

du 28 octobre 2003

lère section

dans la cause

M. D. R. (divorcée I.)

représentée par Me Christine Gaitzsch, avocate

et

M. H. M. I.

représenté par Me Reynald Bruttin, avocat

contre

CAISSE DE PREVOYANCE DU PERSONNEL DES ETABLISSEMENTS PUBLICS
MEDICAUX DU CANTON DE GENÈVE

et

WINTERTHUR-COLUMNNA FONDATION LPP

EN FAIT

1. Par jugement du 24 janvier 2002, le Tribunal de première instance de Genève a prononcé le divorce des époux H. I. et D. I., née R.. Celle-ci a repris son nom de jeune fille par déclaration faite le 21 juillet 2003 à l'Etat-civil.

Ce faisant, le tribunal a ordonné également le partage par moitié des avoirs de prévoyance accumulés pendant le mariage par l'un et l'autre des ex-époux.

2. Sur appel de M. I., la Cour de justice a réformé sur ce point notamment le jugement de première instance pour ordonner le partage par moitié "de la différence existant entre les avoirs de prévoyance respectifs des parties, constitués du 5 décembre 1981, date de la conclusion du mariage, au 1er mars 2002, date à laquelle le prononcé du divorce a acquis force de chose jugée". La Cour a confirmé le jugement attaqué pour le surplus.

Elle a transmis la cause au Tribunal administratif fonctionnant comme Tribunal cantonal des assurances pour que celui-ci procède au calcul exact des montants à transférer.

3. L'arrêt de la Cour de justice du 13 septembre 2002 a cependant fait l'objet d'un recours auprès du Tribunal fédéral, recours qui a été rejeté par arrêt du 31 mars 2003.

4. Le juge délégué du Tribunal administratif a requis des institutions de prévoyance concernées, soit la Winterthur-Columna pour M. I. (cette institution gérant les fonds de la Fondation de prévoyance en faveur du personnel de Dar Al-Maal Al-Islami (DMI) S.A.), ainsi que la Caisse de prévoyance du personnel des établissements publics médicaux du canton de Genève pour Mme I., née R., des attestations actualisées relatives aux avoirs accumulés entre le 5 décembre 1981 et le 31 mars 2003.

5. A teneur de la réponse de la CEH du 10 septembre 2003, il apparaît toutefois que par décision du 24 octobre 2002, l'assurance-invalidité fédérale a octroyé une rente à Mme D. R. lui reconnaissant un degré d'invalidité de 40 % du 1er avril au 31 novembre 2001 et de 80 % dès le 1er décembre 2001.

6. Confirmation de ces faits a été sollicitée de l'Office cantonal de l'assurance-invalidité le 16 septembre 2003, qui n'a pas répondu à ce jour.
7. Par courrier du 15 octobre 2003, le conseil de Mme R. a produit les documents nécessaires, en particulier les deux décisions de l'OCAI et a tenté de faire valoir que le cas de prévoyance serait survenu le 16 juillet 2002, date de la décision de l'assurance-invalidité d'octroyer à Mme R. une rente dès le 1er août 2002. Cette date serait ainsi postérieure au jugement de première instance du 24 janvier 2002 entré en force sur le principe du divorce.

La décision d'octroi de rente du 24 octobre 2002 rétroagissant quant à elle au 1er avril 2001, le conseil de Mme R. convient qu'une indemnité équitable devrait être calculée mais que cette compétence est celle du juge ordinaire.
8. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. La loi modifiant la loi sur l'organisation judiciaire du 14 novembre 2002, par laquelle a été créé un tribunal cantonal des assurances sociales, est entrée en vigueur le 1er août 2003. Dès cette date, le Tribunal administratif ne fonctionne plus comme tribunal cantonal des assurances. Cependant, en vertu de l'article 3 alinéa 2 de ladite loi, les causes introduites devant le Tribunal administratif avant l'entrée en vigueur de la loi sont instruites et jugées par cette juridiction.
2. Selon l'article 25A de la loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité du 17 décembre 1993 (LFLP - RS 831.42), le juge compétent, au sens de l'article 73 alinéa 1 de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982 (LPP - 831.40), soit à Genève, le Tribunal administratif, doit exécuter d'office le partage des avoirs LPP sur la base de la clé de répartition fixée par le juge du divorce, en cas de

désaccord des conjoints sur la prestation de sortie à partager (ATA S. du 15 avril 2003 et les références citées).

