

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2143/2016

ATAS/816/2016

COUR DE JUSTICE
Chambre des assurances sociales

Arrêt du 13 octobre 2016

3^{ème} Chambre

En la cause

Monsieur A_____, domicilié au PORTUGAL

Madame B_____, domiciliée à VERSOIX, comparant avec élec-
tion de domicile en l'étude de Maître MEYER Daniel

demandeurs

**Siégeant : Karine STECK, Présidente, Christian PRALONG et Claudiane CORTHAY,
Juges assesseurs.**

EN FAIT

1. En mai 2007, Madame B_____ C_____, née le _____ 1956, a saisi le Tribunal de première instance d'une demande unilatérale en divorce envers Monsieur A_____, né le _____ 1954, qu'elle avait épousé en date du 22 janvier 1977.
2. Avant que l'instance genevoise n'ait pris fin, le Tribunal de Pombal (Portugal) a prononcé le divorce par jugement du 11 février 2013.
3. Par jugement du 12 avril 2016, la 21^{ème} chambre du Tribunal de première instance a reconnu le jugement de divorce du 11 février 2013 et a ordonné le partage par moitié des avoirs acquis par chacun des époux durant le mariage.
4. Ce jugement, devenu définitif le 2 juin 2016, a été transmis d'office à la chambre de céans pour exécution du partage.
5. La chambre de céans a sollicité des parties le nom de leur institution de prévoyance, puis des dites institutions de lui communiquer les montants des avoirs LPP acquis par les intéressés durant le mariage.
6. S'agissant du demandeur - dont il convient de relever qu'il n'avait pas encore atteint l'âge de cotiser au deuxième pilier (25 ans) au moment du mariage -, il est apparu, après consultation du rassemblement de ses comptes individuels :
 - que de 1980 à 1988, il a travaillé dans un hôtel-restaurant et été affilié à la caisse de pension GASTROSOCIAL, auprès de laquelle il a accumulé un avoir qui s'élevait, en date du 2 juin 2016, à CHF 14'694.90 (cf. courrier de la caisse de pension du 30 août 2016) ;
 - que de 1988 à fin 2012, il a été employé par le COMITE D_____ et affilié à la caisse de pension du CICR, auprès de laquelle il a accumulé un avoir qui s'élevait, en date du 1er janvier 2013, à CHF 761'936.15 ;
 - que le demandeur avait pris sa retraite en date du 1er janvier 2013, date à compter de laquelle le transfert d'une partie de la prestation n'était donc plus réalisable (cf. courrier du 20 septembre 2016).
7. Quant à la demanderesse - dont il convient de relever qu'elle n'avait pas non plus atteint l'âge de cotiser au deuxième pilier (25 ans) au moment du mariage -, il s'est avéré, après consultation du rassemblement de ses comptes individuels :
 - qu'elle n'a commencé à réaliser un revenu suffisant pour être soumis à cotisation qu'en 1984 ; qu'elle travaillait alors - et jusqu'en 1987 - pour l'hôtel E_____ et était affiliée à SWISSLIFE, qui a transféré son avoir sur une police de libre passage (45DB93 ; cf. courrier du 26 août 2016) ; qu'il s'élevait, en date du 2 juin 2016, à CHF 14'973.90 ;

- qu'elle a ensuite, après une période de chômage, travaillé pour Madame F_____, sans que puisse être retrouvée trace d'un éventuel avoir accumulé durant cette période (cf. courrier de Mme F_____ du 3 octobre 2016) ;

- que depuis 1990, elle est employée par la FONDATION G_____ et affiliée auprès de la fondation PREVEMSS, auprès de laquelle elle a accumulé un avoir qui s'élevait, en date du 2 juin 2016, à CHF 181'258.15 (cf. courrier de la fondation du 1er septembre 2016).

8. Les documents recueillis au cours de l'instruction ont été transmis aux parties.

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 la chambre des assurances sociales de la Cour de justice depuis le 1^{er} janvier 2011, doit, après que l'affaire lui a été transmise (art. 281 al. 3 du Code de procédure civile du 19 décembre 2008 – CPC - RS 272), exécuter d'office le partage sur la base de la clé de répartition déterminée par le juge du divorce.
2. 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, le 22 janvier 1977, date du mariage, d'autre part le 11 février 2013, date à laquelle le divorce a été prononcé.

Cependant, le demandeur étant bénéficiaire de prestations de sa caisse de pension depuis le 1^{er} janvier 2013, soit antérieurement au divorce, la question se pose de savoir si le partage ordonné peut être exécuté.

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'art. 122 CC est exclue au profit de l'art. 124 CC. Inversement, si un cas de prévoyance survient après cette date, la question demeure régie par le seul art. 122 CC (cf. GEISER, op. cit., p. 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'art. 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, de sorte que le partage n'est techniquement plus possible. En ce cas, seule une indemnité équitable peut alors être fixée par le juge civil (ATF 129 V 444 consid. 5.1; Thomas GEISER, *Le nouveau droit du divorce et les droits en matière de prévoyance professionnelle*, in *De l'ancien au nouveau droit du divorce*, 1999, p. 79).

Cette solution est retenue par la doctrine quasi unanime (GEISER, *Vorsorgeausgleich : Aufteilung bei Vorbezug für Wohneigentumserwerb und nach Eintreten eines Vorsorgefalls*, FamPra 2002 p. 86 et *Berufliche Vorsorge im neuen Scheidungsrecht*, in : *Vom alten zum neuen Scheidungsrecht*, n. 2.97; BAUMANN/LAUTERBURG, *Praxiskommentar, Scheidungsrecht 2000*, n. 18 et 20 ad art. 122 CC; WALSER, *Commentaire bâlois*, n. 4 ad art. 124 CC; TRIGO TRINDAD, *Prévoyance professionnelle, divorce et succession*, SJ 2000 II p. 493; KIESER, *Ehescheidung und Eintritt des Vorsorgefalles der beruflichen Vorsorge – Hinweise für die Praxis*, PJA 2001 p. 155, 156; GRUTTER/SUMMMERMATTER, *Erstinstanzliche Erfahrungen mit dem Vorsorgeausgleich bei Scheidung*, insbesondere nach art. 124 ZGB, FamPra 2002 p. 641, 647; SUTTER/ FREIBURGHaus, *Kommentar zum neuen Schidungsrecht*, n. 3 ad art. 124 CC).

4. En l'espèce, force est de constater que le demandeur est à la retraite et bénéficie de la rente y relative depuis le 1^{er} janvier 2013, c'est-à-dire antérieurement à l'entrée en force du jugement de divorce, ce qui rend impossible le partage des avoirs de prévoyance (cf. ATAS 515/2007 du 15 mai 2007).

Les parties sont, par conséquent, invitées à saisir le juge du divorce d'une demande d'indemnité équitable.

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,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :**

1. Constate que le partage des avoirs de prévoyance ordonné par le juge du divorce est impossible.
2. Invite les demandeurs à mieux agir devant le juge du divorce.
3. Raye la cause du rôle.
4. Dit que la procédure est gratuite.
5. 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

Marie-Catherine SECHAUD

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