

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1688/2006

ATAS/1049/2006

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 3

du 16 novembre 2006

En la cause

Monsieur H_____, domicilié , GENEVE

demandeurs

Madame H_____, domiciliée , GENEVE

contre

WINTERTHUR-COLUMNNA FONDATION LPP, sise avenue de
Rumine 20, case postale 1523, LAUSANNE

défenderesses

CAISSE DE PENSION DES NATIONS UNIES, sise avenue de la
Paix 8-14, case postale, GENEVE

Siégeant : Karine STECK, Présidente ; Juliana BALDE et Valérie MONTANI, Juges.

EN FAIT

1. Par jugement du 9 mars 2006, la 1^{ère} chambre du Tribunal de première instance a prononcé le divorce de Madame H_____, née D_____ le 1963 et Monsieur H_____, né le 1963, qui s'étaient mariés en date du 3 septembre 1988.
2. Le jugement précité a constaté d'une part, que Monsieur H_____ était affilié à la CAISSE COMMUNE DES PENSIONS DU PERSONNEL DES NATIONS UNIES (ci-après : CAISSE ONU), qu'il y avait accumulé des avoirs à hauteur de Fr. 33'573.45 au 31 décembre 2004, qu'il disposait par ailleurs d'un capital de libre passage auprès de WINTERTHUR COLUMNNA de Fr. 43'032.- au 31 juillet 2002 et que, d'autre part, Madame H_____ avait accumulé auprès de WINTERTHUR COLUMNNA un avoir de libre passage de Fr. 55'769.05 (cf. ch. 9 let. c de la partie "EN FAIT" du jugement de divorce JTPI/3469/2006). Sur la base de ces constatations, le Tribunal de première instance a ordonné le partage par moitié des avoirs de prévoyance professionnelle acquis par chacun des époux durant le mariage (cf. chiffre 6 du dispositif du jugement JTPI/3469/2006).
3. Le jugement de divorce, devenu définitif le 2 mai 2006, a été transmis d'office au Tribunal de céans le 11 mai 2006 pour exécution du partage.
4. Le Tribunal de céans a interpellé les institutions défenderesses en les priant de lui communiquer les montants des avoirs LPP des parties acquis durant le mariage, soit entre le 3 septembre 1988 et le 2 mai 2006.
5. Il s'est avéré que le demandeur possédait un avoir de libre passage auprès de WINTERTHUR-COLUMNNA FONDATION LPP d'un montant qui s'élevait, le 2 mai 2006, à Fr. 46'111.95 et que cet avoir comprenait deux prestations de libre passage reçues de ses anciennes institutions de prévoyance, ELVIA VIE - reprise depuis lors par ALLIANZ SUISSE ASSURANCES VIE - et la FONDATION DE LIBRE PASSAGE DE LA BANQUE CANTONALE DE GENEVE (BCGE). Renseignements pris auprès de la FONDATION DE LIBRE PASSAGE DE LA BCGE, l'avoir transmis en date du 11 décembre 1996 à WINTERTHUR-COLUMNNA comprenait une prestation de libre passage reçue de la FONDATION COLLECTIVE POUR LA PREVOYANCE EN FAVEUR DU PERSONNEL SERVISA. Cette dernière, gérée par SWISSCANTO, a indiqué, par courrier du 23 octobre 2006, que le demandeur lui avait été affilié le 1^{er} mars 1992, soit postérieurement au mariage. Il est par ailleurs apparu que le demandeur a été affilié à ALLIANZ après son mariage et que cette fondation a reçu un avoir en provenance de la RENTENANSTALT de ZURICH. Cette dernière, par courrier du 2 novembre 2006 a indiqué que le montant de l'avoir au moment du mariage s'élevait à

Fr. 1'909.-, ce qui représente, au moment du divorce et compte tenu des intérêts, un montant de Fr. 3'654.80

Pour sa part, la CAISSE ONU a indiqué, par courrier du 14 juillet 2006, qu'elle représentait l'intégralité de la couverture retraite de ses participants, en opposition à un fonds de prévoyance professionnel (ne venant qu'en complément d'une prestation de base de retraite viagère) et que les droits des participants n'étaient payables qu'après la cessation de leurs services, raisons pour lesquelles le partage n'était pas possible, d'autant qu'il n'était prévu par aucune disposition régissant la caisse.

