

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/616/2015

ATAS/495/2015

COUR DE JUSTICE
Chambre des assurances sociales

Arrêt du 29 juin 2015

6^{ème} Chambre

En la cause

Madame A_____, domiciliée à GENÈVE

demandeurs

Monsieur B_____, domicilié à CHÊNE-BOURG

contre

FONDATION DE PRÉVOYANCE DE LA MÉTALLURGIE ET
DU BÂTIMENT (FPMB), sise rue Eugène-Pittard 24, GENÈVE

défenderesses

et

FONDATION INSTITUTION SUPPLÉTIVE LPP, sise
Weststrasse 50, ZÜRICH

**Siégeant : Valérie MONTANI, Présidente; Teresa SOARES et Jean-Pierre WAVRE,
Juges assesseurs**

EN FAIT

1. Par jugement du 1^{er} décembre 2014, la 17^{ème} chambre du Tribunal de première instance a prononcé le divorce de Madame A_____ B_____ (ci-après : la demanderesse), née B_____ le _____ 1980, et Monsieur B_____ (ci-après : le demandeur), né le _____ 1982, mariés en date du 25 novembre 2004.
2. Selon le chiffre 8. 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. Il relève que, par décision du 11 octobre 2013, l'office de l'assurance-invalidité du canton de Genève (OAI) a octroyé à la demanderesse une rente entière d'invalidité dès le 1^{er} juillet 2011, mais que celle-ci ne reçoit aucune rente de la prévoyance professionnelle.
3. Le jugement de divorce est devenu définitif le 27 janvier 2015 et a été transmis d'office à la chambre de céans le 25 février 2015 pour exécution du partage.
4. La chambre de céans 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 25 novembre 2011 et le 27 janvier 2015. L'instruction menée par la chambre de céans a permis d'établir les faits suivants :

S'agissant de la demanderesse :

- Le 13 mars 2015, la caisse de pension COOP a attesté d'une affiliation le 1^{er} décembre 2007, d'une prestation de sortie au 31 juillet 2010 de CHF 732.-, d'un versement de la prestation de sortie à la Fondation institution supplétive LPP, à Zürich, et de la restitution de cette prestation par celle-ci, vu le droit de la demanderesse à une rente entière d'invalidité depuis le 1^{er} juillet 2011; pour cette raison, le partage des prestations n'était plus possible;
- le 17 mars 2014, la Fondation institution supplétive LPP à Zürich a attesté d'un versement de CHF 739.- le 3 février 2011 de la part de la caisse de pension COOP et d'un transfert à celle-ci de CHF 760.47 le 12 décembre 2013, de sorte que le compte de libre passage était soldé;
- le 1^{er} avril 2015, la caisse cantonale genevoise de compensation a indiqué que la demanderesse était au bénéfice d'une rente invalidité versée par la caisse AVS 31 Coop; la clôture des comptes en vue du calcul de la rente ne permettait plus d'obtenir les anciens salaires;
- le 21 mai 2015, la caisse de pension COOP a précisé que la demanderesse était au bénéfice d'une rente entière d'invalidité depuis le 1^{er} juillet 2011, laquelle était suspendue en raison d'une surassurance.

S'agissant du demandeur :

- le 13 mars 2015, la Fondation de prévoyance de la métallurgie du bâtiment (FPMB) a attesté d'une affiliation du 1^{er} février 2006 au 31 décembre 2009 et d'un transfert d'une prestation de libre passage de CHF 12'128.30 le 16 juillet 2010 auprès de la Fondation institution supplétive LPP à Zürich, ainsi que d'une affiliation depuis le 1^{er} août 2010 et d'une prestation de libre passage au 31 janvier 2015 de CHF 17'266.75;
 - le 18 mars 2015, la Fondation institution supplétive LPP à Zürich a attesté d'un versement de CHF 12'128.30 le 18 août 2010 de la part de la FPMB, d'un versement de CHF 618.05 le 11 novembre 2011 de la part de la Fondation commune LPP pour le travail temporaire et d'un avoir de prévoyance au 27 janvier 2015 de CHF 13'295.85;
 - le 1^{er} avril 2015, la caisse cantonale genevoise de compensation a transmis les extraits des comptes du demandeur selon lesquels celui-ci a notamment travaillé pendant la durée du mariage pour C_____ SA, travail temporaire placement stable (entre septembre 2005 et janvier 2006), D_____ SA (de 2006 à 2009 et dès août 2010) et E_____ SA (en 2010);
 - le 16 avril 2015, E_____ SA a indiqué qu'elle affiliait ses employés auprès de la Fondation commune LPP pour le travail temporaire;
 - le 16 avril 2015, C_____ SA a indiqué que le demandeur était affilié auprès de la Fondation 2^{ème} pilier Swissstaffing;
 - le 12 mai 2015, Swissstaffing, Fondation 2^{ème} pilier, a indiqué que le demandeur n'avait versé que des cotisations risque décès et invalidité, car il était âgé de moins de 25 ans.
5. Le 26 mai 2015, la chambre de céans a informé les demandeurs que la prestation de sortie accumulée par le demandeur pendant la durée du mariage était de CHF 30'562.60 et que la demanderesse était au bénéfice d'une rente de la caisse de pension Coop, toutefois non versée en raison d'une surassurance. Compte tenu de ce dernier fait, le partage n'était pas réalisable et la cause devait être renvoyée au juge du divorce pour qu'il fixe une indemnité équitable. Un délai leur a été fixé pour faire des observations.
6. Les parties n'ont pas formulé d'observations.
7. Sur quoi, 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 (loi sur le libre passage, LFLP - RS 831.42), 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 du Code Civil du 10 décembre 1907 - 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.
2. a) Selon l'art. 22 al. 1 et 2 LFLP (nouvelle teneur en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2011), en cas de divorce, les prestations de sortie acquises durant le mariage sont partagées conformément aux art. 122 et 123 CC et des art. 280 et 281 CPC; 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. Les paiements en espèces effectués durant le mariage ne sont pas pris en compte (al. 2).

