



1 juin 2011

---

## Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 122

---

### Prises de position

- 781 Travailleurs âgés : questions-réponses en relation avec les nouveaux art. 33a et 33b LPP en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2011
- 782 Nombre de comptes ou de polices dans la même institution de libre passage
- 783 Pas de transfert d'une prestation de vieillesse en capital sur un compte ou une police de libre passage

### Jurisprudence

- 784 Point de départ du délai de prescription pour la restitution des prestations touchées indûment
- 785 Rachat après la survenance d'une incapacité de travail à l'origine de l'invalidité
- 786 Pas de déduction fiscale du rachat en cas de versement en capital dans les 3 ans
- 787 Invalidité partielle et trois activités lucratives à temps partiel assurées selon la LPP
- 788 Surindemnisation : revenu encore raisonnablement réalisable ; le marché suisse du travail est déterminant
- 789 Rémunération pour l'administration de la fortune

Le bulletin est un simple moyen d'information de l'OFAS. Son contenu n'a valeur de directives que lorsque cela est indiqué expressément.

## Prises de position

### 781 Travailleurs âgés : questions-réponses en relation avec les nouveaux art. 33a et 33b LPP en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2011

1. *Jusqu'à quand un versement anticipé pour le logement est-il admissible en relation avec l'art. 33b LPP ? Et le remboursement ?*

Selon l'art. 30c, al. 1, LPP, l'assuré peut, au plus tard 3 ans avant la naissance du droit aux prestations de vieillesse, faire valoir auprès de son institution de prévoyance le droit au versement d'un montant pour la propriété d'un logement pour ses propres besoins. Cependant, une institution de prévoyance peut, dans son règlement, réduire, voire supprimer cette limite des 3 ans d'après la jurisprudence du Tribunal fédéral (cf. arrêt 2A.509/2003 du 18 mai 2004, résumé dans le [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 78 ch. 465 p. 37](#)).

Sur la base des art. 13, al. 1, et 30c, al. 1, LPP et de la jurisprudence précitée, **le versement anticipé pour le logement n'est plus possible lorsque l'assuré a déjà atteint l'âge ordinaire de la retraite AVS/LPP**, car le droit à la prestation de vieillesse LPP prend naissance à ce moment-là.

Le même principe s'applique au remboursement du versement anticipé : selon l'art. 30d, al. 3, let. a à c, LPP, le remboursement est autorisé jusqu'à 3 ans avant la naissance du droit aux prestations de vieillesse, jusqu'à la survenance d'un autre cas de prévoyance, jusqu'au paiement en espèces de la prestation de libre passage. Cependant, une institution de prévoyance peut, dans son règlement, réduire, voire supprimer cette limite des 3 ans pour le remboursement. Mais dans tous les cas, **le remboursement du versement anticipé n'est plus possible lorsque l'assuré a déjà atteint l'âge ordinaire de la retraite AVS/LPP**.

2. *Est-ce que les art. 33a et 33b LPP s'appliquent aussi aux indépendants ?*

L'OFAS est d'avis que les art. 33a et 33b LPP sont applicables par analogie aux indépendants qui sont assurés (facultativement) dans une institution de prévoyance enregistrée. En effet, d'après l'art. 4, alinéa 2, LPP, les dispositions sur l'assurance obligatoire, s'appliquent par analogie à l'assurance facultative des indépendants. Or, les art. 33a et 33b LPP font partie des dispositions sur l'assurance obligatoire ; ils se trouvent en effet dans la deuxième partie « assurance », titre premier : « assurance obligatoire des salariés ».

### 782 Nombre de comptes ou de polices dans la même institution de libre passage

Combien de comptes ou de polices de libre passage une personne peut-elle avoir dans la même institution de libre passage ?

Lorsqu'une personne quitte une institution de prévoyance sans entrer dans une nouvelle institution de prévoyance, elle a le droit de splitter sa prestation de sortie et de transférer les deux parts résultant de ce splitting dans deux institutions de libre passage différentes au maximum, d'après l'art. 12, al. 1, de l'ordonnance sur le libre passage (OLP) en relation avec l'art. 4, al. 1, LFLP. Cette limitation à deux institutions de libre passage différentes et à un seul compte/police de libre passage par institution vaut par cas de libre passage. Aussi, une institution de libre passage peut détenir plusieurs comptes/polices de libre passage pour la même personne, pour autant que ces comptes/polices de libre passage aient été constitués à l'occasion de cas de libre passage différents. Le partage de la prestation de sortie en cas de divorce selon l'art. 22 LFLP ou la prestation de sortie non absorbée au sens de l'art. 13, al. 1, LFLP sont des cas de libre passage différents de celui de l'art. 12, al. 1, OLP.

Toutefois, si la personne entre dans l'institution de prévoyance d'un nouvel employeur, tout son avoir de prévoyance déposé dans une ou des institution(s) de libre passage devra alors être regroupé dans cette même institution de prévoyance, conformément à l'art. 4, al. 2bis, LFLP.

