

## **GE\_GERICHTE ATAS/58/2007 vom 24. Januar 2006**

GE Cour de justice, 2006-01-24, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_58\\_2007](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_58_2007)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/58/2007 du 24 janvier 2006

IT: GE\_GERICHTE ATAS/58/2007 del 24 gennaio 2006

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1er août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales, composé de 5 juges, dont un président et un vice-président, 5 suppléants et 16 juges assesseurs (art. 1 let. r et 56 T LOJ). Suite à l'annulation de l'élection des 16 juges assesseurs, par le Tribunal fédéral le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente permettant au Tribunal cantonal des assurances sociales de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

#### **E. 2**

Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. b LOJ, le Tribunal cantonal des assurances sociales 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 que des prétentions en responsabilité (art. 331 à 331e du Code des obligations du 30 mars 1911; art. 52, 56a al. 1, 73 al. 1 de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982 – LPP; art. 142 du Code civil suisse du 10 décembre 1907). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

#### **E. 3**

La nouvelle du 3 octobre 2003 modifiant la LPP (1ère révision) est entrée en vigueur le 1er janvier 2005 (sous réserve de certaines dispositions dont l'entrée en vigueur a été fixée au 1er avril 2004 et au 1er janvier 2006 [RO 2004 1700]), entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de la prévoyance professionnelle (RO 2004 1677). Sur le plan matériel, le point de savoir quel droit s'applique doit être tranché à la lumière du principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 126 V 136 consid. 4b et les références). En l'espèce, le présent litige concerne la suspension de la rente d'invalidité opérée dès novembre 2002 jusqu'à la date du jugement du Tribunal de céans. Etant donné que les faits déterminants se sont réalisés pour partie avant et après l'entrée en vigueur de la nouvelle, le droit aux prestations doit être examiné au regard de l'ancien droit pour la période jusqu'au 31 décembre 2004 et en fonction de la nouvelle réglementation légale après cette date. Dans la mesure où elles ont été modifiées par la nouvelle, les dispositions ci-après sont citées dans leur version antérieure au 1er janvier 2005.

#### **E. 4**

Il convient de relever que la défenderesse a établi à tort une décision sur opposition en application de l'art. 52 al. 2 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances

sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) puisque cette loi n'est pas applicable

A/1741/2005 - 8/15 - en matière de LPP. En effet, la LPGA coordonne le droit fédéral des assurances sociales en fixant les normes d'une procédure uniforme et en réglant l'organisation judiciaire dans le domaine des assurances sociales (art. 1 let. b LPGA). Ses dispositions sont applicables aux assurances sociales régies par la législation fédérale, si et dans la mesure où les lois spéciales sur les assurances sociales le prévoient (art. 2 LPGA). En l'espèce, contrairement aux autres lois régissant les assurances sociales, la LPP ne contient aucune disposition légale prévoyant expressément l'application générale de la LPGA, de sorte que cette législation n'est pas applicable à la LPP en dehors des cas visés par l'art. 34a LPP (et le renvoi des art. 18 let. c et 23 let. c LPP à l'art. 8 al. 2 LPGA; ATF 130 V 78 consid. 1.2; ATFA non publié du 25 juillet 2006, B.128/05, consid 1). En conséquence, il y a lieu de considérer le recours du 22 juin 2005 comme une demande en paiement. L'ouverture de l'action prévue à l'art. 73 al. 1 LPP n'est soumise, comme telle, à l'observation d'aucun délai (SPIRA, *Le contentieux des assurances sociales fédérales et la procédure cantonale*, Recueil de jurisprudence neuchâteloise, 1984, p. 19 ; SCHWARZENBACH-HANHART, *Die Rechtspflege nach dem BVG*, SZS 1983, p. 182). Le for de l'action est au siège ou domicile suisse du défendeur ou au lieu de l'exploitation dans laquelle l'assuré a été engagé (art. 73 al. 3 LPP). En l'espèce, tant le siège de la défenderesse que le lieu d'exploitation dans lequel le demandeur a exercé son activité se trouvent à Genève. La compétence *ratione materiae* et *loci* du Tribunal de céans est ainsi établie.

