

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/776/2010

ATAS/962/2010

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 4

du 22 septembre 2010

En la cause

Madame M _____, domiciliée à Onex, comparant avec
élection de domicile en l'étude de Maître Daniela LINHARES

demandeurs

Monsieur N _____, domicilié à Onex, comparant avec
élection de domicile en l'étude de Maître Pierre GABUS

contre

FONDATION DE LIBRE PASSAGE D'UBS SA, case postale,
4002 Bâle, comparant avec élection de domicile en l'étude de
Maître Bruno MEGEVAND

défenderesse

**Siégeant : Juliana BALDE, Présidente, Christine TARRIT-DESHUSSES et Olivier
LEVY, Juges assesseurs.**

EN FAIT

1. Par jugement du 20 février 2006, le Tribunal de Lamego (Portugal) a prononcé le divorce des époux M_____, née en 1952, et N_____, né en 1947, tous deux de nationalité portugaise, domiciliés en Suisse depuis 1987.
2. Par acte déposé le 11 décembre 2008 auprès du greffe du Tribunal de première instance de la République et canton de Genève, M_____ a formé une action en complément du jugement de divorce à l'encontre de son ex-époux, tendant au partage des avoirs de prévoyance professionnelle accumulés en Suisse par ce dernier durant le mariage.
3. Par jugement du 18 juin 2009, la 14^{ème} Chambre du Tribunal de première instance a ordonné le partage par moitié des avoirs de prévoyance professionnelle accumulés pendant le mariage par N_____ et transmis la cause au Tribunal de céans, aux fins de déterminer le montant qui doit être attribué à chacun des époux à titre dudit partage.
4. L'appel formé par N_____ a été rejeté par arrêt de la Cour de Justice du 11 décembre 2009, qui a confirmé le jugement de première instance.
5. La jugement du Tribunal de première instance a été transmis au Tribunal de céans le 11 mars 2010 pour exécution du partage.
6. Le Tribunal de céans a sollicité de N_____ le nom de son/ses institutions de prévoyance, puis a interpellé ces dernières en les priant de lui communiquer les montants des avoirs LPP acquis par le demandeur durant le mariage, soit entre le 21 novembre 1971 et le 30 juin 2006, date à laquelle le divorce est devenu définitif.
7. Selon le courrier de SWISS LIFE du 1^{er} avril 2010, le demandeur a été affilié dans le cadre du contrat P3502 - Fondation collective LPP Swiss Life Trembley et Burgermeister SA, Satigny, du 1^{er} novembre 1992 au 30 juin 2006, date à laquelle sa prestation de sortie s'élevait à 78'739 fr. Le 14 mars 2007, Swiss Life a transféré la prestation de libre passage, augmentée des intérêts, soit le montant de 80'122 fr. 40 à la FONDATION DE LIBRE PASSAGE D'UBS SA, Bâle.
8. Par courrier du 23 avril 2010, le demandeur, représenté par son conseil, a informé le Tribunal de céans que suite au transfert de sa prestation sur un compte de libre passage, il avait perçu, fin juin 2006, l'entier de ce montant et que compte tenu de sa situation financière précaire, il ne dispose plus dudit montant à l'heure actuelle.
9. Par l'intermédiaire de sa mandataire, la demanderesse a relevé qu'à aucun moment lors de la procédure en première instance, le demandeur n'a produit des pièces ou indiqué qu'il avait retiré l'intégralité de son deuxième pilier en juin 2006. Il

convenait par conséquent d'attendre la réponse de la Fondation de libre passage d'UBS SA. Elle se posait par ailleurs la question de savoir comment le demandeur avait pu retirer son avoir de prévoyance, dès lors qu'il n'avait pas quitté la Suisse et ne s'était pas établi à son compte. Si tel était le cas, elle conclut à ce que les caisses de prévoyance professionnelles soient entendues dans le cadre de cette procédure.

