RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1430/2004 **ATAS/889/2006**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 2

du 10 octobre 2006

En la cause

Monsieur T_____, domicilié , 1220 LES AVANCHETS, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître BERTHOUD Antoine	demandeur

contre

FONDATION PARITAIRE X_____, sise 42, rue du 31 Décembre, case postale, 1211 GENEVE 6, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître SCHNEIDER Jacques-André	défenderesse

Siégeant : Madame Isabelle DUBOIS, Présidente, Mesdames Doris WANGELER et Maya CRAMER, juges.

EN FAIT

1. Monsieur T_____ (ci-après le demandeur), né le 1938, a été collaborateur auprès de l'entreprise X_____ dès 1965. Il était à ce titre assuré pour la prévoyance professionnelle par la Fondation de prévoyance X_____(ci-après : la Fondation).

2. En 1999, le demandeur a été mis au bénéfice d'une rente entière d'invalidité, avec effet au 1er janvier 1998, d'un montant de 5'378 fr. par mois. A cette même époque il a indiqué à la Fondation opter pour la rente vieillesse plutôt que pour le capital.

3. En date du 17 décembre 2003, la Fondation a informé le recourant de ce que le montant de sa retraite serait, dès le 1er janvier 2004, de fr. 3'942,-.

4. Par pli du 22 décembre 2003, le recourant a contesté le montant du capital sur lequel était fondé sa rente vieillesse, estimant que celle-ci devait être au moins équivalente au montant qui lui avait été versé à titre de rente d'invalidité.

5. Dans sa réponse du 21 janvier 2004, la Fondation explique avoir dû prendre des mesures d'assainissement, par la réduction du taux d'intérêt accordé aux assurés pour les années 2002 et 2003. Ainsi, la fiche individuelle établie au 1er janvier 1998, et les projections qu'elle comporte, ne sont pas valables pour le calcul de la rente de retraite dès le 1er janvier 2004, aucun intérêt n'ayant été octroyé pour les années 2002 et 2003. En outre, la rente d'invalidité qui lui avait été allouée correspondait à un montant de 50'856 fr. par an, complétée d'une prestation complémentaire de 13'680 fr. par année, qui n'est allouée, selon le règlement de prévoyance, qu'en cas d'invalidité. La rente de vieillesse correspondait à un montant annuel de 47'304 fr. par an, pour les motifs exposés. Il ressortait d'un tableau annexé à ses explications qu'aucun intérêt n'avait été crédité sur l'avoir de prévoyance du recourant pour les années 2002 et 2003.

   Un échange de correspondances s'en est suivi entre les parties.

6. En date du 7 juillet 2004, le demandeur a saisi le Tribunal de céans d'une demande en paiement, concluant à ce qu'il soit dit que son avoir de prévoyance au 31 décembre 2003 s'élève au minimum 703'415 fr. 05, à ce que la Fondation soit condamnée à lui verser une rente de retraite annuelle minimale de 50'645 fr. 90 depuis le 1er janvier 2004, sous imputation de la rente mensuelle de 3'942 fr. versée depuis cette date, avec suite de dépens. Il explique qu'en se basant sur la fiche individuelle au 1er janvier 1998 la projection de son avoir à l'âge de la retraite était de 706'286 fr. soit une retraite probable de 50'856 fr. par an. Il conteste avoir reçu la lettre d'information que la Fondation aurait adressée aux assurés, en janvier 2003, leur indiquant les mesures d'assainissement prises

par la Fondation. Il conteste également que ces mesures d'assainissement aient reçu l'accord de l'autorité de surveillance.

7. Le greffe du Tribunal a fixé un délai au 16 août 2004 à la Fondation pour répondre à la demande. Ce délai a été prolongé par courrier du greffe au 24 septembre 2004, à la demande de la Fondation, puis reporté au 1er octobre 2004 dernier délai, selon entretien téléphonique du greffe avec la Fondation.

8. Par réponse déposée au guichet du Tribunal le 1er octobre 2004, la Fondation conclut principalement à ce que la demande soit déclarée irrecevable. Sur le fond elle conclut au déboutement du demandeur. La Fondation explique en substance que le règlement de la Fondation de prévoyance a été plusieurs fois modifié. Les intérêts étaient d'au moins 4% jusqu'en 2001 compris. En raison de la situation financière de la Fondation, celle-ci a été contrainte de prendre des mesures d'assainissement, qui l'ont conduite à fixer, pour 2002 et 2003, un taux d'intérêt inférieur à celui appliqué à l'avoir vieillesse minimum LPP. C'est l'autorité de surveillance qui a demandé à la Fondation de prendre des mesures, et qui a confirmé la possibilité d'un taux d'intérêt 0% pour les avoirs de prévoyance étendue, et d'un intérêt minimal pour les avoirs de retraite découlant du minimum LPP. Ainsi les comptes dits « témoins » restaient à 4% pour 2002 et 3,25% pour 2003, alors que les comptes épargne de prévoyance étendue n'étaient crédités d'aucun intérêt pour ces deux années. En janvier 2003 la Fondation a adressé une lettre d'information aux assurés, suivie d'une lettre avec exemple de calculs au mois d'avril 2003, suivie elle-même de séances d'information durant les mois de mai et juin 2003. En juillet 2003 le Conseil fédéral a édicté son ordonnance sur les mesures d'assainissement.

