

VD_GERICHTE ZI11.046124 vom 23. September 2014

VD Tribunal cantonal, 2014-09-23, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_ZI11.046124

FR: VD_GERICHTE ZI11.046124 du 23 septembre 2014

IT: VD_GERICHTE ZI11.046124 del 23 settembre 2014

Erwägungen

E. 31

décembre 2003, selon le plan d'exploitation en vigueur à cette date. La fondation a répondu le jour même en expliquant que la demande de X._____ relative au fonds de sûreté était sans objet, étant donné que la réserve mathématique était calculée actuariellement et que la valeur de rachat était calculée sur la base des CGA 1996, plus particulièrement selon l'art. 7. La fondation a ajouté que le montant de la valeur de rachat avait été versé partiellement – valeur au 5 février 2004 et le solde valeur au 11 août 2004 –R._____. Elle a également remis une fiche récapitulative des valeurs de rachat selon la fondation collective LPP et confirmait en conclusion que ces montants avaient été calculés en conformité avec les règles et procédures régissant la prévoyance professionnelle. Le 12 octobre 2004, le conseil de X._____ a indiqué qu'il n'y avait pas de différence entre la réserve mathématique d'inventaire selon l'art. 7 CGA et le débit du fonds de sûreté constitué notamment des réserves mathématiques des contrats en cours, calculées sur les bases fixées dans le plan d'exploitation de la société. Le 28 octobre 2004, la fondation a répondu ce qui suit à X._____ : « Nous nous référons à la correspondance échangée au sujet des valeurs à transférer suite à la dissolution du contrat de prévoyance mentionné ci-dessus et ne pouvons que confirmer le contenu de notre lettre du 7 octobre dernier. Les prétentions de votre mandante envers notre Fondation collective LPP découlent du contrat d'affiliation ainsi que du contrat d'assurance-vie collective entre cette dernière et S._____. Comme

- 16 - nous l'avons exposé à maintes reprises, les montants transférés à la nouvelle institution de prévoyance de X._____ correspondent à ce qui est dû conformément aux dispositions légales et contractuelles ainsi qu'au tarif applicable approuvé par l'OFAP. Nous craignons que l'invocation de la Loi fédérale sur la garantie des obligations découlant d'assurances sur la vie (LGOAss) se doit à un malentendu de votre part. La LGOAss est un instrument de surveillance qui ne saurait fonder aucun droit direct d'un preneur d'assurance. Il vous est naturellement loisible de vous adresser à l'OFAP si vous estimez que notre société ne remplit pas les exigences légales de sûreté. Il ressort cependant de votre courrier que la difficulté ne se trouve pas dans une prétendue violation de la LGOAss, mais provient du fait que la nouvelle institution de prévoyance n'est pas en état de garantir les prestations assurées en cours avec les réserves sur sinistre que nous transférons. Or, il va de soi que ces réserves sont calculées selon les bases techniques applicables au contrat résilié. En aucun cas votre mandante [ne] saurait prétendre qu'elles correspondent aux bases techniques de l'institution de prévoyance reprenante. Lors de la conclusion du contrat d'affiliation, R._____ auraient dû s'assurer qu'elles pouvaient financer les assurances qu'elles assumaient, quitte à demander un financement supplémentaire à l'employeur, si nécessaire. » Le 9 novembre 2004, le conseil de X._____ a écrit, d'une part, que la réserve mathématique d'inventaire portée au débit du fonds de sûreté au 31 décembre 2003

devait forcément être plus élevée que le montant versé par la fondation R. _____ et, d'autre part, que selon le Tribunal fédéral, les personnes affectées ne subissaient aucun dommage car, par le transfert de capitaux de couverture correspondants, la nouvelle institution de prévoyance recevait les moyens nécessaires dont elle avait besoin, selon les principes actuariels, pour continuer à verser les rentes courantes. Selon lui, l'employeur ne pouvait exiger que le transfert de la valeur de rachat (capital de couverture y compris l'avoit de vieillesse LPP) que les assureurs actifs avaient acquise et qui était nécessaire au financement des rentes courantes. Toujours d'après le conseil de X. _____, R. _____ ayant refusé dans leur convention d'affiliation la reprise des rentiers sans accord préalable avec la précédente institution de prévoyance, la fondation avait le choix entre trouver un accord avec la nouvelle institution de prévoyance (soit R. _____) – ce qui impliquait le versement de 100'000 fr. environ, majoré des intérêts moratoires – ou le maintien du service des rentes de retraite acquises par les co-assureurs. Le conseil de X. _____ a par ailleurs indiqué avoir demandé à l'OFAP de

- 17 - lui communiquer la différence positive entre le montant que la fondation entendait verser R. _____ et le montant de la réserve mathématique d'inventaire constituée au débit du fonds de sûreté au 31 décembre 2003. Par courrier du 21 juillet 2005, le conseil de X. _____ a signalé à la fondation que la nouvelle institution de prévoyance allait cesser le versement des rentes faute d'accord avec l'ancienne institution de prévoyance. Il était précisé que R. _____ allaient annoncer aux retraités concernés que leurs rentes, alors réduites, n'allaient plus être payées, les réserves mathématiques ayant été remboursées à S. _____, faute d'accord concernant leur reprise. Par écrit du 9 décembre 2005 à la fondation, R. _____ ont indiqué que leur règlement nécessitait l'existence d'un accord écrit entre l'ancienne institution et elles-mêmes pour que celles-ci reprennent le versement des rentes en cours. R. _____ ont ajouté que, faute d'accord et puisque le montant des réserves calculées à la fondation était insuffisant au regard des prestations assurées, elles refusaient d'assumer cette perte. Le 13 décembre 2005, la fondation a répondu R. _____ que le contrat d'affiliation liant cette dernière à X. _____ avait été résilié entièrement par cette entreprise, avec effet au 31 décembre 2003. C. Le 9 novembre 2004, le conseil de X. _____ a écrit ce qui suit à l'OFAP : « Ma mandante était affiliée auprès de la Fondation collective LPP N. _____, affiliation réassurée par un contrat d'assurance collectif d'épargne et de risque selon la LPP (contrat n° 67586) conclu avec des assureurs constitués par la S. _____, B. _____ "Compagnie d'assurances sur la vie" et la F. _____, Compagnie d'assurances sur la vie à [...]. [...] En raison d'une augmentation sensible des primes de prévoyance pour 2004, ma mandante a été contrainte de résilier l'affiliation à la Fondation collective de S. _____ pour le 31 décembre 2003. Dès le 1er janvier 2004, X. _____ a été affiliée auprès R. _____ [...]. L'art. 45 du règlement de prévoyance liant ma mandante

- 18 - R. _____ règle les modalités en cas de nouvelle affiliation d'un employeur en stipulant que: "L'institution de prévoyance reprend le versement des rentes en cours des ayants droit annoncés, lorsqu'un accord écrit, mentionnant notamment les conditions, est conclu entre l'ancienne institution de prévoyance, l'employeur et l'institution de prévoyance". Par ailleurs, R. _____ sont membres de l'Association Suisse des Assurances (ASA). A ce titre, elle a signé la convention entre assureurs vie concernant la reprise des invalides. Par contre, aucune convention régissant le transfert des rentiers n'a été passée, les membres de l'ASA n'étant jamais parvenus à un accord. Nonobstant ce qui

précède, S. _____ a exigé le transfert des personnes bénéficiant de rentes de vieillesse, selon lettre du 6 octobre 2004 adressée au Conseil soussigné pour une réserve mathématique totale dont la valeur de rachat s'élève à Frs 420'246.-, calcul effectué selon les CGA 1996. Ce montant est de Frs 100'000.-- environ inférieur à ce dont R. _____ ont besoin pour verser les prestations, ce qui aboutit donc à la réduction du montant des pensions de vieillesse. Or, dans son arrêt SPITEX du 3 octobre 2001, causes B 84/00 et B 86/00, le Tribunal fédéral des assurances a indiqué clairement, à propos des rentiers, qu'il n'est pas nécessaire que ceux-ci donnent leur accord individuellement au changement de l'institution de prévoyance. Il suffit que l'organe paritaire, qui représente également les rentiers, décide de la dissolution du contrat d'affiliation. En effet, selon notre Haute Cour, les personnes affectées ne subissent aucun dommage car, par le transfert des capitaux de couverture correspondants, la nouvelle institution de prévoyance reçoit le moyen nécessaire dont elle a besoin, selon les principes actuariels, pour continuer à verser les rentes courantes. L'employeur ne peut exiger que le transfert de la valeur de rachat (capital de couverture y compris avoir de vieillesse LPP) que les assurés actifs ont acquise et qui est nécessaire au financement des rentes courantes. Or, ce dernier considérant n'est manifestement pas respecté dans le cas d'espèce. Comme vous le savez, je suis d'avis que dans le domaine de la prévoyance professionnelle, la compagnie d'assurance sur la vie devait transférer, en cas de résiliation au 31 décembre 2003, la réserve mathématique d'inventaire constituée au débit du fonds de sûreté conformément à l'art. 3 al. 1 chiffre 1 de la Loi fédérale sur la garantie des obligations découlant d'assurances sur la vie. Cela est d'autant plus vrai que S. _____ avait la faculté, avec les co-assureurs, d'augmenter les primes en cours de contrat. C'est ce qui s'est passé au début 2002 comme cela ressort du courrier du 20 juin 2003 de S. _____ (cf. chiffre 3, p. 2) dont copie est jointe en annexe.

