



POUVOIR JUDICIAIRE

A/92/2019

ATAS/1002/2020

COUR DE JUSTICE
Chambre des assurances sociales

Arrêt du 26 octobre 2020

10^{ème} Chambre

En la cause

Monsieur A_____, domicilié c/o M. et Mme B_____, et
C_____, à PULLY, comparant avec élection de domicile en
l'Etude de Maître Vanessa GREEN

demandeurs

Madame D_____, domiciliée à ANIERES, comparant avec
élection de domicile en l'Etude de Maître Diane BROTO

**Siégeant : Mario-Dominique TORELLO, Président, Michael RUDERMANN et
Jean-Pierre WAVRE, Juges assesseurs.**

EN FAIT

1. Madame D_____ (ci-après : la demanderesse), née E_____ le _____ 1962 à _____ (Cambodge), originaire de Carouge (Genève) et Monsieur A_____ (ci-après : le demandeur), né le _____ 1954 à _____ (Grèce), originaire de Carouge (Genève), se sont mariés en date du _____ 1990 à Carouge (GE).
2. Une requête commune en divorce a été déposée le 11 juillet 2018, auprès du Tribunal de première instance.
3. Par jugement du 5 novembre 2018, la 8^{ème} chambre du Tribunal de première instance a prononcé le divorce des époux A_____ et D_____.
Selon le chiffre 6 du dispositif du jugement précité, le Tribunal de première instance a ordonné le partage par moitié des avoirs de prévoyance professionnelle accumulés par les époux durant leur mariage.
4. Le jugement de divorce est devenu définitif le 20 novembre 2018 et a été transmis d'office à la chambre de céans le 4 janvier 2019 pour exécution du partage.
5. La chambre de céans a sollicité des parties le nom de leurs institutions de prévoyance, puis a interpellé lesdites institutions en les priant de lui communiquer les montants des avoirs LPP des parties acquis durant le mariage, soit entre le 19 décembre 1990 et le 11 juillet 2018.
6. L'instruction menée par la chambre de céans a permis d'établir les faits pertinents suivants :

S'agissant des avoirs LPP de la demanderesse :

- Il résulte de l'extrait de compte individuel AVS transmis par la caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après : CCGC) le 20 novembre 2019 et des rassemblements des comptes individuels transmis par la caisse interprofessionnelle AVS de la fédération des entreprises romandes FER CIAM 106.1 (ci-après : FER CIAM) le 25 novembre 2019 que la demanderesse n'a pas exercé d'activité lucrative soumise à cotisations entre septembre 2016 et août 2017.
- Les 26 juin, 20 août et 24 août 2020, la Fondation collective Vita de Zurich compagnie d'assurances SA (ci-après : la Fondation collective Vita) a déclaré avoir affilié la demanderesse du 28 juillet 1986 au 31 décembre 2006 ; sa prestation de sortie, d'un montant de CHF 125'395.55, avait été transférée à Avena - Fondation BCV 2^{ème} pilier le 21 février 2007.
- Les 13 janvier et 30 septembre 2020, Avena - Fondation BCV 2^{ème} pilier a indiqué avoir affilié la demanderesse du 1^{er} janvier 2007 au 31 août 2016. La prestation de sortie, qui avait été transférée à la Fondation de libre passage de la Banque cantonale vaudoise (ci-après : la Fondation de libre passage de la BCV) le 6 octobre 2016, s'élevait à CHF 329'310.30, à laquelle s'ajoutait

CHF 64'363.90 correspondant au montant d'un retrait (EPL) anticipé effectué le 16 janvier 1998 au titre de l'encouragement à la propriété du logement.

- Les 22 novembre 2019, 17 janvier et 15 septembre 2020, la Fondation de libre passage de la BCV a confirmé avoir affilié la demanderesse du 6 octobre 2016 au 21 décembre 2017 ; sa prestation de sortie, d'un montant de CHF 329'998.15, avait été transférée à la Caisse de prévoyance de l'État de Genève (ci-après : CPEG) le 21 décembre 2017.
- Les 3 juillet 2019, 29 novembre 2019 et 29 avril 2020, la CPEG a indiqué qu'elle affiliait la demanderesse depuis le 1^{er} septembre 2017. La prestation de libre passage au jour du mariage, intérêts à la date d'introduction de la procédure en divorce compris, s'élevait à CHF 38'326.-, et la prestation de sortie au 11 juillet 2018 à CHF 351'311.25, intérêts compris.

S'agissant des avoirs LPP du demandeur :

- Il résulte du courrier de la CCGC du 20 novembre 2019 que les comptes individuels du demandeur ont été clôturés par la FER CIAM pour le calcul de la rente AVS.

D'après les rassemblements des comptes individuels transmis par la FER CIAM le 25 novembre 2019, le demandeur n'a pas exercé d'activité lucrative soumise à cotisations entre février 1991 et août 1992, et depuis janvier 2018.

- Les 18 novembre 2019 et 29 janvier 2020, Helvetia Compagnie Suisse d'Assurances sur la Vie SA, à Bâle – précédemment Patria, Société suisse d'assurances sur la vie jusqu'au 18 septembre 2006 - (ci-après : Helvetia) a déclaré avoir affilié le demandeur du 1^{er} janvier 1988 au 30 septembre 1991 ; sa prestation de sortie, d'un montant de CHF 96'441.45, avait été transférée à la CPEG le 27 octobre 1993.
- Les 12 juillet, 22 août et 18 novembre 2019, la CPEG a indiqué qu'elle affiliait le demandeur depuis le 1^{er} avril 1992. La prestation de libre passage au jour du mariage, intérêts à la date d'introduction de la procédure en divorce compris, s'élevait à CHF 190'749.50.

En date du 27 janvier 1998, le demandeur avait effectué un retrait d'un montant de CHF 154'571.- en application de la loi fédérale sur l'encouragement à la propriété du logement.

De plus, la CPEG a indiqué que l'assuré bénéficiait d'une pension de retraite depuis le 1^{er} septembre 2013. Dans la mesure où le demandeur était déjà au bénéfice d'une pension de retraite à la date de l'introduction de la procédure de divorce, la CPEG n'était pas en mesure de communiquer à la chambre de céans le montant de ses avoirs à cette date. Sa prestation de sortie au 31 août 2013 s'élevait à CHF 353'940.80. Ce montant majoré des intérêts depuis le 1^{er} septembre 2013 au 11 juillet 2018 s'élevait à CHF 378'583.80. La CPEG a

également précisé que le montant de la pension de retraite non réduite s'élevait à CHF 2'148.-. En date du 27 septembre 2013, l'assuré a bénéficié du remboursement en espèces du quart de son avoir de vieillesse, CHF 38'443.55, en application de l'art. 37 al. 2 LPP. Sa pension de retraite réduite depuis le 1^{er} septembre 2013 s'élevait à CHF 1'914.75.

La chambre de céans relève que, par courrier du 4 novembre 2016 adressé au demandeur, la CPEG avait indiqué que « depuis le 1^{er} septembre 2013, [il] bénéfici[ait] d'une pension mensuelle de retraite d'un montant de CHF 2'148.-, d'une rente-pont AVS d'un montant de CHF 2'256.80 et d'une pension d'enfant de retraité pour [ses] enfants F_____ et [...] G_____ d'un montant chacun de CHF 382.95. Dans [son] cas, il n'existe plus aucun droit à une prestation de sortie à partir de cette date. Par conséquent, le partage de la prestation de sortie (dans le cadre d'une procédure de divorce) est impossible ».

- Le 20 août 2020, la Bâloise-Fondation collective pour la prévoyance professionnelle obligatoire (ci-après : la Bâloise) a déclaré avoir affilié le demandeur du 1^{er} août 2008 au 31 décembre 2017. Ce dernier ayant opté pour une retraite anticipée au 31 décembre 2017, son capital vieillesse de CHF 40'281.60 lui avait été versé le 31 mai 2018.
7. Ces documents ont été transmis aux parties respectivement les 5 juin 2019, 11 novembre 2019, 6 janvier 2020, 15 juin 2020, 22 juin 2020, 14 août 2020, 11 septembre 2020, 28 septembre 2020 et 2 octobre 2020.

EN DROIT

1. Au 1^{er} janvier 2017 est entrée en vigueur la modification des art. 122 ss du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC - RS 210) concernant le partage des prestations de sortie des ex-époux, ainsi que des art. 280 ss 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).

Le jugement de divorce ayant été rendu après l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2017, des nouvelles dispositions relatives au partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce, la chambre de céans applique les dispositions légales dans leur nouvelle teneur (art. 7d Tit. fin. CC).

2. L'art. 22 LFLP prévoit qu'en cas de divorce, les prestations de sortie et les parts de rente sont partagées conformément aux art. 122 à 124e du Code civil (CC) et 280 et 281 du Code de procédure civile (CPC).
3. 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 jour de l'introduction de la procédure de divorce, et la prestation de sortie augmentée des avoirs de libre passage existant éventuellement au moment

de la conclusion du mariage. 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 jour de l'introduction de la procédure de divorce. Les paiements en espèces et les versements en capital effectués durant le mariage ne sont pas pris en compte (art. 22a al. 1 LFLP).

En cas de divorce ou de dissolution judiciaire du partenariat enregistré avant la survenance d'un cas de prévoyance, le versement anticipé est considéré comme une prestation de libre passage ; il est partagé conformément aux art. 123 CC, 280 et 281 CPC et 22 à 22b LFLP (art. 30c LPP). Si un versement anticipé pour la propriété du logement au sens des art. 30c LPP et 331e de la loi fédérale du 30 mars 1911, complétant le Code civil suisse (CO, Code des obligations - RS 220) a été effectué durant le mariage, la diminution de capital et la perte d'intérêts sont répartis proportionnellement entre l'avoir de prévoyance acquis avant le mariage et l'avoir constitué durant le mariage jusqu'au moment du versement (art. 22a al. 3 LFLP).

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, 1.75 % de 2014 à 2015, 1.25 % en 2016 et 1 % dès le 1^{er} janvier 2017. Les intérêts dus aux demandeurs sur la somme existant au jour du mariage ont déjà été calculés par les institutions de prévoyance défenderesses.

4. 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 (art. 122 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 (art. 124 al. 1 CC).

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).

L'art. 25a al. 1 LFLP précise que si une décision concernant le partage de la prévoyance professionnelle en application de l'art. 280 ou 281 CPC s'avère impossible à prendre durant la procédure de divorce, le juge du lieu du divorce compétent au sens de l'art. 73 al. 1 LPP exécute d'office, après que l'affaire lui a été transmise (art. 281 al. 3 CPC), le partage sur la base de la clé de répartition déterminée par le juge du divorce. S'il s'agit d'une action en complément d'un jugement de divorce étranger, le lieu de l'action en complément est considéré comme lieu du divorce (art. 64 de la LF du 18 décembre 1987 sur le droit international privé).

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; ATAS/812/2018 consid.4).

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, 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 19 décembre 1990, d'autre part le 11 juillet 2018, date à laquelle la demande en divorce a été déposée.

Force est ainsi de constater que le demandeur est à la retraite (cas de prévoyance) et bénéficie de la rente y relative depuis le 1^{er} septembre 2013, c'est-à-dire antérieurement au dépôt de la demande en divorce du 11 juillet 2018, ce qui rend

impossible le partage des avoirs de prévoyance (cf. ATAS/515/2007 du 15 mai 2007).

6. 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).
7. 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 avant le dépôt de la demande en divorce (art. 124 CC et jurisprudence précitée).

La cause sera transmise d'office au Tribunal de première instance (arrêt du Tribunal fédéral 9C_737/2010).

8. 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 que le partage des prestations de sortie acquises par les demandeurs pendant la durée du mariage n'est pas réalisable.
2. Renvoie la cause au Tribunal de première instance 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

Le président

Véronique SERAIN

Mario-Dominique TORELLO

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