 par la société I. \_\_\_\_\_ SA à la défenderesse, à défaut de dispositions réglementaires plus contraignantes s'agissant du mode de communication. Si la défenderesse avait des doutes

sur la nature de la différence, conséquente, que l'inclusion des parts variables engendrait sur le montant des salaires, il lui appartenait de se renseigner. L'on remarque que ceci n'aurait en tout les cas eu aucune conséquence, puisque comme on l'a vu, la Commission de gestion était habilitée à convenir, en accord avec l'employeur de l'inclusion des parts variables du salaire dans le salaire annoncé à C. \_\_\_\_\_, et que ceci a valablement été fait, sans qu'un changement du règlement ne soit nécessaire. Le grief de violation du principe de planification fiscale (art. 1g OPP2 [ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, RS 831.441.1]) soulevé par la défenderesse est sans pertinence dans la mesure où il est admis que le règlement permettait d'intégrer, à l'initiative de la Commission de gestion et avec l'accord de l'employeur, les éléments variables du salaire d'une part et que dits éléments variables ont été soumis à cotisations d'autre part. 4. Etant admis que le principe d'inclure les parts variables du salaire dans le salaire annuel à annoncer à la défenderesse a été valablement décidé, reste à savoir quel mode de calcul a été concrètement choisi par la Commission de gestion et appliqué par I. \_\_\_\_\_ SA pour inclure lesdites parts dans le salaire annuel de ses employés. Le texte du procès-verbal de la séance de la Commission de gestion du 23 janvier 2006 ne permet pas en soi de déterminer le mode de calcul effectivement choisi. Il ressort cependant de l'instruction, en particulier des déclarations des parties, que la volonté de la Commission de gestion était d'annoncer le salaire de base de l'année en cours, augmenté des éléments variables de l'année précédente, soit la première solution proposée par le conseiller en clientèle N. \_\_\_\_\_ lors de la séance. C'est ce qu'explique en effet le témoin V. \_\_\_\_\_. Le témoin N. \_\_\_\_\_ précise en outre que le salaire annoncé n'était pas une

- 25 - estimation, mais le salaire effectif, ce qui implique – les certificats de salaire étant établis en début d'année – de prendre un salaire de base déjà fixé et des parts variables dont on connaît les montants définitifs, soit nécessairement ceux de l'année précédente. La Cour de céans observe par ailleurs que l'option d'une annonce en fin d'année sur la base des résultats des chiffres de l'année en cours n'a pas été alléguée par le demandeur. Au contraire, celui-ci a déclaré, lors de l'audience du 11 avril 2014, que l'option choisie avait été d'annoncer les salaires tels que déclarés à l'AVS l'année précédente. La Cour constate à ce propos que les comptes salaires produits par le demandeur pour 2005, 2006 et 2007 mentionnent tous trois un total de salaires mensuels de 277'032 fr., ainsi qu'un 13e salaire de 23'086 fr., ce qui donne un montant total de 300'118 francs. Ce montant correspond au salaire annuel annoncé par le demandeur et pris en compte par la défenderesse avant l'inclusion des parts variables (cf. certificat de prévoyance au 1er octobre 2005 et confirmation de modification des salaires du 9 février 2006). Il ressort de ce qui précède que ce salaire annuel de base n'a pas présenté de modifications entre 2005 et 2007. Ceci se déduit également des postes « salaire annuel » enregistrés par la fiduciaire le 20 mai 2009. En effet ces montants sont la somme des salaires mensuels, 13e salaire, « participation PPM » et parts privées sur véhicule figurant sur les comptes salaires 2005, 2006 et 2007 du demandeur. Ainsi, la fiduciaire a enregistré un salaire de base, soit la somme des salaires mensuels et du 13e salaire, de 300'118 fr. à chaque fois, la variation des montants introduits sous « salaire annuel » s'expliquant par la variation des parts privées sur véhicule. Des modifications du salaire de base n'ont par ailleurs pas été alléguées par le demandeur, bien qu'ayant annoncé un montant de 310'000 fr. selon le contrat de travail. Au vu de ce qui précède, calculer le salaire annuel à annoncer à la Fondation de prévoyance professionnelle en ajoutant au salaire de base les parts variables de l'année précédente, revient à annoncer le salaire tel que déclaré à l'AVS l'année précédente. 5. a) Selon l'article 5 al. 1 du règlement,

