



**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 257
608 2019 274
608 2019 275

Arrêt du 29 octobre 2019

II^e Cour des assurances sociales

Composition

Président : Johannes Frölicher
Juges : Anne-Sophie Peyraud, Marc Sugnaux
Greffier-rapporteur : David Jodry

Parties

A._____, **demanderesse**, représentée par Me Véronique Aeby,
avocate

contre

B._____, **défendeur**, représenté par Me Albert Nussbaumer,
avocat

Objet

Prévoyance professionnelle, partage des prestations de sortie après
divorce

Action en justice (608 2018 257) transférée le 10 octobre 2018 et
requêtes d'assistance judiciaire gratuite totale déposées
respectivement le 23 novembre 2018 (608 2019 274) et le 7 février
2019 (608 2019 275)

considérant en fait

A. Par jugement du 27 août 2018, le Tribunal civil de l'arrondissement de C._____ a prononcé la dissolution par le divorce du mariage conclu le 14 mai 2004 entre A._____, née D._____ en 1973, et B._____, né en 1978. Ce jugement est devenu définitif et exécutoire le 28 septembre 2018.

Son chiffre 9 du dispositif prévoit que les prestations de libre passage acquises par les époux durant le mariage, soit du 14 mai 2004 au 31 mai 2017, sont partagées par moitié conformément à l'art. 122 al. 1 [a]CC, et que la cause est déferée au Tribunal cantonal, Cour des assurances sociales, afin qu'il détermine le montant à partager.

B. La Cour de céans est conséquemment saisie 10 octobre 2018.

L'intéressée, dûment représentée, se détermine le 23 novembre 2018 sur la cause, concluant, sous suite de frais et dépens, au partage par moitié de la prestation de sortie acquise par le défendeur durant la période précitée. Elle dépose une requête d'assistance judiciaire gratuite totale (AJT; 608 2019 274).

Dans sa détermination du 7 février 2019, le défendeur, également représenté, conclut, sous suite de dépens, au partage par moitié de sa prestation de sortie acquise du 14 mai 2004 au 31 mai 2017. Selon lui, un montant de CHF 6'746.80 devra ainsi être transféré sur le compte de libre passage de la demanderesse, dont il est pris acte qu'elle n'a pas cotisé à la LPP durant le mariage. Il requiert l'octroi de l'AJT (608 2019 275).

C. Des mesures d'instruction ont été menées.

Aucune autre écriture n'a été demandée, hormis la production des listes de frais.

Il sera fait état des arguments développés par les intéressés à l'appui de leurs conclusions, dans les considérants de droit du présent arrêt, pour autant que cela soit utile à la solution du litige.

en droit

1.

Les dispositions du CC relatives au partage des avoirs de prévoyance en cas de divorce ont été modifiées avec effet au 1^{er} janvier 2017, entraînant en particulier des changements dans la loi du 17 décembre 1993 sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LFLP; RS 831.42) et dans l'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP2; RS 831.441.1). Ce nouveau droit trouve application ici.

2.

2.1. 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. Conformément à l'art. 123 al. 1 CC, les prestations de sortie acquises, y compris les avoirs de libre passage et les versements anticipés pour la propriété du logement, sont partagées par moitié.

L'art. 124e al. 1 CC dispose que si l'exécution du partage au moyen de la prévoyance professionnelle s'avère impossible, le conjoint débiteur est redevable au conjoint créancier d'une indemnité équitable sous la forme d'une prestation en capital ou d'une rente. Comme sous l'ancien droit, le conjoint débiteur est alors redevable d'une indemnité équitable sous forme d'une indemnité en capital ou d'une rente. Le principal cas de partage impossible de l'ancien droit, soit la survenance d'un cas de prévoyance, donne désormais le plus souvent néanmoins lieu à un partage (cf. art. 124 et 124a CC). C'est donc dans les autres cas de partage impossible qu'une indemnité équitable entre encore en ligne de compte, soit en particulier des événements en raison desquels la prestation de sortie ne peut être partagée parce que les avoirs de la prévoyance professionnelle ont été versés en espèces durant le mariage (cf. LEUBA, *Le nouveau droit du partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce*, in *FamPra.ch* 2017 p. 10; arrêt TF 5A_94/2019 du 13 août 2019 consid. 5.3; ATF 127 III 433/JdT 2002 I 346 consid. 2b).