**783 Pas de transfert d'une prestation de vieillesse en capital sur un compte ou une police de libre passage**

La question suivante a été posée à l'OFAS : une prestation réglementaire de vieillesse versée sous forme de capital à une personne de 62 ans par exemple peut-elle être transférée dans une institution de libre passage ?

La réponse est négative, car une institution de libre passage peut accepter seulement le transfert d'une prestation de sortie (ou prestation de libre passage) de la part d'une institution de prévoyance professionnelle d'après l'[art. 4 LFLP](#). Un tel transfert n'est donc possible que si l'assuré a demandé et obtenu une prestation de sortie (ou prestation de libre passage). L'assuré a le choix entre une prestation de vieillesse et une prestation de sortie aux conditions fixées par l'[art. 2 LFLP](#) (selon l'al. 1<sup>bis</sup> de cet article, l'assuré a également droit à une prestation de sortie s'il quitte l'institution de prévoyance entre l'âge où le règlement lui ouvre au plus tôt le droit à une retraite anticipée et l'âge réglementaire ordinaire de la retraite, et s'il continue d'exercer une activité lucrative ou s'annonce à l'assurance-chômage : cf. [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 115 ch. 712](#)). Si la personne souhaite transférer son avoir du 2<sup>e</sup> pilier auprès d'une institution de libre passage, il faut donc qu'elle opte pour une prestation de sortie (au lieu d'une prestation de vieillesse). Le versement en capital de la prestation de vieillesse est régi par l'[art. 37 al. 2 à 4 LPP](#).

Si l'assuré a demandé et obtenu une prestation de vieillesse en capital, ladite prestation de vieillesse ne peut pas être transférée dans une institution de libre passage, car il ne s'agit pas d'une prestation de sortie, de sorte que les conditions de l'art. 4 LFLP ne sont pas remplies.

En définitive, la prestation de vieillesse en capital ne peut pas réinvestie en prestation de libre passage (voir aussi la [circulaire n° 22 de l'Administration fédérale des contributions p. 2](#)).

## Jurisprudence

**784 Point de départ du délai de prescription pour la restitution des prestations touchées indûment**

(Référence à un arrêt du TF du 15 décembre 2010, 9C\_611/2010 ; arrêt en français)

(Art. 35a al. 2 LPP)

Le docteur C. a travaillé pour l'Hospice Y à partir d'octobre 1997. A ce titre, il était affilié auprès de la Fondation de prévoyance A. L'Office AI pour le canton de Vaud (ci-après: OAI) a alloué à C. une rente entière de l'AI avec effet au 1<sup>er</sup> mai 2002. La Fondation A. lui a indiqué qu'il avait droit à une rente entière d'invalidité de la prévoyance professionnelle avec effet dès le 1<sup>er</sup> août 2002. Par courrier du 18 octobre 2005, la Fondation A. s'est renseignée auprès de l'OAI et a requis une copie du dossier de l'AI. Des documents transmis alors par cet office, il ressortait que l'assuré avait repris son activité en tant que psychiatre (à temps partiel et à titre indépendant).

Par décision du 1<sup>er</sup> mai 2006, l'OAI a supprimé la rente entière d'invalidité octroyée jusqu'alors à l'assuré, avec effet au 1<sup>er</sup> juillet 2006, au motif que son incapacité de travail n'était plus que de 20 % dans son activité de psychiatre exercée à titre indépendant. Après avoir sommé en vain par courrier du 26 février 2007 C. de lui verser la somme de 103'233 fr. (plus intérêts moratoires), correspondant au montant d'une demi-rente pour la période du 1<sup>er</sup> janvier au 31 décembre 2004, ainsi que d'une rente entière pour la période du 1<sup>er</sup> janvier 2005 au 30 avril 2006, la Fondation A. a requis une poursuite le 29 mars 2007 contre l'intéressé qui a fait opposition. Elle a, par ailleurs, déposé devant le Tribunal des assurances du canton de Vaud une demande en restitution des prestations versées à tort pour les périodes susmentionnées. C. a conclu au rejet de la demande, invoquant notamment la prescription. Par jugement du 10 juin 2010, le Tribunal cantonal a considéré que les créances nées avant le 29 mars 2006 dont la Fondation A. réclamait le remboursement à C. étaient prescrites. La

## Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 122

Fondation A. a recouru contre ce jugement, dont elle demande l'annulation. Selon elle, les créances en restitution des prestations versées à tort n'étaient pas prescrites.

L'article 35a LPP, relatif à la restitution des prestations touchées indûment, a le libellé suivant :

«<sup>1</sup> Les prestations touchées indûment doivent être restituées. La restitution peut ne pas être demandée lorsque le bénéficiaire était de bonne foi et serait mis dans une situation difficile.

<sup>2</sup> Le droit de demander la restitution se prescrit par une année à compter du moment où l'institution de prévoyance a eu connaissance du fait, mais au plus tard par cinq ans après le versement de la prestation. Si le droit de demander la restitution naît d'un acte punissable pour lequel le droit pénal prévoit un délai de prescription plus long, ce délai est déterminant.»

