

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2184/2007

ATAS/538/2008

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 1

du 29 avril 2008

En la cause

Madame S _____, domiciliée au GRAND-LANCY

demandeurs

Monsieur S _____, domicilié à GENEVE

**Siégeant : Doris WANGELER, Présidente, Monsieur STOLLER FÜLLEMANN et
Norbert HECK, Juges assesseurs.**

EN FAIT

1. Par jugement du 28 mars 2007, la 13^{ème} chambre du Tribunal de première instance a prononcé le divorce de Madame S _____, née T _____, et Monsieur S _____, mariés en date du 11 décembre 1998.
2. Selon le chiffre 13 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 prononcé du divorce est devenu définitif le 26 mai 2007 et a été transmis d'office au Tribunal de céans le 6 juin 2007 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 11 décembre 1998 et le 26 mai 2007.
5. L'instruction menée par le Tribunal de céans a permis d'établir les faits suivants :

a) s'agissant des avoirs de Madame S _____:

- Par courrier du 19 mars 2008, la CAISSE DE PREVOYANCE DU PERSONNEL DE L'INSTRUCTION PUBLIQUE ET DES FONCTIONNAIRES DE L'ADMINISTRATION DU CANTON DE GENEVE (CIA) a informé le Tribunal de céans que la demanderesse avait été mise au bénéfice, par décision de l'OFFICE CANTONAL DE L'ASSURANCE-INVALIDITE du 7 janvier 2008 d'une rente entière d'invalidité avec effet rétroactif au 1^{er} septembre 2005. Aussi verse-t-elle une pension d'invalidité CIA à 100% à la demanderesse, depuis le 1^{er} février 2008 avec effet rétroactif au 1^{er} septembre 2005, étant précisé que la fin du droit au salaire de celle-ci étant survenue au 1^{er} octobre 2006, elle lui a versé une prestation provisoire d'invalidité CIA depuis cette date.
- La CIA a déclaré, à titre strictement indicatif, que la prestation de sortie de la demanderesse aurait été de **56'562 fr. 80**, si celle-ci avait continué jusqu'au 31 mai 2007 son activité professionnelle auprès du Département de l'instruction publique.

b) s'agissant des avoirs de Monsieur S _____:

- Le demandeur a été affilié auprès de SWISSLIFE, de la CAISSE INTER-ENTREPRISE DE PREVOYANCE PROFESSIONNELLE (CIEPP), de HELVETIA ASSURANCES, Prévoyance entreprises, et de la FONDATION

INSTITUTION SUPPLETIVE LPP, Administration des comptes de libre passage à Zurich. Cette dernière institution a, par courrier du 11 décembre 2007, indiqué que la prestation de libre passage du demandeur était de **10'330 fr. 05**, intérêts au 26 mai 2007 compris.

- Il ressort de l'extrait du compte individuel de cotisations AVS transmis par la CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION AVS-AI sur demande du Tribunal de céans, que les revenus réalisés par le demandeur les années précédant son affiliation à SWISSLIFE n'étaient pas suffisants pour être soumis à cotisations LPP.
6. Ces documents ont été transmis aux parties en date du 18 avril 2008. La juridiction leur a indiqué qu'à défaut d'observations d'ici au 28 avril 2008 un arrêt serait rendu sur cette base.
 7. 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.
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 prestations de sortie acquises durant le mariage par les demandeurs. Les dates

pertinentes sont, d'une part, celle du mariage, le 11 décembre 1998, d'autre part le 26 mai 2007, date à laquelle le jugement de divorce est devenu exécutoire.

4. Il y a toutefois lieu de constater que par décision du 7 janvier 2008, l'OFFICE CANTONAL DE L'ASSURANCE-INVALIDITE a reconnu le droit de la demanderesse à une rente entière d'invalidité à compter du 1^{er} septembre 2005. La demanderesse a ainsi été mise au bénéfice d'une pension d'invalidité CIA de 100% depuis le 1^{er} février 2008 avec effet rétroactif au 1^{er} septembre 2005. Une prestation provisoire d'invalidité CIA à 100% lui avait été versée depuis le 1^{er} octobre 2006, date à laquelle son droit au salaire avait pris fin.
5. Or le partage de la prestation de sortie n'est plus possible lorsqu'un cas de prévoyance (invalidité, décès, vieillesse) est survenu pour la personne assurée avant le divorce : conformément à l'art. 122 al. 1 CC, aucun cas de prévoyance ne doit être survenu pour l'un ou l'autre des conjoints.

Le législateur a exclu le partage des avoirs de prévoyance lorsqu'un cas de prévoyance est survenu, essentiellement pour des motifs pratiques. Par la survenance d'un cas de prévoyance au sens de la disposition précitée, il faut entendre la naissance d'un droit concret à des prestations de la prévoyance professionnelle, qui rend impossible le partage des avoirs de prévoyance sur la base des prestations servies (dans ce sens, KIESER, Ehescheidung und Eintritt des Vorsorgefalles der beruflichen Vorsorge - Hinweise für die Praxis, PJA 2001 p. 155). Ainsi, la survenance de l'âge de la retraite ou du droit à des prestations d'invalidité d'un conjoint qui n'a jamais travaillé ou qui n'a jamais été affilié à la prévoyance professionnelle, dans la mesure où il n'entraîne aucun droit à des prestations d'une institution de prévoyance, permet encore le partage des avoirs de la prévoyance professionnelle de l'autre conjoint en sa faveur (Thomas SUTTER/Dieter FREIBURGHAUS, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, ad art. 124 n° 1 et 3; ad art. 122/141-142 n° 13 ss). En revanche, 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, il appartient alors au juge du divorce de fixer le montant de l'indemnité équitable en tenant compte de cet élément (Thomas SUTTER/Dieter FREIBURGHAUS, op. cit., ad art. 124, n° 3 ; ATFA du 30 janvier 2004, cause B 19/03).