   Sur le fond, la Fondation se réfère à l'autorisation reçue de l'autorité de surveillance pour mener à bien l'assainissement de ses finances et comprenant l'absence de tout intérêt pour les années 2002-2003, conforme avec le minimum prévu par la loi puisqu'en l'occurrence le demandeur fait l'objet d'une prévoyance étendue, de sorte que même sans intérêts le montant de son avoir est supérieur au minimum légal.

   S'agissant de la recevabilité, la Fondation considère que le Tribunal de céans n'est pas compétent ratione materiae au motif que la demande a pour objet les décisions du Conseil de la fondation de ne pas créditer d'intérêt en 2002 et 2003, que cette contestation n'a pas les caractéristiques du litige visé par l'art. 73 LPP, seule l'autorité de surveillance étant compétente en la matière.

9. Vu l'objection d'incompétence soulevée par la défenderesse, le demandeur a été invité à faire part de sa détermination sur cette question, ce qu'il a fait par écriture du 5 novembre 2004.

10. Par arrêt incident du 14 décembre 2004, le Tribunal de céans s'est déclaré compétent ratione materiae et a déclaré la demande recevable à la forme, la suite de la procédure étant réservée.

11. Le Tribunal Fédéral des Assurances (ci-après : TFA) a confirmé cet arrêt en date du 6 juin 2005.

12. Par pli du 17 juin 2005, la défenderesse a sollicité la reprise de l'instruction ainsi que la comparution personnelle des parties. Elle a également produit le bulletin de la prévoyance professionnelle n° 82 de l'Office fédéral des assurances sociales (ci-après : OFAS) qui reprend un jugement rendu par le Tribunal des assurances du canton d'Argovie le 11 janvier 2005. Appliquant les directives édictées par le Conseil fédéral le 21 mai 2003 concernant des mesures destinées à résorber les découverts dans la prévoyance professionnelle, ce Tribunal a admis qu'en cas de découvert, un intérêt réduit ou nul peut être appliqué à l'ensemble de l'avoir d'épargne, en application du principe d'imputation pour autant que les droits légaux des assurés sur la part obligatoire, en particulier le calcul de l'intérêt légal, soit préservé, de sorte que deux calculs sont mis en parallèle; il faut également que le règlement prévoit la possibilité d'appliquer un taux nul.

13. Par écriture du 9 août 2005, le demandeur a indiqué qu'en l'espèce on ne connaissait pas les deux calculs en question, car si la défenderesse parle bien dans ses écritures d'un compte témoin, les tableaux y relatifs n'ont pas été produits, de sorte que l'on ignore si son avoir minimum LPP a bien été crédité de l'avoir légal et si la prestation minimum est préservée. D'autre part, le règlement de la Fondation dans son ancienne teneur ne permettait pas d'appliquer un taux nul, raison des démarches de celle-ci auprès du Service de surveillance des fondations visant à obtenir son accord sur une modification de sa réglementation. Or, ce service avait souligné qu'il convenait de procéder aux adaptations réglementaires avant la mise en œuvre de la solution envisagée.

14. Le Tribunal a ordonné la comparution personnelle des parties qui s'est tenue le 25 octobre 2005. A cette occasion, la défenderesse a annoncé le dépôt d'une demande en paiement à l'encontre du demandeur, pour laquelle un délai a été fixé à celui-ci pour détermination. Par ailleurs, son mandataire a rappelé que le taux 0% d'intérêts pour les années 2002/2003 n'a été appliqué qu'au montant capital LPP dépassant la part obligatoire; pour celle-ci, un intérêt de 4% a bien été crédité. Cependant cet intérêt a été porté sur le compte témoin. Il a été concrètement ajouté à la prévoyance obligatoire des assurés dont M. T_____, mais le montant servant à cet intérêt provient du capital réglementaire; cet intérêt a donc été payé par imputation. Cette façon de faire est conforme à jurisprudence fédérale en matière d'indexation de rentes par analogie, elle correspond également aux directives du Conseil fédéral émises en

été 2003. Il s'est engagé à produire des tableaux démontrant ceci avec une lettre explicative. Para ailleurs, le demandeur a rappelé avoir eu initialement l'intention de prendre un capital et non une rente. C'est la raison pour laquelle il a demandé à la Fondation qu'elle calcule quel serait le montant de la rente. C'est au vu du montant annoncé qu'il s'est déterminé pour la rente. S'il avait su que celle-ci serait diminuée par rapport aux prévisions, il aurait pris le capital, qu'il aurait placé.

15. Le 29 novembre 2005, la défenderesse a produit les tableaux requis, à savoir l'avoir de vieillesse réglementaire du recourant, le compte selon la LPP dans le système informatique et le maximum selon la LPP.

