

Le TF a jugé que l'**exigibilité**, au sens de l'art. 92 al. 1 ch. 10 LP, de la prestation de sortie versée sur un compte ou une police de libre passage à la survenance du cas de prévoyance **nécessite une demande de l'ayant droit**. Comme c'est le cas pour le paiement en espèces de la prestation de sortie (art. 5 LFLP), cette demande constitue une condition potestative et suspensive, dont dépend l'exigibilité du droit au paiement et qui s'analyse comme l'exercice d'un droit formateur. Par conséquent, la prestation est exigible au sens de l'art. 92 al. 1 ch. 10 LP et, partant, relativement saisissable (art. 93 LP), si le poursuivi en demande le versement et la touche effectivement. **Avant qu'il ne dépose sa demande, il n'a qu'une expectative envers son institution de libre passage.**

*Auteur : Guy Longchamp*

Recours contre la décision de la Cour de justice du canton de Genève, Chambre de surveillance des Offices des poursuites et faillites, du 21 octobre 2021 (A/819/2021-CS DCSO/417/21).

#### Faits :

##### A.

**A.a.** B., né en 1956, exerce à titre indépendant la profession d'avocat.

**A.a.a.** Jusqu'au 31 décembre 2020, B. a été affilié à titre facultatif à l'institution de prévoyance C. Le 31 mars 2020, il a fait part à ladite institution de sa décision de mettre un terme à cette affiliation, ce dont C. a pris acte avec effet au 31 décembre 2020. Par lettre de son conseil du 12 janvier 2021, B. a mis C. en demeure de verser le montant de sa prestation de sortie sur un compte de libre passage ouvert auprès de l'institution de libre passage D., à U.

**A.a.b.** B. bénéficie également d'une prévoyance liée (3<sup>ème</sup> pilier A) sous la forme d'un compte de prévoyance auprès de la Fondation de prévoyance E. SA.

Le 19 décembre 2016, B. a informé la Fondation de prévoyance E. SA de sa volonté d'obtenir le versement anticipé, au 3 janvier 2017, de son avoir de prévoyance. Par courriers de son conseil des 13 janvier et 3 février 2021, il a réitéré cette demande et mis en demeure la Fondation de prévoyance E. SA de verser l'intégralité de son capital de prévoyance sur le compte dont il disposait auprès de F. AG.

**A.b.** Par arrêt du 26 mai 2020, confirmé le 22 décembre 2020 par le Tribunal fédéral (causes 6B\_815/2020, 6B\_823/2020, 6B\_826/2020 et 6B\_831/2020), la Chambre pénale d'appel et de révision de la Cour de justice de Genève (ci-après: Chambre pénale d'appel et de révision) a, notamment, reconnu B. coupable de complicité de gestion déloyale et l'a condamné, entre autres, conjointement avec un autre prévenu, à payer à A. une somme de 20'460'487 fr., avec intérêts, à titre de réparation du dommage matériel, a prononcé une créance compensatrice du même montant, avec intérêts, en faveur de l'Etat de Genève, allouée à A., a ordonné le maintien de divers séquestres, de

même que la levée de certains autres, en particulier les séquestres portant sur le compte de prévoyance 3ème pilier A au nom de B. auprès de la Fondation de prévoyance E. SA et sur la prestation de sortie du prénommé auprès de C. Sur ces derniers points, la Chambre pénale d'appel et de révision a retenu que les actifs considérés étaient insaisissables en vertu de l'art. 92 al. 1 ch. 10 LP et ne pouvaient donc pas faire l'objet d'un séquestre pénal visant à garantir une créance compensatrice.

**A.c.** Par ordonnance de séquestre prononcée le 22 janvier 2021 sur requête de A., le Tribunal de première instance de Genève (ci-après: tribunal) a ordonné le séquestre à hauteur de 20'460'487 fr. plus intérêts au taux de 5% l'an à compter du 1er novembre 2012 de divers actifs censés appartenir à B., débiteur séquestré, parmi lesquels l'avoir de prévoyance 2ème pilier dont il bénéficiait auprès de C. ou auprès de D., ainsi que le compte de prévoyance liée (3ème pilier A) dont il était titulaire auprès de la Fondation de prévoyance E. SA.

**B.**

**B.a.** Le 22 janvier 2021, l'Office cantonal des poursuites (ci-après: office) a exécuté le séquestre en adressant des avis ad hoc aux tiers en mains desquels des actifs étaient susceptibles d'être séquestrés, soit notamment C., D. et la Fondation de prévoyance E. SA.

Au moment de l'exécution du séquestre, la prestation de sortie devant revenir à B. n'avait pas encore été transférée à la D. et a donc été séquestrée en mains de C.

Il ressort du procès-verbal de séquestre établi le 23 février 2021 que le séquestre a porté en mains de C. sur les avoirs de prévoyance professionnelle (2ème pilier) dont bénéficiait B., pour une valeur estimée à 8'738'284 fr. 27, ainsi qu'en mains de la Fondation de prévoyance E. SA. Il n'a en revanche pas porté en mains de D.

**B.b.**

**B.b.a.** Par acte adressé le 3 mars 2021 à la Chambre de surveillance des Offices des poursuites et faillites de la Cour de justice de Genève (ci-après: Chambre de surveillance), B. a formé une plainte contre le procès-verbal de séquestre, concluant à ce que le séquestre ne porte ni sur ses avoirs de prévoyance professionnelle (2ème pilier), ni sur son compte de prévoyance liée (3ème pilier A).

**B.b.b.** Par ordonnance du 4 juin 2021, la Chambre de surveillance a ordonné à B. la production des statuts de la Fondation de prévoyance E. SA ainsi que de tout document fixant les conditions d'un retrait ou d'un paiement en ses mains de fonds déposés sur son compte de prévoyance liée, de même que de toute correspondance échangée avec ladite Fondation de prévoyance concernant un tel retrait ou paiement et a ordonné à l'office d'interpeller cette fondation de prévoyance sur l'existence, au 22 janvier 2021, d'une éventuelle demande de la part du plaignant de libération en sa faveur des fonds déposés sur son compte de prévoyance et de communiquer dans un certain délai son courrier et la réponse de la fondation de prévoyance.

