

GE_GERICHTE ATAS/1055/2017 vom 23. November 2017

GE Cour de justice, 2017-11-23, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_1055_2017

FR: GE_GERICHTE ATAS/1055/2017 du 23 novembre 2017

IT: GE_GERICHTE ATAS/1055/2017 del 23 novembre 2017

Regeste

Résumé: L'indemnité unique correspondant à dix mois de salaire, perçue par un réviseur de douane né en 1959 et travaillant au service de la Confédération depuis 1981, à la suite de la résiliation des rapports de travail en raison de son incapacité de travail durable, soit sans faute de sa part, n'est pas un revenu de remplacement, malgré sa qualification de revenu au sens de l'AVS. Conformément à la jurisprudence rendue en application du droit privé, applicable par analogie, cette indemnité de départ prévue par les art. 19 al. 3 LPers et 78 al. 1 Opers n'a pas le caractère d'un salaire, mais est comparable aux indemnités des art. 336a CO et 337c al. 3 CO - qui sont des indemnités sui generis s'apparentant à des peines conventionnelles / en ce sens qu'elle ne vise pas la réparation d'un dommage. En effet, son versement n'est pas subordonné à une perte de gain, puisqu'elle ne doit pas être restituée lorsque l'intéressé retrouve un emploi ailleurs qu'à la Confédération. Dès lors qu'elle ne vise pas à compenser une telle perte, il ne s'agit pas d'une prestation d'un type et d'un but analogues à la rente d'invalidité versée par l'institution de prévoyance professionnelle, de sorte qu'elle ne doit pas être incluse dans le calcul de surindemnisation de l'art. 24 al. 2 aOPP 2.

Erwägungen

E. 1

Conformément à l'art. 134 al. 1 let. b de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05) en vigueur dès le 1er janvier 2011, la chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît en instance unique des contestations relatives à la prévoyance professionnelle opposant institutions de prévoyance, employeurs et ayants droit, y compris en cas de divorce, ainsi qu'aux prétentions en responsabilité (art. 331 à 331e du Code des obligations [CO - RS 220]; art. 52, 56a, al. 1, et art. 73 de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982 [LPP - RS 831.40]; art. 142 du Code civil [CC - RS 210]). Selon l'art. 73 al. 3 LPP, le for est au siège ou domicile suisse du défendeur ou au lieu de l'exploitation dans laquelle l'assuré a été engagé. Le demandeur ayant travaillé dans le canton de Genève, la compétence de la chambre de céans est ainsi établie à raison de la matière et à raison du lieu.

E. 2

L'ouverture de l'action prévue à l'art. 73 al. 1 LPP n'est soumise, comme telle, à l'observation d'aucun délai (Raymond SPIRA, Le contentieux des assurances sociales fédérales et la procédure cantonale, Recueil de jurisprudence neuchâteloise, 1984). La demande respecte en outre la forme prévue à l'art. 89B de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10). On notera en particulier que malgré le libellé de la première conclusion prise, la demande est de nature condamnatoire puisqu'elle tend au versement des rentes réduites du 1er février au 30 novembre 2016. Il ne s'agit ainsi

pas d'une action constatatoire, laquelle ne serait pas recevable en raison de son caractère subsidiaire par rapport à une action formatrice (ATF 129 V 289 consid. 2.1, arrêt du Tribunal fédéral des assurances B 149/06 du 11 juin 2007 consid. 5.2). Partant, elle est recevable.

E. 3

Le litige porte sur le point de savoir si c'est à juste titre que la défenderesse a intégré l'indemnité versée par l'employeur dans le calcul de la surindemnisation. Le montant de la rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle n'est en revanche pas litigieux.

E. 4

Selon l'art. 23 let. a LPP, ont notamment droit à des prestations d'invalidité les personnes qui sont invalides à raison de 40 % au moins au sens de l'assurance- invalidité, et qui étaient assurées lorsqu'est survenue l'incapacité de travail dont la cause est à l'origine de l'invalidité. L'art. 51 al. 2 let. a du règlement de prévoyance pour les personnes employées et les bénéficiaires de rentes de la Caisse de prévoyance de la Confédération (RPEC – RS 172.220.141.1) ouvre le droit à des prestations d'invalidité aux mêmes conditions.

A/1336/2017 - 8/23 -

E. 5

a. Conformément à l'art. 34a aLPP dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2016, le Conseil fédéral édicte des dispositions afin d'empêcher que le cumul de prestations ne procure un avantage injustifié à l'assuré ou à ses survivants (al. 1). En cas de concours de prestations prévues par la loi avec des prestations prévues par d'autres assurances sociales, l'art. 66 al. 2 LPGA est applicable. Les prestations prévues par la loi ne peuvent pas être réduites lorsque l'assurance militaire verse des rentes au conjoint et aux orphelins et que leurs prestations de prévoyance sont insuffisantes au sens de l'art. 54 de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur l'assurance militaire (al. 2). Les art. 70 et 71 LPGA s'appliquent à la prise en charge provisoire des prestations (al. 3). Le Conseil fédéral a fait usage de la délégation législative ancrée dans cette disposition à l'art. 24 de l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2 – RS 831.441.1). Dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2016, cette disposition prévoyait que l'institution de prévoyance peut réduire les prestations d'invalidité et de survivants dans la mesure où, ajoutées à d'autres revenus à prendre en compte, elles dépassent 90 % du gain annuel dont on peut présumer que l'intéressé est privé (al. 1). Sont considérées comme des revenus à prendre en compte les prestations d'un type et d'un but analogues qui sont accordées à l'ayant droit en raison de l'événement dommageable, telles que les rentes ou les prestations en capital prises à leur valeur de rentes provenant d'assurances sociales ou d'institutions de prévoyance suisses et étrangères, à l'exception des allocations pour impotents, des indemnités pour atteinte à l'intégrité et de toutes autres prestations semblables. Est aussi pris en compte le revenu provenant d'une activité lucrative exercée par un assuré invalide ou le revenu de remplacement ainsi que le revenu ou le revenu de remplacement que celui-ci pourrait encore raisonnablement réaliser, à l'exception du revenu supplémentaire réalisé pendant l'exécution d'une mesure de nouvelle réadaptation au sens de l'art. 8a de la loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (al. 2). On précisera que le seuil de 90 % fixé par l'art. 24 aOPP 2 a été jugé conforme au droit par le Tribunal fédéral, qui a rappelé que cette limite a été établie pour tenir compte du fait que l'assuré, après la réalisation du risque, est libéré de certaines charges sociales estimées à 10 % du salaire brut

(ATF 122 V 306 consid. 6b). b. En vertu de l'art. 34a LPP dans sa teneur depuis le 1er janvier 2017, l'institution de prévoyance peut réduire les prestations de survivants et d'invalidité dans la mesure où celles-ci, ajoutées à d'autres prestations d'un type et d'un but analogues ainsi qu'à d'autres revenus à prendre en compte, dépassent 90 % du gain annuel dont on peut présumer que l'intéressé est privé (al. 1). En cas de concours de prestations prévues par la loi avec des prestations prévues par d'autres assurances sociales, l'art. 66 al. 2 LPGa est applicable. Les prestations prévues par la loi ne peuvent pas être réduites lorsque l'assurance militaire verse des rentes au conjoint et aux orphelins et que leurs prestations de prévoyance sont insuffisantes au sens de l'art. 54 de la loi fédérale sur l'assurance militaire (al. 2).

