

605 2009-90

Arrêt du 29 janvier 2010

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

COMPOSITION Présidente suppléante : Anne-Sophie Peyraud
 Assesseurs : Bruno Kaufmann, Christian Grandjean
 Greffière-rapporteure : Muriel Zingg

PARTIES **A., demandeur,**

 contre

 B., défenderesse,

OBJET Prévoyance professionnelle

 Action en justice transférée le 16 mars 2009

c o n s i d é r a n t e n f a i t

A. Par jugement du 23 février 2009, le Tribunal civil de l'arrondissement de la Sarine a prononcé la dissolution par le divorce du mariage conclu le 9 avril 1985 entre A. et B. Ce jugement est devenu définitif et exécutoire le 11 mars 2009.

Selon le chiffre III du dispositif de ce jugement, la moitié de l'avoir LPP dont disposera B. auprès de la Caisse de prévoyance X. le jour de l'entrée en force du présent jugement, déduction faite de la moitié de l'avoir LPP dont disposera A. le même jour auprès de la Caisse de pension Y., sera transférée à ce dernier.

B. Saisie le 16 mars 2009 par ledit Tribunal, la Cour de céans, en sa qualité de juge des assurances sociales, a invité les parties à se déterminer en date du 17 mars 2009.

L'ex-épouse a répondu le 10 avril 2009 et a produit une attestation de sa caisse de pension, soit la Caisse de prévoyance X., à la date déterminante du 11 mars 2009. En ce qui concerne l'ex-époux, un courrier du 3 avril 2009 de l'institution de prévoyance Y., est parvenu auprès du Tribunal civil de l'arrondissement de la Sarine, qui l'a transmis à l'Autorité de céans en date du 14 avril 2009. Cette caisse précisait que A. n'était plus affilié auprès d'elle depuis le 31 décembre 2006. En outre, il ressortait de l'extrait du compte produit en annexe que celui-ci avait bénéficié à deux reprises, le 30 avril 1991 et le 22 novembre 2005, d'un versement en espèces de son avoir LPP. Invité à prendre position et à indiquer le nom de sa nouvelle caisse de pension, l'ex-époux a répondu le 30 avril 2009 qu'à partir de 2007, il était indépendant et n'était ainsi plus affilié à une institution de prévoyance. Le 6 mai 2009, l'ex-épouse s'est prononcée sur les déclarations de ce dernier.

Par courrier du 2 décembre 2009, les parties ont été invitées à se déterminer sur la problématique liée aux deux versements en espèces de la prestation de sortie de l'ex-époux ayant eu lieu durant le mariage et empêchant le partage selon l'art. 122 CC. Le demandeur a répondu en date du 9 décembre 2009. Pour sa part, la défenderesse s'est déterminée le 29 décembre 2009. En revanche, Y. n'a pas déposé de détermination dans le délai impartit.

e n d r o i t

1. a) Selon l'art. 25a de la loi fédérale du 17 décembre 1993 sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LFLP; RS 831.42), en cas de désaccord des conjoints sur la prestation de sortie à partager en cas de divorce (art. 122 et 123 du code civil suisse du 10 décembre 1907 [CC; RS 210]), le juge du lieu du divorce compétent au sens de l'art. 73 al. 1 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP; RS 831.40) 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 (al. 1). Les conjoints et les institutions de prévoyance professionnelle ont qualité de partie dans cette procédure. Le juge leur impartit un délai raisonnable pour déposer leurs conclusions (al. 2).

Aux termes de l'art. 22 al. 1 et 2 LFLP, en cas de divorce, les prestations de sortie acquises durant le mariage sont partagées, conformément aux art. 122, 123, 141 et 142 du code civil; les art. 3 et 5 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. 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. Les paiements en espèces effectués durant le mariage ne sont pas pris en compte (al. 2).

Selon l'art. 122 al. 1 CC, 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 LFLP.

Toutes les prétentions issues de rapports de prévoyance soumis à la loi sur le libre passage doivent en principe être partagées en cas de divorce selon les art. 122ss CC (T. GEISER, le nouveau droit du divorce et les droits en matière de prévoyance professionnelle, in : De l'ancien au nouveau droit du divorce, Berne 1999, p. 64; H. HAUSHEER, Die wesentlichen Neuerungen des neuen Scheidungsrechts, ZBJV 1999 p. 12; H. WALSER, Berufliche Vorsorge, in : Das neue Scheidungsrecht, Zürich 1999, p. 52).