b) 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.
3. a) 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.

b) Selon l'art. 124 al. 1 CC, 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.

c) Selon l'art. 22b al. 1 et 2 LFLP, Lorsqu'une indemnité équitable est versée à l'un des époux en vertu de l'art. 124 CC, le jugement de divorce peut prescrire qu'une partie de la prestation de sortie sera imputée sur l'indemnité équitable (al. 1). Le juge notifie d'office à l'institution de prévoyance le montant à transférer et lui fournit les indications nécessaires au maintien de la prévoyance; pour le transfert, les art. 3 à 5 sont applicables par analogie (al. 2).

4. a) 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). Les dispositions légales applicables aux prétentions découlant de la prévoyance professionnelle en cas de divorce opèrent une distinction selon qu'un cas de prévoyance est survenu ou non. 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).

b) De façon générale, 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 (voir également le texte de l'art. 22b LFLP). Seul le juge du divorce dispose d'une vision d'ensemble de la situation économique concrète des parties et de leurs besoins de prévoyance respectifs. Pour fixer le montant de l'indemnité équitable, la jurisprudence exige en effet de tenir compte de façon adéquate de la situation patrimoniale après la liquidation du régime matrimonial ainsi que des autres éléments de la situation économique des parties après le divorce (ATF 131 III 1 consid. 4.2 p. 4 et la référence). Les besoins personnels ou la capacité contributive du débiteur, ou encore les besoins de prévoyance du bénéficiaire constituent des critères qu'il convient spécialement d'examiner (ATF 133 III 401 consid. 3.2 p. 404). Dans un cas de prévoyance lié à

l'invalidité, il faut également tenir compte de l'éventualité d'une augmentation ultérieure du taux d'invalidité du débiteur et du besoin de prévoyance consécutif de ce dernier (ATF 129 III 481 consid. 3.2.3 p. 485 ; ATF 136 V 225 consid. 5.4). Lorsque le juge des assurances 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 transmettre d'office la cause au juge du divorce comme objet de sa compétence. Celui-ci est tenu de reprendre l'instruction de la cause sur la question de la prévoyance professionnelle et de rendre, après avoir entendu les parties, un nouveau jugement sur ce point (ATF 136 V 225 consid. 5.3 et 5.5).

5. a) 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 25 novembre 2004, d'autre part le 27 janvier 2015, date à laquelle le jugement de divorce est devenu exécutoire.

b) Selon les documents au dossier, la prestation acquise pendant le mariage par le demandeur est de CHF 30'562.60, soit CHF 17'266.75 auprès de la FPMB, Fondation de Prévoyance de la Métallurgie et du Bâtiment et CHF 13'295.85 auprès de la Fondation institution supplétive LPP, les intérêts ayant déjà été calculés par les institutions de prévoyance défenderesses; en revanche, il n'a pas été possible d'établir le montant acquis par la demanderesse pendant la durée du mariage, celle-ci ayant été mise au bénéfice d'une rente d'invalidité depuis le 1^{er} juillet 2011. A cet égard, la caisse de pension Coop a indiqué que le partage des prestations n'était plus possible, la demanderesse bénéficiant d'une rente d'invalidité (LPP) depuis le 1^{er} juillet 2011, laquelle était cependant suspendue en raison d'une surassurance. Il est cependant établi que l'avoir de prévoyance de la demanderesse était de CHF 760.47 au 12 décembre 2013, jour du transfert de celui-ci par la Fondation institution supplétive LPP à la caisse de pension Coop.

6. Au vu de ce qui précède, il convient de constater que le partage des prestations n'est plus possible, un cas de prévoyance étant survenu (art. 124 CC et jurisprudence précitée).

La cause doit en conséquence être transmise au juge civil afin que celui-ci fixe une indemnité équitable (ATF 136 V 225).

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,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :**

1. Constate que le partage des prestations de sortie acquises par les demandeurs pendant la durée du mariage n'est pas réalisable.
2. Renvoie la cause à la 17^{ème} chambre du Tribunal de première instance pour qu'elle statue sur l'octroi d'une indemnité équitable.
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

Alicia PERRONE

Valérie MONTANI

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