A/1336/2017 - 9/23 - L'art. 24 OPP2, dans sa version en vigueur depuis le 1er janvier 2017, dispose que lorsqu'elle réduit des prestations d'invalidité avant l'âge ordinaire de la retraite ou des prestations de survivants, l'institution de prévoyance peut prendre en compte les prestations et revenus suivants: les prestations de survivants et d'invalidité servies à l'ayant droit par d'autres assurances sociales et institutions de prévoyance suisses et étrangères en raison de l'événement dommageable, les prestations en capital étant prises à leur valeur de rentes (let. a); les indemnités journalières servies par des assurances obligatoires (let. b); les indemnités journalières servies par des assurances facultatives, lorsque ces dernières sont financées pour moitié au moins par l'employeur (let. c); lorsque l'assuré perçoit des prestations d'invalidité: le revenu provenant d'une activité lucrative ou le revenu de remplacement ainsi que le revenu ou le revenu de remplacement que l'assuré pourrait encore raisonnablement réaliser (let. d) (al. 1). Elle ne peut pas prendre en compte les prestations et revenus suivants: les allocations pour impotent, les indemnités pour atteinte à l'intégrité, les indemnités uniques, les contributions d'assistance et autres prestations similaires (let. a); le revenu supplémentaire réalisé pendant l'exécution d'une mesure de nouvelle réadaptation au sens de l'art. 8a de la loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (let. b) (al. 2). Le revenu dont on peut présumer que l'assuré est privé correspond au revenu provenant d'une activité lucrative ou au revenu de remplacement que l'assuré percevrait si l'événement dommageable n'était pas survenu (al. 6). c. Sur le plan matériel, sont en principe applicables les règles de droit en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 129 V 1 consid. 1.2; ATF 127 V 466 consid. 1 et les références). Partant, la situation du demandeur doit être examinée à l'aune des dispositions en vigueur en 2016, année pour laquelle l'existence d'une surindemnisation doit être examinée.

E. 6

Il y a avantage injustifié – ou surindemnisation – lorsque la survenance de l'événement assuré profite économiquement à l'assuré en le plaçant dans une position plus intéressante que si cet événement n'avait pas eu lieu du point de vue financier (Marc HÜRZELER in Jacques-André SCHNEIDER / Thomas GEISER / Thomas GÄCHTER [édit.], Commentaire LPP et LFLP, n. 2 ad art. 34a aLPP). En définissant comme revenus à prendre en compte les prestations d'un type et d'un but analogues accordées à l'ayant droit en raison de l'événement dommageable, l'art. 24 aOPP 2 concrétise le principe de la concordance du point de vue objectif, personnel et événementiel. Le principe de la concordance objective implique que seules les prestations ayant pour fonction de couvrir le même dommage individuel peuvent conduire à une surindemnisation. Il y a concordance événementielle lorsque les événements à la base des prestations coïncident (HÜRZELER, op. cit., n. 23 ad

art. 34a LPP). Ainsi, selon le principe de la concordance consacré à l'art. 24 al. 2 aOPP 2, les prestations entrant en ligne de compte dans le calcul de la surindemnisation doivent remplir la même fonction (ATF 126 V 468 consid. 6a). La concordance constitue

A/1336/2017 - 10/23 - une condition supplémentaire et distincte, qui limite les revenus à prendre en considération dans le calcul de surindemnisation de l'art. 24 aOPP 2 (ATF 135 V 33 consid. 5.4.2.1). A titre d'exemples, la rente d'invalidité viagère de la prévoyance professionnelle et la rente de vieillesse du premier pilier ne sauraient être coordonnées, dès lors qu'elles ne se rapportent pas au même événement et que la rente de vieillesse est servie en raison de l'âge et non de l'invalidité (ATF 135 V 29 consid. 4.1). La concordance a également pour effet que la part de la rente servie par l'assurance-invalidité servant à indemniser une invalidité en raison de l'incapacité d'accomplir des travaux habituels ne doit pas être prise en considération dans le calcul de la surindemnisation (ATF 124 V 279 consid. 2a). Le Tribunal fédéral a également retenu, en application du principe de la concordance événementielle, que l'institution de prévoyance n'était pas fondée à tenir compte dans le calcul de la surindemnisation d'une augmentation de la rente de l'assurance-invalidité résultant d'une aggravation de l'état de santé consécutive à plusieurs infarctus, survenus alors que l'assuré n'était plus assuré par cette institution (ATF 142 V 75 consid. 6.4).

E. 7

S'agissant du gain dont l'assuré est présumé privé au sens de l'art. 24 al. 1 aOPP 2, la jurisprudence a précisé qu'il faut entendre le salaire hypothétique que l'assuré réaliserait sans invalidité, ce qui ne correspond pas forcément au gain effectivement obtenu avant la survenance de l'éventualité assurée (arrêt du Tribunal fédéral 9C_361/2010 du 30 novembre 2010 consid. 2.1). Cela peut conduire, après la fixation de la rente, à une modification du calcul de la surindemnisation, si l'on peut admettre, concrètement, que le montant de ce revenu hypothétique se serait modifié de manière importante (ATF 125 V 163 consid. 3b).

