Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicuranzas

Cour des assurances sociales
du Tribunal fédéral

Cause
{T 7}
B 71/04

Arrêt du 19 novembre 2004
IIe Chambre

Composition
MM. les Juges Borella, Président, Schön et Frésard. Greffier : M. Métral

Parties
M._____, recourant,

contre

FONDATION DE PREVOYANCE Z._____, intimée, représentée par Me Jacques-André Schneider, avocat, rue du Rhône 100, 1204 Genève

Instance précédente
Tribunal administratif de la République et canton de Genève, Genève

(Jugement du 11 mai 2004)

Faits:
A.
M._____ a travaillé pour la Société anonyme Z._____ (ci-après : Z._____ SA) du 2 août 1995 au 27 février 2000. A ce titre, il était affilié à la Fondation de prévoyance Z._____. Le salaire mensuel brut convenu était de 3100 fr. (37 200 fr. par an), pour un taux d'occupation de 50 %.

Parallèlement à cette activité, le prénommé a fondé, le 15 janvier 1996, une société à responsabilité limitée, X._____ Sàrl, dont il est associé-gérant, avec son épouse. La société a pour but «toutes activités de services et de conseils en matière d'options suisses et étrangères, de fonds de placements, d'assurances, ainsi que de gestion de fortune». Le capital social est de 20 000 fr., dont une part de 19 000 fr. au nom de M._____.

Le 6 juillet 2000, celui-ci a déposé une demande de prestations à l'Office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud. L'Office l'a reconnu totalement incapable de travailler dès le 28 février 2000 et lui a alloué une rente entière d'invalidité avec effet dès le 1er février 2001 (décision du 21 mars 2002). Cette rente, d'un montant de 1714 fr., était complétée d'une rente pour conjoint de 514 fr., et de deux rentes pour enfant de 686 fr. chacune, soit un total de 3600 fr. A la suite de cette décision, la Fondation de prévoyance Z._____ a informé l'assuré qu'elle lui allouerait des prestations réduites, en vue d'éviter une surindemnisation, selon le calcul suivant :

«Salaire mensuel assuré (mi-temps) Fr. 3'100,00
dont 90 % Fr. 2'790.00
Rente AI 50 % (Fr. 1'800.00)

Total Fr. 990.00»
Les prestations se composeraient d'une rente d'invalidité de 767 fr. et de deux rentes pour enfant de 111 fr. chacune, dès le 1er mars 2002. Pour la période antérieure, il convenait d'intégrer dans le calcul de surindemnisation des indemnités journalières d'assurance-maladie, ce qui réduisait à zéro les prétentions de M._____ envers l'institution de prévoyance.
Par lettre du 5 juin 2002, l'assuré contesta ce calcul au motif qu'il ne tenait pas compte d'un revenu annuel de 72 000 fr. pour son activité au sein de X._____ Sàrl. A la demande de la Fondation de prévoyance Z._____, il produisit notamment un certificat d'assurance attestant l'affiliation de X._____ Sàrl à la Fondation collective LPP Vaudoise assurances, à laquelle un salaire annuel de 72 000 fr. avait été annoncé en sa faveur, dès le 1er janvier 2000. La Fondation de prévoyance Z._____ réexamina le droit aux prestations litigieuses. Elle considéra que le revenu allégué de 72 000 fr. par an n'était pas suffisamment établi; par ailleurs, la totalité de la rente allouée par l'assurance-invalidité devait être prise en compte dans le calcul de surindemnisation, et non une demi-rente d'invalidité seulement. Il en résultait que l'assuré ne pouvait prétendre aucune prestation de prévoyance et qu'il aurait à rembourser les montants versés à tort pour les mois de mars 2002 à mars 2003, soit 12 870 fr. (lettre du 3 mars 2003).
B.
Le 1er juillet 2003, M._____ a ouvert action devant le Tribunal administratif du canton de Genève contre la Fondation de prévoyance Z._____. Il concluait au paiement, par la fondation, d'une rente d'invalidité et de rentes pour enfant d'un montant total de 1566 fr. par mois, avec effet dès le 1er mars 2002, ainsi qu'au paiement de 4661 fr. pour la période du 1er février 2001 au 26 février 2002. La Fondation de prévoyance Z._____ a conclu au rejet de l'action et demandé, à titre reconventionnel, que M._____ soit condamné à lui rembourser un montant de 12 870 fr., avec intérêt à 5 % dès le 4 avril 2003.

