

En règle générale, lorsqu'un assuré est **invalidé à un degré équivalent ou supérieur à 70%**, on ne tient pas compte de sa capacité de travail résiduelle, celle-ci étant souvent uniquement théorique.

Le TF ouvre pourtant la porte à une exception : l'affaire concerne une assurée invalide à 90% mais ayant toujours continué à exercer une activité lucrative à son ancien poste à un taux de 10%. Lors d'une vérification, la caisse de pensions a constaté une surindemnisation au sens de 34a al.1 LPP et a donc réclamé à son assurée la restitution des prestations perçues indument.

Le point litigieux de l'arrêt était de savoir si, **même après que cette assurée a perdu son travail**, la caisse de pensions pouvait quand même continuer à **imputer un revenu hypothétique pour le calcul de sa rente**. Le TF y répond par l'affirmative, créant ainsi une exception à la doctrine majoritaire qui prévoyait de ne pas tenir compte de la capacité résiduelle à partir d'un taux d'invalidité de 70% ou plus.

Auteure : Me Muriel Vautier, avocate à Lausanne.

Beschwerde gegen den Entscheid des Kantonsgerichts Freiburg vom 5. Juli 2017 (608 2015 240).

Sachverhalt:

A.

Die 1972 geborene A. bezieht infolge eines im März 1999 erlittenen Verkehrsunfalles eine ganze Rente der Invalidenversicherung seit dem 1. März 2000 (Feststellungen vom 8. März 2002; Invaliditätsgrad 90 %). Die Pensionskasse B. (nachfolgend: Pensionskasse) richtete eine ganze Invalidenrente aus beruflicher Vorsorge von jährlich Fr. 22'872.- seit dem 1. April 2002 resp. von Fr. 23'448.- seit dem 1. Januar 2007 aus. Die Unfallversicherung erbrachte seit dem 1. Januar 2006 eine Komplementärrente (Invaliditätsgrad 88 %). Nach dem Unfall arbeitete A. in stark reduziertem Pensum und veränderter Funktion weiterhin bei der bisherigen Arbeitgeberin.

Mit Schreiben vom 18. Juli 2007 nahm die Pensionskasse erstmals eine Überentschädigungsberechnung vor. Dabei berücksichtigte sie u.a. einen entgangenen Verdienst von jährlich Fr. 91'000.- und eine Resterwerbsfähigkeit von 12 % resp. ein Einkommen von Fr. 10'920.-; den koordinierten Rentenanspruch legte sie auf jährlich Fr. 8'604.- (monatlich Fr. 717.-) fest. Auf dieser Grundlage schlossen A. und die Pensionskasse am 24. Oktober 2008 eine Vereinbarung über die "Rentenrückerstattung aus Überversicherung". Danach sollte eine Rückerstattung von Fr. 69'000.- erfolgen, zu tilgen

durch Einstellung der monatlichen Rentenzahlungen von Fr. 717.-, voraussichtlich bis zum 30. November 2016.

Das Arbeitsverhältnis mit der bisherigen Arbeitgeberin wurde auf den 31. Dezember 2008 aufgelöst. Über eine Neuberechnung der Überentschädigung ab 1. Januar 2009 und entsprechende Anpassung der Vereinbarung vom 24. Oktober 2008 fanden A. und die Pensionskasse keine Einigung.

B.

Mit Klage vom 18. Dezember 2015 beantragte A. , die Pensionskasse sei zu verpflichten, rückwirkend per 1. Januar 2009 eine neue Überentschädigungsberechnung vorzunehmen und gestützt darauf die Rente aus beruflicher Vorsorge auf jährlich Fr. 15'414.- festzusetzen. Das Kantonsgericht Freiburg wies die Klage mit Entscheid vom 5. Juli 2017 ab.

C.

A. lässt mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beantragen, unter Aufhebung des Entscheids vom 5. Juli 2017 sei die Pensionskasse zu verpflichten, ihr eine Invalidenrente von jährlich Fr. 15'414.- ab 1. Januar 2009 zu bezahlen; eventualiter sei die Sache mit der Feststellung, dass ihr ab 1. Januar 2009 kein Erwerbs- oder Ersatzeinkommen anzurechnen sei, zu neuer Überentschädigungsberechnung an das kantonale Gericht zurückzuweisen.

Die Pensionskasse schliesst auf Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Das Bundesamt für Sozialversicherungen verzichtet auf eine Vernehmlassung.

Erwägungen:

1.