- 19 - Or, S. _____ s'est catégoriquement refusée à nous indiquer le montant de la réserve mathématique figurant à son fonds de sûreté au 31 décembre 2003, et encore moins à transférer cette réserve. Je vous joins en annexe copie du courrier du 28 octobre 2004 de S. _____ qui refuse, pour des raisons qui ne sont pas difficiles à discerner, de communiquer le montant de la réserve mathématique d'inventaire constituée au fonds de sûreté au 31 décembre 2003. Je vous remercie donc de bien vouloir: 1. Procéder à la vérification de la réserve mathématique figurant au fonds de sûreté des co-assureurs au 31 décembre 2003 dans le cadre du contrat d'assurance collectif n° 67586 conclu en lien avec le contrat d'affiliation de X. _____ à la Fondation collective LPP N. _____. 2. Comparer le montant ainsi établi avec les réserves mathématiques mises à disposition par S. _____ et nous communiquer le résultat ainsi que votre opinion à ce sujet. » Le 11 janvier 2005, l'OFAP s'est prononcé comme suit à l'égard du conseil de X. _____ : « L'étude préliminaire du dossier de votre Client semble indiquer que l'institution de prévoyance S. _____ n'aurait pas commis d'irrégularité lors du transfert du contrat de votre Client à l'institution de prévoyance R. _____. Mais il aurait sans doute été préférable pour votre Client de s'enquérir précisément auprès de chaque institution des chiffres permettant de comparer les prestations et conditions, et évaluer de la sorte l'opportunité d'une telle opération. Il n'en demeure pas moins que, selon votre demande, nous procédons au contrôle des valeurs de rachat de cette résiliation, mais nous portons à votre attention que ceci ne relève pas de considérations de Fonds de sûreté, celui-ci étant avant tout un facteur associé au bon fonctionnement des Compagnies d'assurance. Nous avons donc demandé à S. _____ de nous fournir des documents techniques permettant d'effectuer notre contrôle. Dès que nous serons en possession de tous les éléments

nécessaires, nous vous ferons part de nos conclusions dans les meilleurs délais. Aussi nous vous remercions de bien vouloir encore patienter quelque peu d'ici-là. » Le 24 mars 2005, l'OFAP a exposé ce qui suit audit conseil : « Nous avons dû à plusieurs reprises demander des informations techniques à S. _____, ce qui a quelque peu retardé notre réponse.

- 20 - Mais nous sommes maintenant en mesure de confirmer ce que nous vous laissions déjà entendre dans notre précédent courrier, à savoir que S. _____ a calculé les différentes valeurs de rachat de ce contrat LPP selon les dispositions du Tarif collectif KT 95 (CGA 1996 LPP). Elle a en particulier correctement appliqué les limites inférieures individuelles selon l'art. 15 LPP [...]. Elle a correctement appliqué une déduction de 0.2% sur les frais d'acquisition non amortis (soit Sfr 11'317). Les réserves mathématiques selon les diverses catégories ont été calculées conformément au tarif en vigueur. Si un "manque" a été constaté, celui-ci est à imputer aux prestations supplémentaires qui n'ont pas de valeur de rachat, la débite ayant été faite au 31.12.2003, les CGA et conditions de rachat ne tombant pas sous le coup du nouvel article 16a OPP2, lequel n'est entré en vigueur qu'au 1.04.2004. » D. Par demande du 23 mars 2007, X. _____ a ouvert action contre la Fondation collective LPP N. _____ devant le Tribunal des assurances du canton de Vaud (aujourd'hui : Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour des assurances sociales). Elle a conclu, préalablement, à la mise en œuvre de plusieurs mesures d'instruction (notamment l'audition de témoins et une expertise pour vérifier le calcul des réserves mathématiques transférées, respectivement constituées au fonds de sûreté) et, principalement, à ce que la Fondation collective LPP N. _____ soit condamnée à lui verser le montant total des réserves mathématiques découlant de la résiliation du contrat N° 67586, avec suite de dépens. Elle faisait notamment valoir l'insuffisance des valeurs de restitution transférées par S. _____, conduisant R. _____, en tant que nouvelle institution de prévoyance, à ne pouvoir assurer le montant antérieur des rentes réassurées à la suite de la résiliation du contrat d'affiliation liant X. _____ à la Fondation collective LPP N. _____, ancienne institution de prévoyance. En résumé, elle avançait que la notion de réserve mathématique d'inventaire n'avait pas été clairement définie dans le contrat litigieux, que le déficit de réserves transférées par S. _____ était incompréhensible en comparaison des paramètres d'évaluation R. _____ à ceux des assureurs-vie et que, les bases de calcul expliquant les valeurs de restitution ne lui ayant pas été communiquées, elle ne pouvait établir l'étendue de sa créance en restitution, née de la résiliation des contrats d'assurance.

- 21 - Dans sa réponse du 30 mai 2007, la fondation a conclu à la non entrée en matière, faute de compétence du Tribunal des assurances, s'agissant de la demande visant le fonds de sûreté des assureurs privés de la fondation ainsi qu'au rejet de la demande avec suite de frais et dépens et à la production de la réponse de l'OFAP à l'intervention de X. _____. En substance, elle exposait que les bases techniques pour calculer les réserves mathématiques d'inventaire étaient définies dans le tarif collectif 1995 KT 95 déposé auprès de l'OFAP, mentionnant de surcroît que les calculs avaient été effectués correctement – ce que l'OFAP allait pouvoir confirmer – et que d'autres expertises n'étaient pas nécessaires. R. _____ ont été appelées en cause dans la présente procédure par le juge instructeur du Tribunal des assurances. Se déterminant le 18 juillet 2008, elles ont conclu, avec suite de frais et dépens, principalement à ce qu'elles ne soient pas tenues de reprendre le versement des rentes de vieillesse en cours des pensionnés, à ce que la Fondation collective LPP N. _____ soit condamnée à verser aux bénéficiaires les prestations de vieillesse qui leur sont dues moyennant la restitution des réserves détenues et, subsidiairement, à ce que la

Fondation collective LPP N. _____ soit condamnée à lui transférer les réserves nécessaires et suffisantes selon ses bases techniques pour garantir le paiement des prestations en cours des bénéficiaires de rentes. Le 2 septembre 2008, la demanderesse a précisé ses conclusions, en ce sens que la défenderesse soit condamnée à verser R. _____, pour le compte de l'affiliation de prévoyance de la demanderesse, les réserves mathématiques complémentaires nécessaires au maintien des rentes en cours au 31 décembre 2003, sur la base d'un taux d'intérêt technique de 3.5% et d'un taux de conversion de la réserve mathématique en rente de 7.2%. Par jugement du 14 juillet 2010 (cause PP 13/07 – 3/2011), la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal a rejeté la demande du 23 mars 2007 et les conclusions déposées le 18 juillet 2008 par R. _____. Elle a considéré que le litige portait sur les conséquences de la résiliation

- 22 - au 31 décembre 2003 du contrat d'affiliation liant la demanderesse à la défenderesse, singulièrement sur le montant de la réserve mathématique à transférer afférente aux rentes en cours ; les dispositions sur la résiliation des contrats adoptées par le législateur dans le cadre de la première révision de la LPP, entrée en vigueur le 1er avril 2004, n'étaient pas applicables puisqu'elles n'étaient pas en vigueur au moment de la résiliation du contrat et de son terme. Cela étant, la Cour a admis qu'en résiliant le contrat d'affiliation la liant à la défenderesse, la demanderesse était réputée l'avoir fait non seulement à l'égard des travailleurs actifs mais également pour les personnes déjà au bénéfice d'une rente. Elle a donc retenu que les personnes bénéficiant d'une rente avaient aussi été transférées à la nouvelle institution de prévoyance, soit à R. _____ – devenue R. _____ Fondation de prévoyance qui a repris les droits et obligations de R. _____ en matière de prévoyance professionnelle, avec effet au 1er janvier 2013 (cf. lettre de R. _____ adressée ceans le 17 décembre 2013). S'agissant du montant du capital de couverture transféré, la Cour a relevé que selon la jurisprudence, il était tout à fait possible que ce capital ne soit pas suffisant, selon les calculs effectués par la nouvelle institution, pour lui permettre de servir les rentes en cours aux pensionnés jusqu'à leur terme. En effet, l'ancienne institution de prévoyance n'était tenue de transférer que le montant prévu par ses propres dispositions conventionnelles. Le législateur a reconnu qu'un tel système ne permettait le plus souvent pas à un employeur de changer d'institution de prévoyance et a, en conséquence, adopté la modification législative entrée en vigueur le 1er avril 2004, non applicable en l'espèce. Il en découlait que la défenderesse n'était tenue de transférer que le montant résultant de son accord avec la demanderesse ; peu importait le fait que la méthode de calcul de l'appelée en cause ne permettait pas de maintenir les rentes servies par la première institution de prévoyance et que les pensionnés risquaient dès lors de se retrouver désavantagés du fait du changement d'institution de prévoyance. La Cour a ainsi considéré que c'était la valeur de restitution comme elle était définie à l'art. 7 CGA qui devait être versée à la nouvelle institution de prévoyance, relevant qu'en l'occurrence, l'OFAP attestait que la défenderesse avait calculé les différentes valeurs de rachat du contrat de manière exacte, soit que cette

