RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/30/2019 **ATAS/833/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 19 août 2021

5ème Chambre

En la cause

Monsieur Matthias WAURICK, domicilié chemin Moïse-Duboule 39, GENÈVE, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Giorgio CAMPA	demandeur
Madame Melika LAKHDARI WAURICK, domiciliée c/o Madame Anne LANZ, rampe de Chouilly 11, SATIGNY	demanderesse

contre

FONDATION DE LIBRE PASSAGE RENDITA, sise Pionierstrasse 3, WINTERTHUR	défenderesse

Siégeant : Philippe KNUPFER, Président, Toni KERELEZOV et Monique STOLLER FÜLLEMANN, Juges assesseurs.

EN FAIT

1. Par jugement du 12 septembre 2016, (JTPI/11446/2016), la 2ème chambre du Tribunal de première instance (ci-après : le TPI) a prononcé le divorce de Madame Melika LAKHDARI WAURICK, née LAKHDARI, le 17 mars 1965, et Monsieur Matthias Alexander Domenik WAURICK, né le 15 août 1969, mariés en date du 29 juin 2001.

2. 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 acquis par chacun des époux durant le mariage.

3. Le prononcé du divorce est devenu définitif le 18 octobre 2016 et a été transmis d'office à la chambre de céans le 4 janvier 2019 pour exécution du partage.

4. La chambre de céans a sollicité des parties le nom de leurs institutions de prévoyance, puis a interpellé les institutions en les priant de lui communiquer les montants des avoirs LPP des parties acquis durant le mariage, soit entre le 29 juin 2001 et le 18 octobre 2016.

5. L'instruction menée par la chambre de céans a permis d'établir les faits pertinents suivants :

   S'agissant des avoirs LPP de la demanderesse :

   - Le 31 juillet 2019, la Fondation de prévoyance Swiss Medical Network a informé la chambre de céans que la demanderesse avait été affiliée auprès d'elle du 1er février 1999 au 31 mars 2003. Les avoirs LPP à la date du mariage s'élevaient à **CHF 15'074.55**, intérêts au jour du divorce compris. La prestation de sortie d'un montant de CHF 42'183.10 avait été transférée le 30 novembre 2013 à la Fondation de libre passage Rendita.

   - Par courrier du 15 août 2019, la Fondation de libre passage Rendita a confirmé ledit transfert et a précisé que la prestation de sortie de la demanderesse au jour du divorce s'élevait à **CHF 42'679.70**.

   - Il ressort de l'extrait des comptes individuels de cotisations AVS/AI transmis par la caisse cantonale genevoise de compensation, le 22 mars 2019, que la demanderesse n'exerce plus d'activité lucrative depuis juin 2003.

   S'agissant des avoirs LPP du demandeur :

   - À teneur de l'extrait des comptes individuels de cotisations AVS/AI transmis par la caisse cantonale genevoise de compensation le 22 mars 2019, le demandeur exerce une activité lucrative, à titre indépendant, depuis le mois de novembre 2001.

   - Le 31 juillet 2019, la Fondation de prévoyance Swiss Medical Network a informé la chambre de céans que le demandeur avait été affilié auprès d'elle, du 1er septembre 1998 au 31 août 2001. Les avoirs LPP à la date du mariage

s'élevaient à CHF 9'224.-, intérêts au jour du divorce compris. Le 9 avril 2002, les avoirs LPP du demandeur, par CHF 6'690.95, lui ont été versés en espèces, en raison de son activité professionnelle indépendante.

6. Par courrier du 27 janvier 2020, la chambre de céans a communiqué aux parties sur quelle base, elle procéderait au partage. Le demandeur a été par ailleurs invité à indiquer s'il détenait, à ce jour, un compte de libre passage. Si tel n'était pas le cas, il était invité à procéder à l'ouverture d'un compte de libre passage à son nom auprès d'un établissement bancaire de son choix et à transmettre à la chambre de céans cette information. À défaut, les fonds seraient versés à son nom à la Fondation institution supplétive LPP à Zurich.

