
Recommandations communes Groupe de travail CNA/CCS/OFAS

Chapitre / Branche: N° 7/2003
Date: 19.12.2003
Révision: 17.05.2004
Révision: 29.11.2005
Révision: 30.11.2020

Titre : **Le recours de l'institution de prévoyance contre le tiers responsable**

Le recours de l'institution de prévoyance contre le tiers responsable

1. Introduction

Le nouvel art. 34b LPP, introduit par la 1^{re} révision de la LPP et en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2005, prévoit la subrogation pour les institutions de prévoyance, jusqu'à concurrence des prestations légales. La nouvelle réglementation est applicable aux événements survenus après cette date. D'autres principes sont applicables aux cas relevant de l'ancien droit et au régime surobligatoire. Les deux systèmes sont brièvement présentés ci-après.

2. Coordination avec d'autres prestations d'assurance

2.1 Caractère complémentaire des prestations de la prévoyance professionnelle

2.1.1 Prestations selon la LPP

Selon l'art. 24, al. 1, OPP 2, (selon l'ancien droit : l'ATF 116 V 189 et l'art. 66, al. 2, let. c, LPGA [en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2003]), les prestations d'invalidité et de survivants de la prévoyance professionnelle obligatoire ont un caractère complémentaire. Autrement dit, jusqu'à la limite de surindemnisation, fixée par la LPP et non par la LPGA, les rentes et les versements en capital des institutions de prévoyance complètent les prestations concordantes.

2.1.2 Prestations de la prévoyance plus étendue

L'art. 24, al. 1, OPP 2 ne prend effet que dans le régime obligatoire. Les règlements peuvent continuer d'exclure les prestations de la prévoyance plus étendue en cas de concours avec celles d'assurances sociales ou privées ou les coordonner à une limite propre de surindemnisation¹.

2.2 La perte de gain présumée comme limite de surindemnisation

En règle générale, une institution de prévoyance est tenue de verser des prestations lorsque les revenus à prendre en compte de la personne assurée (voir le ch. 2.3 ci-après) n'atteignent pas le plafond légal ou statutaire. S'agissant de la prévoyance obligatoire, la limite de surindemnisation, à savoir 90 % du gain dont on peut présumer que l'intéressé est privé est fixée dans une « disposition potestative »². Il faut entendre par gain présumé perdu selon l'art. 24, al. 1, OPP 2 non pas le salaire AVS au moment de la survenance de l'événement assuré, mais le salaire hypothétique que la personne assurée aurait pu réaliser si l'événement assuré³ n'était pas survenu⁴, à savoir au moment où la question de la réduction se pose. Dans un cas de coordination, la perte de gain présumée correspond à la perte de gain selon le droit de la responsabilité civile (c'est toutefois le salaire net qui est pris en compte pour le dommage dû en droit de la responsabilité civile : ATF 129 III 136), l'évolution du salaire selon le droit de la responsabilité civile étant déterminante. La surindemnisation du gain présumé perdu n'est généralement pas plafonnée⁵, aucun montant maximal n'étant prévu par la loi⁶. Il faut également inclure dans la perte de gain présumée le revenu non assuré d'une activité lucrative indépendante (par analogie avec U 311/03), bien que la prévoyance professionnelle ne couvre que la perte de gain des salariés⁷. La limite de surindemnisation du gain présumé perdu est généralement supérieure à celle du gain assuré⁸, sur la base de laquelle les rentes de l'assurance-accidents obligatoire sont coordonnées avec les prestations de l'AVS/AI.

Une autre limite de surindemnisation peut être prévue dans la prévoyance professionnelle plus étendue. Il peut en résulter un calcul séparé de la surindemnisation, l'un pour le régime obligatoire, l'autre pour le régime surobligatoire⁹. Si le règlement ne prévoit pas de coordination ou une coordination avec une limite supérieure à 100 % de la perte du gain présumé, le plafond doit être fixé

¹ ATF 128 V 248 s.

² Art. 24, al. 1, OPP 2.