il y a invalidité notamment lorsque l'assuré est invalide au sens de l'AI. En l'espèce, l'invalidité au sens de l'art. 5 existe depuis le 5 février 2007. Cela étant, il

- 26 - convient de déterminer sur quelle année civile doit être calculé le salaire considéré. Le demandeur fonde ses conclusions sur le certificat de prévoyance au 1er janvier 2006 établi le 14 février 2006 et la défenderesse sur celui au 1er octobre 2005 établi le 20 septembre 2005. La réticence étant exclue et par là la résiliation partielle du contrat, il ne saurait être tenu compte du salaire considéré tel que calculé pour l'année 2005 par la défenderesse. b) L'art. 6 al. 7, 1er et 2e § du règlement dispose ceci : « En cas de modification du salaire, les prestations assurées et les cotisations sont en principe adaptées au 1er janvier qui coïncide avec la modification ou qui lui succède. En dérogation à ce principe, si une modification de salaire entre en vigueur après le 1er janvier, les prestations assurées et les cotisations peuvent être adaptées dès l'entrée en vigueur de la modification. Il n'est toutefois pas possible de procéder à des adaptations pour les personnes assurées qui présentent une incapacité de travail totale ou pour celles qui sont totalement invalides. Les adaptations qui auraient été indûment effectuées sont annulées si le cas d'assurance se produit. » Il ressort du dossier qu'à l'instar de ce qui avait été effectué en 2006, le salaire du demandeur devait être modifié au 1er janvier 2007, afin de tenir compte du nouveau montant de son salaire tel que déclaré à l'AVS, et que les prestations assurées et les cotisations devaient être adaptées en conséquence. c) Selon la jurisprudence, les renseignements contenus dans les certificats de prévoyance et les autres calculs individuels établis par les institutions de prévoyance ne constituent en règle générale pas des assurances précises auxquelles celles-ci sont tenues de se conformer en vertu du principe de la bonne foi. En effet, les renseignements qui figurent dans un certificat de prévoyance reflètent la situation de la personne assurée à un moment donné et n'ont qu'un rôle indicatif ; ils ne sauraient en principe préjuger du droit futur de la personne assurée aux prestations (TF 9C\_224/2010 du 1er septembre 2010 consid. 3.1).

- 27 - Au dossier figurent deux certificats de prévoyance au 1er janvier 2007. Le premier, établi le 22 mars 2007, soit avant l'application de la réticence par la défenderesse, mentionne un salaire annuel de 457'511 fr. et le deuxième, daté du 20 août 2008, indique un salaire annuel tenant compte de la résiliation partielle du contrat pour réticence. Ces deux certificats ne peuvent pas être pris en compte, parce qu'ils font référence à des montants annoncés après la survenance de l'incapacité de travail à l'origine de l'invalidité. d) En l'espèce, le salaire considéré au 1er janvier 2007 correspond, selon l'article 6 du règlement applicable, au montant total du salaire annuel déclaré à l'AVS qui inclut les éléments variables (cf. supra consid. 3). Concrètement, le salaire considéré au 1er janvier 2007 représente le salaire effectif déclaré à l'AVS pour 2006 (salaire de base augmenté des éléments variables de l'année précédente), soit le montant de 464'674 fr., comme l'instruction du dossier l'a montré (cf. supra consid. 4). C'est donc sur ce montant de 464'674 fr. que doit être calculée la rente d'invalidité, et non pas sur celui figurant sur l'un ou l'autre des certificats de prévoyance établis ultérieurement. e) Le règlement confère, en présence d'une invalidité supérieure ou égale à 70 %, un droit aux prestations pour une invalidité totale (art. 5 al. 2), soit une rente annuelle correspondant à 60 % du salaire considéré (art. 13 al. 2, 1er §). Etant rappelé que le salaire considéré tel que défini à l'art. 6 al. 1 du règlement correspondant au salaire annuel, diminué du montant de coordination, soit 300 % de la rente de vieillesse maximum de l'AVS (art. 6 al. 4), la rente annuelle d'invalidité du demandeur se calcule ainsi : [464'674 fr. (salaire AVS 2006) – 79'560 fr. (rente mensuelle AVS maximale de 2'210 fr. selon l'échelle de rente en vigueur au 1er

