Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicuranzas

Cour des assurances sociales
du Tribunal fédéral

Cause
{T 7}
B 43/04

Arrêt du 16 février 2005
Ire Chambre

Composition
MM. et Mme les Juges Borella, Président, Leuzinger, Lustenberger, Ursprung et Frésard.
Greffière : Mme Moser-Szeless

Parties
F._____ SA, recourante, représentée par Me Benoît Ribaux, avocat, Promenade-Noire 6, 2001 Neuchâtel 1,

contre

Fondation collective LPP de la Zurich Assurances, 8085 Zürich, intimée

Instance précédente
Tribunal administratif du canton de Neuchâtel, Neuchâtel

(Jugement du 23 mars 2004)

Faits:
A.
L'entreprise F._____ SA est active dans le secteur de la construction et du génie civil. En juin 1997, elle a repris certains éléments d'actifs et de passifs de E._____ société en nom collectif).

Le personnel de chantier de E._____ a été affilié, dès 1985, à la Fondation de prévoyance en faveur du personnel d'exploitation de l'entreprise F._____. Celle-ci, en qualité de preneur d'assurance, avait conclu avec la VITA Compagnie d'assurances sur la vie, un contrat d'assurance-vie collective portant le numéro X._____. La VITA a été reprise par la Zurich Compagnie d'Assurances sur la Vie (ci-après : la Zurich-Vie).

Avec effet au 31 décembre 1998, F._____ SA a résilié son affiliation à la Fondation F._____. Pour la poursuite de la prévoyance de son personnel d'exploitation, F._____ SA a conclu, les 22 avril et 14 mai 1999, un contrat d'adhésion (sous le numéro Y._____), prenant effet au 1er janvier 1999 avec la Fondation collective LPP de la Zurich Compagnie d'Assurances sur la Vie (ci-après la Fondation collective LPP de la Zurich). La durée du contrat était d'une année. Sauf dénonciation, il était prolongé tacitement d'année en année. Il était précisé qu'il annulait et remplaçait le contrat n°X._____ souscrit par la Fondation F._____ en 1985. Les réserves mathématiques et les prestations de libre passage calculées au 31 décembre 1998 devaient être transférées en totalité et portées sur les avoirs de vieillesse de chaque affilié.

Dans une «déclaration de cession et reprise» entre la Fondation collective LPP de la Zurich et la Fondation F._____, la première s'est obligée à reprendre l'ensemble des engagements de la seconde découlant du contrat d'assurance-vie collective avec la Zurich-Vie, à l'exception des primes dues au 31 décembre 1998 et des découverts techniques résultant de la loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle,

vieillesse et survivants, calculés au 31 décembre 1998.
B.
Par lettre du 27 décembre 2000, la Fondation collective LPP de la Zurich a signifié à F._____ SA qu'elle résiliait le contrat n°Y._____ pour la fin de l'année. Après divers échanges de correspondances entre les parties, le terme de la résiliation a été reporté au 31 décembre 2001.

En février 2002, la Fondation collective LPP de la Zurich a versé à la nouvelle institution de prévoyance de F._____ SA, à savoir la Caisse cantonale d'assurance populaire (ci-après : la CCAP), le montant de la réserve mathématique, y compris les intérêts, sous déduction d'une somme de 216'186 fr. 95 au titre de frais consécutifs à la résiliation du contrat. Le décompte final établi à cet effet s'établissait comme suit:

«A) Réserves mathématiques/Valeurs de rachat
Réserves mathématiques au 31.12.2001 CHF 5'200272.85
Déduction d'intérêt de risque CHF ./. 0.00
Frais suite à la résiliation du contrat 1) CHF ./. 216'186.95
Valeurs de rachat au 31.12.2001 CHF 4'984'085.90
Intérêts 4 % du 01.01.2002 au 31.01.2002 CHF 16'613.60
Intérêts 5 % du 01.02.2002 au 27.02.2002 CHF 18'690.30
Crédit en votre faveur au CHF 5'019'389.80

B) Solde compte de primes au 31.12.2001 CHF 0.00

Total A-B Total Crédit au 31.12.2001 CHF 5'019'389.80»

Le chiffre 1) en marge de la rubrique ci-dessus «Frais suite à la résiliation du contrat» renvoyait à une mention en bas de page ainsi libellée: «Conditions générales de l'assurance-vie collective, Edition 1997, Annexe technique, chiffre 2».
C.
Par écriture du 7 janvier 2003, F._____ SA a ouvert action contre la Zurich-Vie en prenant les conclusions suivantes, sous suite de frais et dépens :
«1. Constater, dire et prononcer que Zurich Compagnie d'Assurances sur la Vie n'est pas en droit d'effectuer une retenue pour frais de conclusion non amortis sur la réserve mathématique du contrat n°Y._____ à la date du 31.12.2001.