1.1. Aus der Beschwerdebegründung ergibt sich, dass die Versicherte nicht die Auszahlung einer Rente beantragt, sondern sinngemäss - wie bereits im vorangegangenen Klageverfahren (vgl. Art. 99 Abs. 2 BGG) - die Höhe des koordinierten Rentenanspruchs ab 1. Januar 2009 festgestellt haben will.

Unter den Parteien ist unbestritten, dass sie sich mit der Vereinbarung vom 24. Oktober 2008 insbesondere darüber einigten, dass vom 1. April 2002 bis zum 31. Juli 2007 zu viel Leistungen ausbezahlt worden waren, deshalb der "Pauschalbetrag" von Fr. 69'000.- zurückzuerstatten war und die Rückforderung sukzessive mit dem laufenden (koordinierten) Rentenanspruch verrechnet wurde. In diesem Sinne ist ein hinreichendes Feststellungsinteresse (vgl. BGE 128 V 41 E. 3a S. 48; SVR 2017 BVG Nr. 37 S. 169, 9C_938/2015 E. 3.2; MEYER/ DORMANN, in: Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, N. 2a zu Art. 107 BGG) der Beschwerdeführerin ausgewiesen.

1.2. Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann wegen Rechtsverletzungen gemäss den Art. 95 f. BGG erhoben werden. Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1

BGG), und kann deren Sachverhaltsfeststellung nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 2 BGG).

Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es ist folglich weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; es kann eine Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen und es kann sie mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen. Immerhin prüft das Bundesgericht, unter Berücksichtigung der allgemeinen Pflicht zur Begründung der Beschwerde (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG), grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (BGE 141 V 234 E. 1 S. 236 mit Hinweisen).

2.

Das kantonale Gericht hat keinen Anlass für eine Neuberechnung der Überentschädigung resp. eine Anpassung des koordinierten Rentenanspruchs aus beruflicher Vorsorge gesehen. Es hat festgestellt, dass die Versicherte mit Schreiben vom 18. September 2008 von ihrer damaligen Arbeitgeberin über die Kündigung per Ende Jahr informiert und ab sofort freigestellt worden sei. Am 17. Oktober 2008 habe sie trotz ihres Wissens um den Stellenverlust der Rückerstattungsvereinbarung zugestimmt. Es hat offengelassen, ob unter diesen Umständen die Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse darstellt. Es ist der Auffassung, dass eine allfällige Veränderung jedenfalls nicht wesentlich gewesen sei.

3.

3.1. Laut vorinstanzlicher Feststellung sind die Parteien hinsichtlich der interessierenden Invalidenrente übereinstimmend von einer Leistung der obligatorischen beruflichen Vorsorge ausgegangen. Dass diese Feststellung offensichtlich unrichtig sei oder auf einer Rechtsverletzung beruhen soll, wird nicht geltend gemacht. Sie bleibt für das Bundesgericht verbindlich (E. 1.2). Die Parteien berufen sich denn auch nicht auf allfällige Mehrleistungen im Sinne von Art. 49 Abs. 2 in initio BVG.

3.2.

3.2.1. Die Vorsorgeeinrichtung kann die Hinterlassenen- und Invalidenleistungen kürzen, soweit diese zusammen mit anderen Leistungen gleicher Art und Zweckbestimmung sowie weiteren anrechenbaren Einkünften 90 Prozent des mutmasslich entgangenen Verdienstes übersteigen (Art. 34a Abs. 1 BVG; ebenso Art. 24 Abs. 1 der Verordnung vom 18. April 1984 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge [BVV 2; SR 831.441.1] i.V.m. Art. 34a Abs. 1 BVG, je in den bis Ende 2016 geltenden Fassungen).

Die Vorsorgeeinrichtung kann bei der Kürzung von Invalidenleistungen (vor Erreichen des ordentlichen Rentenalters) insbesondere das weiterhin erzielte oder zumutbarerweise noch erzielbare Erwerbs- oder Ersatzeinkommen anrechnen (Art. 24 Abs. 1 lit. d BVV 2 i.V.m. Art. 34a Abs. 5 lit. a BVG; ebenso Art. 24 Abs. 2 Satz 2 BVV 2 i.V.m. Art. 34a Abs. 1 BVG, je in den

bis Ende 2016 geltenden Fassungen).