16. La suite de la comparution personnelle des parties s'est tenue le 5 décembre 2005. A cette occasion, Madame ROCHAT, administratrice de la Fondation a expliqué que " dès réception du courrier du 31 mai 2002 [du service de surveillance, faisant état d'un découvert à fin 2001], notre conseil de fondation a examiné quelles seraient les mesures qu'il pourrait prendre pour assainir la situation. Dans ce cadre, plusieurs mesures ont été envisagées et finalement la mesure principale retenue a été la réduction du taux d'intérêts. Le conseil de fondation a alors chargé l'expert, M. WANNER, expert qui travaille sur mandat pour la fondation, d'écrire au service de surveillance pour lui proposer cette mesure principe et pour obtenir, cas échéant son approbation. La réponse est le courrier figurant au dossier, du 22 octobre 2002, qui prévoit en effet que cette mesure est acceptée mais qu'il conviendra de modifier le règlement avant sa mise en œuvre. Le conseil de fondation, sur conseil de M. WANNER, est intervenu auprès du servi de surveillance en expliquant qu'à son avis il n'était pas nécessaire de modifier le règlement pour deux raisons. D'une part, il apparaissait que le règlement était interprétable dans le sens voulu par le conseil de fondation; d'autre part, le Conseil fédéral avait prévu de rendre une ordonnance réglant la question, qui s'appliquerait donc en lieu et place de la disposition ad hoc du règlement, et la mesure devait être provisoire. C'est la raison pour laquelle le règlement n'a pas été modifié, l'accord ayant été obtenu par le service de surveillance, suite à un entretien téléphonique comme cela ressort de la note manuscrite que j'ai fait figurer sur le courrier du 22 octobre 2002; il y a eu plusieurs téléphones entre le conseil de fondation et/ou M. W_____et le service de surveillance." Son conseil a par ailleurs expliqué que dans le domaine de la prévoyance professionnelle, il est fréquent que les changements légaux soient appliqués, dans la pratique immédiatement, mais dans les règlements avec un certain délai, compte tenu du fait qu'il y a plusieurs dizaines de milliers de règlements à modifier et à soumettre au Service de surveillance. Mme ROCHAT a précisé que " les intérêts sont mis sur les comptes en début d'année suivante. Le processus est le suivant : au début du mois de janvier, lorsque le bouclement des comptes a eu lieu le 31 décembre, le

conseil de fondation décide, sur la base du résultat, ce qui doit être distribué après attribution de la réserve mathématique sur les comptes des rentiers". Le demandeur a rappelé que son premier grief porte sur " les informations qui lui ont été données et qui ont conditionné son choix d'opter pour une rente et non d'un capital et qui l'ont conduit à procéder à des rachats de cotisations avec une idée bien précise fondée sur le règlement. Nous considérons que les informations données constituent des garanties. Deuxièmement, le changement de cap concernant la modification du règlement avant l'application de la mesure est incompréhensible. Troisièmement se pose un problème d'égalité de traitement pour l'année 2003 pour laquelle on a considéré le demandeur comme pensionné et on lui a appliqué la décision relative aux pensionnés toute l'année, et non au prorata temporis, étant précisé qu'il est né le 23 décembre". Le conseil de la Fondation a contesté le caractère arbitraire de cette mesure. S'il peut y avoir des différences entre les différentes catégories de personnes actives, invalides et rentiers AVS, il n'y a aucune inégalité dans le cadre du même groupe de personnes.

A l'issue de l'audience, le Tribunal a ordonné l'ouverture des enquêtes. En outre, la défenderesse a été invitée à produire un chargé complémentaire comprenant la demande du Service de surveillance du 31 mai 2002, un exemplaire complet des règlements complets de 1999 et 2003, ainsi que copie de l'ordonnance du Conseil Fédéral entrée en vigueur en juillet 2003, ainsi que les directives y relatives.

17. Monsieur P_____a été entendu en qualité de témoin le 24 janvier 2006 et a déclaré ce qui suit : " J'étais effectivement à la surveillance des fondations et des institutions de prévoyance de janvier 2001 à août 2003.(…) J'explique, que de façon générale, lorsque le réviseur aux comptes de l'Autorité de surveillance constate une difficulté, par exemple de couverture, à l'examen des comptes de la fondation, il rédige ses remarques et s'adresse directement à l'expert soit à la fondation elle-même en les priant de prendre des mesures. L'Autorité de surveillance se contente, ultérieurement, de vérifier que les mesures proposées sont légales, il ne lui appartient pas de formuler elle-même des propositions.

    Vous me donnez lecture de mon courrier du 22 octobre 2002 à l'expert. Je confirme que le service de surveillance acceptait la mesure proposée pour autant que le règlement de la fondation soit, préalablement, modifié s'il prévoyait en l'espèce le versement d'intérêts de 0% sur les comptes individuels.

    Vous me donnez lecture de la note manuscrite figurant sur ce courrier, faisant référence à l'art. 25 al. 3 du règlement, ainsi que de cet art. 25. J'explique qu'au vu du texte de l'al. 3 de cet article, les mesures d'assainissement proposées pouvaient, à mon sens, être mises en place sans modification du règlement. La teneur de cet alinéa 3 est en effet assez large. Autre aurait été la question d'un

règlement fixant un intérêt déterminé ou fixe dont les comptes individuels devaient être crédités.