janvier 2007)] x 60 % = 231'068 francs. Le délai d'attente avant versement de la rente est de 24 mois (art. 13 al. 1 du règlement). La rente annuelle d'invalidité est en

- 28 - conséquence due depuis le 5 février 2009. De son montant doit être déduit la rente partielle déjà versée par la défenderesse. f) Par surabondance de droit, la Cour de céans relève que même si elle avait dû retenir comme base de calcul à la rente d'invalidité le salaire annoncé pour l'année 2006, elle n'aurait en aucun cas pu prendre en compte le montant de 520'000 fr. indiqué sur le certificat de prévoyance au 1er janvier 2006 et sur lequel le demandeur fonde ses conclusions. En effet, s'il est vrai que la jurisprudence a considéré en certaines circonstances que les certificats de prévoyance pouvaient susciter un « état de confiance » digne de protection (ATF 107 Ia 193 consid. 3c ; TFA B 43/05 du 2 décembre 2005 consid. 4, in SVR 2006 BVG n° 15 p. 53, et B 59/01 du 24 octobre 2003 consid. 4, in SVR 2004 BVG n° 9 p. 26), la situation est en l'espèce différente. En effet, il est retenu que la Commission de gestion a décidé d'intégrer les éléments variables du salaire sur la base du revenu déclaré à l'AVS pour l'année précédente. Or, le salaire annuel figurant dans le certificat de prévoyance au 1er janvier 2006 comprend certes le salaire de base contractuel de 300'118 fr. de même que les primes de rétention et de non concurrence de 57'925 fr. chacune, mais le bonus (MBO) a été arrêté, ou plutôt estimé à 104'032 fr. (520'000 – 300'118 – [57'925 x 2]) lors de l'annonce de modification de salaires intervenue en 2006. Aux dires du demandeur, le montant de 520'000 fr. se décompose comme suit : 310'000 fr. + (2 x 55'000) + 100'000 fr. (cf. écriture du demandeur du 24 juin 2013). A côté de ce montant figure la mention « estimation ». En 2004, le bonus était de 130'283 fr., en 2005 de 15'879 fr., en 2006 de 41'542 fr., en 2007 de 132'888 francs. Son montant est donc extrêmement variable. Au demeurant, le contrat de travail subordonne le bonus à la réalisation des objectifs fixés dans la politique [...]. Le demandeur a précisé lors de l'audience que le MBO était fixé dans le courant du printemps sur la base des résultats de l'année précédente. On constate donc que le salaire annuel annoncé par l'entreprise le 9 février 2006 englobe un élément de revenu variable, le bonus, sans que l'évaluation de celui-ci repose sur des éléments chiffrés effectifs ou hautement prévisibles. Il ne correspond notamment ni au montant du bonus déclaré à l'AVS en 2005, ni à la

