

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2029/2009

ATAS/1104/2010

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 2

du 2 novembre 2010

En la cause

Madame C _____, à Genève

demanderesse

Monsieur C _____, à Etrembières, France

demandeur

contre

FONDATION INSTITUTION SUPPLEMENTIVE LPP, place
St-François 12, 1003 Lausanne

défenderesses

FONDATION INSTITUTION SUPPLEMENTIVE LPP, case postale,
8036 Zurich

FONDATION DE LIBRE PASSAGE DE LA BANQUE
CANTONALE DE GENEVE, sise quai de l'Ile 17, 1204 Genève

**Siégeant : Sabina MASCOTTO, Présidente, Diane BROTO et Eugen MAGYARI, Juges
assesseurs.**

EN FAIT

1. Par jugement du 30 octobre 2008, la 18^{ème} Chambre du Tribunal de première instance a prononcé la dissolution du mariage contracté le 4 avril 1991 à Genève par Madame C_____, née D_____ en 1969 et Monsieur C_____, né en 1965.
2. Selon le chiffre 16 du dispositif du jugement précité, le Tribunal de première instance a ordonné le partage par moitié des avoirs de prévoyance professionnelle acquis par chacun des époux durant le mariage.
3. Le jugement de divorce est devenu définitif le 6 janvier 2009 et a été transmis d'office au Tribunal de céans le 11 juin 2009 pour exécution du partage.
4. Le Tribunal de céans a sollicité des demandeurs par courriers des 25 juin, 23 juillet et 14 août 2009 le nom de leur institution de prévoyance ou à défaut de leurs employeurs ou ex-employeurs. N'ayant pas obtenu de réponse, il a demandé un extrait des comptes individuels de la demanderesse à la Caisse cantonale genevoise de compensation et du demandeur à la Caisse suisse de compensation puis a interpellé les institutions de prévoyance en les priant de lui communiquer les montants des avoirs LPP des parties acquis durant le mariage, soit entre le 4 avril 1991 et le 6 janvier 2009.
5. L'instruction menée par le Tribunal a permis d'établir les faits suivants :
 - a) S'agissant des avoirs de prévoyance du demandeur :
 - Par courrier du 28 septembre 2009, la FONDATION INSTITUTION SUPPLEMENTIVE LPP de Lausanne a indiqué que le demandeur est inconnu à son agence.
 - Par courriers du 1^{er} octobre 2009 et du 26 avril 2010, la FPMB FONDATION DE PREVOYANCE DE LA METALLURGIE DU BATIMENT a indiqué que le demandeur a été affilié auprès d'elle du 1^{er} septembre 1986 au 30 juin 1987, du 3 mai 1989 au 1^{er} septembre 1989 et du 23 septembre 1992 au 25 juin 1993. Sa prestation de libre passage de 3'029 fr. 35 a été transférée auprès de la BANQUE CANTONALE DE GENEVE sur un compte de libre passage.
 - Par courrier du 2 février 2010, HELVETIA COMPAGNIE SUISSE D'ASSURANCES SUR LA VIE SA a répondu au Tribunal que le demandeur ne se trouvait pas dans la base de données de ses assurés LPP.
 - Par courrier du 5 mars 2010, LA FONDATION DE LIBRE PASSAGE DE LA BANQUE CANTONALE DE GENEVE a indiqué que l'avoir de libre passage

du demandeur se montait à 4'540 fr. 55 au 6 janvier 2009, après versement de la FPMB.

