



POUVOIR JUDICIAIRE

A/2298/2005

ATAS/1126/2005

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 1

du 13 décembre 2005

En la cause

Monsieur F _____

demandeurs

Madame F _____, comparant par Maître François TAVELLI en
l'Etude duquel elle élit domicile

contre

WINTERTHUR-COLUMNNA Fondation LPP, ayant son siège
avenue de Rumine 20 à Lausanne

défenderesse(s)

SWISSLIFE, Fondation collective LPP de la Rentenanstalt, ayant son
siège avenue du Théâtre 1 à Lausanne

FONDATION INSTITUTION SUPPLETIVE LPP, Administration
des comptes de libre passage, sise case postale à Zurich

Siégeant : Mme Doris WANGELER, Présidente,
Mmes Isabelle DUBOIS et Valérie MONTANI, Juges

EN FAIT

1. Par jugement du 12 mai 2005, la 2^{ème} chambre du Tribunal de première instance (ci-après TPI) a prononcé le divorce de Madame F _____, née J _____ en décembre 1955, et Monsieur F _____, né en février 1945, mariés en date du 25 septembre 1997.
2. Selon le chiffre 4 du jugement précité, le TPI a ordonné le partage par moitié des avoirs de prévoyance professionnelle acquis par chacun des époux durant le mariage. Il a transmis la cause au Tribunal de céans pour que celui-ci procède au calcul du montant à transférer.
3. Le jugement de divorce est devenu définitif le 21 juin 2005.
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 25 septembre 1997 et le 21 juin 2005.
5. Selon le courrier de la WINTERTHUR-COLUMNNA FONDATION LPP, du 29 août 2005, la prestation acquise pendant le mariage par la demanderesse est de 57'248 fr. 80. Selon les courriers de la SWISSLIFE du 27 septembre 2005, et de la FONDATION INSTITUTION SUPPLEMENTIVE LPP, Administration des comptes de libre passage du 30 septembre 2005, celle du demandeur est respectivement de 45'763 fr. et de 109 fr. 55, soit au total 45'872 fr. 55.
6. SWISSLIFE a par ailleurs indiqué que son assuré était en incapacité de gain à 100% depuis le 2 mai 2005, et que dès lors les prétentions en matière de prévoyance professionnelle ne pouvaient plus être partagées.
7. Ces documents ont été transmis aux parties en date du 17 novembre 2005.
8. La demanderesse s'est opposée au partage de ses avoirs LPP, dans la mesure où ceux de son ex-époux ne pouvaient plus l'être. Un certificat établi par le Docteur A _____ le 2 décembre 2005 attestant de l'incapacité de travail à 100% de son patient dès le 5 mai 2005 a été communiqué par le demandeur au Tribunal de céans.
9. Renseignements pris auprès de l'Office cantonal de l'assurance-invalidité, il s'avère qu'une demande de prestations AI a été déposée le 25 octobre 2004; aucune décision n'a toutefois encore été rendue.

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 avoirs LPP acquis par les époux durant le mariage. Les dates pertinentes sont, d'une part, celle du mariage le 25 septembre 1997, d'autre part le 21 juin 2005, date à laquelle le jugement de divorce est devenu exécutoire.
4. La demanderesse s'oppose toutefois au partage, dans la mesure où ceux de son ex-époux ne pourraient plus l'être.

L'application de l'art. 122 al. 1 CC présuppose en effet 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 tel droit existe est une difficulté relative au rapport de prévoyance, qui relève de la compétence matérielle du juge des assurances sociales (ATF 128 V 41 consid. 1b et 2c in fine).
5. Il s'agit ainsi de déterminer préalablement si les prétentions LPP des demandeurs peuvent ou non être partagées.

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.

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). 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. Inversement, dès que l'assuré touche des prestations, son droit à la prestation de sortie s'éteint; un partage n'est techniquement plus possible et seule une indemnité équitable peut être fixée conformément à l'art. 124 al. 1 CC (ATF 129 V 444 consid. 5.1 p. 446 et les références). 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 TRINDADE, 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; GRÜTTER/SUMMMERMATTER, Erstinstanzliche Erfahrungen mit dem Vorsorgeausgleich bei Scheidung, insbesondere nach Art. 124 ZGB, FamPra 2002 p. 641, 647; SUTTER/FREIBURGHAUS, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, n. 3 ad art. 124 CC. Contra: SCHNEIDER/BRUCHEZ, op. cit., p. 221 et note 121).

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 à 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).

6. En l'espèce, à la date déterminante de l'entrée en force du prononcé du divorce, soit le 21 juin 2005, l'ex-époux avait déjà déposé une demande de prestations auprès de l'OCAI. Cet office n'a cependant pas rendu de décision. Or tant que le droit à une rente d'invalidité ne lui est pas reconnu, le demandeur dispose d'une prestation de sortie à l'égard de sa caisse (cf. ATAS 865/05).

Le cas de prévoyance n'étant pas réalisé lors de l'entrée en force du prononcé du divorce, les avoirs acquis par les demandeurs durant le mariage doivent ainsi être partagés.

7. Selon les documents produits, la prestation acquise pendant le mariage par Monsieur F _____ est de 45'872 fr. 55 tandis que celle acquise par Madame F _____ est de 57'248 fr. 80, les intérêts ayant déjà été calculés par les institutions de prévoyance défenderesses. Ainsi Madame F _____ doit à son ex-époux le montant de 28'624 fr. 40 ($57'248 \text{ fr. } 80 : 2$) et celui-ci doit à celle-là le montant de 22'936 fr. 25 ($45'872 \text{ fr. } 55 : 2$), de sorte que c'est Madame F _____ qui doit à Monsieur F _____ le montant de 5'688 fr. 15.
8. 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 de l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 18 avril 1984 (OPP 2) ou selon le taux réglementaire, si celui-ci est supérieur (ATF non publié B 36/02 du 18 juillet 2003)
9. 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

(conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ)

1. Invite la WINTERTHUR-COLUMNNA FONDATION LPP, à verser du compte de Madame F _____, la somme de 5'688 fr. 15. à la SWISSLIFE, Fondation collective LPP de la Rentenanstalt en faveur de Monsieur F _____.
2. Invite la WINTERTHUR-COLUMNNA FONDATION LPP, à verser, en plus de ce montant, des intérêts compensatoires au sens des considérants, dès le 21 juin 2005 jusqu'au moment du transfert.
3. L'y condamne en tant que de besoin.
4. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification par pli recommandé adressé au Tribunal fédéral des assurances, Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE, en trois exemplaires. Le délai ne peut être prolongé. Le mémoire doit : a) indiquer exactement quelle décision le recourant désire obtenir en lieu et place de la décision attaquée; b) exposer pour quels motifs il estime pouvoir demander cette autre décision; c) porter sa signature ou celle de son représentant. Si le mémoire ne contient pas les trois éléments énumérés sous lettres a) b) et c) ci-dessus, le Tribunal fédéral des assurances ne pourra pas entrer en matière sur le recours qu'il devra déclarer irrecevable. Le mémoire de recours mentionnera encore les moyens de preuve, qui seront joints, ainsi que la décision attaquée et l'enveloppe dans laquelle elle a été expédiée au recourant (art. 132, 106 et 108 OJ).

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