Conformément à l'art. 5 al. 1 let. a de la loi du 17 décembre 1993 sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LFLP; RS 831.42), l'assuré peut exiger le paiement en espèces de la prestation de sortie lorsqu'il quitte définitivement la Suisse; l'art. 25f est réservé – il a trait à l'indemnisation même.

La survenance d'un tel versement en espèces durant le mariage exclut donc le partage des prestations de sortie et impose la fixation d'une équitable indemnité au sens de l'art. 124e CC.

2.2. A cet égard, il y a lieu de se référer à la jurisprudence et la doctrine rendues sous l'empire de l'ancien droit (en relation avec l'équitable indemnité prévue par l'art. 124 al. 1 aCC; cf. GRÜTTER, *Der neue Vorsorgeausgleich im Überblick*, in *Fampra.ch* 01/2017 p. 151): 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. 124e 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). Et lorsque le juge des assurances sociales constate qu'il est impossible d'exécuter le partage des prestations de sortie ordonné par le juge du divorce et que cette impossibilité correspond à un motif d'allouer une indemnité équitable au sens de l'art. 124e CC, il ne doit, en principe, pas entrer en matière sur la requête de partage, mais a l'obligation de renvoyer d'office la cause à la juridiction civile (cf. arrêts TF 5A_147/2011 et 5A_154/2011 du 24 août 2011 consid. 4.3 et la réf. à l'ATF 136 V 225 consid. 5.3.3).

La teneur de l'art. 22a LFLP ne modifie en rien ce qui précède: l'indication selon laquelle les paiements en espèces et les versements en capital effectués durant le mariage ne sont pas pris en compte (art. 22a al. 1 dernière phr. LFLP) correspond à ce que prévoyait déjà l'ancien art. 22 al. 2 LFLP, qui n'induisait nullement que ce versement devait (par principe) être totalement ignoré lors du divorce; il devait au contraire être pris en considération relativement à la question d'une indemnité équitable selon l'art 124 aCC (cf. CC CC I-PICHONNAZ, art. 124 n. 31).

Une non-entrée en matière et un renvoi au juge civil s'impose (aussi) du fait que le juge des assurances sociales doit se borner à exécuter le partage ordonné par le juge civil, conformément à la proportion arrêtée par celui-ci, qui le lie. A l'inverse, le juge du divorce dispose d'un pouvoir d'appréciation, augmenté encore par le nouveau droit, dans l'application des art. 122 ss CC, et singulièrement de l'art. 124e CC, qui relève de sa compétence exclusive. L'art. 124 al. 3 aCC prévoyait au demeurant déjà que l'indemnité équitable selon l'art. 124 al. 1 aCC devait être fixée en considération de la globalité de la situation économique des parties.

2.3. En l'espèce, il ressort des déterminations (cf. notamment ch. 9 s. de celle du défendeur) et des pièces produites par les parties devant le Tribunal de céans, ainsi que de l'instruction qu'il a menée les éléments suivants:

Le 1^{er} août 2011, le montant total de CHF 15'796.80 (affiliation du 1^{er} octobre 2009 au 31 juillet 2011; activité auprès de E. _____ SA; montant comprenant les CHF 9'852.30 de prestation de libre passage auprès de la caisse F. _____, pour son travail auprès de G. _____ Sàrl [sortie le 30.09.2009], ajoutés à ce compte LPP le 19 juillet 2011) du contrat de prévoyance professionnelle 2/15882/AB du défendeur auprès de H. _____ a été versé sur la police de libre passage 506283 de I. _____ SA.

