



**POUVOIR JUDICIAIRE
GERICHTSBEHÖRDEN**

ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

**Tribunal cantonal TC
Kantonsgericht KG**

Rue des Augustins 3, case postale 1654, 1701 Fribourg

T +41 26 304 15 00
tribunalcantonal@fr.ch
www.fr.ch/tc

608 2018 131
608 2018 206

Arrêt du 15 mai 2019

II^e Cour des assurances sociales

Composition

Président : Johannes Frölicher
Juges : Daniela Kiener, Anne-Sophie Peyraud
Greffière-rapporteure : Carine Sottas

Parties

A._____, **demanderesse**, représentée par Me Catherine Morf,
avocate

contre

B._____, **défendeur**

Objet

Prévoyance professionnelle (partage des prestations de sortie après divorce)

Action en justice (608 2018 131) transférée le 15 mai 2018 et requête d'assistance judiciaire totale (608 2018 206) du 21 août 2018

considérant en fait

A. Par décision du 30 novembre 2017, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de C. _____ a prononcé la dissolution par le divorce du mariage conclu le 24 octobre 2007 entre A. _____ (ci-après la demanderesse), née en 1986, et B. _____ (ci-après le défendeur), né en 1989. Ce jugement est devenu définitif et exécutoire le 1^{er} février 2018.

Le chiffre 10 du dispositif de ce jugement a la teneur suivante: "*Les avoirs de prévoyance professionnelle accumulés durant le mariage sont partagés conformément à l'art. 122 CC. Le calcul se fera sur la durée du mariage allant du 24 octobre 2007 au 31 décembre 2016, date de l'introduction de la requête. Dès l'entrée en force du présent jugement, le dossier sera transféré au Tribunal cantonal, section administrative, qui exécutera le partage sur la base de la clé de répartition déterminée ci-dessus, conformément à l'art. 281 al. 3 CPC*".

B. Saisie le 15 mai 2018 par le Président dudit Tribunal, la Cour de céans, en sa qualité de juge des assurances sociales, a invité les parties à se déterminer en date du 22 mai 2018.

La demanderesse, représentée par Me Catherine Morf, avocate, s'est déterminée le 21 août 2018. Elle indique que sa prestation de sortie accumulée durant le mariage se monte à CHF 1'063.65 et qu'elle se réserve le droit de prendre des conclusions chiffrées sur la prestation de sortie à partager une fois connu le capital LPP accumulé par son ex-époux. Elle requiert encore l'octroi de l'assistance judiciaire totale.

Le défendeur n'a pas répondu dans le délai imparti.

Par la suite, diverses mesures d'instruction ont été menées afin d'établir le montant exact des prestations de sortie à partager.

Le 20 mars 2019, la demanderesse et le défendeur ont été invités à s'exprimer sur l'ensemble des courriers et documents reçus dans le cadre de l'instruction de la cause.

Par courrier du 25 avril 2019, la demanderesse indique adhérer au calcul des prestations de sortie LPP tel que proposé dans le courrier du 20 mars 2019.

Le défendeur n'a à nouveau pas répondu dans le délai imparti.

Aucun autre échange d'écritures n'a été ordonné entre les parties.

en droit

1.

1.1. Selon l'art. 25a de la loi 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 CC), le juge du lieu du divorce compétent au sens de l'art. 73 al. 1 de la loi 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. 281 al. 3 CPC), 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).

1.2. En l'espèce, la compétence de l'autorité judiciaire de céans, tant à raison du lieu que de la matière, ainsi que la qualité de partie des ex-époux et des caisses de pension concernées, sont données.

2.

2.1. Aux termes de 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 et 5 LFLP s'appliquent par analogie au montant à transférer.

Selon l'art. 122 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.

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. 122 ss CC (GEISER, *Le nouveau droit du divorce et les droits en matière de prévoyance professionnelle*, in *De l'ancien au nouveau droit du divorce*, 1999, p. 64; HAUSHEER, *Die wesentlichen Neuerungen des neuen Scheidungsrechts*, ZBJV 1999, p. 12; WALSER, *Berufliche Vorsorge*, in *Das neue Scheidungsrecht*, 1999, p. 52).

