

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4250/2008

ATAS/566/2009

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 3

du 7 mai 2009

En la cause

Monsieur B _____, domicilié à Genève

Madame B _____, domiciliée à Genève

demandeurs

contre

CAISSE DE PENSIONS DE LA POSTE, sise Viktoriastrasse 72 à
Berne

défenderesses

FONDATION INSTITUTION SUPPLÉTIVE, Administration des
comptes de libre passage, sise à Zürich

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

EN FAIT

1. Par jugement du 25 septembre 2008, la 18^{ème} chambre du Tribunal de première instance a prononcé le divorce de Madame B _____, née C _____ en 1960, et Monsieur B _____, né en 1954, lesquels s'étaient mariés en date du 22 septembre 1989.
2. Au chiffre 7 du jugement précité, le Tribunal de première instance a donné acte aux intéressés de leur accord de se partager par moitié la totalité des avoirs de prévoyance professionnelle acquis par chacun d'eux durant le mariage.
3. Le jugement de divorce, devenu définitif le 11 novembre 2008, a été transmis d'office au Tribunal de céans le 24 novembre 2008 pour exécution du partage.
4. Le Tribunal de céans a sollicité des parties le(s) nom(s) de leur(s) institution(s) de prévoyance, puis interpellé lesdites institutions en les priant de lui communiquer les montants des avoirs LPP des parties acquis durant le mariage, soit entre le 22 septembre 1989 et le 11 novembre 2008.
5. S'agissant du demandeur, il est apparu, après consultation du rassemblement de ses comptes individuels :
 - qu'il a retiré son avoir de prévoyance en espèces en 1993 avant de quitter la Suisse (cf. note apposée in fine du décompte de la Caisse de pension de La Poste du 15 février 2007);
 - qu'il y est cependant revenu (ou resté) et a régulièrement été au chômage jusqu'en 1998;
 - qu'il a cependant travaillé pour l'entreprise X _____ d'avril 1994 à juillet 1995; qu'aucune cotisation LPP n'a cependant été retrouvée concernant cette période (cf. courrier de GASTROSOCIAL du 18 mars 2009);
 - qu'il a également travaillé pour SSG SPEISEWAGEN en 1996 et 1997 et affilié à ce titre à la PERSONALVORSORGE DER AUTOGRILL SCHWEIZ (cf. courrier de la fondation du 19 mars 2009); que son avoir a été transféré à la FONDATION DE LIBRE PASSAGE DU CRÉDIT SUISSE, qui l'a transmis à son tour à la CAISSE DE PENSION DE LA POSTE (cf. courrier du Crédit Suisse du 31 mars 2009);
 - qu'en effet, à compter du 1^{er} janvier 1998, le demandeur a travaillé pour Y _____ et été affilié à ce titre à la caisse de pension de cette dernière (cf. décompte de la caisse de pension du 22 décembre 2008); que son avoir auprès de cette fondation s'élevait à 77'509 fr. 80 au moment de l'entrée en force du divorce.

-
6. Quant à la demanderesse, il s'est avéré, renseignements pris auprès de la CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION, qu'elle est au bénéfice d'une rente de l'assurance-invalidité depuis octobre 2006, soit antérieurement au divorce (cf. courrier de la CCGC du 9 décembre 2008).

Auparavant, elle a travaillé à temps partiel pour MIGROS et été affiliée à ce titre, du 1^{er} juillet 2002 au 30 novembre 2003, à la MIGROS-PENSIONSKASSE. Cette dernière a précisé que la totalité de la prestation de sortie, d'un montant de 3'336 fr. 55, avait été transférée à l'INSTITUTION SUPPLEMENTIVE LPP (cf. courrier de MIGROS du 11 décembre 2008), laquelle a confirmé au Tribunal de céans qu'elle possédait au nom de la demanderesse un avoir de prévoyance qui s'élevait, au moment de l'entrée en force du divorce, à 3'468 fr. 50, intérêts compris (cf. courrier de l'institution supplétive du 29 décembre 2008) et qu'elle ne reçoit pas de rente d'invalidité LPP.

7. Ces documents ont été transmis aux parties. La juridiction leur a indiqué qu'à défaut d'observations 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. 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 1^{er} janvier 2005 au 31 décembre 2007 et de 2,75% à compter du 1^{er} 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, celle du mariage, le 22 septembre 1989, d'autre part le 11 novembre 2008, date à laquelle le jugement de divorce est devenu exécutoire.
4. Cependant, la demanderesse étant bénéficiaire de prestations de l'assurance-invalidité depuis octobre 2006, la question se pose de savoir si le partage ordonné peut être exécuté.
5. 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.).

En l'espèce, la demanderesse est certes au bénéfice d'une rente de l'assurance-invalidité mais non d'une rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle, de sorte que le partage des avoirs de prévoyance tel que l'a décidé le juge civil reste techniquement possible.

Selon les documents produits, la prestation acquise pendant le mariage par le demandeur s'élève à 77'509 fr. 80 tandis que celle acquise par la demanderesse atteint la somme de 3'468 fr. 50, les intérêts ayant déjà été calculés par les institutions de prévoyance défenderesses. Ainsi le demandeur doit à son ex-épouse le montant de 38'754 fr. 90 ($77'509.80 : 2$) alors qu'elle lui doit celui de 1'734 fr. 25 ($3'468.50 : 2$), de sorte que c'est en définitive le demandeur qui doit à son ex-épouse le montant de 37'020 fr. 65 ($38'754.90 - 1'734.25$).

6. 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).
7. 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 :**

1. Invite la CAISSE DE PENSIONS DE LA POSTE à transférer, du compte de Monsieur B_____, la somme de 37'020 fr. 65 à la FONDATION INSTITUTION SUPPLÉTIVE en faveur de Madame C_____ B_____, ainsi que des intérêts compensatoires au sens des considérants, dès le 12 novembre 2008 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); 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