Le présent litige porte sur le point de savoir à partir de quel moment la fondation recourante a eu ou aurait dû avoir connaissance du fait que l'intimé avait repris une activité en qualité de psychiatre indépendant, dans une mesure qui excluait toute prétention à une rente (entière) d'invalidité.

La juridiction cantonale a fixé la date déterminante au mois d'octobre 2005, soit au moment où la recourante a reçu le dossier AI dont il ressortait que l'intimé avait déclaré avoir progressivement repris une activité professionnelle.

Toutefois, selon le TF, les considérations de la juridiction cantonale ne peuvent être suivies. En effet, il ressort clairement du règlement de l'institution recourante que celle-ci est une caisse enveloppante qui participe à l'exécution de la prévoyance professionnelle obligatoire. Or, aucune prestation du droit de la prévoyance professionnelle obligatoire ne peut être versée, tant que le droit à une rente de l'AI n'a pas été reconnu ([ATF 123 V 269](#) consid. 2c p. 273). Les art. 23 ss LPP qui règlent le droit à une rente d'invalidité reposent sur la décision de principe mise en évidence de manière répétée par la jurisprudence, selon laquelle une rente de la prévoyance professionnelle obligatoire dépend et suit l'allocation d'une rente d'invalidité du 1<sup>er</sup> pilier, et ce en fonction des éléments retenus par les offices AI au terme de leur instruction. D'après l'intention clairement exprimée du législateur, l'institution de prévoyance ne doit pas évaluer elle-même l'invalidité, c'est-à-dire le moment de sa survenance et son évolution ultérieure ([ATF 133 V 67](#) consid. 4.3.2 p. 68; [132 V 1](#) consid. 3.2 p.4). C'est pourquoi sous l'angle des règles de la prescription, respectivement de la péremption, on doit admettre qu'une institution de prévoyance doit pouvoir attendre la décision de révision de l'OAI avant de se prononcer sur la fixation ou la modification du degré d'invalidité, respectivement d'introduire une poursuite ou une demande en justice. Toute autre solution laisserait une trop grande place à des facteurs aléatoires, ce qui ne saurait être admis au regard de la sécurité du droit. La décision de révision de l'OAI du 1<sup>er</sup> mai 2006 constitue donc le point de départ du délai de prescription ; celui-ci a dès lors valablement été interrompu par la réquisition de poursuite introduite le 29 mars 2007 par la recourante, lui permettant ainsi de sauvegarder son droit à la restitution.

### 785 Rachat après la survenance d'une incapacité de travail à l'origine de l'invalidité

(Référence à un arrêt du TF du 6 octobre 2010, cause 9C\_79/2010 ; arrêt en français)

A. a travaillé dès le 1er juillet 2002 auprès de Y. SA en qualité de consultante internationale en ressources humaines. Elle a été affiliée auprès de la Fondation de prévoyance X. Son salaire annuel s'élevait à 180'000 fr. L'employeur a résilié le contrat de travail pour le 29 février 2004. Le dernier jour de travail a été accompli le 28 novembre 2003 et le salaire payé jusqu'à l'échéance du contrat. Le 27 février 2004, A. a versé la somme de 60'000 fr. à la fondation X. à titre de rachat. Un délai-cadre d'indemnisation de l'assurance-chômage a été ouvert du 1<sup>er</sup> mars 2004 au 28 février 2006. Dans un rapport du 6 septembre 2004, la doctoresse R. a attesté les périodes d'incapacités de travail suivantes pour cause de maladie : 50 % du 13 janvier au 23 mars 2003, 100 % du 24 mars au 14 avril 2003,

## Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 122

50 % du 15 avril au 30 juin 2003, 20 % du 14 juillet au 14 août 2003, 100 % du 28 novembre au 1<sup>er</sup> décembre 2003, 100 % à partir du 15 juillet 2004 pour une durée indéterminée.

Par décision du 1<sup>er</sup> septembre 2005, l'Office AI du canton de Genève a mis l'assurée au bénéfice d'une rente entière d'invalidité depuis le mois de juillet 2005, considérant notamment que l'incapacité de travail avait débuté le 15 juillet 2004.

Le 16 septembre 2005, A. a demandé le versement d'une rente d'invalidité à la fondation X. Le 4 août 2006, l'institution de prévoyance lui a fait savoir qu'elle reconnaissait le droit à une rente d'invalidité à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2005, d'un montant de 90'004 fr. pour l'année 2005, compte tenu d'une incapacité de travail survenue 24 mois auparavant, le 1<sup>er</sup> janvier 2003. La fondation X. a précisé que le rachat de 60'000 fr., effectué en février 2004, n'était pas pris en compte dans le calcul de la rente.

Le 27 février 2007, A. a ouvert action devant le Tribunal des assurances du canton de Vaud, en concluant à ce que la fondation X. fût condamnée à lui payer une rente d'invalidité annuelle de 100'964 fr. à partir du 1<sup>er</sup> juillet 2004, le rachat de 60'000 fr. étant pris en compte dans le calcul de la rente.

