

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/962/2004

ATAS/786/2004

ARRÊT

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

du 30 septembre 2004

4ème Chambre

En la cause

Madame B _____, née H _____

et

Monsieur B _____

demandeurs

contre

**CAISSE DE PREVOYANCE DU PERSONNEL DES
ETABLISSEMENTS PUBLICS MEDICAUX DU CANTON DE
GENEVE (CEH), rue des Noirettes 14 à Genève**

et

défenderesses

**FONDATION DE PREVOYANCE MANPOWER, rue Winkelried
4 à Genève**

**Siégeant : Madame Juliana BALDE, Présidente, Mesdames Isabelle DUBOIS et Karine
STECK, juges.**

EN FAIT

1. Par jugement du 18 mars 2004, la 13ème Chambre du Tribunal de première instance de la République et canton de Genève a prononcé la dissolution du mariage contracté le 6 octobre 1989 à Genève par Madame B_____, née H_____, et Monsieur B_____.
2. Selon le chiffre 10 du dispositif 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.
3. Le jugement de divorce est devenu définitif le 3 mai 2004.
4. Le Tribunal de céans a interpellé les institutions défenderesses en les priant de lui communiquer les montants des avoirs LPP acquis par leur assuré-e durant le mariage, soit entre le 6 octobre 1989 et le 3 mai 2004 .
5. Selon le courrier de la Fondation de Prévoyance MANPOWER du 28 mai 2004, la prestation acquise pendant le mariage par Monsieur B_____ s'élève à 42'472 fr. 20, intérêts compris, au 3 mai 2004. Il ne disposait pas d'une prestation de libre passage au moment du mariage.
6. Le 28 mai 2004, la Caisse de prévoyance du personnel des établissements publics médicaux du canton de Genève (ci-après CEH) a indiqué au Tribunal de céans que Madame B_____ était demi-retraîtée depuis le 1^{er} août 2003 et que la prestation n'était plus partageable, tout au moins en ce qui concernait les prestations de retraite. La prestation mensuelle de retraite perçue par l'assurée, y compris le PLEND, est de 3'905 fr. 10. La prestation de libre-passage en relation avec son activité partielle ascende à 285'976 fr. 30 au 3 mai 2004.
7. La CEH a joint à sa réponse copie de son échange de courriers avec Madame B_____ et sa mandataire. Il en résulte que la prestation de libre passage totale acquise par l'assurée le 31 juillet 2003, soit à l'ouverture de ses prestations de retraite, était de 538'155 fr. 80. Madame B_____ a été affiliée auprès de l'institution de prévoyance de la CEH le 1^{er} janvier 1968, sans apport de libre passage, et la prestation de libre passage acquise à son mariage s'élevait à 144'764 fr. 80, soit au 31 juillet 2003, à 247'840 fr. 40, intérêts courus compris.
8. Ces documents ont été transmis aux parties, pour détermination.

-
9. Par courriers du 22 août 2003, les demandeurs ont manifesté leur accord quant aux montants communiqués par leurs institutions de prévoyance.
 10. Le 27 août 2004, la CEH a communiqué, à la requête du Tribunal, la situation de prévoyance relative à la semi-activité de son assurée : le montant de la moitié de la prestation acquise par son assurée au moment du mariage, soit 72'383 fr. 40 le 6 octobre 1989, s'élève à 126'541 fr. 35 à la date du 3 mai 2004, intérêts courus compris, et la moitié du capital total acquis à la même date s'élève à 285'976 fr. 30. Une prise de position de l'OFAS concernant la retraite partielle était jointe à son envoi.
 11. Les documents ont été transmis aux parties et la cause 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. En cas de désaccord des conjoints sur la prestation de sortie à partager en cas de divorce (art. 122 et 123 du Code civil suisse - 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), 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).

3. En l'occurrence, le juge de première instance a ordonné le partage par moitié des avoirs de prévoyance constitués par les ex-époux durant le mariage, soit du 6 octobre 1989 au 3 mai 2004, date à laquelle le jugement de divorce est devenu exécutoire.