2.2. Selon l'art. 280 al. 1 CPC, le tribunal ratifie la convention de partage des prétentions de prévoyance professionnelle aux conditions suivantes: les époux se sont entendus sur le partage et les modalités de son exécution (let. a), les époux produisent une attestation des institutions de prévoyance professionnelle concernées qui confirme que l'accord est réalisable et précise le montant des avoirs ou des rentes à partager (let. b) et le tribunal est convaincu que la convention est conforme à la loi (let. c). L'al. 2 précise que le tribunal communique aux institutions de prévoyance professionnelle les dispositions de la décision entrée en force qui les concernent, y compris les indications nécessaires au transfert du montant prévu. La décision est contraignante pour les institutions de prévoyance.

Aux termes de l'art. 281 al. 1 CPC, en l'absence de convention et si le montant des avoirs et des rentes déterminants est fixé, le tribunal statue sur le partage conformément aux dispositions du CC et de la loi fédérale du 17 décembre 1993 sur le libre passage (LFLP) (art. 122 à 124e CC, en relation avec les art. 22 à 22f LFLP), établit le montant à transférer et demande aux institutions de prévoyance professionnelle concernées, en leur fixant un délai à cet effet, une attestation du caractère réalisable du régime envisagé.

Selon l'alinéa 3 de cette disposition, dans les autres cas d'absence de convention, le tribunal, à l'entrée en force de la décision sur le partage, défère d'office l'affaire au tribunal compétent en vertu de la LFLP et lui communique en particulier: la décision relative au partage (let. a), la date du mariage et celle du divorce (let. b), le nom des institutions de prévoyance professionnelle auprès desquelles les conjoints ont vraisemblablement des avoirs et le montant de ces avoirs (let. c), le nom des institutions de prévoyance professionnelle qui versent des rentes aux époux, le montant de ces rentes et les parts de rente allouées (let. d).

Selon la jurisprudence, il résulte du système prévu par le législateur à l'art. 142 aCC en relation avec l'art. 122 al. 1 CC et l'art. 25a LFLP que, si le juge du divorce est seul compétent pour fixer les proportions dans lesquelles les prestations de sortie des conjoints doivent être partagées, il appartient au juge des assurances sociales d'établir les prétentions dont peuvent se prévaloir ceux-ci à l'encontre des institutions de prévoyance. Cela implique de déterminer précisément les rapports de prévoyance en cause et, partant, les institutions de prévoyance concernées, ainsi que le montant des avoirs de prévoyance soumis au partage ordonné par le juge du divorce. Par conséquent, l'examen préalable du juge civil du droit des ex-conjoints à des prestations de sortie ne limite pas la compétence du juge des assurances sociales de déterminer auprès de quelles institutions de prévoyance les ex-époux se sont constitués des avoirs de prévoyance (ATF 133 V 147 consid. 5.3.4).

2.3. Conformément à l'art. 22a 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.

En outre, le droit à des intérêts compensatoires sur le montant de la prestation de sortie à transférer au conjoint divorcé existe depuis le jour déterminant pour le partage jusqu'au moment du transfert ou de la demeure (arrêt TF B 105/02 du 4 septembre 2003 consid. 2.1; ATF 129 V 251). Aux termes de l'art. 8a al. 1 de l'ordonnance sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OLP; RS 831.425), ce taux d'intérêt correspond au taux minimal fixé à l'art. 12 de l'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP2; RS 831.441.1), sous réserve d'un taux d'intérêt supérieur fixé par le règlement de l'institution de prévoyance (ATF 129 V 251 consid. 4.1).

Enfin, en vertu de l'art. 7 OLP, en corrélation avec l'art. 12 OPP2, des intérêts moratoires sont dus, le cas échéant, à partir du 31^{ème} jour suivant le jour de l'entrée en force de la décision du juge des assurances sociales ou, s'il a été déféré au Tribunal fédéral, dès que l'arrêt a été prononcé (arrêt TF précité B 105/02 consid. 3; ATF 129 V 251 consid. 4.2.2).

3.

Il s'agit de déterminer avec précision le montant des prestations de sortie acquises par les parties durant le mariage, soit du 24 octobre 2007 au 13 décembre 2016, date de l'introduction de la demande de divorce, que le dispositif du jugement de divorce a par erreur mentionné être le 31 décembre 2016.

