

**COUR DES ASSURANCES SOCIALES**

---

---

Jugement du 24 juin 2010

---

Présidence de M. ABRECHT  
Juges : Mmes Rossier et Férolles, assesseurs  
Greffier : M. Addor

\*\*\*\*\*

Cause pendante entre :

**Q.**\_\_\_\_\_, à Naz, demandeur, représenté par Me Philippe Nordmann,  
avocat à Lausanne,

et

**INSTITUTION DE PREVOYANCE C.**\_\_\_\_\_, à Lausanne, défenderesse.

---

**Art. 24 al. 1 OPP 2**

**E n f a i t :**

**A.**           **a)** Q.\_\_\_\_\_, né en 1958, marié, père de cinq enfants, a été affilié à l'institution de prévoyance C.\_\_\_\_\_ dès le 24 février 1992 au titre de la prévoyance professionnelle en tant qu'employé de l'entreprise J.\_\_\_\_\_ SA dans le cadre du contrat d'assurance-collective LPP, groupe n° 872, police de prévoyance professionnelle n° [...]. J.\_\_\_\_\_ SA et l'institution de prévoyance C.\_\_\_\_\_ ont en outre conclu un contrat d'assurance de prévoyance professionnelle extra-obligatoire, groupe n° 1363, en date du 11 mars 1996.

J.\_\_\_\_\_ SA a été inscrite au registre du commerce le [...]. Son but est la promotion, l'étude, l'engineering et la maîtrise d'œuvre, principalement à l'étranger, d'entreprises industrielles, commerciales et de travaux. Q.\_\_\_\_\_ en est l'administrateur avec signature individuelle depuis le 17 janvier 2005.

**b)** Le 23 février 2000, J.\_\_\_\_\_ SA a adressé un avis de mutation à l'institution de prévoyance C.\_\_\_\_\_ pour la prévoyance professionnelle n° [...] portant le traitement annuel AVS de Q.\_\_\_\_\_ à 97'500 fr.

A la suite d'un accident vasculaire cérébral, Q.\_\_\_\_\_ a été incapable de travailler à 100% dès le 10 mars 2000.

Le 22 mars 2000, J.\_\_\_\_\_ SA a adressé un nouvel avis de mutation à l'institution de prévoyance C.\_\_\_\_\_ pour la police de prévoyance professionnelle n° [...] de Q.\_\_\_\_\_ portant son traitement annuel AVS à 102'660 fr.

Un certificat d'assurance a été établi au 1<sup>er</sup> juin 2000. Il en ressort notamment que le salaire annuel annoncé était de 102'660 fr., que la rente annuelle d'invalidité était de 14'551 fr. 80 et que la rente annuelle d'enfant d'invalidité était de 2'910 fr. 60.

Le 23 août 2001, l'institution de prévoyance C.\_\_\_\_\_ a informé Q.\_\_\_\_\_ qu'une rente entière annuelle d'invalidité de 14'715 fr. pourrait lui être servie dès le 1<sup>er</sup> mars 2001, soit après un délai d'attente de 12 mois.

**c)** Dans le cadre de la révision du dossier, le 31 août 2007, l'institution de prévoyance C.\_\_\_\_\_ a prié J.\_\_\_\_\_ SA d'indiquer le gain annuel auquel Q.\_\_\_\_\_ pourrait prétendre à 100% s'il n'était pas atteint dans sa santé. Le 4 septembre 2007, Q.\_\_\_\_\_ a répondu que ce gain était de 110'306 fr.

Le 21 décembre 2007, l'institution de prévoyance C.\_\_\_\_\_, après avoir procédé à un calcul de surindemnisation, a informé Q.\_\_\_\_\_ qu'elle avait omis de tenir compte dans son calcul de surindemnisation de 2003 de la naissance de la fille de l'intéressé. Or, à la suite de cette modification, les prestations servies auraient dû être réduites dès le 1<sup>er</sup> février 2003. Il était cependant précisé qu'à titre exceptionnel, il ne serait procédé à aucune modification des rentes versées à tort pour la période du 1<sup>er</sup> février 2003 au 30 novembre 2007, soit un montant de 66'894 fr. 30. Une rente annuelle d'invalidité de 8'647 fr. 20 serait dès lors servie dès le 1<sup>er</sup> janvier 2008. Ce calcul se fondait sur un gain mensuel présumé perdu de 10'064 fr. 50. Quant au salaire versé par l'employeur, il s'élevait à 1'509 fr. 50.

Le 3 janvier 2008, Q.\_\_\_\_\_ a demandé à l'institution de prévoyance C.\_\_\_\_\_ des explications quant à la méthode de calcul utilisée pour déterminer le gain mensuel présumé perdu.

Le 8 janvier 2008, l'institution de prévoyance C.\_\_\_\_\_ a répondu à l'intéressé que le calcul du salaire présumé perdu s'établissait comme suit:

Salaire figé au moment de l'incapacité de travail: 102'660 fr.

Salaire réalisé en 2007 (1'509 fr. 50 x 12): 18'114 fr.

Salaire présumé perdu:

120'774 fr.

L'institution de prévoyance C.\_\_\_\_\_ expliquait qu'elle avait opté pour le salaire présumé perdu le plus favorable dans la mesure où J.\_\_\_\_\_ SA avait indiqué que le salaire annuel auquel pouvait prétendre à 100% sans atteinte à la santé Q.\_\_\_\_\_ s'élevait à 110'306 fr.