- Par courrier du 24 mars 2010, ALLIANZ SUISSE SOCIETE D'ASSURANCES SUR LA VIE SA confirme que le demandeur a été affilié auprès d'elle du 1^{er} avril 1995 au 1^{er} mars 1997, la prestation de sortie de 3'224 fr 55 ayant été transférée à sa nouvelle caisse, la BALOISE.
- Par courrier du 7 avril 2010, la FONDATION DE PREVOYANCE MANPOWER a répondu au Tribunal que le demandeur n'avait pas été affilié auprès d'elle vraisemblablement parce que la durée de son contrat de travail avait été inférieure à celle pour laquelle une affiliation est obligatoire.
- Par courrier du 12 mai 2010, la BALOISE a précisé que le demandeur était affilié auprès d'elle depuis le 2 juin 1997, une prestation de libre passage a été versée le 2 octobre 1997 par ELVIA LEBEN de 3'224 fr 55. Le demandeur est en incapacité de travail à 100% depuis le 8 novembre 1997, de sorte que sa police était libérée des primes et que le partage n'était plus possible, seule une indemnité équitable étant envisageable. Interpellée au sujet du montant de l'avoir au 6 janvier 2009, elle a précisé par courrier du 13 juillet 2010 que l'avoir de vieillesse s'élève à 40'037 fr. au 6 janvier 2009, y compris le transfert de ELVIA, mais a précisé qu'après la survenance d'un cas de prévoyance, elle ne peut plus verser d'indemnité de divorce, seule une indemnité équitable étant due. De plus, elle ne peut pas non plus verser d'indemnité de divorce si, au moment de l'ouverture du règlement judiciaire, elle n'est plus l'institution de prévoyance compétente ou que la personne assurée auprès d'elle ne bénéficie pas de son entière capacité de travail.
- Selon l'extrait des comptes individuels de l'AVS, le demandeur est au bénéfice d'une rente d'invalidité depuis juillet 1998, alors que son ex-épouse déclare lors de la procédure de divorce que sa demande de prestations d'invalidité lui a été refusée.
- Selon le courrier de l'Office cantonal AI du 16 juillet 2010, le demandeur est au bénéfice d'une rente entière d'invalidité depuis le 1^{er} mars 2000 (taux d'invalidité de 100%) et à trois quart de rente depuis le 1^{er} janvier 2004 (taux d'invalidité de 66%).
- Interrogé sur la réalisation d'un cas d'assurance, la Bâloise a indiqué par pli du 30 août 2010 que le montant chiffré de la rente d'invalidité de l'assuré n'avait pas été fixé par l'office AI, de sorte que la question de la surindemnisation n'avait pas été examinée et qu'aucune rente d'invalidité LPP n'était versée.

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

-
- Par courrier du 1^{er} juillet 2009, la FONDATION INSTITUTION SUPPLEMENTIVE LPP de Lausanne a indiqué que la demanderesse a cotisé auprès d'elle du 1^{er} mai 2006 au 31 août 2008 et que la prestation de sortie est de 9'446 fr., y compris les intérêts jusqu'au 31 décembre 2008.
 - Par courrier du 7 août 2009, la CIA CAISSE DE PREVOYANCE DU PERSONNEL ENSEIGNANT DE L'INSTRUCTION PUBLIQUE ET DES FONCTIONNAIRES DE L'ADMINISTRATION DU CANTON DE GENEVE a indiqué que la demanderesse n'avait jamais été affiliée auprès d'elle.
 - Par courrier du 9 septembre 2009, ZURICH COMPAGNIE D'ASSURANCES SA a indiqué que la demanderesse avait été affiliée auprès de leur fondation du 1^{er} janvier 1994 au 31 août 1995. Son avoir de libre passage de 1'626 fr. a été transféré en date du 30 novembre 1997 à la FONDATION INSTITUTION SUPPLEMENTIVE LPP de Zurich.
 - Par courrier du 24 septembre 2009, PV-PROMEIA a indiqué que la demanderesse avait été assurée auprès de sa caisse de pensions du 1^{er} janvier 2002 au 28 février 2006. Pendant cette période, les cotisations d'épargne accumulées s'élevaient à 10'901 fr. 70. En date du 24 novembre 2008, un avoir de libre passage de 11'996 fr. 10 a été transféré à la FONDATION INSTITUTION SUPPLEMENTIVE LPP de Lausanne. Le 4 juin 2002, PV-PROMEIA a reçu pour la demanderesse une prestation de libre passage de 3'125 fr. 50 de la GENEVOISE COMPAGNIE D'ASSURANCES SUR LA VIE.
 - Par courrier du 28 septembre 2009, la CIA a confirmé les termes de son courrier du 7 août 2009.
 - Par courrier du 2 octobre 2009, la FONDATION INSTITUTION SUPPLEMENTIVE LPP de Zurich a indiqué que la prestation de libre passage de la demanderesse au 5 octobre 2009 se montait à 15'533 fr. 90. Elle a précisé qu'un montant de libre passage de 1'661 fr. 65 lui avait été transféré par GENEVOISE ASSURANCES en date du 1^{er} décembre 1997, un montant de 1'280 fr. par la FONDATION INSTITUTION SUPPLEMENTIVE LPP de Lausanne le 17 février 1999 et un montant de 11'996 fr. par PV-PROMEIA le 11 décembre 2008. Au 1^{er} janvier 2009, la demanderesse disposait d'une prestation de libre passage de 13'472 fr. 95 sur un compte et de 1'969 fr. 45 sur un autre.