2. Condamner Zurich Compagnie d'Assurances sur la Vie à verser à la Caisse cantonale d'assurance populaire à Neuchâtel en faveur du contrat n°Z._____ F._____ SA le montant de CHF 216'186.95 majoré d'intérêts au taux de 5 % l'an dès le 28.02.2002».

Avec l'accord des intéressées, il a été procédé à une substitution des parties, la Fondation collective LPP de la Zurich étant substituée à la Zurich-Vie en qualité de défenderesse.

La Fondation collective LPP de la Zurich a conclu au rejet de la demande.

Par arrêt du 23 mars 2004, le Tribunal administratif de la République et canton de Neuchâtel a admis partiellement la demande en ce sens que la défenderesse n'est autorisée à déduire des frais de conclusion non amortis que de la réserve mathématique d'inventaire calculée sur la période du 1er janvier 1999 au 31 décembre 2001.
D.
F._____ SA interjette un recours de droit administratif dans lequel elle conclut, principalement, à l'admission de sa demande en paiement d'un montant de 216'186 fr. 95 majoré d'intérêts au taux de 5 % l'an dès le 28 février 2002. Subsidiairement, elle conclut au renvoi de la cause au tribunal administratif pour nouveau jugement au sens des motifs.

La Fondation collective LPP de la Zurich a présenté des observations tendant au rejet du recours et a formulé elle-même des conclusions visant à l'annulation de l'arrêt du tribunal administratif et à la constatation qu'elle a procédé à juste titre à une retenue d'un montant de 216'186 fr. 95 sur la valeur de rachat de l'ensemble des réserves mathématiques.

Quant à l'Office fédéral des assurances sociales, il propose le rejet du recours.

Considérant en droit:
1.
La contestation ici en cause oppose un employeur à une institution de prévoyance, dans un litige portant sur les conséquences de la résiliation d'un contrat d'affiliation. Elle relève des autorités juridictionnelles mentionnées à l'art. 73 LPP (ATF 120 V 301 consid. 1a; arrêt H. SA et Fondation de prévoyance en faveur du personnel du groupe H. SA du 27 mars 2001 [B 22/00]).
2.
Dans ses déterminations, l'intimée demande au tribunal de dire qu'elle est en droit d'opérer une retenue de 216'186 fr. 95 sur l'ensemble de la réserve mathématique et non pas seulement, comme l'a jugé l'autorité cantonale, sur la réserve mathématique d'inventaire calculée sur la période du 1er janvier 1999 au 31 décembre 2001. Une telle conclusion constitue une demande reconventionnelle, assimilable à un recours joint. Or, l'institution du recours joint au recours de droit administratif est inconnue. La partie qui, comme en l'espèce, n'a pas interjeté recours de droit administratif dans le délai légal, ne peut que proposer l'irrecevabilité ou le rejet du recours formé par la partie adverse. Elle n'a plus la faculté de prendre des conclusions indépendantes (ATF 124 V 155 consid. 1, 114 V 245 consid. 4 et les références).

Il est vrai que lorsque le litige concerne l'octroi ou le refus de prestations d'assurance, le Tribunal fédéral des assurances peut s'écarter des conclusions des parties, à l'avantage ou au détriment de celles-ci (art. 132 let. c OJ). Dans un tel cas, rien n'empêche la partie intimée de développer dans sa réponse au recours une argumentation qui conduira éventuellement le juge à réformer à son avantage la décision entreprise. En l'espèce toutefois, le litige ne porte pas sur des prestations d'assurance. Par conséquent, dès lors que le Tribunal fédéral des assurances est lié par les conclusions des parties (art. 114 al. 1 OJ en relation avec l'art. 132 let. c OJ a contrario), les conclusions de l'intimée, dans la mesure où celle-ci demande, sur le fond, autre chose que le rejet du recours, sont irrecevables.
3.
D'après la jurisprudence, la législation applicable en cas de changement de règles de droit reste celle qui était en vigueur lors de la réalisation de l'état de fait qui doit être appréciée juridiquement ou qui a des conséquences juridiques (ATF 129 V 4 consid. 1.2, 398 consid. 1.1 et les références).

