

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2149/2005

ATAS/1046/2007

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 6

du 1^{er} octobre 2007

En la cause

Monsieur C _____, domicilié , CORSIER, comparant avec
élection de domicile en l'étude de Maître Philippe GIROD

demandeurs

Madame P _____, domiciliée , COLOGNY, comparant avec
élection de domicile en l'étude de Maître Christine GAITZSCH

contre

FONDATION DE PREVOYANCE ESPIRITO SANTO SA,
avenue de Montchoisi 15, LAUSANNE

défenderesses

LA BÂLOISE, Compagnie d'Assurances sur la Vie, Siège
principal, Aeschengraben 21, case postale, 4002 BÂLE.

**Siégeant : Valérie MONTANI, Présidente, Teresa SOARES et Luis ARIAS, Juges
assesseurs.**

EN FAIT

1. Par jugement du 25 septembre 2003, la 5^{ème} chambre du Tribunal de première instance a prononcé le divorce de Madame C _____, née S _____ le 1969 (actuellement P _____) et Monsieur C _____, né le 1964, mariés en France en date du 19 mars 1993.
2. Selon le chiffre 7 du jugement précité, le Tribunal de première instance a ordonné "le partage par moitié entre C _____, N° _____, et C _____, de leurs prestations de sortie LPP accumulées pendant la durée de leur mariage respectivement déposées auprès de H _____, 2000 Neuchâtel, et auprès de la Bâloise Assurances, Aeschengraben 21, Bâle, police de libre passage N° _____".
3. Le jugement de divorce est devenu définitif sur le principe du divorce le 29 novembre 2003.
4. Le 23 novembre 2004 la Cour de justice a confirmé le partage des prestations de sortie de la prévoyance professionnelle. Le jugement du Tribunal de première instance du 25 septembre 2003 a été communiqué au Tribunal cantonal des assurances sociales le 21 juin 2005.
5. L'instruction menée par le Tribunal de céans a permis d'établir les faits suivants :

S'agissant de Mme P _____ :

- La Bâloise, Compagnie d'Assurances sur la Vie, a attesté le 2 août 2005 que l'avoir de prévoyance acquis pendant la durée du mariage était de 11'840 fr.

S'agissant de M. C _____ :

- Le 25 juillet 2005, H _____ SA pour la Caisse de retraite des employés de Pictet & Cie et des sociétés du groupe a attesté que l'avoir du demandeur au 29 novembre 2005 se montait à 220'023 fr. 20. Elle a précisé le 23 septembre 2005 qu'aucun renseignement ne lui avait été fourni quant au montant antérieur et postérieur à la date du mariage. Selon la méthode légale de l'ordonnance sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle, la prestation de libre passage au jour du mariage s'élevait à 20'585 fr.
- Le 16 septembre 2005, le demandeur a informé le Tribunal de céans qu'il n'avait résidé en Suisse qu'à partir de 1993. Il n'avait jusque-là pas répondu à la demande de renseignements du 18 juillet 2005 dès lors "qu'après avoir pris contact avec le service du personnel de son employeur, il lui avait été conseillé

de ne rien faire puisque le Tribunal semblait avoir les informations nécessaires pour le partage ordonné par le jugement de divorce".

- L'extrait du compte individuel fourni par la Caisse interprofessionnelle AVS de la Fédération des Entreprises Romandes (FER CIAM 106.1) le 21 septembre 2005 atteste que le demandeur a cotisé depuis juillet 1993.
- 6. Le 26 septembre 2005, le Tribunal cantonal des assurances sociales a informé les parties qu'un montant de 104'091 fr. 60 revenait à la demanderesse et leur a imparti un délai afin qu'elles se prononcent sur ce calcul.
- 7. Les demandeurs n'y ont pas donné suite.
- 8. Par arrêt du 14 novembre 2005 (ATAS/975/05), le Tribunal de céans a invité H _____ SA à transférer du compte du demandeur la somme de 104'091 fr. 60 à la Bâloise, Compagnie d'Assurances sur la Vie en faveur de la demanderesse, avec des intérêts compensatoires dès le 29 novembre 2003.
- 9. Le Tribunal fédéral, par arrêt du 9 janvier 2007 (cause B 142/05 publié partiellement aux ATF 133 V 147), a admis le recours interjeté par Mme P _____, représentée par son avocate, à l'encontre du jugement précité, annulé ledit jugement et renvoyé la cause au Tribunal de céans pour instruction complémentaire et nouveau jugement. Le Tribunal fédéral relève que "l'examen préalable du juge civil du droit des ex-conjoints à des prestations de sortie ne limite pas la compétence du juge des assurances sociales de déterminer auprès de quelles institutions de prévoyance les ex-époux se sont constitués des avoirs de prévoyance. S'il dispose de sérieux indices que l'un ou l'autre des conjoints a droit à des expectatives de prévoyance qui n'ont pas été prises en compte par le juge du divorce lorsque celui-ci a fixé la clé de répartition du partage au sens de l'art. 122 CC, le juge administratif doit instruire ce point. Il exécutera ensuite le partage prévu avec, cas échéant, des prestations plus importantes que celles prises en considération dans la procédure de divorce".