3.1. En ce qui concerne la demanderesse, il sied tout d'abord de relever que, âgée de 21 ans et domiciliée en Macédoine au moment du mariage, elle n'était pas encore soumise à l'assurance obligatoire pour le risque vieillesse (cf. art. 7 al. 1 LPP). Elle ne dispose donc d'aucune prestation de sortie à ce moment. Arrivée en Suisse en 2010, elle travaille comme employée pour D. _____ depuis le 1^{er} septembre 2015. C'est donc à partir de cette date qu'ont été perçues les premières cotisations LPP par la caisse de pension E. _____. Ladite caisse indique le 17 octobre 2010 que la prestation de sortie à la date du 31 décembre 2016 est de CHF 1'063.65 et

qu'aucun avoir n'était disponible à la date du mariage. La date à laquelle le décompte a été établi est postérieure à la date de l'introduction de la demande de divorce. L'écart entre les deux dates étant cependant très bref (18 jours), il y a lieu de retenir que le montant de la prestation de sortie de la demanderesse s'élève à CHF 1'063.65.

3.2. Le défendeur, âgé de 18 ans au moment du mariage, n'était pas non plus soumis à l'assurance obligatoire pour le risque vieillesse et il ne dispose dès lors d'aucune prestation de sortie à ce moment. Il a ensuite travaillé pour divers employeurs et a commencé à cotiser dès 2014. Le premier a relevé par courrier du 9 janvier 2019 n'avoir effectué aucun versement de cotisations LPP, tandis que les autres employeurs ont tous indiqué que l'institution de prévoyance à laquelle ils étaient affiliés était F._____. Celle-ci a attesté le 30 janvier 2019 que les prestations de sortie d'un montant de CHF 2'604.-, intérêts compris, respectivement de CHF 3'900.25, intérêts compris, avaient été versées à la Fondation Institution supplétive LPP le 13 mars 2015, respectivement le 21 octobre 2016. Cette dernière a communiqué, dans son attestation du 12 mars 2019, que le montant de la prestation de sortie à la date du 13 décembre 2016 s'élève à CHF 3'901.38 et a confirmé le caractère réalisable du partage.

Une partie des avoirs de prévoyance du défendeur se trouvait également auprès de G._____, qui a attesté le 16 novembre 2017 que la prestation de sortie du début de l'affiliation le 1^{er} avril 2016 au 13 décembre 2016 s'élève à CHF 1'768.30. Il ressort toutefois de l'attestation du 12 mars 2019 de la Fondation Institution supplétive LPP que cet avoir lui a été transféré le 3 janvier 2019.

Ainsi, la prestation de sortie à partager du défendeur se monte au total à CHF 5'669.68 (soit CHF 3'901.38 selon attestation du 12 mars 2019 de la Fondation Institution supplétive LPP + CHF 1'768.30 selon attestation du 16 novembre 2017 de G._____) à la date du 13 décembre 2016.

3.3. En utilisant la clé de répartition fixée par le juge du divorce, chaque partie a droit à la moitié de l'avoir total cotisé par les ex-époux durant la période déterminante, soit du 24 octobre 2007 au 13 décembre 2016. En l'occurrence, l'avoir total accumulé par les ex-époux se monte à CHF 6'733.33 (CHF 1'063.65 + CHF 5'669.68). Chaque partie a dès lors droit à CHF 3'366.65 (arrondi).

C'est donc la différence la plus forte en faveur de la demanderesse, soit CHF 2'303.- (CHF 3'366.65 moins CHF 1'063.65), ajoutée des intérêts compensatoires courant dès le 13 décembre 2016 au jour du transfert, que l'institution de prévoyance du défendeur disposant du montant nécessaire, la Fondation Institution supplétive LPP, doit verser sur le compte de prévoyance de la demanderesse auprès de E._____. Des intérêts moratoires seront en outre dus par dite institution, le cas échéant, à partir du 31^{ème} jour suivant l'entrée en force du présent arrêt.

4.

4.1. La demanderesse requiert l'octroi de l'assistance judiciaire (608 2018 206) pour la procédure d'action.

4.1.1. Selon l'art. 61 let. f, 2^{ème} phr., de la loi du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA; RS 830.1), lorsque les circonstances le justifient, l'assistance judiciaire gratuite est accordée au demandeur.

Aux termes de l'art. 142 du code du 23 mai 1991 de procédure et de juridiction administrative (CPJA; RSF 150.1), a droit à l'assistance judiciaire la partie qui ne dispose pas de ressources suffisantes pour supporter les frais d'une procédure sans s'exposer à la privation des choses nécessaires à son existence ou à celle de sa famille (al. 1). L'assistance n'est pas accordée lorsque la procédure paraît d'emblée vouée à l'échec pour un plaideur raisonnable (al. 2). L'assistance est retirée lorsque les conditions de son octroi disparaissent en cours de procédure (al. 3).

