RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/414/2004 **ATAS/502/2005**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 5

du 1er juin 2005

En la cause

Madame L_____, représentée par Maître GUNTZ Philippe demandeurs

Monsieur N_____

contre

Y_____ défenderesses

FONDATION DE PREVOYANCE EN FAVEUR DU PERSONNEL DE LA SOCIETE ETREA, OM PHARMA, rue du Bois-du-Lan 22, case postale 75, 1217 MEYRIN 2

X_____

EN FAIT

1. Par jugement du 20 mars 2003, la 4ème chambre du Tribunal de première instance a prononcé le divorce de Madame L_____, née le 13 avril 1968, et de

Siégeant :Mme Maya CRAMER, Présidente, Mme Juliana BALDE et Mme Karine STECK, juges.

Monsieur N_____, né le 17 août 1966, lesquels s'étaient mariés en date du 5 janvier 1991.

2. Passant outre la volonté des époux, exprimée dans leur convention de divorce, de renoncer au partage de leurs avoirs de prévoyance professionnelle acquis par chacun des époux durant le mariage, le Tribunal de première instance a ordonné, aux chiffres 9 et 10 de son jugement, le partage de ces avoirs et a fixé à un tiers le droit de chaque époux sur la créance de prévoyance professionnelle de l'autre. Afin de procéder à ce partage, il a transmis la cause au Tribunal de céans en date du 3 mars 2004.

3. Le jugement de divorce est devenu définitif le 23 mai 2003.

4. Le Tribunal de céans a procédé à des enquêtes, 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 5 janvier 1991 et le 23 mai 2003.

5. Selon le courrier de la Caisse de pensions paritaire de Rolex SA et de sociétés affiliées du 30 novembre 2004, la prestation acquise pendant le mariage par Monsieur N_____ s'élève au 31 mai 2003 à 78'543 fr. Celle-ci comprend la somme de 6'037 fr. 90 de la Fondation de libre passage de GZB Gen. Zentralbank AG à Bâle

6. Cette dernière banque n'existant plus, le Tribunal de céans a interpellé Monsieur N_____, par son courrier du 20 décembre 2004, afin qu'il lui communique si la prestation de libre passage de cette fondation a été accumulée entièrement pendant le mariage. Il lui a fixé pour ce faire un délai au 10 janvier 2005 et l'a informé que, en l'absence de collaboration de sa part, le Tribunal de céans considérerait que la prestation de cette fondation avait été entièrement acquise pendant l'union conjugale. L'intéressé n'a donné aucune suite à ce courrier.

7. Selon la lettre du 15 février 2005 de l'institution de prévoyance professionnelle OM Pharma, la prestation de libre passage de Madame L_____ est de 5'247 fr. 60 au 23 mai 2003. Celle-ci détient également une épargne accumulée durant le mariage d'un montant de 8'365 fr. au 23 mai 2003 auprès de la Fondation de libre passage de l'UBS SA, aux termes du courrier de cette dernière du 5 avril 2005. Les enquêtes n'ont pas permis de découvrir d'autres avoirs de vieillesse de Madame L_____.

8. Monsieur N_____ a manifesté à plusieurs reprises oralement son désaccord avec le partage des avoirs de vieillesse des ex-époux, dans la mesure où ils avaient convenu d'y renoncer. Il l'a confirmé par son courrier du 12 mai 2005. Son épouse a également écrit dans ce sens, par lettre reçue le 25 octobre 2004.

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).

3. La procédure administrative est régie par la maxime d'office selon laquelle le juge établit les faits d'office. Mais ce principe n'est pas absolu, sa portée est restreinte par le devoir des parties de collaborer à la constatation des faits (art. 22 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA). Celui-ci comprend en particulier l'obligation des parties d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuves (ATF 117 V 264 consid. 3b et les références; ATA/83/2000 du 8 février 2000).

4. En l'espèce, le juge de première instance a ordonné le partage des avoirs de prévoyance professionnelle des époux acquis pendant la durée du mariage et fixée à un tiers le droit de chaque époux sur la créance de prévoyance de l'autre. Les dates pertinentes sont, d'une part, celle du mariage, soit le 5 janvier 1991, et d'autre part le 23 mai 2003, date à laquelle le jugement de divorce est devenu exécutoire.

Monsieur N_____ s'est néanmoins opposé au partage, dans le cadre de la présente procédure, au motif que lui et son épouse y avaient renoncé dans leur convention de divorce soumise au juge du Tribunal de première instance. Cependant, comme cela ressort du jugement du 20 mars 2003 de cette juridiction, celle-ci n'a pas entériné cette convention sur ce point. Certes, selon l'art. 123 al. 1 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC) un époux, peut par convention renoncer à tout ou partie de son droit à la prestation de sortie de son conjoint. Toutefois, cette faculté est subordonnée à la condition qu'il puisse alors bénéficier d'une autre manière d'une prévoyance vieillesse et invalidité équivalente. En l'occurrence, le juge du Tribunal de première instance a considéré que cette condition n'était que partiellement remplie et a ainsi refusé d'entériner la convention de partage des époux et a fixé le droit de chacun d'eux sur la créance de prévoyance de l'autre à un tiers.

Les modalités de ce partage ne sauraient être mises en cause dans le cadre de cette procédure. En effet, seul le juge du divorce est compétent pour fixer les proportions dans lesquelles les prestations de sortie doivent être partagées. Si Monsieur N_____ n'était pas d'accord avec le jugement du divorce, il aurait dû faire appel contre celui-ci devant la Cour de justice.

5. Selon la lettre du 30 novembre 2004 de la Caisse de pensions paritaire de Rolex SA et de sociétés affiliées, la prestation de sortie acquise pendant le mariage par Monsieur N_____ est de 78'543 fr. Certes, celle-ci comprend une somme de 6'037 fr. 90 de la Fondation de libre passage de GZB Gen. Zentralbank AG à Bâle, dont il n'a pas pu être déterminé si elle a été accumulée entièrement pendant la durée de l'union conjugale. Cependant, Monsieur N_____ a refusé de donner des précisions à ce sujet. Il supporte dès lors les conséquences de l'absence de preuve concernant la période pendant laquelle cette somme a été accumulée. Le Tribunal de céans admettra par conséquent que la totalité de l'avoir de vieillesse paritaire de Rolex SA et de sociétés affiliées a été acquise durant le mariage.

   La prestation de sortie de Madame L_____ acquise pendant le mariage s'élève à 13'612 fr. 60 (5'247 fr. 60 + 8'365 fr.).

   Ainsi, son ex-époux lui doit le montant de 26'181 fr. (78'543 fr. : 3) et elle la somme de 4'537 fr. 50 (13'612 fr. 60 : 3), de sorte qu'il appartiendra à Monsieur N_____ de transférer à son ex-épouse la somme de 21'643 fr. 50.

6. 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)

7. 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 Caisse de pensions paritaire de Rolex SA et de sociétés affiliées à transférer, du compte de Monsieur N_____, affilié n° 2122N, la somme de fr. 21'643 fr. 50 à la Fondation de prévoyance en faveur du personnel de la société ETREA SA, OM PHARMA, en faveur de Madame L_____, AVS n° 612.68.613.284.

2. Invite la Caisse de pensions paritaire de Rolex SA et de sociétés affiliées à verser, en plus de ce montant, des intérêts compensatoires au sens des considérants, dès le 1er juin 2003 jusqu'au moment du transfert.

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

4. Dit que la procédure est gratuite.

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).

La greffière	La Présidente :
Yaël BENZ	Maya CRAMER

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