

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4196/2010

ATAS/1185/2011

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 29 novembre 2011

1^{ère} Chambre

En la cause

Madame Z _____, domiciliée au Luxembourg (Luxembourg)

demanderesse

Monsieur Z _____, domicilié à Lugano

demandeur

contre

ALLIANZ SUISSE, sise Hohlstrasse 552, 8048 Zurich

défenderesses

FONDATION DE LIBRE PASSAGE BCV, case postale 300, 1001
Lausanne

**Siégeant : Doris GALEAZZI, Présidente, Evelyne BOUCHAARA et Norbert HECK,
Juges assesseurs.**

RETRAITES POPULAIRES, sise Caroline 9, 1001 Lausanne

EN FAIT

1. Monsieur Z_____, né en 1947, et Madame Z_____, née A_____ en 1963, se sont mariés en date du 11 juin 1993 à Vufflens-le-Château, dans le canton de Vaud.
2. Les époux ont quitté la Suisse pour l'Australie en novembre 2000.
3. En février 2005, le demandeur est venu seul s'installer à Genève, la demanderesse restant en Australie jusqu'au 18 janvier 2008, date à laquelle elle est partie pour le Luxembourg.
4. Par jugement du 27 janvier 2009 entré en force le 28 février 2009, la Federal Magistrates Court de Canberra a prononcé le divorce des époux.

Le 4 août 2010, le tribunal australien a ratifié la convention conclue par les époux, convention aux termes de laquelle les prestations acquises durant le mariage à l'encontre d'une institution de prévoyance professionnelle seront partagées par moitié.

5. Le 2 octobre 2010, la demanderesse a déposé par le biais de l'Ambassade de Suisse au Grand-Duché de Luxembourg une requête de partage de prévoyance professionnelle en cas de divorce, en application de l'art. 120 du Code civil suisse, auprès de la Cour de céans.
6. Le Tribunal cantonal des assurances sociales a sollicité des parties le nom de leur institution de prévoyance, puis a interpellé les institutions défenderesses en les priant de lui communiquer les montants des avoirs LPP des parties acquis durant le mariage, soit entre le 11 juin 1993 et le 28 février 2009.
7. L'instruction menée par la Cour de céans a permis d'établir les faits pertinents suivants :

S'agissant des avoirs LPP de la demanderesse :

- Il résulte des comptes individuels de cotisations AVS/AI transmis par la Caisse cantonale genevoise de compensation le 18 février 2011 que la demanderesse :

- n'a pas réalisé de revenu suffisant pour être soumis à cotisations LPP avant décembre 1995, date depuis laquelle elle a travaillé au service d'ELVIA-VIE à Genève jusqu'en octobre 1997 ;
- a été mise au bénéfice d'indemnités de chômage de novembre 1997 à juillet 1999.

- Par courriers des 13 janvier et 9 février 2011, ALLIANZ SUISSE, anciennement ELVIA-VIE, a indiqué que la prestation de sortie de la demanderesse au jour du divorce s'élève à **26'637 fr.**, intérêts compris.

- Le 9 juin 2011, la FONDATION BCV DEUXIEME PILIER a déclaré avoir affilié la demanderesse du 1^{er} juillet 1998 au 30 septembre 2000. Elle a transféré la prestation de sortie d'un montant total de 11'436 fr. 75 à la FONDATION DE LIBRE PASSAGE BCV le 1^{er} novembre 2000.

- La FONDATION DE LIBRE PASSAGE BCV a confirmé, le 10 juin 2011, avoir reçu ces avoirs, et indiqué que le compte de libre passage s'élevait au jour du divorce à **13'392 fr. 10**, intérêt compris.

S'agissant des avoirs LPP du demandeur :

- Il ressort des comptes individuels de cotisations AVS/AI transmis par la Caisse cantonale genevoise de compensation le 15 juillet 2011 que le demandeur :

- a été soumis à l'assurance facultative pour les suisses à l'étranger de décembre 2000 jusqu'en 2005.
- n'a pas exercé d'activité lucrative soumise à cotisations LPP d'octobre 2005 à septembre 2006.
- a été mis au bénéfice d'indemnités de chômage depuis février 2008.