Par jugement du 11 mai 2004, le Tribunal administratif du canton de Genève a rejeté les conclusions de M._____, qu'elle a condamné au paiement de 12 870 fr. à la Fondation de prévoyance Z._____.
C.
L'assuré interjette un recours de droit administratif contre ce jugement, dont il demande l'annulation; il prend les mêmes conclusions condamnatoires qu'en instance cantonale. L'intimée conclut au rejet du recours, alors que l'Office fédéral des assurances sociales a renoncé à se déterminer, se limitant à souligner le caractère sommaire de l'argumentation du recourant. Par acte du 16 octobre 2004, M._____ a complété son recours et produit de nouvelles pièces à titre de moyens de preuve.

Considérant en droit:
1.
Le litige porte sur le point de savoir si l'intimée est en droit de refuser ses prestations, pour cause de surindemnisation, et le cas échéant, d'exiger le remboursement des montants déjà versés au recourant.
2.
2.1 Selon l'art. 24 al. 1 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. Sont considérés 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 (art. 24 al. 2 OPP 2).

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 les règles sur la surindemnisation. L'art. 34a al. 1 et 2 LPP (relatif notamment à la coordination) et l'art. 34 al. 2 LPP dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002 ont le même contenu matériel en ce domaine. L'art. 69 al. 2 LPGA n'est pas applicable à la prévoyance professionnelle (ATF 130 V 78).
2.2 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). Pour définir cette notion, elle s'est notamment référée aux anciens art. 45 LAI et 39bis RAI qui traitaient du calcul de la surindemnisation en cas de concours des prestations de l'assurance-invalidité avec celles d'autres assurances sociales et qui, fixant la limite de la surindemnisation au montant du gain annuel présumé perdu, définissaient celui-ci comme le revenu annuel du travail que l'assuré aurait pu obtenir s'il n'était pas devenu invalide (voir ATF 122 V 154 consid. 3c). En ce sens, il existe une étroite relation entre le gain annuel dont on peut présumer que l'intéressé est privé et le revenu sans invalidité déterminant pour l'évaluation de l'invalidité (arrêts S. du 22 mars 2004 [B 98/03], consid. 4.2 et T. du 17 octobre 2003 [B 80/01]consid. 5.2.1; cf. également Ueli Kieser, ATSG Kommentar, no 12 ad art. 69).