En principe notre autorité de surveillance est en possession de tous les règlements des fondations, je ne peux pas dire si j'avais en mains celui de la Fondation de prévoyance Zschokke au moment de la rédaction de mon courrier en octobre 2002, mais il est clair en tout cas que si j'avais lu cet article, je n'aurais pas rédigé le paragraphe 4 dudit courrier. Je confirme aujourd'hui qu'au vu de la formulation de l'al. 3 de l'art. 25, la mesure d'assainissement préconisée pouvait entrer en vigueur sans modification réglementaire.

J'explique que l'Autorité de surveillance a un rôle de contrôle/de vérification des règlements, mais que son approbation n'est pas constitutive, le règlement entre en vigueur nonobstant la validation par l'autorité. Si le conseil de fondation n'avait pas suivi les recommandations de notre autorité et que le règlement n'avait pas été conforme ou compatible avec la mesure d'assainissement, la fondation se serait trouvée dans une situation de "non droit", mais l'Autorité de surveillance ne dispose pas du pouvoir de modifier le règlement. Si la mesure d'assainissement était entrée en vigueur malgré tout, l'Autorité de surveillance aurait exigé la rectification dans les comptes. L'Autorité de surveillance rend chaque année un document appelé apurement des comptes, sur lequel aurait figuré cas échéant cette rectification. Si le règlement d'une fondation contient une inégalité, l'Autorité de surveillance adresse une lettre de commentaires à la fondation l'invitant à modifier son règlement en conséquence. J'ai le souvenir d'un cas, durant mes quelque deux ans d'activité, dans lequel la fondation n'ayant pas donné suite à ce courrier, qui ne constitue pas une décision, l'Autorité de surveillance avait adressé une injonction, sous la forme d'une décision à la fondation sujette à recours. Jusqu'à l'an 2000 en tout cas, nous avions la pratique constante d'exiger des fondations 4% d'intérêts sur l'ensemble des avoirs et non sur la part obligatoire uniquement. Un règlement qui aurait contenu cette règle correspondait aux exigences de l'Autorité de surveillance, de l'époque. Il n'y avait pas de base légale spécifique à cette pratique qui était cependant conforme au but des fondations en période d'excédents. Il n'était pas exigé des fondations qu'elles prévoient dans leur règlement une clause sur les mesures d'assainissement. Cela malgré le texte clair des art. 65 LPP et 44 OPP2, tout simplement parce qu'à l'époque de telles mesures d'assainissement n'étaient pas du tout nécessaires. Le problème était plutôt l'inverse, faire en sorte que les fondations n'accumulent pas trop de réserves. Si par hypothèse, une caisse dont le taux de couverture se situe à 95%, avait proposé des versements d'intérêts de 6% de façon à faire baisser le taux de couverture en dessous de 90%, il est clair que l'Autorité de surveillance aurait refusé cette mesure, et exigé cas échéant de la fondation la correction des comptes. A mon avis, l'art. 65 LPP pourrait constituer une base légale pour appliquer une mesure d'assainissement rendue

nécessaire sans ou avant la modification d'un règlement, de même que l'art. 84 al. 2 CCS."

18. Monsieur W_____ a été entendu en qualité de témoin à l'audience du 7 février 2006. Il a déclaré ce qui suit :" Je suis l'expert agréé (actuaire conseil) de la Fondation depuis l'année 1997 environ, et je le suis encore à l'heure actuelle.

    Je me souviens parfaitement des mesures d'assainissement qui ont été rendues nécessaires en 2002 auprès de la Fondation de prévoyance X_____, dans le cadre desquelles j'ai été expert. Le taux de couverture était de l'ordre de 92%, cela était dû principalement à la baisse des marchés financiers. Sur question, j'indique que la stratégie de placement de la Fondation était conservatrice, les actifs étaient répartis entre le placement en obligations, en actions et dans l'immobilier, en toute conformité des règles prévues par l'OPP2.

    Le catalogue des mesures d'assainissement est large, mais on peut retenir deux grands axes, soit d'une part la réduction du taux de l'intérêt, d'autre part, la mise en place d'une cotisation d'assainissement. Je confirme que la mesure prise dans le cas particulier, soit la réduction du taux d'intérêt jusqu'à son annulation totale, était la mesure la plus adéquate dans le sens, d'une part, que c'est la mesure qui avait le plus d'impact sur le redressement de la situation financière, d'autre part, que c'était la mesure qui évitait le plus aux assurés d'avoir à financer cette mesure d'assainissement. C'est d'ailleurs la mesure finalement préconisée par le Conseil fédéral dans ses directives, et appliquée aux institutions de prévoyance privées. Le deuxième axe n'était d'ailleurs pas envisageable dans le cadre de la Fondation X_____ pour la raison suivante: la somme des avoirs de prévoyance correspondait à environ 2.5 X la somme des salaires assurés. De mémoire, je dirais que pour une masse salariale de 210 mio, le montant des engagements est actuellement de 560 mio. Or, pour couvrir les 8% de découvert, il aurait fallu prévoir une cotisation d'assainissement de 20%, ce qui d'une part, n'était pas supportable par les salariés comme par l'employeur, et d'autre part, aurait fait porter l'assainissement principalement sur les jeunes salariés.

