

# **GE\_GERICHTE ATAS/840/2010 vom 29. Januar 2009**

GE Cour de justice, 2009-01-29, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_840\\_2010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_840_2010)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/840/2010 du 29 janvier 2009

IT: GE\_GERICHTE ATAS/840/2010 del 29 gennaio 2009

## **Erwägungen**

### **E. 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 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 vieillesse, survivants et invalidité, du 25 juin 1982 (LPP ; RS 831.40), soit à Genève le Tribunal cantonal des assurances sociales depuis le 1er 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.

### **E. 2**

a) 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). b) 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

A/4560/2009 5/10 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'article 122 CC est exclue au profit de l'article 124 CC.

Inversement, si un cas de prévoyance survient après cette date, la question demeure régie par le seul article 122 CC (cf. GEISER, opus cité, page 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'article 122 CC, qui continue à s'appliquer. c) 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. 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. Interprétant l'art. 2 al. 1 en relation avec l'art. 1 al. 2 LFLP, le 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]). Il a cependant déclaré que cette jurisprudence ne peut pas être appliquée lorsque les prestations de sortie doivent être partagées entre les époux en cas de divorce, contrairement à ce que proposent Schneider/Bruchez (La prévoyance professionnelle et le divorce, in *Le nouveau droit du divorce*, Lausanne 2000, p. 221 et note 121). Le conjoint ne saurait être privé de la moitié des avoirs de prévoyance à laquelle il a droit en cas de divorce en vertu de l'art. 122 al. 1 CC; selon la volonté du législateur, chaque époux a un droit inconditionnel à la moitié

A/4560/2009 6/10 des expectatives de prévoyance constituées pendant le mariage (ATF 129 III 577 consid. 4 p. 578; cf. Message concernant la révision du code civil suisse du 15 novembre 1995, in FF 1996 I 1 ss, 101). En cas de divorce, la survenance du cas de prévoyance "vieillesse" se produit donc 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 son institution de prévoyance. Tant que l'assuré ne reçoit pas de telles prestations, il dispose d'une prestation de sortie à l'égard de sa caisse; le partage de celle-ci est donc possible et le conjoint y a droit en vertu de l'art. 122 al. 1 CC. (ATF 129 V 444 consid. 5.1 p. 446 et les références; ATFA du 18 décembre 2003 5C.108/2003 et les références; voir aussi le cas de la retraite partielle, ATAS 786/2004 du 30 septembre 2004). Lorsque le cas de prévoyance est survenu, le partage n'est ainsi 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 TRINDADE, *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 Scheidungsrecht, n. 3 ad art. 124 CC. Contra : SCHNEIDER/BRUCHEZ, op. cit., p. 221 et note 121). d) Le Tribunal Fédéral estime que le Tribunal des assurances sociales doit suspendre la procédure d'exécution du partage si le droit aux prestations d'invalidité naît à une date rétroactive, avant l'entrée en force du jugement de divorce, ou s'il est vraisemblable qu'un tel droit à une rente naît rétroactivement (ATF 9C\_899/2007 du 28 mars 2008). Dans un arrêt récent concernant les prestations provisoires versées par la CIA, le Tribunal Fédéral rappelle d'abord que "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

A/4560/2009 7/10 avoirs de prévoyance à la base des prestations servies (dans ce sens, UELI KIESER, Ehescheidung und Eintritt des Vorsorgefalles der berufliche 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. En revanche, 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 (arrêt B 19/03 du 30 janvier 2004 consid. 5.1, in RSAS 2004 p. 572; voir également ATF 133 V 288 consid. 4.1.2 p. 291; SUTTER/FREIBURGHAUS, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, 1999, n° 13 ss ad art. 122/141-142 CC, n° 1 et 3 ad art. 124 CC). En matière de prévoyance professionnelle obligatoire, la survenance d'un cas de prévoyance lié à l'invalidité concorde temporellement avec la naissance du droit à des prestations d'invalidité de l'assurance-invalidité (art. 26 al. 1 LPP; ATF 135 V 13 consid. 2.6 p. 17). Le Tribunal Fédéral précise ensuite que "la notion d'invalidité figurant dans le règlement de prévoyance de la CIA est plus large que celle qui résulte de la LAI, en tant qu'elle est définie comme étant une atteinte durable à la santé physique ou mentale du salarié entraînant une incapacité partielle ou totale de remplir sa fonction ou toute autre fonction analogue au service de l'Etat ou d'une institution externe (art. 28 al. 1; sur la notion d'invalidité de fonction, voir par exemple arrêt B 33/03 du 17 mai 2005 consid. 4.3.3). A la différence de l'assurance-invalidité, il n'y a pas lieu de prendre en compte l'activité raisonnablement exigible de l'assuré en se référant à l'ensemble du marché du travail entrant en ligne de compte pour l'intéressé. Il se peut donc que l'assuré soit mis au bénéfice d'une pension d'invalidité selon le règlement de l'institution de prévoyance sans qu'il ne remplisse les conditions fixées dans la LAI (cf. arrêt B 146/06 du 3 décembre 2007 consid. 7). D'après le règlement de prévoyance de la CIA, la naissance du droit à la pension d'invalidité peut ainsi varier selon que le droit est reconnu à la suite d'une décision de l'assurance-invalidité ou d'une décision du comité de la caisse. Dans la première hypothèse, le droit naît en même temps que le droit à la rente de l'assurance- invalidité (art. 28 al. 3), tandis que dans la seconde hypothèse, celui-ci naît à la date de l'introduction de la demande de mise à l'invalidité (art. 28 al. 7). Selon l'art. 31 du règlement de prévoyance, des prestations provisoires équivalant à la pension d'invalidité de la caisse peuvent toutefois être versées lorsque l'assurance-invalidité tarde à rendre sa décision. Elles sont versées au plus tôt dès la