3.2.2. Im Bereich der obligatorischen beruflichen Vorsorge ist von einer grundsätzlichen Kongruenz von Valideneinkommen und mutmasslich entgangenem Verdienst im Sinne von Art. 34a Abs. 1 BVG (resp. Art. 24 Abs. 1 BVV 2 in der bis Ende 2016 geltenden Fassung) auszugehen. Dasselbe gilt für Invalideneinkommen und zumutbarerweise noch erzielbarem Erwerbseinkommen nach Art. 24 Abs. 1 lit. d BVV 2 (resp. Art. 24 Abs. 2 Satz 2 BVV 2 in der bis Ende 2016 geltenden Fassung), weshalb das von den IV-Organen festgelegte Invalideneinkommen dem Grundsatz nach auch in der berufsvorsorgerechtlichen Überentschädigungsberechnung zu berücksichtigen ist (BGE 143 V 91 E. 4.2 S. 94; 141 V 351 E. 5.1 S. 354; 140 V 399 E. 5.2.1 S. 401; 137 V 20 E. 2.2 S. 23; 134 V 64 E. 4.1.3 S. 70 [Urteil B 10/07 vom 6. Februar 2008]).

Von der vermuteten Kongruenz des Invalideneinkommens mit dem zumutbarerweise noch erzielbarem Erwerbseinkommen ist insbesondere dann abzuweichen, wenn - seitens der versicherten Person nachzuweisende - persönliche Umstände und die tatsächliche Lage auf dem im Einzelfall relevanten Arbeitsmarkt die Verwertung der (invalidenversicherungsrechtlich festgestellten) Restarbeitsfähigkeit erschweren resp. verunmöglichen (BGE 137 V 20 E. 2.2 S. 23; 134 V 64 E. 4.2 und 4.3 S. 70 ff.; Urteil 9C_495/2017 vom 16. April 2018 E. 3.3.1).

3.3. Die Vorsorgeeinrichtung kann die Voraussetzungen und den Umfang einer Überentschädigungskürzung jederzeit überprüfen und ihre Leistungen anpassen, wenn die Verhältnisse sich wesentlich ändern (Art. 24 Abs. 5 BVV 2, sowohl in der bis Ende 2016 als auch in der seither geltenden Version). Als wesentliche Änderung der Verhältnisse gilt eine Leistungsanpassung in der Größenordnung von mindestens 10 % zugunsten oder zuungunsten der rentenbeziehenden Person. Im Falle einer solchen Änderung ist die Vorsorgeeinrichtung zur Neuberechnung ihrer Invalidenrente verpflichtet; die Anpassung der Leistungen ist nicht dem freien Ermessen der Vorsorgeeinrichtung anheimgestellt (BGE 143 V 91 E. 4.1 S. 93; 125 V 163 E. 3b S. 164 f.; 123 V 193 E. 5d S. 201).

Erfährt ein einzelner Berechnungsfaktor eine wesentliche, d.h. an sich eine Leistungsanpassung von mindestens 10 % bewirkende Änderung, prüft die Vorsorgeeinrichtung (resp. das Berufsvorsorgegericht) in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht allseitig und ohne Bindung an früher ermittelte Faktoren, ob und in welchem Umfange eine Überentschädigung vorliegt. Dies kann zu einer (Über-) Kompensation des geänderten Berechnungsfaktors führen (BGE 143 V 91 E. 4.2 S. 94 f.).

4.

4.1. Die Vorinstanz hat festgestellt, dass die Versicherte nach ihrem Unfall in einem Pensum von 10 % bei ihrer bisherigen Arbeitgeberin tätig gewesen sei und dabei ein Jahreseinkommen von "rund" Fr. 10'300.- netto verdient habe. Diese mit dem aktenkundigen Lohnausweis 2007 im Einklang stehende Feststellung bleibt unbestritten und verbindlich (E. 1.2).

Im Vergleich zu dieser - auch im Oktober 2008 gegebenen - Situation bedeutet der auf Ende

2008 erfolgte Verlust der Arbeitsstelle klar eine rechtserhebliche Veränderung des Sachverhalts, genauer: des Invalideneinkommens und damit eines Berechnungsfaktors der Überentschädigung (Anpassung der Pensionskassenleistungen um jährlich mindestens Fr. 860.40). Daran ändert nichts, dass die Versicherte bereits im September 2008 über die damals bevorstehende Beendigung des Arbeitsverhältnisses informiert war, wie die Vorinstanz (ebenfalls verbindlich) festgestellt hat.

4.2. Die Vorinstanz hat ferner erwogen, das Vorbringen, wonach eine Resterwerbsfähigkeit von 10 % grundsätzlich nicht verwertbar sei, vermöge die gesetzliche Vermutung der Zumutbarkeit eines Resterwerbs nicht umzustossen. Sodann fehlten Belege für erfolglose Stellenbemühungen, weshalb (neu) ein hypothetisches Erwerbseinkommen anzurechnen sei. Zu dessen Höhe hat sie sich nicht geäussert.