Selon le nouveau droit du divorce entré en vigueur le 1er janvier 2000, les prétentions à l'égard des institutions de prévoyance professionnelle distinguent deux situations selon qu'un cas de prévoyance au sens de la LFLP est réalisé ou non pour l'un des conjoints. L'invalidité et l'âge de la retraite sont considérés comme des cas de prévoyance en relation avec le divorce.

Après la survenance d'un cas de prévoyance pour l'un des époux, il n'est plus possible d'opérer le partage prévu par les articles 122 et 123 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CCS - RS 210). C'est alors l'application de l'article 124 CCS qui entre en ligne de compte. Une indemnité équitable est alors due. Selon le message du Conseil fédéral du 15 novembre 1995 concernant la révision du CCS, une indemnité "équitable" au sens de l'article 124 premier alinéa CCS lorsqu'elle prend en considération la durée du mariage, les besoins différents des conjoints du fait de leur âge et de leur situation économique, vu sous l'angle de la prévoyance (Message p. 108 ch. 233.433.1).

3. En l'espèce, le divorce des parties prononcé le 24 janvier 2002 est devenu définitif, notamment sur les effets accessoires du mariage et, en particulier, sur la question de la liquidation des prétentions des époux en matière de prévoyance professionnelle par l'arrêt du Tribunal fédéral du 31 mars 2003.

Selon l'arrêt de la Cour de justice cependant, le prononcé du divorce a acquis force de chose jugée le 1er mars 2002.

Dans l'intervalle, l'AI a décidé d'accorder une rente d'invalidité à Mme R. avec effet rétroactif au 1er avril 2001, respectivement au 1er décembre 2001. Il s'ensuit que dans un tel cas, le partage de la prévoyance devient impossible, car la prestation de sortie est indispensable au versement de la rente d'invalidité du deuxième pilier (Jacques-André SCHNEIDER, Prévoyance professionnelle suisse 12/99, pp. 939-941; ATA K. du 29 avril 2003). Il en est ainsi que l'on prenne en considération le 1er mars 2002 ou le 31 mars 2003 comme date où le jugement de divorce est devenu définitif.

4. Il n'appartient pas au juge des assurances de déterminer l'indemnité équitable à fixer selon l'article 124 CCS. En effet, la compétence matérielle du juge des assurances est déterminée par l'article 73 LPP. Le juge des assurances est notamment lié par la clé de répartition fixée par le juge du divorce (T. GEISER, Le nouveau droit du divorce et les droits en matière de prévoyance professionnelle, p. 26 ch. 2 let. b ch. 5.8 et 5.9).

5. Il résulte de ce qui précède que les parties doivent être renvoyées à mieux agir devant le juge civil pour fixer l'indemnité prévue par l'article 124 CCS, le tribunal de céans étant dans l'impossibilité d'exécuter le jugement civil qui lui a été transmis.

Dans cette mesure, la demande sera déclarée irrecevable (ATA H. et ATA K. du 29 avril 2003).

6. Vu la nature du litige, aucun émolument ne sera perçu (art. 87 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10), ni aucune indemnité allouée.

PAR CES MOTIFS
le Tribunal administratif

constate l'impossibilité d'exécuter le partage de la prévoyance professionnelle des ex-époux I. selon la clé de répartition fixée par le juge du divorce;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument, ni alloué d'indemnité;

dit que, conformément aux articles 97 et suivants de la loi fédérale d'organisation judiciaire, le présent arrêt peut être porté, par voie de recours de droit administratif, dans les trente jours dès sa notification, auprès du Tribunal fédéral des assurances. Le délai ne peut être prolongé. Le mémoire de recours sera adressé, en trois exemplaires, au Tribunal fédéral des assurances, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne;

communique le présent arrêt à Me Christine Gaitzsch, avocate de M. D. R., à Me Reynald Bruttin, avocat de M. H. M. I., à la Caisse de prévoyance

des établissements publics médicaux du canton de Genève,
à la Winterthur-Columna fondation ainsi qu'à l'Office
fédéral des assurances sociales.

Siégeants : M. Thélin, président, M. Schucani, Mme
Bonnefemme-Hurni, juges.

Au nom du Tribunal administratif :
la greffière-juriste adj. : le président :

M. Tonossi

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux
parties.

Genève, le

la greffière :

Mme N. Mega