**d)** Faisant suite à des observations apportées par Q.\_\_\_\_\_, l'institution de prévoyance C.\_\_\_\_\_ a porté le 18 janvier 2008 le gain annuel présumé perdu à 130'860 fr. Elle a tenu compte d'une prime annuelle moyenne de 15'000 fr. et d'un salaire mensuel de 1'200 fr. non versé au mois de décembre 2007. Du calcul de surindemnisation effectué, il ressortait un salaire mensuel présumé perdu de 10'905 fr.

**e)** Dans une correspondance du 4 février 2008 adressée à Q.\_\_\_\_\_, l'institution de prévoyance C.\_\_\_\_\_ a informé ce dernier qu'il serait, dès le 1<sup>er</sup> janvier 2008, mis au bénéfice d'une rente annuelle réduite d'invalidité de 10'174 fr. 20, ainsi que d'une rente annuelle réduite d'enfant d'invalidé, soit pour ses cinq enfants, 9'961 fr. 80. Etait joint à cette missive un calcul de surindemnisation lequel se présente comme suit:

Salaire dont on peut présumer que vous êtes privé	10'064.50	Fr.
---	-----------	-----

Période dès le 01.01.2008

Nombre de mois:

1

<b>Prestations de base versées par l'AI en: 2008</b>		
- assuré		Fr.
- conjoint	2'060.00	Fr.
- enfants Nbr d'enfant(s): 5 x Fr. 824.00	0.00	Fr.
	4'120.00	Fr.
<b>Salaire versé par l'employeur</b> (moyenne annuelle)	1'200.00	Fr.
<b>Total des revenus à prendre en compte:</b>	<b>7'380.00</b>	<b>Fr.</b>
./. 90% du gain présumé perdu	9'058.00	Fr.
<b>Différence entre les revenus et le salaire présumé perdu</b>	<b>1'678.00</b>	<b>Fr.</b>

<b>Rentes de base assurées par l'institution de prévoyance C._____ en: 2008</b>		
- rente d'invalidité		Fr.
- rentes d'enfant Nbr d'enfant(s): 5 x Fr. 252.60	1'277.05	

	Fr.
	1'263.00
<b>Fr. 2'540.05</b>	
<b>Prestations effectivement versées:</b>	<b>Fr.</b>
	<b>1'678.00</b>

Le 7 mars 2008, Q.\_\_\_\_\_ a adressé à l'institution de prévoyance C.\_\_\_\_\_ un projet de contrat de travail avec la société J.\_\_\_\_\_ SA pour une durée déterminée, soit jusqu'au 31 décembre 2008. Ce projet prévoyait que Q.\_\_\_\_\_ serait engagé en tant qu'administrateur de la société J.\_\_\_\_\_ SA dès le 1<sup>er</sup> mars 2008 pour un salaire mensuel de 300 fr. selon un horaire de travail variable.

Le 14 avril 2008, Q.\_\_\_\_\_ a adressé une nouvelle correspondance à l'institution de prévoyance C.\_\_\_\_\_ quant aux éléments à prendre en compte dans le calcul du salaire présumé perdu.

Après avoir pris en considération les remarques faites par Q.\_\_\_\_\_, l'institution de prévoyance C.\_\_\_\_\_ a procédé au calcul suivant en date du 16 mai 2008:

Salaire figé au moment de l'incapacité de travail:	102'660 fr.
Indexation du salaire:	6'368 fr.
Salaire réalisé dès mars 2008 (Fr. 300 x 12):	<u>3'600 fr.</u>
Salaire présumé perdu:	112'628 fr.

Le total des rentes mensuelles de l'assurance-invalidité s'élevait à 6'180 fr. Il s'y ajoutait un salaire mensuel de 300 fr. versé par l'employeur. Il en résultait, dès le 1<sup>er</sup> mars 2008, une rente annuelle d'invalidité réduite de 11'926 fr. 80 et une rente annuelle réduite d'enfant d'invalidité de 11'678 fr. 40 pour les 5 enfants de Q.\_\_\_\_\_.

**f)** Le 1<sup>er</sup> octobre 2008, Q.\_\_\_\_\_, désormais représenté par Me Philippe Nordmann, a adressé à l'institution de prévoyance C.\_\_\_\_\_ une correspondance du 18 juillet 2008 de l'administrateur de la société H.\_\_\_\_\_ SA, N.\_\_\_\_\_, qui avait repris les contrats de J.\_\_\_\_\_ SA. Cette lettre avait la teneur suivante:

"Monsieur,

Pour donner suite à notre entretien du 7 juillet dernier et pour répondre à vos différentes questions, nous confirmons avoir acheté à la société J.\_\_\_\_\_ SA, des contrats d'entretiens de nettoyage, pour un montant mensuel de CHF 49'377.00.

Ces contrats ont été l'unique base de démarrage de la société H.\_\_\_\_\_ SA.

La négociation de ces contrats a été faite entre M. Q.\_\_\_\_\_ et moi-même, de novembre 2003 à avril 2004. Durant toutes nos transactions, M. Q.\_\_\_\_\_ a relevé que la seule raison pour laquelle il céda ces contrats était son état de santé.

La qualité commerciale de ces contrats s'est avérée bonne; sur 36 clients d'origine 1 seul a dénoncé son contrat à l'échéance.

La base de ces contrats a permis de développer un C.A. mensuel de CHF de 49'377.00 en 2004 à 170'000.00 actuellement.

De ces chiffres, il ressort que le salaire envisageable pour un délégué commercial. Ce à quoi aurait pu prétendre Monsieur Q.\_\_\_\_\_ s'il n'avait pas été atteint dans sa santé, serait d'un montant annuel de CHF 150'000.00 à CHF 200'000.-.

[Salutations]".