Dans le cas d'espèce le Tribunal fédéral a considéré que "la juridiction cantonale a certes interpellé les ex-conjoints sur l'existence d'autres rapports de prévoyance que ceux pris en compte par le juge du divorce. L'ex-époux n'a cependant pas répondu de manière claire à cette question, évitant de confirmer ou nier être affilié à une autre institution de prévoyance que la Caisse de retraite des employés de Pictet & Cie et des sociétés du Groupe. Compte tenu de cette réponse évasive et de la position professionnelle de M. C _____ - dont l'employeur affilié apparemment une certaine catégorie de ses employés également auprès de la Fondation de prévoyance complémentaire de Messieurs Pictet & Cie et des Sociétés du groupe-, il incombait aux premiers juges de se renseigner plus

précisément auprès de l'intimé ou de son employeur sur ce point. Il convient dès lors de renvoyer la cause à la juridiction cantonale pour qu'elle complète l'instruction et statue à nouveau" (consid. 5.4).

10. A la suite de cet arrêt, le Tribunal de céans a repris l'instruction de la cause, laquelle a permis d'établir les faits suivants :

- Le 19 mars 2007, Pictet & Cie Banquiers a informé le Tribunal de céans que le demandeur avait été affilié auprès de la Caisse de retraite des employés de Pictet & Cie et des sociétés du groupe, auprès de la Fondation de prévoyance complémentaire de Pictet & Cie et des sociétés du groupe du 1^{er} janvier 1997 au 30 septembre 2004 et auprès de la Fondation de prévoyance complémentaire de Helvea SA du 1^{er} octobre 2004 au 31 octobre 2006.
- Le 19 mars 2007, la Fondation de prévoyance complémentaire de Pictet & Cie et des sociétés du groupe a attesté que le demandeur lui avait été affilié depuis le 1^{er} janvier 1997 jusqu'au 31 octobre 2006. Un capital de 72'729 fr. 60 avait été transféré le 14 décembre 2006 auprès de la Fondation de prévoyance Espirito Santo. Il n'y avait aucun avoir accumulé au moment du mariage.
- Le 29 mars 2007, la Fondation de prévoyance Espirito Santo a attesté que le demandeur lui était affilié depuis le 1^{er} novembre 2006, qu'elle avait reçu un montant de 184'142 fr. 35 de la part de la Caisse de retraite des employés de Pictet & Cie et des sociétés du groupe, valeur au 31 octobre 2006, ainsi qu'un montant de 72'729 fr. 60 de la part de la Fondation de prévoyance complémentaire de Pictet & Cie et des sociétés du groupe, valeur au 14 décembre 2006.
- Le 30 mars 2007, Pictet & Cie Banquiers a relevé que l'avoir de prévoyance constitué à la date du divorce, le 29 novembre 2003, auprès de la Fondation de prévoyance complémentaire de Pictet & Cie et des sociétés du groupe était de 47'066 fr. 95, que le 30 septembre 2004, un avoir de 60'737 fr. 25 avait été transféré auprès de la Fondation de prévoyance complémentaire Helvea SA puis, un avoir de 72'729 fr. 60 avait été transféré le 14 décembre 2006 auprès de la Fondation de prévoyance Espirito Santo.

11. Le 5 avril 2007, la demanderesse a écrit au Tribunal de céans qu'elle comprenait, suite aux courriers de la Fondation de prévoyance complémentaire Pictet & Cie du 19 mars 2007 et à celui de Pictet & Cie du 30 mars 2007, que la prestation de libre passage accumulée auprès de la Fondation complémentaire était de 47'066 fr. 95 et celle auprès de la Caisse de retraite de Pictet & Cie de 220'023 fr. 20 conformément aux renseignements obtenus le 25 juillet 2005.