En vertu du système des art. 122ss CC, les règles applicables sont différentes selon que le cas de prévoyance est survenu ou non. Un problème concret se pose lorsqu'un cas de prévoyance survient ou risque de survenir en cours de procédure. Cette situation peut se produire tant devant le juge du divorce que devant le juge des assurances. Comme il est fréquent que le cas d'invalidité soit admis avec effet rétroactif, il est également possible que le partage des prestations de sortie entre en force à l'égard de l'institution de prévoyance et qu'ultérieurement, l'institution de

prévoyance admette que le cas de prévoyance est survenu avant l'entrée en force. La loi ne contient aucune disposition réglant expressément ces situations. (J-A. SCHNEIDER / C. BRUCHEZ « La prévoyance professionnelle et le divorce » in *Le nouveau droit du divorce*, p. 255).

Nonobstant les difficultés énoncées ci-dessus, la loi prévoit clairement l'impossibilité de partager les avoirs LPP dans le cas uniquement de la survenance effective du cas de prévoyance.

6. En matière de prévoyance professionnelle obligatoire, il existe une relation étroite, voulue par le législateur, entre le droit à une rente d'invalidité en vertu du premier pilier et celui à une rente du même genre du deuxième pilier (Message du Conseil fédéral à l'appui d'un projet de loi sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, du 19 décembre 1975, FF 1976 I 142 et 200). Dans son commentaire de l'art. 24 al. 1 du projet de LPP, qui correspond à l'art. 26 al. 1 LPP, le Conseil fédéral a indiqué que cette réglementation a pour but de coordonner le début du droit aux prestations de la prévoyance professionnelle et le début du droit à la rente de l'assurance-invalidité. De plus, selon le Tribunal fédéral des assurances, il y a lieu d'interpréter l'art. 26 al. 1 LPP en ce sens que le renvoi aux « dispositions de la loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (art. 29 LAI) » applicables par analogie pour fixer la naissance du droit à la rente de la prévoyance professionnelle vise uniquement l'art. 29 LAI, à l'exclusion de l'art. 48 al. 2 LAI (ATFA non publié du 2 février 2006, B 124/04, consid. 4.4.2).

Selon la doctrine relative à l'art. 122 CC qui s'applique par analogie à l'art. 124 CC, concernant la survenance du cas de prévoyance "invalidité", il y a deux moments à prendre en considération : celui de la naissance de l'incapacité de travail qui conduit en dernier lieu à l'invalidité et à la rente (théorie de la cause) et celui lors duquel, pour la première fois, un droit à une rente peut être accordé (théorie de l'entrée). La théorie de la cause s'applique à la détermination de l'institution de prévoyance tenue à prestations (art. 23 LPP) et au droit à la prestation de sortie (art. 2 al. 1, art. 3 al. 2 LFLP). Quant au cas de prévoyance ressortant des art. 122 ss CC, on conçoit plus aisément de déterminer le moment de la survenance du risque "invalidité" selon la théorie de l'entrée. Outre des réflexions de praticabilité, parle particulièrement dans ce sens la possibilité de rachat prévue par l'art. 22c LFLP lors du partage des prestations de sortie dans le cadre d'un divorce. La disposition de l'art. 3 al. 2 LFLP se basant sur la théorie de la cause (restitution de la prestation de sortie) ne revêt dès lors qu'une signification minime (KIESER, *Ehescheidung und Eintritt des Vorsorgefalles der beruflichen Vorsorge- Hinweise für die Praxis*, PJA 2001 p. 157).

En définitive, tant la jurisprudence qui parle de naissance d'un droit concret à des prestations de la prévoyance professionnelle que la doctrine qui se réfère à la théorie de l'entrée sont unanimes pour admettre que la survenance du cas de

prévoyance au sens des art. 122 ss CC existe dès que l'assuré reçoit concrètement une rente de l'assurance-invalidité.

7. En l'occurrence, une rente provisoire CIA a été versée à la demanderesse depuis le 1^{er} octobre 2006, soit avant la date à laquelle le jugement de divorce est devenu définitif, de sorte qu'il y a lieu de constater qu'un cas de prévoyance était effectivement survenu. En conséquence, le partage tel qu'arrêté par le jugement du Tribunal de première instance du 28 mars 2007 ne peut être exécuté.

Le juge des assurances sociales n'a pas la compétence de remettre en cause le dispositif ou de le modifier. Seule la révision du jugement de divorce pourrait entraîner une modification de cette répartition (ATF du 8 mars 2007, cause B 48/06). Par conséquent le partage est déclaré impossible et les demandeurs sont invités à mieux agir devant le Tribunal de première instance en demandant le cas échéant la révision du jugement de divorce.

8. 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

1. Constate l'impossibilité de procéder à l'exécution du partage.
2. Renvoie les parties à mieux agir 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 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); 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-Louise QUELOZ

Doris WANGELER

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