6. Quant à la demanderesse, il s'est avéré qu'elle possède un avoir de libre passage auprès de WINTERTHUR-COLUMNNA FONDATION LPP et qu'il s'élevait, le 2 mai 2006 à Fr. 56'120.75.
7. Ces documents ont été transmis aux parties. La juridiction leur a indiqué qu'à défaut d'observations dans le délai imparti, un arrêt serait rendu sur cette base.
8. En l'absence d'objections dans le délai fixé, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. L'art. 25a de la loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité du 17 décembre 1993 (LFLP), entré en vigueur le 1er janvier 2000, règle la procédure en cas de divorce. Lorsque les conjoints ne sont pas d'accord sur la prestation de sortie à partager (art. 122 et 123 Code Civil - CC), le juge du lieu du divorce compétent au sens de l'art. 73 al. 1 de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle du 25 juin 1982 (LPP), soit à Genève le Tribunal cantonal des assurances sociales depuis le 1^{er} août 2003, 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 (art. 25a al. 1 LFLP) et déterminer le montant précis des avoirs de prévoyance qui reviennent à chacun des époux.

Ainsi, en l'absence de convention, la compétence du juge du divorce se limite à fixer les proportions dans lesquelles les prestations de sortie doivent être partagées (art. 142 al. 1 CC; THOMAS GEISER, *Berufliche Vorsorge im neuen Scheidungsrecht*, in: HAUSHEER [éd.], *Vom alten zum neuen Scheidungsrecht*, Berne 1999, p. 99 n° 2.116; SUTTER/FREIBURGHAUS, *Kommentar zum neuen Scheidungsrecht*, Zurich 1999, p. 176 n° 8 et p. 223 n° 72; HERMANN WALSER, *Berufliche Vorsorge*, in: *Das neue Scheidungsrecht*, Zurich 1999, p. 52 et 65). Les institutions de prévoyance n'ayant pas qualité de partie dans la procédure de divorce, des litiges découlant des rapports de prévoyance entre ces dernières et les

époux ne relèvent pas de la compétence du juge du divorce. (WALSER, op.cit., p. 63; ATF 128 V 41 p. 47). Il en résulte que les institutions de prévoyance et le juge des assurances sociales ne sont pas liés par les rapports de prévoyance constatés préjudiciellement dans le jugement du divorce (WALSER, op.cit., p. 65).

Dans un cas de règlement à l'amiable (art. 141 al. 1 CC), le Tribunal fédéral a estimé qu'à défaut d'attestations idoines des institutions de prévoyance, le jugement de divorce n'était pas exécutoire vis-à-vis de l'institution de prévoyance. Il incombait alors au juge des assurances sociales saisi d'examiner s'il pouvait statuer dans le sens de l'accord passé par les époux au titre de convention sur les effets accessoire du divorce et rendre un jugement condamnatore à l'encontre de l'institution de prévoyance. Ce n'est finalement que s'il devait arriver à la conclusion que l'accord n'était pas réalisable (dans le sens des conclusions de l'institution de prévoyance) que l'affaire serait à nouveau de la compétence du juge du divorce de statuer sur l'indemnité équitable de l'art. 124 CC (ATF V 444 p. 449 consid. 5.4).

