

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4218/2007

ATAS/105/2008

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 2

du 29 janvier 2008

En la cause

Monsieur G _____, domicilié à GENEVE, comparant avec
élection de domicile en l'étude de Maître VOUILLOZ Jean-Claude

Demandeurs

Madame G _____, domiciliée à GENEVE

contre

CAISSE DE PRÉVOYANCE DU PERSONNEL ENSEIGNANT
DE L'INSTRUCTION PUBLIQUE ET DES
FONCTIONNAIRES DE L'ADMINISTRATION DU CANTON
DE GENÈVE (CIA), Boulevard de Saint-Georges 38 à GNEVE

Défenderesses

FONDATION DE LIBRE PASSAGE DE LA BANQUE
CANTONALE DE GENEVE, Quai de l'Ile 17 à GENEVE

**Siégeant : Isabelle DUBOIS , Présidente; Christine BULLIARD-MANGILI et Bertrand
REICH, Juges assesseurs**

EN FAIT

1. Par jugement du 11 septembre 2007, la 16e chambre du Tribunal de première instance a prononcé le divorce de Madame G_____ , et Monsieur G_____ , mariés en date du 8 août 1973.
2. Selon le chiffre 3 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, après avoir constaté, dans ses considérants, que le partage des avoirs de prévoyance était possible, aucun cas de prévoyance n'étant survenu.
3. Le jugement de divorce est devenu définitif le 5 novembre 2007, après que l'appel déposé par le demandeur à la Cour de justice ait été déclaré irrecevable pour cause de tardiveté, et a été transmis d'office au Tribunal de céans le même jour 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 8 août 1973 et le 5 novembre 2007.
5. L'instruction a permis d'établir que la demanderesse dispose d'un avoir de prévoyance auprès de la CIA de 201'026 fr. 50 et que l'avoir de prévoyance du demandeur est déposé auprès de la FONDATION DE LIBRE PASSAGE DE LA BANQUE CANTONALE DE GENÈVE. Toutefois, celui-ci n'est plus salarié depuis 1987. Il a disposé de son avoir de prévoyance d'une part par la mise à disposition d'une somme de 130'000 fr. pour ses besoins personnels, d'autre part par le nantissement d'une somme de 200'000 fr. relatifs à un crédit hypothécaire. Enfin, le demandeur a atteint l'âge de 65 ans révolus le 10 septembre 2007.
6. Le Tribunal de céans a ordonné la comparution personnelle des parties, qui s'est tenue le 29 janvier 2008. À cette occasion, la demanderesse était absente et non excusée. Quant au demandeur, il a produit le mémoire de réponse qu'il avait adressé au Tribunal de première instance dans la procédure de divorce, « qui fait état de tous les faits pertinents devant conduire au mieux à une indemnité équitable mais en tout cas pas au partage des prestations ».
7. Le Tribunal de céans a gardé la cause à juger et délibéré sur le siège.

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).

Cela suppose, toutefois, qu'au moins l'un des époux soit affilié à une institution de prévoyance professionnelle et qu'aucun cas de prévoyance ne soit survenu, aux termes de l'art. 122 CCS. Sinon, une indemnité équitable est due lorsqu'un cas de prévoyance est survenu ou que pour d'autres motifs les avoirs de prévoyance ne peuvent pas être partagés (art. 124 CCS). Or, en l'espèce d'une part le demandeur n'est plus affilié obligatoirement à la prévoyance professionnelle puisqu'il est indépendant (cf. art. 2 LPP) si bien que son libre passage est entré dans les biens matrimoniaux, selon la volonté du législateur (cf. Message du Conseil fédéral in FF 1996 p. 106), d'autre part il a atteint l'âge de la retraite obligatoire un jour avant que le jugement de divorce ne soit rendu, et par conséquent en tous les cas avant que le jugement n'entre en force.

On rappellera que 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. En d'autres termes, il faut et il suffit que le principe du divorce et la question du partage des avoirs LPP soient entrés en force. Si un cas de prévoyance survient avant cette date, l'application de l'article 122 CC est exclue au profit de l'article 124 CC. Inversement, si un cas de

prévoyance survient après cette date, la question demeure régie par le seul article 122 CC (cf. GEISER, opus cité, page 307-308). La question de savoir si un époux dispose d'un droit à des prestations excluant le partage est une difficulté relative au rapport de prévoyance qui relève de la compétence matérielle du juge des assurances sociales (ATF 128 V 41 consid. 1et 2c in fine); 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. 3b p. 49 et les références). 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 (ATF 129 V 444 consid. 5.1 p. 446 et les références ; ATFA du 18 décembre 2003 5C.108/2003 et les références). Ce qui est déterminant pour l'application de l'art. 122 al. 1 CC en définitive, c'est que l'assuré dispose d'une prétention à une prestation de sortie à l'encontre de son institution de prévoyance (ATF 128 V 41, cf. aussi ATAS 786/2004)).

Tel n'est pas le cas en l'espèce. En tant qu'il prévoit le partage par moitié entre les deux ex-époux, le dispositif du juge du divorce ne peut pas 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 (cf. 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.

3. 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

Yaël BENZ

Isabelle DUBOIS

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