Ainsi, l'avoir de vieillesse du demandeur, qui ne correspond toutefois pas à une prestation de libre passage, s'élève à 40'037 fr., sa prestation de libre passage auprès de la Fondation de la BCG à 4'540 fr. 55, la prestation de libre passage de la demanderesse s'élève à 24'979 fr. 90 (15'533 fr.90 + 9'446 fr.).

Ces informations, ainsi que le fait que le partage n'était pas possible de fait de la réalisation d'un cas d'assurance ont été transmis aux parties en date du 23 juillet 2010. Le dernier courrier de la Bâloise leur a été adressé le 22 septembre 2010 et la juridiction leur a indiqué qu'à défaut d'observations d'ici au 4 octobre 2010 un arrêt serait rendu sur cette base.

6. 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. a) 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).

Sauf disposition réglementaire plus étendue, un cas de prévoyance lié à l'invalidité est réalisé lorsque l'un des époux a présenté une incapacité de travail (art. 6 LPGA) d'au moins 40 % en moyenne durant une année sans interruption notable et qu'au terme de cette année, il est invalide (art. 8 LPGA) à 40 % au moins, et qu'il touche une rente d'invalidité de l'institution de prévoyance professionnelle, respectivement qu'il a reçu cette prestation sous la forme d'un versement en capital (art. 23 LPP en corrélation avec l'art. 28 al. 1 let. b et c LAI). Une invalidité partielle suffit pour qu'on admette un cas de prévoyance (ATF 129 III 481 consid. 3.2.2 p. 484 et les références). Le moment déterminant pour décider si un cas de prévoyance est survenu est l'entrée en force du prononcé de divorce (ATF 132 III 401).

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. Une indemnité équitable est due lorsqu'un cas de prévoyance est déjà survenu pour l'un des époux ou pour les deux ou que les prétentions en matière de prévoyance professionnelle acquises durant le mariage ne peuvent être partagées pour d'autres motifs (art. 124 al. 1 CC). Lorsqu'une indemnité équitable est versée à l'un des époux en vertu de l'art. 124 CC, le jugement de divorce peut prescrire qu'une partie de la prestation de sortie sera imputée sur l'indemnité équitable (art. 22b al. 1 LFLP). Cette forme de paiement présuppose qu'une prestation de sortie, ou une partie de celle-ci, est encore disponible et que - selon l'appréciation du juge du divorce - l'attribution d'une rente ou d'un capital n'entre pas en considération en raison de la situation financière de l'époux débiteur. Dans un cas de prévoyance lié à une invalidité partielle, où ce n'est pas la totalité de l'avoir de vieillesse qui est converti en une rente, mais où une partie de cet avoir est assimilé à l'avoir de vieillesse d'un assuré pleinement valide et reste susceptible - en principe - d'être partagé comme une prestation de sortie, l'indemnité équitable de l'art. 124 CC peut être versée en application de l'art. 22b LFLP (ATF 129 III 481 consid. 3.5 p. 488). Le montant concerné peut alors être transféré à l'institution de prévoyance du conjoint créancier ou versé sur un compte de libre passage ou une police de libre passage au nom du conjoint créancier (cf. ATF 132 III 145 consid. 4.5 p. 154).