L'institution de prévoyance C.\_\_\_\_\_ était donc invitée sur cette base à revoir le calcul du gain présumé perdu, en considérant que le revenu de Q.\_\_\_\_\_ se situerait en 2008 entre 150'000 et 200'000 fr. en bonne santé, de sorte qu'il serait équitable de retenir la moyenne de 175'000 fr. par année, dont le 90% représente 157'500 fr.

Etait joint à la lettre de la société H.\_\_\_\_\_ SA un comparatif du chiffre d'affaires réalisé par J.\_\_\_\_\_ SA de 1998 à 2006:

1998	1'241'369 fr. 50
1999	1'450'155 fr. 75
2000	1'782'010 fr. 38
2001	1'456'130 fr. 09
2002	1'158'547 fr. 15
2003	1'128'628 fr. 15
2004	1'187'762 fr. 02
2005	704'183 fr. 52
2006	763'120 fr. 99

En regard de l'année 2000, la précision "10 mars 2000 Accident vasculaire Q.\_\_\_\_\_" était apportée; pour 2004 figurait la mention "Vente des contrats "Service plus" à N.\_\_\_\_\_" . Ce document portait le timbre humide de J.\_\_\_\_ SA et récapitulait les comptes de pertes et profits pour l'ensemble des années en question, également joints.

Le 13 novembre 2008, l'institution de prévoyance C.\_\_\_\_\_ a adressé le courrier suivant au conseil de Q.\_\_\_\_\_ :

"(...)

Préliminairement, nous attirons votre attention sur le fait que les correspondances et rectifications dont vous faites état, n'ont eu pour objet que le calcul de surindemnisation et non la révision de la rente invalidité de M. Q.\_\_\_\_\_.

Cela étant, aucun élément ne justifie de prendre en compte un gain présumé perdu supérieur à celui qui figure dans notre dernier calcul de surindemnisation. En effet, M. Q.\_\_\_\_\_ était employé par la société J.\_\_\_\_\_ SA et non pas par la [société] H.\_\_\_\_\_ SA. Il n'apparaît à aucun moment qu'il ait été question de transférer votre client dans cette nouvelle société.

La négociation des contrats que vous mentionnez relève d'une situation extraordinaire qui n'a rien à voir avec la progression salariale linéaire d'un délégué commercial usuel. Un tel contexte insolite justifie à lui seul de hautes exigences en matière de preuve.

En l'espèce, il n'en est rien puisque votre argumentaire ne permet nullement d'établir les bases prises en considération pour la détermination d'un tel salaire. Il apparaît également quelque peu surprenant qu'une société tierce se prononce sur le revenu hypothétique d'un employé qui ne travaille pas pour son compte. Par voie de conséquence, il est permis d'émettre des doutes sur le degré de vraisemblance prépondérante de tels allégués.

Cela étant, au vu des pièces du dossier, il subsiste un élément fort troublant. En effet, le 4 septembre 2007 la société J.\_\_\_\_\_ SA confirmait, en réponse à notre demande du 31 août 2007, que le gain annuel auquel votre client pourrait prétendre à 100% s'il n'était pas atteint dans sa santé serait de Fr. 110'306.- (copie remise en annexe).

Or, dans son courrier du 18 juillet 2008, H.\_\_\_\_\_ SA, se basant sur son chiffre d'affaires mensuel, évalue le salaire d'un délégué commercial entre Fr. 150'000.- et Fr. 200'000.-. De là, il ressort que la négociation des contrats dont vous faites état, avait nécessairement déjà été pris en compte au moment de la

détermination du salaire hypothétique précité de Fr. 110'306.-. Prétendre l'inverse serait contraire à la bonne foi.

Dès lors, au vu de ce qui précède, vous comprendrez aisément qu'en l'absence de preuves tangibles voire d'éléments contradictoires, nous ne puissions donner une suite favorable à votre demande.

[Salutations]".

Un nouvel échange de correspondances n'a pas modifié la position de l'institution de prévoyance C.\_\_\_\_\_, qui, dans une lettre du 17 décembre 2008, a renvoyé à sa lettre du 13 novembre 2008, considérant pour le surplus qu'il n'était pas établi que l'évolution négative du chiffre d'affaires de la société J.\_\_\_\_\_ SA était dû à l'invalidité de Q.\_\_\_\_\_ et non pas à d'autres facteurs, telle que l'évolution du marché par exemple.

**B.** Par demande du 17 mars 2009, Q.\_\_\_\_\_ "conclut avec dépens au versement, pour lui et ses 5 enfants, d'une rente mensuelle dès le 1<sup>er</sup> janvier 2008 de 2'425 fr. 40 par mois, valeur 2000, augmentée de l'indexation 2000-2008, sous déduction des sommes versées dès le 1<sup>er</sup> janvier 2008, avec intérêt à 5% l'an dès chacune des échéances, le tout sous réserve d'indexations ultérieures et d'augmentations en fonction du disponible de rentes de prévoyance professionnelle dès l'indépendance financière de chacun des enfants, à concurrence maximale des prestations assurées."

Il soutient pour l'essentiel que, sans invalidité, son revenu annuel serait d'environ 175'000 fr. au minimum. Pour l'année 2008, le demandeur procède au calcul du plafond, soit:

plafond LPP: 70,5% de 174'000 fr. x 90%	110'250 fr.
plafond extra-obligatoire: 29,5% de 102'660 fr. x 100%	<u>30'285 fr.</u>
par an:	140'535 fr.
par mois:	11'711 fr.