En l'occurrence, le litige porte sur les conséquences de la résiliation d'un contrat d'affiliation intervenue pour fin décembre 2001, plus précisément sur la retenue opérée par l'intimée au titre de frais de conclusion du contrat consécutif à la résiliation du contrat n°Y._____. Ne sont dès lors pas applicables les dispositions sur la résiliation des contrats adoptées par le législateur dans le cadre de la première révision de la LPP, singulièrement l'art. 53e LPP, entré en vigueur le 1er avril 2004 (RO 2004 1700; voir également l'art. 16a OPP 2, entré en vigueur à la même date, RO 2004 1712). On se contentera de relever ici que le législateur, par rapport à la situation antérieure décrite dans les considérants qui suivent, a apporté diverses améliorations en faveur des affiliés en ce qui concerne le coût du rachat. Par exemple, seul un montant pour risque d'intérêt (qui n'est pas en cause en l'espèce; voir le décompte final établi par l'intimée) peut être déduit à ce titre et durant les cinq premières années du contrat seulement. Dans tous les cas, l'avoir de vieillesse selon l'art. 15 LPP doit être garanti (voir à ce sujet, Helena Kottmann/Jürg Brechbühl, Consolider l'acquis - thèmes choisis de la 1ère révision de la LPP, Sécurité sociale [CHSS]5/2004, p. 295 sv.).
4.
4.1 En matière de prévoyance professionnelle, les salariés de E._____, puis de F._____ SA, ont tout d'abord été assurés par la Fondation F._____. Pour satisfaire à ses obligations, celle-ci avait conclu, en qualité de preneur, un contrat d'assurance (n°X._____) dit de groupe auprès de la VITA, société reprise ensuite par la Zurich-Vie.

Par la suite, du 1er janvier 1999 au 31 décembre 2000, la prévoyance des salariés a été garantie par la Fondation collective LPP de la Zurich, créée par la Zurich-Vie. Cette fondation collective (qui est une institution de prévoyance) se distingue d'une fondation de prévoyance individuelle (fondation destinée à affilier les salariés d'un seul employeur) par le fait que plusieurs employeurs lui sont affiliés. La fondation collective établit des comptes séparés pour chaque employeur et chaque entreprise finance, avec ses employés, un plan de prévoyance qui peut être particulier à l'entreprise (Romolo Molo, Aspects des fondations collectives et communes dans la prévoyance professionnelle suisse, thèse publiée in: Le droit du travail en pratique, vol. 20, Zurich 2000, p. 111). En règle ordinaire, les fondations collectives des compagnies d'assurance sont - comme en l'espèce - entièrement assurées par leur fondateur (Molo, op. cit., p. 121).
4.2 La relation entre l'employeur et la fondation collective repose sur une convention dite d'affiliation, qui est un contrat sui generis au sens étroit (ATF 120 V 304 consid. 4a; Thomas Lüthy, 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. Le contrat entre la fondation collective et l'assureur (fondateur) est quant à lui soumis à la loi sur le contrat d'assurance (LCA). Il porte sur la totalité ou une partie des prestations que la fondation s'est engagée à fournir aux assurés en vertu du contrat d'affiliation (Molo, op. cit., p. 109).