- Par courrier du 1^{er} avril 2011, la CAISSE DE PENSIONS DE L'ETAT DE VAUD a informé la Cour de céans qu'elle avait affilié le demandeur une première fois du 1^{er} août 1991 au 15 octobre 2000, que la prestation de sortie de celui-ci au jour du mariage s'élevait à 327'053 fr., intérêts au jour du divorce non compris, et que la somme totale des avoirs LPP acquis par celui-ci, d'un montant de 703'820 fr., a été versée aux RETRAITES POPULAIRES.

Elle a affilié une seconde fois le demandeur du 1^{er} septembre au 31 décembre 2006. Elle a indiqué avoir versé la somme de 4'185 fr. 30 accumulée durant ces quatre mois sur le compte du demandeur auprès de la BANQUE RAIFFEISEN.

- Par courrier du 27 septembre 2011, la BANQUE RAIFFEISEN a confirmé ne pas gérer de compte de libre passage au nom du demandeur.

- Le 17 février 2011, SWISS LIFE a déclaré avoir affilié le demandeur du 1^{er} avril au 30 septembre 2005. La prestation de libre passage de 4'943 fr. a été transférée le 23 octobre 2005 aux RETRAITES POPULAIRES.

- La FONDATION INSTITUTION SUPPLEMENTIVE de Lausanne a précisé, le 22 mars 2011, que le demandeur avait été assuré auprès d'elle du 1^{er} février 2007 au 31

janvier 2008 et que ses avoirs LPP s'élevant à 2'962 fr., intérêts au 31 janvier 2008 compris, avaient été transférés aux RETRAITES POPULAIRES.

- Par courrier du 20 janvier 2011, les RETRAITES POPULAIRES, institution auprès de laquelle le demandeur est affilié depuis le 16 octobre 2000, a attesté avoir reçu les trois prestations de libre passage, soit 703'820 fr., 4'943 fr. et 2'985 fr. (intérêts au 6 mai 2008 compris). La prestation de libre passage acquise par le demandeur s'élève ainsi à 908'340 fr. 60 (350'911 fr. 55 + 327'053 fr. + 230'376 fr. 05).

8. Ces documents ont été transmis aux parties en date du 4 novembre 2011. La juridiction leur a indiqué qu'à défaut d'observations d'ici au 21 novembre 2011, un arrêt serait rendu sur cette base.
9. En l'absence d'objections dans le délai fixé, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. L'art. 25a 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), entré en vigueur le 1er janvier 2000, 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 Code Civil - 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 le Tribunal cantonal des assurances sociales depuis le 1^{er} août 2003, doit, après que l'affaire lui a été transmise (art. 142 CC), exécuter d'office le partage sur la base de la clé de répartition déterminée par le juge du divorce.

Dès le 1^{er} janvier 2011, cette compétence revient à la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice, laquelle reprend la procédure pendante devant le Tribunal cantonal des assurances sociales (art. 143 al. 6 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ ; RS E 2 05).

2. Selon l'art. 22 LFLP (nouvelle teneur en vigueur depuis le 1er janvier 2000), en cas de divorce, les prestations de sortie acquises durant le mariage sont partagées conformément aux art. 122, 123, 141 et 142 CC; les art. 3 à 5 LFLP s'appliquent par analogie au montant à transférer (al. 1). 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).

3. Selon les art. 8a 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% dès le 1er janvier 2005, 2,75% dès le 1er janvier 2008 et 2% dès le 1^{er} janvier 2009.
4. En l'espèce, la Federal Magistrates Court de Canberra a prononcé le divorce des époux le 28 février 2009. Le 4 août 2010, le tribunal australien a ratifié la convention conclue par les époux, convention aux termes de laquelle les prestations acquises durant le mariage à l'encontre d'une institution de prévoyance professionnelle seront partagées par moitié .
5. La reconnaissance de jugements de divorce étrangers est régie en général par les art. 25 à 27 de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP).

Selon l'art. 25 LDIP, une décision étrangère est reconnue en Suisse :

- a. si la compétence des autorités judiciaires ou administratives de l'Etat dans lequel la décision a été rendue était donnée;
- b. si la décision n'est plus susceptible de recours ordinaire ou si elle est définitive;
- c. s'il n'y a pas de motif de refus au sens de l'art. 27.

L'art. 27 LDIP précise que la reconnaissance d'une décision étrangère doit être refusée en Suisse si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public suisse.