## **E. 5**

Est litigieuse la suspension pour cause de surindemnisation, dès novembre 2002, de la pension d'invalidité allouée par la défenderesse. a) Selon l'art. 24 OPP 2, 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 pour cent 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. Le revenu provenant d'une activité lucrative exercée par un assuré invalide est aussi pris en compte (al. 2). Depuis les modifications apportées à l'OPP 2 par la novelle du 28 octobre 1992 (entrée en vigueur le 1er janvier 1993), la rente pour l'épouse et les rentes pour enfants sont comptées à parts entières dans le calcul de surindemnisation (ATF 126 V 468, 122 V 316). La novelle du 11 septembre 2002, entrée en vigueur le 1er janvier 2003, n'a fait que préciser à l'art. 24 al. 3 OPP2 que les revenus de la veuve et de l'orphelin sont comptés ensemble.

A/1741/2005 - 9/15 - b) Par «gain annuel dont on peut présumer que l'intéressé est privé», 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 (ATF 125 V 164 consid. 3b, 123 V 197 consid. 5a, 209 consid. 5b et les références). Il s'agit du salaire hypothétique que l'assuré réaliserait sans invalidité, au moment où doit s'effectuer le calcul de surindemnisation (ATF 123 V 197 consid. 5a, 209 consid. 5b et les références) étant précisé que, dans le cadre d'un litige en matière de prévoyance professionnelle, l'état de fait déterminant est celui qui s'est produit

jusqu'à la date du jugement cantonal (ATF 130 V 79; RSAS 1999 p. 149). On rappellera qu'il existe une étroite relation entre le gain annuel présumé perdu (art. 24 OPP 2) et le revenu sans invalidité déterminant pour l'évaluation de l'invalidité (art. 28 al. 2 aLAI; art. 16 LPGA), lequel se déduit en principe du salaire réalisé en dernier lieu par l'assuré avant l'atteinte à la santé, en tenant compte de l'évolution des salaires (ATFA non publié du 22 mars 2004, B 98/03, consid. 4.2 et les références; cf. KIESER, ATSG Kommentar, note 12 ad art. 69). c) L'entrée en vigueur de la LPGA et les adaptations de la LPP y relatives n'ont pas modifié la situation juridique en ce qui concerne ces règles sur la surindemnisation. En particulier, l'art. 69 al. 2 LPGA n'est pas applicable à la prévoyance professionnelle (cf. ci-dessus, consid. 4. d) La réglementation ainsi décrite ne vaut toutefois que pour les prestations de la prévoyance professionnelle obligatoire. Pour ce qui est de la prévoyance plus étendue, les institutions de prévoyance restent libres de régler différemment la coordination avec d'autres assurances sociales (art. 49 al. 2 LPP; ATF 122 V 155 consid. 3d et les références citées), pour autant qu'elles respectent certains principes, notamment celui de la concordance des droits, qui a une portée générale (ATF 129 V 154 consid. 2.2). En effet, en vertu de l'art. 49 al. 1 LPP, les institutions de prévoyance peuvent adopter, dans les limites de la LPP, le régime de prestations, le mode de financement et l'organisation qui leur conviennent. Cependant, les dispositions de la LPP priment les dispositions établies par l'institution de prévoyance (art. 50 al. 3, 1ère phrase LPP). Lorsqu'elles adoptent dans leurs statuts ou règlements un certain système d'évaluation, elles doivent se conformer, dans l'application des critères retenus, aux conceptions de l'assurance sociale (ATF 111 V 239 consid. 1b) ou aux principes généraux (ATF 113 II 347 consid. 1a et les références citées). Autrement dit, si elles ont une pleine liberté dans le choix d'une notion, elles sont tenues de donner à celle-ci sa signification usuelle et reconnue en matière d'assurance.

## **E. 6**

Les prestations réglementaires allant au-delà des prestations minimales selon la LPP, il y a lieu d'examiner, dans un premier temps, si la réduction des prestations en cause est justifiée au regard des dispositions statutaires et réglementaires de l'institution de prévoyance. En cas de réponse affirmative, il conviendra alors de

A/1741/2005 - 10/15 - déterminer si la réduction porte atteinte aux exigences minimales de la LPP (prévoyance professionnelle obligatoire; art. 6 LPP), autrement dit si la recourante bénéficie au moins des prestations légales selon la LPP. Selon le Règlement de la Fondation de prévoyance (édition 2002; ci-après : Règlement), la Fondation réduit à due concurrence ses rentes d'invalidité ou de survivants dans la mesure où, ajoutées aux rentes d'invalidité ou de survivants de l'assurance-vieillesse et survivants ainsi que de l'assurance-invalidité, de l'assurance-accidents, de l'assurance militaire, ou éventuellement au salaire réalisé par le bénéficiaire d'une rente d'invalidité totale ou partielle, elles excèdent le 100% du traitement brut, allocations familiales comprises (art. 23 al. 1 et 2). Par salaire considéré selon le présent règlement, il faut entendre le salaire déterminant au sens de l'AVS (art. 6 al. 1). Les éléments de salaire de nature occasionnelle tels qu'allocations supplémentaires en cas de mariage, naissance, primes particulières pour travail spécial (dimanche, nuit, déplacement, présentant des inconvénients ou des nuisances, etc.) ne sont pas pris en compte (art. 6 al. 2). L'art. 23 al. 3 du même règlement précise, notamment, que le montant de la réduction sera revu chaque année, compte tenu de l'évolution des prestations, d'une part, ou de la perte ou encore de l'ouverture du droit à une prestation, d'autre part. Etant donné que la défenderesse a suspendu la rente d'invalidité du demandeur dès le 1er novembre 2002, il y a lieu