Le Tribunal de céans constate, à la lecture des considérants du jugement de divorce, que le juge civil a refusé d'homologuer les conclusions prises par les demandeurs relatives à la renonciation au partage de leurs avoirs de prévoyance. Il a considéré qu'il n'avait pas été prouvé que Monsieur B_____ bénéficiait d'une autre manière d'une prévoyance vieillesse et invalidité équivalente ou que ledit partage serait inéquitable pour des motifs tenant à la liquidation du régime matrimonial ou à la situation économique des époux après le divorce. Il a d'autre part constaté que Madame B_____ percevait mensuellement un montant de 6771 fr. à titre de salaire et de rente CEH.

Il n'apparaît pas que le juge civil ait été en possession des attestations de la CEH et de la Fondation de prévoyance de Manpower relatifs aux montants des prestations de sortie à partager et confirmant le caractère réalisable ou non desdites prestations, dès lors qu'il n'a pas traité la question. Or, l'application de l'art. 122 al. 1 CC présuppose que l'époux dispose d'un droit à une prestation de sortie à l'encontre de son institution de prévoyance (ATF 128 V 41 consid. 3b p. 48 ; 127 III 433 consid. 2b p. 437 et les références). La question de savoir si un époux dispose d'un tel droit 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).

Il incombe en conséquence au Tribunal de céans de déterminer si la demanderesse, qui travaille à mi-temps et perçoit des prestations de son institution de prévoyance en raison d'une retraite partielle à 50 % dès le 1^{er} août 2003, dispose d'une prestation de sortie à l'encontre de son institution de prévoyance, puis si la retraite partielle constitue un cas de prévoyance excluant l'application de l'art. 122 CC, auquel cas seule une indemnité équitable serait due selon l'art. 124 CC. Dans cette dernière hypothèse, il appartiendrait aux parties de saisir à nouveau le juge civil afin qu'il fixe cette indemnité en faisant usage de son pouvoir d'appréciation.

-
4. La LFLP s'applique à tous les rapports de prévoyance où une institution de prévoyance de droit privé ou de public accorde, sur la base de ses prescriptions (règlement), un droit à des prestations lors de l'atteinte de la limite d'âge, ou en cas de décès ou d'invalidité (cas de prévoyance) (art. 1 al. 2 LFLP). 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 (cas de libre passage), il a droit à une prestation de sortie. La survenance du cas de prévoyance est 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. En règle générale, le cas de prévoyance « vieillesse » se produit, pour les hommes, dès qu'ils ont atteint l'âge de 65 ans et, pour les femmes, dès qu'elles ont atteint l'âge de 62 ans (art. 13 al. 1 let. a et b LPP). Les dispositions réglementaires de l'institution de prévoyance peuvent toutefois prévoir que le droit aux prestations de vieillesse prend naissance dès le jour où l'activité lucrative prend fin (art. 13 al. 2 LPP).

Interprétant l'art. 2 al. 1 en relation avec l'art. 1 al. 2 LFLP, le Tribunal fédéral des assurances (TFA) a jugé que l'assuré n'a droit à la prestation de sortie que s'il quitte la caisse avant d'avoir atteint l'âge réglementaire pour prendre une retraite anticipée. Il a ainsi nié l'existence du droit à la prestation de sortie lorsque la résiliation du rapport de travail intervient à un âge auquel l'assuré peut, en vertu des dispositions du règlement de l'institution de prévoyance, prétendre à des prestations de vieillesse au titre de la retraite anticipée (ATF 129 V 381 consid. 4 p. 382 ; 126 V 89 consid. 5a p. 92 [question laissée ouverte] ; 120 V 306 consid. 4a p. 309 [ancien droit]).