- 23 - dernière avait correctement appliqué les limites inférieures individuelles selon l'art. 15 LPP, appliqué une déduction de 0.2 % sur les frais d'acquisition non amortis et calculé les réserves mathématiques selon les diverses catégories conformément au tarif en vigueur. L'avis de l'OFAP permettait de se prononcer en toute connaissance de cause sur la valeur de restitution, l'OFAP étant l'autorité compétente s'agissant de l'approbation du tarif applicable aux contrats d'assurance conclus par les institutions de prévoyance. La Cour remarquait ensuite que les calculs effectués par la défenderesse, dont l'OFAP avait

confirmé l'exactitude, ne prenaient pas en compte la rente de vieillesse « excédentaire » liée aux parts d'excédents. Elle a considéré que c'était à juste titre que la défenderesse avait procédé ainsi car cette partie de la rente n'était pas garantie et se fondait en fin de compte sur des expectatives d'excédents futurs, qui en cas de résiliation ne pourraient plus être réalisés. En effet, s'agissant de la question de savoir qui assumait les risques futurs, chaque institution de prévoyance pouvait calculer ses réserves mathématiques de façon diverse en ce qui concernait les expectatives excédents futurs ; on ne pouvait raisonnablement faire supporter à l'ancienne institution de prévoyance un coût futur hypothétique, forcément imprévisible. La Cour a conclu que conformément aux indications de l'OFAP, le capital de couverture transféré par la défenderesse à l'appelée en cause, soit de l'ancienne à la nouvelle institution de prévoyance, était suffisant. X. _____ a déféré l'affaire au Tribunal fédéral. L'appelée en cause, dans ses déterminations au Tribunal fédéral, a exposé que la demanderesse était affiliée auprès d'elle depuis le 1er janvier 2004. Par arrêt du 16 novembre 2011 (TF 9C_128/2011), la IIe Cour de droit social du Tribunal fédéral a admis le recours, annulé le jugement cantonal du 14 juillet 2010 et renvoyé la cause à l'instance précédente pour instructions complémentaires et nouvelle décision. En premier lieu, la Haute Cour a confirmé que les dispositions sur la résiliation des contrats adoptées par le législateur dans le cadre de la 1ère révision de la LPP et entrées en vigueur le 1er avril 2004 et celles de la nouvelle du 20 décembre 2006, entrées en vigueur le 1er mai 2007, n'étaient pas applicables. Elle a

- 24 - relevé que la relation de prévoyance professionnelle entre un employeur et une fondation collective reposait sur une convention dite d'affiliation qui est un contrat sui generis ; par ce contrat, la fondation s'engage à remplir les obligations découlant de la LPP pour l'employeur. Cette convention devait être interprétée selon les règles ordinaires et les principes généraux du droit privé (art. 1 ss CO), notamment le principe de la confiance. Le Tribunal fédéral a ensuite constaté que jusqu'au 31 mars 2004, ni la LPP ni la LFLP (loi fédérale du 17 décembre 1993 sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, RS 831.42) ne réglementaient la situation des personnes au bénéfice d'une rente de la prévoyance professionnelle en cas de résiliation du contrat d'affiliation liant l'institution de prévoyance et l'employeur pour le compte duquel elles avaient travaillé. Le Tribunal fédéral a également précisé ce qui suit : « 4.3.1 Selon la jurisprudence, lorsqu'un employeur résilie le contrat d'affiliation le liant à une institution de prévoyance, celle-ci n'est pas tenue de manière absolue de conserver les personnes au bénéfice d'une rente et de leur servir les prestations légales et réglementaires. Dans le sens d'une exigence minimale de droit fédéral, les dispositions réglementaires de la caisse doivent cependant prévoir une réglementation correspondante ; en cas de changement d'affiliation, le sort des personnes au bénéfice d'une rente doit ainsi être clairement précisé. A défaut d'une telle réglementation, il faut partir du principe que les bénéficiaires de rentes concernés ne sont pas touchés par ledit changement et ont droit à ce que l'institution de prévoyance, à laquelle ils sont assurés au moment de la survenance du cas de prévoyance, continue de leur verser les prestations légales et réglementaires (ATF 125V 421 consid. 6a p. 427 sv.). 4.3.2 Cependant, lorsque les personnes assurées (actives et passives) ne sont pas affiliées de manière primaire à une institution de prévoyance, telle une fondation collective, mais à une oeuvre de prévoyance spécifique créée pour un employeur particulier avec une comptabilité propre, la situation est différente. L'appartenance de ces assurés à la caisse de prévoyance de l'employeur, gérée dans le cadre de la fondation collective, se fonde exclusivement et inconditionnellement sur le contrat d'affiliation qui forme un tout, au plan

juridique, avec le contrat d'assurance collective et le règlement de prévoyance. La situation contractuelle d'affiliation détermine le sort des bénéficiaires de rentes (ATF 127 V 377 consid. 5c/bb p. 385 sv.). Dans une fondation collective de droit privé, la prévoyance professionnelle repose directement sur les contrats d'assurance conclus conformément à l'art. 68 LPP. La fondation collective, qui du point de vue organisationnel met à la disposition de l'employeur une

- 25 - oeuvre de prévoyance, ne constitue en fait qu'un instrument intermédiaire entre l'employeur et la compagnie d'assurance, afin de permettre l'application de la prévoyance professionnelle selon les dispositions de la LPP. Dans ce système, il n'existe pas de contrat d'affiliation sans contrat d'assurance collective correspondant. Lorsque la résiliation du contrat d'affiliation entraîne la fin du contrat d'assurance collective, on ne peut objecter que le sort des personnes déjà au bénéfice d'une rente n'est pas explicitement réglé ; au contraire, celles-ci font partie du cercle des personnes couvertes par le contrat d'affiliation et d'assurance collective, raison pour laquelle les conséquences juridiques prévues en cas de résiliation du contrat d'affiliation s'étendent également à elles (ATF 127 V 377 consid. 5c/cc p. 386 ss). » Le Tribunal fédéral a expliqué, au vu de la jurisprudence précitée et faute de base légale pertinente, que la situation des bénéficiaires de rentes de vieillesse devait être examinée en fonction des dispositions contractuelles liant les parties. Il a constaté que celles-ci admettaient que le montant dû par la fondation, respectivement les assureurs, devait être déterminé en se référant à l'art. 7 al. 3 CGA. Il a conclu comme suit : « 5.2 En l'espèce, la fondation intimée a exposé qu'elle n'avait procédé à aucune retenue pour moins-value (art. 7 al. 3 let. c CGA) et a expliqué comment elle avait calculé la déduction pour frais initiaux non amortis (art. 7 al. 3 let. d CGA). S'agissant de la réserve mathématique d'inventaire, elle a été fixée par la fondation intimée à 426'095 fr. (décompte du 17 juin 2008) et à 426'097 fr. (liste annexée à la lettre de l'intimée du 30 janvier 2004 et lettre du 6 octobre 2004 de l'intimée). Cette somme est supérieure à la valeur de rachat qui a été fixée dans les mêmes documents à 425'244 fr., respectivement 425'246 fr. Il n'existe au dossier aucun document précisant comment l'intimée est arrivée à ces chiffres et à ceux qui déterminent la réserve de chacun des quatre rentiers. Il n'est donc pas possible de savoir si les avoirs du preneur ont été pris en compte et pour quel montant. On relèvera que la juridiction cantonale a fondé ses conclusions essentiellement sur l'avis de l'OFAP du 24 mars 2005. Or, il ressort de la lecture de cet avis que l'on ignore tout des informations requises et obtenues par l'OFAP de la fondation intimée pour exercer son contrôle. En l'absence des éléments mentionnés, l'autorité de céans n'est donc pas en mesure de se prononcer sur la question de savoir si la société recourante a obtenu la valeur de restitution qui lui est due en application des dispositions réglementaires de la fondation intimée. Il n'est en particulier pas possible de déterminer de quelle façon les avoirs permettant le versement de la rente excédentaire ont été constitués, sous quelle forme ils sont garantis et pourquoi cette garantie ne fait pas partie de la réserve mathématique. Il en résulte donc un état de faits incomplet constitutif d'une violation du

