



POUVOIR JUDICIAIRE

A/1677/2019

ATAS/768/2020

COUR DE JUSTICE
Chambre des assurances sociales

Arrêt du 11 septembre 2020

3^{ème} Chambre

En la cause

Monsieur A_____, domicilié à BEGNINS

demandeur

contre

FONDATION COLLECTIVE DE PRÉVOYANCE GALILEO II,
en liquidation, sans adresse, comparant avec élection de domicile
en l'étude de Maître Eric MAUGUÉ

défenderesse

**Siégeant : Karine STECK, Présidente ; Michael BIOT et Claudiane CORTHAY, Juges
assesseurs**

EN FAIT

1. Monsieur A_____ (ci-après : l'assuré), né le _____ 1944, a été, en sa qualité d'employé de la société B_____ – devenue par la suite C_____ (ci-après : B_____), affilié du 10 février 2005 au 31 décembre 2011 à la FONDATION COLLECTIVE DE PREVOYANCE GALILEO, devenue en mars 2008 la FONDATION COLLECTIVE DE PREVOYANCE GALILEO II (ci-après : la Fondation Galileo). Il s'agit d'une institution de prévoyance professionnelle en faveur du personnel non enregistrée dans le domaine des prestations surobligatoires, dont le siège se trouve à Genève.

Pour la prévoyance obligatoire, l'assuré était affilié auprès de la FONDATION COLLECTIVE LPP d'ALLIANZ SUISSE SOCIETE D'ASSURANCES SUR LA VIE (ci-après : la Fondation collective LPP d'Allianz Suisse).

2. L'assuré a continué à travailler au-delà de l'âge ordinaire de la retraite. Conformément au règlement de prévoyance de la Fondation Galileo (chiffre 1.10), la naissance du droit aux prestations de vieillesse était, dans cette éventualité, différée au jour de la cessation définitive des rapports de travail – mais au plus pendant cinq ans.
3. Selon le registre du commerce du canton de Genève, l'assuré a exercé la fonction d'administrateur président, puis d'administrateur dès novembre 2010, de la société D_____, avec signature individuelle ; il était également actionnaire de la société, laquelle a été dissoute par suite de faillite le 19 septembre 2011, radiée d'office le 28 novembre 2012.
4. D'après le registre du commerce, l'assuré a été inscrit en tant que E_____ de l'organe suprême de la Fondation Galileo, avant d'occuper la fonction de F_____ en avril 2010, de G_____ en novembre 2010 et de H_____ en juin 2011, avec signature collective à deux.
5. Par plis séparés du 28 février 2012, TRIANON SA, gestionnaire administratif de la FONDATION COLLECTIVE TRIANON (ci-après : la Fondation Trianon), nouvelle institution de prévoyance de l'assuré depuis le 1^{er} janvier 2012, a informé ce dernier que son compte avait été crédité, les 10 et 12 janvier 2012, de CHF 918'527.82, respectivement CHF 179'119.35 – versés par la Fondation Galileo, respectivement la Fondation collective LPP d'Allianz Suisse, à titre de capital de prévoyance.
6. Par décision du 4 mars 2013, l'Autorité cantonale de surveillance des fondations et des institutions de prévoyance a prononcé la dissolution de la Fondation Galileo, laquelle a été mise en liquidation le 26 avril 2013. Monsieur I_____ a été désigné comme liquidateur.

-
7. Interrogé par la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal vaudois (ci-après : la CASSO) dans le cadre de l'exécution du partage des avoirs de prévoyance professionnelle de l'assuré et de son ex-épouse, Madame J_____, le liquidateur de la Fondation Galileo, par courrier du 20 septembre 2013, a indiqué qu'au 1^{er} janvier 2012, la prestation de libre passage de l'assuré s'élevait à CHF 993'403.62 et que, fin 2012, sa prestation de libre passage complémentaire de CHF 12'597.47 se décomposait comme suit :

– c/c banque J. Safra Sarasin SA – Genève :	CHF 1'733.67
– AAA Alternative Fund Sicav-SIF-Low Vol A (CHF) – Side Pocket – redeemed	CHF 117.56
– impôt anticipé	CHF 1.54
– prorata du dividende de liquidation des cotisations 2009, 2010 et 2011 provenant de la faillite de la société D_____	CHF 10'744.70

La CASSO a confié une expertise à Monsieur K_____, actuariaire, qui a rendu son rapport le 30 novembre 2015, complété le 2 février 2017.