12. Le 16 avril 2007, le demandeur, représenté par son avocat, a indiqué au Tribunal de céans qu'il ne disposait d'aucune information complémentaire, qu'il était disposé en cas de besoin à être entendu en audience de comparution personnelle, qu'il constatait avec étonnement que l'instruction avait porté jusqu'à son nouvel employeur alors que son engagement auprès de celui-ci était postérieur au divorce et qu'il entendait faire valoir qu'il avait financé par ses propres deniers la part surobligatoire de ses avoirs LPP qui ne pouvaient en conséquence être partagés.
13. Le 18 avril 2007, la Caisse de retraite des employés de Pictet & Cie et des sociétés du groupe a confirmé que la prestation de libre passage de 184'142 fr. 35 avait bien été transférée auprès de la Fondation de prévoyance Espirito Santo le 31 octobre 2006.
14. Le 21 mai 2007, le demandeur a estimé que la loi ne définissait pas ce qu'elle entendait par deuxième pilier. Il fallait considérer que la LPP surobligatoire relevait de son propre choix de financement et que le droit Suisse en matière de LPP ne pouvait avoir comme conséquence de revenir sur les options auxquelles avaient procédé les époux au moment du mariage, lesquelles étaient, en l'espèce, protégées par le droit français.
15. Le 15 juin 2007, la demanderesse a considéré que son ex-époux avait été affilié auprès de la Caisse de retraite des employés de Pictet & Cie et des sociétés du groupe, de la Fondation de prévoyance complémentaire de Pictet & Cie et des sociétés du groupe du 1^{er} janvier 1997 au 30 novembre 2004 et de la Fondation complémentaire de Helvea SA du 1^{er} novembre 2004 au 31 octobre 2006. Le partage s'appliquait également à la prévoyance professionnelle plus étendue (pilier 2b) et il était indépendant du régime matrimonial sous lequel avaient vécu les ex-conjoint, de sorte que le demandeur était de mauvaise foi et son raisonnement relevait de l'absurde.
16. Le 3 juillet 2007, le Tribunal de céans a informé les parties qu'un montant de 127'625 fr. 10 revenait à la demanderesse et leur a fixé un délai pour former leurs éventuelles observations.
17. Le 9 juillet 2007, la demanderesse a déclaré approuver le calcul précité.
18. Le 16 juillet 2007, le demandeur a rappelé que la demanderesse avait déjà bénéficié d'un transfert de fond qu'il convenait de déduire du calcul annoncé. Par ailleurs, il persistait à refuser tout transfert lié à la prévoyance surobligatoire.
19. A la demande du Tribunal de céans, la Caisse de retraite des employés de Pictet & Cie et des sociétés du groupe a attesté avoir transféré le 19 décembre 2005 le montant de 109'484 fr. 45 (soit 104'091 fr. 60 + 5'392 fr. 85 d'intérêts) sur le

compte de la demanderesse auprès de la Bâloise, compagnie d'assurances sur la vie, à Bâle.

20. Le 6 août 2007, la demanderesse a informé le Tribunal de céans que, selon la Bâloise, compagnie d'assurances sur la vie, son compte n'avait reçu aucune bonification. Elle a joint un courrier de cette assurance du 6 août 2007 selon lequel aucun montant en faveur de la demanderesse n'avait été réceptionné.
21. Le 16 août 2007, la demanderesse a interpellé par écrit la Bâloise, compagnie d'assurances sur la vie, en lui demandant de procéder à une nouvelle vérification. Le 28 août 2007, le Tribunal de céans en a fait de même.
22. Le 17 septembre 2007, la Bâloise, compagnie d'assurances sur la vie, a attesté qu'elle avait bien reçu le 19 décembre 2005 un montant de 109'484 fr. 45 en faveur de la demanderesse.
23. Sur quoi, 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. 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^{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. 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) Les prestations sujettes à partage sont toutes les prétentions qui découlent d'un rapport de prévoyance soumis à la LFLP, de même que les comptes de libre passage ou les polices de libre passage destinés au maintien de la prévoyance au sens de l'art. 10 de l'ordonnance sur le libre passage (OLP; RS 831.425). S'agissant du deuxième pilier, le partage s'applique aussi bien à la prévoyance professionnelle obligatoire (pilier 2a) qu'à la prévoyance professionnelle plus étendue (pilier 2b). Ne sont pas visées, en revanche, les prestations du premier pilier et des piliers 3a et 3b (arrêt W. du 26 janvier 2004 [B 36/03], consid. 2.2.2, publié dans FamPra.ch 2004 p. 393; voir aussi Jacques-André SCHNEIDER/Christian BRUCHEZ, La prévoyance professionnelle et le divorce in : Le nouveau droit du divorce, Publication CEDIDAC n° 41, Lausanne 2000, p. 215 sv.; Thomas GEISER, Le nouveau droit du divorce et les droits en matière de prévoyance professionnelle, in : De l'ancien au nouveau droit du divorce, Berne 1999, p. 63 sv.; Hermann WALSER, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht [Commentaire bâlois], Zivilgesetzbuch I: Art. 1-359 ZGB, 2e éd., Bâle 2002, n. 4 ad art. 122; Hans-Ulrich STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Zurich/Bâle/Genève 2005, p. 449 ch. 1203; ATFA du 25 juillet 2006, B 128/05).

3. a) En l'espèce, il convient, conformément à l'arrêt précité du Tribunal fédéral du 9 janvier 2007, de partager par moitié tous les avoirs de prévoyance des demandeurs. Les dates pertinentes sont, d'une part, celle du mariage, le 19 mars 1993, d'autre part le 29 novembre 2003, date à laquelle le jugement de divorce est devenu exécutoire.

Selon les documents produits, la prestation acquise pendant le mariage par M_____ est de 267'090 fr. 15, soit 220'023 fr. 20 correspondant à l'avoir de prévoyance accumulé auprès de la Caisse de retraite des employés de Pictet & Cie et des sociétés du groupe, transféré ensuite à la Fondation de prévoyance Espirito Santo ainsi qu'un avoir de 47'066 fr. 95 accumulé auprès de la Fondation complémentaire de Pictet & Cie et des sociétés du groupe, transféré ensuite auprès de la Fondation complémentaire Helvea SA puis auprès de la Fondation de prévoyance Espirito Santo.

S'agissant de la prestation du demandeur, il n'y a pas lieu de déduire de l'avoir de 220'023 fr. 20 le montant de fr. 20'585.- dès lors qu'il est établi, par les déclarations du demandeur et par l'extrait de son compte individuel établi par la FER CIAM 106.1, qu'il a cotisé pour la prévoyance professionnelle uniquement postérieurement à la date de son mariage le 19 mars 1993.

La prestation acquise par Mme P_____ est de 11'840 fr. auprès de la Bâloise, compagnie d'assurances sur la vie.

Par ailleurs, contrairement à l'allégation du demandeur, le montant de 47'066 fr. 95 accumulé au titre de la prévoyance professionnelle plus étendue fait également l'objet du partage, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances précitée (consid. 2b supra) et cela nonobstant un éventuel contrat de séparation de biens signé en France entre les ex-époux.

Ainsi M. C _____ doit à son ex-épouse le montant de 133'545 fr. 10 (267'090 fr. 15 : 2) et celle-ci lui doit le montant de 5'920 fr. (11'840 fr. : 2), de sorte que c'est M. C _____ qui doit à Mme P _____ le montant de 127'625 fr. 10.

b) La demanderesse a toutefois déjà bénéficié d'un transfert de 109'484 fr. 45 suite à l'arrêt du Tribunal de céans du 14 novembre 2005, comme finalement attesté par la Bâloise, compagnie d'assurances sur la vie, le 17 septembre 2007.

Comme l'arrêt du Tribunal de céans du 14 novembre 2005 a été annulé par celui du Tribunal fédéral du 9 janvier 2007, il convient de prononcer à nouveau le partage, tout en précisant que le montant déjà versé par la Caisse de retraite des employés de Pictet & Cie et des sociétés du groupe à la demanderesse, en application de l'arrêt du 14 novembre 2005, soit 109'484 fr. 45, devra être déduit du montant à payer par la Fondation de prévoyance Espirito Santo à la Bâloise, compagnie d'assurances sur la vie.

4. 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).
5. Aucun émolument n'est en principe 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). Toutefois, l'art. 89 H al. 1 LPA prévoit que les débours et un émolument peuvent être mis à la charge de la partie qui agit de manière téméraire ou témoigne de légèreté. Le Tribunal cantonal des assurances sociales statue dans les limites établies par règlement du Conseil d'Etat.

En l'espèce, le demandeur a témoigné de légèreté dès lors qu'il n'a pas fourni au Tribunal de céans la liste complète des institutions de prévoyance auprès desquelles il avait cotisé pendant la durée du mariage, ce qui a entraîné la procédure de recours au Tribunal fédéral ainsi que le renvoi de la cause au

Tribunal de céans. En effet, le demandeur s'est contenté, dans son courrier du 16 septembre 2005, d'affirmer que le Tribunal de céans semblait avoir les informations nécessaires pour le partage alors même qu'il s'était renseigné en prenant contact avec le service du personnel de son employeur. Il n'a d'ailleurs pas, par la suite, prétendu qu'il ne connaissait pas l'existence de son compte ouvert auprès de la fondation de prévoyance complémentaire de Pictet & Cie et des sociétés du groupe (courriers des 16 avril, 21 mai et 16 juillet 2007). En conséquence, un émolument de 2'000 fr. sera mis à la charge du demandeur, en application de l'art. 89H al. 1 précité.

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

Statuant

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

1. Invite la Fondation Espirito Santo à transférer, du compte de M. C _____, la somme de 127'625 fr. 10 à la Bâloise, Compagnie d'Assurances sur la Vie, en faveur de Mme P _____, et à verser, en plus de ce montant, des intérêts compensatoires au sens des considérants, dès le 29 novembre 2003 jusqu'au moment du transfert, sous déduction d'un montant de 109'484 fr. 45.
2. L'y condamne en tant que de besoin.
3. Condamne M. C _____ à un émolument de 2'000 fr.
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 :

Nancy BISIN

La Présidente :

Valérie MONTANI

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