Le Tribunal fédéral a précisé que lorsqu'un partage des prestations de sortie selon l'art. 122 CC n'est pas possible et qu'il y a lieu à paiement d'une indemnité équitable selon l'art. 124 CC, le législateur n'a pas prévu - sous réserve du cas prévu à l'art. 22b LFLP, qui présuppose qu'aucun cas de prévoyance ne soit survenu pour l'époux débiteur (cf. WALSER, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch n. 16 ad art. 124 CC) - que cette indemnité puisse être versée sous une forme liée.

En l'absence d'une base légale qui prévoit le versement de l'indemnité équitable au sens de l'art. 124 CC sous une forme liée et qui règle les modalités d'un tel versement sur le plan des assurances sociales, le juge ne peut pas ordonner qu'une indemnité équitable dont le conjoint débiteur doit s'acquitter au moyen de son patrimoine libre soit versée à l'institution de prévoyance du conjoint créancier, ni qu'elle soit versée sur un compte de libre passage ou une police de libre passage au nom du conjoint créancier. Cela dit, rien n'empêche le juge d'entériner un éventuel accord des parties en ce sens, lorsqu'il est établi que l'accord conclu peut être exécuté sur le plan du droit de la prévoyance. A défaut d'accord, l'indemnité équitable doit être versée en main de l'époux créancier (ATF 132 III 145).

b) 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. Le calcul des intérêts ne se pose pas en l'espèce.

3. En l'espèce, le juge de première instance a ordonné le partage par moitié des prestations de sortie acquises durant le mariage par les demandeurs. Les dates pertinentes sont, d'une part, celle du mariage, le 4 avril 1991, d'autre part le 6 janvier 2009, date à laquelle le jugement de divorce est devenu exécutoire.

Selon les documents produits, la prestation acquise pendant le mariage par la demanderesse est de 24'979 fr. 90, les intérêts ayant déjà été calculés par les institutions de prévoyance défenderesses. Toutefois, compte tenu du fait qu'un cas de prévoyance s'est effectivement réalisé en 2000, soit avant le prononcé du divorce, le demandeur ayant été mis au bénéfice d'une rente d'invalidité entière depuis lors, puis d'un trois quart de rente depuis 2004, le partage de la prestation de libre passage du demandeur n'est légalement plus possible. On sait que son avoir de vieillesse auprès de la Bâloise s'élève à 40'037 fr., sa prestation de libre passage auprès de la Fondation de la BCG à 4'540 fr. 55.

Cela étant, le Tribunal de première instance disposera, suite à l'instruction menée par le Tribunal de céans, du montant de l'avoir de vieillesse du demandeur et de la prestation de libre passage de la demanderesse, afin de déterminer s'il y a lieu de fixer une indemnité équitable, de quel montant, s'il faut lui imputer une partie de la prestation de libre passage de l'épouse et si celle-ci accepte que l'indemnité équitable due par son ex-mari soit versée auprès de son institution de prévoyance ou sur un compte libre.

Toutefois, compte tenu des dernières informations de la Bâloise selon lesquelles le demandeur ne percevrait pas de rente d'invalidité, qui n'a pas été chiffrée, par manque de collaboration augure d'une instruction difficile, voire impossible s'agissant de déterminer s'il dispose de fonds libres pour verser une indemnité équitable.

4. 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. Renvoie la cause au Tribunal de première instance pour qu'il statue sur l'octroi d'une indemnité équitable.
2. Dit que la procédure est gratuite.
3. 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 :

Isabelle CASTILLO

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