**B.b.c.** Par décision du 21 octobre 2021, la Chambre de surveillance a partiellement admis la plainte déposée contre le procès-verbal de séquestre. Elle a annulé le séquestre en tant qu'il avait été exécuté sur les avoirs de prévoyance professionnelle déposés par B. auprès de C. et invité l'office à rectifier en ce sens le procès-verbal de séquestre. La plainte a été rejetée pour le surplus.

### **C.**

Par acte posté le 1er novembre 2021, A. interjettent un recours en matière civile contre la décision du 21 octobre 2021 auprès du Tribunal fédéral. Ils concluent principalement à sa réforme, en ce sens que la plainte de B. contre le procès-verbal de séquestre n° xx xxxxxx x est totalement rejetée et, cela fait, que ce procès-verbal est confirmé et le séquestre maintenu sur les avoirs de prévoyance professionnelle déposés par B. auprès de C. Subsidiairement, ils concluent à l'annulation de cette décision en tant qu'elle admet partiellement la plainte de B. et au renvoi de la cause à l'autorité précédente pour nouvelle instruction et décision. En substance, ils se plaignent de la violation de la maxime inquisitoire (art. 20a al. 2 ch. 2 LP) et du droit au procès équitable (art. 29 al. 1 LP), de la violation du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.) et, enfin, de la violation de l'art. 92 al. 1 ch. 10 LP.

Invités à se déterminer, l'autorité de surveillance et l'office ont répondu n'avoir pas d'observation à formuler, alors que, par écritures postées le 10 mars 2022, B. a conclu à la confirmation de la décision attaquée. Les recourants n'ont pas répliqué.

### **D.**

Par ordonnance du 16 novembre 2021, la requête d'effet suspensif assortissant le recours a été admise.

## **Considérant en droit :**

### **1.**

Le recours a été déposé dans le délai légal (art. 100 al. 2 let. a LTF) à l'encontre d'une décision finale (art. 90 LTF), prise en matière de poursuite pour dettes et de faillite (art. 72 al. 2 let. a LTF) par une autorité de surveillance statuant en dernière (unique) instance cantonale (art. 75 al. 1 et 2 LTF). Il est ouvert sans égard à la valeur litigieuse (art. 74 al. 2 let. c LTF). Les recourants, qui ont partiellement succombé en instance cantonale, ont qualité pour recourir (art. 76 al. 1 LTF).

### **2.**

**2.1.** La décision relative à l'exécution d'un séquestre (art. 275 LP) ne porte pas sur des mesures provisionnelles au sens de l'art. 98 LTF (ATF 137 III 193 consid. 1.2 et les références), contrairement à l'ordonnance elle-même (ATF 133 III 589 consid. 1). Le recours en matière civile peut dès lors être formé pour violation du droit, tel qu'il est délimité par les art. 95 s. LTF. Le Tribunal fédéral applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF), sans être lié ni par les motifs de l'autorité précédente, ni par les moyens des parties; il peut donc admettre le recours en se fondant sur d'autres arguments que ceux invoqués par le recourant, comme il peut le rejeter en opérant une substitution de motifs (ATF 146 IV 88 consid. 1.3.2; 145 V 215 consid. 1.1; 144 III 462 consid. 3.2.3). Cela étant, eu égard à l'exigence de motivation contenue à l'art. 42 al. 1 et 2 LTF, il n'examine en principe que les griefs soulevés; il n'est pas tenu de traiter, à l'instar d'une autorité de première instance, toutes les questions juridiques qui peuvent se poser, lorsqu'elles ne sont plus discutées devant lui (ATF 142 III 364 consid. 2.4 et les références). Le recourant doit par conséquent discuter les motifs de la décision entreprise et indiquer précisément en quoi il estime que l'autorité précédente a méconnu le droit (ATF 142 I 99 consid. 1.7.1; 142 III 364 consid. 2.4 et la référence). Le Tribunal fédéral ne connaît par ailleurs de la violation de droits fondamentaux que si un tel grief a été expressément invoqué et motivé de façon claire et détaillée par le recourant (" principe d'allégation " art. 106 al. 2 LTF; ATF 146 IV 114 consid. 2.1; 144 II 313 consid. 5.1; 142 II 369 consid. 2.1).

## **2.2.**

**2.2.1.** Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF). Il ne peut s'en écarter que si ceux-ci ont été constatés de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF (art. 105 al. 2 LTF), et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF). Le recourant qui soutient que les faits ont été établis d'une manière manifestement inexacte, c'est-à-dire arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. (ATF 144 II 246 consid. 6.7; 143 I 310 consid. 2.2 et la référence), doit satisfaire au principe d'allégation susmentionné (art. 106 al. 2 LTF; cf. supra consid. 2.1).

**2.2.2.** Aucun fait nouveau ni preuve nouvelle ne peut être présenté, à moins de résulter de la décision de l'autorité précédente (art. 99 al. 1 LTF). Cette exception vise les faits qui sont rendus pertinents pour la première fois par la décision attaquée; peuvent notamment être introduits des faits nouveaux concernant le déroulement de la procédure devant l'instance précédente, afin d'en contester la régularité, ou encore des faits postérieurs à l'arrêt attaqué permettant d'établir la recevabilité du recours. En dehors de ces cas, les nova ne sont pas admissibles, qu'il s'agisse de faits ou moyens de preuve survenus postérieurement à la décision attaquée, ou d'éléments que les parties ont négligé de présenter aux autorités cantonales (ATF 139 III 120 consid. 3.1.2; 136 III 123 consid. 4.4.3).

En l'espèce, les recourants produisent, à titre de moyen de preuve nouveau, le règlement de D. Ce moyen de preuve est irrecevable en vertu de l'art. 99 al. 1 LTF. En revanche, leurs arguments relatifs aux irrégularités qui auraient selon eux entravé la procédure et l'établissement des faits, notamment en les privant de la possibilité de produire cette pièce, seront examinés ci-après, dans la mesure de leur recevabilité (cf. infra consid. 7).