10. Par courrier du 6 mai 2010, la FONDATION DE LIBRE PASSAGE D'UBS SA a indiqué avoir reçu en date du 16 mars 2007 une prestation de libre passage versée par SWISS LIFE, d'un montant de 80'122 fr. 40. L'assuré n'avait pas de prestation de libre passage au moment du mariage et le montant de la prestation de libre passage au 30 juin 2006 s'élevait à 78'739 fr. La FONDATION DE LIBRE PASSAGE D'UBS SA précise toutefois que le partage des avoirs de prévoyance professionnelle n'est pas réalisable, car en date du 7 novembre 2007, le demandeur a effectué le retrait de la totalité de son avoir de libre passage en raison de l'atteinte de l'âge de la retraite.
11. Le Tribunal de céans a communiqué à la FONDATION DE LIBRE PASSAGE D'UBS SA les courriers des demandeurs et lui a imparti un délai pour se déterminer.
12. Dans sa réponse du 10 juin 2010, la FONDATION DE LIBRE PASSAGE D'UBS SA a indiqué avoir résilié les comptes du demandeur en date du 7 novembre 2007 pour le compte _____ et le 1^{er} juillet 2009 pour le compte _____, en raison de l'âge de la retraite. Selon le règlement de la fondation, l'avoir peut être versé à l'assuré au plus tôt 5 ans avant l'âge légal et le versement ne nécessite pas la signature de l'épouse.
13. Par courrier du 24 juin 2010, la demanderesse a requis la production du règlement de la FONDATION DE LIBRE PASSAGE D'UBS SA. Elle souhaitait savoir aussi si le compte no _____ était un compte de prévoyance professionnelle ou pas.
14. Le 24 juin 2010, la FONDATION DE LIBRE PASSAGE D'UBS SA a précisé que le paiement de la prestation de libre passage du demandeur a été effectué conformément à l'art. 16 al. 1 OLP.
15. Le Tribunal de céans a entendu les parties en audience de comparution personnelle le 14 juillet 2010. Le représentant de la FONDATION DE LIBRE PASSAGE D'UBS SA a confirmé que le demandeur avait deux comptes ouverts auprès d'elle. Le premier compte, police n° _____, qui comportait des avoirs de prévoyance professionnelle versés par SWISS LIFE, a été clôturé le 5 novembre 2007 à la demande de N _____ et le montant de 80'806 fr. 20 a été versé à l'assuré. Quant au deuxième compte de prévoyance professionnelle n° _____ comportant des avoirs versés par l'Institution supplétive de Lausanne, il a été soldé en juillet 2009 à la demande de l'assuré. Ce dernier a reçu à

ce titre un montant de 2'368 fr. 10. Le Règlement de la FONDATION DE LIBRE PASSAGE D'UBS SA en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2007 ainsi que les Règlements successifs ont été déposés à la procédure.

Le demandeur a indiqué avoir travaillé en dernier lieu pour la maison Trembley à Genève, puis pendant un an aux Vignes de l'Etat, placé par le chômage. Son conseil a rappelé que les époux étaient séparés depuis 2000, qu'ils avaient déjà tout liquidé et que lorsque le demandeur a retiré ses avoirs de prévoyance, il était déjà divorcé. Il a déclaré qu'il n'avait plus cet argent, qu'il avait de nombreuses dettes et qu'il vivait avec 2'000 fr. par mois.

La demanderesse a indiqué qu'elle avait introduit une action en complément du jugement de divorce et que ce n'est que dans le cadre de la présente procédure qu'elle a appris que son ex-mari avait retiré tous ses avoirs de prévoyance. Elle n'aurait pas poursuivi la procédure si elle l'avait su.

Le conseil du demandeur a regretté que le fait que ce dernier ait retiré tous ses avoirs n'ait pas été signalé au juge du Tribunal de première instance. Il a fait valoir qu'il avait souhaité que la cause soit instruite par le juge civil, dans la mesure où le demandeur soutenait que le jugement portugais réglait toutes les questions.

Le conseil de la FONDATION DE LIBRE PASSAGE D'UBS a déclaré que cette dernière considérait avoir versé les fonds à l'assuré conformément à la loi, d'une part parce qu'il avait atteint l'âge de 60 ans et d'autre part parce que ce versement ne nécessitait pas l'accord du conjoint, conformément au règlement de la Fondation et à l'art. 16 al. 1 OLP. La demanderesse s'est déclarée d'accord avec ce point de vue.

Le demandeur, tout en admettant avoir perçu les fonds, s'en est rapporté à justice.

Sur quoi, le Tribunal a imparti aux parties un délai au 31 août 2010 pour faire part de leurs dernières conclusions, suite aux pièces produites.

