

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3529/2007

ATAS/477/2008

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 1

du 22 avril 2008

En la cause

Monsieur S_____, domicilié à VALLEIRY, représenté par
ASSUAS Association
suisse des assurés

recourant

contre

CAISSE DE PENSIONS CFF, sise Zieglerstrasse 29,
3000 BERNE 65, comparant avec élection de domicile en
l'étude de Maître PFULG Alain

intimée

**Siégeant : Doris WANGELER, Présidente; Violaine LANDRY ORSAT et Christine
TARRIT-DESHUSSES, Juges assesseurs**

EN FAIT

1. Monsieur S _____, travaillait à plein temps depuis le 1^{er} mars 1983 auprès des CFF en qualité d'ouvrier spécialiste d'abord, puis de mécanicien de locomotive. Il était affilié en tant que tel auprès de la CAISSE DE PENSIONS CFF (ci-après la caisse).
2. L'intéressé a effectué deux retraits les 1^{er} septembre 1997 et 3 octobre 2002 dans le cadre de l'encouragement à la propriété du logement, respectivement de 131'043 fr. 95 et de 51'737 fr. 75, soit au total 182'781 fr. 70.
3. Par décision du 4 mai 2006, l'Office cantonal de l'assurance-invalidité (ci-après : l'OCAI) lui a reconnu un degré d'invalidité de 100% et l'a mis au bénéfice d'une rente entière d'invalidité depuis le 1^{er} janvier 2005.
4. Par communication du 2 février 2006, la caisse l'a informé qu'il avait droit à une pension LPP dès le 1^{er} février 2006, assortie de pensions pour ses quatre enfants, nés les 25 septembre 1988, 8 septembre 1989, 2 décembre 1994 et 13 novembre 1997.
5. Par courrier du 19 mars 2007, la caisse a signalé à l'intéressé qu'elle avait commis une erreur dans le calcul de sur-indemnisation, n'ayant pas pris en considération le fait que c'était Madame S _____, sa première épouse, mère de ses deux fils aînés, qui recevait les allocations pour charge d'assistance. Elle a ainsi constaté que des prestations pour un montant de 2'959 fr. 60 lui avaient été versées en trop du 1^{er} février 2006 au 31 mars 2007, et lui a réclamé la restitution de la somme de 2'663 fr. 65, soit 2'959 fr. 60 + l'impôt à la source de 10%.
6. L'intéressé s'est acquitté de ce montant par versements échelonnés.
7. Par courriers du 20 juin 2007 adressés à Madame S _____ et aux deux fils aînés, la caisse a indiqué qu'elle avait actualisé le calcul de la sur-indemnisation au 1^{er} juillet 2007, en application de son nouveau règlement de prévoyance. Elle a précisé qu'elle saisissait l'occasion pour contrôler si l'ensemble des revenus de l'intéressé dépassait le 90% du salaire qu'il aurait pu réaliser sans invalidité, ajoutant que ses prestations seraient réduites pour la part excédante. Elle a, par ailleurs, déclaré que le calcul de la sur-indemnisation tenait compte des prestations auxquelles il aurait droit, comme s'il n'avait jamais retiré de capital pour l'encouragement à la propriété du logement. Le calcul effectué par la caisse a donné une sur-indemnisation annuelle de 33'784 fr. 80.
8. Les 28 et 29 juin 2007, l'intéressé a contesté ce chiffre et prié la caisse de pension de "revoir sa décision".