## **3.**

L'autorité de surveillance a jugé que le plaignant, qui avait quitté son ancienne institution de prévoyance au 1er janvier 2021, avait certes droit à une prestation de sortie mais que celle-ci n'était pas exigible au sens de l'art. 92 al. 1 ch. 10 LP. En effet, il avait indiqué à son ancienne institution de prévoyance à quelle institution de libre passage la prestation de sortie devait être transférée en vue du maintien de la prévoyance sous la forme d'une police ou d'un compte libre passage. Elle a aussi considéré qu'aucun élément du dossier ne permettait de retenir que le plaignant aurait pu demander le paiement en espèces de cette prestation de sortie, aucune des hypothèses envisagées par l'art. 5 al. 1 LFLP ne paraissant réalisée. L'autorité de surveillance a ajouté qu'on ne pouvait davantage admettre que d'éventuelles prestations de vieillesse - et non de libre passage - seraient exigibles. Selon elle, d'une part, il paraissait douteux que le droit à de telles prestations, qui ne pourrait exister que contre l'institution de libre passage indiquée par le plaignant pour recevoir sa prestation de sortie, pût exister avant même le transfert de cette prestation. D'autre part, rien n'indiquait que ces prestations, en l'état hypothétiques, seraient exigibles avant que le plaignant n'atteignît l'âge ordinaire de la retraite prévu par l'art. 13 al. 1 LPP, ce qui n'était pas encore le cas. Elle a précisé que la possibilité d'obtenir des prestations anticipées, prévue par l'art. 16 al. 1 OLP, ne changeait rien à ce qui précédait puisqu'un tel versement supposerait l'existence d'une disposition réglementaire à cet effet, ainsi qu'une déclaration de volonté de la part de l'assuré, dont l'existence à ce jour n'était ni alléguée ni démontrée. Enfin, elle a considéré que, en tout état, il résultait du procès-verbal de séquestre que l'office avait renoncé à l'exécuter en mains de la nouvelle institution de prévoyance. Au vu de ces éléments, l'autorité de surveillance a jugé que ni la prestation de sortie revenant au débiteur, ni les

prestations de vieillesse auxquelles il aura éventuellement droit à compter du mois de janvier 2022 n'étaient exigibles en l'état, avec pour conséquence qu'elles ne pouvaient être séquestrées.

En revanche, l'autorité de surveillance a jugé qu'il en allait autrement du capital de prévoyance lié dont disposait le plaignant auprès de la Fondation de prévoyance E. SA. En effet, conformément au règlement de cette fondation, le plaignant avait exercé son droit de se faire verser ledit capital de prévoyance au 3 janvier 2017, soit moins de cinq ans avant la survenance de l'âge ordinaire de la retraite. Le capital de prévoyance étant dès lors exigible, avec pour conséquence que l'art. 92 al. 1 ch. 10 LP ne faisait pas obstacle à ce qu'il fût séquestré.

#### **4.**

Les recourants se plaignent de la violation de la maxime inquisitoire (art. 20a al. 2 ch. 2 LP), du droit à un procès équitable (art. 29 al. 1 Cst.), ainsi que de celui d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.). Ils formulent différents reproches en lien avec la preuve de l'exigibilité des prestations de vieillesse envers D. en application de l'art. 16 OLP.

Les griefs de nature formelle doivent en principe être traités en premier. Toutefois, ils n'ont en l'occurrence de portée que si, dans le premier pan de sa motivation en lien avec l'art. 5 LFLP, l'autorité de surveillance a traité à tort les avoirs que détient C. comme une prestation de sortie, et non déjà comme des prestations de vieillesse auxquelles l'art. 16 OLP s'applique, ce que soutiennent les recourants. Si tel n'est pas le cas, ils sont irrecevables. Il convient donc d'abord de traiter le grief matériel de violation de l'art. 92 al. 1 ch. 10 LP en lien avec l'art. 16 OLP.

#### **5.**

**5.1.** Les recourants se plaignent de la violation de l'art. 92 al. 1 ch. 10 LP. Ils soutiennent à cet égard que l'autorité de surveillance s'est trompée en examinant la saisissabilité des avoirs litigieux à la lumière de l'art. 5 al. 1 LFLP. Ils relèvent que le poursuivi a résilié son affiliation à C., alors qu'il avait plus de 60 ans, et qu'il a demandé que ses avoirs intègrent un compte de libre passage auprès de D. La saisissabilité de ces avoirs dépend uniquement de la question de savoir si le poursuivi peut prétendre aux avoirs en tant que prestations de vieillesse, puisque le cas de prévoyance est déjà survenu. Ils ajoutent que la possession de fait, par C., des avoirs n'est pas pertinente. Les fonds en question constituent un avoir de vieillesse destiné à intégrer un compte de libre passage qui donne au poursuivi un droit au versement immédiat de cet avoir.

Ils affirment que, le poursuivi ayant atteint la limite inférieure d'âge prévue à l'art. 16 al. 1 OLP, si l'avoir actuellement en possession de C. était transmis à D., le poursuivi se trouverait en droit de demander immédiatement le versement en capital. Ils soutiennent que l'existence d'un règlement le prévoyant n'est pas une condition du droit au versement des prestations de vieillesse, tout en ajoutant que, si on devait néanmoins admettre cette condition, une telle base réglementaire existe à l'art. 8 du règlement de D. Ils affirment également que l'exigibilité des prestations de vieillesse au sens de l'art. 16 al. 1 OLP ne dépend pas d'une requête de l'assuré. Rappelant que le bien séquestré n'est pas une prestation de sortie mais des prestations de vieillesse, ils exposent que celles-ci se distinguent d'un versement de l'avoir de libre passage au sens de l'art. 5 LFLP. Cette norme régit un cas tout à fait exceptionnel d'un versement de capital avant la survenance d'un cas de prévoyance, alors que les prestations de vieillesse sur un compte de libre passage constituent des prestations auxquelles l'assuré a droit dès la survenance du risque assuré, dont l'art. 16 OLP module la définition en admettant que le risque est réalisé cinq ans déjà avant l'âge de la retraite. Ils concluent que, faute de besoin de

protection, il n'y a aucune raison de s'écarter de la notion générale d'exigibilité dès que l'assuré franchit la limite d'âge inférieure.