16. Par courrier du 30 août 2010, la demanderesse s'en est rapporté à justice.
17. Dans son écriture du 31 août 2010, le demandeur a conclu à ce que la cause soit déclarée sans objet. Il a considéré pour le surplus qu'il appartient à la demanderesse de déterminer les conséquences du versement effectué par la FONDATION DE LIBRE PASSAGE D'UBS SA sans son accord.
18. Sur quoi, 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.
 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. En l'espèce, le juge de première instance a complété le jugement de divorce étranger et ordonné le partage par moitié des prestations de sortie acquises par le demandeur durant le mariage, soit durant la période du 21 septembre 1971 au 30 juin 2006, date à laquelle le jugement de divorce est devenu exécutoire.
 4. Selon les documents produits et les renseignements communiqués au Tribunal de céans en audience de comparution personnelle des parties, la prestation acquise pendant le mariage par le demandeur s'élevait à 78'739 fr., à quoi s'ajoutait une prestation de sortie de 2'360 fr. 25 provenant de l'Institution supplétive de Lausanne. Les avoirs de prévoyance du demandeur ont été transférés par les institutions de prévoyance sur le compte de libre passage du demandeur ouvert auprès de la FONDATION DE LIBRE PASSAGE D'UBS SA, à Bâle.

Il s'avère cependant que postérieurement au jugement de divorce, le demandeur a retiré tous ses avoirs de prévoyance. Le compte de libre passage auprès de LA FONDATION DE LIBRE PASSAGE D'UBS SA a en effet été résilié, à la requête du demandeur : ce dernier a ainsi perçu ses avoirs sous forme de capital, soit en date du 5 novembre 2007 le montant de 80'806 fr. 20 et en date du 29 juillet 2009 la somme de 2'368 fr. 10.

Force dès lors est de constater qu'il n'existe plus aucun avoir de prévoyance à partager, de sorte que le Tribunal de céans se trouve dans l'impossibilité d'exécuter le partage ordonné par le juge du Tribunal de première instance.

5. Reste à examiner si le versement effectué par la FONDATION DE LIBRE PASSAGE D'UBS SA est conforme à la loi.

Selon l'art. 16 al. 1 de l'Ordonnance 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), en sa teneur en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2005, les prestations de vieillesse dues en vertu des polices et des comptes de libre passage peuvent être versées au plus tôt cinq ans avant que l'assuré n'atteigne l'âge ordinaire de la retraite selon l'art. 13, 1^{er} alinéa, LPP et au plus tard cinq ans après. Si l'assuré perçoit une rente entière d'invalidité de l'assurance fédérale et si le risque d'invalidité n'est pas assuré à titre complémentaire au sens de l'art. 10 al. 2 et 3 deuxième phrase, la prestation de vieillesse lui est versée plus tôt, sur sa demande (cf. art. 16 al. 2 OLP). Conformément à l'art. 13 al. 1 let. a LPP, les hommes ont droit à des prestations de vieillesse dès qu'ils ont atteint l'âge de 65 ans.

L'art. 8 al. 1 du règlement de la FONDATION DE LIBRE PASSAGE D'UBS SA, en sa teneur en vigueur au 27 avril 2007, reprend exactement la teneur de l'art. 16 al. 1 OLP.

En l'occurrence, le demandeur, divorcé depuis 2006, a atteint l'âge de 60 ans le 11 septembre 2007. A cette date, il avait cessé de travailler et ne cotisait plus à la prévoyance professionnelle obligatoire. Par conséquent, c'est à juste titre que l'intimée lui a versé, à sa demande, sa prestation de vieillesse sous forme de capital, le 5 novembre 2007, soit cinq ans au plus tôt avant l'âge de 65 ans, conformément aux art. 16 al. 1 OLP et 8 al. 1 de son Règlement.

Il convient de rappeler à cet égard qu'au regard des dispositions réglementaires et de l'OLP applicables aux prestations de vieillesse, le rapport de droit litigieux concerne uniquement le demandeur et l'institution de libre passage auprès de laquelle il avait ouvert un compte de libre passage. Seul le titulaire du compte de libre passage est habilité à faire valoir une prétention de ce chef. En effet, ni le règlement, ni les dispositions d'exécution de l'OLP applicables aux prestations en cause ne confèrent un droit sur celles-ci au conjoint du titulaire du compte de libre passage. Ces dispositions ne font pas non plus du consentement du conjoint une condition du versement des prestations de l'ayant droit (cf. ATF 134 V 182). Il en va ainsi a fortiori de l'ex-conjoint.

Il résulte de ce qui précède que le versement en capital effectué par l'intimée en mains du demandeur est conforme à la loi.