Sur la base de ces rapports, la CASSO, dans son jugement du 7 novembre 2018 (PPD 1_____) – entré en force –, a conclu que l'existence du montant de CHF 12'597.47 n'avait pas été établie (consid. 7e).

8. Le 19 septembre 2018, l'assuré a néanmoins fait notifier à la Fondation Galileo, par l'intermédiaire de l'office des poursuites du canton de Genève, un commandement de payer (poursuite n° 2_____ portant sur CHF 12'597.47 avec intérêt à 5% dès le 1^{er} janvier 2012), auquel la fondation a formé opposition.

Par jugement du 25 février 2019 (JTPI/3_____), le Tribunal de première instance du canton de Genève (ci-après : le TPI) a débouté l'assuré de ses conclusions en mainlevée provisoire.

9. Le 30 avril 2019, l'assuré a saisi la Cour de céans d'une demande en paiement à l'encontre de la Fondation Galileo, en concluant, sous suite de frais et dépens, au versement de CHF 12'597.47 avec intérêt à 5% l'an dès le 1^{er} janvier 2013.

À l'appui de sa position, le demandeur invoque le courrier adressé par le liquidateur de la défenderesse à la CASSO en date du 20 septembre 2013.

Il définit la notion de « Side Pocket » et expose les démarches qu'il a entreprises, sans succès, pour que la défenderesse transfère le montant réclamé auprès de la Fondation Trianon.

Il précise avoir eu connaissance de ce montant après le virement du capital de prévoyance de CHF 918'527.82 sur son compte de libre passage le 10 janvier 2012. Il en infère que la somme litigieuse ne peut être incluse dans ce capital.

10. Invitée à se déterminer, dans sa réponse du 24 juin 2019, la défenderesse a conclu au déboutement du demandeur.

Elle rappelle la fonction qu'occupait le demandeur au sein de la société D_____ et de la Fondation Galileo.

Elle allègue que le demandeur a profité de sa position au sein de ces entités pour tenter d'extraire des avoirs de la Fondation Galileo et de s'acquitter des cotisations dues par la société D_____ à la Fondation collective LPP d'Allianz Suisse.

Elle ajoute qu'il a retiré, sans l'accord de son ex-épouse, un montant total de CHF 300'000.- au titre de versement pour l'encouragement à la propriété d'un logement.

Enfin, la défenderesse invoque la compensation de la créance que fait valoir le demandeur, si tant est qu'elle soit fondée, avec celle en dommages-intérêts dont elle est titulaire à son encontre à hauteur de CHF 29'193.80 (correspondant aux dépens de CHF 600.- qui lui ont été alloués par le TPI par jugement du 25 février 2019, ainsi qu'aux frais et honoraires de son conseil [CHF 28'593.80]).

11. Dans sa réplique du 13 septembre 2019, le demandeur a persisté dans ses conclusions et demandé à ce que la poursuite n°2_____ aille sa voie.

Il argue que la défenderesse ne se prononce pas sur le bien-fondé ou non de sa demande en paiement.

Il soutient que le montant exigé ne peut être remis en cause, dès lors que le liquidateur a fourni les détails y relatifs.

Il réfute l'allégation selon laquelle il aurait abusé de sa position et agi contrairement au droit.

Il conteste les frais et honoraires du conseil de la défenderesse et estime qu'ils ne peuvent de toute manière pas être compensés avec sa créance.

12. Dans sa duplique du 15 novembre 2019, la défenderesse a maintenu ses conclusions.

Elle considère que sa créance en dommages-intérêts peut être compensée avec la prétendue créance invoquée par le demandeur.

13. Dans sa détermination du 28 janvier 2020, le demandeur a campé sur sa position.

Il conteste le principe même de la compensation.