Sur la question des chances de succès du recours, la jurisprudence retient que les conclusions paraissent vouées à l'échec lorsqu'une partie, disposant des moyens nécessaires, ne prendrait pas le risque, après mûre réflexion, d'engager un procès ou de le continuer (arrêt TF 8C_1015/2009 du 28 mai 2010 consid. 2; ATF 129 I 129 consid. 2.3.1; 128 I 225 consid. 2.5.3).

D'après l'art. 143 CPJA, l'assistance judiciaire comprend, pour le bénéficiaire, la dispense totale ou partielle des frais de procédure (al. 1 let. a) et de l'obligation de fournir une avance de frais ou des sûretés (al. 1 let. b). Elle comprend également, si la difficulté de l'affaire la rend nécessaire, la désignation d'un défenseur, choisi parmi les personnes habilitées à représenter les parties (al. 2).

4.1.2. Il convient d'examiner les deux conditions permettant l'octroi de l'assistance judiciaire gratuite, à savoir celle de la situation financière difficile et celle des chances de succès.

La demanderesse invoque que sa situation financière ne s'est pas modifiée depuis le jugement de divorce rendu le 30 novembre 2017. Selon les éléments ressortant dudit jugement, son revenu se monte à CHF 2'750.- par mois, son loyer à CHF 1'162.-, les primes d'assurance-maladie à CHF 128.05 et la prime de son assurance RC ménage à CHF 24.15. Il convient encore de prendre en compte le minimum vital pour un débiteur monoparental par CHF 1'687.50 (CHF 1'350.- augmentés de 25%, soit CHF 337.50; arrêt TF 9C_165/2009 du 22 septembre 2009 consid. 4.2.3), et le fait que son ex-époux ne s'acquitte pas des contributions d'entretien en sa faveur et en faveur de leur fils. De ce fait, le montant mensuel de ses revenus s'élève à CHF 2'750.-, alors que celui de ses dépenses se monte à CHF 3'001.70, ce qui représente un solde négatif de CHF 251.70. La demanderesse ne dispose par conséquent pas des ressources suffisantes pour supporter les frais de la procédure d'action sans s'exposer à la privation des choses nécessaires à son existence.

Il faut en outre admettre que l'action n'était pas d'emblée dénuée de chances de succès.

Il s'ensuit que l'assistance judiciaire gratuite totale doit être octroyée à la demanderesse.

4.1.3. Me Morf a produit sa liste de frais le 6 mai 2019. Conformément aux art. 146ss CPJA et du tarif cantonal du 17 décembre 1991 des frais de procédure et des indemnités en matière de juridiction administrative (Tarif/JA; RSF 150.12), il se justifie de fixer l'équitable indemnité à laquelle elle a droit à CHF 700.15 à raison de 3h28 à CHF 180.-, soit à un montant de CHF 618.-, plus CHF 32.10 au titre de débours, plus CHF 50.05 au titre de la TVA à 7,7%. Cette indemnité est mise dans son intégralité à la charge de l'Etat.

4.2. Conformément au principe de la gratuité de la procédure valant en la matière, il n'est pas perçu de frais de justice.

Toutefois, le défendeur n'ayant pas du tout collaboré à l'instruction de la cause, il a agi avec témérité et des frais par CHF 250.- sont mis à sa charge (art. 73 al. 2 LPP; ATF 128 V 324 consid. 1; arrêt TF B 57/05 du 3 juillet 2005 consid. 3).

la Cour arrête :

- I. La Fondation Institution supplétive LPP, à Zurich, est invitée à transférer le montant de CHF 2'303.-, ajouté des intérêts compensatoires courant du jour de l'introduction de la demande en divorce, soit le 13 décembre 2016, au jour du transfert, du compte de libre passage n° hhh de B._____ sur le compte de prévoyance de A._____ (n° d'assurée iii) auprès de la caisse de pension E._____ (608 2018 131).
- II. Les frais de procédure, par CHF 250.-, sont mis à la charge de B._____.
- III. La requête du 21 août 2018 d'assistance judiciaire totale (608 2018 206) de A._____ est admise.
- IV. Un défenseur d'office est désigné à A._____ en la personne de Me Catherine Morf, avocate.
- V. L'indemnité allouée au défenseur d'office est fixée à CHF 650.10, plus CHF 50.05 au titre de la TVA, soit un total de CHF 700.15. Elle est intégralement mise à la charge de l'Etat.
- VI. Notification.

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.

Fribourg, le 15 mai 2019/cso

Le Président :

La Greffière-rapporteuse :