Le demandeur rappelle ensuite que le total des rentes mensuelles versées par l'assurance-invalidité s'élève à 6'480 fr. (recte:

6'180 fr.), montant auquel il y a lieu d'ajouter un revenu mensuel de 300 fr. La rente mensuelle d'invalidité de la prévoyance professionnelle s'élève ainsi à 4'931 fr. (11'711 fr. ./ 6'480 fr. ./ 300 fr.). S'appuyant sur le certificat d'assurance du 1<sup>er</sup> juin 2000, il expose que les rentes annuelles assurées d'invalidité sont de 14'551 fr. 80 et de 2'910 fr. 60 pour chacun des 5 enfants, soit au total 29'104 fr. 80, d'où une rente d'invalidité mensuelle de 2'425 fr. 40, laquelle doit dès lors être intégralement versée, sans réduction.

Dans sa réponse du 4 juin 2009, l'institution de prévoyance C.\_\_\_\_\_ demande à la Cour de céans de rejeter avec suite de frais et dépens les conclusions de la demande. Elle considère qu'il y a lieu de s'en tenir au gain annuel présumé perdu de 110'306 fr. indiqué par le demandeur lui-même. Le gain de 175'000 fr. articulé par le demandeur relève selon la défenderesse de l'utopie et ne repose sur aucun fondement. Le calcul du demandeur tombe donc à faux. Au surplus, la défenderesse relève que le calcul du demandeur distinguant la part obligatoire et la part extra-obligatoire n'a pas lieu d'être, dans la mesure où le contrat de prévoyance professionnelle extra-obligatoire du 11 mars 1996 ne prévoit pas de prestations d'invalidité.

Dans sa réplique du 27 août 2009, le demandeur déclare prendre acte que sa rente d'invalidité découle de la prévoyance obligatoire (minimale LPP) et qu'il n'y a pas de couverture d'invalidité en prévoyance extra-obligatoire. Le calcul du plafonnement mensuel est ainsi le suivant:

plafond LPP: 100% de 174'000 fr. x 90%, soit 156'000 fr., d'où un plafond mensuel de 13'050 fr., montant qu'il propose de retenir en le comparant avec les calculs effectués dans la demande.

Il offre pour le surplus de prouver que, sans invalidité, il percevrait un revenu annuel d'au moins 175'000 fr.

Dupliquant le 15 septembre 2009, la défenderesse confirme implicitement les conclusions de sa réponse.

**C.** Une audience d'instruction a été tenue le 30 novembre 2009. Le procès-verbal mentionne que, sur question de son conseil, le demandeur a précisé qu'il avait indiqué, sur la lettre du 31 août 2007 à la défenderesse, un revenu annuel à 100% de 110'306 fr. en se fondant sur le salaire effectivement perçu en 2007 auprès de J.\_\_\_\_\_ SA pour une activité exercée à environ 12% rapportée à un taux d'activité de 100%; il a déclaré qu'il ignorait tout des calculs de rentes et de plafonnement de celles-ci. A.\_\_\_\_\_, représentant commercial, a été entendu en qualité de témoin. Il a déclaré ce qui suit:

"Je connais le demandeur depuis 1990; à l'époque il était au Centre T.\_\_\_\_\_. Il était le représentant de la société française J.\_\_\_\_\_ France et était à ce titre le responsable de l'entretien du Centre T.\_\_\_\_\_. Il se posait la question de savoir quelles parties de l'entretien du Centre T.\_\_\_\_\_ la société J.\_\_\_\_\_ SA pouvait faire elle-même et quelles parties pouvait être sous-traitée par la société P.\_\_\_\_\_ dont j'étais l'un des deux patrons responsable de la partie commerciale. Monsieur Q.\_\_\_\_\_ m'a montré l'organigramme de J.\_\_\_\_\_ SA. Le demandeur avait selon mon souvenir une dizaine de personnes sous ses ordres. J'ignore si J.\_\_\_\_\_ SA avait à l'époque d'autres activités que de s'occuper de la maintenance du Centre T.\_\_\_\_\_. Je suis parti de l'idée que J.\_\_\_\_\_ SA avait l'intention de développer d'autres activités. Depuis 1990, j'ai vu Monsieur Q.\_\_\_\_\_ au moins une fois par année notamment dans le cadre d'une réunion annuelle avec les fournisseurs du Centre T.\_\_\_\_\_. J'ai eu des contacts professionnels avec le demandeur jusqu'en 2003. Je me suis rapproché du demandeur lorsqu'il a eu son accident vasculaire cérébral en 2000; j'ai développé avec lui des liens d'amitié forts. En 2001 ou 2002, le demandeur m'a indiqué qu'il avait l'occasion d'acquérir la société J.\_\_\_\_\_ SA qui, selon ce que j'avais compris, était une filiale de la société française J.\_\_\_\_\_ France. Je l'ai encouragé à acquérir une participation majoritaire dans cette société. En 2001 ou 2002, Monsieur Q.\_\_\_\_\_ a ainsi acquis dans un premier temps une participation majoritaire, dans mon souvenir de 80 % puis, dans un deuxième temps, la totalité du capital-actions de J.\_\_\_\_\_ SA. Dès début 2003, j'ai travaillé pour J.\_\_\_\_\_ SA comme responsable de l'activité commerciale; j'étais engagé comme salarié à un taux d'activité de 50 %. Dès 1990, le demandeur m'apparaissait comme le véritable patron de J.\_\_\_\_\_ SA; il dirigeait cette filiale avec beaucoup d'énergie et beaucoup d'idées et traitait avec les patrons d'autres sociétés d'égal à égal. Après l'AVC du demandeur en 2000, J.\_\_\_\_\_ France n'était pas certaine de conserver le contrat de maintenance du Centre T.\_\_\_\_\_, il a même été question que l'institution de prévoyance C.\_\_\_\_\_ engage directement Monsieur Q.\_\_\_\_\_ pour diriger la maintenance du centre dont il connaissait tous les aspects

