

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1741/2005

ATAS/58/2007

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 4

du 24 janvier 2006

En la cause

Monsieur V_____, domicilié , GENEVE, représenté par
CENTRE DE CONTACT SUISSES-IMMIGRES Madame
Catherine LACK

demandeur

contre

FONDATION DE PREVOYANCE POUR LE PERSONNEL DE
X_____ LIEU DE VIE (EMS), sise route du Bout-du-Monde
18, GENEVE, comparant avec élection de domicile en l'étude de
Maître Philippe PROST

défenderesse

Siégeant : Juliana BALDE, Présidente; Isabelle DUBOIS et Karine STECK, Juges

EN FAIT

1. Par contrat d'emploi à temps partiel du 3 septembre 1986, la X_____I (ci-après : la Fondation) a engagé à partir du 2 septembre 1986 Monsieur V_____, ressortissant chilien né en 1949, en tant qu'infirmier assistant veilleur de nuit à raison de quatre nuits par semaine pour un salaire brut de 210 fr. par nuit.
2. En 1988, le salaire de veille a été porté à 212 fr. en janvier, plus 10% au titre de vacances, 5 fr. 35 par heure majorée et 670 fr. d'allocations familiales. Puis, dès février, le salaire de veille a passé à 217 fr., les heures majorées à 5 fr. 45 et les allocations familiales à 755 fr. Pour toute l'année, l'assuré a gagné 52'469 fr. 80, sous déduction de 950 fr. de veilles effectuées par son fils, soit au total 51'519 fr. 80.
3. Dès le 1^{er} janvier 1989, le salaire de veille s'est élevé à 225 fr., celui des heures majorées à 5 fr. 45 et les allocations familiales à 840 fr. Du 1^{er} janvier 1989 au 13 mars 1989, l'assuré a gagné 14'599 fr. 45.
4. Le 14 mars 1989, l'assuré a été agressé par une patiente et la Caisse-maladie HELVETIA assurance-accidents a pris en charge l'accident. Elle a alloué à l'assuré une indemnité journalière de 145 fr.
5. Par décision de l'assurance-invalidité du 2 août 1991, l'assuré a été mis au bénéfice dès le 1^{er} mars 1990 d'une rente ordinaire simple d'invalidité sur la base d'un degré d'invalidité de 100%, d'une rente ordinaire complémentaire pour épouse et de quatre rentes ordinaires complémentaires simples pour enfant.
6. Le 25 mai 1992, la Fondation a reconnu à l'assuré le droit à une pension d'invalidité de 100% dès le 1^{er} mars 1991 représentant un montant mensuel de 1'306 fr., soit 15'672 fr. par année.
7. Par décision du 28 octobre 1992, SOLIDA assurance-accidents de caisses-maladie suisses a retenu un degré d'invalidité de 62% en comparant la perte de gain présumable de 5'200 fr. avec la perte de gain de 3'200 fr. Sur la base d'un gain assuré de 52'992 fr. du 1^{er} mars 1988 au 28 février 1989, d'un taux d'indemnisation de 80% et d'un taux de renchérissement de 12.1%, elle a alloué à l'assuré une rente mensuelle de 2'455 fr. dès le 1^{er} septembre 1992.
8. Cette rente mensuelle a été adaptée au renchérissement au fil des ans pour atteindre 2'934 fr. en 2002, 2'969 fr. dès le 1^{er} janvier 2003 et 3'010 fr. dès le 1^{er} janvier 2005.
9. La rente mensuelle de l'assurance-invalidité s'est élevée à 921 fr. en 2002 et à 969 fr. dès le 1^{er} janvier 2003, puis à 987 fr. dès le 1^{er} avril 2005.