E. 8

En ce qui concerne le revenu de remplacement au sens de l'art. 24 aOPP 2, l'Office fédéral des assurances sociales, dans sa prise de position du 24 mai 2005, a retenu qu'il faut entendre le revenu que l'assuré pourrait effectivement réaliser compte tenu du contexte (type et degré d'invalidité) et du marché du travail réel (situation effective au niveau local ou régional, nombre de places vacantes par rapport au nombre de demandeurs d'emploi, etc.) au moment de l'établissement du calcul de surassurance. Par conséquent, il ne s'agit pas du revenu qui pourrait être obtenu sur un marché du travail fictif, et il n'est pas suffisant de se référer simplement au salaire moyen de la branche concernée ou encore au revenu auquel se sont référées l'assurance-invalidité et l'assurance-accidents pour déterminer le degré d'invalidité. Cela signifie que chaque cas doit être examiné en particulier par l'institution de prévoyance qui entend faire application de cette disposition afin d'éviter des réductions injustifiées (Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 82 du 24 mai 2005, p. 3). Contrairement au revenu d'invalidité fixé par les organes de l'assurance-invalidité, déterminé compte tenu d'un marché du travail équilibré, le revenu que l'assuré invalide pourrait encore raisonnablement réaliser est fondé sur le principe de l'exigibilité, qui requiert que soit pris en considération l'ensemble des circonstances objectives et subjectives du cas particulier, y compris au niveau du

A/1336/2017 - 11/23 - marché du travail. Le terme « subjectif » ne signifie toutefois pas que c'est l'appréciation subjective de l'intéressé sur ce qui peut encore être raisonnablement exigé de lui qui est déterminante. Lorsqu'il s'agit d'apprécier les circonstances subjectives et les possibilités qui sont effectivement données à l'assuré concerné, il y a également lieu de procéder à un examen de la situation d'un point de vue objectif (ATF 140 V 399 consid. 5.2.2).

E. 9

Les revenus à prendre en compte sont énumérés de manière exhaustive à l'art. 24 aOPP 2, à tout le moins pour le domaine obligatoire. Ainsi, des prestations d'une assurance privée ne peuvent être prises en considération, pas plus que les prestations d'une institution surobligatoire, telle qu'une assurance de cadre ou une organisation de bienfaisance patronale. Les prestations obligatoires de la LPP sont prioritaires par rapport à celles de l'assurance surobligatoire. Les prétentions en responsabilité civile à l'encontre de tiers ne peuvent pas non plus être prises en compte (Hans-Ulrich STAUFFER Berufliche Vorsorge 2ème éd. 2012 : n. 1034 p. 379). Par ailleurs, ni les allocations pour impotent, ni les prestations visant à réparer un tort moral ne peuvent être imputées sur les revenus soumis à l'interdiction de la surindemnisation, dès lors qu'elles ne visent pas à remplacer un salaire. Les prestations d'une assurance individuelle ne peuvent pas non plus être intégrées dans le calcul, sous peine de porter atteinte à la prévoyance individuelle dont la liberté doit être garantie (Isabelle VETTER-SCHREIBER, Kommentar zur beruflichen Vorsorge 3ème éd. 2013, n. 39 ad art. 24 OPP 2). Le Tribunal fédéral a en outre exclu la prise en compte d'indemnités journalières d'une assurance selon la loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA - RS 221.229.1), qui ne peut être assimilée à une assurance sociale au sens de l'art. 24 aOPP 2 (ATF 128 V 243 consid. 3b ; Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 114 du 5 octobre 2009, p. 6). Les indemnités journalières d'une assurance-maladie collective ne sont pas non plus des revenus à prendre en compte au sens de l'art. 24 al. 1 et 2 aOPP 2 (ATF 120 V 58 consid. 3c). La composante de salaire social du revenu d'invalidité n'est pas intégrée dans le calcul de la surindemnisation, au même titre qu'elle est exclue de l'évaluation de l'invalidité dans le premier pilier (ATF 141 V 351 consid. 5.1). En revanche, le salaire dû par l'employeur en vertu de l'art. 324 CO à l'assuré qui met à sa disposition sa capacité de travail réduite peut être pris en compte à titre de revenu résiduel par l'institution de prévoyance (HÜRZELER, op. cit., n. 39 ad art. 34a aLPP). Le revenu de remplacement comprend également les indemnités journalières de l'assurance-chômage en cas d'aptitude au placement (Commentaire des modifications de l'OPP 2 in Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 75 du 6 juillet 2004, p. 21).

E. 10

S'agissant de la coordination des prestations en matière de prévoyance professionnelle, on relèvera encore que l'art. 26 al. 2 LPP dispose que l'institution de prévoyance peut prévoir, dans ses dispositions réglementaires, que le droit aux prestations est différé aussi longtemps que l'assuré reçoit un salaire entier. Selon les

A/1336/2017 - 12/23 - travaux préparatoires, la notion de salaire au sens de l'art. 26 al. 2 LPP doit être comprise dans son sens le plus large. Il peut s'agir aussi de prestations de remplacement grâce auxquelles l'employeur est libéré de son obligation de payer le salaire, par exemple des indemnités journalières pour perte de gain (Message du Conseil fédéral à l'appui d'un projet de loi sur la prévoyance professionnelle vieillesse du 19 décembre 1975,

FF 1976 I 202). Aux termes de l'art. 26 OPP 2, l'institution de prévoyance peut différer le droit aux prestations d'invalidité jusqu'à épuisement des indemnités journalières, lorsque l'assuré reçoit, en lieu et place du salaire entier, des indemnités journalières de l'assurance-maladie équivalant à au moins 80 % du salaire dont il est privé (let. a) et que les indemnités journalières ont été financées au moins pour moitié par l'employeur (let. b). Le Tribunal fédéral a considéré que l'art. 26 LPP constitue une norme de coordination temporelle visant à empêcher que l'assuré ne retire un avantage pécuniaire de la survenance de l'invalidité, la suspension du versement de la rente d'invalidité n'étant toutefois possible qu'à condition que le règlement de la caisse de pension le prévoie expressément. Sous l'ancien droit, une disposition réglementaire établissant la priorité des prestations de l'assurance-accident et la déchéance du droit à une rente du deuxième pilier si les prestations de l'assurance-accident ou les indemnités journalières en cas de maladie atteignaient 80 % du revenu a été considérée comme suffisante au sens de l'art. 26 al. 2 LPP pour tenir compte des indemnités journalières en cas d'accident dans le calcul de la surindemnisation (ATF 123 V 193 consid. 5c/cc). Selon la doctrine, bien que la question de savoir quelle aurait été l'issue du litige en l'absence de disposition expresse dans le règlement de la caisse de pension n'ait pas été tranchée par les tribunaux, la jurisprudence tendait à admettre que les indemnités journalières de l'assurance-accidents devaient être intégrées dans le calcul de la surindemnisation, quand bien même elles n'étaient pas explicitement mentionnées dans le catalogue des prestations à prendre en compte selon l'art. 24 al. 2 aOPP 2. S'agissant en revanche d'indemnités journalières en cas de maladie versées par des assurances collectives, si les conditions de l'art. 26 OPP 2 n'étaient pas réalisées ou si l'institution de prévoyance n'avait pas prévu de disposition dans ce sens, elle ne pouvait différer le versement de ses prestations, quand bien même il en résultait une surindemnisation de fait (Markus MOSER / Hans-Ulrich STAUFFER, Die Überentschädigungskürzung berufsvorsorglicher Leistungen im Lichte der Rechtsprechung, RSAS 2008 pp. 97-98).