-
6. Dès lors que le Tribunal de céans n'est pas en mesure d'exécuter le partage ordonné par le juge du Tribunal de première instance, se pose la question de savoir quelle suite donner à la présente procédure.

Selon l'art. 124 al. 1 CC, une indemnité équitable est due lorsqu'un cas de prévoyance est 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 peuvent être partagées pour d'autres motifs.

Il n'appartient toutefois 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 (voir également le texte de l'art. 22b LFLP). Seul le juge du divorce dispose d'une vision d'ensemble de la situation économique concrète des parties et de leurs besoins de prévoyance respectifs. Pour fixer le montant de l'indemnité équitable, la jurisprudence exige en effet de tenir compte de façon adéquate de la situation patrimoniale après la liquidation du régime matrimonial ainsi que des autres éléments de la situation économique des parties après le divorce (ATF 131 III 1 consid. 4.2 p. 4 et la référence). Les besoins personnels ou la capacité contributive du débiteur, ou encore les besoins de prévoyance du bénéficiaire constituent des critères qu'il convient spécialement d'examiner (ATF 133 III 401 consid. 3.2 p. 404). L'intervention du juge des assurances sociales est destinée uniquement à parfaire le jugement de divorce.

Dans un arrêt du 10 mai 2010 en la cause 9C-388/2009, la IIe Cour de droit social du Tribunal fédéral a relevé que le système bicéphale voulu et adopté par le législateur peut engendrer deux décisions contradictoires, lorsque le juge des assurances sociales constate que le partage des prestations de sortie ordonné par le juge du divorce est impossible. En s'opposant à l'exécution du jugement de divorce, le juge des assurances sociales met en même temps en évidence l'existence d'une imperfection dans ledit jugement, puisque celui-ci ne permet pas de régler une question, à savoir le sort de la prévoyance professionnelle constituée pendant la durée du mariage, qui doit l'être nécessairement en vertu du droit fédéral (cf. ATF 104 II 289; SPÜHLER/FREI-MAURER, Berner Kommentar, nos 87 ss des remarques préliminaires aux anciens art. 149-157 CC). Or, le jugement de divorce n'est complet que s'il est entièrement exécutable, ce qui n'est pas le cas lorsque la question des aspects liés à la prévoyance professionnelle demeure indécise. Le juge des assurances sociales n'ayant pas la faculté de statuer sur l'octroi d'une indemnité équitable au sens de l'art. 124 CC (ATF 129 V 444 consid. 5.4 p. 449; cf. infra consid. 5.4), il revient au juge du divorce de compléter le jugement de divorce.

Cela étant, la procédure prévue à l'art. 142 al. 2 CC et dans la LFLP cantonne les conjoints divorcés dans un rôle passif, puisqu'ils n'ont aucune prise sur la transmission du dossier au juge des assurances sociales ou sur la décision de celui-ci de ne pas exécuter le partage. Or, en cas d'inaction des parties, le risque existe

qu'une question que le législateur exige de régler impérativement dans le contexte d'un divorce, à savoir le sort de la prévoyance professionnelle constituée pendant la durée du mariage, demeure sans réponse, ce qui n'est pas conforme à la volonté du législateur fédéral. Dans ces conditions, la Haute Cour a jugé que dans la mesure où l'art. 142 al. 2 CC impose la transmission d'office du jugement de divorce au juge des assurances sociales pour qu'il exécute le partage des prestations de sortie, il convient d'admettre que cette disposition contient également l'obligation implicite pour le juge des assurances sociales de renvoyer d'office la cause à la juridiction civile, comme objet de sa compétence, lorsqu'il constate l'impossibilité d'exécuter le mandat qui lui a été confié par le juge du divorce. Le renvoi d'office au juge du divorce est la conséquence logique et nécessaire du système particulier mis en place par le législateur à l'art. 142 al. 2 CC.

Au vu de ce qui précède, la cause doit être transmise d'office à la 14^{ème} Chambre du Tribunal de première instance de la République et canton de Genève afin qu'elle reprenne l'instruction de la cause sur la question de la prévoyance professionnelle et rende un nouveau jugement sur ce point.

7. 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,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :**

1. Constate l'impossibilité d'exécuter le partage ordonné par le juge du Tribunal de première instance.
2. Transmet d'office la cause à la 14^{ème} Chambre du Tribunal de première instance afin qu'elle reprenne l'instruction de la cause sur la question de la prévoyance professionnelle et rende un nouveau jugement.
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 :

Isabelle CASTILLO

Juliana BALDE

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