EN DROIT

1. a. Conformément à l'art. 134 al. 1 let. b de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît en instance unique des contestations relatives à la prévoyance professionnelle opposant institutions de prévoyance, employeurs et ayants droit, y

compris en cas de divorce, ainsi qu'aux prétentions en responsabilité (art. 331 à 331e du Code des obligations [CO - RS 220]; art. 52, 56a, al. 1, et art. 73 de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982 [LPP - RS 831.40]; art. 142 du Code civil du 10 décembre 1907 [CC - RS 210]).

L'art. 73 LPP s'applique, d'une part, aux institutions de prévoyance enregistrées de droit privé ou de droit public - aussi bien en ce qui concerne les prestations minimales obligatoires qu'en ce qui concerne les prestations s'étendant au-delà (art. 49 al. 2 LPP) - et, d'autre part, aux fondations de prévoyance en faveur du personnel non enregistrées, dans le domaine des prestations qui dépassent le minimum obligatoire (art. 89^{bis} al. 6 CC – art. 89a al. 6 depuis le 1^{er} janvier 2013; ATF 122 V 323 consid. 2a).

b. La compétence des autorités visées par l'art. 73 LPP est doublement définie.

Elle l'est, tout d'abord, quant à la nature du litige : il faut que la contestation entre les parties porte sur des questions spécifiques de la prévoyance professionnelle, au sens étroit ou au sens large. Ce sont donc principalement des litiges qui portent sur des prestations d'assurance, des prestations de libre passage (actuellement prestations d'entrée ou de sortie) et des cotisations. En revanche, les voies de droit de l'art. 73 LPP ne sont pas ouvertes lorsque la contestation a un fondement juridique autre que le droit de la prévoyance professionnelle, même si elle devait avoir des effets relevant du droit de ladite prévoyance (ATF 125 V 168 consid. 2; ATF 122 V 323 consid. 2b et les références).

Cette compétence est également limitée par le fait que la loi désigne de manière non équivoque les parties pouvant être liées à une contestation, à savoir les institutions de prévoyance, les employeurs et les ayants droit (ATF 128 V 254 consid. 2a).

c. En matière de prévoyance professionnelle, le for de l'action est au siège ou au domicile suisse du défendeur ou au lieu de l'exploitation dans laquelle l'assuré a été engagé (art. 73 al. 3 LPP).

d. Les institutions de prévoyance ne sont pas habilitées à rendre des décisions à l'égard de leurs affiliés. Les prétentions émises en matière de prévoyance professionnelle – que ce soit par les institutions de prévoyance elles-mêmes, les ayants droit ou les employeurs – doivent l'être par voie d'action (ATF 115 V 224 consid. 2). L'ouverture de l'action prévue à l'art. 73 al. 1 LPP n'est soumise, comme telle, à l'observation d'aucun délai (ATAS/708/2015 consid. 2; Raymond SPIRA, Le contentieux des assurances sociales fédérales et la procédure cantonale, RJN 1984, p. 19).

2. a. En l'occurrence, la demande en paiement dirigée contre la défenderesse porte, aux dires du demandeur, sur une prestation de sortie issue d'un rapport de prévoyance antérieur, prestation de sortie qu'aurait conservé la défenderesse.

b. La prétention du demandeur, d'un montant de CHF 12'597.47 (auquel s'ajoute un intérêt moratoire), comprend en particulier la part proportionnelle du dividende de liquidation (CHF 10'744.70) à laquelle il a droit en sa qualité d'actionnaire de la société D_____, dissoute par l'ouverture de la faillite.

Or, le droit au dividende de liquidation (répartition de l'actif ; cf. art. 745 al. 1 CO), qui ne se concrétise qu'à la fin de la liquidation de la société après paiement des dettes, constitue une créance contre cette dernière (voir arrêt du Tribunal fédéral 2P.75/2002 du 23 janvier 2003 consid. 3.1).

Partant, cette créance, qui ne peut être invoquée à l'encontre de la défenderesse et qui ne relève pas spécifiquement de la prévoyance professionnelle, échappe au pouvoir d'examen de la Cour de céans et doit donc être qualifiée d'irrecevable.

c. Il en va de même s'agissant du montant de l'impôt anticipé (CHF 1.54) que réclame le demandeur au titre de la prestation de sortie.