Le TFA a jugé cependant que cette jurisprudence ne peut pas être appliquée lorsque les prestations de sortie doivent être partagées après le divorce (contra : SCHNEIDER/BRUCHEZ, La prévoyance professionnelle et le nouveau droit du divorce, in *Le nouveau droit du divorce*, Lausanne 2000, p. 221, note 121). En effet, selon la volonté du législateur, chaque époux a un droit inconditionnel à la moitié des expectatives de prévoyance constituées pendant le mariage. Le principe à la base de l'article 122 CC présuppose qu'aucun cas de prévoyance n'est intervenu pour les deux époux et qu'ils disposent d'un droit à une prestation de sortie à l'encontre de leur institution de prévoyance (cf. Message concernant la révision du Code civil suisse du 15 novembre 1995, in *FF* 1996 I p. 101 ss, not. 106 ; ATF 128 V 41 consid. 3b p. 48 ; 127 III 433 consid. 2b p. 437 et les références). L'invalidité et l'âge de la retraite sont considérés comme des cas de prévoyance en relation avec le divorce.

Lorsque le cas de prévoyance est survenu, le partage n'est techniquement plus possible, dès lors que l'assuré ne dispose plus d'une prétention à une prestation de sortie à l'encontre de son institution de prévoyance. Dans ce dernier cas, seule une

indemnité équitable peut 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 TRINIDAD, 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/SUMMMERMATTER, Erstinstanzliche Erfahrungen mit dem Vorsorgeausgleich bei Scheidung, insbesondere nach art. 124 ZGB, FamPra 2002 p. 641, 647; SUTTER/FREIBURGHAUS, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, n. 3 ad art. 124 CC. Contra : SCHNEIDER/BRUCHEZ, op. cit., p. 221 et note 121).

Ainsi, selon la jurisprudence du TFA, en cas de divorce, la survenance du cas de prévoyance « vieillesse » au sens de l'article 124 al. 1 CC se produit au moment où l'assuré perçoit réellement des prestations de vieillesse de son institution de prévoyance professionnelle, et non pas déjà dès l'instant où il pourrait prendre une retraite anticipée selon le règlement de l'institution de prévoyance. 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).

5. En l'espèce, il résulte des pièces du dossier que la demanderesse a été affiliée à la CEH dès le 1^{er} janvier 1968, sans apport de libre passage et que le capital acquis à son mariage le 6 octobre 1989 s'élevait à 144'764 fr. 80. La totalité de la prestation de libre passage acquise à l'ouverture de ses droits à la retraite s'élevait au 31 juillet 2003 à 538'155 fr. 80 (cf. courrier de la CEH du 10 février 2004). Dans son courrier au Tribunal de céans du 28 mai 2004, la CEH a déclaré que « la situation de Madame B _____ n'était plus partageable, du moins pour ce qui concerne les prestations de retraite » avant d'ajouter qu'en raison des prestations de retraite partielles, seule la moitié de la prestation de libre passage acquise était disponible, soit 185'976 fr. 30 à la date du 3 mai 2004, date de l'entrée en force du jugement.

Il convient d'examiner en premier lieu si une retraite partielle constitue un cas de prévoyance excluant le partage.

L'OFAS, tout en admettant qu'il s'agit d'un cas-limite, est d'avis que la retraite partielle, avec le maintien simultané d'une prestation de libre passage réduite, constitue un cas de prévoyance et qu'il n'est plus possible de procéder au partage selon l'art. 122 CC. Dans cette hypothèse, seule l'indemnité équitable au sens de l'art. 124 CC entre en ligne de compte, à fixer par le juge du divorce selon son pouvoir d'appréciation (cf. Bulletin de la prévoyance professionnelle 63 du 17 juillet 2002, chiffre 379). Selon la doctrine, la survenance effective d'un cas de prévoyance rend le partage des avoirs de prévoyance impossible, si minimales soient les prestations versées ou les avoirs à leur base (Thomas SUTTER/Dieter FREIBURGHAUS, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, ad. Art. 124, note 3).

Tel n'est pas l'avis du Tribunal de céans. Celui-ci relève que ce qui est déterminant pour l'application de l'art. 122 al. 1 CC, 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). Or, tel est bien le cas en l'occurrence, car bien que la demanderesse ait pris une retraite anticipée à 50 % dès le 1^{er} août 2003, elle dispose encore d'une prétention à une prestation de libre passage à l'encontre de son institution de prévoyance en raison de son activité partielle, ainsi que la CEH l'a confirmé, d'un montant de 285'976 fr. 30 au 3 mai 2004. En conséquence, rien ne s'oppose, techniquement, au partage de la prestation de sortie restante.