7. En date du 30 janvier 2020, Mme LAKHDARI WAURICK a demandé un délai supplémentaire pour se déterminer, expliquant qu'elle devait faire appel à un avocat, mais que d'ores et déjà, elle considérait que son ex-époux avait cotisé à titre individuel, après être devenu indépendant, auprès d'une Fondation de 2ème pilier, comme cela ressortait des déductions qu'il avait mentionnées dans ses déclarations fiscales établies après qu'il soit devenu indépendant.

8. Par courrier du 10 février 2020, le conseil de Mme LAKHDARI WAURICK s'est constitué et a rappelé que le jugement de divorce du Tribunal de première instance du 12 septembre 2016 mentionnait, en page 5, que M. WAURICK avait cotisé à titre de second pilier un montant de CHF 6'793.- pour l'année 2004, CHF 3'496.- pour l'année 2005, CHF 3'202.- pour l'année 2006, CHF 3'302.- pour l'année 2007 et encore CHF 3'202.- pour l'année 2008 et demandait à la chambre de céans d'interpeller la « Centrale du deuxième pilier afin de s'enquérir du nom de l'institution auprès de laquelle M. WAURICK a(vait) cotisé entre 2001 et 2016 ».

9. Par courrier du 11 février 2020, la chambre de céans a interpellé la Centrale du 2ème pilier, Fonds de garantie LPP à cet effet.

10. Celle-ci a répondu par courrier du 12 février 2020 qu'aucun avoir ne lui avait été annoncé pour M. WAURICK.

11. Par courrier du 28 février 2020, le conseil de M. WAURICK s'est constitué et a contesté tout versement à titre de cotisation LPP depuis qu'il était devenu indépendant en 2001, ajoutant qu'il ne comprenait pas pourquoi la déclaration fiscale de 2005 produite par Mme LAKHDARI WAURICK faisait état de versements au 2ème pilier et rappelant que c'était Mme LAKHDARI WAURICK qui faisait les déclarations fiscales, mais que cette dernière ne fournissait aucun justificatif permettant d'établir la réalité de ces versements. Il mentionnait que s'agissant de la CIEPP, les cotisations invoquées avaient été payées, pour les employés de M. WAURICK exclusivement et comptabilisés à ce titre dans le compte de perte et profit du cabinet de physiothérapie de M. WAURICK, ajoutant que la CIEPP avait confirmé ne détenir aucun avoir au nom de M. WAURICK.

12. Par courrier du 13 mars 2020, le conseil de Mme LAKHDARI WAURICK a produit les déclarations fiscales et avis de taxation de M. WAURICK pour les années 2003 à 2008, ainsi que le compte de pertes et profits pour les exercices 2009 et 2011. Il a nié que les montants figurant dans le jugement de divorce puissent concerner des employés, dès lors que ce n'était qu'à partir de l'année 2008 que M. WAURICK avait engagé du personnel et que de telles déductions ne pouvaient pas figurer dans la déclaration d'impôt personnelle de M. WAURICK, mais dans le compte de pertes et profits, si réellement elles concernaient des employés. Il était demandé à la chambre de céans de citer à comparaître Monsieur Edmond GOLAZ, qui s'était occupé de la comptabilité de M. WAURICK et de ses déclarations fiscales.

    Il ressortait des déclarations fiscales produites, qu'elles concernaient M. et Mme LAKHDARI WAURICK et faisaient apparaitre sous la rubrique « Activité indépendante 2004 » un montant de CHF 6'793.- à titre de 2ème pilier, « Activité indépendante 2005 » un montant de CHF 3'496.- à titre de 2ème pilier, « Activité indépendante 2006 » un montant de CHF 3'496.- à titre de 2ème pilier, « Activité indépendante 2007 » un montant de CHF 3'302.- à titre de 2ème pilier, « Activité indépendante 2008 » un montant de CHF 3'302.- à titre de 2ème pilier. Le compte de pertes et profits de l'année 2009 faisait apparaître sous la rubrique « Salaires et charges » un montant de CHF 3'282.- à titre de 2ème pilier, le compte de pertes et profits de l'année 2011 faisait apparaître sous la rubrique « Salaires et charges » un montant de CHF 8'362.30 à titre de 2ème pilier.

13. Une audience de comparution personnelle entre les ex-époux a été appointée au 24 mars 2020, puis annulée et reportée en raison de la situation sanitaire due à la pandémie COVID-19.