- 29 - moyenne des bonus 2004-2005. Cela étant, dans la mesure où l'un des éléments variables composant le salaire annuel annoncé en 2006 et repris dans le certificat de prévoyance repose manifestement sur une prévision – ce que confirme du reste le demandeur dans son écriture du 24 juin 2013 –, prévision calculée de surcroît sans éléments comptables objectifs, notamment sans tenir compte des montants des bonus antérieurs, il serait contraire au principe de la bonne foi que de retenir le montant de 520'000 fr. à titre de salaire annuel au sens de l'art. 6 al. 2 du règlement. 6. Il reste à examiner la question des intérêts moratoires, réclamés par le demandeur au taux de 5 %. Il est admis en matière de prévoyance professionnelle que des intérêts moratoires sont dus par le débiteur en demeure ; le taux d'intérêt moratoire est de 5 %, à défaut de disposition réglementaire topique (art. 104 al. 1 CO ; ATF 130 V 414 consid. 5.1 et les arrêts cités ; TF B 55/05 du 16 octobre 2006 consid. 5.2.2 ; en ce sens également : TF B 25/04 du 26 janvier 2006 consid. 4.4). En l'espèce, le règlement de prévoyance ne prévoit pas de disposition concernant les intérêts moratoires dus par la caisse de prévoyance en faveur d'un assuré, de sorte qu'un intérêt de 5 % est dû sur les prestations auxquelles le demandeur a droit (ATF 119 V 131 ; TF B 25/04 précité consid. 4.4 et B 19/06 du 31 mai 2007 consid. 6 ; en ce sens également : TF 9C\_197/2009 du 25 septembre 2009 et B 43/00 du 12 février 2001). Les intérêts

commencent à courir dès la date du dépôt de la demande (art. 05 al. 1 CO ; ATF 119 V 131 consid. 4c ; TF B 25/04 précité consid. 4.4), en l'occurrence le 13 février 2009. 7. Par surabondance de droit toujours et dans la mesure où les parties l'ont invoqué, la Cour de céans constate que même dans le cas où le principe de la commission d'une réticence par le demandeur avait dû être retenu, celle-ci aurait dû être écartée. A ce sujet, le demandeur soutient, dans sa réplique du 24 août 2009, que le refus du 19 juin 2008 de l'augmentation de salaire annoncée le 9 février 2006 était tardif, car intervenu plus de quatre semaines après réception du certificat médical du 28 avril 2008 de la Dresse S.\_\_\_\_\_, soit en violation de l'art. 6 al. 2 LCA. La défenderesse conteste ce point de vue dans sa duplique du 13

- 30 - octobre 2009. Elle explique en particulier que la date du 28 mars 2008 figurant sur le formulaire en question rempli par la Dresse S.\_\_\_\_\_ est celle de son envoi par C.\_\_\_\_\_, accompagné d'un deuxième formulaire portant le titre « certificat médical ». Après rappel du 2 juin 2008, la Dresse S.\_\_\_\_\_ avait renvoyé les deux formulaires, mais n'avait daté que le deuxième, au 4 juin 2008. C.\_\_\_\_\_ avait cependant reçu les deux formulaires en même temps, soit le 9 juin 2008, comme il ressortait du timbre digital d'entrée « erfasst : 09.06.2008 » apporté sur le haut des documents en question par le système d'archivage. L'invocation de la réticence, le 19 juin 2008, était dès lors intervenue dans le délai. Le Tribunal fédéral a précisé que la preuve du respect du délai d'invocation de la réticence incombait à l'assureur (ATF 118 II 333 consid. 3 ; Olivier CARRÉ, Loi fédérale sur le contrat d'assurance, édition annotée, Lausanne 2000, p. 150 ad art. 6 et les références) Il doit être constaté en premier lieu que le formulaire en cause (cf. supra let. E, 1er §) ne peut avoir été rempli le 28 avril 2008 s'il a été demandé le 28 avril 2008. Comme le relève la défenderesse, la date du 28 avril correspond à celle insérée informatiquement par celle-ci sur le questionnaire pré-imprimé au moment de son envoi au médecin, simultanément au formulaire « certificat médical ». La Dresse S.\_\_\_\_\_ n'a pas daté de façon manuscrite le questionnaire litigieux contrairement au certificat daté du 4 juin 2008, d'une teneur différente et au demeurant sans effet sur la question de la réticence. Aucun élément ne permet de déduire que la Dresse S.\_\_\_\_\_ a rempli ces deux documents en même temps. En outre, c'est le certificat daté du 4 juin 2008 qui a fait l'objet du rappel du 2 juin 2008. En effet, seul le document titré « certificat » figure dans les annexes au rappel, ce qui permet de présumer que le questionnaire pré-daté du 28 avril avait été reçu. Au vu des éléments qui précèdent, la défenderesse échoue dans la démonstration d'une notification de la résiliation dans le délai de 4 semaines dès connaissance de la réticence puisque la date de réception du questionnaire pré-daté du 28 avril 2008 tel que rempli par le médecin n'est pas connue, plus particulièrement pourrait être de plus de 4 semaines avant le 19 juin