**5.2.** L'intimé rappelle qu'il a exposé dans sa plainte les motifs pour lesquels il avait requis sa désaffiliation de C. et le versement de sa prestation de sortie sur un compte de libre passage, à savoir éviter que sa prestation de sortie ne soit perdue en cas de décès, son dernier enfant ayant atteint l'âge de 25 ans le 11 février 2020. Il affirme qu'il n'a jamais demandé le versement de sa prestation de libre passage et que le but du transfert de sa prestation de sortie est de juguler le risque de perte définitive de ses avoirs. Il ajoute que, dans tous les cas, selon le règlement de la fondation de libre passage (art. 12) la prestation n'est due que dans les trois mois après réception de la demande et des pièces justificatives. Il précise aussi contester que sa prestation de sortie se monte à 8'738'284 fr. 27, étant donné que C. a confirmé que, suite au partage par moitié des avoirs de prévoyance professionnelle suite au jugement de divorce devenu définitif et exécutoire le 6 juillet 2019, elle était estimée à 4'248'092 fr. 62.

## **6.**

La question qui se pose est de savoir si la prestation de sortie de l'intimé qui est détenue par son ancienne institution de prévoyance à laquelle il n'est plus affilié et à qui il a donné l'ordre de transférer dite prestation à une institution sur un compte de libre passage est séquestrable.

**6.1.** Aux termes de l'art. 275 LP, les art. 91 à 109 relatifs à la saisie s'appliquent par analogie à l'exécution du séquestre.

Le moment déterminant pour décider du caractère saisissable d'un actif est celui de l'exécution du séquestre. Un bien qui avait été défini comme insaisissable peut, par la survenance d'événements le rendant saisissable, être séquestré à la condition toutefois que l'office soit requis de procéder à un nouvel examen du patrimoine du poursuivi (OCHSNER, in Commentaire romand, Poursuite et faillite, 2005, n° 55 s. ad art. 92 LP).

**6.2.** L'art. 92 LP déclare insaisissables certains actifs en raison de leur caractère indispensable à l'égard du débiteur et de sa famille. Il en va ainsi, aux termes du chiffre 10 de cette norme, des " droits aux prestations de prévoyance et de libre passage non encore exigibles à l'égard d'une institution de prévoyance professionnelle ".

Cette disposition tient compte du principe fondamental de la LPP qui veut que la protection offerte par les institutions de prévoyance soit maintenue jusqu'à la survenance du décès ou de l'invalidité. Cette insaisissabilité vaut non seulement pour la prévoyance professionnelle obligatoire, mais aussi pour la prévoyance se situant en deçà ou au-delà du régime obligatoire. Ne peuvent en revanche bénéficier de ce statut particulier le compte d'épargne traditionnel ainsi que la police de prévoyance " libre " (ou 3ème pilier B), dont le preneur a la faculté de disposer à sa guise (ATF 119 III 18 consid. 3a; arrêt 5A\_746/2010 du 12 janvier 2011 consid. 3.1).

**6.2.1.** Dans la prévoyance professionnelle, on distingue entre cas de prévoyance (vieillesse, invalidité ou décès) et cas de libre passage (libre passage, répartition de la prestation de sortie à la suite d'un divorce ou encouragement à la propriété du logement).

**6.2.1.1.** La LFLP régit la question du maintien de la prévoyance professionnelle en cas de libre passage de manière exhaustive. Son objectif principal est de permettre à l'assuré de maintenir ou de

continuer d'édifier sa prévoyance sur la base de celle qu'il a déjà acquise auprès de son ancienne institution de prévoyance (ATF 129 V 440 consid. 6.2).

#### **6.2.1.2.**

**6.2.1.2.1.** Lorsque l'assuré quitte l'institution de prévoyance avant la survenance d'un cas de prévoyance (cas de libre passage), il a droit à une prestation de sortie (art. 2 al. 1 LFLP). La prestation de sortie est exigible lorsque l'assuré quitte l'institution de prévoyance (art. 2 al. 3 1ère phr. LFLP).

Si l'assuré n'entre pas dans une autre institution de prévoyance (cf. art. 3 LFLP), il doit notifier à son institution de prévoyance sous quelle forme admise il entend maintenir sa prévoyance (art. 4 al. 1 LFLP). Contrairement aux principes régissant le droit aux prestations provenant d'une caisse de pensions, la cessation de l'activité lucrative n'est en principe pas déterminante. L'objectif des formes de maintien de la prévoyance consiste notamment à protéger, jusqu'à la naissance du droit aux prestations de vieillesse, les assurés qui cessent leur activité avant la survenance d'un cas de prévoyance (art. 1 al. 2 LFLP) et qui, à la sortie de l'institution de prévoyance, ne remplissent pas les conditions d'un versement en espèces ou ne le demandent pas (art. 5 LFLP; SCHNEIDER/MERLINO/MANGE, in CASS, LPP et LFLP, 2ème éd., 2020, n° 29 ad art. 84 LPP). Ces fonds restent dans le 2ème pilier, c'est-à-dire qu'ils sont considérés comme servant exclusivement et irrévocablement à la prévoyance et ne peuvent être retirés que lors d'un évènement prévu par la loi, conformément à l'art. 13 al. 2 OLP (WENGER, *Probleme rund um die vorzeitige Pensionierung in der beruflichen Vorsorge*, 2009, p. 61).

Conformément à l'art. 26 al. 1 LFLP, le Conseil fédéral a adopté l'ordonnance sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 3 octobre 1994 (OLP; RS 831.425), par laquelle il a notamment réglementé les formes admises du maintien de la prévoyance. Celles-ci sont au nombre de deux, à savoir le compte de libre passage, soit un contrat spécial affecté exclusivement et irrévocablement à la prévoyance et qui a été conclu avec une fondation (bancaire) réalisant certaines conditions (cf. art. 10, 19 et 19a OLP, en relation avec l'art. 26 al. 1 LFLP), et la police de libre passage (art. 10 al. 1 OLP). Ces deux formes de maintien de la prévoyance sont gérées par des " institutions de libre passage ". Si celles-ci font partie de la prévoyance professionnelle au sens large (cf. art. 1 al. 1 LFLP; ATF 135 V 80 consid. 2.1; 129 III 305 consid. 3.3), elles ne sont pas des institutions de prévoyance au sens de l'art. 48 LPP. Le maintien de la prévoyance a lieu en dehors de la continuation de l'assurance auprès d'une institution de prévoyance (ATF 140 V 476 consid. 2.1 et les références; arrêt 9C\_524/2019 du 30 septembre 2020 consid. 4.1, non publié aux ATF 146 V 341, mais in Pra 2021 n° 23 p. 211 et SVR 2021 BVG n° 14 p. 45).

