

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2780/2017

ATAS/648/2018

COUR DE JUSTICE
Chambre des assurances sociales

Arrêt du 17 juillet 2018

2^{ème} Chambre

En la cause

Monsieur A_____, domicilié à KREUZLINGEN

demandeurs

Madame A_____, domiciliée à GENÈVE

contre

ALLIANZ SOCIÉTÉ SUISSE D'ASSURANCES SUR LA VIE,
sise Hohltrasse 552, ZÜRICH

défenderesse

Siégeant : Raphaël MARTIN, Président ; Anny SANDMEIER et Maria Esther SPEDALIERO, Juges assesseurs

EN FAIT

1. Madame A_____ (ci-après : la demanderesse), née B_____ le _____ 1983, et Monsieur A_____ (ci-après : le demandeur), né le _____ 1966, se sont mariés en date du 23 juillet 2005.
2. Le 31 août 2016, la demanderesse a déposé à l'encontre du demandeur une requête unilatérale de divorce auprès du Tribunal de première instance.
3. Par jugement du 20 mars 2017, la 6^{ème} chambre du Tribunal de première instance a prononcé le divorce des époux A_____.

Selon le chiffre 4 du dispositif du jugement précité, le Tribunal de première instance a ordonné le partage par moitié des avoirs de prévoyance professionnelle accumulés par les époux A_____ durant leur mariage jusqu'au 31 août 2016. Ledit tribunal avait pu établir à ce propos que la demanderesse avait accumulé durant le mariage une prestation de sortie au 31 août 2016 de CHF 19'069.-, mais, faute notamment pour le demandeur d'avoir comparu ou répondu à ses convocations et invitations à le renseigner et de lui avoir fourni les pièces utiles, pas quels avoirs de prévoyance professionnelle le demandeur avait accumulé durant la même période.

4. Le jugement de divorce est devenu exécutoire le 16 mai 2017 et a été transmis d'office à la chambre des assurances sociales de la Cour de justice (ci-après : CJCAS) le 27 juin 2017 pour qu'elle détermine le montant des avoirs de prévoyance professionnelle à partager.
5. La CJCAS a sollicité de la caisse cantonale genevoise de compensation le rassemblement des comptes individuels des ex-époux A_____, a fait à la centrale du 2^e pilier une demande de recherche d'avoirs de la prévoyance professionnelle concernant les ex-époux A_____ et, après avoir pris contact avec les employeurs identifiés des ex-époux considérés, a interpellé les institutions en les priant de lui communiquer les montants des avoirs LPP des ex-époux A_____ entre le 23 juillet 2005 et le 31 août 2016.
6. L'instruction menée par la CJCAS a permis d'établir les faits pertinents suivants :

S'agissant des avoirs LPP de la demanderesse :

- Il résulte de l'extrait de compte individuel AVS transmis par la caisse cantonale genevoise de compensation le 23 août 2017 que la demanderesse n'a pas exercé d'activité lucrative soumise à cotisations entre juillet 2005 et novembre 2008 (la demanderesse n'ayant pas accompli ses 25 ans à cette date), et de novembre 2014 à juin 2016.
- Le 8 janvier 2018, la Caisse Pensionskasse Dufry, anciennement The Nuance Group SA, a indiqué avoir affilié la demanderesse du 1^{er} août 2007 au 30 avril 2009. La prestation de sortie, d'un montant de CHF 5'584.40, avait été transférée à Swiss Life SA le 29 mai 2009.

-
- Le 23 février 2018, Swiss Life a déclaré avoir affilié la demanderesse du 1^{er} mai 2009 au 30 novembre 2009. La prestation de sortie de CHF 7'072.50 avait été transférée le 25 février 2010 à Allianz Société Suisse d'assurances sur la vie (ci-après : Allianz SA) selon le courrier du 15 mars 2018 de cette dernière.
 - Par courriers des 14 septembre 2017 et 15 mars 2018, Allianz SA a confirmé qu'elle affiliait la demanderesse depuis le 1^{er} décembre 2009 et précisé que la prestation de libre passage s'élevait à CHF 19'069.- au 31 août 2016.

