

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1915/2009

ATAS/1160/2009

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 2

du 22 septembre 2009

En la cause

Madame C _____, domiciliée au GRAND-SACONNEX,
comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Pierre
GABUS

demandeurs

Monsieur C _____, domicilié à Genève

contre

FONDATION DE PREVOYANCE EDIFONDO, sise
Stauffacherstrasse 77, BERN

défenderesses

FONDATION DE LIBRE PASSAGE DE LA BANQUE
CANTONALE DE GENEVE, sise Quai de l'Ile 17, GENEVE

**Siégeant : Isabelle DUBOIS, Présidente; Christine BULLIARD MANGILI et Evelyne
BOUCHAARA , Juges assesseurs.**

EN FAIT

1. Par jugement du 19 mars 2009, la 2ème chambre du Tribunal de première instance a prononcé le divorce de Madame C_____, née en 1960, et Monsieur C_____, né en 1956, mariés en date du 2 mars 1977.
2. Selon le chiffre 5 du jugement précité, le Tribunal de première instance a ordonné le partage par moitié des avoirs de prévoyance professionnelle acquis par le demandeur et en mains de la FONDATION DE PREVOYANCE EDIFONDO, après avoir constaté que la demanderesse n'avait jamais exercé d'activité lucrative, et que le demandeur, bien qu'invalidé, n'était pas au bénéfice d'une rente de la prévoyance professionnelle.
3. Le jugement de divorce est devenu définitif le 27 mai 2009 et a été transmis d'office au Tribunal de céans le 2 juin 2009 pour exécution du partage.
4. Le Tribunal de céans a interpellé les parties, ainsi que la FONDATION DE PREVOYANCE EDIFONDO, aux fins de déterminer le montant de l'avoir LPP à partager, soit pour la période du 2 mars 1977 au 27 mai 2009.
5. Par courrier du 2 juillet 2009, la demanderesse a confirmé n'avoir jamais cotisé à la LPP. Selon le courrier de la FONDATION DE PREVOYANCE EDIFONDO du même jour, l'avoir de prévoyance du demandeur, constitué depuis 1984, est de 115'913 fr. 15 au jour du divorce. Cependant, le partage ne serait pas réalisable au motif qu'un cas de prévoyance serait survenu.
6. Par courrier du 6 juillet 2009, la juridiction a prié la FONDATION DE PREVOYANCE EDIFONDO de bien vouloir établir, cas échéant, que le demandeur est au bénéfice d'une rente servie par elle. Dans sa réponse du 10 juillet, celle-ci communique copie de son courrier du 15 novembre 2002 au demandeur l'informant qu'en application de son règlement il n'a aucun droit à une rente d'invalidité.
7. Sur quoi, la juridiction a informé les parties, par courrier du 14 juillet 2009, que le partage serait effectué sur les bases communiquées, dans la mesure où aucun cas de prévoyance n'était concrètement survenu. Un délai au 15 août 2009 leur était accordé pour d'éventuelles remarques. Le 25 août, la demanderesse a communiqué les coordonnées de son compte de libre passage à la BANQUE CANTONALE DE GENEVECG.
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 (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. Le partage des prestations de sortie est une institution ressortissant au droit du divorce (GEISER, zur Frage des Massgeblichen Zeitpunkts beim Vorsorgeausgleich, FamPRa 2004, p. 305). Dès lors, le moment déterminant pour son exécution est celui de l'entrée en force du jugement de divorce ou tout au moins des points permettant son exécution. Si un cas de prévoyance survient avant cette date, l'application de l'article 122 CC est exclue au profit de l'article 124 CC. Inversement, si un cas de prévoyance survient après cette date, la question demeure régie par le seul article 122 CC (cf. GEISER, opus cité, page 307-308). Pour le même motif, la survenance d'un cas de prévoyance alors que la procédure est pendante auprès du juge des assurances, reste sans influence sur l'application de l'article 122 CC, qui continue à s'appliquer.