Par jugement du 28 octobre 2009, la juridiction cantonale a admis partiellement la demande. Elle a condamné la fondation X. à verser à A. une rente entière d'invalidité depuis le 1<sup>er</sup> mars 2004, avec intérêts, sous réserve de surindemnisation. Le tribunal cantonal a jugé que le rachat de 60'000 fr. ne devait pas être pris en compte dans le calcul de la rente.

A. a recouru contre ce jugement, en concluant au versement d'une rente entière d'invalidité dès le 1<sup>er</sup> juillet 2004, avec prise en compte du rachat de 60'000 fr. dans le calcul de cette prestation.

Le litige porte sur le jour à partir duquel la recourante a droit à une rente d'invalidité de la part de l'intimée, ainsi que sur la prise en compte d'un rachat de 60'000 fr. dans le calcul de cette prestation.

La juridiction cantonale a considéré, avec la fondation intimée, que l'incapacité de travail à l'origine de l'invalidité était survenue antérieurement à la date du 15 juillet 2004 que l'AI avait retenue à l'appui de sa décision de rente. Le tribunal cantonal a arrêté ce moment au mois de janvier 2003 à la lecture du dossier médical, des nombreuses périodes d'incapacité de travail et de la dégradation de l'état de santé de la recourante. Dans ces conditions, les premiers juges ont admis que le rachat de 60'000 fr. avait été effectué à une époque où le risque assuré était déjà survenu, si bien que ce capital ne pouvait pas être pris en considération dans le calcul de la rente.

De son côté, la fondation X. avait fait observer, dans sa réponse à la demande en justice de février 2007, que le droit à une rente d'invalidité selon la LPP devrait être nié si l'on fixait le début de l'incapacité de travail au 15 juillet 2004. En effet, à ce moment-là, le rapport de prévoyance avait pris fin depuis plusieurs mois (cf. art. 10 al. 3 LPP) et la demanderesse n'était donc plus assurée.

Sur la base des faits constatés (art. 105 al. 1 LTF), il est constant que le risque assuré (la naissance d'une incapacité de travail à l'origine de l'invalidité) est survenu en janvier 2003, soit plus d'un an avant le rachat de 60'000 fr. Celui-ci ne doit donc pas être pris en compte dans le calcul de la rente, à peine de contrevenir au principe d'assurance qui est un élément structurel de la prévoyance professionnelle ([ATF 123 V 262](#) consid. 2b p. 266; cf. également arrêt B 116/04 du 26 août 2005, publié in SVR 2006 BVG n° 9 p. 33 consid. 3.2). En définitive, le TF a rejeté le recours.

### 786 Pas de déduction fiscale du rachat en cas de versement en capital dans les 3 ans

(Art. 79b, al. 3, 1re phrase, LPP et 33, al. 1, let. d, LIFD)

Dans son arrêt 2C\_614/2010 du 2 novembre 2010 en français, la IIe Cour de droit public du Tribunal fédéral a confirmé son arrêt 2C\_658/2009 du 12 mars 2010, résumé dans le [Bulletin de la prévoyance professionnelle n°121 ch. 776](#) : sur le plan fiscal, le rachat n'est pas déductible du revenu imposable

lorsqu'une prestation en capital est versée à l'assuré avant l'expiration du délai de 3 ans fixé par l'art. 79b, al. 3, 1<sup>re</sup> phrase, LPP.

[Lien internet](#) pour l'arrêt 2C\_614/2010.

### **787 Invalidité partielle et trois activités lucratives à temps partiel assurées selon la LPP**

(Référence à un arrêt du TF du 25 novembre 2010, 9C\_183/2010 ; [ATF 136 V 390](#) ; arrêt en allemand)

(Art. 1j, al. 1, let. c, OPP 2)

Avant de devenir invalide, l'intimé travaillait à 50 % en tant que collaborateur scientifique pour l'autorité fédérale et à environ 20 % et 30 % aux universités de X. et Y. en qualité de chargé de cours. Il est en outre établi qu'à la suite de sa maladie oculaire, il a dû quitter son emploi à mi-temps pour l'autorité fédérale, mais qu'il peut poursuivre son mandat d'enseignement dans les deux universités précitées. Compte tenu du revenu total de ses activités lucratives, l'office AI a fixé le taux de son invalidité à 46 %. Le point litigieux qui reste à examiner porte sur le montant de la rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle à laquelle l'intimé peut prétendre vis-à-vis de PUBLICA.

L'intimé était couvert par l'assurance obligatoire en prévoyance professionnelle pour ses trois activités lucratives. En l'espèce, il ne peut être question d'une activité lucrative exercée à titre principal (auprès de l'autorité fédérale) et de deux activités universitaires accessoires permettant une exception à l'assujettissement à l'assurance obligatoire (art. 1j, al. 1, let.c, OPP 2). Comme l'a exposé le Tribunal fédéral des assurances (TFA) à l'[ATF 129 V 132](#), consid. 3.4, p. 136 (voir aussi [Bulletin n° 70, ch. m. 418](#)), il faut admettre l'existence d'une obligation multiple de s'assurer lorsque l'intéressé exerce parallèlement plusieurs activités lucratives de même valeur, règle qui s'applique non seulement lorsqu'il y a deux emplois à 50 %, mais aussi lorsqu'il y en a trois, comme c'est le cas ici.

