
EN FAIT

1. Par jugement du 19 novembre 2009, la 3^{ème} chambre du Tribunal de première instance a prononcé le divorce de Madame R_____, née S_____ en 1959, et Monsieur R_____, né en 1958, mariés en date du 29 mai 1984.
2. Selon le chiffre 4 du jugement précité, le Tribunal de première instance a ordonné le partage par moitié des avoirs de prévoyance professionnelle acquis par le demandeur durant le mariage et leur transfert en faveur de la demanderesse.
3. Le jugement de divorce est devenu définitif le 14 janvier 2010 et a été transmis d'office au Tribunal de céans le 19 mai 2010 pour exécution du partage.
4. Le Tribunal de céans a sollicité des parties le nom de leur institution de prévoyance, puis 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 29 mai 1984 et le 14 janvier 2010.
5. L'instruction menée par le Tribunal de céans a permis d'établir les faits suivants :
 - a) S'agissant des avoirs de prévoyance du demandeur :
 - Selon le courrier du 7 juin 2010 de son conseil, le demandeur est exclusivement affilié auprès de la Fondation de prévoyance en faveur des EMS.
 - Selon l'extrait du compte individuel AVS du demandeur, celui-ci a travaillé pour X_____ de 1982 à 1989, Y_____ de 1991 à 1998, Z_____ de décembre 1998 à mars 2004, XA_____ depuis 2004.
 - Selon l'attestation de prévoyance de la Bernoise du 18 janvier 1999, le demandeur a été affilié auprès d'elle en tant qu'employé de Y_____ et son avoir de sortie de 30'879 fr. 15 a été transféré à la Bâloise.
 - Le demandeur a été affilié à la Bâloise Assurances du 1^{er} janvier 1999 au 31 mars 2004, comme employé de l'Armée du Salut et sa prestation de libre passage de 71'310 fr. 90 a été transférée à Lombard, Odier & Cie.
 - Selon le courrier du 18 juin 2010 de HPR SA, qui a repris la gestion de la Fondation de prévoyance en faveur de EMS & similaires, faisant suite à Lombard, Odier & Cie, le demandeur est affilié depuis le 1^{er} avril 2004. Un montant de 76'794 fr. a été reçu à une date et d'une institution inconnues et la prestation de libre passage au 14 janvier 2010 est de 123'317 fr. 50.

b) S'agissant des avoirs de prévoyance de la demanderesse :

- Selon un courrier de la CEH du 10 juin 2010 et la copie d'une décision de l'Office AI du 24 avril 2009, la demanderesse est au bénéfice d'une rente entière d'invalidité depuis janvier 2008 en tout cas, de sorte que son avoir n'est pas partageable.
6. Ces documents ont été transmis aux parties en date du 9 juillet 2010. La juridiction leur a indiqué que malgré le caractère non partageable de la prestation de libre passage de la demanderesse, qui est au bénéfice d'une rente d'invalidité depuis une date antérieure au prononcé du divorce, le juge de première instance avait ordonné le partage effectif de la prestation de sortie, alors qu'il aurait vraisemblablement dû statuer sur la question d'une indemnité équitable. Le Tribunal a invité les parties à préciser le sens à donner à l'accord conclu entre les ex-époux, ressortissant du chiffre 4 du dispositif du jugement de divorce, précisant qu'à défaut d'observations d'ici au 15 août 2010, un arrêt serait rendu sur cette base.
 7. Par pli du 21 juillet 2010, le conseil du demandeur a précisé que ce dernier a expressément renoncé à l'application de l'art. 124 CCS, soit d'une indemnité équitable à laquelle il aurait eu droit, dès lors que l'application de cet article n'aurait eu que peu d'influence. Il convenait donc d'ordonner le partage effectif de la prestation de sortie de son client en faveur de la demanderesse, conformément au jugement du Tribunal de première instance, confirmé par arrêt de la Cour de justice.
 8. La demanderesse a communiqué le 14 septembre 2010 une attestation de demande d'ouverture d'un compte de libre passage LPP. Invitée à préciser les coordonnées de ce compte, la demanderesse a confirmé l'ouverture d'un compte libre passage auprès de l'UBS le 26 septembre 2010
 9. La cause a été gardée à juger le 28 septembre 2010.

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 (loi sur le libre passage, LFLP ; RS 831.42), 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 vieillesse, survivants et invalidité, du 25 juin 1982 (LPP ; RS 831.40), 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.

-
2. Selon l'art. 22 LFLP (nouvelle teneur en vigueur depuis le 1er janvier 2000), en cas de divorce, les prestations de sortie acquises durant le mariage sont partagées conformément aux art. 122, 123, 141 et 142 CC; les art. 3 à 5 LFLP s'appliquent par analogie au montant à transférer (al. 1). 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 moment du divorce, et la prestation de sortie, augmentée des avoirs de libre passage existant éventuellement au moment de la conclusion du mariage (cf. art. 24 LFLP). 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 moment du divorce (ATF 128 V 230; ATF 129 V 444).
 3. En l'espèce, le juge de première instance a ordonné le partage par moitié des seuls avoirs de prévoyance du demandeur.

Il ressort des considérants du jugement de divorce que le juge civil a retenu que bien que l'accord entre les parties, par lequel le demandeur renonce à modérer le partage en considération de l'indemnité équitable à laquelle il aurait en principe droit, en raison de l'impossibilité du partage de la prévoyance professionnelle de la demanderesse, soit favorable à la demanderesse, il reste admissible en regard des articles 123 al. 1 et 124 CCS.