Il n'y a pas lieu de s'écarter de ce raisonnement en cas de désaccord (art. 142 CC). Dans cette hypothèse, le juge du divorce fixe les proportions dans lesquelles les prestations de sortie doivent être partagées. Ainsi, si le juge des assurances tient pour constant que le jugement de divorce n'est pas exécutoire vis-à-vis de l'institution de prévoyance, il incombe alors au juge des assurances sociales d'examiner s'il peut statuer dans le sens du jugement de divorce et rendre un jugement condamnatore à l'encontre de l'institution de prévoyance. Toutefois, s'il arrive à la conclusion que le jugement de divorce n'est pas réalisable, l'affaire sera à nouveau de la compétence du juge du divorce pour qu'il statue une nouvelle fois.

2. Le litige porte sur la question de savoir si le tribunal de céans peut exécuter le partage des avoirs de prévoyance des demandeurs conformément à la répartition ordonnée par le juge du divorce.

En effet, le juge de première instance a ordonné le partage par moitié des prestations de sortie acquises durant le mariage par les conjoints. Les dates pertinentes sont, d'une part, celle du mariage, le 3 septembre 1988, d'autre part, celle à laquelle le jugement de divorce est devenu exécutoire, le 2 mai 2006.

Selon les documents produits, la prestation de sortie acquise durant le mariage auprès d'institutions de prévoyance professionnelles par le demandeur est de Fr. 42'457.15 (46'111.95- 3'654.80) tandis que celle acquise par la demanderesse est de Fr. 56'120.75, les intérêts ayant déjà été calculés par l'institution de prévoyance défenderesse. Les prestations de libre passages calculées par la WINTERTHUR COLUMNNA pour les ex-époux peuvent être partagées.

En revanche, il ressort des explications de la CAISSE ONU, que cette institution n'est pas soumise au droit suisse. Au surplus, les prétentions du demandeur, chiffrées au 7 juillet 2006 par la CAISSE ONU à \$ 37'010 ("*withdrawal settlement*"; art. 31 des Statuts), ne constituent pas des avoirs LPP partageables au sens de l'art. 122 CC. Le demandeur ne dispose ainsi pas de véritables avoirs de prévoyance, mais uniquement un droit à une prestation de pension viagère (cas échéant convertible partiellement sous forme de capital) à la survenance du cas de prévoyance ou en cas de cessation de ses rapports de service. En cas de divorce, un transfert de ces droits conditionnels et futurs n'est pas prévu par les dispositions statutaires et règlementaires de la CAISSE ONU. Les Accords de transfert de droits à pension (art. 13 des Statuts) conclus entre cette caisse et d'autres institutions excluent également une telle cession de droits. Un conjoint divorcé ne peut éventuellement faire valoir des droits vis-à-vis de la CAISSE ONU que si son ex-conjoint est décédé (pension de conjoint divorcé survivant au sens de l'art. 35bis des Statuts) ou si cet ex-conjoint est déjà à la retraite (art. 45 des Statuts consacrant le principe de l'incessibilité des droits). Dans le cas de la retraite, c'est-à-dire à l'âge de 60 ou 62 ans selon les cas (mais au plus tôt de manière anticipée à 55 ans), le conjoint divorcé pourra, sous certaines conditions (cf. art. 45 des Statuts), prétendre à une partie de ces prestations. Enfin, la couverture retraite de la CAISSE ONU est intégrale; elle inclut une couverture de base et une couverture complémentaire. Elle ne correspond ainsi pas à la prévoyance professionnelle du droit suisse, qui ne représente qu'une couverture complémentaire (2^{ème} pilier).

Il convient donc d'examiner si les prétentions du demandeur à l'égard de la CAISSE ONU peuvent être incluses dans le partage selon l'art. 122 CC. Dans la négative, le tribunal de céans devra examiner s'il peut néanmoins statuer dans le sens du jugement de divorce précité et rendre un jugement condamnatore vis-à-vis de l'institution de prévoyance.

3. Savoir si un tel droit existe est une question relative au rapport de prévoyance, qui relève de la compétence matérielle du juge des assurances sociales (ATF 128 V 41 consid. 1b et 2c in fine) bien que, le juge du divorce, qui doit régler le sort de la prévoyance professionnelle des époux, doive examiner cette question à titre préjudiciel (ATF 130 III 297 p. 300).