S'agissant des avoirs LPP du demandeur :

- Il résulte de l'extrait de compte individuel AVS transmis par la caisse cantonale genevoise de compensation le 23 août 2017 que le demandeur n'a pas exercé d'activité lucrative soumise à cotisations depuis janvier 2011.
 - Le 13 novembre 2017, la Caisse de pension du Crédit Suisse Group (Suisse) a indiqué avoir affilié le demandeur jusqu'au 30 septembre 2008. Les avoirs LPP de celui-ci, au jour du mariage, s'élevaient à CHF 50'744.90. La prestation de sortie de CHF 103'167.65 avait été transférée le 1^{er} octobre 2008 auprès de la Caisse de pension de la Banque cantonale Vaudoise (ci-après : BCV).
 - Par courrier du 4 septembre 2017, la BCV a déclaré avoir affilié le demandeur du 1^{er} octobre 2008 au 28 février 2011. La prestation de sortie, d'un montant de CHF 160'296.45, avait été transférée à la Fondation de libre passage du Crédit Suisse le 14 mars 2011.
 - Par courrier du 8 janvier 2018, la Fondation de libre passage du Crédit Suisse a informé la chambre de céans qu'en date du 3 juin 2011, le demandeur, affilié depuis le 18 mars 2011, avait effectué un retrait anticipé de l'intégralité de sa prestation de libre passage, soit un montant de CHF 160'868.06.
7. Ces documents ont été transmis aux parties respectivement les 25 août 2017, 13 octobre 2017, 5 janvier 2018, 19 février 2018, 12 avril 2018, 20 avril 2018, 17 mai 2018 (au demandeur par pli recommandé, revenu en retour « Non réclamé », et en courrier A, non revenu en retour) et 15 juin 2018.
8. Au vu des pièces du dossier, les prestations de libre passage à partager étaient respectivement de CHF 19'069.- pour la demanderesse et de CHF 97'660.83 (CHF 160'868.06 – [CHF 50'744.90 + CHF 12'462.33 d'intérêts jusqu'au 31 août 2016]) pour le demandeur. Il s'avérait que le demandeur avait effectué, en date du 3 juin 2011, un retrait anticipé EPL de CHF 160'868.06, soit de l'intégralité de sa prestation de libre passage, sans reconstituer par la suite de prestation de libre passage. La CJCAS a imparti aux parties un délai au 8 juin 2018 pour lui faire part de leurs éventuelles observations et se déterminer sur l'exécutabilité du partage des avoirs de prévoyance professionnelle.

-
9. Par courrier du 7 juin 2018, la demanderesse a indiqué que si le partage des avoirs ne pouvait plus être ordonné, à cause du retrait anticipé de CHF 160'868.06 de son ex-époux, elle demandait que la CJCAS ordonne à M. A_____ de lui payer le montant dû "hors partage LPP", soit CHF 58'369.91, et l'y condamne. Ne sachant pas s'il possédait encore l'appartement à l'acquisition duquel le retrait LPP avait servi, ni le niveau d'endettement, elle s'en remettait à la CJCAS concernant la possibilité de faire vendre ledit bien immobilier pour qu'elle puisse récupérer son dû de CHF 58'369.91.
 10. Le demandeur n'a pas présenté d'observations.
 11. Par ordonnance du 29 juin 2018, la chambre de céans a ordonné à la Fondation de libre passage du Crédit Suisse de produire les pièces relatives à l'achat du bien immobilier que le demandeur avait fait grâce au retrait anticipé de l'intégralité de sa prestation de libre passage (demande de retrait co-signée par la demanderesse, contrat d'achat dudit bien immobilier).
 12. Le 12 juillet 2018, la chambre de céans a indiqué à la Fondation de libre passage du Crédit Suisse qu'elle renonçait à requérir les pièces visées par cette ordonnance, et elle a informé les parties que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. a. Le litige porte sur l'exécution du ch. 4 du dispositif du jugement prononçant le divorce des demandeurs, à teneur duquel le Tribunal de première instance a ordonné le partage par moitié des avoirs de prévoyance professionnelle accumulés par les demandeurs durant leur mariage jusqu'au 31 août 2016.
b. En tant que juge du lieu du divorce compétent au sens de l'art. 73 al. 1 de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982 (LPP - RS 831.40), la chambre de céans (art. 134 al. 1 let. b de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05) est compétente pour exécuter d'office, après que l'affaire lui a été transmise (art. 281 al. 3 du code de procédure civile du 19 décembre 2008 - CPC - RS 272), le partage sur la base de la clé de répartition déterminée par le juge du divorce (art. 25a de la loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 17 décembre 1993 (LFLP - RS 831.42)).
2. a. Depuis le 1^{er} janvier 2000, les prétentions découlant de la prévoyance professionnelle acquise durant le mariage sont partagées entre les conjoints en cas de divorce, en vertu d'une loi fédérale du 26 juin 1998 modifiant principalement le Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC - RS 210) et accessoirement d'autres lois fédérales, dont la LPP et la LFLP (RO 1999 1118 ss, 1142 ; FF 1996 I 1). Ainsi, selon les dispositions alors adoptées, lorsque l'un des époux au moins était affilié à une institution de prévoyance professionnelle et qu'aucun cas de prévoyance n'était survenu, chaque époux avait droit à la moitié de la prestation de sortie de son conjoint calculée pour la durée du mariage selon les dispositions de la