d'examiner le calcul de surindemnisation tel qui se présentait en 2002. D'une part, le demandeur était au bénéfice d'une pension annuelle d'invalidité de la défenderesse de 15'672 fr., d'autre part, il recevait de l'assurance-invalidité une rente mensuelle de 921 fr., soit 11'052 fr. par année, enfin, l'assurance-accidents lui allouait une rente mensuelle de 2'934 fr, respectivement de 35'208 fr. par année, soit un cumul de prestations de 61'932 fr. par année. Quant à la limite de surindemnisation, selon le règlement, elle correspond au 100% du traitement brut, allocations familiales comprises, à savoir du salaire déterminant au sens de l'AVS sans les indemnités occasionnelles. Conformément à la jurisprudence, il y a lieu de déterminer ce revenu en se basant sur le salaire réalisé en dernier lieu par l'assuré avant l'atteinte à la santé, en tenant compte de l'évolution des salaires jusqu'au moment du calcul de surindemnisation. La défenderesse a retenu qu'avant son accident, le demandeur travaillait environ 16 nuits par mois ce qui représentait 172 nuits de 10 heures par année après déduction des jours fériés, des vacances et des ponts. Etant donné que le demandeur ne conteste pas ces chiffres, il convient de s'y référer pour établir son revenu en 2002 en tant qu'infirmier assistant veilleur de nuit. La convention collective de travail (édition 1998 en vigueur jusqu'au 31 décembre 2003; CCT) conclue entre la Fédération genevoise des établissements médico- sociaux (FEGEMS) et les syndicats a été ratifiée par l'ancien employeur (cf. annexe

A/1741/2005 - 11/15 - 1 CCT). Elle prévoit qu'une indemnité correspondant à celle des établissements publics et médicaux (EPM) est versée pour chaque heure de travail effectuée entre 20h00 et 07h00 ainsi que pour chaque heure de travail effectuée le samedi, le dimanche et les jours fériés. Toutefois, ces deux indemnités ne peuvent pas être cumulées (art. 4.1.1). Le salaire des employés-es est fixé par analogie à ceux de l'échelle des salaires de l'Etat de Genève (art. 6.1). La prime de fidélité est versée la première fois dès la 5ème année de service révolue à raison de 30% du salaire mensuel en vigueur pour les classes 4 à 8, respectivement à raison de 15% pour les classes 9 à 33. Elle est augmentée de 5% chaque année pour atteindre 100% du salaire de base mensuel en vigueur (art. 6.2). Selon l'annexe 3 du Règlement (édition janvier 2001 en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002), l'infirmier assistant est en classe 8. Sur demande du Tribunal, la défenderesse a indiqué que le salaire du demandeur aurait été en 2002 de 66'365 fr. (classe 10 annuité 5) plus 12'040 fr. d'indemnité pour travail de nuit (172 nuits x 10 heures x 7 fr.), en 2003 de 68'848 fr. (classe 10 annuité 6) plus 12'212 fr. d'indemnité pour travail de nuit (172 x 10 x 7.10), en 2004 de 70'420 fr. (classe 10 annuité 7) plus 12'212 fr. d'indemnité pour travail de nuit. Le demandeur conteste ces chiffres en relevant que, lors de l'introduction de la CCT en 1992, il avait totalisé six années de service dans l'entreprise et qu'il n'aurait pas été engagé avec annuité 0. Selon le règlement d'application de la loi concernant le traitement et les diverses prestations alloués aux membres du personnel de l'Etat et des établissements hospitaliers (RTrait), la personne candidate ayant acquis antérieurement à son engagement une expérience utiles au poste peut bénéficier d'une majoration du traitement initial correspondant à une annuité de la classe d'engagement par année d'expérience reconnue. Les années d'expérience sont prises en considération à partir de l'âge de 18 ans; les fractions d'année n'entrent pas en ligne de compte; le nombre d'annuités qui peut ainsi être octroyé est limité à 10 (art. 3 al. 2). En conséquence, en ayant commencé à travailler en septembre 1986 à l'EMS VAL FLEURY, le demandeur aurait eu en 1992, lors de l'entrée en vigueur de la CCT, cinq années d'expérience utile au poste et aurait donc été engagé en classe 8 annuité 5, de sorte que, selon le tableau de la défenderesse, il aurait obtenu en 2002 un salaire de 69'920 fr. (69'609 + 70'231 : 2) correspondant à la classe 8 annuité 12. En effet, selon les