On ajoutera que dans le cas de plusieurs activités à temps partiel, le gain dont on peut présumer que l'intéressé est privé comprend la perte de gain provenant de l'ensemble de ces activités. Peu importe qu'il s'agisse d'une activité dépendante ou indépendante (ATF 126 V 93; voir aussi Isabelle Vetter-Schreiber, Ueberentschädigung/Ungerechtfertigte Vorteile, in : Schaffhauser/Sauffer [éd.], Neue Entwicklungen in der beruflichen Vorsorge, Saint-Gall 2000, p. 147). Mais le salaire fixé dans le contrat de travail ne sera pris en considération, en règle générale, que s'il a réellement été perçu par le travailleur durant une période plus ou moins longue. Il s'agit, en effet, de prévenir les abus qui pourraient résulter d'un accord fictif entre un employeur et un travailleur au sujet du salaire que le premier s'engage à verser au second (surtout lorsque le travailleur est en réalité son propre employeur, par l'intermédiaire d'une personne morale qu'il dirige). Ces principes développés en ce qui concerne l'accomplissement d'une période de cotisation dans l'assurance-chômage (DTA 1995 no 15 p. 79; voir aussi DTA 1999 no 7 p. 28 consid. 1), puis transposés dans la prévoyance professionnelle pour fixer le salaire déterminant (RSAS 2003 p.
53) trou vent également application pour établir la limite de surindemnisation.
2.3 Le règlement de prévoyance de l'intimé, dont l'art. 31 al. 1 fixe comme limite de surindemnisation «le 90 % du salaire de base» n'est pas plus favorable à l'assuré que l'art. 24 al. 1 OPP 2, auxquels se sont référés les premiers juges. Par ailleurs, le point de savoir s'il est moins favorable peut être laissé ouvert, dès lors qu'il serait inapplicable, le cas échéant, à des prestations de prévoyance relevant du régime obligatoire (art. 6 et 49 al. 2 LPP; ATF 127 V 264, 121 V 106 consid. 4a), telles les prestations litigieuses. Aussi convient-il, dans le cadre de la présente procédure, d'établir la limite de surindemnisation par référence au gain annuel dont on peut présumer que l'intéressé est privé, au sens exposé précédemment (consid. 2.2 supra).
3.
Pour calculer la limite de surindemnisation, les premiers juges ont considéré, à l'instar de la Fondation de prévoyance Z._____, que le revenu allégué par l'assuré pour son activité au sein de X._____ Sàrl n'était pas suffisamment établi. Ils ont donc uniquement pris en compte le salaire annuel de 37 200 fr. versé par Z._____ SA, dont le 90 pour cent représente 33 480 fr. Dans le calcul de la surindemnisation, la rente d'invalidité a été portée en compte en totalité, de même que la rente complémentaire pour l'épouse et les rentes pour enfant (cf. ATF 126 V 468). Le montant total des rentes était supérieur à la limite susmentionnée, puisqu'il s'élevait à 43 200 fr. Le recourant fait valoir, pour sa part, qu'un revenu de 4000 fr., voire de 6000 fr. par mois aurait dû être pris en considération pour son activité au sein de X._____ Sàrl.
4.
4.1 Depuis le mois de janvier 1996, et parallèlement à son activité pour Z._____ SA, le recourant est associé-gérant de X._____ Sàrl; sa participation au capital social est de 19 000 fr. Selon un extrait de compte individuel de l'assurance-vieillesse, il a déclaré, pour cette activité, un revenu 16 000 fr. pour les mois de septembre à décembre 1999. Cependant, sa déclaration d'impôt 2001/2002 n'indique aucun revenu pour cette activité pendant les années 1999 et 2000. En annexe à sa déclaration, le recourant a produit une attestation du 30 décembre 1999, signée par son épouse, selon laquelle il avait renoncé à un salaire pour les mois de septembre à décembre 1999, en raison de la situation financière de X._____ Sàrl; la société prenait néanmoins en charge la totalité des cotisations AVS sur la base d'un salaire mensuel de 4000 fr. Il a produit une autre attestation, datée du 28 avril 2000 et également signée par son épouse, selon laquelle il avait renoncé à un salaire pour la période de janvier à mai 2000, en raison de cette incapacité de travail; il était précisé que le contrat de travail prendrait fin le 31 mai 2000, en raison d'une incapacité de travail durable. Aucun élément au dossier n'indique, par ailleurs, que le
recourant ait reçu un salaire pour la période antérieure à septembre 1999. En particulier, un tel revenu ne ressort