LFLP (art. 122 al. 1 CC) ; une indemnité équitable était due lorsqu'un cas de prévoyance était déjà survenu pour l'un des époux ou pour les deux ou que les prétentions en matière de prévoyance professionnelle acquises durant le mariage ne pouvaient être partagées pour d'autres motifs (art. 124 CC). Lorsque les époux divorçaient avant la survenance d'un cas de prévoyance, le versement anticipé était considéré comme une prestation de libre passage et était partagé conformément aux art. 122, 123 et 124 CC et à l'art. 22 LFLP (art. 30c al. 6 LPP). La LFLP prévoyait notamment qu'en cas de divorce, les prestations de sortie acquises durant le mariage étaient partagées conformément aux art. 122, 123, 141 et 142 CC (art. 22 al. 1 LFLP), et que, pour chaque conjoint, la prestation de sortie à partager correspondait à la différence entre la prestation de sortie, augmentée des avoirs de libre passage existant éventuellement au moment du divorce, et la prestation de sortie, augmentée des avoirs de libre passage existant éventuellement au moment de la conclusion du mariage, étant précisé que, pour ce calcul, on ajoutait à la prestation de sortie et à l'avoir de libre passage existant au moment de la conclusion du mariage les intérêts dus au moment du divorce et que les paiements en espèces effectués durant le mariage n'étaient pas pris en compte (art. 22 al. 2 LFLP).

b. Les dispositions sur le partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce, dont les art. 122 et 124 CC précités et des dispositions de la LFLP, ont été modifiées par une loi du 19 juin 2015, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2017 (RO 2016 2313 ss). Cette révision législative n'a pas modifié fondamentalement le partage de la prévoyance. Le principe est resté le même qu'en cas de divorce, les prétentions découlant de la prévoyance professionnelle acquises durant le mariage sont partagées entre les conjoints. Les modifications ont porté essentiellement sur les points suivants : le partage de la prévoyance englobe les fonds de la prévoyance professionnelle même lorsque l'un des conjoints touche déjà des prestations du 2^{ème} pilier ; le moment déterminant pour le calcul du partage est la date de l'introduction de la procédure de divorce (et non plus celle de l'entrée en force du jugement de divorce) ; l'obligation, pour les institutions de prévoyance et de libre passage, de communiquer certaines informations à la Centrale du 2^{ème} pilier est étendue ; la répartition entre part obligatoire et part surobligatoire des avoirs de prévoyance attribués lors du partage de la prévoyance est réglée dans la loi ; les conjoints bénéficient de plus de souplesse pour la recherche de solutions communes (Franciska GROB, Partage de la prévoyance en cas de divorce : nouveau droit, in CHSS 3/2016, p. 58 ss).

Ainsi – pour s'en tenir à celles de ces nouvelles dispositions ici pertinentes, étant précisé qu'elles sont applicables en l'espèce dès lors que le divorce des demandeurs a été prononcé le 20 mars 2017 (art. 7d du titre final du CC) –, les prétentions de prévoyance professionnelle acquises durant le mariage et jusqu'à l'introduction de la procédure de divorce sont partagées entre les époux (art. 122 CC) ; les prestations de sortie acquises, y compris les avoirs de libre passage et les versements anticipés pour la propriété du logement, sont partagées par moitié

