

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/331/2009

ATAS/573/2009

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 3

du 7 mai 2009

En la cause

Monsieur N_____, domicilié au LIGNON, mais faisant
élection de domicile chez Me Raphaele VAVASSORI

demandeurs

Madame N_____, domiciliée au GRAND-LANCY

**Siégeant : Karine STECK, Présidente, Maria GOMEZ et Olivier LEVY, Juges
assesseurs.**

EN FAIT

1. Par jugement du 10 septembre 2008, la 9^{ème} chambre du Tribunal de première instance a prononcé le divorce de Madame N_____, née O_____ en 1971, et Monsieur N_____, né en 1967, lesquels s'étaient mariés en date du 24 avril 1992.
2. Au chiffre 14 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, devenu définitif sur la question du divorce le 23 octobre 2008, a été transmis d'office au Tribunal de céans le 3 février 2009 pour exécution du partage. Pour le reste, un appel a été formé par Monsieur N_____ auprès de la Cour de justice, appel portant sur les effets accessoires du divorce mais non sur le principe même de ce dernier ni sur le partage des avoirs de prévoyance.
4. Le Tribunal 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 24 avril 1992 et le 23 octobre 2008.
5. S'agissant du demandeur - dont il convient de relever qu'il n'a atteint l'âge de cotiser au deuxième pilier (25 ans) qu'en date du 22 août 1992, soit postérieurement au mariage -, il est apparu, après consultation du rassemblement de ses comptes individuels :
 - qu'il a été affilié à la CAISSE DE RETRAITE DES MAISONS X_____ SA, institution reprise à compter du 1^{er} janvier 1999 par la CAISSE DE PENSIONS PARITAIRE DE Y_____ SA ET DE SOCIÉTÉS AFFILIÉES; que l'avoir accumulé auprès de cette dernière par le demandeur a été transféré en date du 30 juin 2000 à la CAISSE INTER-ENTREPRISES DE PRÉVOYANCE PROFESSIONNELLE (CIEPP ; cf. courrier de Y_____ du 16 février 2009), à laquelle le demandeur a été affilié à compter du 1^{er} juillet 2000 et jusqu'au 31 juillet 2004 (cf. courrier de la CIEPP du 27 février 2009); que la CIEPP a transféré à son tour l'avoir du demandeur, en date du 18 décembre 2007, au FONDS INTERPROFESSIONNEL DE PRÉVOYANCE (FIP) ; que cet avoir s'élevait, au moment de l'entrée en force du divorce, à 106'575 fr. 40 (cf. courrier du FIP du 10 mars 2009);
 - que le demandeur a ensuite traversé une période de chômage avant de retrouver un poste auprès de Z_____ SA; qu'il a alors été affilié au FIP (cf. sa réponse du 10 mars 2009).

-
- qu'il s'est ensuite retrouvé au chômage comme il le précise au Tribunal de céans par courrier du 23 mars 2009.
6. Quant à la demanderesse - dont il convient de relever qu'elle n'avait pas non plus encore atteint l'âge de 25 ans au moment du mariage -, il s'est avéré, après consultation du rassemblement de ses comptes individuels :
- qu'au moment où elle a atteint l'âge de cotiser au deuxième pilier, elle traversait une période de chômage;
 - qu'elle a ensuite été employée par l'État de Genève de juin 1998 à octobre 2001 et affiliée à la CAISSE DE PREVOYANCE DU PERSONNEL ENSEIGNANT DE L'INSTRUCTION PUBLIQUE ET DES FONCTIONNAIRES DE L'ADMINISTRATION DU CANTON DE GENEVE (CIA), qui a transféré son avoir aux RENTES GENEVOISES en date du 28 mai 2002 (cf. courrier de la CIA du 18 mars 2009); que son avoir a été transféré aux RENTES GENEVOISES, qui l'ont transmis à leur tour, en date du 17 juillet 2004, à WINTERTHUR LEBEN (cf. courrier des Rentes Genevoises du 3 mars 2009), à laquelle la demanderesse a effectivement été affiliée à compter du 20 avril 2003, lorsqu'elle a commencé à travailler pour la SOCIÉTÉ XA _____ SA après une période de chômage;
 - que la demanderesse est restée affiliée à AXA WINTERTHUR jusqu'au 1^{er} décembre 2006; que son avoir a ensuite été transféré à la FONDATION DE LIBRE PASSAGE RENDITA (cf. courrier d'AXA WINTERTHUR du 13 mars 2009), laquelle l'a transmis à son tour à la fondation institution supplétive (cf. courrier de Rendita du 25 mars 2009);
 - que la demanderesse s'est vu octroyer une rente entière d'invalidité LPP à compter du 17 décembre 2007, de sorte que la FONDATION INSTITUTION SUPPLÉTIVE LPP a expliqué que le partage n'était plus possible (cf. courrier du 14 avril 2009).
7. Les documents recueillis au cours de l'instruction ont été transmis aux parties, auxquelles il a été indiqué que le partage des avoirs serait vraisemblablement impossible.
8. 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 courus jusqu'au moment du divorce (ATF 128 V 230; ATF 129 V 444). S'agissant de ces intérêts, il convient de se référer aux 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 a été de 4% du 5 septembre 1998 au 31 décembre 2002, de 3,25% du 1^{er} janvier au 31 décembre 2003, de 2,25% du 1^{er} janvier au 31 décembre 2004, de 2,5% du 1er janvier 2005 au 31 décembre 2007 et de 2,75% à compter du 1er janvier 2008.
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, le 24 avril 1992, date du mariage, d'autre part le 23 octobre 2008, date à laquelle le jugement de divorce est devenu exécutoire quant à son principe.

Cependant, la demanderesse étant bénéficiaire de prestations de sa caisse de pension depuis le 17 décembre 2007, soit antérieurement au divorce, la question se pose de savoir si le partage ordonné peut être exécuté.

4. 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/SUMMERMATTER, *Erstinstanzliche Erfahrungen mit dem Vorsorgeausgleich bei Scheidung, insbesondere nach art. 124 ZGB*, FamPra 2002 p. 641, 647; SUTTER/FREIBURGHAUS, *Kommentar zum neuen Schdidungsrecht*, n. 3 ad art. 124 CC).

5. En l'espèce, l'instruction a mis en évidence que la demanderesse bénéficie d'une rente entière d'invalidité de la part de sa caisse de pension, de sorte qu'il n'existe plus de droit à une prestation de sortie dans le cadre du divorce. Le versement d'une rente, antérieurement à l'entrée en force du jugement de divorce, rend impossible le partage des avoirs de prévoyance (cf. ATAS 515/2007 du 15 mai 2007). Les parties seront, par conséquent, invitées à saisir le juge du divorce d'une demande d'indemnité équitable.

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :**

1. Constate que le partage des avoirs de prévoyance ordonné par le juge du divorce est impossible.
2. Invite les demandeur 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); 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 :

Yaël BENZ

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