

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/339/2018

ATAS/812/2018

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 18 septembre 2018

1^{ère} Chambre

En la cause

Monsieur A_____, domicilié à BERNEX

demandeurs

Madame A_____, domiciliée à GENÈVE, comparant avec
élection de domicile en l'étude de Maître Dina BAZARBACHI

Siégeant : Doris GALEAZZI, Présidente, Christine TARRIT-DESHUSSES et Christian PRALONG, Juges assesseurs.

EN FAIT

1. Une demande de divorce a été déposée le 27 août 2013, auprès du Tribunal de première instance.
2. Par jugement du 21 mars 2016, la 9^{ème} chambre du Tribunal de première instance a prononcé le divorce de Madame A_____, née B_____ le _____ 1957, et Monsieur A_____, né le _____ 1951, mariés en date du 31 janvier 1975.

Selon le chiffre 5 du jugement, le Tribunal de première instance a constaté que le demandeur avait été employé de la Ville de Genève jusqu'au 31 décembre 2013, était à la retraite depuis le 1^{er} janvier 2014, et percevait depuis lors une rente LPP, et l'a condamné à verser à la demanderesse, à titre d'indemnité équitable au sens de l'art. 124 CC, une rente viagère de CHF 1'750.- par mois à compter du 1^{er} janvier 2017.

Le prononcé du divorce est devenu définitif le 2 juin 2016.

3. Un appel, portant sur le chiffre 5 du dispositif du jugement précité, a été formé devant la chambre civile de la Cour de justice. Celle-ci, par arrêt du 28 avril 2017, a annulé le ch. 5 et ordonné le partage par moitié des prestations de sortie accumulées par les parties depuis le mariage, soit le 31 janvier 1975, jusqu'à l'introduction de la procédure de divorce, soit le 27 août 2013. Elle a en effet considéré que « lorsqu'aucune prestation d'invalidité ou de vieillesse n'est servie par une institution de prévoyance au moment de l'introduction de la procédure de divorce, les prestations de sortie acquises, y compris les avoirs de libre passage et les versements anticipés pour la propriété du logement, sont partagées par moitié (art. 123 al. 1 CC) ». Constatant que dans son attestation du 7 décembre 2016, l'institution de prévoyance de l'appelant avait indiqué que le partage des avoirs n'était pas réalisable en raison du versement d'une pension de retraite à ce dernier depuis le 1^{er} janvier 2014, la chambre civile en a conclu qu'elle ne pouvait, dans ces circonstances, ordonner le transfert envisagé, « sa décision n'étant pas contraignante pour l'institution de prévoyance en l'absence d'attestation du caractère réalisable dudit transfert », et a transmis la cause à la chambre de céans le 25 janvier 2018 pour exécution du partage.
4. Par courrier du 27 mars 2018, Me Doris LEUENBERGER s'est constituée pour la défense des intérêts de la demanderesse, avec élection de domicile en son Étude.
5. Le 20 juillet 2018, la chambre de céans a été informée que Me Dina BAZARBACHI suppléait feu Me Doris LEUENBERGER.
6. Sur ce, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Avec une entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2017, les art. 122 ss du Code Civil (CC) concernant le partage des prestations de sortie des ex-époux, ainsi que les art. 280 s. du Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC - RS 272) et 22 ss. 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) ont été modifiés. Toutefois, sur le plan matériel, sont en principe applicables les règles de droit en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 129 V 1 consid. 1; ATF 127 V 467 consid. 1 et les références).

En l'occurrence, le divorce a été prononcé le 21 mars 2016 sous l'empire de l'ancien droit. Il y a à cet égard lieu de rappeler que seul le ch. 5 du dispositif du jugement portant sur la question d'une indemnité équitable au sens de l'art. 124 CC, a fait l'objet d'un appel. Partant, les dispositions légales s'appliquent dans leur ancienne teneur.

Elles seront citées ci-après dans leur teneur antérieure au 1^{er} janvier 2017.