Le maintien de la prévoyance au sens de l'art. 4 LFLP implique que les avoirs consacrés à la prévoyance sont maintenus pendant le temps durant lequel une personne n'est pas affiliée à une institution de prévoyance. En temps voulu, la protection de la prévoyance doit pouvoir être reprise au moins dans la mesure prévue par la loi et se poursuivre sans diminution. En règle générale, les polices et les comptes de libre passage n'ont qu'une fonction de passerelle, dans la mesure où ils servent avant tout à financer la prestation d'entrée dans la nouvelle institution de prévoyance (ATF 129 III 305 consid. 3.3). L'assuré peut en tout temps changer d'institution de libre passage ou adopter une autre forme de maintien de la prévoyance (art. 12 al. 2 OLP; arrêts 9C\_149/2017 du 10 octobre 2017 consid. 5.2.2; 9C\_479/2009 du 29 mars 2010 consid. 5, publié in SVR 2010 BVG n° 42 p. 161).

**6.2.1.2.2.** Dans le régime de maintien de la prévoyance, la forme et l'étendue des prestations en cas de vieillesse, de décès ou d'invalidité ressortent du contrat ou du règlement de l'institution de libre passage. L'institution de libre passage doit toutefois respecter les modalités prévues aux art. 13 à 18 OLP.

La LPP ne prévoyant pas de droit légal à la retraite anticipée, la perception de prestations de vieillesse du 2ème pilier avant l'âge ordinaire de la retraite défini à l'art. 13 al. 1 LPP présuppose une base réglementaire (FLÜCKIGER, in CASS, LPP et LFLP, 2ème éd., 2020, n° 20 ad art. 13 LPP). Les institutions de prévoyance ne peuvent prévoir le versement d'une prestation en capital à la suite de la retraite qu'à partir de l'âge de 58 ans révolus, qui constitue l'âge minimal requis pour une retraite anticipée (art. 13 al. 2 et art. 1 al. 3 LPP en relation avec l'art. 1i al. 1 OPP 2; cf. arrêt 2C\_538/2009 du 19 août 2010 consid. 6.1.1, publié in RDAF 2011 II p. 60 et StE 2011 B 26.13 26). En conséquence, lorsque les institutions de prévoyance accordent la possibilité d'une retraite anticipée, la survenance du cas de prévoyance " vieillesse " a lieu non seulement lorsque l'assuré atteint l'âge légal de la retraite selon l'art. 13 al. 1 LPP, mais aussi lorsqu'il atteint l'âge auquel le règlement lui donne droit à une retraite anticipée (ATF 138 V 227 consid. 5.2.1; arrêt 9C\_792/2019 du 27 novembre 2020 consid. 3.1).

En revanche, dans le régime du maintien de la prévoyance, l'art. 16 al. 1 OLP prévoit que les prestations de vieillesse peuvent être versées au plus tôt cinq ans avant et au plus tard cinq ans après que l'assuré a atteint l'âge ordinaire de la retraite selon l'art. 13 al. 1 LPP. Durant la période de dix ans allant de 59/60 ans à 69/70 ans, le versement n'est ainsi pas lié à la cessation de l'activité lucrative, mais à la demande de versement de la prestation de vieillesse, à moins que le moment du versement d'une police ait été fixé contractuellement durant cette période (SCHNEIDER/MERLINO/MANGE, op. cit., n° 29 ad art. 84 LPP).

Dans le domaine de la prévoyance obligatoire, le Tribunal fédéral a jugé que la naissance du droit à des prestations de vieillesse au titre de retraite anticipée suppose, en plus de la cessation des rapports de travail avant l'âge réglementaire normal maximal de la retraite et la survenance de l'âge terme, une déclaration de volonté correspondante de l'assuré lorsque le règlement le prévoit (ATF 133 V 288 consid. 4.3.1; cf. aussi arrêt 9C\_792/2019 précité et la référence). Cette déclaration est aussi nécessaire en application de l'art. 16 al. 1 OLP, cette norme offrant aussi une simple possibilité à l'assuré.

**6.2.1.3.** L'assuré ne peut demander le paiement en espèces de la prestation de sortie que, alternativement, lorsqu'il quitte définitivement la Suisse, lorsqu'il s'établit à son compte et qu'il n'est plus soumis à la prévoyance professionnelle obligatoire, ou lorsque le montant de la prestation de sortie est inférieur au montant annuel des cotisations de l'assuré (art. 5 al. 1 LFLP). La prestation en capital, en tant que versement unique en vertu de l'art. 37 LPP, doit être distinguée du paiement en espèces d'une prestation de libre passage. Tandis que ce paiement ne peut en principe avoir lieu que tant qu'aucun cas de prévoyance n'est survenu, le versement d'une prestation en capital est subordonné à la survenance d'un cas d'assurance (GEISER/SENTI, in CASS, LPP et LFLP, 2ème éd., 2020, n° 7 ad art. 5 LFLP).

**6.2.2.** Une fois exigibles, les rentes et les capitaux de la prévoyance professionnelle (2ème pilier et 3ème pilier A; ATF 121 III 285 consid. 1) sont relativement saisissables (art. 93 al. 1 LP) et séquestrables (art. 275 LP; ATF 144 III 531 consid. 4.2.2 et les références; 121 précité consid. 3; 120 III 71 consid. 4). Ils peuvent donc être séquestrés dans la mesure qui excède le minimum vital. Il en va ainsi en particulier des prestations de vieillesse versées, sous forme de rente ou de capital, en

application de l'art. 16 al. 1 OLP (arrêts 8C\_441/2021 du 24 novembre 2021 consid. 7.2.3, destiné à la publication; 7B.22/2005 du 21 avril 2005 consid. 3.4, publié in JdT 2006 II p. 149; cf. aussi ATF 128 III 467 consid. 2.2 aux termes duquel les prestations résultant d'une police de libre passage sont saisissables selon les mêmes règles que celles valant pour les prestations des 2ème et 3ème piliers). La prestation de prévoyance versée sous forme de capital n'est saisissable qu'à concurrence de la part du capital disponible qui correspond à une rente viagère mensuelle hypothétique, déduction faite du minimum vital non couvert par les autres revenus, pendant une année (art. 93 al. 2 LP; arrêt 5A\_338/2019 du 23 septembre 2019 consid. 6.2.1 et les références).

