

Recours des institutions de prévoyance

Par Jean-Michel Duc , avocat

Zusammenfassung

Der Autor befasst sich mit der Problematik, dass die Pensionskassen in der Praxis selten von der Möglichkeit Gebrauch machen, Rekurs auf den Haftpflichtigen Dritten zu nehmen. Die Gründe dafür sind verschieden, wobei die fehlende Kenntnis des ausservertraglichen Haftpflichtrechts eine nicht zu vernachlässigende Rolle spielt. Der Beitrag hat zum Ziel, die rechtlichen Prinzipien, welche das Rekursrecht der Vorsorgeeinrichtungen regeln, in Erinnerung zu rufen

1. Problématique

Dans la pratique, les caisses de pension ne font que rarement usage des possibilités de recours contre les tiers responsables. Les motifs en sont divers; le manque de connaissances en droit de la responsabilité civile joue un rôle non négligeable 1 .

La présente contribution a pour but de rappeler les principes légaux qui régissent le droit de recours de l'institution de prévoyance contre le tiers responsable, tant en ce qui concerne les prestations LPP obligatoires (pilier 2a) que les prestations surobligatoires (pilier 2b).

2. Aperçu

2.1 Droit de recours de l'institution de prévoyance et des autres assureurs

A teneur de l'art. 72 LPGA, les assurances sociales sont, dès la survenance de l'événement dommageable, subrogées jusqu'à concurrence des prestations légales aux droits de l'assuré et de ses survivants contre tout tiers responsable. Dès lors, et en principe, ces assurances peuvent exercer leur recours contre les tiers responsables pour les prestations qu'ils allouent. Il s'agit là d'un droit de recours intégral de l'assureur social qui

entre dans les droits du lésé. Ce droit de recours est toutefois limité par un éventuel droit préférentiel du lésé 2 .

Bien que les institutions de prévoyance soient des assurances sociales, la LPGA ne leur est pas applicable, faute de disposition dans la LPP qui prévoit l'application de cette loi 3 . En ce qui concerne la prévoyance professionnelle, il n'y avait, jusqu'à l'adoption de l'art. 34b LPP entré en vigueur le 1^{er} janvier 2005, pas de droit de subrogation ancré dans la loi.

Or, les prestations des caisses de pension versées à la suite d'un accident couvrent une perte de gain ou une perte de soutien; et à ce titre, s'il existe un responsable, elles constituent un dommage à charge de ce dernier.

2.2 Cession selon l'art. 26 aOPP 2 (jusqu'au 31 décembre 2004)

Selon l'art. 26 aOPP 2 applicable jusqu'au 31 décembre 2004, l'institution de prévoyance peut, si son règlement le prévoit, exiger, de celui qui demande des prestations de survivants ou d'invalidité, qu'il lui cède ses droits envers le tiers responsable du dommage jusqu'à concurrence du montant des prestations qu'elle doit. Sur la base de cette cession, et dans la mesure où celle-ci est prévue par le règlement, l'institution de prévoyance peut recourir contre les tiers responsables pour les prestations de survivants et d'invalidité qui sont dues. La cession crée un droit de recours étendu qui est limité par le *droit préférentiel du lésé*. Peut faire l'objet d'un recours, la part des prestations, qui est versée compte tenu du calcul de surindemnisation.

Par les termes de cette disposition, «*jusqu'à concurrence du montant des prestations qu'elle doit*», il faut comprendre toutes les prestations réglementaires, soit également les prestations subrogatoires aussi longtemps qu'elles sont en *concordance matérielle et temporelle* avec le dommage.

SZS-2008-548

3. Fondement dans la jurisprudence

3.1 Ordre des recours de l'art. 51 al. 2 CO

Le Tribunal fédéral a jugé à l'ATF 115 II 24 que les institutions de prévoyance sont soumises à l'ordre des recours de l'art. 51 al. 2 CO, et ce, indépendamment de l'art. 26 aOPP 2, des statuts ou de la clause réglementaire relative à la cession des droits de l'ayant droit 4 .

Selon l'art. 51 al. 2 CO, le dommage est pris en charge en première ligne par celle des personnes responsables dont l'acte illicite l'a déterminé et, en dernier lieu, par celle qui, sans qu'il y ait faute de sa part, ni d'obligation contractuelle, en est tenue aux termes de la loi. Selon une application stricte de l'ordre des recours, la responsabilité ressortit en premier rang à la responsabilité délictuelle, puis à la responsabilité contractuelle et enfin à la responsabilité causale 5 . La caisse de pension ne s'inscrit dans cet ordre qu'au deuxième rang en raison du contrat. Toutefois, au sens de la jurisprudence, l'ordre des recours de l'art. 51 al. 2 CO n'est pas fixé de manière immuable; selon les circonstances, des motifs d'équité permettent d'y déroger 6 .

Dans l'arrêt non publié (arrêt du Tribunal fédéral du 5 mai 1987 dans la cause Michaud et cons. c/Confédération et cons.), de même qu'à l'ATF 116 II 649, le Tribunal fédéral s'est écarté de l'ordre strict des recours pour des motifs d'équité 7 .

De la même manière, et pour les motifs qui suivent, l'on doit soutenir que le strict ordre des recours de l'art. 51 al. 2 CO n'est pas applicable s'agissant du recours des caisses de pension.

3.2 Position identique de l'institution de prévoyance par rapport aux autres assurances ou l'employeur

3.2.1 Relevons qu'à l'ATF du 20 mars 1990 8 , le Tribunal fédéral a jugé que l'institution de prévoyance concoure au même rang que les

SZS-2008-549

autres assurances sociales. Il a même précisé que les créances récursives de la caisse de pension doivent être satisfaites avant celles de l'employeur. Dans la mesure où ces prestations compensent un dommage, elles peuvent être mises à la charge du responsable. Ceci signifie que donnent droit au recours non seulement les prestations LPP obligatoires mais aussi les prestations surobligatoires 9 . Aussi, comme parmi les assureurs sociaux, il n'y a pas d'assureur favorisé par rapport aux autres, les prétentions récursives de la caisse de pension doivent être prises en compte de la même manière. La recette récursive sera donc calculée en comparant le montant des prétentions de l'institution de prévoyance avec celui des autres assureurs sociaux.

A l'ATF 126 III 521, le Tribunal fédéral a examiné la question du recours de l'employeur contre le tiers responsable pour le salaire versé pendant une incapacité de travail imputable à un accident. Il a jugé que les droits de l'employeur ne devaient pas être traités de manière plus défavorable que ceux d'un assureur qui verserait le salaire à sa place (art. 72 LCA). En matière de recours, il a jugé que les droits de l'employeur doivent être traités de la même manière que ceux des assureurs. Pour des motifs d'équité, il a dérogé à l'ordre des recours de l'art. 51 al. 2 CO et retenu que l'employeur pouvait également recourir à l'encontre d'un tiers qui répond en raison d'une responsabilité causale 10 . A notre avis, s'il en est ainsi pour l'employeur, il ne saurait en être différemment pour l'institution de prévoyance.

En effet, premièrement, les prestations de l'institution de prévoyance, que ce soient les rentes d'invalidité, les rentes de survivants ou les montants versés au titre de libération des primes LPP s'inscrivent soit dans la substitution d'un salaire (rente d'invalidité LPP)), soit dans la compensation d'une perte de soutien (rente de survivants), soit encore dans la constitution de l'avoir de vieillesse, respectivement de la rente vieillesse, non financé par les primes LPP de l'employeur et du travailleur (libération des primes LPP)).

Deuxièmement, l'on ne saurait limiter le droit de recours de l'institution de prévoyance sans entrer en contradiction avec la règle qui veut que l'interdiction de surindemnisation en RC ne doit pas profiter au

SZS-2008-550

responsable 11 . Selon la jurisprudence, il y a surindemnisation, lorsque le lésé touche pour la même période différentes prestations compensatoires, dont la somme dépasse le dommage subi est un principe général du droit de la responsabilité civile, par quoi il faut entendre que le lésé ne touche pas une indemnité qui dépasse le dommage causé par l'événement. Ainsi, sont déduites du dommage toutes les prestations compensatoires qui sont en concordances matérielle temporelle et personnelle avec l'événement dommageable. Le Tribunal fédéral a jugé que le fait que l'institution de prévoyance ait renoncé à exercer ses prétentions récursives ne doit pas entraîner un enrichissement du lésé 12 . Une telle limitation du droit de recours de l'institution de prévoyance porterait injustement atteinte aux intérêts des employeurs et des travailleurs, ne profitant en définitive qu'aux assureurs RC. En effet, la suppression de certaines créances récursives de l'institution de prévoyance (cas de responsabilité objective), entraînerait des primes risque LPP d'un montant plus élevé, lesquelles sont à charge des employeurs et des travailleurs.

3.2.2 Alors que par le passé, il était fait application de manière stricte de l'ordre des recours de l'art. 51 al. 2 CO en matière de recours des caisses de pension, cette conception est aujourd'hui largement dépassée 13 . A l'époque, un recours n'était possible qu'en cas de faute du responsable; si la responsabilité n'était que de nature causale, un recours n'était pas possible. Or, d'une part, les termes de l'art. 51 al. 2 CO se réfèrent à la responsabilité pour acte illicite et non à la responsabilité pour faute; cette interprétation se fonde principalement sur l'argument que l'assureur responsabilité civile encaisse des primes pour risques assurés, de

sorte qu'il ne doit pas être trop facilement libéré 14 . D'autre part, il serait inéquitable de traiter l'institution de prévoyance de manière plus défavorable que l'employeur, ce d'autant qu'elle verse des prestations compensatoires qu'employeurs et travailleurs ont financés.

SZS-2008-551

Il y a encore lieu de relever que le recours de l'art. 51 al. 2 CO concerne exclusivement les prestations passées qui ont été versées; les prestations futures ne sont pas concernées 15 .

S'agissant du recours pour les prestations futures, celui-ci n'est possible que moyennant une cession conformément aux explications ci-dessous.

4. Droit de recours intégral par cession des droits

A notre avis, en ce qui concerne le droit de recours des institutions de prévoyance, il n'est pas nécessaire de se référer à l'ordre des recours de l'art. 51 al. 2 CO. Cette disposition concerne le concours entre plusieurs responsables du dommage 16 ; elle n'exclut pas la possibilité de prévoir un droit de recours intégral par cession des droits du lésé ou de l'ayant droit contre le tiers responsable en faveur de la caisse de prévoyance 17 . Une telle cession a l'avantage de concerner non seulement les prestations passées et futures; elle peut également prendre en compte les prestations LPP obligatoires et subobligatoires. A la différence de l'art. 51 al. 2 CO, et d'une manière générale, la cession pour les prestations futures est possible 18 .

Ainsi, une fois l'événement dommageable survenu, il suffit à la caisse de pension de requérir une cession écrite de l'assuré ou de ses ayants droit 19 . A cet égard, la cession crée un droit de recours étendu en faveur de la caisse de pension, lequel n'est limité que par le droit préférentiel du lésé ou de ses ayants droit et par la limite de surindemnisation.

5. Art. 34b LPP et conséquences

5.1 Selon l'art. 34b LPP,

dès la survenance de l'éventualité assurée, l'institution de prévoyance est subrogée, jusqu'à concurrence des prestations légales, aux droits de l'assuré, de ses

SZS-2008-552

survivants et des autres bénéficiaires visés à l'art. 20a, contre tous tiers responsable du cas d'assurance.

Cette norme de subrogation prévoit expressément que l'institution de prévoyance est traitée de la même manière que les autres assurances sociales 20 . Relevons toutefois que cette disposition n'est applicable que pour les prestations LPP de nature obligatoire («jusqu'à concurrence des prestations légales») 21 .

A la différence de l'art. 51 al. 2 CO, l'art. 34b LPP permet de recourir pour les prestations passées et futures.

5.2 En ce qui concerne les prestations de nature subobligatoire, la caisse de pension peut toujours recourir contre le tiers responsable. Elle peut le faire au moyen d'une cession des droits du lésé ou de l'ayant droit contre le tiers responsable.

6. Calcul des prétentions récursoires de l'institution de prévoyance

6.1 Recommandation relative au calcul du dommage de rente

L'Association suisse des assureurs (ASA), la CNA (Suva) et l'OFAS ont adopté en date du 20 mars 2001 une recommandation commune relative au calcul du dommage de rente 22 qui propose un mode de calcul du dommage de rente et des prétentions récursoires des assurances concernées.

Le lésé invalide victime d'un accident subit un préjudice en ce sens que sa rente de vieillesse sera calculée sur la base du gain assuré au moment de l'événement assuré, sans tenir compte de l'évolution future du salaire.

La perte de gain en responsabilité civile correspondant à la phase active est calculée en général jusqu'à l'âge AVS, soit à l'âge où la victime aurait cessé toute activité professionnelle. En ce qui concerne le dommage de rente vieillesse LPP,,, il se détermine sur la base de la différence entre la rente LPP hypothétique (soit la rente vieillesse qui serait versée sans l'événement assuré) et la rente LPP financée (soit la rente qui correspond à celle qui est calculée sur la base des seules contributions des employeurs et

SZS-2008-553

de l'assuré, sans prendre en compte la libération des cotisations), capitalisée sur la base de la rente de mortalité différée à l'âge de la prise de la retraite.

Selon cette recommandation, il y a lieu de calculer le montant de la perte de rente vieillesse en se fondant sur le salaire net 23 , ce qui est critiquable, puisqu'il ne tient pas compte de la réalité des rentes des 1^{er} pilier et 2^e pilier.

Le montant des prestations récursoires LPP est calculé en se fondant sur les règles de surindemnisation de l'art. 24 al. 1 OPP 2, soit le 90% du gain présumé perdu, pour la partie obligatoire, et le règlement pour la partie surobligatoire. Rappelons au surplus, que, conformément à l'art. 24 al. 5 OPP 2, le montant des prestations LPP est susceptible d'évoluer en fonction de l'évolution future du gain présumé perdu 24 . Par ailleurs, en LPP,,, le montant maximum assuré n'est pas limité à hauteur de celui fixé en LAA< 25 ; pour la partie surobligatoire, il ne saurait dépasser CHF 795 600.– (état en août 2008) 26 , de sorte que les hauts salaires peuvent ainsi être couverts en LPP...

6.2 Recommandation relative au recours de l'institution de prévoyance

Dans sa recommandation du 19 décembre 2003, la Commission des chefs de sinistres de l'ASA, en collaboration avec l'OFAS et la CNA (Suva), a proposé une recommandation relative au recours de l'institution de prévoyance contre le tiers responsable 27 . Selon cette recommandation, les prestations récursoires sont calculées comme suit:

– Le droit de recours pour les prestations passées se fonde sur l'art. 51 al. 2 CO, alors que le recours pour les prestations futures se fonde sur une cession écrite.

– Seules les prestations de l’institution de prévoyance qui compensent un dommage peuvent faire l’objet d’un recours (limite de 100% du gain présumé perdu).

SZS-2008-554

– Les rentes d’invalidité de la prévoyance professionnelle sont en principe capitalisées jusqu’à l’âge de la retraite AVS. Rappelons que les rentes LPP sont calculées sur la base du gain présumé perdu, lequel évolue de la même manière, en général, que le salaire en droit de la responsabilité civile.

– Le dommage de rente de la caisse de pension se calcule selon la recommandation du dommage de rente. Le montant de libération des primes ne peut pas faire l’objet d’un recours, au risque d’être indemnisé deux fois puisque le dommage de rente prend en compte la différence entre la rente hypothétique et la rente financée au moment de l’événement assuré.

7. Conclusions

7.1 L’exercice du recours des institutions de prévoyance porte donc,

– d’une part, s’agissant des cas invalidité,

– pour les rentes d’invalidité LPP,, sur la perte de gain jusqu’à l’âge AVS;

– pour les prestations en rapport avec la libération du paiement des primes LPP,, sur le dommage de rente vieillesse LPP correspondant à la différence entre les rentes vieillesse LPP versées et les rentes vieillesse financées par l’employeur et le travailleur;

– d’autre part, s’agissant des cas décès,

– pour les rentes de survivants, premièrement, sur la perte de soutien pendant la phase active, soit jusqu’à l’âge AVS ou à son décès; et

– deuxièmement, sur la perte de soutien pendant la phase passive, soit après l’âge AVS.

7.2 Par ailleurs, il est utile et important de rappeler que toutes les prestations de prévoyance, qu’elles soient de nature *obligatoire ou surobligatoire* peuvent faire l’objet d’un recours au moyen d’une cession dans la mesure où elles compensent un dommage.

7.3 Relevons que les sommes en jeu sont substantielles et constituent une source de recettes non négligeable pour les institutions de prévoyance. Il en va de quelques dizaines de milliers de francs pour les cas les moins importants à plus d’un million pour ceux qui sont graves.

7.4 A notre avis, les organes des caisses de pension ont l’obligation de s’assurer que les recours contre les tiers responsables soient correctement exercés, au risque d’engager leur responsabilité 28 .

1 Stauffer (2005), Berufliche Vorsorge, note 887.

2 Schaer (1984), Grundzüge des Zusammenwirkens von Schadenausgleichssystemen, note 951; Rumo-Jungo, Haftpflicht- und Sozialversicherung (1998), note 1098; Oftinger/Stark (1995), Schweizerisches Haftpflichtrecht, tome I, § 11, note 285; Hofer, Haftpflichtanspruch und Pensionskassenregress, SZS 2001 128.

3 Cf. art. 2 LPGa qui prévoit que la LPGa est applicable si et dans la mesure où la loi spéciale le prévoit. Cf. également Hofer, Haftpflichtanspruch und Pensionskassenregress, SZS 2001 126.

4 G. Frésard, Les recours subrogatoires de l'assurance-accidents sociale contre le tiers responsable ou son assureur, Schulthess 2007, 39.

5 Rumo-Jungo, Zusammenspiel zwischen Haftpflicht und beruflicher Vorsorge, ZBJV 138 (2002) 438.

6 BGE 126 III 521; BGE 116 II 645; BGE 115 II 28.

7 Stark, Urteilsanmerkung, zwei neuere Entscheidungen des Bundesgerichtes zur Regressordnung von Art. 51 al. 2 OR, ZBJV 1992 223; cf. aussi BGE 127 III 265 c. 6b; ATF A. c/X. du 26.5.2003 c. 3.6 [4C.27/2003].

8 Arrêt non publié, Hoirie X. et canton de Berne c/Confédération, canton de Vaud et commune d'Ormond-Dessus du 20 mars 1990 [C.595/1984; C.9/1985].

9 J.-M. Frésard, Questions de coordination en matière de prévoyance professionnelle, RJN 2000 36.

10 BGE 126 III 521; cf. aussi BGE 115 II 24.

11 ATF du 13 juin 2008 [4A_116/2008]: alors qu'en droit de la RC, l'enrichissement du lésé est prohibé, la coordination extrasystème des assurances sociales avec les assureurs RC ne doit pas profiter au responsable (BGE 54 II 564, consid. 5).

12 ATF du 17 janvier 2006 [4C.277/2005].

13 BGE 115 II 24; B. Viret, La surindemnisation dans la prévoyance professionnelle, SVZ 67 (1999) 32 (contra G. Frésard, op. cit., 39).

14 Oftinger/Stark (1995), Schweizerisches Haftpflichtrecht, tome I, § 11, note 81.

15 Fuhrer, Der Regress der Sozialversicherer auf den haftpflichtigen Dritten, SVZ 60 (1992) 89; Schaetzle/Weber (2001), Manuel de capitalisation, note 3.174; contra Hofer, Haftpflichtanspruch und Pensionskassenregress, SZS 2001 125 ss.

16 Rumo-Jungo (1998); Haftpflicht- und Sozialversicherung, note 1087; Roelli/Jaeger (1932), Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908, Bd. II, N 2 zu Art. 72 VVG; similaire Schaer/Duc/Keller (1992), Das Verschulden im Wandel des Privatversicherungs-, Sozialversicherungs- und Haftpflichtrechts, 297, 301, 304.

17 Cf. art. 164 CO.

18 BGE 85 I 30; BGE 113 II 165 c. 2; BGE 117 III 56 c. 3 c.

19 Oftinger/Stark (1995), Schweizerisches Haftpflichtrecht, tome I, § 11, note 296.

20 Cf. art. 27 ss OPP 2 et art. 72 ss LPGA.

21 Vetter-Schreiber (2005), Berufliche Vorsorge, Kommentar, 128; G. Frésard, op. cit., 39.

22 Recommandation No 01/2001 de la Commission des chefs de sinistres de l'ASA du 20 mars 2001; HAVE/REAS 2 (2002) 144 ss.

23 Cf. BGE 129 III 135, dans lequel le TF a précisé que la perte de gain devait être calculée sur la base du salaire net, soit après déduction de toutes les déductions aux assurances sociales, y compris les contributions du travailleur à la LPP...

24 Cf. chiffre 21; le gain présumé perdu futur peut être estimé en tenant compte de l'évolution probable du salaire.

25 CHF 126 000.– conformément à l'art. 22 al. 1 OLAA.

26 Selon l'art. 79c LPP, le salaire assurable du salarié ou le revenu assurable de l'indépendant selon le règlement de prévoyance est limité au décuple du montant limite supérieur selon l'art. 8, al. 1 LPP.

27 Recommandation No 7/2003 de la Commission des chefs de sinistres de l'ASA.

28 Responsabilité de l'organe, cf. art. 52 LPP.