techniques. J'ignore quelle était la rémunération de Monsieur Q. \_\_\_\_\_ pour J. \_\_\_\_\_ SA. Comme J. \_\_\_\_\_ SA avait perdu le contrat de maintenance du Centre T. \_\_\_\_\_ et que le demandeur devait trouver d'autres débouchés, le demandeur a fait appel à moi pour le seconder dans la direction de la société. Je travaille actuellement toujours pour J. \_\_\_\_\_ SA à un taux de 40-50 %. Je suis en arrière-plan, Monsieur Q. \_\_\_\_\_ ayant réussi à trouver lui-même de nouveaux débouchés pour la société et à en assumer la direction. Dès 2004 environ, grâce au travail considérable fourni par le demandeur qui a su démontrer ses capacités de dirigeant, la société J. \_\_\_\_\_ SA a connu un développement réjouissant. A mon avis, les activités auraient pu être développées encore bien davantage, si le demandeur n'avait pas eu son handicap, grâce à ses capacités personnelles. En tant que simple collaborateur, je ne saurais vous dire quel est actuellement le revenu que tire actuellement Monsieur Q. \_\_\_\_\_ de J. \_\_\_\_\_ SA. Je pense qu'en tant que directeur de filiale, Monsieur Q. \_\_\_\_\_ compte tenu de ses grandes capacités, aurait pu prétendre à un salaire compris entre 120 et 150'000 fr. Je suis persuadé qu'en tant que propriétaire de J. \_\_\_\_\_ SA et au vu de la manière dont il a développé cette société, il aurait pu sans son handicap réaliser un revenu de l'ordre de 150'000 fr. par année. Monsieur Q. \_\_\_\_\_ a notamment réussi à développer une société de services pour le nettoyage et le déménagement des occupants du Centre T. \_\_\_\_\_. Au vu de ce que cela a rapporté à la société, il aurait certainement été en position de négocier un salaire plus élevé. Je pense que sans son handicap Monsieur Q. \_\_\_\_\_ aurait gardé au sein de J. \_\_\_\_\_ SA les contrats de nettoyage qu'il a cédés à la [société] H. \_\_\_\_\_ SA. L'affirmation de la [société] H. \_\_\_\_\_ SA dans sa lettre du 18 juillet 2008 (pièce 20) selon laquelle Monsieur Q. \_\_\_\_\_ aurait pu prétendre à un revenu annuel de 150'000 à 200'000 fr. me paraît plausible.

En réponse aux questions posées dans la liste écrite de la défenderesse du 28 novembre 2009, je confirme que Monsieur Q. \_\_\_\_\_ était dirigeant de J. \_\_\_\_\_ SA à l'époque de son accident. Les fonctions de Monsieur Q. \_\_\_\_\_ était susceptibles d'évoluer en ce sens que J. \_\_\_\_\_ SA aurait développé des activités plus importantes, également en-dehors des contrats liés au Centre T. \_\_\_\_\_. Le développement par Monsieur Q. \_\_\_\_\_ des activités et des débouchés de la société lui permettait d'espérer une progression salariale notable. Je connais peu de personnes qui avec un handicap tel que celui qui affecte Monsieur Q. \_\_\_\_\_ aurait réussi à développer pareillement les activités d'une telle société."

Les parties se sont déterminées sur les déclarations du témoin.

Le 13 janvier 2010, le demandeur a estimé qu'il était établi au degré de la vraisemblance prépondérante qu'il aurait pu réaliser un revenu sans invalidité annuel de 150'000 fr. à 200'000 fr.

De son côté, la défenderesse a considéré le 19 février 2010 qu'il y avait lieu d'apprécier avec réserve les déclarations du témoin,

compte tenu des liens d'amitié qui l'unissent au demandeur. Elle relève par ailleurs qu'il n'y a pas, au degré de la vraisemblance prépondérante, d'indices concrets en faveur d'un revenu tel qu'allégué par le demandeur. Elle maintient pour le surplus les conclusions formulées dans sa réponse du 4 juin 2009.

### **E n d r o i t :**

**1.** La loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD, RSV 173.36), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2009, est applicable aux actions de droit administratif soumises aux autorités cantonales de la juridiction administrative. Il y a lieu d'appliquer les règles des art. 106 ss LPA-VD sur l'action de droit administratif. L'application, en l'espèce, des règles de procédure des art. 106 ss LPA-VD satisfait aux exigences de l'art. 73 LPP (loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, RS 831.40), qui pose des principes généraux pour les contestations en matière de prévoyance professionnelle.

La Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal connaît des contestations et prétentions en matière de responsabilité relatives à la prévoyance professionnelle opposant institutions de prévoyance et de libre passage, employeurs et ayants droit (art. 93 let. c LPA-VD). L'acte introductif d'instance revêt la forme d'une action (ATF 129 V 27 consid. 2.1.1).

L'action du demandeur est recevable à la forme. Il y a donc lieu d'entrer en matière.

**2.** En l'espèce, le demandeur réclame le paiement d'une rente mensuelle d'invalidité de la prévoyance professionnelle de 2'425 fr. 40 dès le 1<sup>er</sup> janvier 2008 en se fondant sur un gain présumé perdu (ci-après: GPP) d'environ 175'000 fr. au minimum. Il ne conteste pas le montant des rentes d'invalidité versées par l'assurance-invalidité (6'180 fr. par mois) ni

celui des rentes de base assurées par la défenderesse en 2008 (2'540 fr. 05 par mois) (cf. supra lettre A.e).