En revanche, une fois exigible, la prestation de sortie versée en espèces (art. 5 LFLP) devient saisissable et séquestrable sans restriction car elle ne vise plus le maintien du niveau de vie du bénéficiaire (ATF 118 III 18 consid. 3a; arrêts 7B.22/2005 du 21 avril 2005 consid. 3.4, publié in JdT 2006 II p. 149; 7B.12/1997 du 15 mai 1997 consid. 3). Il s'agit ici d'une différence importante faite par rapport à la prestation de prévoyance versée en capital au sens de l'art. 37 LPP (PÉTREMANT, in CASS, LPP et LFLP, 2ème éd, 2020, n° 7 ad art. 39 LPP). Le débiteur peut librement disposer du capital reçu qui ne sert plus à la prévoyance, mais forme, sans restriction, un élément de son patrimoine (arrêt 5A\_338/2019 précité et les références).

**6.3.** Comme dit précédemment (cf. supra consid. 6.2.1.2.1), selon l'art. 2 al. 3 LFLP, la prestation de sortie est exigible lorsque l'assuré quitte l'institution de prévoyance. Ce moment n'est toutefois déterminant que pour le transfert de la prestation de sortie à la nouvelle institution de prévoyance (art. 3 LFLP) ou de libre passage (art. 4 LFLP). Il est en revanche sans pertinence pour la question de l'exigibilité de cette prestation en application de l'art. 92 al. 1 ch. 10 LP. Dans les cas de transfert de la prestation de sortie dans le but de maintenir la prévoyance, celle-ci reste absolument insaisissable (LORANDI, Pfändbarkeit und Arrestierbarkeit von Leistungen der zweiten Säule [BVG], in PJA 1997 p. 1171 ss [1172 s.]).

En l'espèce, la prestation de sortie de l'intimé est insaisissable. Aucun cas de paiement en espèces (art. 5 LFLP et 14 OLP) ne ressort de l'état de fait de la décision attaquée. La seule question qui se pose est donc celle des conditions auxquelles des prestations de vieillesse dues en vertu d'un compte de libre passage (art. 13 et 16 OLP) par une institution de libre passage (art. 4 LFLP) sont exigibles au sens de l'art. 92 al. 1 ch. 10 LP, de sorte qu'elles deviennent relativement séquestrables (art. 93 et 275 LP; cf. infra consid. 6.2.2).

**6.3.1.** Dans le domaine de la prévoyance professionnelle, le principe général est de maintenir la prévoyance jusqu'à la survenance de l'événement assuré. L'assuré ou des tiers, tels que les créanciers de l'assuré, ne doivent ainsi pas pouvoir exercer une mainmise sur les moyens du 2ème et 3ème pilier A (cf. LONGCHAMP, La mise en gage du droit aux prestations de prévoyance ou de la prestation de libre passage, in 20 ans d'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle, 2014, p. 123 ss [129 s.]; PÉTREMANT, in CASS, LPP et LFLP, 2ème éd. 2020, n° 2 ad art. 39 LPP).

Au vu de ces principes, le législateur a exclu, à l'art. 39 al. 1 LPP (cf. aussi art. 17 OLP dans le domaine du maintien de la prévoyance), tout acte de disposition volontaire du droit aux prestations, tant que celles-ci ne sont pas exigibles. A l'art. 92 al. 1 ch. 10 LP, il a empêché toute exécution forcée des droits aux prestations de prévoyance non encore exigibles (PÉTREMANT, op. cit., n° 3 et 5 ad art. 39 LPP). Compte tenu de l'étroite parenté entre ces dispositions, lesquelles visent le même but de protection

des droits de l'assuré à l'égard des institutions de prévoyance, les art. 39 al. 1 1ère phr. LPP et 92 al. 1 ch. 10 LP s'interprètent de la même manière (ATF 126 V 258 consid. 3a).

Or, en application des normes précitées, la notion d'exigibilité diffère de celle du droit civil (art. 75 CO; ATF 135 I 288 consid. 2.4.3).

**6.3.2.** En droit de la prévoyance professionnelle, l'exigibilité d'une prestation de la prévoyance professionnelle se situe lors de la naissance du droit à cette prestation selon les dispositions légales et réglementaires qui lui sont applicables (ATF 132 V 159 consid. 3; arrêt 9C\_701/2010 du 31 mars 2011 consid. 4.2, publié in SVR 2011 BVG n° 33 p. 122 et Plaidoyer 2011 p. 53). L'exigibilité de la prestation se distingue de l'exécutabilité de celle-ci. L'exécution peut être demandée dès que la créance en prestations futures n'est plus une simple expectative, mais peut être effectivement réalisée (ATF 117 V 303 consid. 2c; cf. aussi ATF 124 V 276; arrêt 9C\_701/2010 précité). Ainsi, bien que l'on parle d'exigibilité pour déterminer le moment où les prestations peuvent être cédées, mises en gage ou compensées au sens de l'art. 39 LPP, il s'agit en réalité du moment où elles doivent être exécutées, ceci pour notamment empêcher que ces actes ne portent sur des créances futures.

**6.3.3.** En application de l'art. 92 al. 1 ch. 10 LP (art. 92 ch. 13 aLP), le Tribunal fédéral a jugé, au sujet du paiement en espèces de la prestation de sortie en cas de libre passage (art. 5 LFLP), que la simple possibilité de demander le paiement ne provoque pas l'exigibilité de la prestation. La demande de paiement en espèces de la prestation de sortie en cas de libre passage est une condition suspensive et potestative, dont dépend l'exigibilité du droit au paiement. Aussi longtemps qu'une telle demande n'est pas déposée, la prestation de libre passage doit rester affectée au maintien de la prévoyance (ATF 121 III 31 2b et c; 120 III 75 consid. 1a; 119 III 18 consid. 3b/bb, 3b/cc et 3c; arrêts 7B.22/2005 du 21 avril 2005 consid. 3.2.1, publié in JdT 2006 II p. 149; B.268/1995 du 5 décembre 1995 consid. 2b/cc).