En principe, l'assureur n'est sujet d'aucun lien juridique avec l'assuré ou son employeur (ATF 112 II 249 consid. Ia; Lüthy, op. cit., p. 76; Hans Michael Riemer, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, p. 105, ch. 23). Il n'en demeure pas moins que les rapports de l'institution de prévoyance avec l'assureur et les destinataires des prestations sont souvent ordonnés l'un à l'autre. C'est ainsi que si la fondation collective est assurée auprès d'une compagnie d'assurance, la résiliation du contrat d'affiliation a des conséquences non seulement sur ce contrat, mais également sur le contrat d'assurance, la résiliation du premier entraînant en règle ordinaire la résiliation du second.
4.3 En cas de résiliation du contrat d'affiliation, entraînant la résiliation du contrat d'assurance, les règles de la LCA, qui permettent le rachat de l'assurance par l'ayant droit, ne garantissent pas le remboursement de la totalité du capital de couverture (art. 90 al. 2 et 91 LCA). La réserve mathématique peut ainsi être réduite d'un montant qui tient compte du risque d'intérêt et des frais d'acquisition non amortis, ces dernières déductions étant en général dégressives en fonction de la durée du contrat (Thomas Karl Aebi, Basler Kommentar, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag [VVG], note 14 ad art. 90, p. 1113; Alfred Maurer, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3ème éd., Berne 1995, p. 444).
4.4 Selon le droit en vigueur jusqu'au 31 mars 2004, la déduction pour les risques d'intérêt et frais d'acquisition non amortis était également admissible en matière de prévoyance professionnelle, en cas de résiliation du contrat d'affiliation (Molo, op. cit., p. 151; Jürg Brühwiler, Die betriebliche Personalvorsorge in der Schweiz, Berne 1989, § 15 ch. 35, p. 317 sv.; Message à l'appui d'un projet de loi sur la prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité du 19 septembre 1975, FF 1976 I 171 sv.) Le Tribunal fédéral des assurances l'a expressément constaté dans l'arrêt H. SA et Fondation de prévoyance en faveur du personnel du groupe H. SA, déjà cité. La licéité d'une fixation de la valeur de rachat à un montant inférieur à l'avoir de vieillesse minimal selon la LPP était toutefois contestée en doctrine (Molo, op. cit., p. 154). C'est en effet l'institution de prévoyance - et non l'assureur - qui est responsable de la réalisation de la prévoyance professionnelle conformément à la loi. C'est à elle seule qu'il incombe donc de fournir aux assurés les prestations légales. En pratique, d'ailleurs, les contrats d'affiliation prévoient que la valeur de rachat (ou de restitution) est au moins égale à l'avoir de
vieillesse LPP (Molo, op. cit., p. 154; voir aussi le Bulletin de la prévoyance professionnelle n°19 du 12 août 1991, p. 8, ch. 115).
4.5
4.5.1 A son ch. 8, le contrat d'adhésion conclu entre la Fondation collective LPP de la Zurich et F._____ SA règle les conséquences de la résiliation de ce même contrat. La fondation transfère les valeurs de restitution ainsi que les avoirs éventuellement en compte à la nouvelle institution de prévoyance. La fondation est alors autorisée à déduire de la fortune de la caisse de prévoyance la réduction opérée par la Zurich-Vie et prévue par le contrat d'assurance-vie collective lors d'une résiliation de contrat.

La réduction est réglée ici par les conditions générales d'assurances relatives aux assurances-vie collectives dans le cadre de la prévoyance professionnelle (CGA), Edition 1997, qui régissent le contrat conclu entre la Zurich-Vie et la Fondation collective LPP de la Zurich. Pour toute personne assurée, la valeur de rachat correspond à la réserve mathématique d'inventaire, diminuée d'une retenue pour risque d'intérêt et frais de conclusion non amortis. Cette retenue ne peut cependant excéder 8 % de la réserve mathématique (art. 49 ch. 2). Le calcul de la retenue est défini dans une annexe technique qui prévoit, entre autres dispositions, une retenue pour frais de conclusion non amortis de 4 % de la réserve mathématique d'inventaire, si moins de 48 mois se sont écoulés depuis la prise d'effet du contrat. Pour les années contractuelles suivantes, le taux de la retenue se réduit de 1 % par année, pour atteindre zéro lorsque les rapports contractuels ont duré sept ans ou davantage.

Ici également, on constate que les rapports entre l'institution de prévoyance avec l'assureur et les bénéficiaires sont étroitement ordonnés l'un à l'autre, en ce sens que les affiliés, de par le contrat d'affiliation, peuvent se voir opposer la réduction prévue dans le contrat d'assurance et ses conditions générales.
4.5.2 La recourante ne conteste au demeurant pas, quant à son principe, le droit de l'intimée de procéder à une réduction pour frais de conclusion de contrat non amortis. Elle fait cependant valoir que par la convention de «cession et de reprise» entre la Fondation collective LPP de la Zurich et la Fondation F._____, la première a repris le contrat conclu par la seconde avec la Zurich-Vie (initialement la VITA). La conclusion d'un nouveau contrat d'affiliation entre F._____ SA et la Fondation collective LPP de la Zurich n'entraînait pas l'annulation du contrat conclu avec la Zurich, les parties étant précisément convenues du maintien de celui-ci. Par conséquent, dans la mesure où le contrat d'assurance, conclu en 1985, avait duré plus de sept ans, l'intimée n'était pas en droit d'effectuer une retenue.
4.5.3 La cession de contrat suppose que le contrat cédé soit maintenu dans son intégrité, conformément au principe de l'identité (Philippe Reymond, La cession des contrats, Lausanne 1989, p. 47 et 79). Or, dans le cas particulier, il y a eu changement d'institution de prévoyance, impliquant une modification des dispositions réglementaires pour l'affilié et l'employeur (primes, prestations). Ces modifications avaient nécessairement une incidence sur le plan de prévoyance de l'intimée et, partant, sur le contrat conclu par celle-ci auprès de la Zurich-Vie. L'intimée n'est donc pas simplement entrée comme partie reprenante et à la place de la Fondation F._____ dans le contrat conclu avec l'assureur. Comme l'ont retenu les premiers juges, les parties au contrat d'adhésion n°Y._____ ont clairement stipulé que la fondation collective concluait avec la Zurich-Vie l'assurance-vie collective nécessaire pour garantir ses obligations réglementaires. Sous ch. VI, les parties ont défini les éléments essentiels de ce contrat d'assurance, notamment le plan d'assurance de risque (invalidité) et de vieillesse. On constate, à ce dernier propos, que ce plan d'assurance était à maints égards différent du plan d'assurance figurant dans le
contrat passé entre la Fondation F._____ et la VITA. Il était par ailleurs expressément indiqué que le contrat d'affiliation n°Y._____ annulait et remplaçait le contrat n°X._____ souscrit par la Fondation F._____.