Ainsi que le juge civil l'a rappelé, lorsqu'un cas de prévoyance est déjà survenu pour l'un des époux, le partage de la prestation de sortie ne peut être effectué par la caisse de prévoyance au sens de l'art. 141 CC. La nouvelle réglementation en matière de prévoyance fait en effet une distinction selon que le divorce est prononcé avant la survenance d'un cas de prévoyance (art. 122 et 123 CC) ou après (art. 124 CC). La survenance effective d'un cas de prévoyance rend le partage des avoirs de prévoyance impossible, si minimes soient les prestations versées ou les avoirs à leur base. Dans cette hypothèse, la seule possibilité qui reste au juge du divorce est de fixer le montant de l'indemnité équitable en tenant compte de cet élément (SUTTER/FREIBURGHAUS, op. cit., ad. Art. 124 n°3).

Tel est donc le cas en l'espèce et c'est ainsi qu'il faut interpréter le jugement de divorce: estimant qu'il serait inéquitable de tenir compte d'une part de sa prévoyance de la demanderesse, à imputer sur la prestation de libre passage du demandeur, le juge civil a accepté que le demandeur verse à la demanderesse une indemnité équitable, équivalent à la moitié de ses avoirs de prévoyance et ce, par la cession à la demanderesse d'une partie de la prestation de sortie (cf. Jacques-André SCHNEIDER/Christian BRUCHEZ, la prévoyance professionnelle et le divorce, p. 245, ch. 4.5.3).

L'indemnité équitable au sens de l'art. 124 CC, qu'elle soit versée sous forme de capital ou sous forme de rente, doit servir, selon l'opinion de certains auteurs, à

assurer la prévoyance du conjoint créancier, et non son entretien courant (BAUMANN/LAUTERBURG, in Schwenzler [éd.], FamKomm Scheidung, 2005, n. 69 ad art. 124 CC; GRÜTTER/SUMMERMATTER, Erstinstanzliche Erfahrungen mit dem Vorsorgeausgleich bei Scheidungen, insbesondere nach Art. 124 ZGB, in FamPra.ch 2002 p. 641 ss, 667). C'est pourquoi ces auteurs préconisent que lorsqu'un cas de prévoyance n'est pas encore survenu chez le conjoint créancier, cette indemnité équitable ne soit pas versée sur un compte à sa libre disposition, mais sous une forme qui garantisse le maintien de l'indemnité à des fins de prévoyance jusqu'à la survenance d'un cas de prévoyance (BAUMANN/LAUTERBURG, op. cit., n. 69 ad art. 124 CC; cf. KOLLER, Wohin mit der angemessenen Entschädigung nach Art. 124 ZGB?, in RJB 138/2002 p. 1 ss, 4). Ces mêmes auteurs soulignent en revanche que dès que le cas de prévoyance est survenu chez le conjoint créancier, rien ne s'oppose à ce que celui-ci puisse obtenir le versement de l'indemnité en espèces et en disposer librement (BAUMANN/LAUTERBURG, op. cit., n. 70 ad art. 124 CC; cf. KOLLER, op. cit., p. 6).

En l'occurrence, le partage de l'avoir du demandeur est en réalité une modalité du versement de l'indemnité que le juge civil a souhaité voir allouée à la demanderesse. Celle-ci étant déjà au bénéfice d'une rente AI, il n'est pas obligatoire de verser le montant dû sur un compte de prévoyance, comme en cas de partage, mais sur le compte de son choix. Or, l'assurée a fait ouvrir un compte de libre passage à l'UBS et a confirmé ce choix.

Les dates pertinentes sont, d'une part, celle du mariage, le 29 mai 1984, d'autre part le 14 janvier 2010, date à laquelle le jugement de divorce est devenu exécutoire.

Selon les documents produits, la prestation acquise pendant le mariage par le demandeur est de 123'317 fr. 50. Ainsi le demandeur doit à son ex-épouse le montant de 61'658 fr 75 (123'317 fr. 50 fr. : 2).

4. Par ailleurs, selon les art. 8a de l'ordonnance fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité (OLP) et 12 de l'ordonnance fédérale sur la prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2), le taux d'intérêt applicable à la prestation de sortie acquise avant le mariage est de 4% jusqu' au 31 décembre 2002, 3,25% en 2003, 2,25% en 2004, 2,5% dès le 1er janvier 2005, 2,75% dès le 1er janvier 2008 et 2% dès le 1^{er} janvier 2009. En l'espèce, l'intégralité de l'avoir de prévoyance a été accumulé durant le mariage, de sorte qu'il n'y a pas d'intérêts à calculer.
5. Conformément à la jurisprudence, depuis le jour déterminant pour le partage jusqu'au moment du transfert de la prestation de sortie ou de la demeure, le conjoint divorcé bénéficiaire de cette prestation a droit à des intérêts compensatoires sur le

montant de celle-ci. Ces intérêts sont calculés au taux minimum légal selon l'art. 12 OPP 2 ou selon le taux réglementaire, si celui-ci est supérieur (ATF 129 V 255 consid. 3).

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 :**

1. Invite la Fondation de prévoyance en faveur de EMS & similaires à transférer, du compte de Monsieur R_____, la somme de 61'658 fr 75 fr. à la fondation de libre passage d'UBS SA en faveur de Madame R_____, née S_____, (cpte bancaire UBS SA) ainsi que des intérêts compensatoires au sens des considérants, dès le 14 janvier 2010 jusqu'au moment du transfert.
2. L'y condamne en tant que de besoin.
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 auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF ; RS 173.110); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

La présidente

Florence SCHMUTZ

Sabina MASCOTTO

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