

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3764/2008

ATAS/575/2009

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 3

du 7 mai 2009

En la cause

Monsieur B_____, domicilié à VERNIER, comparant avec
élection de domicile en l'étude de Maître Marc MATHEY-DORET

demandeurs

Madame B_____, domiciliée à SATIGNY comparant avec
élection de domicile en l'étude de Maître Philippe GIROD

contre

FONDATION DE PRÉVOYANCE EN FAVEUR DU
PERSONNEL DE TOTSА TOTAL OIL X_____, SA, route de
l'Aéroport 10, case postale 276, 1215 GENEVE 15

défenderesses

CAISSE DE PENSIONS Y_____, case postale, 4002 BÂLE

**Siégeant : Karine STECK, Présidente, Maria GOMEZ et Olivier LEVY, Juges
assesseurs.**

EN FAIT

1. Par jugement du 5 avril 2006, la 10^{ème} chambre du Tribunal de première instance a prononcé le divorce de Madame B _____, née C _____ en 1967, et Monsieur B _____, né en 1966, lesquels s'étaient mariés en date du 27 juin 1992.
2. Au chiffre 7 du dispositif du jugement précité, le Tribunal de première instance a réservé le partage des avoirs de prévoyance professionnelle des époux. Ce jugement est devenu définitif, sur le principe du divorce, le 23 mai 2006. Il ressort de ses considérants que le demandeur s'est opposé au partage des avoirs de prévoyance accumulés durant le mariage au motif que la demanderesse n'était affiliée à une institution de prévoyance professionnelle suisse que depuis septembre 2001. Le Tribunal de première instance a considéré que, faute d'informations sur le fait de savoir si la demanderesse avait ou non cotisé à l'étranger et si ces avoirs avaient le cas échéant été « rapatriés » en Suisse, il lui était impossible de déterminer s'il devait opter pour un partage des avoirs ou l'octroi d'une indemnité équitable. C'est la raison pour laquelle le juge civil, estimant qu'en l'état, le partage des avoirs de prévoyance ne pouvait avoir lieu, l'a réservé.
3. La Cour de justice, saisie d'un appel portant sur les effets accessoires du divorce, a statué à son tour en date du 29 novembre 2007. S'agissant de la question du partage des avoirs professionnels, la Cour, statuant à nouveau, a ordonné leur partage par moitié et transmis la cause au Tribunal de céans pour exécution du partage. La Cour a considéré qu'en l'espèce, il n'apparaissait pas que la demanderesse ait cotisé à une caisse de prévoyance professionnelle en France qui impliquerait la fixation d'une indemnité équitable plutôt que le partage (consid. 9.1 de l'arrêt de la Cour). Au surplus, aucun cas de prévoyance n'était survenu. La Cour a ajouté que le fait que la demanderesse ait commencé à cotiser au deuxième pilier postérieurement à son époux n'était pas pertinent. Elle a relevé à cet égard, notamment, que le demandeur bénéficiant d'un salaire nettement plus important que celui de son ex-épouse, il serait en mesure de se reconstituer un avoir de prévoyance beaucoup plus rapidement que cette dernière. En définitive, la Cour a considéré que rien ne permettait de déroger au principe du partage par moitié des avoirs de prévoyance.
4. Saisi à son tour d'un appel par le demandeur, le Tribunal fédéral a confirmé l'arrêt de la Cour de justice en date du 19 août 2008. S'agissant plus particulièrement du partage par moitié des avoirs de prévoyance ordonné par la Cour de justice, le Tribunal fédéral a qualifié les griefs du demandeur d'irrecevables (consid. 6.3.1).
5. Le dossier a alors été transmis au Tribunal de céans pour exécution du partage.

-
6. Le Tribunal de céans a sollicité des parties le(s) nom(s) de leur(s) institution(s) de prévoyance, puis a interpellé les institutions défenderesses en les priant de lui communiquer les montants des avoirs LPP des parties acquis durant le mariage, soit entre le 27 juin 1992 et le 23 mai 2006.
 7. S'agissant du demandeur, il est apparu :
 - qu'il est affilié depuis le 9 avril 1991 à la FONDATION DE PRÉVOYANCE EN FAVEUR DU PERSONNEL DE X_____ SA; que l'avoir de prévoyance accumulé pendant le mariage s'élevait à l'1'96'289 fr. (cf. courrier de la fondation TOTSA du 18 novembre 2008).
 8. Quant à la demanderesse - dont il convient de relever qu'elle n'a atteint l'âge de 25 ans que quatre jours avant son mariage -, il s'est avéré :
 - qu'elle n'a été affiliée à une institution de prévoyance suisse qu'à compter de septembre 2001 ;
 - qu'à compter de cette date et jusqu'au 29 février 2004, elle a été affiliée à l'INSTITUTION DE PRÉVOYANCE DE OM Z_____ (cf. courrier de OM du 8 décembre 2008);
 - que son avoir a ensuite été transféré, en date du 8 avril 2004, à la FONDATION DE LIBRE PASSAGE D'UBS SA (cf. courrier de la fondation UBS du 25 novembre 2008) qui l'a elle-même transmis, le 19 août 2004, à la CAISSE DE PENSIONS Y_____, à laquelle la demanderesse est affiliée depuis le 1er juillet 2004 (cf. courrier de la caisse de pensions Y_____ du 10 novembre 2008 et courrier de la fondation UBS du 25 novembre 2008);
 - que l'avoir de la demanderesse accumulé pendant le mariage s'élève à 37'436 fr., intérêts compris au 23 mai 2006 (cf. courrier de la caisse de pensions Y_____ du 10 novembre 2008).
 9. Par écritures des 1er octobre, 18 novembre et 15 décembre 2008, le conseil de la demanderesse a fait part au Tribunal de céans de sa crainte que le demandeur n'ait pas déclaré l'intégralité des revenus soumis à cotisations LPP. Il a expliqué que le demandeur avait reçu des bonus importants, de l'ordre de l'000'000 fr. certaines années, dont il a demandé qu'il soit vérifié s'ils avaient bien été soumis à cotisations.
 10. Interrogée par le Tribunal de céans, X_____ SA a confirmé, par courrier du 16 janvier 2009, que la totalité des bonus versés au demandeur avait bien été soumise à cotisations LPP et que les montants communiqués comprenaient également ceux concernant la prévoyance sur-obligatoire. Une attestation de l'actuaire de la fondation de prévoyance a été produite, qui confirme que les primes ont été soumises à cotisations LPP depuis 1995.

-
11. Ces documents ont été transmis aux parties en date du 4 février 2009. La juridiction leur a indiqué qu'à défaut d'observations de leur part, un arrêt serait rendu sur cette base.
 12. Par courrier du 17 février 2009, le conseil du demandeur a émis l'avis que les constatations du Tribunal de céans étaient « lacunaires » et nécessitaient d'être complétées. Il a allégué que « plusieurs zones d'ombre » subsistaient encore s'agissant des périodes de cotisations de la demanderesse ainsi que des revenus soumis à cotisations.

Le conseil du demandeur admet que la demanderesse, jusqu'en septembre 2001, a exercé une activité lucrative et perçu une rémunération en France de 1992 à 1999. Il fait grief à la Cour de Justice d'avoir constaté « contradictoirement et sans mesures probatoires suffisantes » que la demanderesse n'a pas cotisé à une caisse de prévoyance professionnelle en France. Le conseil du demandeur admet que l'avoir de prévoyance qui aurait le cas échéant été accumulé en France ne saurait être partagé mais soutient que s'il s'avérait que la demanderesse avait une institution de prévoyance à l'étranger et que cette dernière refuse le partage ordonné par le juge suisse, le partage devrait être considéré comme impossible et une indemnité équitable fixée par le juge civil.

Le demandeur en tire la conclusion que le Tribunal de céans devrait en conséquence instruire et résoudre la question de savoir si un montant a été reçu par la demanderesse à titre de prévoyance lors de son départ de France ou si une prestation périodique lui sera versée sur la base des revenus acquis en France.

Par ailleurs, selon le demandeur, le montant exact des rétributions perçues par son ex-épouse pendant la durée du mariage resterait « indéterminée », les sociétés OM Z_____ et XA_____ n'ayant fourni aucune information s'agissant des gratifications ou indemnités reçues par l'intéressée. Le demandeur en tire la conclusion que l'on ignore si l'une ou l'autre de ces institutions s'est écartée des salaires déterminants dans l'AVS en faisant abstraction de certains éléments de revenu.

Enfin, le demandeur soutient que son ex-épouse aurait touché des « indemnités substantielles soustraites à l'impôt » sous forme de remboursement de ses frais de déplacements par la société XA_____, éléments dont il allègue que l'on ignore s'ils ont été soumis à cotisations LPP.