Selon l'art. 1 al. 1 LFLP, celle-ci régit toutes les prétentions des assurés en cas de libre passage dans le cadre de la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (2^{ème} pilier).

L'art. 1 al. 2 LFLP précise que la loi citée s'applique à tous les rapports de prévoyance où une institution de prévoyance de droit privé ou de droit public accorde, sur la base de ses prescriptions (règlement), un droit à des prestations lors de l'atteinte de la limite d'âge, ou en cas de décès ou d'invalidité (cas de prévoyance). Au surplus, la LFLP s'applique par analogie aux régimes de retraite

où l'assuré a droit à des prestations lors de la survenance d'un cas de prévoyance (art. 1 al. 3 LFLP).

Aux termes de l'art. 2 al. 1 LFLP, ont droit à une prestation de sortie tous les assurés qui quittent une institution de prévoyance avant la survenance d'un cas de prévoyance (cas de libre passage).

Enfin, l'art. 22 al. 1 LFLP prévoit qu'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 à 5 LFLP s'appliquent par analogie au montant à transférer.

Cette disposition assimile ainsi le divorce à un cas de libre passage au sens de l'art. 2 al. 1 LFLP.

Le critère décisif est l'existence du droit à une prestation de sortie de l'assuré à l'égard de sa caisse. Les art. 122 al. 1 et 124 al. 1 CC reprennent ce critère. Ainsi, tant qu'aucun cas de prévoyance n'est survenu, le droit à la prestation de sortie existe; dès qu'il s'est produit, il n'y a plus de droit à une prestation de sortie. A fortiori, lorsqu'un droit à la prestation de sortie n'a jamais existé, un partage selon l'art. 122 CC est exclu.

La doctrine en conclut que toutes les prétentions issues de rapports de prévoyance soumis à la LFLP (art. 1 LFLP) doivent être partagées conformément aux art. 122 ou 123 CC (ATF 128 V 45 consid. 2b avec référence à BAUMANN / LAUTERBURG, in: SCHWENZER [éd.], Praxiskommentar Scheidungsrecht, Bâle 2000, n°45 f. ad Art. 122 CC; GEISER, op. cit., p. 65 n° 2.20; HEINZ HAUSHEER, Die wesentlichen Neuerungen des neuen Scheidungsrechts, in: RSJB 1999 p. 12 s.; SCHNEIDER/BRUCHEZ, La prévoyance professionnelle et le divorce, in: Le nouveau droit du divorce, Lausanne 2000, p. 214 s.; SUTTER / FREIBURGHAUS, op. cit., p. 195 ch. 11 s.; WALSER, op. cit., p. 52).

Un tel partage doit en revanche être écarté lorsque les institutions de prévoyance servent des prestations selon leur libre appréciation, qu'elles couvrent d'autres risques que le décès, l'âge ou l'invalidité ou qu'elles ne sont pas soumises au droit suisse (GEISER, op. cit., p. 64; HAUSHEER, op. cit., p. 12; WALSER, op. cit., p. 52).

Enfin, le partage au sens de l'art. 122 CC ne concerne que des expectatives découlant de la prévoyance professionnelle (2^{ème} pilier a et b; cf. ATF 129 III 305). Des prétentions résultant du 1^{er} et du 3^{ème} pilier ne font pas partie du champ d'application de l'art. 122 CC (Message du Conseil fédéral, op.cit., p. 101 s.; SUTTER/FREIBURGHAUS, op.cit., p. 179 ch. 14 s.; WALSER, Kommentar zum

Schweizerischen Privatrecht [Commentaire bâlois], Code Civil I, art. 1-456 CC, 2. éd., Bâle 2002, n°4 ad Art. 122; ATF 130 V 111 p. 115).

