RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2353/2003 **ATAS/1020/2004**

ARRÊT

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

du 8 décembre 2004

4ème Chambre

En la cause

Madame B_____, née D_____

et

Monsieur B_____, comparant par Me Didier PLANTIN, en l'Etude duquel il élit domicile

demandeurs

contre

FONDATION DE PREVOYANCE ZSCHOKKE, rue du 31-Décembre 42, GENEVE

et

FONDATION INSTITUTION SUPPLETIVE, Administration des comptes de libre passage, Case postale, 8022 ZURICH défenderesse

---

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

EN FAIT

1. Par jugement du 8 décembre 2003, la 7ème chambre du Tribunal de première instance de la République et canton de Genève a prononcé la dissolution du mariage contracté le 19 janvier 1991 à Troistorrents (Valais) par Madame B_____, née D_____ (défenderesse défaillante), et Monsieur B_____.

2. Selon le chiffre 16 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 et transmis la cause au Tribunal cantonal des assurances sociales.

3. Le jugement de divorce est devenu définitif le 4 février 2004.

4. Le Tribunal de céans a interpellé l'institution défenderesse en la priant de lui communiquer le montant des avoirs LPP acquis par leur assuré durant le mariage, soit entre le 19 janvier 1991 et le 4 février 2004.

5. Selon le courrier de la Fondation de prévoyance ZSCHOKKE du 24 juin 2004, la prestation de sortie au moment du mariage par Monsieur B_____ était de 19'188, soit fr. 30'056 au 4 février 2004, intérêts courus compris. La prestation de sortie au moment du divorce s'élève à fr. 161'987. Déduction faite de la prestation de sortie acquise au moment du mariage, la prestation de sortie à partager se monte à fr. 131'931 au 4 février 2004.

6. Le Tribunal de céans a interpellé Madame B_____, née D_____, à réitérées reprises, aux fins de savoir si elle disposait d'avoirs LPP auprès d'une institutiton de prévoyance, en vain. Il a effectué des recherches auprès des anciens employeurs de la demanderesse, ainsi qu'auprès de leurs caisses de compensation.

7. La Fondation collective VAUDOISE ASSURANCES a informé le Tribunal de céans, le 30 juillet 2004, que Madame B_____, née D_____, disposait d'un capital acquis au moment du mariage le 19 janvier 1991 de fr. 7'043. La fondation n'avait jamais reçu de prestation de libre passage en faveur de son assurée. La prestation de sortie de Madame B_____ lui a été remboursée en espèces, valeur 17 février 1992. Interpellée par le Tribunal de céans, la Fondation collective VAUDOISE ASSURANCES a précisé que la demanderesse avait retiré son deuxième pilier pour cause de mariage avant la nouvelle loi de 1995 et que

seule la preuve de son mariage était demandée. L'intéressée était sortie de l'institution de prévoyance le 30 avril 1991 et sa prestation de sortie, fr. 7'686, lui a été versée en espèces.

8. La demanderesse a été invitée à ouvrir un compte de libre passage auprès d'une banque dans un dernier délai au 30 août 2004, sans succès.

9. Les pièces ont été communiquées aux parties qui n'ont pas déposé d'observations.

10. Sans nouvelle de la demanderesse, le Tribunal de céans a sollicité de la Fondation insitutiton supplétive LPP d'ouvrir un compte de libre passage en faveur de la demanderesse.

11. A l'échéance du délai fixé, 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 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 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 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'espèce, 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 19 janvier 1991 au 4 février 2004, date à laquelle le jugement de divorce est devenu exécutoire. Le demandeur s'est déclaré d'accord avec l'application de l'art. 122 CC.

   Selon les documents produits, la prestation acquise pendant le mariage par le demandeur auprès de la Fondation de prévoyance ZSCHOKKE est de fr. 131'931, intérêts compris, après déduction de la prestation de sortie au moment du mariage augmentée des intérêts courus au 4 février 2004 (fr. 161'987 – fr. 30'056). Le droit du conjoint divorcé s'élève ainsi à 65'965 fr. 50.

   Il résulte de l'instruction effectuée par le Tribunal de céans que la demanderesse disposait d'une prestation de sortie de fr. 7'043 au moment du mariage. Elle a toutefois quitté l'institution de prévoyance le 30 avril 1991 et sa prestation de sortie (fr. 7'686) lui a été versée en espèces le 17 février 1992. Elle ne dispose plus d'avoirs de prévoyance.

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 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 Fondation de prévoyance ZSCHOKKE à transférer, du compte de Monsieur B_____, la somme de 65'965 fr. 50 au compte 80-13022-7 de la Fondation institution supplétive LPP, administration des comptes de libre passage, case postale, 8022 Zurich, en faveur du compte de libre passage ouvert au nom de Madame Paula B_____, née D_____ le 2 janvier 1962, réf. CH/KLSK2-FZK, no. AVS 283.62.502.111 ;

2. L'invite à verser, en plus de ce montant, des intérêts compensatoires au taux déterminé au sens des considérants, dès le 4 février 2004 jusqu'au moment du transfert ;

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

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

5. 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: La Présidente :

Walid BEN AMER Juliana BALDE

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