- 31 - 2008. Le fait que le document du 28 avril 2008 ait été enregistré (« erfasst ») à l'archivage le 9 juin 2008 ne prouve pas sa date de réception. 8. Au vu des considérants qui précèdent, il y a lieu de constater que la modification du salaire annoncée le 16 mars 2007 est valablement intervenue et est entrée en vigueur le 1er janvier 2007, de sorte que c'est sur le revenu tel que déclaré à l'AVS pour l'année 2006 que doit être calculé le salaire considéré. Dit salaire considéré s'élevant à 386'114 fr. (salaire de base de 464'674 fr. – montant de coordination de 79'560 fr.), la rente annuelle d'invalidité affère à 231'068 francs. Elle est due depuis le 5 février 2009, avec un intérêt moratoire de 5 % l'an dès le 13 février 2009. Devront être déduites de ce montant les rentes déjà versées par la défenderesse. 9. La procédure est gratuite (art. 49 al. 2 et 73 al. 2 LPP). Le demandeur, qui

obtient en définitive pour l'essentiel gain de cause avec le concours d'une avocate, a droit à une indemnité à titre de dépens (art. 55 al. 1 LPA-VD, applicable par renvoi de l'art. 109 al. 1 LPA-VD). Selon l'art. 7 al. 3 TFJAS (Tarif des frais judiciaires et des dépens en matière de droit des assurances sociales du 2 décembre 2008, RSV 173.36.5.2), les honoraires sont fixés d'après l'importance et la complexité du litige, sans égard à la valeur litigieuse et sont en règle générale compris entre 500 et 5'000 fr. En l'espèce, l'importance et la complexité du litige étant incontestables, il convient de fixer les dépens à 3'500 fr. pour les opérations antérieures comme postérieures à l'arrêt rendu le 8 janvier 2013 par le Tribunal fédéral. Ce montant sera mis à la charge de la défenderesse, qui succombe (art. 55 al. 2 LPA-VD, applicable par renvoi de l'art. 109 al. 1 LPA-VD). Par ces motifs, la Cour des assurances sociales

- 32 - p r o n o n c e : I. La demande est admise en ce sens que la Fondation collective complémentaire M.\_\_\_\_\_ est condamnée à verser à G.\_\_\_\_\_ une rente annuelle d'invalidité surobligatoire de 231'068 fr. (deux cents trente et un mille soixante-huit francs) dès le 5 février 2009, sous déduction des prestations déjà versées, avec intérêt moratoire de 5 % l'an dès le 13 février 2009. II. Le présent arrêt est rendu sans frais. III. La Fondation collective complémentaire M.\_\_\_\_\_ versera à G.\_\_\_\_\_ le montant de 3'500 fr. (trois mille cinq cents francs) à titre de dépens. La présidente : La greffière : Du Le jugement qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à : - Me Corinne Monnard Séchaud, avocate (pour G.\_\_\_\_\_), - Fondation collective complémentaire M.\_\_\_\_\_, - Office fédéral des assurances sociales, par l'envoi de photocopies. Le présent jugement peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral au sens des art. 82 ss LTF (loi du

- 33 - 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral, RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne) dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF). La greffière :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.