pas de ses déclarations fiscales pour les périodes antérieures à 1999, et aucune inscription ne figure à ce titre pour les années 1996 à 1998 dans les extraits de compte individuel AVS figurant au dossier.
4.2 M._____ a produit plusieurs avis de virements bancaires à l'appui de son recours de droit administratif. Il en ressort que X._____ Sàrl aurait encaissé 13 244 fr. pour les quatre derniers mois de l'année 1999 et 11 227 fr. pour les trois premiers mois de l'année 2000. Ces circonstances ne suffisent toutefois pas à établir le versement d'un salaire en faveur du recourant. Celui-ci a entretenu tout au long de la procédure un flou, émaillé de contradictions, sur ses activités au service de X._____ Sàrl et sur les revenus qu'il affirme en avoir retiré. Il n'a pas expliqué les raisons pour lesquelles il aurait réalisé un revenu à partir de septembre 1999 seulement, alors que la société existe depuis 1996 et qu'il en est l'associé-gérant dès l'origine. Dans une lettre du 5 juin 2002 à la fondation, il laissait entendre qu'il réalisait un revenu de 72 000 fr. au service de la société, alors qu'il s'agissait en réalité d'un salaire qui ne lui avait jamais été versé, annoncé à la Vaudoise-Vie en vue d'une affiliation à la prévoyance professionnelle pour son activité au sein de X._____ Sàrl, quelques mois seulement avant le début de son incapacité de travail. Enfin, quand bien même le recourant a été invité à plusieurs reprises à fournir des indications sur ses revenus, ce n'est qu'en procédure fédérale qu'il produit des pièces selon lesquelles la société aurait encaissé des commissions, pièces dont il déduit - contrairement à ses affirmations antérieures - que la société eût été en mesure de lui verser un salaire. Dans de telles circonstances, et en l'absence d'élément de preuve concret et sérieux, on ne saurait admettre que l'assuré - contrairement à ses déclarations fiscales - a obtenu un revenu de son activité de gérant de la société.
5.
5.1 Par acte du 18 octobre 2004, soit largement après l'échéance du délai de recours, le recourant a complété son mémoire et produit de nouvelles pièces en vue de démontrer l'exercice d'une activité lucrative au sein de X._____ Sàrl et prouver l'existence de produits encaissés par la société à partir du 1er septembre 1999 et jusqu'à la fin du mois de février 2000.
5.2 La production de nouvelles écritures ou de nouveaux moyens de preuves après l'échéance du délai de recours n'est en principe pas admissible, sauf à l'occasion d'un échange d'écriture ordonné par le tribunal. Demeure réservée la situation où de telles pièces constituent des faits nouveaux importants ou des preuves concluantes au sens de l'art. 137 let. b OJ et pourraient dès lors justifier la révision de l'arrêt du tribunal (ATF 127 V 357 consid. 4). En l'occurrence, le tribunal n'a pas ordonnée de second échange d'écriture, et les pièces produites auraient pu l'être avec le mémoire de recours, voire en instance cantonale déjà. Il n'y a donc pas lieu de les prendre en considération dans le cadre de la présente procédure. Au demeurant, que X._____ Sàrl ait encaissé certains montants entre septembre 1999 et février 2000, comme l'attestent certaines pièces produites dans le délai de recours, n'est pas suffisant, quoi qu'il en soit, pour prouver les salaires allégués (cf. consid. 4.2 supra).
5.3 Vu ce qui précède, le calcul de surindemnisation effectué par les premiers juges est exact et les conclusions du recourant tendant au paiement de prestations par l'intimée sont mal fondées.
6.
La juridiction cantonale a condamné le recourant au remboursement des prestations versées pour la période du 1er mars 2002 au 31 mars 2003, ce que conteste le recourant.
6.1 Le règlement de l'intimée ne contient aucune disposition relative à l'obligation de l'assuré de restituer des prestations indûment versées. Selon la jurisprudence, cette obligation est régie par les art. 62 ss CO, en matière de prévoyance obligatoire comme dans le domaine de la prévoyance plus étendue, à défaut de norme statutaire ou réglementaire (ATF 128 V 50, 128 V 236). En vertu de l'art. 63 al. 1 CO, celui qui a volontairement fait une attribution ne peut en exiger la restitution que s'il prouve avoir cru, par erreur, qu'il devait ce qu'il a payé (cf. ATF 129 III 649 sv. consid. 3.2 et les références; Gilles Petitpierre in : Thévenoz/Werro, Commentaire romand, Code des obligations I, no 7 ss ad art. 63 CO). L'erreur doit être comprise dans un sens strict en ce sens qu'elle n'est pas réalisée en cas de doute de l'appauvri au moment où il fournit la prestation (Petitpierre, op. cit., no 10 ad art. 63 CO).
6.2 Dans une lettre adressée à l'assuré le 17 septembre 2002, la Fondation de prévoyance Z._____ l'informe qu'elle s'en tient au calcul de surindemnisation qu'elle lui avait précédemment communiqué, et d'après lequel les prestations de prévoyance qu'il pouvait prétendre, après réduction, étaient de 990 fr. au total. La fondation précise avoir estimé «plus équitable» de prendre en considération la moitié des prestations allouées par l'assurance-invalidité, alors qu'elle serait en droit d'en prendre en compte la totalité. On ne peut donc pas dire que la caisse se trouvait dans l'erreur; au contraire, c'est en connaissance de cause et pour des motifs d'équité

qu'elle a versé une rente réduite à l'assuré, pour la période du 1er mars 2002 au 31 mars 2003. Il s'agit d'un paiement volontaire, sans erreur et sans réserve ni condition, qui n'ouvre pas droit à répétition (cf. Petitpierre, op. cit., no 11 ad art. 63). Les premiers juges auraient donc dû rejeter la demande reconventionnelle de l'intimée. Sur ce point, les conclusions du recourant sont bien fondées.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral des assurances prononce:
1.
Le recours est partiellement admis. Le jugement du Tribunal administratif de la République et canton de Genève du 11 mai 2004 est réformé en ce sens que l'action de droit administratif ouverte par M._____ contre la Fondation de prévoyance Z._____, ainsi que la demande reconventionnelle présentée par cette fondation sont rejetées.
2.
Il n'est pas perçu de frais de justice.
3.
Le présent arrêt sera communiqué aux parties, au Tribunal administratif de la République et canton de Genève et à l'Office fédéral des assurances sociales.
Lucerne, le 19 novembre 2004
Au nom du Tribunal fédéral des assurances
Le Président de la IIe Chambre: Le Greffier: