

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/756/2009

ATAS/1034/2009

**ARRET**

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES  
ASSURANCES SOCIALES**

**Chambre 6**

**du 3 août 2009**

En la cause

Monsieur B \_\_\_\_\_, domicilié à CHENE-BOUGERIES,  
comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître RENDA  
Agrippino

demandeur

Madame C \_\_\_\_\_, domiciliée à Genève

demanderesse

**Siégeant : Georges ZUFFEREY, Président suppléant; Teresa SOARES et Luis ARIAS,  
Juges assesseurs**

---

### **EN FAIT**

1. Par arrêt du 16 janvier 2009, la Cour de Justice a prononcé le divorce de Madame C\_\_\_\_\_, née en 1952, et Monsieur B\_\_\_\_\_, né en 1928, mariés en date du 18 décembre 1992.

Selon le chiffre 2 de l'arrêt précité, la Cour de Justice a ordonné le partage par moitié des avoirs de prévoyance professionnelle acquis par la demanderesse entre le 18 décembre 1992 et le 23 mai 2006.

2. Par décision du 8 décembre 2008, l'Office cantonal de l'assurance-invalidité a reconnu le droit de la demanderesse à un quart de rente d'invalidité depuis le 1<sup>er</sup> juin 2003. Cette décision de rente n'a fait l'objet d'aucun recours.
3. L'arrêt de la Cour de Justice est devenu définitif le 24 février 2009 et a été transmis d'office au Tribunal de céans le 5 mars 2009 pour exécution du partage.

### **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<sup>er</sup> 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).
3. En l'espèce, le juge de la Cour de Justice a ordonné le partage par moitié des prestations de sortie acquises durant le mariage par la demanderesse entre le 18 décembre 1992 et le 23 mai 2006.

4. Il y a toutefois lieu de constater que par décision du 8 décembre 2008, l'Office cantonal de l'assurance-invalidité a reconnu le droit de la demanderesse à un quart de rente d'invalidité à compter du 1<sup>e</sup> juin 2003. Cette décision n'a fait l'objet d'aucun recours.
5. Le partage de la prestation de sortie n'est plus possible lorsqu'un cas de prévoyance (invalidité, décès, vieillesse) est survenu pour la personne assurée avant le divorce. Conformément à l'art. 122 al. 1 CC, aucun cas de prévoyance ne doit être survenu pour l'un ou l'autre des conjoints.

Le législateur a exclu le partage des avoirs de prévoyance lorsqu'un cas de prévoyance est survenu, essentiellement pour des motifs pratiques. Par la survenance d'un cas de prévoyance au sens de la disposition précitée, 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 sur la base des prestations servies (dans ce sens, KIESER, Ehescheidung und Eintritt des Vorsorgefalles der beruflichen Vorsorge - Hinweise für die Praxis, PJA 2001 p. 155). Ainsi, la survenance de l'âge de la retraite ou du droit à des prestations d'invalidité d'un conjoint qui n'a jamais travaillé ou qui n'a jamais été affilié à la prévoyance professionnelle, dans la mesure où il n'entraîne aucun droit à des prestations d'une institution de prévoyance, permet encore le partage des avoirs de la prévoyance professionnelle de l'autre conjoint en sa faveur (Thomas SUTTER/Dieter FREIBURGHAUS, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, ad art. 124 n° 1 et 3; ad art. 122/141-142 n° 13 ss). En revanche, la survenance effective d'un cas de prévoyance rend le partage des avoirs de prévoyance impossible, si minimes soient les prestations versées ou les avoirs à leur base. Dans cette hypothèse, il appartient alors au juge du divorce de fixer le montant de l'indemnité équitable en tenant compte de cet élément (Thomas SUTTER/Dieter FREIBURGHAUS, op. cit., ad art. 124, n° 3 ; ATFA du 30 janvier 2004, cause B 19/03).

En vertu du système des art. 122ss CC, les règles applicables sont différentes selon que le cas de prévoyance est survenu ou non. Un problème concret se pose lorsqu'un cas de prévoyance survient ou risque de survenir en cours de procédure. Cette situation peut se produire tant devant le juge du divorce que devant le juge des assurances. Comme il est fréquent que le cas d'invalidité soit admis avec effet rétroactif, il est également possible que le partage des prestations de sortie entre en force à l'égard de l'institution de prévoyance et qu'ultérieurement, l'institution de prévoyance admette que le cas de prévoyance est survenu avant l'entrée en force. La loi ne contient aucune disposition réglant expressément ces situations. (J-A. SCHNEIDER / C. BRUCHEZ « La prévoyance professionnelle et le divorce » in *Le nouveau droit du divorce*, p. 255).

Nonobstant les difficultés énoncées ci-dessus, la loi prévoit clairement l'impossibilité de partager les avoirs LPP dans le cas uniquement de la survenance effective du cas de prévoyance.

6. En matière de prévoyance professionnelle obligatoire, il existe une relation étroite, voulue par le législateur, entre le droit à une rente d'invalidité en vertu du premier pilier et celui à une rente du même genre du deuxième pilier (Message du Conseil fédéral à l'appui d'un projet de loi sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, du 19 décembre 1975, FF 1976 I 142 et 200). Dans son commentaire de l'art. 24 al. 1 du projet de LPP, qui correspond à l'art. 26 al. 1 LPP, le Conseil fédéral a indiqué que cette réglementation a pour but de coordonner le début du droit aux prestations de la prévoyance professionnelle et le début du droit à la rente de l'assurance-invalidité. De plus, selon le Tribunal fédéral des assurances, il y a lieu d'interpréter l'art. 26 al. 1 LPP en ce sens que le renvoi aux « dispositions de la loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (art. 29 LAI) » applicables par analogie pour fixer la naissance du droit à la rente de la prévoyance professionnelle vise uniquement l'art. 29 LAI, à l'exclusion de l'art. 48 al. 2 LAI (ATFA non publié du 2 février 2006, B 124/04, consid. 4.4.2).

Selon la doctrine relative à l'art. 122 CC qui s'applique par analogie à l'art. 124 CC, concernant la survenance du cas de prévoyance "invalidité", il y a deux moments à prendre en considération : celui de la naissance de l'incapacité de travail qui conduit en dernier lieu à l'invalidité et à la rente (théorie de la cause) et celui lors duquel, pour la première fois, un droit à une rente peut être accordé (théorie de l'entrée). La théorie de la cause s'applique à la détermination de l'institution de prévoyance tenue à prestations (art. 23 LPP) et au droit à la prestation de sortie (art. 2 al. 1, art. 3 al. 2 LFLP). Quant au cas de prévoyance ressortant des art. 122 ss CC, on conçoit plus aisément de déterminer le moment de la survenance du risque "invalidité" selon la théorie de l'entrée. Outre des réflexions de praticabilité, parle particulièrement dans ce sens la possibilité de rachat prévue par l'art. 22c LFLP lors du partage des prestations de sortie dans le cadre d'un divorce. La disposition de l'art. 3 al. 2 LFLP se basant sur la théorie de la cause (restitution de la prestation de sortie) ne revêt dès lors qu'une signification minime (KIESER, Ehescheidung und Eintritt des Vorsorgefalles der beruflichen Vorsorge- Hinweise für die Praxis, PJA 2001 p. 157).

En définitive, tant la jurisprudence qui parle de naissance d'un droit concret à des prestations de la prévoyance professionnelle que la doctrine qui se réfère à la théorie de l'entrée sont unanimes pour admettre que la survenance du cas de prévoyance au sens des art. 122 ss CC existe dès que l'assuré reçoit concrètement une rente de l'assurance-invalidité.

Par survenance d'un cas de prévoyance au sens de l'art. 122 al. 1 CC, la jurisprudence entend 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 (RSAS 2004 p. 572; Kieser, Ehescheidung und Eintritt des Vorsorgefalles der beruflichen Vorsorge - Hinweise für die Praxis, PJA 2001 p. 155).

Selon les art. 23 et 24 al. 1 LPP (dans leur teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2004), ont droit à des prestations d'invalidité les personnes qui sont invalides à raison de 50 pour cent au moins au sens de l'AI, et qui étaient assurées lorsqu'est survenue l'incapacité de travail dont la cause est à l'origine de l'invalidité. L'assuré a droit à une rente entière d'invalidité s'il est invalide à raison des deux tiers au moins, au sens de l'AI, et à une demi rente s'il est invalide à raison de 50 pour cent au moins.

Conformément à l'art. 26 al. 1 LPP, les dispositions de la loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (art. 29 LAI) s'appliquent par analogie à la naissance du droit aux prestations d'invalidité. Dès lors, le droit à une rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle obligatoire prend naissance au même moment que le droit à la rente de l'assurance-invalidité fédérale (ATF 123 V 269 consid. 2a p. 271). Celui-ci est établi par la décision formelle des organes compétents de l'assurance-invalidité et a force contraignante pour l'institution de prévoyance; seule une décision de l'AI entrée en force permet de déterminer avec suffisamment de précision la survenance du cas d'assurance selon la prévoyance professionnelle obligatoire et, partant du cas de prévoyance (RSAS 2006 p. 141 et 368). Demeurent réservés les cas où l'institution de prévoyance contesterait une décision de l'AI rendue à l'issue d'une procédure à laquelle elle n'aurait pas été associée (ATF 129 V 73) et où la décision apparaîtrait manifestement erronée (ATF 126 V 308 consid. 1 p. 310).

7. En l'espèce, la demanderesse a été mise au bénéfice d'un quart de rente AI le 8 décembre 2008 rétroactivement à partir du 1<sup>er</sup> juin 2003. Il y a tout lieu de penser que l'institution de prévoyance compétente sera débitrice à compter de cette date d'une rente également, de sorte que le demandeur ne peut plus prétendre une prestation de sortie dès ce moment, quand bien même le droit à la prestation ne sera fixé qu'à une date ultérieure (ATF du 21 mars 2007 B 104/05 ; ATAS 1122/08). Le cas de prévoyance étant survenu avant l'entrée en force du jugement de divorce, le partage de la prestation de sortie accumulée pendant la durée du mariage n'est plus possible.

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 (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 la Cour de Justice en demandant le cas échéant la révision du jugement de divorce.

8. Aucun émoulement 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

Le président suppléant

Nancy BISIN

Georges ZUFFEREY

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