fin du droit au traitement ou aux indemnités journalières qui en tiennent lieu et prennent fin à la naissance du droit à la pension d'invalidité de la caisse si l'invalidité est reconnue par l'assurance-invalidité ou à la date de la décision de l'assurance-invalidité si l'invalidité n'est pas reconnue ou ne l'est que partiellement par l'assurance-

A/4560/2009 8/10 invalidité. Les prestations provisoires sont toutefois rétablies si le comité de la caisse est invité à examiner le droit à une pension d'invalidité". Le Tribunal fédéral conclut donc que "à la lumière de la loi et du règlement (de la CIA), on ne saurait parler de la survenance d'un cas de prévoyance au sens des art. 122 et 124 CC, tant et aussi longtemps que les organes de l'assurance-invalidité, respectivement le comité de la caisse n'ont pas tranché de manière définitive la question de savoir si l'assuré peut prétendre des prestations d'invalidité. L'octroi de prestations provisoires - telles que prévues dans le règlement de prévoyance de la CIA - constitue un acte de la caisse qui ne préjuge pas de la naissance d'un droit concret à des prestations de la prévoyance professionnelle" (ATF 9C\_388/2009, du 10 mai 2010).

### **E. 3**

Par ailleurs, selon les 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 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% dès le 1er janvier 2005, 2,75% dès le 1er janvier 2008 et 2% dès le 1er janvier 2009. Les intérêts dus au demandeur sur sa prestation de libre passage accumulée avant le mariage jusqu'au divorce ont déjà été calculés par sa caisse.

### **E. 4**

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 finalement, d'une part, celle du mariage, le 31 août 2006, d'autre part le 7 mars 2009, date à laquelle le jugement de divorce est devenu exécutoire. Conformément à la jurisprudence précitée, le versement d'une prestation provisoire par la CIA, compte tenu de la notion d'invalidité de fonction, inconnue de l'assurance invalidité fédérale, n'est pas un indice suffisant de ce que le demandeur présenterait, avant le 7 mars 2009, un état de santé rendant vraisemblable la naissance d'un droit à une rente d'invalidité de l'office AI, et par conséquent de la CIA, antérieur à cette date. La demande de prestations d'invalidité a été déposée en janvier 2009 seulement, de sorte que selon l'article 29 LAI, le droit à une rente prend naissance au plus tôt le 19 juillet 2009. D'ailleurs, le demandeur a perçu son salaire jusqu'au 11 décembre 2009.

### **E. 5**

Selon les documents produits, la prestation acquise pendant le mariage par le demandeur est de 18'534 fr 10 (400'598 fr 25 - 382'064 fr 15) tandis que celle acquise par la demanderesse est de 1'013 fr. 40, étant précisé que le montant arrêté pour le demandeur l'est à la date du 31 mars 2009, mais que tel est aussi le cas du calcul des intérêts dus sur les avoirs accumulés avant le mariage, de sorte qu'il n'y a pas lieu de s'en écarter. S'agissant de la demanderesse, sa caisse n'a pas calculé les

A/4560/2009 9/10 intérêts courus du 24 juin 2007 au 7 mars 2009, mais compte tenu du faible montant en jeu (1'013 fr 40), le Tribunal a renoncé à interpeller la caisse a ce sujet. Ainsi le demandeur doit à son ex-épouse le montant de 9'267 fr.05 (18'534 fr 10 : 2) et celle-ci doit à celui-là le montant de 506 fr 70 (1'013 fr 40 fr. : 2), de sorte que c'est le demandeur qui doit à la demanderesse le montant de 8'760 fr 35.

#### **E. 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 OPP 2 ou selon le taux réglementaire, si celui-ci est supérieur (ATF 129 V 255 consid. 3).

#### **E. 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).

\*\*\*

A/4560/2009 10/10

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.