(art. 123 al. 1 C). Selon la LFLP, en cas de divorce, les prestations de sortie et les parts de rente sont partagées conformément aux art. 122 à 124e CC et 280 et 281 CPC ; les art. 3 à 5 LFLP s'appliquent par analogie au montant à transférer (art. 22 al. 1 LFLP). Pour chaque conjoint, la prestation de sortie à partager correspond à la différence entre la prestation de sortie, augmentée des avoirs de libre passage existant éventuellement au jour de l'introduction de la procédure de divorce, et la prestation de sortie augmentée des avoirs de libre passage existant éventuellement au moment de la conclusion du mariage ; pour ce calcul, on ajoute à la prestation de sortie et à l'avoir de libre passage existant au moment de la conclusion du mariage les intérêts dus au jour de l'introduction de la procédure de divorce ; les paiements en espèces et les versements en capital effectués durant le mariage ne sont pas pris en compte (art. 22a LFLP). Si un versement anticipé pour la propriété du logement au sens des art 30c LPP et 331e de la loi fédérale du 30 mars 1911, complétant le Code civil suisse (CO - RS 220) a été effectué durant le mariage, la diminution de capital et la perte d'intérêts sont répartis proportionnellement entre l'avoir de prévoyance acquis avant le mariage et l'avoir constitué durant le mariage jusqu'au moment du versement (art. 22a al. 3 LFLP). D'après la LPP, en cas de divorce ou de dissolution judiciaire du partenariat enregistré avant la survenance d'un cas de prévoyance, le versement anticipé est considéré comme une prestation de libre passage ; il est partagé conformément aux art. 123 CC, 280 et 281 CPC et 22 à 22b LFLP (art. 30c al. 6 LPP).

c. Selon les art. 8a de l'ordonnance fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 3 octobre 1994 (OLP - RS 831.425) et 12 de l'ordonnance fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, du 18 avril 1984 (OPP 2 - RS 831.441.1), le taux d'intérêt applicable à la prestation de sortie acquise avant le mariage est de 4 % jusqu'au 31 décembre 2002, 3.25 % en 2003, 2.25 % en 2004, 2.5 % de 2005 à 2007, 2.75 % en 2008, 2 % de 2009 à 2011, 1.5 % de 2012 à 2013, 1.75 % de 2014 à 2015, 1.25 % en 2016 et 1 % dès le 1^{er} janvier 2017.

d. Si l'exécution du partage au moyen de la prévoyance professionnelle s'avère impossible, le conjoint débiteur est redevable au conjoint créancier d'une indemnité équitable sous la forme d'une prestation en capital ou d'une rente (art. 124e al. 1 CC).

Dans son message aux Chambres fédérales (FF 2013 4341 ss), le Conseil fédéral a indiqué que cette disposition-ci « règle la situation lorsqu'il n'est pas possible de recourir aux fonds du 2^e pilier suisse pour procéder au partage de la prévoyance, à savoir [notamment] lorsqu'il n'y a pas de prestation de sortie disponible [...]. Comme dans le droit en vigueur, le juge pourra aussi ordonner le versement d'une indemnité équitable sous forme de prestation en capital ou de rente lorsque, pendant le mariage, un versement en espèces ou en capital aura été effectué ou qu'un versement anticipé aura été obtenu pour l'acquisition du logement [...] » (FF 2013 4374 s.).

À teneur d'un arrêt rendu le 10 mai 2010 à la suite d'une séance commune de ses II^{ème} Cour de droit civil et II^{ème} Cour de droit social, le Tribunal fédéral a jugé que lorsque le juge des assurances sociales constate que le partage des prestations de sortie ordonné par le juge du divorce est impossible et que cette impossibilité correspond à un motif d'allouer une indemnité équitable au sens de l'art. 124 al. 1 CC (désormais de l'art. 124e al. 1 CC), il ne doit pas entrer en matière sur la requête de partage, mais renvoyer la cause à la juridiction civile, l'art. 144 al. 2 CC contenant l'obligation implicite pour le juge des assurances sociales de le faire dans un tel cas (ATF 136 V 225 consid. 5.1 à 5.3). « De façon générale – a-t-il ajouté –, il n'appartient pas au juge des assurances sociales de se substituer au juge du divorce et d'examiner lui-même la question de l'indemnité équitable selon l'art. 124 CC » (ATF 136 V 225 consid. 5.4).