    Cette mesure a par ailleurs été complétée par une garantie indirecte de l'employeur à hauteur de 10 mio (garantie faite par la Fondation patronale du groupe X_____, financée elle-même par le groupe X_____), garantie qui a par ailleurs été libérée récemment.

    Il faut garder à l'esprit que dans cette période, la situation pour l'ensemble des institutions de prévoyance était très inquiétante; on a assisté à un "incendie généralisé" dans la branche, la baisse des marchés financiers n'a pas été limitée à une année, voire deux, et au début de l'année 2003, durant les mois de janvier et février, on a assisté à une poursuite de la baisse de ces marchés. Il était de la responsabilité des organes des caisses de pension de garantir la couverture et le

versement des prestations, et par conséquent, de prendre les mesures nécessaires à l'assainissement. Ainsi, pour répondre à une question, je dirais que si l'expert et le Conseil de Fondation n'avaient pas pris les mesures préconisées, la poursuite de la baisse des marchés financiers aurait pu conduire à un effondrement du système de la prévoyance, et les mesures auraient pu être alors même des réductions de rentes.

Sur question, j'indique que la rémunération du compte d'épargne des assurés ayant un contrat de travail en vigueur au 1er janvier 2004, ainsi que des invalides ayant une rente temporaire à cette même date, de 1,75%, mentionnée dans le rapport annuel 2003 du 27janvier 2004, page 14, a bien été exécutée pour l'année 2003.

Je confirme également que la décision de rémunérer en 2004 les comptes d'épargne des assurés qui quittent la Fondation ou qui sont devenus retraités en 2004 avec un taux de 0% [prévue page 14 du rapport], a également été exécutée.

La rente de retraite est financée comme suit: les cotisations employeur et salarié, ainsi que les rachats sont crédités sur le compte individuel de l'assuré. De plus, la prestation de libre passage apportée, les rachats, et les intérêts crédités constituent le compte d'épargne de l'assuré. A l'échéance, l'assuré qui souhaite une rente de retraite verra son compte d'épargne converti au taux de conversion, appliqué par la Fondation en rente de retraite viagère, avec une réversibilité sur son épouse en cas de décès s'il est marié. A l'âge de la retraite, l'assuré qui opte pour une rente bénéficiera de celle-ci durant toute sa vie, sans changement, et elle est calculée en prenant en considération un taux d'intérêt technique de 4%, correspondant en fait au rendement attendu par la Fondation sur le capital d'épargne accumulé. L'assuré retraité bénéficie ainsi d'une garantie d'un taux d'intérêt de 4%.

Sur question, j'indique que la Fondation a toujours cherché à être égalitaire au sein d'un même groupe d'assurés, c'est-à-dire de traiter de façon égale les actifs d'une année donnée, et d'une façon égale les pensionnés d'une année donnée. C'est l'année civile en l'occurrence qui fait foi, les modalités du taux d'intérêt s'appliquent de façon uniforme au même groupe d'assurés, qui se distingue entre les assurés actifs, les nouveaux retraités et les assurés sortant. Les assurés invalides sont traités de la même façon que les assurés actifs, puisqu'ils bénéficient d'une rente temporaire, et que leur épargne continue à être alimentée.

En raison de l'augmentation de l'espérance de vie, qui, tous les 10 ans augmente d'environ un an, la Fondation constitue une provision pour financer l'augmentation de la durée du versement des rentes viagères, ceci à hauteur de 1% de la réserve mathématique des pensionnés. Par conséquent, il est exact de dire que la Fondation subit un coût de 5% par an sur la réserve des retraités.

Le taux d'intérêt des obligations de la Confédération à 10 ans est voisin de 2%".

A l'issue de l'audience, les parties ont sollicité la jonction des causes A/1430/2004 et A/3776/2005 sous la cause A/1430/2004, ce qui fût fait. Des délais ont été fixés aux parties pour réplique et duplique pour la demande reconventionnelle.

19. En date du 17 juillet, le conseil du demandeur a informé le Tribunal que les parties avaient conclu une convention de procédure et priait par conséquent le Tribunal de bien vouloir rendre un jugement partiel limité sur les conclusions des parties relatives à la demande du 7 juillet 2004 et ordonne la suspension de la demande reconventionnelle jusqu'à droit jugé définitif sur la demande précitée, ainsi que de compenser les dépens. Des conclusions motivées étaient jointes à ce courrier, contresignées par le conseil de la défenderesse. Sur la demande du 7 juillet 2004, le demandeur conclut à ce qu'il lui soit donné acte de ce qu'il se rapporte à l'appréciation du Tribunal, indiquant que les enquêtes ont permis notamment de clarifier dans quel contexte étaient intervenus à la fin de l'année 2002, le Service de surveillance des fondations, et que l'expert agrée avait confirmé sous serment la nécessité de procéder à un assainissement et la conformité au but poursuivi des mesures mises en place. Ainsi, l'audition des témoins avait permis de montrer que les mesures d'assainissement mises en place par la Fondation étaient nécessaires au vu de la situation patrimoniale de celle-ci, que les mesures prises étaient adéquates et respectaient le principe de l'égalité de traitement, que ces mesures s'inscrivaient dans le cadre légal et réglementaire et ont été approuvées par le Service de surveillance des fondations.