³ Invalidité ou décès.

⁴ Notamment ATF 122 V 151, ATF 122 V 316, ATF 123 V 193, ATF 123 V 204 et ATF 124 V 279.

⁵ ATF 123 V 274.

⁶ Art. 20, al. 2, LAA et art. 31, al. 4, LAA.

⁷ ATF 126 V 93.

⁸ Art. 20, al. 2, LAA et art. 31, al. 4, LAA.

⁹ SVR 2000 LPP n° 6 et ATF 124 V 279 avec une limite de 100 % de la perte de gain présumée.

dans tous les cas à 100 % du gain présumé perdu¹⁰ pour l'ensemble des prestations du régime obligatoire et de la prévoyance professionnelle plus étendue. Il n'y a pas de splitting.

2.3 Revenus imputables de la personne assurée

Font partie des revenus imputables non seulement les prestations concordantes des assureurs sociaux, mais aussi le revenu provenant d'une activité lucrative ou le revenu de remplacement qui continue d'être réalisé ou pourrait raisonnablement être réalisé en cas d'invalidité partielle (art. 24, al. 2, OPP 2). C'est le revenu net de l'activité lucrative qui est déterminant.

S'agissant de l'AVS/AI, dans le cas des couples, c'est la rente individuelle de chacun des conjoints qui est prise en compte. Les rentes pour enfants et les rentes d'orphelins, ainsi que la rente complémentaire pour l'épouse sont intégralement prises en compte, comme dans l'assurance-accidents obligatoire¹¹.

Parmi les revenus non imputables figurent les prestations découlant d'assurances de sommes, versées par des assureurs privés. Ne sont pas prises en compte non plus les indemnités à titre de réparation morale et les allocations pour impotent, qui ne couvrent en général pas la perte de gain.

2.4 Moment de la coordination

On procède à une coordination au moment où le cumul de prestations apparaît pour la première fois¹². L'institution de prévoyance peut, selon l'art. 24, al. 5, OPP 2 (et doit le faire selon l'ATF 125 V 163), réexaminer en tout temps les conditions et l'étendue d'une réduction de ses prestations et adapter celles-ci si la situation se modifie de façon importante. Doit être considérée comme modification importante, entraînant une nouvelle fixation du montant de la surindemnisation, une adaptation des prestations de l'ordre de 10 % ou plus en faveur ou au détriment de la personne qui perçoit une rente¹³. En cas de suppression des rentes pour enfants et de la rente complémentaire pour l'épouse, il faut en règle générale procéder à un nouveau calcul et à une adaptation des prestations de l'institution de prévoyance.

¹⁰ Cf. art. 66 et art. 69, al. 2, LPGA, qui prévoit la même limite de surindemnisation.

¹¹ Art. 31 ss OLAA.

¹² Cf. ATF 122 V 338 et ATF 122 V 343 concernant le moment de la coordination des rentes de l'AVS/AI avec celles de l'assurance accidents obligatoire.

¹³ ATF 123 V 193, ATF 123 V 204 et ATF 125 V 163.

3. Statut de l'institution de prévoyance en matière de recours

3.1 Ordre des recours dans le domaine obligatoire

L'art. 34b LPP est applicable depuis le 1^{er} janvier 2005. Pour tous les cas jusqu'au 31 décembre 2004 (« cas relevant de l'ancien droit »), c'est l'art. 51 al. 2 CO qui s'applique (cf. point 3.2).

Le nouvel art. 34b LPP, introduit par la 1^{re} révision de la LPP et en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2005, prévoit la subrogation pour les institutions de prévoyance. Dès la survenance de l'éventualité assurée, l'institution de prévoyance est ainsi subrogée, jusqu'à concurrence des prestations légales, aux droits de la personne assurée, de ses survivants et des autres bénéficiaires visés à l'art. 20a LPP. La réglementation de la LPP (art. 34b LPP ; art. 27 ss OPP 2) correspond à celle de la LPGA (art. 72 ss LPGA), qui est applicable aux autres assureurs sociaux. Valent en particulier pour les institutions de prévoyance la solidarité de plusieurs responsables en matière de prétentions récursoires (art. 27, al. 1, OPP 2), le passage du droit direct contre l'assureur en responsabilité civile (art. 27, al. 3, OPP 2), le droit préférentiel (art. 27a, al. 1, OPP 2), la fixation des quotes-parts (art. 27a, al. 2, OPP 2), le privilège de couverture (art. 27a, al. 3, OPP 2) et le privilège de recours pour les membres de la famille et les employeurs (art. 27c OPP 2).

3.2 Ordre des recours dans le domaine surobligatoire

Concernant la coordination avec les prétentions en droit de la responsabilité civile, l'institution de prévoyance peut prévoir dans son règlement que les assurés doivent lui céder d'éventuelles prétentions en droit de la responsabilité civile jusqu'à concurrence de ses prestations. Comme les prestations de l'institution de prévoyance sont destinées à compenser un dommage (4C. 465/1997= SG 1332; ATF 115 II 24; SG 681), elles sont à imputer sur le montant des prétentions en droit de la responsabilité civile.

L'exercice du recours est soumis à la règle de l'art. 51, al. 2, CO. Cette réglementation de droit fédéral concernant l'ordre des recours est de nature contraignante. Elle ne saurait être modifiée ni par une obligation de cession réglementaire, ni par des dispositions contraires des institutions de prévoyance ; l'obligation de cession selon l'ancien art. 26 OPP 2 n'y change rien non plus (ATF 115 II 24).

Avec l'ATF 144 III 209 du 7.5.2018, le Tribunal fédéral a accordé à l'assureur de dommages un droit de recours à l'encontre d'un responsable causal en s'appuyant sur l'art. 72 LCA. Dans un souci de trouver une solution simple, un droit de recours intégral est accordé à l'institution de prévoyance concernant les prestations compensatoires surobligatoires. Selon le nouveau

régime, pour qu'un recours puisse aussi être exercé sur des prestations futures il faut que celles-ci aient fait l'objet d'une cession (cf. point 3.2, dernier paragraphe ci-après).

Aux termes de l'ancien art. 26 OPP 2, l'institution de prévoyance est libre de se faire céder les droits envers le tiers responsable. L'institution de prévoyance peut, en vertu de l'art. 51, al. 2, CO, faire valoir des prétentions récursoires pour les prestations fournies même si son règlement ne prévoit pas d'obligation de cession.

L'institution de prévoyance ne peut cependant faire valoir des prestations futures que si elle est en possession d'une déclaration de cession, car le recours d'origine selon l'art. 51, al. 2, CO ne porte que sur les prestations effectivement fournies. Si l'assureur RC veut éviter les doubles paiements, il doit se renseigner dans tous les cas pour déterminer s'il existe une obligation de cession ou si une cession a été effectuée. S'il omet de le faire, son paiement n'a pas d'effet libératoire, faute de bonne foi. Il est donc recommandé de demander une déclaration de cession écrite dans tous les cas, car les obligations de cession prévues dans les règlements ne respectent pas nécessairement l'exigence de forme.

4. Concordance

Les prestations suivantes d'une institution de prévoyance concordent avec les prétentions en dédommagement relevant du droit de la responsabilité civile (art. 27b OPP 2) :

Prestations d'une institution de prévoyance	Responsabilité civile
Rentes d'invalidité (art. 23 et 25 LPP) ou rentes de vieillesse versées à leur place et versement d'un capital en lieu et place d'une rente	Compensation de la perte de gain et du dommage de rente
Rentes de survivants (art. 19, 20 et 20a LPP) et versement d'un capital en lieu et place d'une rente (art. 19 LPP)	Dommage de perte de soutien

L'exigence de la concordance temporelle implique que les prestations doivent s'étendre sur la même période. Pour la phase active, c'est-à-dire jusqu'à l'âge de la retraite, on calcule les prestations de l'institution de prévoyance en appliquant les facteurs correspondants des prestations en responsabilité civile. Pour la phase passive, le dommage et le recours sont calculés conformément à la recommandation relative au calcul du dommage de rentes, en vertu de laquelle la rente déjà acquise par la personne lésée doit être exclue de ce dommage. En outre la part de l'épargne ne doit

pas être prise en compte (SG 681). Etant donné que, selon ladite recommandation, l'institution de prévoyance a, comme l'AVS, un droit de recours pour la part non financée, jusqu'à la limite de surindemnisation (art. 24 OPP 2), des prestations qui seront versées à l'âge de la retraite ou après la phase active, il n'y a pas lieu de faire valoir une prétention récursoire à concurrence de ce que l'on appelle l'exemption de prime¹⁴ (= dommage par ricochet ; cf. SG 1429).

5. Répartition du produit du recours

Conformément à l'art. 27e OPP 2, l'institution de prévoyance et les autres assureurs sociaux ayant un droit de recours constituent (désormais) une communauté de créanciers qui a l'obligation de répartir les montants récupérés proportionnellement aux prestations concordantes dues par chacun des assureurs (méthode de la proportionnalité). Dans les cas de responsabilité partagée en raison d'une faute concomitante ou d'autres facteurs de réduction, la personne lésée jouit du droit préférentiel. Dans son arrêt non publié du 20 mars 1990, le Tribunal fédéral a jugé que l'institution de prévoyance et l'AVS recourante constituaient une communauté de créanciers au sens de l'ancien art. 79^{quater}, al. 3, RAVS et que, par conséquent, l'institution de prévoyance pouvait participer au produit du recours proportionnellement aux prestations qu'elle a versées (méthode de la proportionnalité).

¹⁴ ATF 4C.35/1999 du 27.05.1999.

6. Recommandation

La Commission des chefs de sinistres recommande, d'entente avec l'Office fédéral des assurances sociales et la CNA, de régler les prétentions récursoires des institutions de prévoyance de la manière suivante :

- 1.1 Dans le domaine obligatoire, le droit de recours de l'institution de prévoyance pour les événements survenus à partir du 1^{er} janvier 2005 s'exerce conformément à l'art. 34b LLP ainsi qu'aux art. 27 s. OPP 2.
- 1.2 Le droit de recours de l'institution de prévoyance pour les événements survenus avant le 1^{er} janvier 2005 et pour le domaine surobligatoire s'exerce conformément à l'art. 51 al. 2 CO. L'institution de prévoyance bénéficie d'un droit de recours intégral depuis le 7 mai 2018 concernant les prestations compensatoires relevant du domaine surobligatoire. La date de référence est celle de la survenance de l'événement donnant droit à prestation. La possibilité de recourir pour des prestations futures présuppose l'existence d'une déclaration de cession.
2. Les prestations de l'institution de prévoyance n'ayant pas un caractère de compensation de dommage (par ex. coordination de l'institution de prévoyance supérieure à 100 % de la perte du gain présumé) sont cumulables et ne peuvent pas faire l'objet d'un recours.
3. La prétention récursoire de l'institution de prévoyance pour ses prestations doit, tout comme le dommage dû en droit de la responsabilité civile dans un cas d'invalidité, être capitalisée en règle générale jusqu'à l'âge usuel de la retraite.
4. La prétention récursoire de l'institution de prévoyance concernant le dommage de rente se détermine conformément à la recommandation relative au calcul du dommage de rentes. L'institution de prévoyance n'a pas un droit de recours dans les cas d'exemption de prime ou de maintien du compte de vieillesse d'une personne invalide (art. 14 OPP 2).
5. Le produit du recours est réparti selon la méthode de la proportionnalité.
6. Lors de la liquidation en droit de la responsabilité civile du recours de l'institution de prévoyance qui concerne des prétentions relevant de l'ancien droit et du domaine surobligatoire, il faut demander le règlement de l'institution de prévoyance, le certificat d'assurance de la personne lésée et la déclaration de cession.
7. La présente recommandation s'applique avec effet immédiat à tous les cas en suspens.