10. A la suite du divorce de l'assuré prononcé par jugement du Tribunal de Première Instance du 22 décembre 2000, la Fondation a établi un avis de mutation et s'est aperçu que l'assuré recevait une rente de l'assurance-accidents.
11. Par courrier du 19 novembre 2003, la Fondation a suspendu le versement de la rente dès novembre 2002 en raison d'un fort soupçon de surindemnisation et a demandé à l'assuré de lui communiquer le détail de ses revenus du 1^{er} mars 1991 au 30 novembre 2003.
12. Le 19 juillet 2004, l'assuré a informé la Fondation qu'il s'était remarié le 27 novembre 2003, qu'une fille née le 16 janvier 2004 était issue de ce mariage, et que les deux enfants de son épouse nés en 1993 et 1997 de sa précédente union vivaient également sous son toit depuis le 3 juin 2004.
13. Par décision du 11 novembre 2004, la Fondation a retenu que l'assuré avait quitté son employeur au 31 mars 1989 à la suite d'un accident qui avait provoqué une invalidité de 100%. Elle a estimé que l'ensemble des rentes mensuelles perçues en 2002 par l'assuré s'élevait à 5'161 fr. et dépassait largement le salaire mensuel assuré au moment de l'accident qui ascendait à 3'006 fr. 30. Elle a considéré que la suspension de la rente en novembre 2002 était justifiée et que, selon l'instruction à laquelle elle avait procédé, cette surindemnisation était toujours réalisée. En conséquence, elle a maintenu sa décision de suspension de rente pour une durée indéterminée et s'est réservée le droit de réclamer la restitution de l'indu.
14. Le 11 décembre 2004, l'assuré a formé opposition contre ladite décision. Il a soutenu que, du 1^{er} janvier au 31 mars 1989, son salaire s'était élevé à 14'599 fr. de sorte que son salaire mensuel moyen était de 4'866 fr. 30 à l'époque et qu'en 1988, il avait eu un salaire total de 52'469 fr. qui était supérieur au cumul des rentes versées dès septembre 1992 représentant un montant annuel de 47'028 fr. Pour l'année 2002, il a considéré que le total des rentes ascendait à 61'932 fr. et que, sous réserve d'une augmentation significative du gain présumé perdu, on pouvait constater éventuellement une surassurance. Il a estimé que le salaire retenu par la Fondation était inférieur au salaire ressortant de l'attestation de l'employeur destinée aux autorités fiscales ainsi qu'au salaire pris en compte par l'assurance-accidents et qu'il n'avait pas été réévalué malgré les augmentations salariales intervenues depuis lors.
15. Par courrier du 2 février 2005 adressé à la Fondation, l'ancien employeur a expliqué qu'en 1989 le taux de cotisation était de 4.5% sur le salaire plus un taux de cotisation risque de 0.5% en fonction de l'âge de l'employé, soit 5% au total. Il a précisé que, selon les décomptes, ces cotisations avaient été prélevées sur un salaire mensuel de 3'006 fr. Il a ajouté que la différence entre les 9'020 fr. calculés de janvier à mars 1999 et les 14'599 fr. indiqués dans l'attestation destinée aux autorités fiscales correspondait au montant payé sous forme d'indemnité de travail

de nuit, soit des prestations qui, selon le règlement de la caisse de pension de l'époque, ne faisaient pas partie du gain assuré.

16. Par décisions de l'assurance-invalidité du 15 décembre 2004 et du 22 mars 2005, l'assuré a également reçu, d'une part, une rente mensuelle entière pour sa fille Diana Eneas de 387 fr. dès le 1^{er} janvier 2004, qui a été portée à 395 fr. dès le 1^{er} avril 2005, et, d'autre part, deux rentes mensuelles entières pour les enfants de sa femme, chacune de 387 fr. dès le 1^{er} septembre 2004 fr., puis de 395 fr. dès le 1^{er} avril 2005.
17. Par décision sur opposition du 20 avril 2005, la Fondation a maintenu sa position. Elle a indiqué que les éléments de salaire de nature occasionnelle, notamment les indemnités spéciales pour travail de nuit, n'étaient pas prises en compte dans le salaire assuré qui s'élevait à 3'006 fr. 30 par mois. En outre, elle a estimé que seule la rente minimale légale était soumise à indexation périodique pour tenir compte de l'inflation, alors que la rente versée par la Fondation n'était indexée que lorsqu'elle était inférieure à la rente minimale légale indexée. Elle a expliqué que la rente minimale légale annuelle était actuellement de 6'306 fr., soit un montant inférieur à la rente annuelle versée par la Fondation qui s'élevait à 15'672 fr. depuis le 1^{er} mars 1989.
18. Par acte du 23 mai 2005, l'assuré a recouru auprès du Tribunal cantonal des assurances sociales. Il conclut à la reprise du versement de la rente d'invalidité du deuxième pilier avec effet rétroactif au mois de novembre 2002. Il soutient qu'il n'existe aucun cas de surindemnisation et que la Fondation s'est basée à tort sur un salaire mensuel de 3'006 fr. 30 qui ne correspond ni au revenu effectivement réalisé qui ascendait à 52'992 fr., ni au gain annuel présumé perdu selon la législation en matière de prévoyance professionnelle qui se serait élevé à 62'400 fr. selon les informations données par l'employeur. Il relève qu'une nouvelle convention collective s'appliquant aux établissements médico-sociaux a été conclue en mars 2004 dont l'ancien employeur est signataire et que, s'il avait continué à travailler pour ce dernier, son salaire annuel aurait été de 81'518 fr. en 2004, date à laquelle le calcul de surindemnisation a été effectué, dont le 90% est inférieur au total des rentes chiffré à 6'369 fr. par mois, respectivement à 76'428 fr. par année.
19. Dans sa réponse du 22 juin 2005, la Fondation s'est référée à la motivation de sa décision sur opposition et a indiqué qu'elle ne souhaitait pas se déterminer d'avantage sur le recours formé par l'assuré.
20. Le Tribunal a ordonné une comparution personnelle des parties qui a eu lieu le 28 septembre 2005. Lors de cette audience, la Fondation a expliqué qu'au moment de l'octroi de sa rente, elle n'avait pas procédé à un calcul de surindemnisation parce qu'elle ne savait pas que l'assuré percevait d'autres rentes. Ce dernier a précisé qu'il travaillait en tant que veilleur de nuit à raison de quatre nuits par semaine et qu'il