De son côté, la défenderesse considère qu'il n'a pas été rendu vraisemblable que le gain présumé perdu du demandeur se serait élevé à 175'000 fr., de sorte que c'est sur la base d'un gain de 110'306 fr. tel qu'annoncé par le demandeur lui-même le 4 septembre 2007 qu'il convient de se fonder pour le calcul de la surindemnisation et, partant, de la rente d'invalidité à servir.

**3.** Dans la demande, le demandeur effectue un calcul du plafonnement pour la part LPP obligatoire et un calcul pour la part extra-obligatoire. Il en infère ensuite le montant de la rente d'invalidité de 2'425 fr. 40 qu'il réclame.

En réponse, la défenderesse relève que le contrat de prévoyance professionnelle extra-obligatoire du 11 mars 1996 ne prévoit pas de prestations d'invalidité, ce dont le demandeur ne disconvient pas, puisqu'il en prend expressément acte et propose un nouveau calcul du montant du plafonnement mensuel en réplique, toujours sur la base d'un GPP de 175'000 fr.

L'objet du litige se réduit donc à la question de savoir si la défenderesse a correctement déterminé le gain annuel présumé perdu du demandeur. En d'autres termes, la question à résoudre est celle du gain annuel à prendre en considération pour le calcul de surindemnisation depuis l'année 2008 à la suite de la révision du dossier.

**4. a)** Par gain annuel dont on peut présumer que l'intéressé est privé, au sens de l'art. 24 al. 1 OPP 2 (ordonnance fédérale du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, RS 831.441.1), la jurisprudence a précisé qu'il fallait comprendre le salaire hypothétique que l'assuré réaliserait sans invalidité, lequel ne correspond pas forcément au gain effectivement obtenu avant la survenance de l'éventualité assurée (ATF 125 V 163 consid. 3b; TF B 164/06 du 19

décembre 2007 consid. 2.5). Il existe à cet égard une étroite relation entre le gain annuel dont on peut présumer que l'intéressé est privé et le revenu sans invalidité déterminant dans le cadre de l'assurance-invalidité (TF 9C\_347/2008 du 21 octobre 2008 consid. 4.1 in fine et la référence).

Concernant spécifiquement la question de la prise en considération d'un changement hypothétique d'activité, des possibilités théoriques de développement professionnel ou d'avancement ne doivent être prises en compte, selon la jurisprudence, que lorsqu'il est très vraisemblable qu'elles seraient advenues. A cet égard, il convient d'exiger la preuve d'indices concrets que l'assuré aurait obtenu dans les faits un avancement et une augmentation corrélative de ses revenus, s'il n'était pas devenu invalide. Sont constitutifs de tels indices concrets, par exemple, le fait que l'employeur ait laissé entrevoir une telle perspective d'avancement, ou qu'il ait donné des garanties dans ce sens. En revanche, de simples déclarations d'intention de la part de l'assuré ne suffisent pas; l'intention de progresser sur le plan professionnel doit bien plutôt s'être déjà manifestée par des étapes concrètes, telle que la fréquentation de cours, le début d'études ou la passation d'examen (TFA B 80/01 du 17 octobre 2003 consid. 5.2.2 et les références; TF 9C\_523/2008 du 25 mai 2009 consid. 2.2 et la référence).

**b)** A teneur de l'art. 24 OPP 2, dans sa teneur en vigueur avant le 1<sup>er</sup> janvier 2005, l'institution de prévoyance peut réduire les prestations d'invalidité et de survivants dans la mesure où, ajoutées à d'autres revenus à prendre en compte, elles dépassent 90% du gain annuel dont on peut présumer que l'intéressé est privé (al. 1). Sont 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).

Suite à la modification de l'alinéa 2 de l'art. 24 OPP 2, entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2005, sont également pris en compte le revenu de remplacement ainsi que le revenu ou le revenu de remplacement que l'assuré pourrait encore raisonnablement réaliser. Comme déjà relevé, cette modification est sans incidence dans le cas d'espèce, dès lors qu'il est constant que le degré d'invalidité du demandeur est de 100% dans l'exercice d'une activité professionnelle.

**5. a)** La défenderesse soutient que, sans son invalidité, le demandeur aurait pu réaliser à plein temps, un gain annuel de 110'306 fr. Elle se fonde à cet égard sur la mention portée le 4 septembre 2007 au bas de sa correspondance du 31 août précédent par le demandeur lui-même. Elle considère également qu'il n'y a pas, dans le dossier constitué, d'élément permettant de s'écarter de ce chiffre et que le demandeur n'a pas rendu vraisemblable qu'il avait commis une erreur en indiquant ce chiffre, lequel correspond de surcroît au salaire effectivement perçu avant l'incapacité de travail (97'500 fr.), indexé à 2007.

Pour sa part, le demandeur prétend que l'attestation indiquant un salaire de 110'306 fr. sans invalidité à 100% n'est que l'application d'une règle de 3 par rapport à son salaire d'invalidé, soit pour l'année 2007, 13'200 fr. (1'200 fr. versé onze fois pour un taux d'activité de 12%). Il allègue ne pas avoir compris qu'il s'agissait d'une question de plafonnement. Ce salaire est le reflet de ce qu'il percevait au service de la société J. \_\_\_\_\_ SA qui "végète" à la suite de son invalidité, et non pas de ce qu'il percevrait en tant qu'administrateur de cette même société s'il n'était pas atteint dans sa santé.