E. 11

L'art. 34a LPP n'est pas applicable au domaine de la prévoyance surobligatoire, bien qu'une solution identique puisse être prévue par le règlement de l'institution de prévoyance (Isabelle VETTER-SCHREIBER, Kommentar zur beruflichen Vorsorge 3ème éd. 2013, n. 7 ad art. 34a LPP ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_361/2010 du 30 novembre 2010 consid. 2.2).

A/1336/2017 - 13/23 - En l'espèce, la défenderesse a prévu une règle similaire à l'art. 77 al. 1 RPEC, relevant toutefois le seuil de la surindemnisation à 100 % du gain dont l'assuré est privé. La teneur de l'alinéa premier de cette disposition est la suivante : Les prestations pour survivants et d'invalidité de la défenderesse sont réduites dans la mesure où, ajoutées à d'autres revenus à prendre en compte, de même nature et poursuivant le même but, elles dépassent 100 % du gain annuel dont on peut présumer que la personne intéressée est privée. Selon l'alinéa troisième, sont considérés comme revenus à prendre en compte selon l'al. 1: les prestations de l'AVS et de l'AI (let. a); les prestations de l'AM (let. b); les prestations de l'AA (let. c); les prestations d'assurances sociales suisses et étrangères (let. d); les prestations de la prévoyance professionnelle (let. e); les prestations d'assurances privées aux coûts desquelles l'employeur a contribué au moins à hauteur de la moitié (let. f); les revenus d'une activité lucrative exercée par les bénéficiaires de rentes d'invalidité ou le revenu de remplacement, ainsi que le revenu ou le revenu de remplacement que ceux-ci ou

celles-ci pourraient encore raisonnablement réaliser, à l'exception du revenu supplémentaire réalisé pendant l'exécution d'une mesure de nouvelle réadaptation au sens de l'art. 8a LAI (let. g). En vertu de l'alinéa cinquième, les prestations d'assurances privées pour lesquelles la personne assurée a assumé elle-même le paiement des primes, les allocations pour impotents, les indemnités, la réparation du tort moral et les prestations similaires ne sont pas considérées comme revenus à prendre en compte.

E. 12

Aux termes de l'art. 19 de la loi sur le personnel de la Confédération (LPers – RS 172.220.1), avant de résilier le contrat de travail sans qu'il y ait faute de l'employé, l'employeur prend toutes les mesures qui peuvent raisonnablement être exigées de lui pour garder l'employé à son service (al. 1). Si l'employeur résilie le contrat de travail sans qu'il y ait faute de l'employé, il soutient ce dernier dans sa transition professionnelle (al. 2). L'employeur verse une indemnité à l'employé si ce dernier: travaille dans une profession où la demande est faible ou inexistante (let. a); est employé de longue date ou a atteint un âge déterminé (let. b) (al. 3). Les dispositions d'exécution peuvent prévoir le versement d'une indemnité à d'autres employés que ceux visés à l'al. 3 ou lorsque les rapports de travail prennent fin d'un commun accord (al. 4). Le montant de l'indemnité correspond au moins à un salaire mensuel et au plus à un salaire annuel (al. 5). Les dispositions d'exécution: fixent la fourchette dans laquelle se situe l'indemnité (let. a); réglementent la réduction, la suppression ou la restitution de l'indemnité pour le cas où l'employé concerné a conclu un autre contrat de travail (let. b) (al. 6). L'employeur peut allouer l'indemnité sous la forme d'un versement unique ou en tranches (al. 7). Les modalités du versement de l'indemnité visée à l'art. 19 al. 3 LPers sont concrétisées à l'art. 78 de l'ordonnance sur le personnel de la Confédération (OPers – RS 172.220.111.3), lequel prévoit que reçoivent l'indemnité visée à l'art. 19, al. 3, LPers: les employés exerçant une profession de monopole et les employés occupant une fonction très spécialisée (let. a); s'ils ont travaillé pendant 20 ans sans

A/1336/2017 - 14/23 - interruption dans une ou plusieurs des unités administratives au sens de l'art. 1 (let. b) ; s'ils ont plus de 50 ans (let. c); les employés qui ont plus de 40 ans ou qui ont travaillé pendant au moins dix ans dans des unités administratives visées à l'art. 1 et dont les rapports de travail sont résiliés pour cause de restructuration ou de réorganisation (let. d) (al. 1). Aucune indemnité n'est versée aux personnes : qui trouvent un emploi auprès d'un des employeurs définis à l'art. 3 LPers (let. a); dont le contrat de travail est résilié au terme des délais fixés à l'art. 31a al. 1 pour cause d'aptitude ou de capacité insuffisante (let. b); dont le contrat de travail est résilié en application de l'art. 31 (let. c); dont le contrat de travail est résilié d'un commun accord pour des raisons d'exploitation ou de politique du personnel et à qui l'employeur verse des prestations au sens de l'art. 106 (let. d) (al. 3). Les personnes qui ont perçu l'indemnité visée aux al. 1 à 2bis et sont engagées par un des employeurs définis à l'art. 3 LPers dans l'année qui suit la résiliation de leur contrat de travail doivent rembourser la part de l'indemnité correspondant à la durée de leur engagement auprès du nouvel employeur au cours de cette année (al. 4). Si l'indemnité est allouée sous la forme d'un versement en tranches, le montant intégral doit avoir été versé au plus tard douze mois après la fin des rapports de travail (al. 5). L'art. 3 al. 1 LPers énumère les employeurs au sens de la LPers, qui comprennent notamment le Conseil fédéral, l'Assemblée fédérale, les Chemins de fer fédéraux; le Tribunal fédéral ; le Tribunal administratif fédéral ; l'Autorité de surveillance du Ministère public de la Confédération et

l'administration fédérale. Il convient de rappeler que la LPers a connu un important remaniement, ayant conduit à une nouvelle entrée en vigueur le 1er juillet 2013. Dans sa teneur jusqu'au 30 juin 2013, l'art. 19 al. 7 aLPers conférait au Conseil fédéral la faculté de réglementer la déduction des prestations légales dues au titre des assurances obligatoires sur l'indemnité versée en application de cette disposition. Celui-ci en avait fait usage en édictant l'art. 78 al. 3 let. b aOPers, lequel excluait le versement d'une indemnité aux personnes dont la rente d'invalidité ou de vieillesse versée par la défenderesse atteignait ou dépassait un certain montant. Dans son message relatif aux modifications précitées, le Conseil fédéral ne s'est pas prononcé sur la suppression de l'imputation des prestations d'assurances sur l'indemnité, se contentant d'exposer que le nouvel art. 19 LPers et ses alinéas 3 à 6, régissant l'octroi de l'indemnité, étaient plus concis et plus simples que le droit actuel et regroupaient les alinéas 2 à 8 de l'art. 19 LPers dans sa teneur en force jusque-là (Message concernant une modification de la loi sur le personnel de la Confédération du 31 août 2011, FF 2011 6186).