Par la suite, citant la jurisprudence relative à l'art. 5 LFLP, le Tribunal fédéral a affirmé, de manière générale, qu'il ne suffit pas que l'évènement assuré soit survenu pour que les prestations des 2ème pilier et 3ème pilier A soient exigibles. Sans le formaliser strictement, on comprend qu'il retient que l'exigibilité dépend non seulement de la survenance de l'évènement assuré, mais aussi du versement des prestations (cf. ATF 121 III 285 consid. 1b; 5A\_746/2010 du 12 janvier 2011 consid. 3.1: " les prestations versées "). En particulier, il a souligné qu'il ne faut pas confondre l'exigibilité d'une police de libre passage avec celle de la prestation de vieillesse du point de vue de la LP, soit le moment où la prestation doit, ou aurait dû, être payée (arrêt 7B.131/2002 du 4 octobre 2002 consid. 2.3 et 2.4, non publié aux ATF 128 III 467).

Enfin, le Tribunal fédéral a également considéré qu'il n'y a rien d'abusif de se conformer aux règles qui permettent de maintenir l'affectation de la prestation de sortie au but de prévoyance, même lorsque les conditions pour obtenir un versement sont remplies (ATF 121 III 285 consid. 4: départ à l'étranger sans demander le versement du montant dû en vertu d'une police de prévoyance professionnelle liée, 3ème pilier A).

**6.3.4.** Dans le domaine du maintien de la prévoyance, même si l'art. 16 al. 1 OLP, contrairement à l'art. 5 LFLP, ne se réfère pas expressément à la requête de versement du preneur de prévoyance, la prestation de vieillesse n'est échue, de par la loi, qu'à l'âge-terme de 69/70 ans. Avant la survenance de cet évènement, le preneur de prévoyance est donc habilité, indépendamment de l'exercice d'une activité lucrative - contrairement à la situation prévalant pour les prestations de vieillesse auprès d'une

caisse de pension (art. 13 LPP) -, à choisir l'échéance de la prestation de prévoyance, particularité propre à la réglementation valable pour les comptes et polices de libre passage (SCHNEIDER/MERLINO/MANGE, op. cit., n° 8 et 29 ad art. 84 LPP, qui réservent les cas d'abus).

**6.3.5.** Il faut retenir de ce dernier constat et des règles précédemment exposées que l'exigibilité, au sens de l'art. 92 al. 1 ch. 10 LP, de la prestation de sortie versée sur un compte ou une police de libre passage à la survenance du cas de prévoyance nécessite une demande de l'ayant droit. Comme c'est le cas pour le paiement en espèces de la prestation de sortie (art. 5 LFLP), cette demande constitue une condition potestative et suspensive, dont dépend l'exigibilité du droit au paiement et qui s'analyse comme l'exercice d'un droit formateur (dans ce sens pour le moment de l'imposition, cf. SCHNEIDER/MERLINO/MANGE, op. cit., n° 30 ad art. 84 LPP).

Par conséquent, la prestation est exigible au sens de l'art. 92 al. 1 ch. 10 LP et, partant, relativement saisissable (art. 93 LP), si le poursuivi en demande le versement et la touche effectivement. Avant qu'il ne dépose sa demande, il n'a qu'une expectative envers son institution de libre passage.

**6.4.** En l'espèce, au vu de ce qui précède, la prestation de libre passage n'est pas exigible, l'intimé ayant demandé à son ancienne institution de prévoyance le versement de celle-ci sur un compte ouvert auprès d'une institution de libre passage. Cela étant, c'est aussi à tort que les recourants soutiennent qu'il faut au moins retenir que les prestations de vieillesse envers cette dernière institution sont pour leur part exigibles indépendamment d'une demande effective, au motif que, l'intimé ayant atteint l'âge auquel il peut demander une retraite anticipée, il est en droit d'en demander le paiement. Une telle demande est, avant l'âge de 69/70 ans, une condition de l'exigibilité de ces prestations au sens de l'art. 92 al. 1 ch. 10 LP.

Le grief de violation de l'art. 92 al. 1 ch. 10 LP doit donc être rejeté.

## **7.**

Il reste encore à examiner si l'autorité de surveillance a violé le droit d'être entendu des recourants (cf. infra consid. 7.1) et la maxime inquisitoire (cf. infra consid. 7.2) en n'instruisant pas la question de savoir si l'intimé n'avait précisément pas requis le versement de ses prestations de vieillesse auprès de l'institution de libre passage et en n'interpellant pas les parties à ce sujet.

### **7.1.**

**7.1.1.** Le droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. confère au justiciable, entre autres prérogatives, le droit de s'exprimer sur tous les éléments pertinents avant qu'une décision touchant sa situation juridique ne soit rendue. Le droit d'être entendu se rapporte surtout à la constatation des faits. Cette disposition constitutionnelle ne comporte pas, en principe, le droit de se prononcer sur l'appréciation juridique des faits ni, plus généralement, sur l'argumentation juridique à retenir, de sorte que l'autorité n'a pas à soumettre aux parties, pour prise de position, le raisonnement qu'elle envisage de suivre. Ce droit doit être toutefois reconnu lorsqu'elle entend fonder sa décision sur un motif juridique qui n'a jamais été évoqué dans la procédure antérieure et dont aucune des parties ne s'est prévaluée, ni ne pouvait supputer la pertinence (ATF 145 IV 99 consid. 3.1; 145 I 167 consid. 4.1 et les références).

**7.1.2.** En l'espèce, l'application de l'art. 92 al. 1 ch. 10 LP en lien avec les art. 13 ss OLP a été évoquée par les recourants eux-mêmes, de sorte qu'ils ont pu se prononcer sur ce qu'ils estimaient être les

conditions d'exigibilité des prestations de vieillesse. Leur argumentation revient à soutenir que, pour respecter l'art. 29 al. 2 Cst., l'autorité de surveillance aurait dû les interpellier sur le fait qu'elle ne partageait pas leur conception juridique. Cela procède d'une interprétation trop large de la protection accordée par la norme constitutionnelle précitée, de sorte que le grief doit être rejeté.

## **7.2.**

**7.2.1.** Aux termes de l'art. 20a al. 2 ch. 2 LP, l'autorité de surveillance constate les faits d'office. Elle peut demander aux parties de collaborer et peut déclarer irrecevables leurs conclusions lorsque les parties refusent de prêter le concours nécessaire que l'on peut attendre d'elles.