Le témoin A. \_\_\_\_\_ entendu au cours de l'audience du 30 novembre 2009 a déclaré que, compte tenu de ses grandes capacités, le demandeur aurait pu prétendre à un salaire annuel compris entre 120'000 et 150'000 fr. Il a ensuite estimé plausible, sur la base du courrier de la société H. \_\_\_\_\_ SA du 18 juillet 2008, que le demandeur eût pu percevoir un salaire de 150'000 à 200'000 fr.

Se fondant sur cette lettre, le demandeur souligne dans sa correspondance du 1<sup>er</sup> octobre 2008 "que le chiffre d'affaires mensuel afférant aux contrats cédés par J.\_\_\_\_\_ SA a pu grimper de fr. 49'377.- en 2004 à fr. 170'000.- par mois en 2008. Ainsi, le revenu 2008 de M. Q.\_\_\_\_\_, s'il n'était pas invalide, se situerait entre fr. 150'000.- et fr. 200'000.-. Il est équitable de retenir la moyenne de fr. 175'000.- par année, dont le 90% représente fr. 157'500.-."

**b)** Le demandeur établit ainsi un lien direct entre le salaire dont il estime avoir été privé et le chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise J.\_\_\_\_\_ SA. L'examen du chiffre d'affaires réalisé par cette société entre 1998 et 2006 révèle qu'en 1998, le chiffre d'affaires a été de 1'241'369 fr. 50, 1'450'155 fr. 75 en 1999 (+ 16,8%), 1'782'010 fr. 38 en 2000 (+ 22,8%), 1'456'130 fr. 09 en 2001 (- 18,2%), 1'158'547 fr. 15 en 2002 (- 20,4%), 1'128'628 fr. 15 en 2003 (- 2,5%), 1'187'762 fr. 02 en 2004 (+ 5,2%), 704'183 fr. 52 en 2005 (- 40,7%) et 763'120 fr. 99 en 2006 (+ 8,3%).

Il est vraisemblable que, sans l'invalidité, le demandeur aurait poursuivi son activité d'administrateur de la société J.\_\_\_\_\_ SA. Cela étant, il est difficile de déterminer le gain dont le demandeur est privé puisque de nombreux facteurs, autres que l'état de santé, sont susceptibles d'influencer ce gain.

**c)** Il convient dès lors de ne pas se montrer trop strict s'agissant de la fixation du gain présumé perdu et de s'en tenir à la règle de la vraisemblance prépondérante applicable en droit des assurances sociales (ATF 129 V 177 consid. 3.1) pour apprécier dans quelle mesure la preuve du gain présumé perdu par le demandeur a pu être apportée.

Le témoin A.\_\_\_\_\_ a considéré que, compte tenu du dynamisme dont a fait preuve le demandeur en tant qu'administrateur de la société J.\_\_\_\_\_ SA, il pourrait prétendre à un revenu annuel entre 120'000 et 150'000 fr. Il est certes constant que le chiffre d'affaires annuel

de cette société a sensiblement augmenté entre 1998 et 2000, soit jusqu'à l'incapacité de travail du demandeur. Pour sa part, le demandeur soutient que le revenu annoncé de 110'306 fr. procède de l'application d'une règle de 3 par rapport à son salaire d'invalidé, en indiquant le revenu qui correspondrait au pourcentage effectif de travail qu'il pourrait réaliser avec l'atteinte à la santé, ramené à 100%. Vérifié d'office, le calcul opéré par le demandeur se révèle conforme à ses déclarations, renouvelées lors de l'audience du 30 novembre 2009. En effet, le revenu de 110'306 fr. correspond bien au 100% du salaire perçu en 2007 (soit 1'200 fr. par mois) pour une activité exercée à un taux d'environ 12%, selon les propres termes du demandeur au cours de cette même audience.

Pour autant, on ne saurait sans autres accueillir les allégations du demandeur, estimant le gain présumé perdu à 175'000 fr, voire 200'000 fr. Néanmoins, on ne saurait non plus méconnaître le rôle joué par le demandeur dans le développement de la société J.\_\_\_\_\_ SA. Le chiffre d'affaires réalisé par cette société fournit certes une indication mais ne saurait à elle seule constituer une base adéquate décisive pour déterminer le gain présumé perdu par le demandeur.

Ainsi, au vu des déclarations du témoin A.\_\_\_\_\_ au cours de l'audience du 30 novembre 2009 et des pièces versées au dossier (cf. supra lettre A.f), il y a lieu d'admettre, au degré de la vraisemblance prépondérante, que le gain présumé perdu par le demandeur aurait pu s'élever en 2008 à 135'000 fr. Ce montant correspond à la moyenne entre 120'000 fr. et 150'000 fr. annoncés par le témoin. Le fait d'avoir déterminé ce gain présumé perdu par le demandeur permet ensuite de procéder au calcul de surindemnisation.