14. Lors de l'audience de comparution personnelle du 4 juin 2020, Mme LAKHDARI WAURICK a déclaré qu'elle était d'accord avec le montant de CHF 27'605.15 qui correspondait aux cotisations versées pendant le mariage au regard de son activité lucrative.

    M. WAURICK a déclaré que, depuis début 2001 jusqu'à aujourd'hui, il exerçait une activité indépendante en raison individuelle. Son premier employé, Monsieur Alan RICHARD, avait été engagé en 2006 en qualité de physiothérapeute. Mme LAKHDARI WAURICK, son ex-épouse, avait travaillé pour l'aider dans le cabinet de 2005 à 2008 ; elle s'occupait de l'entretien et des aspects administratifs. En ce qui concernait le montant qui avait été retenu pour son ex-épouse, il s'en rapportait à l'appréciation de la chambre de céans. Il ajoutait qu'il n'avait versé aucune cotisation LPP, sur une base volontaire à partir de 2001. De plus, il avait retiré l'intégralité de ses avoirs LPP afin de financer l'achat d'un bien immobilier, en 2002, qui avait coûté environ CHF 380'000.-.

    Interrogé sur les pièces du dossier et notamment sur le jugement du Tribunal de première instance, page 5, qui mentionnait qu'il avait cotisé à titre de second pilier

un montant de CHF 6'793.- pour l'année 2004, CHF 3'496.- pour l'année 2005, CHF 3'202.- pour l'année 2006, CHF 3'302.- pour l'année 2007 et encore CHF 3'202.- pour l'année 2008, M. WAURICK a confirmé qu'il n'avait jamais versé un seul franc de cotisations au second pilier, à titre personnel en tant qu'indépendant, dès après son mariage et jusqu'à ce jour. Son conseil rappelait que ces montants provenaient de pièces qui avaient été fournies par Mme LAKHDARI WAURICK au moment du divorce. M. WAURICK précisait qu'il avait utilisé l'avoir LPP, accumulé pendant qu'il était employé, pour financer partiellement l'achat du bien immobilier. Depuis qu'il était devenu indépendant, il n'avait pas versé de contribution volontaire pour se reconstituer un avoir LPP.

Mme LAKHDARI WAURICK a confirmé qu'elle estimait qu'il n'existait plus d'avoirs LPP, car bien qu'elle ait cotisé lors de son activité dépendante à la Clinique de Genolier, elle pensait que ce montant avait été retiré pour être investi dans l'achat de la maison.

M. WAURICK a également confirmé que c'était bien lui qui avait signé les déclarations fiscales produites par son ex-épouse.

À l'issue de l'audience, un délai au 30 juin 2020 a été imparti aux parties pour produire toute pièce utile.

15. Par courrier du 7 juin 2020, le conseil de Mme LAKHDARI WAURICK a communiqué à la chambre de céans plusieurs pièces :

- un courrier du 7 juin 2020 adressé à son conseil dans lequel elle répétait les arguments déjà exposés à la chambre de céans et enjoignait son conseil de requérir de la chambre de céans des explications sur des contradictions dans les pièces versées au dossier ;

- divers courriers de recherches d'avoirs LPP la concernant, adressés à diverses institutions ;

- des documents concernant des avoirs bancaires pour le partage du régime matrimonial effectué en 2009, ainsi que le jugement du Tribunal de première instance du 18 novembre 2009 sur mesures protectrices de l'union conjugale et le contrat de prêt du 24 septembre 2002, concernant l'achat du bien immobilier.

16. Par courrier du 30 juin 2020, la demanderesse a informé la chambre de céans que son conseil lui avait annoncé « qu'elle me lâche » et qu'elle poursuivait la procédure en personne ; elle a remis une nouvelle fois en question les montants que son ex-époux avait perçu, en espèces, lors de son passage d'une activité dépendante à une activité indépendante, sans toutefois fournir de document étayant ses allégations.