E. 13

L'indemnité prévue à l'art. 19 al. 3 LPers a pour but de compenser la disparition de la garantie du poste de travail auparavant contenue dans le Statut des fonctionnaires (Message concernant la loi sur le personnel de la Confédération du 14 décembre 1998, FF 1999 1442-3).

A/1336/2017 - 15/23 - Selon la jurisprudence, cette indemnité est de même nature qu'un salaire brut, et elle est soumise aux mêmes obligations en matière de cotisations sociales (Décision de la Commission fédérale de recours en matière de personnel fédéral du 10 avril 2002 publiée in Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération [JAAC] 66/88 consid. 8; arrêt du Tribunal administratif fédéral A-2164/2009 du 1er septembre 2009 consid. 3.2.). Elle a exclusivement le caractère d'un salaire, respectivement d'une valorisation, et tend à compenser les inconvénients que subit un collaborateur d'un certain âge au service de son employeur depuis de nombreuses années (arrêt du Tribunal administratif fédéral A-5046/2014 du 20 mars 2015 consid. 7.6.2). Cette indemnité n'a ni un caractère pénal, ni un caractère préventif (arrêt du Tribunal administratif fédéral A-5046/2014 du 20 mars 2015 consid. 6.4). Le Tribunal administratif fédéral, dans le cas d'une employée ayant perçu son salaire pendant une année au-delà de la durée réglementaire, en a tenu compte lors de la fixation de l'indemnité, qu'il a limitée à un mois (arrêt du Tribunal administratif fédéral A-7441/2014 du 23 mars 2015 consid. 4.4.4). Il a toutefois relevé qu'il était exclu de compenser cette indemnité avec le salaire versé durant la procédure de licenciement, dès lors qu'elle est subordonnée à la résiliation des rapports de travail et à l'extinction du droit au salaire (arrêt du Tribunal administratif fédéral A-6664/2009 du 29 juin 2010 consid. 7.1 et 7.2).

E. 14

Au sujet de la coordination entre les prestations versées par l'employeur et celles des différentes assurances, on peut rappeler ce qui suit. a. En cas d'empêchement non fautif de travailler en raison notamment d'une maladie ou d'un accident, l'employeur doit continuer à verser le salaire du travailleur pour un temps limité (cf. art. 324a CO). L'art. 324b CO prévoit que si le travailleur est assuré obligatoirement, en vertu d'une disposition légale, contre les conséquences économiques d'un empêchement de travailler qui ne provient pas de sa faute mais est dû à des raisons inhérentes à sa personne, l'employeur ne doit pas le

salaire lorsque les prestations d'assurance dues pour le temps limité couvrent les quatre cinquièmes au moins du salaire afférent à cette période (al. 1). Si les prestations d'assurance sont inférieures, l'employeur doit payer la différence entre celles-ci et les quatre cinquièmes du salaire (al. 2). Si les prestations d'assurance ne sont versées qu'après un délai d'attente, l'employeur doit verser pendant cette période quatre cinquièmes au moins du salaire (al. 3). Les art. 324a et 324b CO ont pour but de compenser un dommage réel – à l'inverse du versement du salaire en faveur de certains tiers en cas de décès du travailleur conformément à l'art. 338 al. 2 CO et de l'indemnité de départ de l'art. 339b CO. Les prétentions de salaire fondées sur ces dispositions sont donc, à l'instar de prestations du même genre découlant des différents systèmes de compensation du dommage et de couverture des besoins, soumises à l'interdiction de surindemnisation avec toutes les conséquences juridiques que cela implique, notamment celle d'une coordination des prestations. L'obligation de payer le salaire en cas de maladie, d'accident ou de maternité est subsidiaire par rapport aux prestations d'assurances sociales (Franz

A/1336/2017 - 16/23 - SCHLAURI, Die Leistungskoordination zwischen Berufsvorsorge, arbeits- rechtlicher Lohnfortzahlung und versicherungsmässigen Lohnfortzahlungsurrogaten, REAS 2007 p. 110-111 et p. 116). b. L'art. 339b al. 1 CO dispose que si les rapports de travail d'un travailleur âgé d'au moins 50 ans prennent fin après vingt ans ou plus, l'employeur verse au travailleur une indemnité à raison de ces longs rapports de travail. L'art. 339d CO consacre le principe de subsidiarité de l'indemnité de départ par rapport aux prestations des institutions de prévoyance. Depuis l'introduction généralisée de la prévoyance professionnelle, l'indemnité visée par l'art. 339b CO a perdu de son importance. Restent principalement concernés les travailleurs à temps partiel. Pour déterminer si le travailleur a droit à un montant résiduel de l'indemnité de départ, il y a lieu de calculer le montant qui serait dû à titre d'indemnité de départ et de déduire de ce montant la prestation de remplacement prévue par l'art. 339d CO. Pour calculer cette prestation, il convient de déduire de la prestation de libre passage les cotisations versées par le travailleur (Rémy WYLER / Boris HEINZER, Droit du travail, 3ème éd. 2014, p. 706). c. Au sujet des indemnités versées au travailleur à la fin des rapports de service, on précisera que l'indemnité fondée sur l'art. 337c al. 1 CO, qui prévoit que le travailleur a droit à ce qu'il aurait gagné, si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé ou à la cassation du contrat conclu pour une durée déterminée lorsque l'employeur résilie immédiatement le contrat sans justes motifs, a le caractère d'un salaire de remplacement et doit ainsi être traité comme tel du point de vue des assurances sociales (Jürg BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag, 3ème éd. 2014, n° 5 ad art. 337c CO). Ainsi, l'art. 11 al. 3 de la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (LACI - RS 837.0) dispose que n'est pas prise en considération la perte de travail pour laquelle le chômeur a droit au salaire ou à une indemnité pour cause de résiliation anticipée des rapports de travail. On entend par droit au salaire au sens de l'art. 11 al. 3 LACI le salaire dû pour la période postérieure à la résiliation des rapports de travail, soit le salaire dû en cas de non-respect du délai de congé selon l'art. 335c CO ou en cas de résiliation en temps inopportun selon l'art. 366c CO. La résiliation anticipée des rapports de travail vise principalement des prétentions fondées sur les art. 337b et 337c al. 1 CO. Il peut aussi s'agir d'une prestation en espèces versée par l'employeur et destinée à compenser, pour les employés qui quittent leur fonction avant l'âge légal, la perte des avantages économiques découlant de la préretraite. En revanche, une indemnité allouée en raison de la résiliation dans les délais légaux des rapports de travail par l'employeur (public) pour cause de

suppression de poste et afin d'en atténuer les conséquences économiques pour l'employé ne constitue pas une indemnité pour résiliation anticipée et ne tombe pas sous le coup de l'art. 11 al. 3 LACI (ATF 143 V 161 consid. 3.2 et 4.3 à 4.4). Par ailleurs, aux termes de l'art. 11a LACI, la perte de travail n'est pas prise en considération tant que des prestations volontaires versées par l'employeur couvrent la perte de revenu résultant