C'est le lieu de rappeler que le transfert de la prestation de sortie à une autre institution de prévoyance n'entraîne, quoi qu'en dise le demandeur, aucune incidence fiscale, dès lors que l'avoir de prévoyance continue de rester lié au deuxième pilier et qu'il n'est donc pas à la disposition du preneur de prévoyance (cf. Circulaire n° 41 du 18 septembre 2014 établi par l'Administration fédérale des contributions, chiffre 2.2.1 ; voir <https://www.estv.admin.ch/estv/fr/home/direkte-e-bundessteuer/direkte-bundessteuer/fachinformationen/kreisschreiben.html>).

De toute manière, si le demandeur, en sa qualité de bénéficiaire d'une prestation d'assurance diminuée de l'impôt anticipé, prétend avoir droit au remboursement de l'impôt, il doit présenter sa demande à l'Administration fédérale des contributions (art. 33 al. 2 de la loi fédérale sur l'impôt anticipé du 13 octobre 1965 (LIA – RS 642.21), non à la défenderesse.

d. Il s'ensuit que la compétence de la Cour de céans n'est établie, à raison tant de la matière que du lieu, qu'en ce qui concerne le versement par la défenderesse, dont le siège est situé dans le canton de Genève, des avoirs de prévoyance professionnelle à hauteur de CHF 1'851.20 (plus intérêts), selon le calcul suivant :

$$\text{CHF } 12'597.47 - \text{CHF } 10'744.70 - \text{CHF } 1.54 = \text{CHF } 1'851.20.$$

e. A Genève, la procédure en matière de prévoyance professionnelle est régie par la loi sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985 (LPA – E 5 10), plus particulièrement par les art. 89Ass.

En l'espèce, la demande respecte la forme prévue à l'art. 89B LPA.

Par conséquent, elle est recevable, sous réserve des conclusions déclarées irrecevables aux considérants 2b et 2c supra.

3. En vertu de l'art. 2 al. 1 de la loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, du 17 décembre 1993 (LFLP –

RS 831.42), si l'assuré quitte l'institution de prévoyance avant la survenance d'un cas de prévoyance (cas de libre passage), il a droit à une prestation de sortie.

Si l'assuré entre dans une nouvelle institution de prévoyance, l'ancienne institution de prévoyance doit verser la prestation de sortie à cette nouvelle institution (art. 3 al. 1 LFLP).

4. En l'espèce, le demandeur se réfère au courrier du liquidateur du 20 septembre 2013 pour prétendre aux avoirs de prévoyance professionnelle qu'aurait conservé la défenderesse selon lui.

C'est oublier que, peu convaincue par les renseignements fournis par le liquidateur, la CASSO, dans le cadre de l'exécution du partage des avoirs de prévoyance professionnelle du demandeur et de son ex-épouse, a mis en œuvre une expertise ayant précisément pour objet de déterminer le montant de la prestation de sortie acquise par l'intéressé durant le mariage.

Le rapport d'expertise du 30 novembre 2015 et son complément ont conduit la CASSO, dans son jugement du 7 novembre 2018 désormais entré en force, à conclure que l'existence d'une prestation de sortie complémentaire de CHF 12'597.47 n'avait pas été prouvée (consid. 7e).

Du reste, le courrier du liquidateur du 20 septembre 2013 n'est pas fiable pour les motifs exposés aux considérants 2b et 2c ci-dessus.

Eu égard aux considérations qui précèdent, la demande, mal fondée, est rejetée.

Il n'y a pas lieu d'allouer des dépens au demandeur, qui succombe, d'autant moins qu'il n'est pas représenté par un conseil (ATAS/1091/2016 du 20 décembre 2016 consid. 22a).

La procédure est gratuite (art. 73 al. 2 LPP).

**PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

1. Rejette la demande dans la mesure où elle est recevable.
2. Dit que la procédure est gratuite.
3. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

La Présidente

Marie-Catherine SÉCHAUD

Karine STECK

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