En l'espèce, il convient de s'appuyer sur la jurisprudence de l'[ATF 129 V 132](#), d'autant plus les autres variantes prises en considération par le TFA ont été écartées après examen approfondi. Le fait que l'intimé ait exercé, avant la survenance de son invalidité, non pas deux, mais trois activités lucratives partielles assurées en LPP à des taux d'occupation de 50, 30 et 20 % n'empêche pas d'appliquer par analogie au présent cas les principes développés à l'[ATF 129 V 132](#), dans la mesure où, en l'espèce, il s'agit aussi d'un assuré qui, en raison de son handicap, a dû abandonner un de ses emplois qui l'occupait à 50 %. Suivant l'exemple de l'[ATF 129 V 132](#), seule PUBLICA doit être considérée comme tenue de fournir des prestations : elle doit verser une rente entière d'invalidité calculée sur la base du salaire correspondant au taux d'occupation de 50 %. Pour le calcul de la prestation d'invalidité, il faut se référer à l'art. 21 du Règlement de prévoyance en faveur des salariés et des bénéficiaires de rentes de la caisse de prévoyance PUBLICA du 6 novembre 2009. Selon cette disposition, pour les personnes assurées occupées à temps partiel, le salaire annuel déterminant correspond au salaire qui serait réalisé dans une occupation à plein temps. Le gain assuré correspond quant à lui au salaire annuel déterminant diminué de la contribution de coordination et converti au taux effectif d'occupation.

Si une rente entière d'invalidité, calculée sur la base d'un revenu réalisé dans une occupation partielle à 50%, est allouée à l'intimé en compensation des conséquences économiques qu'il a subies pour avoir dû abandonner sa place au sein de l'autorité fédérale en raison de son handicap, il y a une différence par rapport au taux total d'invalidité de 46 % retenu par l'office AI et donnant droit à une quart de rente. Toutefois, l'obligation de suivre le point de vue du droit de l'AI disparaît lorsqu'une incapacité de travail et de gain survient dans une seule des activités exercées parallèlement et non dans les autres. Comme déjà exposé dans l'[ATF 129 V 132](#), consid. 4.3.3, p. 143 s., il n'est pas exact que le principe du caractère déterminant de l'évaluation de l'invalidité opérée par l'AI soit remise en question par cet élément. L'AI fixe le taux d'invalidité en tenant compte de la capacité de gain globale de la personne assurée. Par rapport à une occupation à mi-temps, le taux d'invalidité augmente en

## Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 122

conséquence (voir également [ATF 120 V 106](#) concernant l'absence de caractère contraignant, pour l'institution de prévoyance, du taux d'invalidité retenu par l'AI selon la méthode mixte d'évaluation).

Rien n'empêche ainsi d'appliquer l'[ATF 129 V 132](#) également lorsqu'en raison de son invalidité, la personne assurée doit abandonner un de ses trois emplois à temps partiel couverts par la prévoyance professionnelle obligatoire. En l'espèce, une telle application a pour effet que l'intimé, qui a dû quitter l'emploi qu'il occupait à 50 %, a droit à une rente entière d'invalidité de PUBLICA, calculée d'après le gain assuré qu'il avait dans cet emploi auprès de l'autorité fédérale.

Il découle des considérants qui précèdent que l'opinion de PUBLICA, selon laquelle celle-ci ne devrait verser qu'une demi-rente d'invalidité à l'intimé, est infondée car il ne faut pas se baser sur le taux d'invalidité de 46 % résultant d'une comparaison des revenus tenant compte des trois activités exercées à temps partiel et des trois salaires additionnés. La rente à verser par PUBLICA correspond au risque couvert selon son règlement : en raison de son invalidité, l'intimé n'est pas en état de poursuivre son activité à 50 % en tant que collaborateur scientifique auprès de l'autorité fédérale.

### **788 Surindemnisation: revenu encore raisonnablement réalisable ; le marché suisse du travail est déterminant**

(Référence à un arrêt du TF du 30 décembre 2010, 9C\_538/2010 ; publication ATF prévue ; arrêt en allemand)

(Art. 34a, al. 1, LPP, art. 24, al. 1 et 2, 2<sup>e</sup> phrase, OPP 2)