- 26 - droit matériel dès lors inapplicable au cas d'espèce (cf. Message du Conseil fédéral concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale du 28 février 2001, FF 2001, p. 4136 et 4141 ; ALAIN WURZBURGER, Présentation générale et système des recours, in Nouvelle loi sur le Tribunal fédéral, Lausanne 2007, p. 20 sv. ; cf. aussi l'art. 61 let. c LPGA). Le jugement attaqué est ainsi non conforme au droit fédéral et doit être annulé. Au vu de ce qui précède, le recours est admis et la cause renvoyée à la juridiction

cantonale pour qu'elle réunisse tous les éléments nécessaires pour rendre une nouvelle décision, soit par l'obtention de renseignements des parties soit par une expertise. » E. La cause a été reprise par la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal. Le juge instructeur a invité la FINMA (Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers) à produire les documents qu'avait utilisés l'OFAP pour calculer les valeurs de rachats. Dans sa réponse du 8 avril 2013, la FINMA a indiqué que le document en question n'était plus en sa possession et que le collaborateur qui avait effectué le contrôle à l'époque ne travaillait plus pour la FINMA. Il lui était dès lors impossible de savoir comment elle avait procédé à l'époque et suggérait de procéder par une expertise. La Cour de céans a confié la réalisation d'une expertise à K. _____, de Z. _____, aux fins qu'il détermine le montant dû par la défenderesse selon l'art. 7 al. 3 CGA, en référence au considérant 5 de l'arrêt du Tribunal fédéral. Dans son rapport du 5 février 2014, K. _____, assisté de E. _____, experte en assurances de pension tout comme l'expert désigné, a rappelé la situation, avant d'écrire ce qui suit : « 3. Valeur de restitution en cas de résiliation du contrat d'assurance Les Conditions générales applicables aux assurances-vie collectives (CGA par la suite) définissent l'obligation de l'assureur en cas de résiliation du contrat d'assurance. En l'occurrence la version des CGA du 1.1.1996 s'applique. Le montant dû en cas de résiliation est défini à l'article 7 des CGA. L'assureur verse la valeur de restitution, qui correspond à la réserve mathématique d'inventaire, diminuée des éventuelles moins-values de placement résultant de la différence des taux d'intérêt et des frais initiaux non amortis.

- 27 - La moins-value de placement est fonction de la différence entre le taux d'intérêt à la date de résiliation et la moyenne des taux d'intérêt passés. Si le taux d'intérêt à la date de résiliation est plus élevé que la moyenne des taux d'intérêts passés, la valeur de restitution est corrigée à la baisse selon une formule définie dans le tarif utilisé par la compagnie d'assurance (point 8.2 du Tarif collectif). En revanche, si le taux d'intérêt à la date de résiliation est plus bas que les taux d'intérêt passés, la valeur de restitution n'est pas corrigée à la hausse. Dans le cas de X. _____ le taux d'intérêt à la date de résiliation était plus bas que les intérêts passés, la valeur de rachat n'a donc pas été modifiée. La réduction de la valeur de restitution (moins-value de placement et les frais initiaux non amortis) est limitée par assuré à 8% de la réserve mathématique d'inventaire. La réserve mathématique d'inventaire correspond à la valeur actuelle de la prestation assurée et des éventuelles prestations expectatives de survivant. Elle dépendra donc des bases techniques utilisées et du montant de la prestation assurée. 4. Calcul de la réserve mathématique d'inventaire En 2003, l'assureur appliquait le tarif KT 95 au taux d'intérêt de 3.5%. Compte tenu de ce tarif et des prestations effectivement payées en 2003 (rentes annuelles de CHF 34'312), la réserve mathématique d'inventaire s'élève à CHF 528'544 à la date de la résiliation du contrat d'assurance. L'annexe donne le détail du calcul individuel de cette réserve mathématique. 5. Méthode de calcul utilisée par la compagnie d'assurance La méthode de calcul de la valeur de restitution de l'assureur diffère du calcul exposé au paragraphe précédent. La justification de l'utilisation de cette méthode est la suivante: pour chaque assuré pendant la période active l'assureur constitue un avoir épargné. Au moment de la retraite l'avoir épargné est converti en rente en utilisant le taux de conversion. Le taux de conversion dépend des bases techniques. Les bases techniques de l'assureur (tarif KT 95 au taux d'intérêt technique de 3.5%) donnent un taux de conversion de 5.835% pour les hommes à 65 ans et 5.45% pour les femmes à 64 ans. Le taux de conversion LPP s'élevait à 7.2% en 2003. L'assureur payait une rente découlant du taux de conversion LPP. Cette rente était scindée en deux parties: - la rente de base (dite aussi rente actuarielle) découlant de la

conversion de l'avoir épargné à la date de la retraite au

- 28 - taux de conversion utilisé par l'assureur (i.e. 5.835% et 5.45%); - la rente complémentaire (dite aussi rente excédentaire) correspondant à la différence entre la rente payée et la rente de base. Pour la rente de base, l'assureur constitue une réserve mathématique correspondant le jour de la retraite à l'avoir épargné. Pour la rente complémentaire, l'assureur n'a pas de réserve mathématique. Partant, cette partie de la rente n'est pas financée par une réserve mathématique préalablement constituée. Elle est financée par d'autres ressources financières de la compagnie d'assurance. L'exemple suivant illustre la situation: Supposons qu'un homme de 65 ans dispose d'un capital retraite de CHF 100'000 le jour de sa retraite. L'assureur lui paie une rente annuelle de CHF 7'200. La rente annuelle de CHF 5'835 est garantie par la réserve de CHF 100'000 constituée le jour de sa retraite. La rente annuelle résiduelle de CHF 1'365 n'est pas préfinancée, mais reste néanmoins garantie par l'assureur. En d'autres termes, la compagnie d'assurance constitue une réserve mathématique pour une partie de la rente (approximativement 80% de la rente) et le solde est financé directement par l'assureur. Dans notre cas, la réserve mathématique constituée par l'assureur pour la rente de base s'élève à CHF 426'096 et pour la rente complémentaire à CHF 102'448. La réserve mathématique de la rente totale (rente de base et la rente complémentaire) s'élève à CHF 528'544. La méthode utilisée par la compagnie d'assurance est justifiée et compréhensible du point de vue actuariel et financier. En revanche elle n'est pas explicitée dans les CGA, dans le contrat d'affiliation ou dans le contrat d'assurance. Il n'est pas de la compétence de l'expert actuariel de se prononcer si l'application d'une méthode de calcul de la réserve mathématique, qui n'est pas explicitement décrite dans les documents contractuels, reste quand même acceptable. » En annexe à cette expertise, est joint le tableau suivant : [...] L'expert se livre encore aux considérations suivantes :

- 29 - « 6. Considérations complémentaires 6.1. Le point de vue du bénéficiaire de rente Le bénéficiaire de la prestation touche une seule rente. Il paraît fort probable que les considérations techniques sur le financement et la distinction entre la rente de base et la rente complémentaire lui échappent complètement. En toute bonne foi, il touche sa rente et s'attend, selon les promesses qui lui ont été faites précédemment, à ce que sa rente soit garantie à vie. En principe il ne participe pas à la prise de décision et n'est pas consulté dans le processus du changement de sa caisse de pensions. Il est donc choquant qu'il doive en supporter les conséquences financières. 6.2. Le point de vue de l'assureur L'assureur est pris dans la contradiction entre la promesse des prestations et les bases techniques. La promesse des prestations est liée aux dispositions de la Loi sur la Prévoyance Professionnelle. Les bases techniques et surtout le taux d'intérêt technique découlent de l'évolution des marchés financiers. Il doit donc faire face à la contradiction entre sa promesse de prestation et le niveau des taux d'intérêt. La méthode qu'il choisit pour résoudre cette contradiction est décrite dans le paragraphe 5 ci-dessus. Cette méthode est cohérente et tout à fait justifiée du point de vue actuariel. Cela étant il s'agit d'un aspect de gestion actuarielle et technique de la compagnie d'assurance qui ne concerne à priori pas les assurés. On peut objectivement constater que les modalités du transfert des rentiers de X. _____ accordent un avantage financier à la compagnie d'assurance. En effet, on peut le voir de deux façons différentes: - soit l'assureur supprime un engagement et donc une source des pertes futures en arrêtant le paiement des rentes complémentaires, - soit il fait un gain technique de par le fait que la réserve mathématique transférée est inférieure à la

réserve mathématique de la rente payée. Dans les deux cas, il y a bien un avantage financier pour la compagnie d'assurance. Afin que le transfert soit financièrement neutre pour la compagnie d'assurance, il eût fallu que la compagnie d'assurance transfère la réserve mathématique de la rente de base et qu'elle continue le paiement de la rente complémentaire. »