avait effectué beaucoup plus d'heures de travail qui avaient été considérées comme des heures supplémentaires de sorte que son salaire s'était élevé à environ 52'000 fr. en 1988. La Fondation a estimé que les certificats de salaire établis en 1988 et en 1989 comprenaient également des heures payées aux enfants du recourant qui avaient également travaillé à X_____. Elle a exposé qu'elle ne s'était pas penchée sur la question du gain hypothétique sans invalidité et que, sur la base du contrat collectif de 1989, ce gain s'élèverait à 2'932 fr. par mois pour un aide-soignant. L'assuré a relevé qu'on ne pouvait pas comparer son salaire à celui d'un aide-soignant car il possédait un diplôme dans son pays et avait été engagé en tant qu'infirmier assistant veilleur de nuit. La Fondation s'est engagée à communiquer au Tribunal son règlement, les fiches de salaires de l'assuré de 1988 à 1989 et, le cas échéant, un avenant au contrat de travail.

21. Par courrier du 12 octobre 2005, la Fondation a informé le Tribunal que les fiches de salaires mensuelles et les avenants au contrat de travail avaient été détruits après dix ans. En outre, elle a transmis une copie de son règlement.
22. Le 17 octobre 2005, le Tribunal a imparti un délai à la Fondation pour déposer des conclusions motivées.
23. Dans son écriture du 12 décembre 2005, la Fondation a conclu au rejet du recours en tant qu'il était recevable, sous suite de frais et dépens. Elle a soutenu que le salaire de base soumis aux cotisations de la prévoyance professionnelle correspondait au salaire pris en compte pour calculer la surindemnisation et qu'en l'occurrence, il s'élevait à 3'006 fr. 30 par mois et était inférieur au salaire effectivement versé au recourant, car il ne comprenait pas les heures supplémentaires, ni les indemnités spéciales pour travail de nuit. Elle a exposé que la rente fixée par la Fondation n'était pas réactualisée de sorte qu'elle n'avait pas pris en considération pour le calcul de la rente, à juste titre, le salaire que toucherait actuellement l'assuré.
24. Par son écriture du 20 janvier 2006, l'assuré a maintenu ses précédentes conclusions. Il a indiqué qu'il ne contestait pas le salaire assuré de 3'006 fr. 30 par mois, respectivement de 36'075 fr. 60 par année tant pour le prélèvement des cotisations que pour le calcul de la rente d'invalidité, mais qu'il considérait comme erroné de le prendre en considération pour le calcul de la surindemnisation qui devait être établi sur la base du salaire réel. Il a relevé que les indemnités pour travail de nuit étaient prises en compte pour les cotisations AVS et que la Fondation n'avait pas apporté la preuve que les salaires des enfants et de l'épouse auraient été englobés dans les certificats de salaires de 1988 et 1989. Il a admis que de tels salaires avaient été effectivement versés par l'ancien employeur pour des veilles effectuées en novembre et décembre 1988 par son fils ce qui représentait un montant de 950 fr. au total. Il a considéré qu'ayant été engagé en tant qu'infirmier assistant veilleur de nuit à raison de quatre nuits par semaine, le supplément pour

horaire de nuit faisait partie intégrante de son salaire et n'était pas une prime occasionnelle. En conséquence, il a estimé que le gain dont on peut présumer qu'il avait été privé s'élevait à 62'400 fr. pour 1992. Il a exposé que l'entrée en vigueur de la convention collective relative aux établissements médico-sociaux pour personnes âgées conclue en 1988, puis en mars 2004, avait une incidence sur le gain dont on pouvait présumer qu'il était privé qui s'élevait à au moins 81'518 fr. par année.

