

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2625/2018

ATAS/993/2018

COUR DE JUSTICE
Chambre des assurances sociales

Arrêt du 25 octobre 2018

3^{ème} Chambre

En la cause

Monsieur A_____, domicilié au GRAND-LANCY

Madame B_____, domiciliée au GRAND-LANCY

demandeurs

contre

FONDATION INSTITUTION SUPPLEMENTIVE LPP, Administration
des comptes de libre passage, Elias-Canetti-Strasse 2, ZURICH

RENTES GENEVOISES, place du Molard 11, GENÈVE

défenderesses

**Siégeant : Karine STECK, Présidente, Michael BIOT et Claudiane CORTHAY, Juges
assesseurs.**

EN FAIT

1. Par jugement du 19 octobre 2016, la 17^{ème} chambre du Tribunal de première instance a prononcé le divorce de Madame A_____, née B_____ le _____ 1960, et Monsieur A_____, né le _____ 1954, lesquels s'étaient mariés en date du 6 février 1980.
2. Au chiffre 4 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.

Au considérant C de son jugement, le juge civil a considéré que, même si le demandeur avait pris une retraite anticipée, le partage demeurerait possible puisque l'intéressé ne recevait pas de prestations de prévoyance.

3. Le jugement de divorce, devenu définitif le 26 novembre 2016, a été transmis d'office à la Chambre de céans le 30 juillet 2018 pour exécution du partage.
4. La Cour de céans a demandé aux parties de lui indiquer le(s) nom(s) de leur(s) institution(s) de prévoyance, puis aux dites institutions de lui communiquer les montants des avoirs LPP acquis par les intéressés durant le mariage, soit entre le 6 février 1980 et le 26 novembre 2016.
5. S'agissant du demandeur, il est apparu, après consultation du rassemblement de ses comptes individuels :

- qu'au moment du mariage et jusqu'en mars 1992, il a travaillé pour C_____ SA ENTREPRISE DU BATIMENT et affilié à la CAISSE PARITAIRE DE PREVOYANCE DE L'INDUSTRIE ET DE LA CONSTRUCTION (CPPIC) ; qu'au moment du mariage, il avait accumulé un avoir de CHF 650.75, représentant, en date du 26 novembre 2016, compte tenu des intérêts courus durant le mariage, la somme de CHF 2'255.40 (cf. courrier de la CPPIC du 27 septembre 2018); que l'avoir de l'intéressé a ensuite été transféré à la CAISSE DE PREVOYANCE DE LA CONSTRUCTION (CPC) ;

- qu'il a ensuite été employé par D_____ SA EN LIQUIDATION jusqu'en 1995 et affilié à la CPC, laquelle a ensuite retransféré son avoir à la CPPIC ;

- qu'en effet, le demandeur a été réaffilié à cette dernière lorsqu'il a été employé par E_____ SA ENTREPRISE DE MACONNERIE ET DE TERRASSEMENT, puis, à compter de 1996, par F_____ SA EN LIQUIDATION (cf. courrier de la CPPIC du 27 septembre 2018) ; que l'avoir du demandeur a ensuite été transmis à la CPC ;

- qu'en effet, à partir de mai 1998 et jusqu'en décembre 2010, l'intéressé a travaillé pour G_____ et a été affilié à nouveau à la CPC, laquelle a ensuite

transféré son avoir à la FONDATION INSTITUTION SUPPLEMENTIVE (cf. décompte de cette dernière du 27 septembre 2018) ;

- que de 2011 à 2014, le demandeur a été employé par H_____ SA et ré-affilié à la CPPIC ; laquelle a ensuite elle aussi transféré son avoir à la FONDATION INSTITUTION SUPPLEMENTIVE (cf. décompte de cette dernière du 27 septembre 2018) ;

- qu'il s'est ensuite mis à son compte ;

- qu'il dispose auprès de la FONDATION INSTITUTION SUPPLEMENTIVE d'un capital qui s'élevait, en date du 26 novembre 2016, à CHF 214'031.50 (cf. courrier du 27 septembre 2018 de la fondation), dont l'institution supplétive a confirmé, en date du 27 septembre 2018, qu'il était partageable.