- 30 - Les parties ont été invitées à se déterminer sur cette expertise. a) Le 28 mars 2014, la défenderesse a préalablement observé que le mandat de l'expertise est celui défini par la Cour de céans le 12 septembre 2013, soit la détermination du montant dû par la Fondation collective LPP N. _____ selon l'art. 7 al. 3 CGA et par l'arrêt du Tribunal fédéral à son considérant 5. La défenderesse considère dès lors que toute prise de position de l'expert s'écartant du but de l'expertise doit être considérée comme irrecevable. En ce qui concerne la question complémentaire posée à l'expert à la suite de l'intervention de la demanderesse sollicitant de ce dernier qu'il indique dans son expertise le montant de la réserve mathématique d'inventaire qui serait à la charge de la Fondation collective LPP N. _____ dans l'hypothèse où celle-ci devait être reconnue débitrice d'une seule rente, sans part variable découlant d'une part d'excédent, la défenderesse relève que cette question vise une situation hypothétique et que la réponse y relative de l'expert ne peut être qu'un simple calcul théorique qui ne saurait lui être opposé, la prémisse hypothétique (une rente de vieillesse entièrement couverte par une réserve mathématique) n'étant pas réalisée en l'espèce. La défenderesse conteste également le but de l'expertise telle que défini par l'expert, celui-ci indiquant qu'il s'agit de déterminer le montant de la réserve mathématique dû par l'assureur à la suite de la résiliation du contrat. Elle relève qu'il s'agit en fait de déterminer la valeur de restitution à la date de dissolution du contrat conformément à l'art. 7 CGA et le tarif KT 95, et estime que l'objet du litige ne porte pas sur une différence entre, d'une part, la valeur de restitution due par elle à la date de dissolution du contrat et, d'autre part, la réserve mathématique calculée par R. _____ selon ses propres tarifs. Elle souligne que la date déterminante est celle de la dissolution du contrat d'affiliation. La défenderesse remarque encore que c'est à juste titre que la valeur de restitution est évaluée sur la base d'un taux d'intérêt technique de 3.5% selon le tarif KT 95, approuvé à l'époque par l'OFAP. En revanche,

- 31 - elle conteste que la réserve mathématique d'inventaire s'élève à 528'544 fr. à la date de la résiliation du contrat d'assurance ; selon elle, la valeur de restitution est de 426'095 francs. Elle ne conteste pas que cette valeur de restitution ne suffit pas à la couverture des rentes actuarielles annuelles de 34'312 fr. mais constate que selon l'expert, il faudrait en plus un montant de 102'448 fr, soutenant que la réserve mathématique d'inventaire selon les bases techniques applicables est de 426'095 francs. La défenderesse explique que pour parvenir au taux de conversion légale de 7.2%, le tarif KT 95 a calculé qu'un taux technique pour GRM95 de 5.45% pour les femmes et 5.835% pour les hommes serait nécessaire à l'obtention du taux de conversion cherché de 7.2%. Étant donné que les réserves mathématiques restent toutefois évaluées sur la base du taux d'intérêt technique de 3.5% selon le tarif, la réserve mathématique ne suffit pas à financer la rente de vieillesse due selon le règlement. La différence manquante (rente excédentaire) est ainsi couverte par l'assureur de la défenderesse de ses propres moyens et n'est pas constitutive de réserve mathématique, de sorte que la rente excédentaire n'a pas de valeur de restitution à la date de la dissolution du contrat d'affiliation. La défenderesse souligne que la FINMA [recte : OFAP] a confirmé ces considérations dans son courrier du 24 mars 2005 à l'adresse du

conseil de la demanderesse et que le Tribunal fédéral en a fait de même dans un arrêt du 18 mars 2013. La défenderesse considère également que l'expert confirme que la rente dite excédentaire n'est pas constitutive de réserve mathématique et qu'il expose correctement que seule la rente actuarielle dispose d'une réserve mathématique susceptible de rachat à la date de la dissolution du contrat. Elle constate que l'expert chiffre la réserve mathématique au même montant qu'elle-même, soit 426'096 francs. Elle considère que l'expert s'est écarté de son mandat lorsqu'il expose que la méthode utilisée par la défenderesse est justifiée et compréhensible du point de vue actuariel et financier mais qu'elle n'est pas explicitée dans les CGA, dans le contrat d'affiliation ou un contrat d'assurance. Elle expose au contraire que la méthode de calcul de la valeur de restitution ressort de l'ensemble des rapports contractuels. Ainsi, selon l'art. 2 al. 2

- 32 - du contrat d'affiliation, le contrat d'assurance-vie collective entre la défenderesse et ses assureurs du 28 août 1995 et le règlement de prévoyance en font partie intégrante. Or l'art. 1 du contrat d'assurance-vie collective déclare les CGA comme étant partie des bases contractuelles. En outre, le contrat d'assurance-vie collective retient, à son art. 1 al. 5, que les tarifs d'assurance-vie approuvés par l'OFAP constituent également une base contractuelle. Pour le calcul de la réserve mathématique d'inventaire, respectivement de la valeur de restitution à la date de la dissolution du contrat d'affiliation, l'art. 4 CGA renvoie aux bases techniques, notion qui a une signification spécifique dans la branche des assurances. S'agissant du chiffre 6 de l'expertise, la défenderesse relève que ces considérations s'écartent du mandat d'expertise. Elle conteste que la réserve mathématique d'inventaire qui résulte de l'application des bases techniques en vigueur à la date de la dissolution du contrat soit de 528'544 francs. Elle conteste également le tableau figurant comme annexe au rapport dans la mesure où celui-ci inclut une « réserve mathématique » pour la part dite excédentaire alors que précédemment, l'expert retenait ce qui suit : « pour la rente complémentaire, l'assureur n'a pas de réserve mathématique. Partant, cette partie de la rente n'est pas financée par une réserve mathématique préalablement constituée. Elle est financée par d'autres ressources financières de la compagnie d'assurances. » b) La demanderesse s'est déterminée le 31 mars 2014 par l'intermédiaire de son conseil. Préalablement à ses déterminations proprement dites sur l'expertise, la demanderesse se livre à quelques observations. Elle remarque que le contrat d'affiliation qu'elle a passé avec la défenderesse ne contient aucune mention relative à une part de rente dite d'excédents qui ne serait pas entièrement financée notamment en cas de résiliation de la convention d'affiliation. Il en va de même selon elle dans le contrat d'assurance collective d'épargne et de risque et ses conditions générales. Elle relève que le contrat d'assurance et les conditions générales ne prévoient aucune déduction relative à une rente

- 33 - d'excédents en cas de résiliation de l'affiliation. Elle soutient que la défenderesse a expressément indiqué la méthode de calcul de la rente, à savoir l'application du taux de conversion légal de 7.2% à un avoir de vieillesse majoré par un montant prélevé sur les parts d'excédents, selon l'art. 14 LPP ; la demanderesse se réfère à ce sujet à l'art. 13 al. 2 du règlement de l'oeuvre de prévoyance de l'entreprise valable pour le personnel cadre ou celui valable pour l'effectif général, selon lequel la rente de vieillesse est déterminée en convertissant selon l'art. 14 LPP, l'avoir de vieillesse à disposition au moment où s'ouvre le droit à la prestation, le taux de conversion appliqué (valeur actuarielle augmentée d'un complément prélevé sur les parts d'excédents) s'élevant actuellement à 7.2%. Selon la demanderesse, la défenderesse a ainsi garanti le montant de la rente versée et de son

financement complet. Il n'y a aucune mention dans la convention d'affiliation et le contrat d'assurance d'une part de rente d'excédents qui ne serait pas garantie notamment en cas de résiliation de la convention d'affiliation. La demanderesse en conclut que la défenderesse, en stipulant dans son règlement que l'avoir de vieillesse était complété par un prélèvement sur une part d'excédents, a concrétisé le principe selon lequel les institutions de prévoyance doivent offrir en tout temps la garantie qu'elles peuvent remplir leurs engagements (art. 65 al. 1 LPP), notamment par la mise en oeuvre du principe du bilan en caisse fermée, s'agissant de son équilibre financier (art. 69 LPP ; cette disposition a été abrogée avec effet au 1er janvier 2012 ; l'al. 1 de cette disposition prévoyait ce qui suit : « 1 Dans la mesure où une institution de prévoyance assume elle-même la couverture des risques, elle ne peut se fonder, pour garantir l'équilibre financier, que sur l'effectif du moment des assurés et des rentiers (principe du bilan en caisse fermée) »). Selon la demanderesse, il appartenait à la défenderesse, en vertu de son devoir légal selon l'art. 65 LPP, de veiller au financement complet des rentes qu'elle verse dont elle est la seule et unique débitrice, l'assuré n'ayant aucun droit direct envers l'assureur. La demanderesse remarque encore que ni le texte du règlement ni l'information fournie par le certificat de prévoyance annuel et lors du versement de la rente ne contient une quelconque mention ni