3. a. En l'espèce, le juge de première instance a ordonné le partage par moitié des prestations de sortie acquises durant le mariage par les demandeurs, à savoir du 23 juillet 2005, date du mariage, au 31 août 2016, date de dépôt de la demande en divorce.
- b. Il s'est confirmé, par l'instruction de la cause, que la prestation acquise durant ladite période par la demanderesse serait de CHF 19'069.-, y compris les intérêts, calculés par l'institution de prévoyance défenderesse. À noter qu'aucun avoir LPP n'a été enregistré de juillet 2005 à novembre 2008 pour la demanderesse, qui n'avait alors pas encore accompli ses 25 ans.
- c. S'agissant de la prestation acquise par le demandeur durant la période considérée, elle se montait à CHF 97'660.83, à savoir au total de sa prestation ayant fait l'objet d'un retrait anticipé pour l'acquisition d'un bien immobilier (soit CHF 160'868.06), sous déduction des avoirs LPP au jour du mariage (soit CHF 50'744.90), augmentés de CHF 12'462.33 d'intérêts jusqu'au 31 août 2016 (donc sous déduction de CHF 63'207.23).
- d. Ainsi, le demandeur devrait à son ex-épouse le montant de CHF 48'830.41 (CHF 97'660.83 : 2) et la demanderesse devrait à son ex-époux le montant de CHF 9'534.50 (CHF 19'069.- : 2), de sorte qu'après compensation de leurs prétentions respectives, c'est le demandeur qui devrait à la demanderesse le montant de CHF 39'295.91 (CHF 48'830.41 – CHF 9'534.50).

Conformément à la jurisprudence, depuis le jour déterminant pour le partage jusqu'au moment du transfert de la prestation de sortie ou de la demeure, le conjoint divorcé bénéficiaire de cette prestation aurait droit à des intérêts compensatoires sur le montant de celle-ci. Ces intérêts devraient être calculés au taux minimum légal selon l'art. 12 OPP 2 ou selon le taux réglementaire, si celui-ci est supérieur (ATF 129 V 255 consid. 3).

-
4. Il se trouve cependant que le demandeur, nécessairement à l'époque avec l'accord de la demanderesse, avait retiré l'intégralité de sa prestation de sortie, soit le 3 juin 2011, et qu'il n'a reconstitué depuis lors aucune prestation de libre passage.

Le juge du divorce ne l'a pas su. La défenderesse, qui devait pourtant être au courant de ce retrait, n'en a pas fait état devant lui, et, en dépit d'invitations formelles à participer à la procédure de divorce, le demandeur ne s'est pas manifesté.

La chambre de céans ne peut que constater que l'exécution du dispositif considéré du jugement de divorce est impossible, au sens de l'art. 124e al. 1 CC (ATAS/166/2015 du 4 mars 2015 consid. 4 ; SBVR Soziale Sicherheit- Hermann WALSER, 2016, Berufliche Vorsorge une Ehescheidung, n. 182, p. 2219 ; CR CC I - Pascal PICHONNAZ, 2010, art. 124 CC, n. 30 ss), et il lui faut en tirer la conséquence que la cause doit être renvoyée à la juridiction civile pour fixation d'une indemnité équitable sous la forme d'une prestation en capital ou d'une rente, domaine ne relevant pas de la compétence de la chambre de céans (ATAS/1009/2017 du 14 novembre 2017 consid. 3). La chambre de céans ne saurait condamner le demandeur à verser à la demanderesse le montant qui correspondrait à celui que l'institution de prévoyance devrait être invitée à virer sur un compte en faveur de la demanderesse s'il n'y avait pas eu de retrait de la prestation de libre passage, ni faire vendre le bien immobilier que le demandeur a acquis au moyen de ce retrait. Une fois que la juridiction civile compétente aurait fixé l'indemnité équitable due par le demandeur à la demanderesse, cette dernière pourrait, à défaut de paiement, agir à son encontre en exécution de cette prétention, par la voie de l'exécution forcée, le cas échéant en faisant saisir et réaliser ledit bien immobilier.

5. Aucun émolument ne sera perçu, la procédure étant gratuite (art. 73 al. 2 LPP ; art. 89H al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

* * * * *

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

1. Constate l'impossibilité d'exécuter le partage d'avoirs de prévoyance professionnelle.
2. Renvoie la cause au Tribunal de première instance, pour raison de compétence.
3. Dit que la procédure est gratuite.
4. 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

Le président

Marie NIERMARÉCHAL

Raphaël MARTIN

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties, à l'Office fédéral des assurances sociales ainsi que, avec le dossier de la cause, au Tribunal de première instance, par le greffe le