9. La caisse a alors procédé à un nouveau calcul, selon une méthode plus favorable aux assurés, pour tenir compte du prélèvement de capital en procédant à son convertissement en rente viagère, et a ainsi obtenu une sur-indemnisation annuelle de 11'325 fr. 60. Elle en a informé l'intéressé par courrier du 26 juillet 2007.
10. Un nouveau calcul de sur-indemnisation est intervenu au 1^{er} octobre 2007, celui des fils né le 8 septembre 1989 ayant atteint sa majorité et ne poursuivant ni études, ni apprentissage, de sorte qu'aucune sur-indemnisation ne devait plus être comptée dès cette date. L'intéressé en a été informé par courrier du 2 octobre 2007.
11. L'intéressé, représenté par l'ASSUAS, a "interjeté recours contre les décisions des 26 juillet et 7 août 2007 de l'OCAI", indiquant que :

"La décision entreprise est querellée, dans la mesure où elle ne tient aucun compte de la situation de fait, telle qu'elle a été dûment constatée par les médecins traitants de l'assuré. En outre, la décision de base de la caisse de pension des CFF, soit celle du 19 mars 2007, n'a pas été notifiée au recourant. Cette manière d'instruire procède d'une "violation flagrante du droit d'être entendu". Il conclut dès lors à l'annulation des décisions entreprises et à ce qu'il soit dit et constaté qu'il ne saurait voir ses prestations de deuxième pilier de l'année 2007 être diminuées par rapport à celles dont il bénéficiait en 2006.
12. Dans sa réponse du 27 novembre 2007, la caisse, représentée par Me Alain PFULG, avocat à Berne, a expliqué comment les divers calculs de sur-indemnisation avaient été effectués et les réductions de prestations qui en ont résulté. Elle rappelle, par ailleurs, qu'elle n'est pas habilitée à rendre des décisions proprement dites. Elle conclut enfin au rejet de la demande.
13. Les écritures de la caisse ont été communiquées au mandataire de l'intéressé. Celui-ci ne s'est pas manifesté dans le délai qui lui a été imparti pour répliquer au 4 janvier 2008.
14. Sur ce, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. 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 qu'aux prétentions en responsabilité (art. 331 à 331e du code des obligations ; art. 52, 56a, al. 1, et art. 73 LPP ; art. 142 code civil).
2. Aux termes de l'art. 73 al. 1 LPP, chaque canton désigne un tribunal qui connaît, en dernière instance cantonale, des contestations opposant institutions de prévoyance,

employeurs et ayants droit. Les décisions des tribunaux cantonaux peuvent être déferées au Tribunal fédéral des assurances par la voie du recours de droit administratif (art. 73 al. 4 LPP).

La compétence du Tribunal de céans pour juger du cas d'espèce est dès lors établie.

3. L'art. 73 LPP constitue une réglementation spéciale, dérogeant à l'OJ, dans la mesure où il supprime implicitement une des conditions ordinaires de recevabilité du recours de droit administratif, à savoir l'existence d'une décision fondée sur le droit public fédéral (arrêt non publié du 25 janvier 2000, B 37/99 Kt ; ATF 114 V 105 consid. 1b).

La caisse n'avait en conséquence pas, contrairement à ce que soutient l'intéressé, à lui notifier de décision. Aussi le "recours" interjeté par l'intéressé vaut-il action au sens de l'art. 73 LPP.

4. 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). L'action déposée par l'intéressé est dès lors recevable.
5. La loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA) entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003 n'est pas applicable aux litiges en matière de prévoyance professionnelle.
6. a) Il s'agit préalablement de déterminer l'objet du litige. L'objet du litige dans la procédure administrative subséquente est le rapport juridique qui - dans le cadre de l'objet de la contestation déterminé par la décision - constitue, d'après les conclusions du recours, l'objet de la décision effectivement attaqué.
6. b) Dans sa demande, l'intéressé indique interjeter recours contre "des décisions de l'OCAI" (sic !) et dit les contester, "dans la mesure où elles ne tiennent aucun compte de la situation de fait, telle qu'elle a été dûment constatée par les médecins traitants de l'assuré". Le Tribunal de céans constate cependant que ce reproche fait à la caisse est incompréhensible puisqu'un degré d'invalidité de 100% lui a précisément été reconnu.
6. c) Il se plaint également d'une violation du droit d'être entendu.