- 34 - information selon lesquelles une part des rentes ne serait pas garantie, car pas entièrement préfinancée. Or, selon la demanderesse, le devoir d'information à l'époque (art. 89bis al. 2 CC) imposait l'obligation à la défenderesse de clairement informer les assurés et leurs employeurs que les rentes versées n'étaient pas garanties et qu'elles pouvaient être réduites unilatéralement par la défenderesse notamment en cas de fin d'affiliation de l'employeur. Dans l'hypothèse où il existerait des clauses contractuelles pertinentes, la demanderesse relève qu'elle n'est pas spécialiste de l'assurance et encore moins de la prévoyance professionnelle ; à ce titre, elle serait incontestablement la partie contractuelle plus faible ou inexpérimentée, en droit d'invoquer le caractère insolite d'une clause contractuelle. Selon elle, la notion même de « rente d'excédents » pouvant être supprimée en cas de résiliation de la convention d'affiliation par l'employeur est totalement insolite à défaut de dispositions contractuelles et réglementaires clairement contraires dans la prévoyance plus étendue. En particulier selon elle, elle ne pouvait pas comprendre, à la lecture des règlements de prévoyance, que le complément prélevé sur les parts d'excédents n'était pas une prime unique complétant l'avoir de vieillesse. Toujours selon elle, le texte réglementaire est particulièrement clair puisqu'il indique que la rente de vieillesse est déterminée en convertissant, selon l'art. 14 LPP, l'avoir de vieillesse au moment où s'ouvre le droit à la prestation. En effet, l'art. 14 LPP dispose que la rente de vieillesse est calculée en pour cent de l'avoir de vieillesse de l'assuré au moment où celui-ci atteint l'âge ouvrant le droit à la rente (taux de conversion). En outre, l'art. 14 LPP ouvre le droit à une rente de vieillesse viagère. Par conséquent, le complément prélevé sur les parts d'excédents devait être une prime unique destinée à compléter l'avoir de vieillesse destiné à financer une rente viagère garantie. La demanderesse soutient que sa lecture du règlement est confortée par le fait que celui-ci se réfère explicitement au taux de conversion de 7.2% applicable à l'époque. Selon l'art. 17 al. 2 OPP2 (ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse,

- 35 - survivants et invalidité ; RS 831.441.1) de l'époque, l'application d'un taux de conversion inférieur à 7.2% impliquait l'accord de l'autorité de surveillance et de la surveillance des assurances en cas de transfert du risque de longévité à une institution

d'assurance soumise à la surveillance des assurances. Elle en déduit que si tel avait été le cas, le règlement n'aurait pas mentionné un taux de conversion de 7.2%. La demanderesse conclut en affirmant que le versement de la réserve mathématique d'inventaire nécessaire au financement intégral des rentes en cours n'est pas discutable. S'agissant des déterminations sur l'expertise, la demanderesse est d'avis que l'expert confirme clairement que la valeur de restitution, qui correspond en l'espèce à la réserve mathématique d'inventaire, calculée conformément aux bases techniques (tarif) et contractuelles, s'élève à 528'544 fr. pour les rentes de vieillesse garanties. La demanderesse appuie l'expert lorsque celui-ci retient que la distinction entre rente de base et rente complémentaire ne se trouve ni dans le contrat d'affiliation ni dans le contrat d'assurance ni dans les conditions générales applicables. Elle soutient que la défenderesse n'informe pas non plus l'employeur et le bénéficiaire du fait que la rente de vieillesse due à ce dernier en vertu des dispositions légales et réglementaires applicables, serait techniquement et financièrement scindée en deux parties dont seule une partie ferait l'objet d'une réserve mathématique. De toute manière, selon la demanderesse, cette méthode ne permet pas de garantir que la rente de base ainsi déterminée corresponde au moins au montant de la rente de vieillesse minimale due conformément aux dispositions de la LPP. Ainsi, selon la demanderesse, la méthode de calcul utilisée par la défenderesse est non seulement dépourvue de toute base légale, réglementaire et contractuelle, mais elle ne fait l'objet d'aucune communication aux parties concernées, voire elle heurte le principe même de la garantie des prestations. La demanderesse soutient encore qu'en raison de la méthode de calcul appliquée par l'assureur, celui-ci réalise un avantage financier au détriment des pensionnés, respectivement de leur employeur. Selon elle, il incombait à la défenderesse d'attirer l'attention

- 36 - de la demanderesse sur le fait que la valeur de restitution qui serait mise à disposition à la suite de la résiliation n'était pas calculée sur l'intégralité des prestations qui doivent être reprises par la nouvelle institution de prévoyance. La demanderesse conclut que la valeur de restitution transférée par la défenderesse pour les quatre rentes de vieillesse concernées n'a pas été déterminée conformément aux dispositions applicables dans la mesure où le calcul effectué par la défenderesse ne tient compte que d'une partie du montant total des prestations reconnues aux bénéficiaires alors qu'elle ne saurait se prévaloir d'aucun fondement légal ou contractuel lui permettant de faire abstraction d'une partie des prestations reconnues. c) L'appelée en cause s'est déterminée le 31 mars 2014. Selon elle, l'expertise confirme clairement que la valeur de restitution qui correspond en l'espèce au montant de la réserve mathématique d'inventaire, calculée conformément aux bases techniques et contractuelles applicables, s'élève à 528'544 fr. pour les rentes de vieillesse garanties. L'appelée en cause relève que la distinction opérée par la défenderesse entre rente de base et rente excédentaire n'est explicitée, selon l'expert, ni dans le contrat d'affiliation ni dans le contrat d'assurance ni dans les conditions générales applicables. Elle soutient que cette méthode ne permet pas de garantir que la rente de base ainsi déterminée corresponde au moins au montant de la rente de vieillesse minimale due conformément aux dispositions de la LPP. En d'autres termes, il est possible que la réserve mathématique constituée par la défenderesse ne permette même pas de couvrir les prestations légales minimales dues aux assurés en application de la LPP alors même que ceux-ci peuvent légitimement prétendre au versement de la rente totale reconnue. Elle conclut que la valeur de restitution transférée par la défenderesse à l'appelée en cause pour les quatre rentes de vieillesse concernées n'a pas été déterminée conformément aux dispositions applicables dans la mesure

- 37 - où le calcul effectué par la défenderesse ne tient compte que d'une partie du montant total des prestations reconnues aux bénéficiaires alors qu'elle ne saurait se prévaloir d'aucun fondement légal contractuel lui permettant de faire abstraction d'une partie des prestations reconnues. E n d r o i t : 1. Chaque canton désigne un tribunal qui connaît, en dernière instance cantonale, des contestations opposant les institutions de prévoyance, employeurs et ayants droit (art. 73 al. 1 LPP [loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité ; RS 831.40]). La contestation qui oppose, comme en l'espèce, un employeur à une institution de prévoyance dans un litige portant sur les conséquences de la résiliation d'un contrat d'affiliation relève des autorités juridictionnelles mentionnées à l'art. 73 al. 1 LPP (ATF 120 V 299 c. 1a ; SVR 2005 BVG n° 27 p. 97 [= TF B 43/04 du 16 février 2005] ; TF 9C_40/2009 du 27 janvier 2010 ; TFA B 29/05 du 26 septembre 2006 c. 1). Le for est au siège ou domicile suisse du défendeur ou au lieu de l'exploitation dans laquelle l'assuré a été engagé (art. 73 al. 3 LPP). L'acte introductif d'instance revêt la forme d'une action (ATF 129 V 450 c. 2 ; 118 V 158 c. 1 ; 117 V 329 c. 5d ; 115 V 239 ; TF B 52/06 du 19 avril 2007 c. 4.5). Sur le plan procédural, il y a lieu d'appliquer les règles des art. 106 ss LPA-VD (loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; RSV 173.36) sur l'action de droit administratif. L'application de ces règles de procédure satisfait aux exigences de l'art. 73 LPP, qui pose des principes généraux pour les contestations en matière de prévoyance professionnelle (CASSO, jugement du 3 novembre 2009, PP 50/08 c. 1). La Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, qui succède au Tribunal des assurances, est compétente pour statuer (art. 93 let. c LPA-VD). En outre, l'action de droit administratif de la demanderesse est recevable en la forme.

- 38 - 2. Dans sa réponse du 30 mai 2007, la défenderesse avait conclu à la non entrée en matière, faute de compétence à raison de la matière du Tribunal des assurances (actuellement : de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal), en tant que la demande vise le fonds de sûreté des assureurs privés de la Fondation collective LPP N._____. Dans la mesure où cette question n'est plus débattue après l'arrêt du Tribunal fédéral, il n'y a pas lieu de la trancher. 3. Le présent jugement est opposable à R._____, invitées à participer à la procédure, s'agissant notamment de la reprise des pensionnés (TFA B 84/00 du 3 octobre 2001 c. 8a, non publié in ATF 127 V 377 ; voir aussi ATF 125 V 80 c. 8b ; TF 9C_339/2007 du 5 mars 2008 c. 6). Cela étant, il n'existe aucun lien juridique qui pourrait fonder une quelconque prétention de la nouvelle institution de prévoyance professionnelle à l'ancienne (TFA B 84/00 op. cit., c. 4b), soit de R._____ à l'encontre de la Fondation collective LPP N._____. 4. Il résulte de l'arrêt du Tribunal fédéral ce qui suit : « 4.1 Le droit applicable est déterminé par les règles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 129 V 1 consid. 1.2 p. 4). En l'espèce, le litige porte sur les conséquences de la résiliation au 31 décembre 2003 du contrat de prévoyance professionnelle conclu entre la fondation intimée et la société recourante. Ne sont dès lors pas applicables les dispositions sur la résiliation des contrats adoptées par le législateur dans le cadre de la 1ère révision de la LPP et entrées en vigueur le 1er avril 2004 (en particulier l'art. 53e LPP) et celles de la nouvelle du 20 décembre 2006, entrées en vigueur le 1er mai 2007 (en particulier l'art. 53e al.4 LPP). 4.2 La relation de prévoyance professionnelle entre un employeur et une fondation collective repose sur une convention dite d'affiliation, qui est un contrat sui generis au sens étroit (ATF 120 V 299 consid. 4a p. 304 sv. ; THOMAS LUTHY, Das Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Personalvorsorgestiftung, insbesondere der Anschlussvertrag mit einer Sammel-oder

Gemeinschaftsstiftung, thèse Zurich 1989, p. 103). Par ce contrat, la fondation s'engage à remplir les obligations découlant de la LPP pour l'employeur. Cette convention doit être interprétée selon les règles ordinaires et les principes généraux du droit privé (art. 1 et ss CO), notamment le principe de la confiance (arrêt B 84/00 du 3 octobre 2001 consid. 4a, non publié in ATF 127 V 377).