20. Par pli du 17 juillet 2006, la défenderesse a confirmé son accord à la convention de procédure précitée. Elle a également produit copie d'un arrêt du TFA du 28 avril 2006 dans lequel il a admis le crédit d'un taux d'intérêt zéro dans un cas similaire au cas d'espèce puisque l'institution de prévoyance en cause n'avait pas prévu dans son règlement une règle concernant le crédit d'intérêt à l'avoir de vieillesse relevant de la prévoyance étendue, seul le crédit de l'intérêt minimum à l'avoir de vieillesse LPP étant prescrit.

21. Par ordonnance du 19 juillet 2006, le Tribunal a ordonné la disjonction des deux causes, la suspension de l'instruction de la demande reconventionnelle, et s'agissant de la demande du 7 juillet 2004, a transmis au demandeur copie de cette dernière écriture et indiqué aux parties que la cause était gardée à juger.

22. Par pli du 8 août 2006, la défenderesse a signalé à l'attention du Tribunal un récent arrêt du TFA, du 28 juin 2006. Ce courrier a été transmis en copie au demandeur.

EN DROIT

1. La compétence du Tribunal, ratione loci et rationae materiae, de même que la recevabilité formelle de la demande, ont déjà été examinées et confirmées par le Tribunal de céans dans son arrêt du 14 décembre 2004.

2. La question litigieuse est de déterminer si la fondation était en droit d'appliquer un taux d'intérêt de 0%, pour les années 2002 et 2003, au compte d'épargne du demandeur, cas échéant sans que le règlement de la fondation ait été préalablement modifié.

3. L'art. 15 de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (ci-après LPP) prévoit, s'agissant de l'avoir de vieillesse, ce qui suit :

« [1] L'avoir de vieillesse comprend:

a.
les bonifications de vieillesse, avec les intérêts, afférentes à la période durant laquelle l'assuré a appartenu à l'institution de prévoyance, cette période prenant toutefois fin à l'âge ordinaire de la retraite;
b.
l'avoir de vieillesse versé par les institutions précédentes et porté au crédit de l'assuré, avec les intérêts.

[2] Le Conseil fédéral fixe le taux d'intérêt minimal. Pour ce faire, il tiendra compte de l'évolution du rendement des placements usuels du marché, en particulier des obligations de la Confédération ainsi que, en complément, des actions, des obligations et de l'immobilier.

[3] Le Conseil fédéral examine le taux d'intérêt minimal au moins tous les deux ans. A cet effet, il consulte la Commission fédérale de la prévoyance professionnelle et les partenaires sociaux. ».

Viennent compléter cette règle de base, les art. 11 et 12 de l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (ci-après OPP 2), qui portent sur la tenue des comptes individuels de vieillesse et le taux d'intérêt minimal, et qui sont ainsi rédigés :

"Art. 11 Tenue des comptes individuels de vieillesse

(art. 15 et 16 LPP)

[1] L'institution de prévoyance tiendra, pour chaque assuré, un compte de vieillesse indiquant son avoir de vieillesse conformément à l'art. 15, al. 1, LPP.

[2] A la fin de l'année civile, le compte individuel de vieillesse sera crédité:

a.
de l'intérêt annuel calculé sur l'avoir de vieillesse existant à la fin de l'année civile précédente;
b.
des bonifications de vieillesse sans intérêt pour l'année civile écoulée.

Art. 12 Taux d'intérêt minimal

(art. 15, al. 2, LPP)

L'avoir de vieillesse sera crédité d'un intérêt:

a.
pour la période jusqu'au 31 décembre 2002: d'au moins 4 %;
b.
pour la période à partir du 1er janvier 2003 jusqu'au 31 décembre 2003: d'au moins 3,25 %;
c.
pour la période à partir du 1er janvier 2004 jusqu'au 31 décembre 2004: d'au moins 2,25 %;
d.
pour la période à partir du 1er janvier 2005: d'au moins 2,5 %."

4. L'art. 50 LPP prévoit que les institutions de prévoyance établissent des dispositions sur:

"a. les prestations;

b. l'organisation;

c. l'administration et le financement;

d. le contrôle;

e. les rapports avec les employeurs, les assurés et les ayants droit" (al. 1).

Ces dispositions peuvent figurer dans l'acte constitutif, dans les statuts, dans le règlement ou, s'il s'agit d'une institution de droit public, être édictées par la Confédération, le canton ou la commune (al. 2).

L'al. 3 précise ce qui suit :

"3 Les dispositions de la présente loi priment les dispositions établies par l'institution de prévoyance. Si toutefois l'institution de prévoyance pouvait admettre de bonne foi qu'une de ces dispositions réglementaires était conforme à la loi, celle-ci n'est pas applicable rétroactivement.".