L'application de l'art. 122 al. 1 CC présuppose donc que l'époux dispose d'un droit à une prestation de sortie à l'encontre de son institution de prévoyance (cf. ATF 128 V 41 consid. 3b p. 48; 127 III 433 consid. 2b p. 437 et les références). Savoir si un époux dispose d'un tel droit est une question relative au rapport de prévoyance et qui relève de la compétence matérielle du juge des assurances sociales; toutefois, le juge du divorce, qui doit régler le sort de la prévoyance professionnelle des époux, doit examiner la question à titre préjudiciel (ATF 128 V 41 consid. 1, 2c in fine, 3b et les références.). Selon le TFA, est seule décisive la naissance d'un droit concret à

des prestations de la prévoyance professionnelle, qui rend impossible le partage des avoirs de prévoyance à la base des prestations servies. En effet, aux termes de l'art. 2 al. 1 LFLP, si l'assuré quitte l'institution de prévoyance avant la survenance d'un cas de prévoyance, il a droit à une prestation de sortie. La survenance du cas de prévoyance est donc le critère décisif pour juger de 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. En règle générale, le cas de prévoyance "vieillesse" se produit, pour les hommes, dès qu'ils ont atteint l'âge de 65 ans et, pour les femmes, dès qu'elles ont atteint l'âge de 62 ans. Interprétant l'art. 2 al. 1 en relation avec l'art. 1 al. 2 LFLP, le TFA a jugé que l'assuré n'a droit à la prestation de sortie que s'il quitte la caisse avant d'avoir atteint l'âge réglementaire pour prendre une retraite anticipée. Il a ainsi nié l'existence du droit à la prestation de sortie lorsque la résiliation du rapport de travail intervient à un âge auquel l'assuré peut, en vertu des dispositions du règlement de l'institution de prévoyance, prétendre à des prestations de vieillesse au titre de la retraite anticipée (ATF 129 V 381 consid. 4 p. 382; 126 V 89 consid. 5a p. 92 [question laissée ouverte]; 120 V 306 consid. 4a p. 309 [ancien droit]). Il a cependant déclaré que cette jurisprudence ne peut pas être appliquée lorsque les prestations de sortie doivent être partagées entre les époux en cas de divorce, contrairement à ce que proposent Schneider/Bruchez (La prévoyance professionnelle et le divorce, in *Le nouveau droit du divorce*, Lausanne 2000, p. 221 et note 121). Le conjoint ne saurait être privé de la moitié des avoirs de prévoyance à laquelle il a droit en cas de divorce en vertu de l'art. 122 al. 1 CC; selon la volonté du législateur, chaque époux a un droit inconditionnel à la moitié des expectatives de prévoyance constituées pendant le mariage (ATF 129 III 577 consid. 4 p. 578; cf. Message concernant la révision du code civil suisse du 15 novembre 1995, in FF 1996 I 1 ss, 101). En cas de divorce, la survenance du cas de prévoyance "vieillesse" se produit donc au moment où l'assuré perçoit réellement des prestations de vieillesse de son institution de prévoyance professionnelle, et non pas déjà dès l'instant où il pourrait prendre une retraite anticipée selon le règlement de son institution de prévoyance. Tant que l'assuré ne reçoit pas de telles prestations, il dispose d'une prestation de sortie à l'égard de sa caisse; le partage de celle-ci est donc possible et le conjoint y a droit en vertu de l'art. 122 al. 1 CC. (ATF 129 V 444 consid. 5.1 p. 446 et les références ; ATFA du 18 décembre 2003 5C.108/2003 et les références; voir aussi le cas de la retraite partielle , ATAS 786/2004 du 30 septembre 2004). Tel est le cas également s'agissant de l'invalidité. Seul le versement concret d'une rente correspond à la survenance d'un cas de prévoyance, qui rend le partage techniquement impossible (cf. ATAS 865/2005; ATAS 700/2005; ATF 129 V 444 consid. 5.1).

-
4. En l'espèce, le partage est encore techniquement possible, et peut donc être exécuté, conformément aux instructions du juge de première instance, qui a ordonné le partage par moitié des prestations de sortie acquises durant le mariage par le demandeur, et dont il dispose sur le compte de la FONDATION DE PREVOYANCE EDIFONDO. Les dates pertinentes sont, d'une part, celle du mariage, le 2 mars 1977, d'autre part le 27 mai 2009, date à laquelle le jugement de divorce est devenu exécutoire. Selon les documents produits, la prestation à partager est de 115'913 fr. 15, de sorte que le demandeur doit à son ex-épouse le montant de 57'956 fr. 60 (115'913 fr. 15 : 2).
 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 PREVOYANCE EDIFONDO à transférer, du compte de M. C _____, la somme de 57'956 fr. 60. à la FONDATION DE LIBRE PASSAGE DE LA BANQUE CANTONALE DE GENEVE sur le compte de Mme C _____, ainsi que des intérêts compensatoires au sens des considérants, dès le 27 mai 2009 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 :

Maryse BRIAND

Isabelle DUBOIS

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