4. En l'espèce, il est établi que le demandeur est affilié à la CAISSE ONU. Il est également constant - et aucune des parties ne le conteste d'ailleurs - que la CAISSE ONU n'est pas soumise au droit suisse. Ses bénéficiaires ne disposent ainsi pas de prestation de sortie susceptible d'être partagée au sens de l'art. 122 CC. Au surplus, les dispositions statutaires et réglementaires de la CAISSE ONU ainsi que les Accords de transfert de droits à pension (art. 13 des Statuts) conclus entre cette caisse et d'autres institutions excluent tout transfert de droits conditionnels et futurs en cas de divorce. Enfin, la CAISSE ONU représente l'intégralité de la couverture de ses bénéficiaires contrairement à une institution de prévoyance suisse soumise à la LFLP qui n'applique que la prévoyance professionnelle (2^{ème} pilier) à l'exclusion d'une prévoyance de base (1^{er} pilier).

Au vu de ces circonstances, un partage des droits envers la CAISSE ONU est techniquement impossible. En conséquence, le Tribunal de céans ne peut pas respecter la clé de répartition fixée par le juge du divorce. En outre, il n'appartient pas au juge des assurances sociales de modifier cette clé.

5. Il reste à examiner si le partage conformément au chiffre 6 du dispositif du jugement du divorce est néanmoins possible en ce qui a trait aux prestations de sortie acquises par les conjoints divorcés auprès de WINTERTHUR COLUMNA.

Il y a lieu de rappeler que, conformément à la jurisprudence fédérale, l'indemnité équitable au sens de l'art. 124 CC doit être fixée sur la base de l'ensemble des éléments de prévoyance (professionnelle) acquis par les ex-époux durant le mariage, avant de tenir compte de la situation économique des parties et de leurs besoins de prévoyance respectifs. Au surplus, il n'est pas exclu que l'indemnité équitable soit acquittée par le transfert d'une partie de la prestation de sortie (encore disponible) du débiteur de prévoyance (ATF 129 III 484 consid. 3.2, 5C.66/2000).

Il s'ensuit que les montants des prestations de sortie accumulés par les époux H_____ auprès de la WINTERTHUR COLUMNA ne peuvent être partagées séparément par le tribunal de céans, le juge du divorce devant en tenir compte lorsqu'il se détermine.

Ainsi, même pour les avoirs de prévoyance auprès de WINTERTHUR COLUMNA, le Tribunal de céans ne peut exécuter le partage conformément au chiffre 6 du dispositif du jugement du divorce. C'est la raison pour laquelle, les demandeurs seront invités à mieux agir devant le juge civil, lequel pourra fixer une nouvelle clé de répartition en tenant compte de l'ensemble de la situation.

-
6. Aucun émolument ne sera perçu, la procédure étant gratuite (art. 73 al. 2 LPP et 89H al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985).

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

(conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ)

1. Constate que le partage de prévoyance prévu au chiffre 6 du dispositif du jugement JTPI/3469/2006 n'est pas exécutable.
2. Invite Madame H_____ et Monsieur H_____ à mieux agir, par le biais d'une demande de révision devant le juge du divorce.
3. Dit que la procédure est gratuite.
4. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification par pli recommandé adressé au Tribunal fédéral des assurances, Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE, en trois exemplaires. Le délai ne peut être prolongé. Le mémoire doit : a) indiquer exactement quelle décision le recourant désire obtenir en lieu et place de la décision attaquée; b) exposer pour quels motifs il estime pouvoir demander cette autre décision; c) porter sa signature ou celle de son représentant. Si le mémoire ne contient pas les trois éléments énumérés sous lettres a) b) et c) ci-dessus, le Tribunal fédéral des assurances ne pourra pas entrer en matière sur le recours qu'il devra déclarer irrecevable. Le mémoire de recours mentionnera encore les moyens de preuve, qui seront joints, ainsi que la décision attaquée et l'enveloppe dans laquelle elle a été expédiée au recourant (art. 132, 106 et 108 OJ).

La greffière

La Présidente :

Janine BOFFI

Karine STECK

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances sociales par le greffe le