Die Vorinstanz und die Parteien gehen nicht von einer grösseren als 10%igen Arbeitsfähigkeit der Versicherten aus. Aus den Aktenergebnissen sich kein von der Invalidenversicherung festgesetztes Invalideneinkommen, das für ein hypothetisches Einkommen ab dem 1. Januar 2009 herangezogen werden könnte. So oder anders stellt sich aber die Frage nach der Anrechenbarkeit eines hypothetischen Einkommens, wenn - wie die Beschwerdeführerin weiterhin geltend macht - die Restarbeitsfähigkeit aufgrund ihres geringen Umfangs grundsätzlich als nicht verwertbar zu betrachten ist.

4.3.

4.3.1. Soweit ersichtlich, wird in der Literatur einhellig die Verwertbarkeit einer geringen Arbeitsfähigkeit bezweifelt und deswegen die Anrechnung eines entsprechenden hypothetischen Einkommens abgelehnt (vgl. MARKUS MOSER, Überentschädigung in der 2. Säule: Wo stehen wir heute?, in: BVG-Tagung 2015, Aktuelle Fragen der beruflichen Vorsorge, 2016, S. 89; HANS-ULRICH STAUFFER, Berufliche Vorsorge, 2. Aufl. 2012, S. 381 Rz. 1036; SCHMID/WÜRMLI, Das mutmassliche Erwerbseinkommen nach Art. 24 BVV 2, AJP 2008 S. 720; MOSER/STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Überentschädigung, Anrechnung des zumutbarerweise erzielbaren Einkommens, AJP 2008 S. 621; DIESELBEN, Die Überentschädigungskürzung berufsvorsorgerechtlicher Leistungen im Lichte der Rechtsprechung, SZS 2008 S. 106; MARC HÜRZELER, Die Invaliditätsbemessung in der Invalidenversicherung und der beruflichen Vorsorge, in: Personen-Schaden-Forum 2008, 2008, S. 218; UELI KIESER, Zumutbares Resterwerbseinkommen in der beruflichen Vorsorge, AJP 2005 S. 228 f.).

4.3.2. In der Invalidenversicherung ist bei der Bestimmung des Invalideneinkommens nicht von realitätsfremden Einsatzmöglichkeiten auszugehen (vgl. SVR 2016 IV Nr. 58 S. 190, 8C_910/2015 E. 4.2.1). Eine sehr hohe Arbeitsunfähigkeit führt indessen regelmäßig zu einem Invaliditätsgrad von mindestens 70 % (vgl. Art. 16 ATSG) und folglich zu einem Anspruch auf eine ganze Rente (Art. 28 Abs. 2 IVG). Beträgt die Erwerbsfähigkeit höchstens 30 %, ist die Frage nach der Verwertbarkeit einer geringen Restarbeitsfähigkeit ohne praktische Bedeutung.

4.3.3. Bei der Festlegung von Ergänzungsleistungen ist für nicht erwerbstätige Teilinvaliden, die in die Berechnung einbezogen werden (vgl. Art. 9 ELG [SR 831.30]), grundsätzlich ein

hypothetisches Mindesteinkommen zu berücksichtigen (Art. 11 Abs. 1 lit. g ELG i.V.m. Art. 14a Abs. 2 ELV [SR 831.301]). Ab einem Invaliditätsgrad von 70 % wird in der Regel kein hypothetisches Erwerbseinkommen angerechnet (Urteil 9C_680/2016 vom 14. Juni 2017 E. 3.4.1 mit Hinweisen).

4.3.4. Im Bereich der Arbeitslosenversicherung setzt die Vermittlungsfähigkeit (Art. 15 AVIG [SR 837.0]) voraus, dass die versicherte Person insbesondere bereit (und fähig) ist, eine zumutbare Arbeit im Umfang von mindestens 20 % eines Normalarbeitspensums anzunehmen (vgl. Art. 5 AVIV [SR 837.02]; BGE 143 V 168 E. 2 S. 170; 136 V 95 E. 5.1 S. 97). Nicht vermittelungsfähige Versicherte haben keinen Anspruch auf ein Erwerbsersatzeinkommen in Form von Arbeitslosenentschädigung (Art. 8 Abs. 1 lit. f AVIG).