On peut donc déduire de l'ensemble de ces éléments que l'ancien contrat d'assurance a été dissous et remplacé par un nouveau contrat. Dès lors, dans la mesure où le nouveau contrat avait duré moins de 48 mois, l'intimée était en droit d'opérer la réduction prévue par le contrat conclu avec la Zurich-Vie.

Le moyen soulevé par la recourante se révèle ainsi mal fondé.
4.5.4 On ajoutera, par ailleurs, que la réduction ne porte pas atteinte à la part de la prévoyance professionnelle obligatoire. Il ressort en effet des pièces du dossier que la réserve mathématique correspondant à la part obligatoire selon la LPP s'élève à 4'434'098 fr. 05 par rapport à une réserve mathématique totale de 5'200'272 fr. 85.
4.5.5 C'est en vain, enfin, que la recourante fait valoir que l'intimée n'a produit aucun document susceptible de justifier les frais de conclusion non amortis. En effet, la réglementation portant sur la manière de calculer la retenue, telle qu'elle est prévue dans les conditions générales d'assurance précitées, s'apparente à la fixation contractuelle du dommage, système qui a pour effet de faciliter au créancier la preuve de la survenance et de l'étendue de son préjudice (arrêt H. SA et Fondation de prévoyance en faveur du personnel du groupe H. SA, déjà cité).
5.
Les premiers juges ont considéré qu'une retenue pour frais de conclusion non amortis ne pouvait toutefois

être prélevée que sur la réserve mathématique d'inventaire calculée sur l'ensemble des assurés de l'entreprise demanderesse sur la période du 1er janvier 1999 au 31 décembre 2001, à savoir la durée effective du contrat d'adhésion et, par voie de conséquence, du contrat d'assurance-vie collective. En effet, en 1999, le contrat d'assurance-vie collective n°X._____ conclu en 1985 n'aurait pu donner lieu à aucune retenue pour frais de conclusion non amortis, les rapports contractuels ayant duré plus de sept ans. La réserve mathématique d'inventaire acquise jusqu'au 31 décembre 1998 devait donc être exemptée de toute déduction.

Il n'y a pas lieu d'examiner le bien-fondé de cette argumentation dans la mesure où, comme on l'a vu, les conclusions indépendantes prises par l'intimée sont irrecevables (supra consid. 2). Il suffit de constater ici que la réduction litigieuse était en tout cas admissible pour la période considérée par les premiers juges.
6.
Vu la nature du litige, la procédure est onéreuse (art. 134 OJ a contrario).

D'autre part, bien qu'elle obtienne gain de cause, l'intimée n'a pas droit à une indemnité de dépens (art. 159 al. 2 OJ; ATF 112 V 49 consid. 3 et 362 consid. 6).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral des assurances prononce:
1.
Le recours est rejeté.
2.
Les conclusions reconventionnelles de l'intimée sont irrecevables.
3.
Les frais de justice, d'un montant de 4'000 fr., sont mis à la charge de la recourante et sont couverts par l'avance de frais de 7'000 fr. qu'elle a versée. La différence, d'un montant de 3'000 fr., lui est restituée.
4.
Il n'est pas alloué de dépens.
5.
Le présent arrêt sera communiqué aux parties, au Tribunal administratif du canton de Neuchâtel et à l'Office fédéral des assurances sociales.
Lucerne, le 16 février 2005
Au nom du Tribunal fédéral des assurances
Le Président de la Ire Chambre: La Greffière: