RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2390/2006 **ATAS/894/2006**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 2

du 10 octobre 2006

En la cause

Madame D_____, domiciliée , 1226 Thônex / GE

Monsieur D_____, domicilié , 1202 Genève, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître YERSIN Florence — Demandeurs

contre

FONDATION DE LIBRE PASSAGE DE LA BANQUE CANTONALE DE GENEVE, 17, quai de l'Ile, case postale 2251, 1211 Genève 2 — défenderesse

Siégeant : Madame Isabelle DUBOIS , Présidente, Mesdames Doris WANGELER et Maya CRAMER, juges.

EN FAIT

1. Par jugement du 18 mai 2006, la 1ère chambre du Tribunal de première instance a prononcé le divorce de Madame D_____ et Monsieur D_____, mariés en date du 16 août 1990.

2. Selon le chiffre 3 du jugement précité, le Tribunal de première instance a fixé l'indemnité équitable due par le demandeur à la demanderesse en vertu de l'art. 124 du Code civil suisse (ci-après CCS) à 30 % de sa prestation de sortie acquise durant le mariage, et a transféré la cause au Tribunal de céans pour qu'il procède au calcul exact du montant à transférer du compte de prévoyance professionnelle du demandeur, auprès de la FONDATION DE LIBRE PASSAGE DE LA BCG, sur le compte qu'ouvrira à cette fin la demanderesse. Le juge du divorce a, en effet, constaté que le partage par moitié des avoirs de prévoyance professionnelle des ex-époux était impossible en raison du fait que la demanderesse avait retiré son avoir pour se mettre à son compte, de sorte que sa prestation de prévoyance n'était plus partageable.

3. Le jugement de divorce est devenu définitif le 18 mai 2006 et a été transmis d'office au Tribunal de céans le 29 juin 2006 pour exécution du partage.

4. En raison d'une possible contradiction entre le texte du dispositif (« ordonne le partage... ») et le texte des considérants du jugement (« l'indemnité équitable... sera fixé à 30 % »), le Tribunal de céans s'est adressé aux mandataires des demandeurs aux fins de savoir s'ils comprenaient la volonté du juge du divorce dans le sens susmentionné, ce qu'ils ont confirmé par pli des 14 juillet et 25 août 2006.

5. Il ressort de l'instruction menée par le Tribunal que le demandeur a cotisé entre le 1er novembre 1982 et le 31 décembre 1997 auprès de la CAISSE DE PRÉVOYANCE DU PERSONNEL DES ÉTABLISSEMENTS PUBLICS MÉDICAUX DU CANTON DE GENÈVE (CEH), et que son avoir de prévoyance a été transféré au mois d'avril 1998 auprès de la FONDATION DE LIBRE PASSAGE DE LA BCG.

6. Selon le courrier de la FONDATION DE LIBRE PASSAGE DE LA BCG du 5 septembre 2006, la prestation acquise par le demandeur au 22 juin 2006, date à laquelle le jugement de divorce est devenu définitif, intérêts compris, est de 164'024 fr.10 . Selon le courrier de la CEH du 14 septembre 2006, la prestation du demandeur était de 48'391 fr. 50 à la date du mariage, le 16 août 1990.

7. Ces documents ont été transmis aux parties en date du 21 septembre 2006. La juridiction leur a indiqué qu'au vu de ces documents le montant dont le 30 % revient à la demanderesse s'élève à 87'600 fr. 40, le 30 % correspondant à 26'280 fr. 10. En effet, il convient de déduire de l'avoir de prévoyance du

demandeur (164'024 fr. 10) la prestation au mariage (48'391 fr. 50) ainsi que les intérêts sur cette somme au 29 juin 2006, de 28'032 fr. 20. A défaut d'observations d'ici au 9 octobre 2006, un arrêt sera rendu sur cette base.

8. En l'absence d'objections dans le 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. 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 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).

   Cependant, l'art. 124 CCS prévoit que lorsque le partage des prestations de sortie des conjoints s'avère impossible, parce qu'un cas de prévoyance est déjà survenu pour l'un ou l'autre des époux, une indemnité équitable est due.

   Le juge du divorce a constaté que tel était le cas en l'espèce puisque la demanderesse avait retiré son avoir de prévoyance, qui de ce fait n'était plus partageable. Il a estimé qu'elle ne devait pas être totalement prétéritée par cela, raison pour laquelle il a fixé à 30 % son droit à l'avoir de son ex-époux. Constatant, enfin, ne pas pouvoir déterminer le montant exact à transférer, il a fixé à 30 % du montant de la prestation de sortie du défendeur au jour du prononcé du divorce le droit de la demanderesse, à lui verser par cession d'une partie de la prestation de sortie, ce qui est admis par la doctrine et la jurisprudence (cf. J.A. SCHNEIDER et

Ch. BRUCHEZ, La prévoyance professionnelle et le divorce, p. 245). De l'avis du Tribunal il ne s'agit pas d'un cas empêchant le partage de l'avoir existant, et c'est d'ailleurs bien sous cette forme que le juge du divorce a rédigé son dispositif.

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 (OPP 2), le taux d'intérêt applicable à la prestation de sortie acquise avant le mariage est de 4% jusqu' au 31 décembre 2002 et 3,25% en 2003, 2,25% en 2004 et 2,5% en 2005. Par conséquent les intérêts dus au demandeur sur la somme de 48'391 fr. 50 existant au 16 août 1990 se montent à 28'032 fr. 20 (12 ans et 4 mois à 4%, 1 an à 3,25%, 2 ans et 4,5 mois à 2,25%).

4. Par conséquent le montant global à déduire de l'avoir de 164'024 fr. 10 est de 76'423 fr. 70 (48'391 fr. 50 + 28'032 fr. 20). C'est ainsi un montant de 87'600 fr. 40 qui sera partagé en faveur de la demanderesse à raison de 30%, soit 26'280 fr. 10, à verser sur le compte qu'elle a ouvert à cette fin auprès de la même fondation.

5. 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)

6. 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).

***

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 BCG à transférer, du compte de Monsieur D_____, la somme de 26'280 fr. 10 fr. en faveur et sur le compte de Madame D_____, ainsi que des intérêts compensatoires au sens des considérants, dès le 29 juin 2006 jusqu'au moment du transfert.

2. L'y condamne en tant que de besoin.

3. Dit que la procédure est gratuite.

4. 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 :

Pierre RIES Isabelle DUBOIS

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