4.3.5. Für das Haftpflichtrecht folgt aus dem wirtschaftlichen Schadensbegriff, dass eine bei Teilinvalidität theoretisch verbleibende Erwerbsfähigkeit unberücksichtigt bleiben muss, wenn sie wirtschaftlich nicht mehr nutzbar ist. Dies ist dann anzunehmen, wenn der Geschädigte mit der ihm aus medizinischer Sicht verbliebenen Erwerbsfähigkeit keine Aussichten mehr hat, relativ sicher ein nicht unbedeutendes Einkommen zu erzielen. Allgemein kann gesagt werden, dass bei nicht sehr spezialisierten Arbeitnehmern eine theoretische Restarbeitsfähigkeit von 20 % und weniger sich wirtschaftlich häufig nicht verwerten lässt, weil keine Möglichkeit besteht, eine geeignete Arbeit mit einem so geringen Beschäftigungsgrad zu finden (Urteil 4C.263/2006 vom 17. Januar 2007 E. 4.1 mit Hinweisen; vgl. auch FELLMANN/KOTTMANN, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. 1, 2012, S. 606 f. Rz. 1734-1736, wonach in der Lehre die Grenze bei etwa 25 bis 30 % gezogen werde).

4.3.6. Nach dem Gesagten rechtfertigt sich, für die Überentschädigungsberechnung nach Art. 34a Abs. 1 BVG zumindest bei einer Restarbeitsfähigkeit von lediglich 10 % grundsätzlich von deren Unverwertbarkeit auszugehen. Daher kann in der Regel kein entsprechendes hypothetisches Einkommen angerechnet werden. Mit Blick auf das einkommensrelevante Wechselspiel zwischen Invalidenversicherung und beruflicher Vorsorge (vermutete Kongruenz der Vergleichseinkommen; E. 3.2.2) gilt dies umso mehr, als 10 %-Stellen erfahrungsgemäss kaum je ausgeschrieben werden und solche Nischentätigkeiten bilden, die - auch wenn sie beispielsweise in der Reinigungsbranche verbreitet (er) sind - auf Mund-zu-Mund-Empfehlung resp. -Vermittlung beruhen und in diesem Sinn "Insidern" vorbehalten sind.

4.4. Die Vorinstanz hat verbindlich (E. 1.2) festgestellt, dass die Versicherte ab 2010 bei einem neuen Arbeitgeber ein jährliches Einkommen von Fr. 2'500.- erzielt habe.

Weder die Weiterbeschäftigung bei der früheren Arbeitgeberin noch die blosse Tatsache, dass die Versicherte 2010 eine Anstellung finden konnte (bei der sie rund einen Viertel des früheren Invalideneinkommens erzielte), gibt Anlass, um ausnahmsweise von der Verwertbarkeit der Restarbeitsfähigkeit auszugehen und ab Januar 2009 ein hypothetisches Einkommen anzurechnen. Das Dahinfallen des - beim ehemaligen Arbeitgeber erzielten - Invalideneinkommens zieht eine umfassende Neuberechnung der Überentschädigung und des koordinierten Rentenanspruchs nach sich (vgl. E. 4.1 vorne). Diese wird die Vorinstanz nachzuholen haben, wobei sie gleichzeitig über die Höhe des mutmasslich entgangenen Verdienstes befinden wird, zumal sich die Parteien (auch) darüber nicht einig sind.

Ob und inwieweit die neuerliche Erzielung eines tatsächlichen Einkommens ab 2010, gegen dessen Anrechnung die Beschwerdeführerin an und für sich nicht opponiert, wiederum zu einer Neuberechnung führt, hängt von den Pensionskassenleistungen ab Januar 2009 ab. Diese stellen massgebliche Vergleichsgröße für die Erheblichkeit dar (vgl. E. 3.3), was die Vorinstanz zu übersehen scheint.

5.

Hinsichtlich der Prozesskosten gilt die Rückweisung der Sache zu neuem Entscheid praxisgemäß als volles Obsiegen (BGE 137 V 210 E. 7.1 S. 271 mit Hinweisen). Die Beschwerdegegnerin hat die Gerichtskosten zu tragen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Die Beschwerdeführerin hat Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und der Entscheid des Kantonsgerichts Freiburg vom 5. Juli 2017 aufgehoben. Die Sache wird zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 800.- werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.

3.

Die Beschwerdegegnerin hat die Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'800.- zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Kantonsgericht Freiburg, Sozialversicherungsgerichtshof, und dem Bundesamt für Sozialversicherungen schriftlich mitgeteilt.