Conformément au formulaire rempli le 29 janvier 2013 par l'intéressé, cosigné le même jour par son épouse, dans lequel était invoqué un départ définitif de la Suisse pour s'établir à J. _____ dès le 1^{er} février 2013, la police précitée a été résiliée au 7 juillet 2013, et le montant (après retenue de l'impôt à la source) en espèces de CHF 15'161.- a été versé sur un compte privé de celui-ci.

Ce versement en espèces a rendu impossible, au sens de l'art. 124e al. 1 CC, l'exécution du partage par la Cour de céans, et seule entre en considération une équitable indemnité, de la compétence exclusive du juge du divorce. La jurisprudence de l'arrêt TF 9C_515/2011 du 12 octobre 2011 rendu sur un cas d'application de l'art. 5 al. 1 let. c LFLP, qui permet un versement lorsque le montant de la prestation de sortie est inférieur au montant annuel des cotisations, ne saurait être étendue au cas d'espèce.

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 des art. 122 et 123 CC. La cause doit dès lors être renvoyée au juge du divorce, afin qu'il fixe une équitable indemnité au sens de l'art. 124e CC.

3.

Il ne sera pas perçu de frais de justice en vertu du principe de la gratuité valant en la matière.

Des dépens ne seront pas alloués au vu de la nature et du sort de l'action.

Chaque partie a demandé l'octroi de l'AJT. Il est justifié de faire droit à ces requêtes, vu la situation exposée et les pièces présentées.

Me Véronique Aeby, avocate, sera désignée défenseur d'office (608 2019 274) de la demanderesse. Son indemnité sera établie sur la base de sa liste de frais et fixée à un total de CHF 1'511.55, soit CHF 1'329.- d'honoraires à CHF 180.- de l'heure, CHF 74.50 de frais et CHF 108.05 au titre de la TVA à 7.7%. Ce montant sera intégralement mis à la charge de l'Etat.

Sera désigné défenseur d'office du défendeur Me Albert Nussbaumer, avocat (608 2019 275). Sur la base de la liste de frais, l'indemnité sera fixée à un total de CHF 778.55, soit CHF 624.60 d'honoraires, plus CHF 98.30 de frais, ainsi que CHF 55.65 de TVA à 7.7%. Ce montant sera intégralement mis à la charge de l'Etat de Fribourg.

(dispositif en page suivante)

la Cour arrête :

- I. L'action en justice est irrecevable (608 2018 257).
Partant, la cause est renvoyée au Tribunal civil de l'arrondissement de C. _____, afin qu'il fixe une équitable indemnité au sens de l'art. 124e CC.
- II. Il n'est pas perçu de frais de procédure.
- III. Il n'est pas alloué de dépens.
- IV. La requête d'assistance judiciaire (608 2019 274) est admise et Me Véronique Aeby, avocate, est désignée mandataire d'office de la demanderesse.
- V. L'indemnité allouée à Me Véronique Aeby est fixée à un total de CHF 1'511.55, soit CHF 1'329.- d'honoraires, CHF 74.50 de frais et CHF 108.05 au titre de la TVA à 7.7%. Elle sera versée par l'Etat de Fribourg, à la charge duquel elle est mise intégralement.
- VI. La requête d'assistance judiciaire (608 2019 275) est admise et Me Albert Nussbaumer, avocat, est désigné mandataire d'office du défendeur.
- VII. L'indemnité allouée à Me Albert Nussbaumer est fixée à un total de CHF 778.55, soit CHF 624.60 d'honoraires, plus CHF 98.30 de frais, ainsi que CHF 55.65 de TVA à 7.7%. Elle sera versée par l'Etat de Fribourg, à la charge duquel elle est mise intégralement.
- VIII. 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 29 octobre 2019/djo

Le Président :

Le Greffier-rapporteur :