- 39 - 4.3 Jusqu'au 31 mars 2004, ni la LPP ni la LFLP ne réglementaient la situation des personnes au bénéfice d'une rente de la prévoyance professionnelle en cas de résiliation du contrat d'affiliation liant l'institution de prévoyance et l'employeur pour le compte duquel elles avaient travaillé. 4.3.1 Selon la jurisprudence, lorsqu'un employeur résilie le contrat d'affiliation le liant à une institution de prévoyance, celle-ci n'est pas tenue de manière absolue de conserver les personnes au bénéfice d'une rente et de leur servir les prestations légales et réglementaires. Dans le sens d'une exigence minimale de droit fédéral, les dispositions réglementaires de la caisse doivent cependant prévoir une réglementation correspondante ; en cas de changement d'affiliation, le sort des personnes au bénéfice d'une rente doit ainsi être clairement précisé. A défaut d'une telle réglementation, il faut partir du principe que les bénéficiaires de rentes concernés ne sont pas touchés par ledit changement et ont droit à ce que l'institution de prévoyance, à laquelle ils sont assurés au moment de la survenance du cas de prévoyance, continue de leur verser les prestations légales et réglementaires (ATF 125 V 421 consid. 6a p. 427 sv.). 4.3.2 Cependant, lorsque les personnes assurées (actives et passives) ne sont pas affiliées de manière primaire à une institution de prévoyance, telle une fondation collective, mais à une oeuvre de prévoyance spécifique créée pour un employeur particulier avec une comptabilité propre, la situation est différente. L'appartenance de ces assurés à la caisse de prévoyance de l'employeur, gérée dans le cadre de la fondation collective, se fonde exclusivement et inconditionnellement sur le contrat d'affiliation qui forme un tout, au plan juridique, avec le contrat d'assurance collective et le règlement de prévoyance. La situation contractuelle d'affiliation détermine le sort des bénéficiaires de rentes (ATF 127 V 377 consid. 5c/bb p. 385 sv.). Dans une fondation collective de droit privé, la prévoyance professionnelle repose directement sur les contrats d'assurance conclus conformément à l'art. 68 LPP. La fondation collective, qui du point de vue organisationnel met à la disposition de l'employeur une oeuvre de prévoyance, ne constitue en fait qu'un instrument intermédiaire entre l'employeur et la compagnie d'assurance, afin de permettre l'application de la prévoyance professionnelle selon les dispositions de la LPP. Dans ce système, il n'existe pas de contrat d'affiliation sans contrat d'assurance collective correspondant. Lorsque la résiliation du contrat d'affiliation entraîne la fin du contrat d'assurance collective, on ne peut objecter que le sort des personnes déjà au bénéfice d'une rente n'est pas explicitement réglé ; au contraire, celles-ci font partie du cercle des personnes couvertes par le contrat d'affiliation et d'assurance collective, raison pour laquelle les conséquences juridiques prévues en cas de résiliation du contrat d'affiliation s'étendent également à elles (ATF 127 V 377 consid. 5c/cc p. 386 ss). 5. Au vu de la jurisprudence précitée et faute de base légale pertinente, la situation des bénéficiaires de rentes de vieillesse doit être examinée en fonction des dispositions contractuelles liant les parties. »

- 40 - Le Tribunal fédéral a ensuite constaté que les parties admettaient que le montant dû par la fondation, respectivement les assureurs, devait être déterminé en se référant à l'art. 7 al 3 CGA qui précise que la valeur de restitution doit se calculer à la date où la résiliation peut intervenir à teneur du contrat (in casu le 31 décembre 2003 ; let. a). Cette valeur

correspond à la réserve mathématique d'inventaire (let. b) diminuée d'une éventuelle moins-value des placements résultant de l'intérêt (let. c) et des frais initiaux non amortis (let. d). La somme de ces retenues est limitée à 8% de la réserve mathématique d'inventaire au moment de la résiliation du contrat. Cette valeur est augmentée des avoirs du preneur et réduite des prêts et autres créances de S. _____ (let. e). La réserve mathématique d'inventaire se calcule d'après les mêmes bases techniques que les primes et les primes uniques de l'assurance concernée. Celle d'une assurance d'épargne gérée séparément de l'assurance de risque correspond à l'avoir de vieillesse ou au capital vieillesse (art. 4 CGA). 5. En l'occurrence, il est admis que le montant transféré par la défenderesse à R. _____ n'est pas suffisant pour assurer le paiement des rentes de vieillesse en cours. L'expert explique qu'en 2003, le taux de conversion s'élevait à 7.2%. Le taux de conversion permet de convertir l'avoir de vieillesse en rentes annuelles. Il se fonde sur des bases biométriques et le taux d'intérêt technique. Le paramétrage biométrique principal est l'espérance de vie des rentières et rentiers au moment de la naissance du droit. Le taux d'intérêt technique relève des expectatives de rendement sur le capital épargné (Flückiger, in : Schneider/Geiser/Gächter, LPP et LFLP Commentaire Stämpfli, Berne 2010. p. 284, n. 8 ad art. 14). S'agissant de la méthode utilisée par la défenderesse, l'expert expose que la rente payée par cette dernière en 2003 et découlant du taux de conversion était scindée en deux parties, soit la rente de base et la rente complémentaire, dite aussi rente excédentaire. Celle-ci correspond à la différence entre la rente payée et la rente de base, découlant de la conversion de l'avoir épargné à la date de la retraite au

- 41 - taux de conversion utilisé par l'assureur (en l'occurrence 5.835 % pour les hommes et 5.45 % pour les femmes avec un taux technique de 3.5 %). L'expert explique encore que pour la rente de base, l'assureur constitue une réserve mathématique correspondant, le jour de la retraite, à l'avoir épargné ; pour la rente complémentaire, l'assureur n'a pas de réserve mathématique. Partant, cette partie de la rente n'est pas financée par une réserve mathématique préalablement constituée ; elle est financée par d'autres ressources financières de la compagnie d'assurance. Cela étant, l'expert a déterminé une « réserve mathématique d'inventaire » s'élevant à 528'544 fr., soit 426'096 fr. pour la rente de base et 102'448 fr. pour la rente complémentaire. Il s'agit dès lors de se prononcer, en l'espèce, sur le transfert de ce montant de 102'448 fr. représentant la rente complémentaire. Il sied d'emblée de relever que l'affirmation de l'expert selon laquelle la « réserve mathématique d'inventaire » s'élève à 528'544 fr. est contradictoire avec la précédente selon laquelle, pour la rente complémentaire, l'assureur n'a pas de réserve mathématique. a) Dans son rapport, l'expert indique que la méthode utilisée par la défenderesse est justifiée et compréhensible du point de vue actuariel et financier. Il relève également qu'elle n'est pas explicitée dans les CGA, dans le contrat d'affiliation ou dans le contrat d'assurance. Cette dernière remarque n'est cependant pas de la compétence de l'expert. Dans une affaire divisant la défenderesse d'avec une société d'assurance, le Tribunal fédéral a eu à trancher de cette question. Dans son arrêt du 18 mars 2013, il relève que l'excédent et la réserve mathématique d'inventaire étaient réglés dans deux dispositions différentes des conditions générales (respectivement art. 5 et 4). Il observe que la notion de « bases techniques » a une signification particulière dans le domaine des assurances et exclut la prise en