2. 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 1^{er} 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.
3. Selon l'art. 122 al. 1 CC, lorsque l'un des époux au moins est affilié à une institution de prévoyance professionnelle et qu'aucun cas de prévoyance n'est survenu, chaque époux a droit à la moitié de la prestation de sortie de son conjoint calculée pour la durée du mariage selon les dispositions de la loi du 17 décembre 1993 sur le libre passage.

L'art. 124 al. 1 CC prévoit en revanche qu'une indemnité équitable est due lorsqu'un cas de prévoyance est déjà survenu pour l'un des époux ou pour les deux ou que les prétentions en matière de prévoyance professionnelle acquises durant le mariage ne peuvent être partagées pour d'autres motifs.

4. Le jugement de divorce, entré en force, lie en principe le juge compétent en vertu de l'art. 73 al. 1 LPP en ce qui concerne le partage à exécuter (ATF 134 V 384 consid. 4.2 p. 389). Est réservé le cas où le juge des assurances sociales constate que le partage des prestations de sortie au sens de l'art. 122 CC est impossible en

raison de la survenance d'un cas de prévoyance. Il doit alors transmettre d'office la cause au juge du divorce comme objet de sa compétence (ATF 136 V 225).

Par survenance d'un cas de prévoyance au sens des art. 122 et 124 CC, 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. Ainsi, la survenance de l'âge de la retraite ou d'une invalidité, qui entraîne le droit à des prestations d'une institution de prévoyance, rend impossible le partage des avoirs de prévoyance, si minimes soient les prestations versées ou les avoirs à leur base (consid. 4.1 non publié de l'ATF 136 V 225 et les références), de sorte que l'art. 124 CC est applicable. Cette disposition s'applique cependant aussi lorsqu'aucun cas de prévoyance n'est survenu, mais que le partage n'est pas possible "pour d'autres motifs". Ce qui est dès lors déterminant pour délimiter les prétentions selon l'art. 122 et l'art. 124 CC, c'est le point de savoir si le partage des prestations de sortie est techniquement possible sans réserve (ATF 129 III 481 consid. 3.2.1 in fine p. 484 ; ATF 9C_515/2011 du 12 octobre 2011, consid. 4.1 et 6.1).

Toutefois, lorsque la survenance de l'âge de la retraite ou d'une invalidité concerne un époux qui n'est pas affilié à une institution de prévoyance professionnelle, un cas de prévoyance n'est pas survenu au sens de la loi (arrêt du Tribunal fédéral des assurances B 19/03 du 30 janvier 2004 consid. 5.1).

5. En l'espèce, la chambre civile de la Cour de justice a ordonné, le 28 avril 2017, le partage par moitié des prestations de sortie accumulées par les parties du jour du mariage à l'introduction de la procédure de divorce.

Il appartient en principe à la chambre de céans de procéder au partage selon la clé de répartition déterminée par le juge civil. Le demandeur étant bénéficiaire de prestations de sa caisse de pension depuis le 1^{er} janvier 2014, la question se pose toutefois de savoir si le partage ordonné peut être exécuté.

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'occurrence, la chambre civile s'est fondée sur la date à laquelle la procédure en divorce a été déposée, soit le 27 août 2013, pour en conclure qu'à ce moment-là, aucune prestation de vieillesse n'était encore versée au demandeur. Or, c'est l'entrée en force du jugement du 21 mars 2016 prononçant le divorce des époux qui doit en réalité être prise en considération au vu des dispositions applicables susmentionnées.

Force est ainsi de constater que le demandeur est à la retraite et bénéficie des prestations de la caisse de pension depuis le 1^{er} janvier 2014, 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).

-
8. Il n'appartient pas au juge des assurances sociales de se substituer au juge du divorce et d'examiner lui-même la question de l'indemnité équitable selon l'art. 124 CC. Il suit de là que la cause doit être transmise d'office à la chambre civile pour nouveau jugement sur ce point (arrêt du Tribunal fédéral 9C_388/2009).
 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 (LPA-GE - E 5 10)).

**PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :**

1. Constate l'impossibilité d'exécuter le partage par moitié des avoirs de prévoyance professionnelle.
2. Renvoie la cause à la Chambre civile de la Cour de Justice, pour raison de compétence.
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

Nathalie LOCHER

Doris GALEAZZI

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