La jurisprudence, rendue sous l'empire de l'art. 4 aCst. et qui s'applique également à l'art. 29 al. 2 Cst. (ATF 129 II 504 consid. 2.2, 127 I 56 consid. 2b, 127 III 578 consid. 2c, 126 V 130 consid. 2a), a déduit du droit d'être entendu, en particulier, le droit pour le justiciable de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, celui de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur le sort de la décision, celui d'avoir accès au dossier, celui de participer à l'administration

des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (ATF 126 I 16 consid. 2a/aa, 124 V 181 consid. 1a, 375 consid. 3b et les références). Le droit d'être entendu est une garantie constitutionnelle de caractère formel, dont la violation doit entraîner l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recourant sur le fond (ATF 127 V 437 consid. 3d/aa, 126 V 132 consid. 2b et les arrêts cités).

Aucune décision n'ayant à être rendue par la caisse, l'intéressé ne saurait invoquer le droit d'être entendu.

Quoi qu'il en soit, selon la jurisprudence, la violation du droit d'être entendu - pour autant qu'elle ne soit pas d'une gravité particulière - est réparée lorsque la partie lésée a la possibilité de s'exprimer devant une autorité de recours jouissant d'un plein pouvoir d'examen. Or, en l'espèce, alors qu'un délai lui a été imparti afin qu'il puisse, dans le cadre de la réplique, et compte tenu des explications fournies par la caisse dans son mémoire de réponse, expliquer pour quelles raisons il entendait actionner en justice cette dernière et motiver sa demande, l'assuré ne s'est pas manifesté.

6. d) Il y a enfin lieu d'observer que l'intéressé conclut à l'annulation desdites décisions, au motif "qu'il ne saurait voir ses prestations de deuxième pilier de l'année 2007 être diminuées par rapport à celles dont il bénéficiait en 2006".

Le Tribunal de céans en déduit qu'il conteste en réalité, ce pour le moins implicitement, les calculs de sur-indemnisation ayant conduit à des réductions de ses prestations.

7. L'intéressé a été mis au bénéfice d'une rente entière d'invalidité depuis le 1^{er} janvier 2005 et d'une pension LPP dès le 1^{er} février 2006.
8. 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 nouvelle 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).

Par « gain annuel dont on peut présumer que l'intéressé est privé », il faut entendre le salaire hypothétique que l'assuré réaliserait sans invalidité. Cela peut conduire, après la fixation de la rente, à une modification du calcul de surindemnisation si l'on peut admettre, concrètement, que le montant de ce revenu hypothétique se serait modifié de manière importante (ATF 123 V 209 consid. 5b; 122 V 154 consid. 3c). Il y a une modification importante s'il en résulte une adaptation des prestations de 10 % au moins (ATF 123 V 201 consid. 5d, 211 consid. 6c/bb). 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).

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).

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 réglementaires de l'institution de prévoyance, puis de déterminer si la réduction s'impose en application des exigences minimales de la LPP (prévoyance professionnelle obligatoire; art. 6 LPP), autrement dit si le demandeur bénéficie au moins des prestations légales selon la LPP.

9. En l'espèce, une première correction a été apportée en mars 2007 par la caisse, du fait que les allocations pour charge d'assistance des fils aînés issus du premier mariage avaient initialement été retenues dans le calcul du montant du salaire dont l'intéressé a vraisemblablement été privé. Cette correction n'a pas été contestée, l'intéressé ayant remboursé à la caisse le montant ainsi trop perçu.
10. Un nouveau règlement a été adopté par le conseil de fondation de la caisse le 29 juin 2006 (ci-après règlement 2007) et est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2007. Il remplace les dispositions d'exécution du précédent règlement, qui était entré en

vigueur le 1^{er} janvier 2004, et était dès lors applicable au moment de l'octroi de la pension d'invalidité.

Aux termes de l'art. 25 du règlement 2007 :

1° La caisse réduit les prestations d'invalidité et de survivants déterminées selon le présent règlement dans la mesure où, ajoutées aux autres revenus pris en compte, elles dépassent le 90 pour cent du salaire annuel brut que réaliserait l'intéressé s'il était resté en activité, augmenté des éventuelles allocations familiales.