indications données par la FEGEM, il ressort de l'annexe 3 à la CCT que la fonction d'infirmier assistant a été réévaluée en classe 10 dès le 1er janvier 2003 et non pas en 2002 comme mentionné par la défenderesse. En conséquence, il faut admettre qu'en 2002, le demandeur aurait reçu un salaire de 69'920 fr. plus 12'040 fr. d'indemnité pour travail de nuit, soit un revenu annuel de 81'960 fr. plus une prime de fidélité qu'il n'est pas nécessaire de calculer. En effet, les rentes d'invalidité versées par les trois assurances sociales pour un montant annuel cumulé de 61'932 fr. sont manifestement inférieures au montant de 81'960 fr. sans même

A/1741/2005 - 12/15 - prendre en considération la prime de fidélité. En définitive, selon le Règlement de la Fondation, la limite de surindemnisation correspond au 100% du traitement brut, allocations familiales comprises, à savoir au salaire déterminant au sens de l'AVS. Selon l'art. 7 du règlement de l'assurance vieillesse et survivants (RAVS), le salaire déterminant au sens de l'AVS comprend notamment le salaire proprement dit, y compris les indemnités pour heures supplémentaires, le travail de nuit et en remplacement (let. a). En conséquence, il ressort de cette disposition que les indemnités pour travail de nuit font partie du traitement brut servant de limite au calcul de surindemnisation. Contrairement à ce que prétend la défenderesse, chez un veilleur de nuit, les indemnités pour travail de nuit ne sont pas des éléments de salaire de nature occasionnelle puisque, par définition, le veilleur de nuit travaille exclusivement la nuit et ceci, même si elles sont énumérés dans les exemples des allocations supplémentaires n'étant pas prises en compte. En effet, les exemples de l'art. 6 al. 2 Règlement concernent des activités occasionnelles et non pas des activités régulières. En conséquence, il faut comprendre que les indemnités pour travail de nuit ne sont pas prises en considération dans le traitement brut lorsqu'elles sont allouées à un employé qui travaille exceptionnellement de nuit, mais, en revanche, elles en font partie lorsqu'elles sont versées à un veilleur de nuit qui travaille exclusivement la nuit.

## **E. 7**

Il y a également lieu de procéder à un calcul de surindemnisation pour les années 2004 et 2005 puisque le demandeur reçoit, en plus de ses rentes d'invalidité, des rentes entières pour trois enfants. En outre, il aurait connu une promotion puisque le poste d'infirmier assistant a été réévalué en classe 10 en 2003. Selon l'art. 8 al. 4 let. b RTrait, la promotion donne lieu immédiatement à l'octroi d'une augmentation extraordinaire de traitement qui correspond à une double annuité et un coulissement dans la nouvelle classe ou dans la classe la plus proche lorsque la nouvelle fonction est située 2 classes au-dessus de la fonction antérieure. En conséquence, en 2004, le demandeur aurait reçu un salaire de 76'375 fr. ( $76'333 + 76'416 : 2$ ) correspondant à la classe 10 annuité 11 plus 12'212 fr. d'indemnité pour travail de nuit, soit au total 88'587 fr. sans tenir compte de la prime de fidélité. Quant aux diverses rentes d'invalidité, l'assurance-invalidité lui a versé une rente de 969 fr. par mois, respectivement de 11'628 fr. par année, une rente de 387 fr. par mois pour sa fille Diana Eneas, respectivement de 4'644 fr. par année, une rente de 387 fr. par mois dès le 1er septembre 2004 pour chacun des deux enfants de sa femme, soit 3'096 fr. par année, alors que l'assurance-accidents lui a alloué une rente mensuelle de 2'969 fr. par mois, respectivement de 35'628 fr. par année et la défenderesse une pension annuelle d'invalidité de 15'672 fr, soit au total 70'668 fr. Il y a lieu de relever que, dès le 1er février 2004, la question de l'allocation familiale se pose pour la fille du demandeur Diana Eneas et, dès le mois de juin 2004, pour les deux enfants de sa femme nés en 1993 et 1997 puisque cette dernière est venue s'établir à Genève avec ses enfants le 3 juin 2004. Toutefois, le Tribunal