Né en 1961, V. a touché dès le 1<sup>er</sup> février 1998 une rente entière de l'AI (taux d'invalidité de 75 %) ainsi qu'une rente complémentaire pour son épouse et deux rentes pour enfants. La fondation de prévoyance X. lui a également versé des prestations d'invalidité de la prévoyance professionnelle, réduites dès le 1<sup>er</sup> janvier 2005 pour cause de surindemnisation. En 2002, V. est rentré dans son pays, le Portugal. A l'issue de la procédure de révision entamée en juillet 2005, l'office AI pour les assurés résidant à l'étranger lui a alloué, par décision du 12 novembre 2008, une rente entière (taux d'invalidité de 100 %) ainsi qu'une rente complémentaire pour son épouse et deux rentes pour enfants pour la période du 1<sup>er</sup> avril 2007 au 30 juin 2008 et trois quarts de rente (invalidité de 65 %) ainsi que deux rentes pour enfants depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2008. La fondation de prévoyance X. a continué de verser des prestations d'invalidité de la prévoyance professionnelle. Ce faisant, elle a nouvellement pris en compte, dans le calcul de la surindemnisation, un « revenu raisonnablement réalisable » de 22 344 francs par année depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2008, ce qui a entraîné une réduction de ses prestations de 30,9 %. Par la suite, V. et l'institution de prévoyance sont entrés en litige sur la question de savoir si ce revenu devait être déterminé par rapport à la situation du marché du travail suisse ou portugais.

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 % du gain annuel dont on peut présumer que l'intéressé est privé (al. 1). Sont notamment considérés comme des revenus à prendre en compte, pour les ayants droit à des prestations d'invalidité, le revenu ou revenu de remplacement qui continue d'être réalisé et le revenu ou revenu de remplacement que l'assuré invalide pourrait encore raisonnablement réaliser (al. 2, 2<sup>e</sup> phrase). Dans sa teneur en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2008 et applicable en l'espèce, le chiffre 35 du règlement de l'intimée contient, sous le titre « Relation avec d'autres prestations d'assurance », une prescription pratiquement identique dont le sens est exactement le même. L'art. 24, al. 1 et al. 2, 2<sup>e</sup> phrase, OPP 2, s'applique ainsi en l'espèce également dans le domaine surobligatoire.

La teneur de l'art. 24, al. 2, 2<sup>e</sup> phrase, OPP 2 ne précise pas si, pour les bénéficiaires d'une rente d'invalidité domiciliés à l'étranger, le revenu encore raisonnablement réalisable doit être fixé en fonction du marché du travail de leur pays de domicile ou si c'est la situation en Suisse qui est

déterminante. En cas de domicile à l'étranger, la question du revenu raisonnablement réalisable peut également se poser en fonction du marché suisse du travail.

Le sens et le but de la prise en compte du revenu encore raisonnablement réalisable est de placer sur un pied d'égalité les assurés invalides qui n'exploitent pas leur capacité résiduelle de travail sans prouver dans quelle mesure ils en sont empêchés par des circonstances objectives et subjectives, y compris du point de vue du marché du travail, et ceux qui – dans le respect de leur obligation de réduire le dommage – réalisent effectivement le revenu d'invalidité que l'on peut raisonnablement attendre d'eux (ATF 134 V 64, consid. 4.1.1, p. 69) Le but normatif de l'art. 24, al. 2, 2<sup>e</sup> phrase, OPP 2 ne permet pas non plus de conclure avec une complète certitude qu'en cas de domicile à l'étranger, la situation du pays étranger en question devrait être déterminante pour savoir si la personne invalide pourrait encore réaliser un revenu (sur le caractère contraignant des instructions de l'autorité de surveillance, ATF 132 V 321, consid. 3.3, p. 324, avec références).

Sous l'angle de la systématique de la loi, le fait qu'une éventuelle surindemnisation se mesure en fonction du gain présumé perdu joue un rôle important. La jurisprudence comprend par là le revenu hypothétique que la personne assurée réaliserait si elle n'était pas invalide (ATF 129 V 150, consid. 2.3, p. 154 ; 125 V 163, consid. 3b, p. 164 ; arrêt B 119/06 du 7 novembre 2007, consid. 3.3) ou pourrait réaliser (ATF 126 V 93, consid. 3, p. 96 ; 123 V 193, consid. 5a, p. 197 ; arrêt B 83/06 du 26 janvier 2007, consid. 6) au moment où se pose la question de la réduction. Dans les arrêts non publiés aux ATF, il a été fait référence à l'important parallélisme, ou au manque de concordance, avec le revenu sans invalidité au sens de l'art. 16 LPGA, à savoir qu'il faut tenir compte des faits spécifiques et des chances effectives de la personne assurée sur le marché du travail du moment (voir également l'arrêt du TFA B 54/03 du 6 février 2006, consid. 3.2). En partant du dernier revenu réalisé avant la survenance de l'atteinte à la santé (ayant des conséquences sur la capacité de travail) (arrêt du TFA B 98/03 du 22 mars 2004, consid. 4.2), il faut tenir compte de tous les changements influant sur le revenu (renchérissement, augmentations du salaire réel, avancements professionnels, etc.), qui, selon une vraisemblance prépondérante, se seraient produits en l'absence d'invalidité (ATF 129 V 150, consid. 2.3, p. 156 [passage d'une activité à temps partiel à une activité à plein temps] ; arrêts du TFA B 21/04 du 29 novembre 2004, consid. 3.2, et B 55/02 du 9 avril 2003). Le départ pour l'étranger, ou le retour dans le pays d'origine, ne peut à la rigueur entraîner une adaptation du gain présumé perdu – en fonction du marché du travail de cet endroit – que dans le cas où le changement de domicile aurait eu lieu selon une vraisemblance prépondérante au moment en question même en l'absence d'invalidité et où le bénéficiaire de la rente n'aurait de ce fait plus travaillé ici.