13. Quant à la demanderesse, elle a fait valoir, par courrier du 18 février 2009, que la réponse « apparemment claire » apportée par la fondation de prévoyance en faveur du personnel de X_____ ne l'était pas réellement, la fondation ayant limité sa réponse à la période de février 2005 à mai 2006. La demanderesse s'est dès lors interrogée sur la question de savoir si les bonus perçus en dehors de la période

considérée avaient également été soumis à cotisations. Elle a demandé qu'il soit exigé de l'employeur de son ex-époux la liste des bonus versés.

14. Les écritures des demandeurs ont été échangées.
15. Par courrier du 3 mars 2009, le chef du personnel de X_____ SA a informé le Tribunal de céans qu'une erreur de plume s'était glissée dans son courrier du 16 janvier 2009 et a confirmé que la totalité des bonus du demandeur, depuis 1995 (et non 2005 comme indiqué précédemment par erreur) avait été soumise à cotisations LPP. Ce courrier a également été adressé pour information aux demandeurs, par pli du 13 mars 2009.
16. Les demandeurs ne s'étant plus manifestés, 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. 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 courus jusqu'au moment du divorce (ATF 128 V 230; ATF 129 V 444). S'agissant de ces intérêts, il convient de se référer aux 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 a été de 4% du 5 septembre 1998 au 31 décembre 2002, de 3,25% du 1^{er} janvier au 31 décembre 2003, de 2,25% du 1^{er} janvier au

31 décembre 2004, de 2,5% du 1er janvier 2005 au 31 décembre 2007 et de 2,75% à compter du 1er janvier 2008.

3. En l'espèce, le juge civil a ordonné le partage par moitié des prestations de sortie acquises durant le mariage par les demandeurs. Les dates pertinentes sont, d'une part, celle du mariage, le 27 juin 1992, d'autre part le 23 mai 2006, date à laquelle le divorce est devenu exécutoire.

Les griefs du demandeur, qui s'oppose au partage, doivent être déclarés irrecevables. En effet, force est de constater que le partage par moitié des avoirs de prévoyance a fait l'objet d'une décision entrée en force, les griefs du demandeur ayant été déclarés irrecevables par le Tribunal fédéral. En conséquence, la compétence du Tribunal de céans, à qui la Cour de justice a transmis la cause, se limite à l'exécution dudit partage. Le Tribunal de céans ne saurait, à cette occasion, remettre en cause la décision du juge civil, d'autant que cette dernière a désormais acquis force de chose jugée.

4. Selon les documents produits, la prestation acquise pendant le mariage par le demandeur s'élève à 1'196'289 fr. tandis que celle acquise par la demanderesse atteint la somme de 37'436 fr., les intérêts ayant déjà été calculés par les institutions de prévoyance défenderesses. Ainsi le demandeur doit à son ex-épouse le montant de 598'144 fr. 50 ($1'196'289 : 2$) alors qu'elle lui doit celui de 18'718 fr. ($37'436 : 2$), de sorte que c'est en définitive le demandeur qui doit à son ex-épouse le montant de 579'426 fr. 50 ($598'144.50 - 18'718$).

Quant à savoir si tous les revenus du demandeur ont été ou non soumis à cotisations LPP, comme le soulève la demanderesse, il ne revient pas au Tribunal de céans de le vérifier. Sa tâche se limite en effet à procéder à l'exécution du partage des avoirs de prévoyance constitués de part et d'autre. Au demeurant, la Fondation de prévoyance en faveur du personnel de X_____ a confirmé que les revenus du demandeur avaient bien été soumis à cotisation.

Cela vaut également pour l'affirmation du demandeur selon laquelle le montant exact des rétributions perçues par son ex-épouse pendant la durée du mariage resterait « indéterminée ». Le demandeur insinue que les employeurs de son ex-épouse pourraient avoir accordé à cette dernière des gratifications ou indemnités qui n'auraient pas été soumises à cotisations LPP. D'une part, aucun indice au dossier n'étaye ces suppositions, d'autre part, ainsi que cela a déjà été dit supra, il n'appartient pas au Tribunal de céans, dans le cadre de la présente procédure, de procéder à ce genre de vérification mais seulement d'établir le montant des avoirs de prévoyance respectifs et de procéder à leur partage, dans la mesure déterminée par le juge civil.

-
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 :

1. Invite la FONDATION DE PRÉVOYANCE EN FAVEUR DU PERSONNEL DE X_____ SA à transférer, du compte de Monsieur B_____, la somme de 579'426 fr. 50 à la CAISSE DE PENSIONS Y_____ en faveur de Madame B_____, née C_____, ainsi que des intérêts compensatoires au sens des considérants, dès le 24 mai 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 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

La Présidente :

Yaël BENZ

Karine STECK

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