RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1552/2003 **ATAS/275/2004**

ARRÊT

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

du 21 avril 2004

4ème Chambre

En la cause

Madame K_____ née P_____, comparant par Me Pierre GABUS, en l'étude duquel elle élit domicile

et

Monsieur K_____, comparant par Me Jean-Jacques HODEL, en l'étude duquel il élit domicile

Demandeurs

contre

FONDATION DE LIBRE PASSAGE DE LA BANQUE CANTONALE DE GENEVE, Quai de l'Ile 17, 1211 GENEVE 2

et

ALLIANZ SUISSE, SOCIETE D'ASSURANCES SUR LA VIE, Hohlstrasse 552, 8048 ZURICH

défenderesses

Siégeant : Mme Juliana BALDE, Présidente, Mmes Maya CRAMER etValérie MONTANI juges.

EN FAIT

1. Par jugement du 27 mars 2002, la 7ème Chambre du Tribunal de première instance de la République et canton de Genève a prononcé la dissolution du mariage contracté le 11 mai 1968 par Madame K_____, née P_____, et Monsieur K_____.

2. Selon le chiffre 2 du dispositif du jugement précité, le Tribunal de première instance a ordonné le partage par moitié des avoirs de prévoyance professionnelle acquis par Monsieur K_____ durant le mariage auprès de la Fondation de libre passage de la Banque cantonale de Genève et de la Fondation collective LPP de l'Elvia Vie. Madame K_____, qui a cessé de travaillé dans les années soixante, ne s'est pas constitué de prévoyance.

3. Ce jugement a fait l'objet d'un appel à la Cour de Justice ; les parties ne remettaient pas en cause le principe du divorce, mais l'appelante a contesté le montant de la contribution d'entretien ainsi que le transfert de la cause au Tribunal administratif pour le partage des avoirs LPP. Elle soutenait que les avoirs LPP n'avaient pas été actualisés.

4. La Cour de Justice, dans son arrêt du 13 décembre 2002, a confirmé le transfert de la cause au tribunal compétent pour le partage des avoir LPP. Le Tribunal de première instance a communiqué les jugements précités au Tribunal de céans en date du 22 août 2003.

5. A la requête du Tribunal de céans, le Tribunal de première instance a indiqué que le divorce des époux était devenu définitif et exécutoire le 8 mai 2002.

6. Le 13 octobre 2003, Monsieur K_____ a produit copies des attestations de prévoyance de la BCG et de l'Elvia Vie (aujourd'hui Allianz Suisse Société d'Assurances sur la Vie) arrêtés au 31 décembre 1999.

7. Par courrier du 21 octobre 2003, Monsieur K_____ a contesté la date du 8 mai 2002 et fait valoir que les avoirs à partager doivent s'arrêter le jour où les parties ont confirmé, par déclaration écrite, leur intention de divorcer, soit le 11 décembre 2000.

8. Le Tribunal de céans a interpellé les intitutions défenderesses en les priant de lui communiquer les montants des avoirs LPP acquis par leur assuré durant le

mariage, soit entre le 11 mai 1968 et le 8 mai 2002, et de se déterminer quant à la date de l'entrée en force du divorce.

9. Selon le courrier de la Fondation de libre passage de la Banque Cantonale de Genève du 31 octobre 2003, la prestation acquise pendant le mariage par leur assuré s'élève à fr. 75'093,85 au 8 mai 2002. Elle a précisé que selon leur expérience, le calcul est généralement arrêté au moment du jugement, soit dans le cas présent, le 27 mars 2002.

10. L'Allianz Suisse Société d'Assurances sur la Vie a établi à l'attention du Tribunal deux attestations, l'une calculant la prestation de libre passage au 1er décembre 2000, soit Fr. 70'452 et l'autre au 8 mai 2002, soit Fr. 85'976.-- .

11. Ces documents ont été transmis aux parties en date du 20 novembre 2003. Les ex-époux ont manifesté leur désaccord quant à la date d'entrée en force du divorce et Madame K_____ a conclu à l'octroi d'intérêts à verser sur la prestation de sortie dès le 1er février 2003.

12. Une audience de comparution personnelle des parties a été agendée par le Tribunal de céans. Monsieur K_____ s'est déclaré d'accord sur la date du 8 mai 2002 pour l'entrée en force du divorce, alors que Madame K_____ s'en est rapportée à justice. Elle a persisté en revanche dans ses conclusions visant à l'octroi d'intérêts, ce à quoi son ex-époux s'est opposé.

13. A la requête du Tribunal, Madame K_____ a communiqué les coordonnées du compte de libre passage ouvert auprès de la Banque Raiffeisen (numéro 916 193.67, clearing bancaire 188) et 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 (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 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 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.

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 du Code civil suisse (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. Il convient de déterminer la date à laquelle le partage de la prestation de libre passage doit être effectué.

   Aux termes de l'art. 142 alinéas 2 et 3 CC, le juge du divorce transfère d'office l'affaire au juge compétent en matière de LPP dès l'entrée en force de la décision relative au partage et il lui communique notamment la date du divorce. En l'espèce, la 7ème Chambre du Tribunal de première instance a indiqué que le divorce des époux était devenu définitif et exécutoire le 8 mai 2002. Certes, un appel a-t-il été formé auprès de la Cour de Justice. Les parties ne remettaient cependant pas en cause le principe du divorce, ni celui du partage par moitié de l'avoir LPP du demandeur en faveur de la demanderesse. Il sied de rappeler à cet égard que le législateur fédéral a inséré dans la loi concernant la réforme du droit du divorce, telle qu'elle a été adoptée le 26 juin 1998, des dispositions procédurales : le dépôt d'un recours ne suspend l'entrée en force du jugement que dans la mesure des conclusions prises (art. 148 alinéa 1 CC). Il s'ensuit dès lors

que le jugement du Tribunal de première instance est entré en force sur ce point, ainsi que l'a constaté la Cour de Justice dans son arrêt du 13 décembre 2002 (cf. également art. 465 litt. c LPC ; BERTOSSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, Commentaire de la loi de procédure civile genevoise, n. 4 ad art. 465 LPC). Ainsi que le relève la doctrine, les prestations de sortie acquises pendant la procédure de divorce sont comprises dans le partage, les avoirs de prévoyance continuant à croître ; ce choix législatif n'est pas sans conséquence en cas de longue procédure (Thomas GEISER, Le nouveau droit du divorce et les droits en matière professionnelle, in Renate PFISTER-LIECHTI, éd., De l'ancien au nouveau droit du divorce, Berne, 1999, p. 68). En conséquence, les avoirs de prévoyance doivent être partagés à la date à la laquelle le divorce est devenu définitif, in casu le 8 mai 2002.

4. Selon les documents produits, la prestation acquise pendant le mariage par le demandeur auprès de la Fondation de libre passage de la BCG s'élève à fr. 75'093,85 et celle auprès de l'Allianz Suisse Société d'Assurances sur la Vie à fr. 85'976. Ainsi, le demandeur doit à son ex-épouse les montants de respectivement fr. 37'546,90 et fr. 42'988.

5. La demanderesse conclut à l'octroi d'intérêts sur la prestation de sortie à transférer.

   Selon la jurisprudence, le droit, sans discontinuité, à des intérêts compensatoires sur l'avoir de prévoyance garantit le maintien de la prévoyance. Cela vaut également lorsque, pour des motifs imputables au déroulement de la procédure, le partage des prestations de sortie en cas de divorce ou sa mise à exécution intervient avec du retard. Il ne faudrait pas en effet qu'entre le moment du divorce et le transfert de la prestation de sortie l'institution de prévoyance effectue des placements ou réalise des profits avec l'avoir qui revient à la personne divorcée par compensation des expectatives de prévoyance, ni que l'autre conjoint divorcé puisse profiter seul des intérêts sur l'ensemble de son avoir de vieillesse (ATF 129 V 251). 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 (cf. ATFA non publié B 36/02 du 18 juillet 2003).

Les institutions de prévoyance défenderesses verseront en conséquence des intérêts compensatoires à la demanderesse, dès le 8 mai 2002.

La procédure étant gratuite, il ne sera pas perçu d'émolument ni alloué d'indemnité (art. 86H 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 Fondation de libre passage de la Banque Cantonale de Genève à transférer, du compte de Monsieur K_____, la somme de fr. 37'546,90 auprès de la Banque Raiffeisen en faveur du compte de libre passage numéro 916 193.67 ouvert au nom de Madame K_____ ;

2. L'invite à verser, en sus de ce montant, des intérêts compensatoires au taux déterminé au sens des considérants, dès le 8 mai 2002 jusqu'au moment du transfert ;

3. L'y condamne en tant que de besoin ;

4. Invite l'Allianz Suisse Société d'Assurances sur la Vie à transférer, du compte de Monsieur K_____, la somme de fr. 42'988 auprès de la Banque Raiffeisen en faveur du compte de libre passage numéro 916 193.67 ouvert au nom de Madame K_____ ;

5. L'invite à verser, en sus de ce montant, des intérêts compensatoires au taux déterminé au sens des considérants, dès le 8 mai 2002 jusqu'au moment du transfert ;

6. L'y condamne en tant que de besoin ;

7. Dit qu'il n'est pas perçu d'émolument, ni alloué d'indemnité ;

8. 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 par le greffe