17. La chambre de céans a mené des investigations complémentaires et a interpellé plusieurs institutions :

- par courrier du 7 juillet 2020, la Fondation supplétive LPP, afin de déterminer si elle détenait des avoirs au nom de M. WAURICK ;

- par courrier du 7 juillet 2020, AON HEWITT prévoyance professionnelle, afin de déterminer si elle détenait des avoirs au nom de Mme LAKHDARI WAURICK ;

- par courrier du 18 août 2020, la Fondation de libre passage de la Banque cantonale de Genève, afin de déterminer si elle détenait des avoirs au nom de M. WAURICK ;

- par courrier du 18 août 2020, la Fondation de libre passage d'UBS SA, afin de déterminer si elle détenait des avoirs au nom de M. WAURICK ;

- par courrier du 18 août 2020, la Caisse inter-entreprises de prévoyance professionnelle, afin de déterminer si elle détenait des avoirs au nom de Mme LAKHDARI WAURICK ;

18. Les réponses de toutes les institutions contactées ont été négatives.

19. Par courrier du 11 décembre 2020 et relance du 9 février 2021, la chambre de céans a demandé à la fiduciaire EDMOND GOLAZ Sàrl, qui s'était occupé de la comptabilité du demandeur, si cette dernière avait connaissance de versements effectués par le demandeur, au titre de cotisations pour le 2ème pilier, alors qu'il était indépendant, pour les années 2004 à 2009, ainsi que toute information utile à la manifestation de la vérité.

20. Par courrier du 11 février 2021, la fiduciaire EDMOND GOLAZ Sàrl a informé la chambre de céans que M. Edmond GOLAZ était décédé le 29 décembre 2020 et que, par ailleurs, il n'y avait aucune trace de versement fait par le demandeur sur un compte de libre-passage, depuis que le signataire était en charge de préparer les déclarations fiscales de M. WAURICK, soit depuis quatre ans.

21. Les parties ont reçu copie du courrier du 11 février 2021 de la fiduciaire EDMOND GOLAZ Sàrl et n'ont pas demandé de mesures d'instruction supplémentaires.

22. Par courrier du 28 juin 2021, la chambre de céans a informé les parties qu'elle gardait la cause à juger.

EN DROIT

1. Au 1er janvier 2017 est entrée en vigueur la modification des art. 122 ss du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC - RS 210) concernant le partage des prestations de sortie des ex-époux, ainsi que des art. 280 ss du Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC - RS 272) et 22 ss. de la loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 17 décembre 1993 (loi sur le libre passage, LFLP - RS 831.42).

   Le jugement de divorce ayant été rendu avant l'entrée en vigueur, le 1er janvier 2017, des nouvelles dispositions relatives au partage de la prévoyance

professionnelle en cas de divorce, la chambre de céans applique les dispositions légales dans leur ancienne teneur (art. 7*d* Tit. fin. CC).

2. L'art. 25*a* LFLP règle la procédure en cas de divorce. Lorsque les conjoints ne sont pas d'accord sur la prestation de sortie à partager (art. 122 et 123 CC), le 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), soit à Genève la chambre des assurances sociales de la Cour de justice, doit, après que l'affaire lui a été transmise (art. 281 al. 3 CPC), exécuter d'office le partage sur la base de la clé de répartition déterminée par le juge du divorce.

3. Selon l'art. 22 al. 1 LFLP, en cas de divorce, les prestations de sortie acquises durant le mariage sont partagées conformément aux art. 122 et 123 CC et aux art. 280 et 281 CPC; les art. 3 à 5 LFLP s'appliquent par analogie au montant à transférer. 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 moment du divorce, et la prestation de sortie, augmentée des avoirs de libre passage existant éventuellement au moment de la conclusion du mariage (cf. art. 24 LFLP). 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 moment du divorce (ATF 128 V 230; ATF 129 V 444). Les paiements en espèces et les versements en capital effectués durant le mariage ne sont pas pris en compte (art. 22a LFLP).

4. Par ailleurs, selon les art. 8*a* de l'ordonnance fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 3 octobre 1994 (ordonnance sur le libre passage, 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 1er janvier 2017.

5. Conformément au principe inquisitoire qui régit la procédure dans le domaine des assurances sociales, le juge des assurances sociales doit procéder à des investigations supplémentaires ou en ordonner lorsqu'il y a suffisamment de raisons pour le faire, eu égard aux griefs invoqués par les parties ou aux indices résultant du dossier. Il ne peut ignorer des griefs pertinents invoqués par les parties pour la simple raison qu'ils n'auraient pas été prouvés (VSI 5/1994 220 consid. 4a).