En l'espèce, un double calcul doit être effectué, dans la mesure où il ressort du calcul de surindemnisation joint à la lettre du 16 mai 2008 un salaire mensuel d'invalidé effectivement perçu par le demandeur de 300 fr. (variante a.) alors que ce même salaire mensuel s'élève à 1'200 fr. selon le calcul de surindemnisation effectué par la



<b>Salaire versé par l'employeur</b> (Fr. 1'200.00 x 12)	14'400.00	Fr.
<b>Total:</b>	<b>88'560.00</b>	<b>Fr.</b>

<b>Rentes de base assurées par l'institution de prévoyance C. en: 2008</b>		
- rente d'invalidité		Fr.
- rentes d'enfant Nbr d'enfant(s): 5 x Fr. 252.60	1'277.05	Fr.
	1'263.00	
Fr. 2'540.05		
<b>Total:</b> Fr. 2'540.05 x 12	<b>30'480.60</b>	<b>Fr.</b>
<b>Total des revenus à prendre en compte:</b>	<b>119'040.60</b>	<b>Fr.</b>

Quel que soit le total des revenus à prendre en compte retenu (108'240 fr. 60 ou 119'040 fr. 60), ceux-ci n'atteignent pas le 90% du gain annuel dont le demandeur est privé, soit 121'500 fr. Il en résulte que le demandeur a droit aux rentes d'invalidité de base assurées par la défenderesse en 2008 sans réduction, soit 2'540 fr. 05 par mois pour lui et ses cinq enfants. Peu importe dès lors le salaire d'invalidité effectivement perçu par le demandeur en 2008, puisque, dans un cas comme dans l'autre, il n'en résulte aucune réduction de la rente d'invalidité.

**d)** Il y a lieu de préciser que dans la mesure où les bases de calcul de la surindemnisation, dont fait partie le revenu hypothétique réalisable sans invalidité, devaient se modifier après la fixation de la rente, l'institution de prévoyance est tenue d'opérer un nouveau calcul. Il y a une modification importante de ce revenu hypothétique s'il en résulte une adaptation des prestations de 10% au moins (ATF 125 V 163 consid. 3b). Cela étant, les rentes d'invalidité feront l'objet d'une adaptation conformément à l'évolution de l'indice suisse des prix à la consommation (art. 1 al. 1 de l'ordonnance fédérale du 16 septembre 1987 sur l'adaptation des rentes de survivants et d'invalidité en cours à l'évolution des prix, RS 831.426.3). Au surplus, il va de soi que les prestations d'invalidité auxquelles le demandeur a droit sont dues par la défenderesse sous déduction des prestations effectivement versées durant la période ici en cause, soit celles servies dès le 1<sup>er</sup> janvier 2008.

**6.** Il reste à examiner la question de l'intérêt moratoire à verser par la défenderesse.

Selon la jurisprudence, l'intérêt à servir en première ligne est celui qui découle du règlement de l'institution. A défaut, l'art. 104 al. 1 CO (code des obligations, RS 220) est applicable, ce qui conduit à retenir un taux de 5% l'an. En matière de rente, il convient d'appliquer l'art. 105 al. 1 CO. Selon cette disposition, le débiteur en demeure pour le paiement d'intérêts, arrérages ou d'une somme dont il a fait donation, ne doit l'intérêt moratoire qu'à partir du jour de la poursuite ou de la demande en justice (ATF 130 V 414 consid. 5, ATF 119 V 131 consid. 4c).

En l'espèce, la défenderesse versera au demandeur des intérêts moratoires, au taux de 5% l'an (ATF 130 V 414 consid. 5.1), dès le 17 mars 2009 pour les prestations échues à cette date et dès chacune des échéances pour les prestations échues postérieurement au dépôt de la demande.

**7.** Au vu de ce qui précède, la demande doit être admise, en ce sens que la défenderesse, l'institution de prévoyance C.\_\_\_\_\_, doit verser au demandeur, pour lui et ses cinq enfants, des rentes d'invalidité d'un montant mensuel total de 2'540 fr. 05 dès le 1<sup>er</sup> janvier 2008, sous déduction des prestations effectivement versées dès le 1<sup>er</sup> janvier 2008 et sous réserve d'indexations ultérieures.

**8. a)** La procédure est gratuite pour les parties (art. 73 al. 2 LPP).

**b)** Le demandeur, qui obtient gain de cause avec le concours d'un avocat, a droit à une indemnité à titre de dépens (art. 55 al. 1 LPA-VD, par renvoi de l'art. 109 al. 1 LPA-VD).

En l'espèce, il convient d'arrêter le montant des dépens à 2'000 fr. et de les mettre à la charge de la défenderesse, qui succombe (art. 55 al. 2 LPA-VD, par renvoi de l'art. 109 al. 1 LPA-VD).

**Par ces motifs,  
la Cour des assurances sociales  
prononce :**

- I. La demande déposée le 17 mars 2009 par Q.\_\_\_\_\_ est admise, en ce sens que la défenderesse, l'institution de prévoyance C.\_\_\_\_\_, doit verser au demandeur, pour lui et ses 5 enfants, des rentes d'invalidité d'un montant mensuel total de 2'540 fr. 05 (deux mille cinq cents francs quarante et cinq centimes) dès le 1<sup>er</sup> janvier 2008, sous déduction des prestations effectivement versées dès le 1<sup>er</sup> janvier 2008 et sous réserve d'indexations ultérieures.
  
- II. La défenderesse versera au demandeur des intérêts moratoires, au taux de 5% l'an, dès le 17 mars 2009 pour les prestations échues à cette date et dès chacune des échéances pour les prestations échues postérieurement au dépôt de la demande.
  
- III. Une indemnité de 2'000 fr. (deux mille francs), à verser au demandeur à titre de dépens, est mise à la charge de la défenderesse.
  
- IV. Il n'est pas perçu de frais judiciaires.

Le président :

Le greffier :

**Du**

Le jugement qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Philippe Nordmann, avocat (pour Q. \_\_\_\_\_),
- Institution de prévoyance C. \_\_\_\_\_,
- Office fédéral des assurances sociales,

par l'envoi de photocopies.

Le présent jugement peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral au sens des art. 82 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral, RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne) dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Le greffier :