Selon la jurisprudence, le législateur a exclu le partage des avoirs de prévoyance en cas de survenance d'un cas de prévoyance essentiellement pour des motifs pratiques. Par la survenance d'un cas de prévoyance, il faut entendre la naissance d'un droit concret à des prestations de la prévoyance professionnelle, qui rend impossible le partage des avoirs de prévoyance à la base des prestations servies (Tribunal fédéral, arrêt non publié dans la cause C. [B 104/05] du 21 mars 2007, consid. 5). Ainsi, la survenance de l'âge de la retraite ou du droit à des prestations d'invalidité d'un conjoint qui n'a jamais travaillé ou qui n'a jamais été affilié à la prévoyance professionnelle, dans la mesure où il n'entraîne aucun droit à des prestations d'une institution de prévoyance, permet encore le partage des avoirs de la prévoyance professionnelle de l'autre conjoint en sa faveur (Tribunal fédéral, arrêts non publiés dans les causes X. [5C.176/2006] du 27 octobre 2006, consid. 2.1, et A. [B 19/03] du 30 janvier 2004, consid. 5.1 et les références).

En revanche, en application de l'art. 124 CC, 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, une indemnité équitable sera due. Selon sa teneur littérale, cette norme ne vise pas seulement la survenance d'un cas de prévoyance, mais aussi d'autres événements en raison desquels la prestation de sortie ne peut être partagée, notamment lorsque les avoirs de la prévoyance professionnelle ont été versés en espèces durant le mariage (Tribunal fédéral, arrêt non publié dans la cause A. [B 19/03] du 30 janvier 2004; ATF 127 III 433/JdT 2002 I 346 consid. 2b).

Conformément à l'art. 5 al. 1 LFLP, un versement en espèces ne peut être effectué que dans trois cas particuliers: si l'assuré quitte définitivement la Suisse (let. a), s'il s'établit à son compte et qu'il n'est plus soumis à la prévoyance professionnelle obligatoire (let. b) ou lorsque le montant de la prestation de sortie est inférieur au montant annuel de ses

cotisations (let. c). L'art. 5 al. 2 LFLP prévoit en outre que, si l'assuré est marié ou lié par un partenariat enregistré, le paiement en espèces ne peut intervenir qu'avec le consentement écrit de son conjoint ou de son partenaire.

b) La survenance d'un cas de prévoyance ou le versement en espèces durant le mariage exclut ainsi le partage des prestations de sortie selon l'art. 122 CC et impose la fixation d'une équitable indemnité au sens de l'art. 124 CC.

S'il reste des prestations de sortie à partager auprès de l'un ou l'autre conjoint, l'ensemble doit néanmoins être traité uniquement par l'application de l'art. 124 CC (cf. ATF 127 III 433/JdT 2002 I 346 consid. 2b; ATF 129 III 481/JdT 2003 I 760 consid. 3.2.3; ATF 134 V 484 consid. 4.1), même si, avant de se rallier à cette solution, l'ancien Tribunal fédéral des assurances appliquait en parallèle l'art. 122 CC (cf. ATF 129 V 251, Tribunal fédéral des assurances, arrêt non publié dans la cause A. [B 84/05] du 9 juin 2006).

Au demeurant, l'application exclusive de l'art. 124 CC en cas de survenance d'un cas de prévoyance ou de versement en espèces est également largement partagée par la doctrine (cf. T. GEISER, Zur Frage des massgeblichen Zeitpunkts beim Vorsorgeausgleich in FamPra.ch 2004, p. 312 et Übersicht über die Rechtsprechung zum Vorsorgeausgleich in AJP/PJA 4/2008 p. 435-436; K. BAUMANN/M. LAUTERBURG in: SCHWENZER (édit.) FamKommentar Scheidung, Berne 2005, ad art. 122 n. 42 et ad art. 124 n. 40; S. SANDOZ, Prévoyance professionnelle et divorce, in: P. PICHONNAZ/A. RUMO-JUNGO (édit.), Le droit du divorce: questions actuelles et besoin de réforme, Genève/Zurich/Bâle 2008, p. 44).