6. Le juge des assurances sociales fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible. Parmi tous les éléments de fait allégués ou

envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 130 III 321 consid. 3.2 et 3.3; ATF 126 V 353 consid. 5b; ATF 125 V 193 consid. 2 et les références). Aussi n'existe-t-il pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 126 V 319 consid. 5a).

7. 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. Les dates pertinentes sont, d'une part, celle du mariage, le 29 juin 2001 et, d'autre part, celle du 18 octobre 2016.

   Selon les documents produits, le demandeur a obtenu le versement en espèces de l'intégralité de sa prestation acquise pendant le mariage, en avril 2002. Depuis lors, il exerce une activité en tant qu'indépendant.

   Le jugement sur requête en mesures protectrices de l'union conjugale, prononcé par la 14ème chambre du TPI en date du 18 novembre 2009 (JTPI/14574/2019) retient que le demandeur aurait « surévalué » ses charges salariales (page 7) et a retenu des charges mensuelles jugées comme vraisemblables parmi lesquelles figurent un poste de versement effectué à l'AVS par CHF 838.- et pour un 3ème pilier (établi) par CHF 600.-. Le tribunal n'a retenu ainsi aucun montant au titre de versement à une institution de prévoyance pour le 2ème pilier.

   Dans son jugement de divorce du 12 septembre 2016, le TPI se réfère uniquement aux « relevés de l'administration fiscale » du demandeur, fournies par la demanderesse, pour retenir les montants prétendument versés par le demandeur à une institution de prévoyance du 2ème pilier, entre 2001 et 2008. De toute évidence, les juges n'ont pas examiné de pièces bancaires ou de documents émanant d'une éventuelle institution de prévoyance, mais ne se sont fondés que sur les éléments retenus par l'administration fiscale.

   La chambre de céans a, de son côté, enquêté de manière exhaustive pour établir les avoirs LPP du demandeur, interrogeant à plusieurs reprises les institutions concernées, ainsi que la société fiduciaire chargée d'établir les déclarations fiscales du demandeur.

   La chambre de céans considère que les informations fournies par lesdites institutions présentent davantage de crédibilité que les relevés établis par l'administration fiscale, sur la base de déclarations remplies par la demanderesse et signées par le demandeur.

   Compte tenu de ce qui précède, la chambre de céans retiendra, au degré de la vraisemblance prépondérante, les informations et les chiffres fournis par les institutions de prévoyance.

   Il en résulte qu'il n'y pas de prestation de libre passage à partager concernant le demandeur.

8. Selon les documents produits, la prestation acquise pendant le mariage par la demanderesse est de **CHF 27'605.15** (soit CHF 42'679.70 – CHF 15'074.55), les intérêts ayant déjà été calculés par l'institution de prévoyance défenderesse.

   Le demandeur exerçant une activité indépendante depuis le mois de novembre 2001 et ayant reçu en espèces sa prestation LPP en avril 2002 - en raison de son activité professionnelle indépendante - n'a aucun avoir LPP à partager durant le mariage.

   Ainsi, seuls entrent en ligne de compte les avoirs de la demanderesse qui doit à son ex-époux le montant de **CHF 13'802.55** (soit la moitié de CHF 27'605.15).

9. 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 a droit à des intérêts compensatoires sur le montant de celle-ci. Ces intérêts sont 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).

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

***

PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :

1. Invite la Fondation de libre passage Rendita à transférer, du compte de Madame Melika LAKHDARI WAURICK, la somme de **CHF 13'802.55** sur un compte à ouvrir en faveur de Monsieur Matthias Alexander Domenik WAURICK auprès de la Fondation institution supplétive LPP de Zurich, ainsi que des intérêts compensatoires au sens des considérants, dès le 18 octobre 2016 jusqu'au moment du transfert.
2. L'y condamne en tant que de besoin.
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

Nathalie LOCHER — Philippe KNUPFER

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

et à la FONDATION INSTITUTION SUPPLETIVE LPP, Administration des comptes de libre passage, Elias-Canetti-Strasse 2, à Zürich