25. Le 13 juillet 2006, le Tribunal a demandé à la Fondation de lui communiquer son règlement valable pour les années 2002 à 2004, le salaire que l'assuré aurait obtenu de 2002 à 2004 s'il était resté au service de son ancien employeur en indiquant séparément le salaire de base et les suppléments pour travail de nuit.
26. Le 2 août 2006, la Fondation a communiqué au Tribunal que, dès le 1^{er} janvier 1992, le tarif de nuit avait été supprimé et avait été remplacé par un salaire mensuel calculé selon le système des classes et annuités, que la fonction d'infirmier assistant avait été attribuée à la classe 8, puis à la 10 dès le 1^{er} janvier 2002. En outre, elle a produit un tableau faisant état d'un salaire annuel de l'assuré de 50'856 fr. en 1992 basé sur la classe 8 et l'annuité 0, de 66'365 fr. en 2002 basé sur la classe 10 et l'annuité 5 plus 12'040 fr. pour travail de nuit, de 68'848 fr. en 2003 plus 12'212 fr. pour travail de nuit, enfin de 70'420 fr. en 2004 plus 12'212 fr. pour travail de nuit.
27. Par écriture du 15 septembre 2006, l'assuré a relevé que le salaire indiqué par la Fondation pour 1992 ne comprenait pas les indemnités pour travail de nuit qui devaient donc être rajoutées ainsi que le montant correspondant aux heures majorées de nuit, de week-ends et de jours fériés ainsi que le treizième salaire. Il a estimé que, lors de l'entrée en vigueur du nouveau contrat collectif en 1992, il aurait totalisé six ans de service dans l'entreprise de sorte que l'annuité ne pouvait pas être 0. Il en a conclu que les salaires indiqués par la Fondation étaient minimalistes, mais que, même en prenant en compte le salaire qu'elle avait calculé pour 2002, la somme des rentes d'invalidité de 62'232 fr. ne dépassait pas le 100% du traitement brut de 78'405 fr. qu'il réaliserait s'il travaillait encore. Pour 2003, il a retenu un traitement brut de 81'068 fr. et un total de rentes de 62'928 fr. alors que, pour 2004, il a pris en considération un traitement brut de 82'632 fr. et un cumul de rentes de 67'572 fr., respectivement de 76'860 fr. dès le 1^{er} juin 2004 pour tenir compte des deux rentes complémentaires pour enfants de 387 fr. versées en sus dès cette date.
28. Le 20 septembre 2006, le Tribunal a communiqué cette écriture à la Fondation et lui a accordé un délai pour son ultime détermination qu'elle n'a pas utilisé.
29. Sur ce, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1^{er} 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.

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.

3. La novelle du 3 octobre 2003 modifiant la LPP (1^{ère} révision) est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005 (sous réserve de certaines dispositions dont l'entrée en vigueur a été fixée au 1^{er} avril 2004 et au 1^{er} 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 novelle, 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 novelle, les dispositions ci-après sont citées dans leur version antérieure au 1^{er} janvier 2005.

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

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 spéciales 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.

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 nouvelle du 28 octobre 1992 (entrée en vigueur le 1^{er} 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 nouvelle 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.

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, 1^{ère} 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.

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

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 1^{er} 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

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 5^{ème} 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 1^{er} 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

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.

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 coulisement 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 1^{er} 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 1^{er} 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

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 1^{er} 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.

8. Compte tenu de ce qui précède, la demande doit être admise et la défenderesse condamnée à reprendre dès le 1^{er} 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

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.

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

Statuant

(conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ)

A la forme :

1. Déclare la demande recevable.

Au fond :

2. L'admet.
3. Condamne la FONDATION DE PREVOYANCE POUR LE PERSONNEL DE X_____ LIEU DE VIE (EMS) à reprendre dès le 1^{er} novembre 2002 le versement de sa pension d'invalidité non réduite de 1'306 fr. par mois en faveur de Monsieur V_____, avec intérêts à 5% l'an dès le 23 mai 2005.
4. Condamne la défenderesse à verser au demandeur une indemnité de 1'500 fr. à titre de dépens.
5. 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

Sylvie CHAMOUX

Juliana BALDE

Le secrétaire-juriste : Philippe LE GRAND ROY

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