La reconnaissance d'une décision doit également être refusée si une partie établit :

- a. qu'elle n'a été citée régulièrement, ni selon le droit de son domicile, ni selon le droit de sa résidence habituelle, à moins qu'elle n'ait procédé au fond sans faire de réserve;
- b. que la décision a été rendue en violation de principes fondamentaux ressortissant à la conception suisse du droit de procédure, notamment que ladite partie n'a pas eu la possibilité de faire valoir ses moyens;
- c. qu'un litige entre les mêmes parties et sur le même objet a déjà été introduit en Suisse ou y a déjà été jugé, ou qu'il a précédemment été jugé dans un Etat tiers,

pour autant que cette dernière décision remplisse les conditions de sa reconnaissance.

Au surplus, la décision étrangère ne peut faire l'objet d'une révision au fond.

L'art. 29 LDIP définit la procédure de la reconnaissance des décisions étrangères, comme suit :

"La requête en reconnaissance ou en exécution sera adressée à l'autorité compétente du canton où la décision étrangère est invoquée. Elle sera accompagnée :

- a. d'une expédition complète et authentique de la décision;
- b. d'une attestation constatant que la décision n'est plus susceptible de recours ordinaire ou qu'elle est définitive, et
- c. en cas de jugement par défaut, d'un document officiel établissant que le défaillant a été cité régulièrement et qu'il a eu la possibilité de faire valoir ses moyens.

La partie qui s'oppose à la reconnaissance et à l'exécution est entendue dans la procédure; elle peut y faire valoir ses moyens.

Lorsqu'une décision étrangère est invoquée à titre préalable, l'autorité saisie peut statuer elle-même sur la reconnaissance".

6. Il appartient ainsi à la Cour de céans de statuer, à titre préjudiciel, sur la reconnaissance en Suisse du jugement de divorce rendu le 28 février 2009 par le Federal Magistrates Court de Canberra. Le Tribunal fédéral des assurances (TFA) a à cet égard confirmé qu'en pareil cas, la juridiction saisie peut faire usage de la faculté réservée par l'art. 29 al. 3 LDIP et statuer elle-même à titre préjudiciel sur la reconnaissance en Suisse du divorce prononcé à l'étranger (ATF du 8 juin 2005, en la cause 6 S.438/2004; cf. également SJ 2002 II p. 397 et ss.).
7. La reconnaissance d'une décision relative à la prévoyance professionnelle doit être compatible avec l'ordre public suisse (art. 27 al. 1 LDIP).

En tant que clause d'exception, la réserve de l'ordre public s'interprète de manière restrictive, spécialement en matière de reconnaissance et d'exécution de jugements étrangers, où sa portée est plus étroite que pour l'application directe du droit étranger. Il y a violation de l'ordre public selon l'art. 27 al. 1 LDIP lorsque la reconnaissance et l'exécution d'une décision étrangère heurte de manière intolérable les conceptions suisses de la justice. Une décision étrangère peut être incompatible avec l'ordre juridique suisse non seulement à cause de son contenu matériel, mais aussi en raison de la procédure dont elle est issue (art. 27 al. 2 LDIP). A cet égard,

l'ordre public suisse exige le respect des règles fondamentales de la procédure déduites de la Constitution, tels notamment le droit à un procès équitable et celui d'être entendu (ATF 126 III 101 consid. 3b p. 107/108 ; 122 III 344 consid. 4a p. 348/349 et les références ; ATF 5C.24/2000).

Le jugement étranger ne respecterait pas l'ordre public s'il était contraire à des dispositions impératives du droit suisse. Ainsi par exemple, serait incompatible avec le droit suisse du divorce et du libre passage une décision qui renverrait le partage des prestations à une date postérieure à celle du divorce (SJ 2004 I p. 413).

8. En l'espèce, le tribunal australien a ratifié l'accord des époux souhaitant partager par moitié les avoirs qu'ils avaient accumulé durant leur mariage auprès des institutions de prévoyance suisses.

Ce faisant, le tribunal australien s'est conformé à la clé de répartition prévue par l'art. 122 CC aux termes duquel

"¹ Lorsque l'un des époux au moins est affilié à une institution de prévoyance professionnelle et qu'aucun cas de prévoyance n'est survenu, chaque époux a droit à la moitié de la prestation de sortie de son conjoint calculée pour la durée du mariage selon les dispositions de la loi du 17 décembre 1993 sur le libre passage.

² Lorsque les conjoints ont des créances réciproques, seule la différence entre ces deux créances doit être partagée".

Il n'apparaît pas dès lors que l'ordre public, lequel s'interprète au demeurant de manière restrictive, serait violé.