6. Quant à la demanderesse - dont il convient de relever qu'elle n'avait pas encore 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 1988, lorsqu'elle a été embauchée par I_____ qui l'a employée jusqu'en 2006 ; qu'elle a été affiliée à la caisse de pension I_____ qui, à sa sortie, a transféré son avoir à la FONDATION DE LIBRE PASSAGE DE LA BANQUE I_____, laquelle l'a transmis à son tour à la CAISSE DE PREVOYANCE DU PERSONNEL DES ETABLISSEMENTS HOSPITALIERS (CEH ; cf. courrier du 3 octobre 2018) ;

- qu'elle a ensuite traversé une période de chômage avant de retrouver un emploi auprès de J_____, jusqu'en 2011, date depuis laquelle elle est à nouveau sans emploi ;

- qu'elle a été affiliée à la CAISSE DE PREVOYANCE DU PERSONNEL DES ETABLISSEMENTS HOSPITALIERS (CEH), laquelle a transmis son avoir aux RENTES GENEVOISES ; que l'avoir accumulé au 26 novembre 2016 s'élevait à CHF 78'457.05 (cf. courrier des Rentes Genevoises du 14 septembre 2018).

7. Les documents recueillis au cours de l'instruction ont été transmis aux parties, auxquelles il a été indiqué qu'à défaut d'observations de leur part dans le délai imparti, un arrêt serait rendu sur cette base.
8. En l'absence d'objections dans le délai fixé, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Au 1^{er} janvier 2017 est entrée en vigueur la modification des art. 122ss du code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC - RS 210) concernant le partage des prestations de sortie des ex-époux, ainsi que des art. 280ss du code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC - RS 272) et 22ss 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).

Le jugement de divorce ayant été rendu avant l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2017, des nouvelles dispositions relatives au partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce, la chambre de céans applique les dispositions légales dans leur ancienne teneur (art. 7d Tit. fin. CC).

2. L'art. 25a LFLP 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 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, doit, après que l'affaire lui a été transmise (art. 281 al. 3 CPC), exécuter d'office le partage sur la base de la clé de répartition déterminée par le juge du divorce.
3. Selon l'art. 22 al. 1 LFLP, en cas de divorce, les prestations de sortie acquises durant le mariage sont partagées conformément aux art. 122 et 123 CC et aux art. 280 et 281 CPC; les art. 3 à 5 LFLP s'appliquent par analogie au montant à transférer. 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).
4. Par ailleurs, selon les art. 8a de l'ordonnance fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, du 3 octobre 1994 (ordonnance sur le libre passage, OLP - RS 831.425) et 12 de l'ordonnance fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, du 18 avril 1984 (OPP 2 - RS 831.441.1), 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% de 2005 à 2007, 2.75% en 2008, 2% de 2009 à 2011, 1.5% de 2012 à 2013 et 1.75% dès le 1^{er} janvier 2014.

-
5. 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 6 février 1980, date du mariage, d'autre part, le 26 novembre 2016, date à laquelle le jugement de divorce est devenu exécutoire.
 6. 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).

7. En l'espèce, il convient de relever que si le demandeur est certes à la retraite anticipée, il ne bénéficie pas de la rente y relative, ce qui permet le partage des avoirs de prévoyance, ainsi que l'a confirmé la fondation institution supplétive.
8. Selon les documents produits, la prestation acquise pendant le mariage par le demandeur s'élève à CHF 211'776.10 (214'031.50 - 2'255.40), tandis que celle acquise par la demanderesse atteint la somme de CHF 78'457.05, les intérêts ayant déjà été calculés par les institutions de prévoyance défenderesses. Ainsi le demandeur doit à son ex-épouse le montant de CHF 105'888.05 (211'776.10 : 2) alors qu'elle lui doit celui de CHF 39'228.55 (78'457.05 : 2), de sorte que c'est en définitive le demandeur qui doit à son ex-épouse le montant de CHF 66'659.50 (105'888.05 - 39'228.55).
9. 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).
10. 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. Invite la FONDATION INSTITUTION SUPPLEMENTIVE à transférer, du compte de Monsieur A_____, la somme de CHF 66'659.50 aux RENTES GENEVOISES, en faveur de Madame A_____, ainsi que des intérêts compensatoires au sens des considérants, dès le 27 novembre 2016 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

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