Le règlement de la Fondation prévoyait ce qui suit, s'agissant de l'avoir vieillesse, jusqu'en 2003:

Art. 25

1 Le compte avoir de vieillesse de l'assuré comprend:

- les bonifications de vieillesse;

- les éventuels apports de l'employeur et du salarié;

- les éventuelles attributions de l'employeur ou de la fondation;

-les intérêts.

[2] (…)

[3] Le conseil de fondation fixe le taux d'intérêt attribué aux comptes avoir de vieillesse des assurés. Le taux d'intérêt minimum est fixé par le Conseil fédéral".

5. Par ailleurs, il y a lieu de rappeler un certain nombre de dispositions légales relatives au fonctionnement et à la surveillance des institutions de prévoyance.

C'est ainsi que l'art. 61 LPP prévoit que chaque canton désigne une autorité qui exerce la surveillance des institutions de prévoyance ainsi que des institutions qui servent à la prévoyance, ayant leur siège sur son territoire. Les tâches de cette autorité de surveillance sont mentionnées à l'art. 62 LPP:

"Art. 62 Tâches

[1] L'autorité de surveillance s'assure que l'institution de prévoyance ainsi que l'institution qui sert à la prévoyance se conforment aux prescriptions légales; en particulier

a.
elle vérifie la conformité des dispositions réglementaires avec les prescriptions légales;
b.
elle exige de l'institution de prévoyance et de l'institution qui sert à la prévoyance un rapport annuel, notamment sur leur activité;
c.
elle prend connaissance des rapports de l'organe de contrôle et de l'expert en matière de prévoyance professionnelle;
d.
elle prend les mesures propres à éliminer les insuffisances constatées;
e.
elle connaît des contestations relatives au droit de l'assuré d'être informé conformément aux art. 65*a* et 86*b*, al. 2; cette procédure est en principe gratuite pour les assurés".

Les institutions de prévoyance doivent offrir en tout temps la garantie qu'elles peuvent remplir leurs engagements (cf. article 65 LPP), ce qui implique qu'aucun découvert ne peut être admis.

Quant à l'expert que l'institution doit mandater en application de l'art. 53 LPP, il doit se conformer aux directives de l'autorité de surveillance dans

l'accomplissement de son mandat. "Il est tenu d'informer immédiatement l'autorité de surveillance si la situation de l'institution de prévoyance exige une intervention rapide ou si son mandat prend fin" (cf. art. 41 OPP 2).

Lorsqu'un découvert existe [et que dès lors à la date de référence du bilan le capital actuariel de prévoyance nécessaire calculé par l'expert en prévoyance professionnelle selon des principes reconnus n'est pas couvert par la fortune de prévoyance disponible: cf. nouvelle teneur depuis le 1er janvier 2005], l'institution de prévoyance doit en informer l'autorité de surveillance, ainsi que des mesures prises afin de résorber le découvert. L'institution doit, en effet, résorber elle-même les découverts (art. 44 LPP) .

6. En l'espèce, la fondation considère qu'elle avait non seulement le droit, mais également l'obligation, de prendre la mesure consistant à ne pas créditer le compte épargne des assurés d'un intérêt pour les années 2002 et 2003, en raison du découvert constaté sur les comptes 2001, sans modification préalable du règlement, et que ce faisant elle n'a pas lésé le demandeur, si ce n'est dans ses espérances, mais en tout cas pas dans ses droits.

   Dans un premier temps, le demandeur a contesté l'entier de ce qui précède, faisant valoir que la fondation lui avait donné des garanties et qu'il avait pris des dispositions sur cette base, que la valeur d'assainissement ne pouvait être mise en application sans une modification du règlement, qu'il n'était pas établi que la mesure prise était nécessaire et légitime et qu'il subissait une inégalité de traitement.

   Suite à l'instruction menée par le Tribunal, en particulier l'audition des témoins, le demandeur a constaté que la nécessité des mesures d'assainissement avait été démontrée, que les mesures étaient adéquates et respectaient le principe d'égalité de traitement, s'inscrivaient dans le cadre légal et réglementaire et étaient approuvées par le service de surveillance des fondations. Il s'est par conséquent rapporté à justice sur le sort de ses conclusions.

   Le Tribunal constate qu'en effet l'audition des témoins W_____ et P_____, qui sont respectivement l'expert agréé de la fondation et le juriste de l'autorité de surveillance à l'époque des faits, s'est avérée indispensable à l'éclaircissement des faits. A la lumière de leurs déclarations et compte tenu des dispositions légales et réglementaires susmentionnées on peut retenir ce qui suit :

   La fondation s'est trouvée dans une situation de découvert une fois les comptes 2001 établis. De par la loi, elle devait absorber elle-même le découvert, le fonds de garantie n'intervenant que lorsque l'institution est insolvable. Son expert avait l'obligation légale d'informer l'autorité de surveillance de la situation et de proposer, au nom de la fondation, des mesures d'assainissement. La procédure a été suivie

avec rigueur et c'est ainsi qu'au mois d'octobre 2002 la Fondation a proposé la mesure en cause. Parallèlement, elle proposait également de modifier le règlement dans ce sens. Toutefois, d'une part dans l'idée que la mesure serait provisoire, d'autre part en raison des longs délais nécessaires à la modification du règlement, elle a obtenu l'aval de l'autorité de surveillance de procéder à l'application de la mesure d'assainissement sans modification du règlement, pour l'heure. C'est ainsi que les comptes "épargne" des assurés ont été crédités d'un intérêt de 0 % pour l'année 2002, puis pour l'année 2003.