Il est vrai qu'en présence d'un cas de retraite partielle d'un conjoint, le juge du divorce devrait fixer une clé de répartition qui tienne compte du montant des avoirs de prévoyance qui n'est plus partageable. En effet, il serait inéquitable de partager la totalité des avoirs de prévoyance acquis pendant le mariage par le conjoint toujours actif, alors que seule la part restante du conjoint qui a pris une retraite partielle serait partagée. Il pourrait se justifier de renvoyer les demandeurs à requérir la révision du jugement de divorce.

Toutefois, dans le cas d'espèce, le Tribunal estime qu'il existe un risque sérieux et actuel de dommage : les demandeurs avaient pris des conclusions aux termes desquels ils renonçaient à partager leurs avoirs de prévoyance que le juge civil n'a pas ratifiées, ils ne sont pas très loin de l'âge de la retraite et la demanderesse a pris une retraite partielle le 1^{er} août 2003, juste avant la procédure de divorce.

Au vu de ces circonstances particulières, le Tribunal procèdera au partage de la prestation de libre passage de Madame B_____ comme suit : il déduira de la prestation de sortie la moitié du capital acquis par la demanderesse à son mariage, augmentée des intérêts jusqu'au moment du divorce, soit 126'541 fr. 35. Le montant de la prestation acquise durant le mariage, encore partageable, s'élève en conséquence à 159'434 fr. 95 (285'976 fr. 30 – 126'541 fr. 35). Le droit du conjoint divorcé se monte ainsi à 79'717 fr. 50.

Pour le surplus, il appartiendra, le cas échéant, à Monsieur B_____ de saisir à nouveau le juge civil en demandant la révision du jugement de divorce pour qu'il fixe le montant équitable qui lui serait dû au titre de la part dont il a été privé en raison de la retraite partielle prise par son ex-épouse dès le 1^{er} août 2003.

Quant à la prestation acquise par le demandeur pendant le mariage auprès de la Fondation de prévoyance MANPOWER, elle est, selon les documents produits, de 42'472 fr. 20 au 3 mai 2004, intérêts compris. Il ne disposait d'aucun apport de libre passage. Le droit de la conjointe divorcée s'élève ainsi à 21'236 fr.10.

En conséquence, la demanderesse doit à son ex-époux la somme de 58'481 fr. 40 (79'717 fr. 50 – 21'236,10).

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 LPA).

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ

1. Invite la CAISSE DE PREVOYANCE DU PERSONNEL DES ETABLISSEMENTS PUBLICS MEDICAUX DU CANTON DE GENEVE (CEH) à transférer, du compte de Madame B _____, née H _____, la somme de 58'481 fr. 40 auprès de la Fondation de prévoyance MANPOWER, en faveur du compte de libre passage ouvert au nom de Monsieur B _____ ;
2. L'invite à verser, en plus de ce montant, des intérêts compensatoires au taux déterminé au sens des considérants, dès le 3 mai 2004 jusqu'au moment du transfert ;
3. L'y condamne en tant que de besoin ;
4. Renvoie pour le surplus Monsieur B _____ à mieux agir devant le juge civil ;
5. Dit qu'il n'est pas perçu d'émolument, ni alloué d'indemnité ;
6. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification par pli recommandé adressé au Tribunal fédéral des assurances, Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE, en trois exemplaires. Le délai ne peut être prolongé. Le mémoire doit : a) indiquer exactement quelle décision le recourant désire obtenir en lieu et place de la décision attaquée; b) exposer pour quels motifs il estime pouvoir demander cette autre décision; c) porter sa signature ou celle de son représentant. Si le mémoire ne contient pas les trois éléments énumérés sous lettres a) b) et c) ci-dessus, le Tribunal fédéral des assurances ne pourra pas entrer en matière sur le recours qu'il devra déclarer irrecevable. Le mémoire de recours mentionnera encore les moyens de preuve, qui seront joints, ainsi que la décision attaquée et l'enveloppe dans laquelle elle a été expédiée au recourant (art. 132, 106 et 108 OJ).

Le greffier:

Walid BEN AMER

La Présidente :

Juliana BALDE

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