La maxime inquisitoire prévue par cette disposition impose à l'autorité cantonale de surveillance de diriger la procédure, de définir les faits pertinents et les preuves nécessaires, d'ordonner l'administration de ces preuves et de les apprécier d'office (arrêts 5A\_187/2011 du 13 mai 2011 consid. 2.1; 7B.68/2006 du 15 août 2006 consid. 3.1). L'autorité doit établir d'elle-même les faits pertinents dans la mesure qu'exige l'application correcte de la loi et ne peut se contenter d'attendre que les parties lui demandent d'instruire ou lui apportent spontanément les preuves idoines (arrêt 7B.15/2006 du 9 mars 2006 consid. 2.1).

Les parties intéressées à une procédure d'exécution forcée n'en sont pas moins tenues de collaborer à l'établissement des faits. A défaut de collaboration, l'autorité de surveillance n'a pas à établir des faits qui ne résultent pas du dossier (ATF 123 III 328 consid. 3; arrêts 5A\_378/2020 du 12 mars 2021 consid. 7.2; 5A\_253/2015 du 9 juin 2015 consid. 4.1).

**7.2.2.** En l'espèce, dans sa plainte du 3 mars 2021, l'intimé a exposé que son mariage avait été dissous par le divorce le 19 juin 2019, que son plus jeune enfant avait atteint l'âge de 25 ans le 11 février 2020, qu'il ne disposait dès lors plus de bénéficiaire LPP en cas de décès et que, pour éviter de perdre sa prestation de sortie accumulée auprès de C., il avait demandé que cette prestation de sortie soit versée sur un compte de libre passage qui, en cas de décès, ne serait pas perdue. Dans leurs déterminations sur la plainte, les recourants ont allégué que l'intimé avait requis de C. le versement de ses avoirs de prévoyance sur un compte de libre passage, que l'art. 16 al. 1 OLP donnait la possibilité à l'intimé de requérir le versement anticipé de son capital de prévoyance depuis le 26 décembre 2015, soit le jour de ses 60 ans, et que, dès lors " si le plaignant devait aujourd'hui requérir le paiement de son capital de prévoyance, la caisse n'aurait d'autre choix que de répondre favorablement à sa requête. [...] Faire dépendre le caractère saisissable des créances de prévoyance de la seule décision de l'assuré de requérir ou pas le transfert de ses avoirs constituerait une utilisation abusive d'une norme, [...] ". Dans son ordonnance du 4 juin 2021, l'autorité de surveillance a ordonné au plaignant de produire toute correspondance échangée avec la fondation auprès de laquelle se trouvait son 3ème pilier A concernant un retrait des fonds déposés sur le compte de prévoyance et à l'office d'interpeller cette même fondation sur l'existence d'une éventuelle demande du plaignant en libération des fonds déposés sur son compte de prévoyance. L'autorité de surveillance a également requis de l'office une copie complète du courrier de C. du 11 février 2021. Enfin, dans leurs déterminations du 14 juillet 2021 sur les pièces produites, les recourants ont seulement relevé que le plaignant avait requis le versement de son 3ème pilier A, de sorte que ce capital était exigible et saisissable. En outre, du courrier de C. du 11 février 2021, il ressort que cette caisse précisait " que tous les montants actuellement auprès de notre institution seraient transférés auprès d'institutions de prévoyance et resteraient ainsi dans le circuit de la prévoyance professionnelle ".

Il ressort de ce qui précède que les recourants n'ont pas contesté les explications du plaignant qui prétendait vouloir maintenir sa prévoyance et n'avoir demandé à l'institution de prévoyance à laquelle il était facultativement affilié le transfert de sa prestation de sortie uniquement parce que cette institution n'avait pas de fondation de libre passage. Au contraire, de leurs écritures, il ressort qu'ils admettaient même que le plaignant n'avait en l'état fait aucune demande en paiement auprès de sa nouvelle institution de libre passage, mais voulaient se prémunir des conséquences au cas où il formulerait une telle demande. En outre, alors qu'il était manifeste que l'autorité de surveillance considérait la demande en paiement comme une condition générale de l'exigibilité des prestations de prévoyance professionnelle, étant donné qu'elle instruisait cette question pour les avoirs du 3ème pilier A protégés comme ceux du 2ème pilier par l'art. 92 al. 1 ch. 10 LP, les recourants n'ont nullement réagi dans leurs dernières déterminations, en demandant d'instruire également ce fait en lien avec les fonds maintenus dans la prévoyance professionnelle.

Au vu de ces éléments, il ne peut pas être reproché à l'autorité de surveillance d'avoir violé la maxime inquisitoire en n'examinant pas si l'intimé avait requis le versement de ses prestations de vieillesse auprès de l'institution de libre passage où il venait de demander que sa prestation de sortie soit transférée et qui n'avait au demeurant même pas encore reçu cette prestation. Au contraire, c'est à raison qu'elle a interprété les écritures des recourants en ce sens que ceux-ci admettaient que l'intimé n'avait formulé aucune demande en paiement, raison pour laquelle ils soutenaient que la condition de l'exigibilité du droit aux prestations de prévoyance était remplie malgré cette absence de demande. Il suit de là que le grief de violation de l'art. 20a al. 2 LP doit être rejeté.

#### **8.**

En définitive, le recours est rejeté. Les frais judiciaires, arrêtés à 3'000 fr., sont mis la charge des recourants, qui succombent dans une affaire où leurs intérêts patrimoniaux sont en cause (art. 66 al. 1 et 4 a contrario LTF). Aucuns dépens ne sont dus à l'intimé qui a défendu lui-même ses intérêts dans la procédure devant le Tribunal fédéral et ne réclame pas d'indemnité à ce titre (ATF 135 III 127 consid. 4; 133 III 439 consid. 4).

#### **Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :**

##### **1.**

Le recours est rejeté.

##### **2.**

Les frais judiciaires, arrêtés à 3'000 fr., sont mis la charge des recourants.

##### **3.**

Le présent arrêt est communiqué aux parties, à l'Office cantonal des poursuites de Genève et à la Cour de justice du canton de Genève, Chambre de surveillance des Offices des poursuites et faillites.