Se prononçant sur le cas d'une rente d'invalidité née rétroactivement à une date antérieure à l'entrée en force du jugement de divorce, le Tribunal fédéral a jugé que, si le tribunal compétent en matière de prévoyance professionnelle n'avait pas encore procédé au partage des prestations de sortie en application de l'art. 122 CC, il devait renvoyer la cause au juge du divorce, afin que celui-ci fixe une équitable indemnité au sens de l'art. 124 CC (cf. Tribunal fédéral, arrêts non publiés dans la cause C. [B 104/05] du 21 mars 2007 et dans la cause OFAS c/ X. [B 107/06] du 7 mai 2007). En outre, il a expressément confirmé que, puisque l'autorité inférieure avait constaté que les conditions pour procéder au partage des prestations de sortie n'étaient pas remplies, elle aurait dû rendre une décision de non entrée en matière et renvoyer la cause au juge du divorce pour fixation d'une équitable indemnité au sens de l'art. 124 CC (ATF 134 V 384 consid. 4.1). Exceptionnellement, dans cet arrêt, le partage selon l'art. 122 CC a toutefois été maintenu malgré la survenance d'un cas de prévoyance, en raison de circonstances très particulières (invalidité partielle connue du juge civil, transfert de la moitié de l'avoir de prévoyance sans influence sur le versement de la rente, confirmation du caractère réalisable du partage par le fonds de prévoyance, volonté commune des parties de procéder selon 122 CC). Mais cela n'a pas empêché les juges fédéraux de souligner qu'ils ne comprenaient pas pourquoi le juge du divorce n'avait pas fixé une équitable indemnité au sens de l'art. 124 CC (idem, consid. 4.2).

2. En l'espèce, il ressort ce qui suit du jugement de divorce: "*A. a commencé à accumuler un avoir de libre passage le 1^{er} juin 1985 et il l'a retiré une première fois le 30 avril 1991, soit un montant de Fr. 13'371.65. En effet, au printemps 1991, le demandeur s'est mis à son compte et a repris Le P., à Z. La défenderesse s'occupait alors des enfants qui étaient petits et aidait son mari à la comptabilité, ce qui lui rapportait un*

salaire sur lequel elle n'avait toutefois pas de cotisations LPP. Cette situation d'indépendant à Z. a duré environ une année, après quoi le demandeur a accompli quelques petits boulots avant de reprendre le G. à D., d'abord, comme indépendant et ensuite en Sàrl comme salarié d'où la reprise des cotisations LPP. Le 22 novembre 2005, lorsqu'il a cessé son activité au G. à D., le demandeur a retiré son avoir de libre passage une seconde fois, soit un montant de Fr. 15'372.95. Depuis lors, il a eu quelques petits boulots comme salarié, de sorte qu'au 1^{er} janvier 2007 il disposait d'un avoir de libre passage de Fr. 567.10 auprès de la Caisse de pension Y. (n°AVS: _____). Actuellement, il est seulement indépendant (PV de l'audience du 5 novembre 2008, p. 2)" (Jugement du Tribunal civil de l'arrondissement de la Sarine du 23 février 2009, p. 7).

Considérant que les versements en espèces dont a bénéficié le demandeur pour un montant total de 28'744 fr. 60 avaient été consommés par les deux époux durant leur mariage, le juge civil a conclu qu'il ne fallait pas en tenir compte dans le cadre du partage, mais que le partage par moitié était applicable au reste des prestations de sortie.

La Cour de céans constate toutefois qu'une telle façon de procéder est en contradiction manifeste avec la jurisprudence et la doctrine précitées. Conformément à celles-ci, un versement en espèces durant le mariage empêche le partage selon l'art. 122 CC et une application parallèle de cette disposition en ce qui concerne la prestation acquise postérieurement au versement n'entre pas en ligne de compte. En effet, l'ensemble doit être réglé par le biais de l'équitable indemnité de l'art. 124 CC, dont la fixation ressort de la compétence exclusive du juge du divorce (Tribunal fédéral, arrêt non publié dans la cause M. [9C_899/2007] du 28 mars 2008, consid. 5.2 et les références citées).

Il résulte de ce qui précède que l'Autorité de céans ne peut pas entrer en matière sur le partage des prestations de sortie en application de l'art. 122 CC. La cause est dès lors renvoyée au juge du divorce, afin qu'il fixe une équitable indemnité au sens de l'art. 124 CC.

Il n'est pas perçu de frais de justice.

l a C o u r a r r ê t e :

I. L'action en justice est irrecevable.

Partant, la cause est renvoyée au Tribunal civil de l'arrondissement de la Sarine, afin qu'il fixe une équitable indemnité au sens de l'art. 124 CC.

II. Il n'est pas perçu de frais de justice.

Un recours en matière de droit public peut être déposé auprès du Tribunal fédéral contre le présent jugement dans un délai de 30 jours dès sa notification. Ce délai ne peut pas être prolongé. Le mémoire de recours sera adressé, en trois exemplaires, au Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne. Il doit indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve et être signé. Les motifs doivent exposer succinctement en quoi le jugement attaqué viole le droit. Les moyens de preuve en possession du (de la)

recourant(e) doivent être joints au mémoire de même qu'une copie du jugement, avec l'enveloppe qui le contenait. La procédure devant le Tribunal fédéral n'est en principe pas gratuite.

6. 507.6.5.1