Ce faisant, la Fondation n'a toutefois pas lésé les droits légaux des assurés, l'avoir de prévoyance vieillesse LPP obligatoire étant, quant à lui, crédité de l'intérêt légal. Cet intérêt a été porté sur le compte « témoin ». Cela signifie qu'il a été concrètement ajouté à la prévoyance obligatoire des assurés, mais le montant servant à financer cet intérêt provient du capital réglementaire, l'intérêt étant ainsi payé par imputation. Le principe de l'imputation a été admis par le TFA, et repris d'ailleurs par le Conseil fédéral dans ses directives du mois de mai 2003, applicables dès le 1er juillet 2003 (FF 2003 p. 5838 et ss).

La logique juridique et le principe de légalité voudraient que le règlement de prévoyance, sur lequel peuvent se fonder les assurés, soit modifié préalablement à tout changement, en particulier relatif aux intérêts crédités. Cependant, il s'agissait en l'espèce de mesures d'assainissement d'urgence, et l'autorité de surveillance a donné son aval à l'application de cette mesure nonobstant la modification du règlement. Par ailleurs, la Fondation pouvait de bonne foi penser que la rédaction de son art. 25 était compatible avec une telle mesure, car on peut comprendre son al. 3 comme distinguant le compte épargne d'une part, pour lequel le Conseil de fondation décide du taux d'intérêt, et la part obligatoire de l'avoir de vieillesse d'autre part, pour laquelle le taux d'intérêt minimum est celui fixé par le Conseil fédéral. Il faut admettre que les mesures d'assainissement découlant de l'obligation dans laquelle se trouvent les institutions de prévoyance de garantir en tout temps qu'elles peuvent tenir leurs engagements, au sens de l'art. 65 LPP, l'emportent sur l'interprétation du règlement de prévoyance et peuvent justifier l'application d'un taux d'intérêt zéro dans la prévoyance étendue, ce que le TF a récemment admis.

En effet, dans l'arrêt 2A/562/05 du 28 juin 2006, le TF était saisi d'un cas semblable mais non identique puisque la fondation en question, lors d'une séance de son Conseil le 23 janvier 2003, constatant l'effondrement des marchés financiers au 31 décembre 2002 (-11%) et le degré de couverture atteignant juste 100% à la même date, avait décidé, nonobstant les termes de son Règlement, de ne pas créditer d'intérêt pour l'exercice 2002, afin d'éviter de créer un découvert, précisant cependant à ses assurés que le compte "virtuel" de l'avoir de vieillesse LPP était néanmoins crédité de l'intérêt légal de 4% pour l'exercice 2002.

Le TF a confirmé que cette mesure était conforme aux exigences minimales de la loi sur la prévoyance professionnelle puisqu'elle respectait les exigences des art. 15 LPP et 12 OPP 2. Certes, elle a pour effet de diminuer l'avoir de prévoyance surobligatoire des assurés, mais c'est une mesure moins incisive que l'augmentation des contributions de ses assurés. Cette mesure correspond d'ailleurs à l'une des mesures proposées par le Conseil fédéral en 2003. Par ailleurs, l'art. 65 LPP est une «disposition fondamentale et impérative qui prime les dispositions réglementaires dont l'application aurait pour effet de provoquer la survenance de découvert ou de l'augmenter". Enfin, le TF a nié l'existence de droit acquis s'agissant de la part surobligatoire de prévoyance.

7. Vu ce qui précède, la demande sera rejetée. Les dépens sont compensés conformément à la volonté des parties.

***

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

(conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ)

1. Déclare la demande recevable.

2. La rejette.

3. Dit que la procédure est gratuite.

4. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification par pli recommandé adressé au Tribunal fédéral des assurances, Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE, en trois exemplaires. Le délai ne peut être prolongé. Le mémoire doit : a) indiquer exactement quelle décision le recourant désire obtenir en lieu et place de la décision attaquée; b) exposer pour quels motifs il estime pouvoir demander cette autre décision; c) porter sa signature ou celle de son représentant. Si le mémoire ne contient pas les trois éléments énumérés sous lettres a) b) et c) ci-dessus, le Tribunal fédéral des assurances ne pourra pas entrer en matière sur le recours qu'il devra déclarer irrecevable. Le mémoire de recours mentionnera encore les moyens de preuve, qui seront joints, ainsi que la décision attaquée et l'enveloppe dans laquelle elle a été expédiée au recourant (art. 132, 106 et 108 OJ).

Le greffier — La Présidente :

Pierre RIES — Isabelle DUBOIS

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