Pour évaluer, dans l'assurance-invalidité, le taux d'invalidité de travailleurs ayant leur domicile à l'étranger, les deux revenus à comparer, à savoir le revenu sans invalidité et le revenu d'invalidité, doivent en principe être déterminés en fonction du même marché du travail. En raison de la nature théorique et abstraite de la notion de marché du travail équilibré au sens de l'art. 16 LPGA, il importe peu que la personne assurée soit domiciliée à l'étranger. Par ailleurs, la disparité des niveaux de rémunération et des coûts de la vie entre les pays ne permet pas de procéder à une comparaison objective des revenus en question au-delà des frontières (ATF 110 V 273 ; arrêts 8C\_1043/2009 du 15 avril 2010, consid. 4.2, et 9C\_335/2007 du 8 mai 2008, consid. 3.3.2, avec références). On ne saurait toutefois pas en déduire un argument péremptoire permettant de conclure qu'il doit en aller de même dans la relation entre le gain dont on peut présumer que l'intéressé est privé (art. 24, al. 1, OPP 2) et le revenu que celui-ci pourrait encore raisonnablement réaliser (art. 24, al. 2, 2<sup>e</sup> phrase, OPP 2). En effet, à la différence du revenu d'invalidité, le revenu hypothétique déterminant sous l'angle d'une surindemnisation ne doit pas être déterminé en fonction d'un marché du travail équilibré. Toutefois, le fait que la situation concrète du marché du travail est déterminante aussi bien en ce qui concerne le gain dont on peut présumer que l'intéressé est privé qu'en ce qui concerne le revenu que celui-ci pourrait encore raisonnablement réaliser plaide pour une évaluation des deux revenus en fonction du même marché du travail.



## Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 122

Selon l'art. 34a, al. 1, LPP et le titre de l'art. 24 OPP 2, l'interdiction de la surindemnisation a pour but d'empêcher des avantages injustifiés. La personne assurée ne doit pas être placée dans une situation financière meilleure que celle qui aurait la sienne si le risque de l'invalidité ne s'était pas réalisé, mais tout au plus égale à celle-ci (ATF 126 V 93, consid. 4a, p. 99 s.)

Lorsqu'on se demande, en cas de domicile à l'étranger, quel marché du travail est déterminant pour évaluer le revenu que l'intéressé pourrait encore raisonnablement réaliser au sens de l'art. 24, al. 2, 2<sup>e</sup> phrase, OPP 2, on peut et doit aussi tenir compte du niveau de vie habituel avant et après la survenance de l'invalidité. Cependant, les besoins financiers permettant le maintien du train de vie habituel dans une mesure convenable sont moindres dans un pays où le coût de la vie est nettement plus bas qu'en Suisse. Il serait contraire aux objectifs constitutionnels du 2<sup>e</sup> pilier et également au but de la norme de l'égalité de traitement des personnes invalides sous l'angle de l'obligation de réduire le dommage que de déterminer selon la situation régnant dans un tel pays le revenu qu'une personne domiciliée dans ce pays pourrait encore raisonnablement réaliser, en tous les cas lorsqu'on doit se baser sur le marché suisse du travail pour fixer le gain dont on peut présumer que l'intéressé est privé. Ce principe doit au moins valoir tant que les prestations d'assurances sociales, en particulier les rentes de l'AI et de l'assurance-accidents, versées à l'étranger et à prendre en compte selon l'art. 24, al. 2, OPP 2, ne sont pas adaptées au pouvoir d'achat en vigueur au domicile du ou de la bénéficiaire.

Pour le cas type où l'activité lucrative aurait continué d'être exercée en Suisse en l'absence d'atteinte à la santé, une interprétation conforme à la Constitution plaide ainsi, même en cas de domicile à l'étranger, pour que le revenu que l'intéressé pourrait encore raisonnablement réaliser au sens de l'art. 24, al. 2, 2<sup>e</sup> phrase, OPP 2 soit déterminé en fonction du marché suisse du travail, tout comme le gain dont on peut présumer que l'intéressé est privé (art. 24, al. 1, OPP 2).

Il faut admettre qu'en l'absence d'atteinte à sa santé, le recourant aurait aujourd'hui encore une activité lucrative en Suisse et ne serait pas retourné dans son pays, le Portugal, déjà en 2002 à l'âge de 41 ans seulement. Il s'agit dès lors de se baser sur le marché suisse du travail pour déterminer, dans le cadre du calcul de la surindemnisation à partir du 1<sup>er</sup> juillet 2008, le revenu qu'il pourrait encore raisonnablement réaliser selon l'art. 24, al. 2, 2<sup>e</sup> phrase, OPP 2.