A/1336/2017 - 17/23 - de la résiliation des rapports de travail (al. 1). Les prestations volontaires de l'employeur ne sont prises en compte que pour la part qui dépasse le montant maximum visé à l'art. 3 al. 2 (al. 2). Le Conseil fédéral règle les exceptions lorsque les prestations volontaires sont affectées à la prévoyance professionnelle (al. 3). L'art. 10a de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (OACI - RS 837.02) précise que sont réputées prestations volontaires de l'employeur les prestations allouées en cas de résiliation de rapports de travail régis par le droit privé ou par le droit public qui ne constituent pas des prétentions de salaire ou d'indemnités selon l'art. 11 al. 3 LACI. Les prestations volontaires ne sont prises en compte que pour la part qui dépasse le montant maximal fixé à l'article 3 al. 2 LACI, soit le montant maximal du gain mensuel assuré dans l'assurance-accidents obligatoire, soit CHF 148'200.- par an et CHF 406.- par jour selon l'art. 22 al. 1 de l'ordonnance sur l'assurance-accidents (OLAA - RS 832.202). La question de savoir si la notion de prestation volontaire au sens de l'art. 11a LACI englobe des indemnités de départ qui découlent d'une obligation de l'employeur est controversée dans la doctrine. Après avoir laissé la question ouverte dans un premier temps, le Tribunal fédéral a considéré dans un récent arrêt qu'une indemnité de départ découlant du droit de la fonction publique ne change rien à sa nature volontaire (ATF 143 V 161 consid. 4.5, cf. également ATF 139 V 384 consid. 5.2 et 5.3 et les références).

E. 15

La loi sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS - RS 831.10) définit à son art. 5 le salaire déterminant comme le revenu provenant d'une activité dépendante. Le règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants (RAVS - RS 831.101) précise les éléments du salaire déterminant. Ceux-ci comprennent notamment les gratifications, les primes de fidélité et au rendement (art. 7 let. c RAVS), les prestations accordées par les employeurs pour compenser les pertes de salaire par suite d'accident ou de maladie (art. 7 let. m RAVS), les prestations versées par l'employeur lors de la cessation des rapports de travail, si elles ne sont pas exceptées du salaire déterminant en vertu des art. 8bis ou 8ter (art. 7 let. q 1ère phrase RAVS). Aux termes de l'art. 8bis RAVS, les prestations versées par l'employeur, lors de la cessation de rapports de travail ayant duré plusieurs années, sont exceptées du salaire déterminant à concurrence de la moitié de la rente de vieillesse mensuelle minimale en date du versement, pour chaque année pendant laquelle le salarié n'a pas été assujéti à la prévoyance professionnelle. Les prestations versées par l'employeur suite à la résiliation des rapports de travail pour des impératifs d'exploitation sont exceptées du salaire déterminant à concurrence de quatre fois et demie la rente de vieillesse annuelle maximale en vertu de l'art. 8ter RAVS. Les prestations d'assurance en cas d'accident, de maladie ou d'invalidité, à l'exception des indemnités journalières selon l'art. 25 de la loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (LAI) et l'art. 29 de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur l'assurance militaire sont en revanche exclues du revenu provenant d'une activité lucrative (art. 6 al. 2 let. b RAVS).

A/1336/2017 - 18/23 -

E. 16

Il n'est pas inutile de relever que le droit fiscal connaît également la notion de revenu de remplacement. L'art. 23 de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (LIFD - RS 642.11) dispose à sa lettre a qu'est imposable tout revenu acquis en lieu et place du revenu d'une activité lucrative. L'art. 23 let. c LIFD prévoit en outre que sont imposables les indemnités obtenues lors de la cessation d'une activité ou de la renonciation à l'exercice de celle-ci. La notion de revenu de remplacement au plan fiscal est toutefois plus large que celle visée à l'art. 24 al. 2 aOPP 2, puisqu'elle comprend toutes les prestations qui remplacent les revenus ordinaires du travail chez le contribuable ayant cessé durablement ou passagèrement, volontairement ou non, entièrement ou partiellement son activité lucrative (RDAF 2014 II p. 23). Elle englobe ainsi les prestations d'assurances sociales telles que les indemnités journalières en cas de maladie, d'accident, d'indemnités journalières de perte de gain et de l'assurance-chômage (Peter LOCHER, Kommentar DBG, 2001, nn° 7-22 ad art. 23 DBG). L'Administration fédérale des contributions a édicté la Circulaire n° 1 sur les indemnités de départ et les versements de capitaux de l'employeur du 3 octobre 2002. Elle y donne comme exemples celui d'une indemnité en capital de CHF 600'000.- représentant trois ans de salaire, convenue lors de la dissolution d'un commun accord des rapports de travail d'un directeur de 58 ans et considérée comme somme transitoire jusqu'à l'âge de la retraite (61 ans selon le règlement de prévoyance), et celui d'une indemnité en capital de CHF 600'000.-, représentant également trois ans de salaire et allouée lors de la résiliation consensuelle des rapports de travail d'un directeur de 45 ans, les parties étant convenues qu'il s'agit d'un montant transitoire jusqu'à l'entrée dans une nouvelle fonction et d'une compensation pour d'éventuelles pertes de gain. Dite circulaire précise que ces indemnités tombent respectivement sous le coup de l'art. 23 let. a LIFD et de l'art. 23 let. c LIFD (Circulaire n° 1, publiée in Archives 71 p. 547 ss). Sur ce point, la doctrine relève que la Circulaire n° 1 est peu explicite quant à l'application alternative des lettres a ou c de l'art. 23 LIFD, et retient qu'une indemnité versée quelques années avant l'âge de la retraite remplace un revenu salarial que l'employé ne retrouvera pas, tandis qu'une simple indemnité pour cessation des rapports de travail versée à un collaborateur quittant un emploi en cours de carrière est régie par l'art. 23 let. c LIFD (Yves NOËL, Commentaire LIFD, 2008, n. 23 ad art. 23).

E. 17

En l'espèce, le recourant a perçu de son employeur une indemnité correspondant à dix mois de traitement fondée sur l'art. 19 al. 3 LPers, lors de la résiliation des rapports de travail, résiliation qui est intervenue sans faute de sa part en raison de son incapacité de travail durable. Il convient d'examiner si l'indemnité en cause constitue un salaire, comme l'affirme la défenderesse à l'appui de sa position. Dans ce contexte, et en préambule, la chambre de céans relève que les parties s'accordent à qualifier l'indemnité en cause d'indemnité de départ, à juste titre. C'est en effet bien ainsi

A/1336/2017 - 19/23 - que le législateur la conçoit, comme cela ressort notamment des débats parlementaires relatifs à la nouvelle de la LPers (Bulletin officiel du Conseil des Etats 2012 201 et Bulletin officiel du Conseil national 2012 1442). a. Du point de vue de l'AVS, l'indemnité de l'art. 19 al. 3 LPers constitue un revenu soumis à cotisations conformément à la jurisprudence citée plus haut. Or, la notion de salaire n'est pas uniforme et englobe des éléments différents selon les domaines du droit. En effet, dans l'AVS, elle comprend les gratifications, qui ne revêtent en revanche pas le caractère d'un salaire du point de vue

contractuel (arrêt du Tribunal fédéral 4A_509/2008 du 3 février 2009 consid. 4.1). En outre, certaines indemnités font partie du salaire déterminant au sens de l'AVS, alors qu'elles ne sont pas considérées comme éléments de salaire dans d'autres branches d'assurances sociales (cf. arrêt du Tribunal fédéral 9C_725/2016 du 18 mai 2017 consid. 4.2). On ne saurait ainsi accorder une importance décisive à la qualification de salaire au sens de l'AVS de cette indemnité dans le présent litige. De plus, il convient de souligner que les notions de salaire et de revenu de remplacement ne se recouvrent pas non plus, puisque les indemnités journalières versées par une assurance de perte de gain en cas de maladie ne font pas partie du salaire au sens de l'AVS, alors qu'il est loisible aux institutions de prévoyance de surseoir au versement de prestations d'invalidité tant que de telles prestations de remplacement sont versées. Le fait que l'indemnité litigieuse soit un revenu déterminant au sens de l'AVS ne suffit ainsi pas à la qualifier de revenu de remplacement. b. En ce qui concerne sa fonction, l'indemnité de l'art. 19 al. 3 LPers n'a pas pour but de compenser la perte de salaire liée au non-respect du délai de congé ou à une résiliation avec effet immédiat injustifiée. Elle est liée à la dissolution des rapports de travail et non à l'accomplissement d'une prestation de travail, comme cela découle de sa qualification d'indemnité de départ. C'est ici le lieu de rappeler que selon la jurisprudence rendue en application du droit privé, une telle indemnité – également désignée comme indemnité de licenciement – prévue par contrat n'équivaut pas à un salaire de remplacement (arrêt du Tribunal fédéral 4A_310/2008 du 25 septembre 2008 consid. 4). Le caractère salarial d'une indemnité volontairement versée par l'employeur à la fin des rapports de travail a également été nié, notamment en raison du fait qu'elle était liée à la cessation des rapports de travail (arrêt du Tribunal fédéral 8C_822/2015 du 14 janvier 2016 consid. 3.2). Il n'existe aucun motif de ne pas appliquer par analogie ces considérants, en vertu desquels les indemnités de départ de droit privé n'ont pas le caractère d'un salaire – au sens de revenu du travail – à l'indemnité litigieuse. Son fondement légal plutôt que contractuel n'est en particulier pas déterminant, conformément à la jurisprudence. Le fait que son montant soit articulé en mois de salaire ne permet pas non plus de parvenir à une autre conclusion. En effet, comme l'a retenu le Tribunal fédéral, le fait qu'une indemnité soit calculée en fonction du salaire ne suffit pas à lui conférer le caractère d'un revenu déterminant au sens de l'AVS (ATF 123 V 5 consid. 5).

A/1336/2017 - 20/23 - c. En outre, l'indemnité de l'art. 19 al. 3 LPers se rapproche également des indemnités prévues aux art. 336a CO et 337c al. 3 CO. On rappellera que ces dernières, en lien avec la résiliation abusive et la résiliation avec effet immédiat injustifiée, ne font pas partie du salaire déterminant. En effet, elles ont pour but la sanction et la prévention ainsi que la réparation. Partant, on ne saurait considérer qu'elles ont un rapport juridique ou économique, même indirect, avec le revenu du travail (ATF 123 V 5 consid. 5). Le Tribunal fédéral a relevé que ces indemnités ne relèvent pas de dommages-intérêts, dès lors qu'elles sont dues même si le travailleur ne subit aucun dommage. Il s'agit ainsi d'indemnités sui generis, s'apparentant à des peines conventionnelles (ATF 135 III 405 consid. 3.1). Or, même si l'indemnité ici en cause n'a pas pour but de sanctionner un comportement abusif de l'employeur, elle est comparable à ces institutions, en ce sens qu'elle ne vise pas non plus la réparation d'un dommage, à tout le moins sous forme de perte de gain, puisque son versement n'y est pas subordonné. En effet, si l'indemnité de l'art. 19 al. 3 LPers doit être remboursée lorsque son bénéficiaire est réengagé dans un délai d'une année après son licenciement auprès d'un employeur soumis à la LPers, elle lui reste en revanche acquise s'il retrouve un poste auprès d'un autre employeur, et ce même

s'il réalise un revenu équivalant ou supérieur à celui qu'il percevait en tant qu'employé fédéral. Elle ne vise dès lors pas la compensation d'une perte de gain. Partant, elle ne relève pas d'une prestation d'un type et d'un but analogues à la rente d'invalidité au sens de l'art. 24 aOPP 2, qui dans la prévoyance professionnelle a exclusivement pour but de compenser l'incapacité de gain de l'ayant droit (ATF 124 V 279 consid. 2a). d. D'autres éléments concourent également à nier le caractère de revenu de remplacement à l'indemnité de l'art. 19 al. 3 LPers. En premier lieu, ainsi qu'on l'a vu, l'obligation de l'employeur de verser le salaire en cas d'incapacité de travail pour maladie ou accident est en principe subsidiaire à celles des assurances de verser leurs prestations. Partant, si l'indemnité de départ de la LPers devait être assimilée à un salaire, comme l'allègue la défenderesse, cette règle de coordination devrait être appliquée par analogie. Cela aurait pour effet que l'obligation de l'institution de prévoyance de verser la rente primerait sur celle de l'employeur de procéder au versement de l'indemnité. Or, le législateur a renoncé à l'imputation des prestations d'invalidité sur l'indemnité à verser aux employés en vertu de l'art. 19 al. 3 LPers dès le 1er juillet 2013. S'il entendait conférer à cette indemnité le caractère d'un revenu de substitution, il aurait dû, en application des principes de coordination, pérenniser la règle auparavant contenue aux art. 19 al. 7 aLPers et 78 al. 3 let. b aOPers, qui excluait l'allocation de cette indemnité aux bénéficiaires de rentes d'invalidité atteignant un certain montant. e. Par ailleurs, il est désormais expressément prévu à l'art. 24 OPP 2 que les indemnités uniques ne sont pas incluses dans le calcul de la surindemnisation. Si conformément au principe de non-rétroactivité des lois, cette disposition n'est pas applicable aux faits entièrement révolus avant son entrée en vigueur (ATF 122 V A/1336/2017 - 21/23 - 405 consid. 3b/aa), il ressort des travaux préparatoires liés à la modification de l'art. 34a LPP au 1er janvier 2017 que cette révision visait à adopter les dispositions de coordination nécessaires en raison de la modification de la loi sur l'assurance-accidents. Les changements survenus dans ce contexte concernant les revenus à prendre en compte dans le calcul de la surindemnisation portaient notamment sur l'intégration de certaines rentes de survivants, ainsi que sur les rentes AVS succédant à une rente de l'assurance-invalidité (Message additionnel relatif à la modification de la loi fédérale sur l'assurance-accidents, FF 2014 7730). Il apparaît ainsi qu'à l'exception de ces prestations, le législateur n'entendait pas modifier la notion de revenu de remplacement, de sorte que l'exclusion expresse des indemnités uniques peut être considérée comme une simple codification, et que ces indemnités ne relevaient pas d'un revenu de remplacement avant le 1er janvier 2017 déjà. f. Par surabondance, il convient de revenir sur la notion d'avantage injustifié que l'art. 34a aLPP entend éviter. Même s'il fallait considérer que l'indemnité compense la perte de gain du demandeur, force est de constater qu'elle est liée à son invalidité, qui paraît définitive en l'espèce. Ses effets sur sa capacité lucrative se déploieront dès lors sur une longue période. Or, le demandeur percevait avant son invalidité un revenu mensuel de l'ordre de CHF 8'680.- (CHF 104'169.- divisés par 12). Cumulées, les rentes d'invalidité du 1er et du 2ème pilier s'élèvent à CHF 5'652.-, ce qui représente quelque 65 % du revenu dont il est privé. Il aurait pu faire valoir son droit à la retraite au plus tôt à 60 ans révolus conformément à l'art. 5 de l'ordonnance sur la retraite des membres des catégories particulières de personnel (ORCPP - 172.220.111.35), soit en juin 2019. Si l'indemnité versée en vertu de l'art. 19 al. 3 LPers était lissée sur la durée restante prévisible des rapports de travail en l'absence d'invalidité, soit trois ans et cinq mois dès la fin du droit au salaire en janvier 2016, elle représenterait un montant mensuel de CHF 1'963.-, ce qui porterait les revenus mensuels du demandeur à CHF 7'615.-. Ce montant est

inférieur aux 100 % du gain dont il est présumé privé au sens de l'art. 77 RPEC. Partant, même à considérer que l'indemnité compense la perte de gain du recourant, elle ne lui confère pas un avantage injustifié lié à la survenance de son invalidité. Eu égard à ce qui précède, la défenderesse n'était pas fondée à tenir compte de l'indemnité versée par l'employeur du demandeur dans le calcul de la surindemnisation. Il lui incombe ainsi de verser la rente d'invalidité due au demandeur du 1er février au 30 novembre 2016, soit un montant de CHF 33'020.-.

E. 18

Le demandeur a conclu au versement d'intérêts moratoires à 5 % sur ce montant. En matière d'intérêts moratoires en prévoyance professionnelle, en l'absence d'une disposition réglementaire particulière s'appliquant à l'institution de prévoyance concernée, il convient d'appliquer les art. 102 et suivants du CO (arrêt du Tribunal fédéral 9C_222/2014 du 6 mai 2014 consid. 2), et l'institution de prévoyance est tenue de verser un intérêt moratoire à partir du jour de la poursuite ou du dépôt de

A/1336/2017 - 22/23 - la demande en justice sur le montant dû (ATF 137 V 373 consid. 6.6 ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_731/2016 du 14 juillet 2017 consid. 6). En l'espèce, la question des intérêts moratoires est cependant expressément réglée à l'art. 71 al. 2 RPEC, qui prévoit que si la défenderesse a versé des rentes trop basses, elle effectue sans délai le paiement complémentaire dû suite à la rectification, sans intérêts. Si la défenderesse est mise en demeure, elle paie des intérêts moratoires selon l'annexe 1. Le chiffre 3 de cette annexe fixe le taux d'intérêts à 2 % en cas de paiement complémentaire de prestations. La demeure suppose l'interpellation du créancier, qui est la déclaration expresse ou par acte concludant adressée par le créancier au débiteur par laquelle le premier fait comprendre au second qu'il réclame l'exécution de la prestation due. L'intérêt court dès le début de la demeure, soit le jour suivant la réception de l'interpellation du débiteur (Luc THEVENOZ, Commentaire romand, Code des obligations, vol. I, 2ème éd. 2012, nn. 16-17 ad art. 102 CO et n. 9 ad art. 104 CO). Le courrier du 21 novembre 2016 du demandeur à la défenderesse doit être considéré comme une telle interpellation. L'intérêt à 2 % court donc dès le lendemain de sa réception, soit à partir du 23 novembre 2016.

E. 19

La demande est admise conformément aux considérants qui précèdent. Contrairement aux autres branches des assurances sociales, la législation en matière de prévoyance professionnelle ne contient aucune disposition relative à la fixation des dépens pour la procédure devant le tribunal cantonal désigné pour connaître des litiges en matière de prévoyance professionnelle (cf. art. 73 al. 2 LPP). Il appartient par conséquent au droit cantonal de procédure de déterminer si et à quelles conditions il existe un droit à une indemnité de dépens (arrêt du Tribunal fédéral 9C_590/2009 du 26 mars 2010 consid. 3.1). Selon l'art. 89H al. 3 LPA, une indemnité est allouée au recourant qui obtient gain de cause. Les dépens sont fixés en fonction du nombre d'échanges d'écritures, de l'importance et de la pertinence des écritures, de la complexité de l'affaire et du nombre d'audiences et d'actes d'instruction (ATAS/334/2013). L'art. 6 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 (RFPA - E 5 10.03) prévoit que la juridiction peut allouer à une partie pour les frais indispensables occasionnés par la procédure, y compris les honoraires éventuels d'un mandataire, une indemnité de 200 à 10 000 F. En l'espèce, il se justifie d'allouer une indemnité de CHF 4'000.- au demandeur à

titre de dépens, qui sera supportée par la défenderesse. Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 73 al. 2 LPP).

A/1336/2017 - 23/23 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES
SOCIALES : Statuant conformément à l'art. 133 al. 2 LOJ À la forme :

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