- 42 - considération des excédents (TF 4A_571/2012 et 4A_579/2012 du 18 mars 2013). Le Tribunal fédéral relève également avoir ordonné, dans un arrêt 9C_741/2010 du 12 mai 2011, le transfert à la nouvelle institution de prévoyance de la réserve mathématique

comprenant la participation aux excédents. La situation était toutefois différente parce qu'il était expressément prévu, dans l'Annexe au contrat d'adhésion, que « la réserve mathématique était le montant devant être mis à disposition à un moment donné pour permettre, compte tenu des primes encore dues en application du contrat, de garantir le paiement des prestations assurées ». Dans la cause faisant l'objet de l'arrêt du 18 mars 2013, semblable à la nôtre, une telle garantie faisait défaut. b) Dans ses commentaires, l'expert relève que la méthode de la défenderesse est cohérente et tout à fait justifiée du point de vue actuariel, tout en relevant qu'il s'agit d'un aspect de gestion actuarielle et technique de la compagnie d'assurances qui ne concerne a priori pas les assurés. De même, il écrit que l'assuré ne participe pas à la prise de décision et n'est pas consulté dans le processus du changement de sa caisse de pensions et qu'il est donc choquant qu'il doive en supporter les conséquences financières. Il sied de relever que l'expert n'avait pas, une fois encore, à se livrer à de telles réflexions, qui relèvent de l'appréciation. Cela étant, sur le fait que la distinction opérée par la défenderesse n'est pas explicitée dans les documents contractuels, argument repris par la demanderesse et l'appelée en cause, il convient de relever que selon l'art. 2 al. 1 du contrat d'affiliation, la demanderesse a chargé la défenderesse de conclure un contrat d'assurance-vie collective. L'al. 2 de la même disposition prévoit que ce contrat fait partie intégrante du contrat d'affiliation ainsi d'ailleurs que le règlement de prévoyance. L'art. 1 du contrat d'assurance collective d'épargne et de risque selon la LPP, passé entre la défenderesse et les trois assurances (S._____, B._____, Compagnie d'assurances sur la vie et F._____, Compagnie d'assurances sur la vie) prévoit, entre autres, l'application des CGA dont

- 43 - les art. 4 et 5 définissent respectivement la réserve mathématique d'inventaire et la participation aux excédents, et dont l'art. 7 prévoit les conséquences de la résiliation du contrat. En outre, l'art. 13 al. 2 du règlement de l'oeuvre de prévoyance pour le personnel cadre et pour l'effectif général prévoit que le taux de conversion est constitué de la valeur actuarielle augmentée d'un complément prélevé sur les parts d'excédents. Il est donc faux de soutenir que la distinction opérée par la défenderesse n'est pas prévue par les dispositions contractuelles. Quant à l'information des assurés et aux considérations de l'expert sur le point de vue du bénéficiaire de rente, elles ne sont pas non plus pertinentes. L'art. 51 al. 1 LPP avait, à l'époque, la teneur suivante : « Salariés et employeurs ont le droit de désigner le même nombre de représentants dans les organes de l'institution de prévoyance qui sont appelés à établir les dispositions réglementaires ou à statuer sur le financement de l'institution et sur l'administration de sa fortune. » Or, l'art. 4 du contrat d'affiliation prévoyait l'instauration d'une commission de gestion conformément à l'art. 51 LPP. Cette commission était chargée notamment d'établir le règlement de prévoyance, de l'appliquer et d'informer les assurés. A cet égard, dans son courrier du 28 juillet 2004 à la demanderesse, la défenderesse relève qu'il est du devoir de la commission de gestion de prévoyance, qui a approuvé la résiliation du contrat d'affiliation, d'informer les assurés de ce changement. De même, dans sa lettre du 6 août 2004 à la demanderesse, la défenderesse souligne qu'elle part de l'hypothèse que la commission de gestion a approuvé le changement d'assureur et qu'il lui appartient d'informer les assurés de ce changement. En outre, le conseil de la demanderesse écrit lui-même le 9 novembre 2004 à l'OFAP, en se référant à la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 127 V 377), que, à propos des rentiers, il n'est pas nécessaire que ceux-ci donnent leur accord individuellement au changement de l'institution de prévoyance et qu'il suffit que l'organe paritaire, qui représente également les rentiers, décide de la dissolution du contrat d'affiliation.

- 44 - Dès lors, on ne saurait reprocher à la défenderesse un manquement à un quelconque devoir d'information qu'elle n'avait pas. Il sied en outre de relever que les signataires de la lettre de résiliation du 20 juin 2003 ont agi en qualité de représentant de l'employeur et des salariés ; à cet égard, dans son écriture du 21 juillet 2008, la demanderesse relève que deux signataires de cette lettre ont agi comme représentant les employés et non l'employeur comme mentionné par erreur au pied de ce courrier. Certes, les bénéficiaires de rentes en cours ne font plus partie des salariés mais le fait est que la décision de résiliation a été prise par la commission de gestion sans sollicitation préalable de la défenderesse qui a été mise devant le fait accompli et à qui on peut difficilement dès lors reprocher de ne pas avoir informé les rentiers des conséquences d'une résiliation. Le grief également formulé par l'appelée en cause d'un manque d'informations de la défenderesse à l'égard de la demanderesse n'est pas pertinent. c) Par ailleurs, le reproche fait par la demanderesse à la défenderesse, selon lequel il n'est fait nulle mention que la rente n'est pas entièrement garantie, est également erroné. La défenderesse ne peut garantir après la résiliation du contrat le versement entier de la rente puisque les bénéficiaires n'étaient plus assurés chez elle. Il peut en résulter un manque dans le montant à transférer et c'est pour cette raison que la loi a été modifiée lors de la première révision LPP, entrée en vigueur le 1er avril 2004 (cf. Rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique (CSSS-N) sur la prévoyance des personnes travaillant à temps partiel et sur les personnes ayant des bas revenus, sur l'adaptation du taux de conversion ainsi que sur la gestion paritaire des institutions de prévoyance des 21 et 22 février 2002, pp. 31 ss ; Rapport du 26 mai 2005 de la même commission soumettant un projet de modification de la LPP, qui relève en p. 3 que dans les années précédant la première révision LPP, des employeurs ont été contraints, dans le cas d'un transfert d'effectifs des rentiers dans la nouvelle institution de prévoyance, d'effectuer des paiements compensatoires souvent très élevés ; cf. aussi Monica Schiesser, Die Übertragung laufender (Alters-

- 45 -)Renten bei Auflösung von Anschlussverträgen mit Sammelstiftungen, in HAVE 2003, p. 306). d) La demanderesse soutient qu'elle n'est pas spécialiste et en conséquence, l'art. 7 CGA serait une clause insolite qui aurait mérité des éclaircissements de la part de la défenderesse. Selon la jurisprudence, celui qui signe un texte comportant une référence expresse à des conditions générales est lié au même titre que celui qui appose sa signature sur le texte même de celles-ci, quand bien même il ne les aurait pas lues (TF 4A_213/2014 du 26 juin 2014 c. 2.3.2 ; ATF 119 II 443 c. 1a). Les conditions générales font alors partie intégrante du contrat (ATF 133 III 675 c. 3.3) et doivent être interprétées selon les mêmes principes juridiques que les autres dispositions contractuelles (ATF 135 III 1 c. 2, traduit in JT 2011 II 516). L'interprétation selon le principe de la confiance consiste à rechercher comment les parties, au moment où leur accord s'est formé, pouvaient comprendre de bonne foi les termes utilisés et leurs comportements respectifs, en fonction de l'ensemble des circonstances (ATF 136 III 186 c. 3.21). En d'autres termes, 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 140 V 145 c. 3.3 et les arrêts cités). Cependant, le consentement global qui a été donné à des conditions générales ne saurait porter sur les clauses insolites, sur l'existence desquelles l'attention de la partie la plus faible ou la moins expérimentée en affaires n'a pas été spécialement attirée. La partie

qui incorpore des conditions générales dans son contrat doit en effet s'attendre à ce que son partenaire contractuel inexpérimenté n'adhère pas à une clause insolite, c'est-à-dire une clause qui modifie de manière essentielle la nature du contrat ou qui sort dans une mesure importante du cadre légal d'un type de contrat. Plus une clause porte atteinte aux intérêts juridiques du contractant, plus il se justifie de la

- 46 - considérer comme insolite (ATF 135 III 225 c. 1.3, traduit in JT 2009 I 475 ; TF 4A_200/2008 du 18 août 2008 c. 2.3.2). Pour déterminer si une clause est insolite, il faut se placer du point de vue de celui qui y consent, au moment de la conclusion du contrat (ATF 135 III 1 c. 2.1). C'est une décision au cas par cas, une clause usuelle dans une branche de l'économie pouvant être insolite pour qui n'est pas de la branche. Eu égard au principe de la confiance, on se fondera sur les conceptions personnelles du contractant dans la mesure où elles sont reconnaissables pour l'autre partie. Il ne suffit dès lors pas que le contractant soit inexpérimenté dans la branche économique en question mais il faut en plus de ce critère subjectif que, par son objet, la clause considérée soit étrangère à l'affaire (ATF 138 III 411 ; ATF 109 II 452 c. 5b et les références). En l'occurrence, dans la mesure où c'est précisément des clauses de ce type qui ont amené à la modification législative entrée en vigueur le 1er avril 2004, on ne peut dire qu'elle modifie de manière essentielle la nature notablement du cadre légal du contrat en cause. On ne saurait dès lors considérer que cette clause est insolite. 6. En définitive, la demande formée par X. _____ contre la Fondation collective LPP N. _____ s'avère mal fondée ; les conclusions tant de la demanderesse que de l'appelée en cause, R. _____, doivent être rejetées. La procédure étant gratuite pour les parties (art. 73 al. 2 LPP), il ne sera pas perçu de frais de justice, ni alloué de dépens à la défenderesse (ATF 126 V 143 c. 1b ; TFA B 53/06 du 18 août 2006 c. 6), laquelle a au demeurant procédé sans l'assistance d'un mandataire professionnel.

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