2° Les revenus pris en compte sont :

a) les prestations de l'AVS et de l'AI

(...)

i) les revenus provenant d'une activité lucrative d'un invalide complet, dans la mesure où ces deniers dépassent la moitié de la rente complète maximale AVS.

(...)

6° En cas de réduction de prestations dans le cadre d'un divorce ou de l'encouragement à la propriété du logement, les prestations déterminantes prises en compte sont celles qui auraient été dues si l'assuré n'avait pas subi de réduction.

7° Pour le calcul de surindemnisation, les prestations en capital sont transformées en pensions selon les bases techniques de la caisse.

(...)

9° Le montant de la réduction est réexaminé périodiquement et adapté lorsque la situation se modifie de manière substantielle.

L'art. 66 du règlement 2007 précise que:

1° La surindemnisation est recalculée lorsque la situation d'un bénéficiaire de pensions change de manière significative. Le calcul s'effectue selon le nouveau règlement.

2° Après l'entrée en vigueur du nouveau règlement et dans le souci de traitement égalitaire, la surindemnisation est recalculée selon le nouveau règlement pour toutes les pensions d'invalidité en cours et adaptée au 1^{er} juillet 2007.

Il y a lieu de constater que le règlement 2004 ne prévoyait pas la prise en compte du retrait anticipé (art. 13 du règlement 2004), ce contrairement au règlement 2007 (art. 25 al. 6).

11. La caisse a enfin procédé à un nouveau calcul de surindemnisation au 1^{er} octobre 2007, en raison de la suppression de la rente de l'enfant né le 8 septembre 1989, celui-ci ayant atteint la majorité et ne suivant ni étude ni apprentissage.
12. Force est de constater que les calculs auxquels a procédé la caisse l'ont été, à chaque fois, conformément aux dispositions légales et réglementaires applicables, étant précisé que la solution retenue en dernier lieu par la caisse est plus favorable à l'intéressé que celle prévue par l'art. 25 al. 6 du règlement 2007.
13. On ne voit pas à cet égard, faute de collaboration de l'intéressé, sur quelle base les calculs pourraient être critiqués. On peut à cet égard rappeler à l'intéressé que les parties ont l'obligation de collaborer à l'instruction de l'affaire et d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuves (ATF 125 V 195 consid. 2 et les références). Le devoir du juge de constater les faits pertinents ne dispense pas les parties de collaborer à l'administration des preuves en donnant des indications sur les faits de la cause ou en désignant des moyens de preuve (ATF 130 I 184 consid. 3.2, 128 III 411 consid. 3.2.1 et 412 ss consid. 3.2.2). Si le principe inquisitoire dispense les parties de l'obligation de prouver, il ne les libère pas du fardeau de la preuve. En effet, en cas d'absence de preuve, c'est à la partie qui voulait en déduire un droit d'en supporter les conséquences (ATF 117 V 264 consid. 3), sauf si l'impossibilité de prouver un fait peut être imputée à l'adverse partie (ATF 124 V 375 consid. 3; RAMA 1999 n° U 344, p. 418 consid. 3, ATFA non publié du 21 novembre 2001, U 58/01, consid. 4a).
14. Selon la réglementation légale et la jurisprudence, les assureurs sociaux qui obtiennent gain de cause devant une juridiction de première instance n'ont pas droit à une indemnité de dépens, sauf en cas de recours téméraire ou interjeté à la légère par l'assuré ou lorsque, en raison de la complexité du litige, on ne saurait attendre d'une caisse qu'elle se passe des services d'un avocat indépendant; cela vaut également pour les actions en matière de prévoyance professionnelle (ATF 126 V 149 consid. 4, 106 V 123 consid. 3).
15. Aussi le recours, mal fondé, est-il rejeté.

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. Le 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 auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

La Présidente

Marie-Louise QUELOZ

Doris WANGELER

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