ne dispose

A/1741/2005 - 13/15 - pas des éléments nécessaires pour déterminer si c'est le demandeur ou sa femme qui a droit à des allocations familiales. Il n'est pas nécessaire de procéder à un complément d'instruction à ce sujet puisque, de toute façon, même sans tenir compte de ces allocations et de la prime de fidélité, il n'y a manifestement aucune surindemnisation, le cumul des rentes qui s'élève à 70'688 fr. étant nettement inférieur au traitement brut de 88'587 fr. En 2005, le demandeur aurait été en classe 10 annuité 12 et aurait obtenu un salaire de 78'498 fr. plus 12'212 fr. d'indemnité pour travail de nuit, soit au total 90'710 fr. sans tenir compte de la prime de fidélité. Quant aux rentes d'invalidité, il a reçu une pension annuelle d'invalidité de la défenderesse de 15'672 fr., une rente mensuelle de l'assurance-invalidité de 987 fr. respectivement 11'844 fr. par année, trois rentes mensuelles pour enfant de 387 fr. jusqu'au 31 mars 2005, puis 395 fr. versées dès le 1er avril 2005, respectivement de 14'148 fr. par année (3'483 + 10'665), enfin, une rente mensuelle de l'assurance-accidents de 3'010 fr, respectivement de 36'120 fr. par année, soit un cumul de prestations de 77'784 fr. par année. La comparaison entre le revenu hypothétique et le cumul des rentes ne révèle aucune surindemnisation puisque le cumul des rentes d'invalidité s'élevant à 77'784 fr. est inférieur au revenu de 90'710 fr. qui, de plus, n'englobe pas la prime de fidélité et les allocations familiales. Etant donné que, sur la base du Règlement de la Fondation, le demandeur a droit au versement d'une pension d'invalidité non réduite de la part de la défenderesse, il n'est pas nécessaire d'examiner si une réduction est justifiée au regard des exigences minimales de la LPP.

## **E. 8**

Compte tenu de ce qui précède, la demande doit être admise et la défenderesse condamnée à reprendre dès le 1er novembre 2002 le versement de sa pension d'invalidité non réduite de 1'306 fr. par mois, avec intérêts à 5% l'an dès le 23 mai 2005 (cf. art. 105 al. 1 CO). En effet, conformément à la jurisprudence, on admettra que la Fondation est tenue de verser un intérêt moratoire à partir du 23 mai 2005, date de la demande en justice, sur les prestations qui sont dues au demandeur; le taux de l'intérêt est fixé à 5% en l'absence de dispositions statutaires de la Fondation sur ce point (cf. ATF 119 V 131; RSAS 1997 p. 470 consid. 4; ATFA non publié du 26 janvier 2006, B 25/04, consid. 4.4). Le demandeur obtenant gain de cause, une indemnité de 1'500 fr. lui sera accordée à titre de participation à ses frais et dépens (art. 89H al. 3 LPA). En effet, selon la jurisprudence (ATF 126 V 11 consid. 2), peuvent également prétendre à des dépens les assurés qui sont représentés par le Service juridique de la Fédération suisse pour l'intégration des handicapés (SVR 1997 IV no 110 p. 341), Pro Infirmis (arrêt non publié K. du 30 avril 1998), l'Union Helvetia (arrêt non publié B. du 3 février 1995), le Syndicat industrie et bâtiment (arrêt non publié S. du 18 octobre 1982), un médecin (consid. 7 non publié de l'arrêt ATF 122 V 230), la rédaction du Schweizerischer Beobachter (arrêt non publié H. du 15 février 1999), le Patronato INCA (arrêt non publié G. du 19 novembre 1998), CARITAS (arrêt non publié

A/1741/2005 - 14/15 - P. du 28 mai 1998), diverses communautés de travail de malades et d'invalides (consid. 4 non publié dans Praxis 1998 no 59 p. 374; arrêts non publiés S. du 28 novembre 1989 et H. du 7 mars 1986), l'avocat d'une assurance de protection juridique (arrêt non publié H. du 27 janvier 1992), le Centro Consulenze (arrêt non publié F. du 6 avril 1990) et l'association Schweizerische Multiple Sklerose (arrêt non publié S. du 3 février 1999). Pour le surplus, la procédure est gratuite.

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