Au vu de ce qui précède et aucun des demandeurs ne s'y opposant, il y a lieu de reconnaître le jugement rendu par la Federal Magistrates Court de Canberra et d'exécuter le partage par moitié ordonné par le juge australien.

9. La demanderesse étant domiciliée au Luxembourg, reste à déterminer si le montant qui lui est dû peut lui être versé en espèces ou s'il doit l'être sur un compte de libre passage ouvert auprès d'une institution de prévoyance suisse.

Conformément à l'Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP; art. 8 et annexe II), ce sont principalement les règlements CEE n^{os} 1408/71 et 574/72 qui s'appliquent à la sécurité sociale suisse, donc à la prévoyance professionnelle obligatoire. Les principes fondamentaux sur lesquels ils sont fondés - l'égalité de traitement et l'exportation des prestations, notamment - ne posent pas de problème particulier puisque la LPP n'est pas discriminatoire et qu'elle ne contient aucune disposition imposant le paiement des rentes sur le seul territoire suisse. Le versement en espèces de la prestation de libre passage en cas de cessation

d'assujettissement en Suisse (art. 5 al. 1 let. a LFLP) subit en revanche quelques restrictions.

En effet, le règlement CEE n° 1408/71 interdit le versement en espèces lorsque l'assuré qui quitte la Suisse (ou qui cesse d'y être assujetti) est assujetti à l'assurance obligatoire d'un État membre de l'UE ou de l'AELE (cf. art. 10 al. 2 du règlement 1408/71 aux termes duquel : "Si la législation d'un État membre subordonne le remboursement de cotisations à la condition que l'intéressé ait cessé d'être assujetti à l'assurance obligatoire, cette condition n'est pas réputée remplie tant que l'intéressé est assujetti à l'assurance obligatoire en vertu de la législation d'un autre État membre"). Il en résulte que la partie obligatoire de la prestation de sortie doit alors être déposée sur une police ou sur un compte de libre passage (cf. également, sur ce point, le Bulletin de la prévoyance professionnelle n°96 du 18 décembre 2006).

Seuls les ex-époux n'ayant jamais eu de lien avec la Suisse peuvent donc se voir sans autre verser l'avoir en espèces car ils ne tombent alors pas sous le coup de l'art. 10 du règlement 1408/07, lequel ne s'applique qu'en cas de "cessation d'assujettissement".

En l'espèce, la demanderesse ayant cotisé en Suisse, le montant lui revenant doit être versé auprès de la dernière institution de prévoyance à laquelle elle a été affiliée.

9. En l'espèce, les dates pertinentes s'agissant du partage des prestations de sortie acquises durant le mariage par les demandeurs, sont, d'une part, celle du mariage, le 11 juin 1993, d'autre part le 28 février 2009, date à laquelle le jugement de divorce est devenu exécutoire.
10. La prestation LPP globale acquise par le demandeur est de 908'340 fr. 60. De cette somme, il convient de déduire les avoirs LPP accumulés jusqu'au moment du mariage, soit 327'053 fr., augmentés des intérêts jusqu'au jour du divorce qui s'élèvent à 230'376 fr. 07. La prestation acquise pendant le mariage par le demandeur s'élève dès lors à **350'911 fr. 55** (908'340 fr. 60 - [327'053 fr. + 230'376 fr. 07]), tandis que celle acquise par la demanderesse est de **40'029 fr. 10** (26'637 fr. +13'392 fr. 10), les intérêts ayant déjà été calculés par les institutions de prévoyance défenderesses. Ainsi le demandeur doit à son ex-épouse le montant de **175'455 fr. 80** (350'911 fr. 55 : 2) et celle-ci doit à celui-là le montant de **20'014 fr. 55** (40'029 fr. 10 : 2), de sorte que c'est le demandeur qui doit à la demanderesse le montant de **155'441 fr. 25** (175'455 fr. 80 - 20'014 fr. 55).
11. 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).

12. 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).

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

1. Invite les RETRAITES POPULAIRES à transférer, du compte de Monsieur Z_____, la somme de **155'441 fr. 25** à la FONDATION DE LIBRE PASSAGE BCV en faveur de Madame Z_____, compte n° _____, ainsi que des intérêts compensatoires au sens des considérants, dès le 28 février 2009 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

La Présidente :

Nathalie LOCHER

Doris GALEAZZI

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