### 789 Rémunération pour l'administration de la fortune

(Référence à un arrêt du TF du 24 novembre 2010, 9C\_476/2010; en allemand)

(Art. 51, al. 5, 65, al. 3, et 71 LPP)

Dans le Canton de Saint-Gall, la Caisse d'assurance du personnel de l'Etat et la Caisse cantonale d'assurance des enseignants sont des établissements de droit public dépendants de l'Etat et des institutions de prévoyance enregistrées au sens de la législation fédérale sur la prévoyance professionnelle. L'administration de la fortune de ces deux caisses incombe à l'Administration des finances du Département cantonal des finances.

Le 30 juin 1998, le Conseil-exécutif du Canton de Saint-Gall a édicté un règlement sur le calcul de la rémunération pour l'administration de la fortune et l'a mis en vigueur avec effet rétroactif au 1<sup>er</sup> janvier 1998. Ce règlement s'applique pour l'administration des valeurs patrimoniales de l'Etablissement d'assurance des bâtiments ainsi que des deux caisses d'assurance cantonales. Il prévoit de rétribuer la gestion des immeubles, mais aussi l'administration des autres placements selon le schéma suivant : versement d'un montant de base de 0,1 % de la fortune globale (ch. 5, let. a) et de montants liés aux résultats équivalant à 10 % du supplément de revenus, soit de la différence entre la performance obtenue par l'Administration des finances et celle de l'indice Pictet (ch. 5, let. b). Sur la base de ce règlement, l'Etat a reçu une rémunération à la performance d'environ 11,7 millions de francs en 1999, 2,3 millions en 2000 et 82 000 francs en 2001.

L'autorité inférieure a considéré que les coûts de l'administration de la fortune d'une institution de prévoyance font partie des frais d'administration au sens de l'art. 65, al. 3, LPP. L'autorité de surveillance peut, selon elle, légitimement examiner si le montant des frais d'administration se justifie. Un modèle liant les frais d'administration de la fortune au résultat obtenu par l'administrateur de celle-ci ne contreviendrait pas aux prescriptions légales. Mais les principes d'une utilisation conforme au but et d'une administration rigoureuse des avoirs de prévoyance devraient alors être respectés. Or, en 1999 et en 2000, les recettes de l'Administration des finances du canton provenant des rémunérations des deux caisses d'assurance ont été nettement supérieures à l'ensemble des dépenses de cette administration. La rémunération à la performance sous la forme prévue en l'espèce a donc essentiellement, selon l'autorité inférieure, un caractère de participation, de la part de l'Etat, aux gains obtenus grâce au placement de la fortune des deux institutions de prévoyance et ne sert que marginalement à couvrir les dépenses effectives liées à l'administration de cette fortune. Cette participation aux gains ne doit pas être imputée aux frais d'administration au sens de l'art. 65, al. 3, LPP et ne respecte pas non plus le principe d'équivalence. Par conséquent, l'art. 5, let. b du règlement de rémunération est en contradiction avec les prescriptions impératives de l'art. 71 LPP. La base utilisée pour le calcul de la rémunération à la performance, qui prend l'indice Pictet comme référence, n'est pas appropriée. L'art. 5, let. b, du règlement de rémunération doit donc être abrogé. Le législateur cantonal doit, après avoir consulté l'organe paritaire (art. 51, al. 5, LPP), édicter une nouvelle disposition réglementaire. Libre à lui de prévoir à nouveau une rémunération à la performance, mais dans l'hypothèse où il le ferait, il devrait alors respecter le principe selon lequel le prélèvement des frais d'administration doit être conforme au but, ce qui peut être le cas lorsqu'un indice adapté sert de référence ou qu'un plafonnement des coûts est prévu. Il appartient à l'autorité inférieure de veiller à ce que cette disposition légale soit respectée, en émettant des instructions à l'intention des deux institutions de prévoyance et en invitant le législateur cantonal à édicter un nouveau règlement soumis à un contrôle normatif abstrait de la part de l'autorité de surveillance. Le canton, conclut l'autorité inférieure, est tenu de restituer les rémunérations indûment perçues. Il revient aux institutions d'assurance de réclamer au canton les rétributions à la performance perçues à tort. L'autorité de surveillance doit veiller au respect de cette obligation et, le cas échéant, prendre les mesures appropriées. Dans le dispositif de sa décision, l'autorité inférieure renvoyait l'affaire à l'autorité de surveillance, pour que celle-ci agisse dans le sens des considérants.

En résumé, l'autorité inférieure estime qu'une rémunération à la performance peut être prévue pour l'administration de la fortune, mais qu'en l'occurrence le mécanisme adopté était abusif et elle ordonne donc à l'autorité de surveillance d'inviter le canton à édicter une nouvelle réglementation et d'imposer le remboursement des rémunérations facturées abusivement.

Le TF confirme le jugement de l'autorité inférieure, selon lequel le canton doit reverser aux caisses d'assurance les gains indûment prélevés.