

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1790/2013

ATAS/917/2013

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 24 septembre 2013

2^{ème} Chambre

En la cause

Monsieur C_____, domicilié à VEIGY-FONCENEX, demandeurs
FRANCE

Madame C_____, domiciliée à CHENE-BOURG,
représentée par Maître Anne SONNEX-KYD, avocate

contre

CAISSE DE PREVOYANCE DE LA CONSTRUCTION, rue de la défenderesses
Rôtisserie 8, GENEVE

**Siégeant : Sabina MASCOTTO, Présidente, Christine BULLIARD MANGILI et
Evelyne BOUCHAARA, Juges assesseurs.**

EN FAIT

1. Par jugement du 2 août 2012, la 9^{ème} chambre du Tribunal de première instance a prononcé le divorce de Madame C_____, née D_____ en 1956, et Monsieur C_____, né en 1954, mariés en date du 10 mars 1977.
2. Selon le chiffre 7 du jugement précité, le Tribunal de première instance a ordonné le partage effectif des avoirs de prévoyance professionnelle accumulés par M. C_____ pendant la durée du mariage.
3. Le jugement de divorce est devenu définitif le 15 septembre 2012 et a été transmis d'office au à la Cour de céans le 4 juin 2012 pour exécution du partage.
4. La Cour de céans a sollicité de M. C_____ le nom des institutions de prévoyance, puis a interpellé la CAISSE DE PREVOYANCE DE LA CONSTRUCTION (ci-après la caisse) en la priant de lui communiquer les montants des avoirs LPP acquis durant le mariage, soit entre le 10 mars 1977 et le 15 septembre 2012.
5. Il ressort des renseignements obtenus concernant le demandeur que:
 - Il a travaillé à titre indépendant pour sa propre entreprise de 1976 à 2004, puis pour l'entreprise X_____ et fils Sàrl de décembre 2004 à juin 2010, dont il était l'associé-gérant. Il a ensuite à nouveau exercé son activité à titre indépendant dès août 2010.
 - Le demandeur a été affilié auprès de la caisse du 1^{er} octobre 2004 au 30 juin 2010 et le montant accumulé au 30 juin 2010 s'élève à 19'204 fr. 15. Il s'élève à 21'839 fr. 95 au 15 septembre 2012.
 - La société X_____ et fils Sàrl a été mise en faillite par jugement du Tribunal de première instance du 8 juillet 2010. Malgré le paiement de 10'307 fr. 50 par l'office des faillites, l'entreprise devait encore 40'474 fr. 38 au titre de cotisations impayées. La caisse a donc compensé sa créance avec la prestation de sortie du demandeur de 59'678 fr. 40 et l'a informé le 8 février 2012 qu'elle lui verserait le solde, soit 19'204 fr. 17, sur un compte de libre passage.
6. Ces documents et renseignements ont été transmis aux parties en date des 30 juillet, 14 août et 23 août 2013. La juridiction leur a alors indiqué qu'elles disposaient d'un délai au 6 septembre 2013 pour se déterminer.

-
7. Sur quoi, la cause a été gardée à juger le 7 septembre 2013.

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 (loi sur le libre passage, LFLP; RS 831.42), 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 vieillesse, survivants et invalidité, du 25 juin 1982 (LPP; RS 831.40), soit à Genève la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice depuis le 1^{er} janvier 2011, doit, après que l'affaire lui a été transmise (art. 281 al. 3 du Code de procédure civile du 19 décembre 2008 - CPC; RS 272), 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 al. 1 LFLP (nouvelle teneur en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2011), en cas de divorce, les prestations de sortie acquises durant le mariage sont partagées conformément aux art. 122 et 123 et des art. 280 et 281 CPC; les art. 3 à 5 LFLP s'appliquent par analogie au montant à transférer. 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) Selon le message du Conseil fédéral, seuls les soldes positifs seront pris en compte. Si les prestations de sortie ont diminué durant le mariage, par exemple en raison d'un versement en espèces qui entre dans les régimes matrimoniaux, ce solde négatif n'est pas pris en considération. Une réduction peut également résulter d'un manque de liquidités de l'institution de prévoyance professionnelle. Ainsi, lorsqu'un versement en espèces a eu lieu durant le mariage, il diminue la prestation de sortie existant au moment du divorce. Il n'est pas nécessaire d'en tenir compte. Le montant correspondant est exclu du système de la prévoyance professionnelle (FF 1996 I pages 106 et 110).

c) Alors que dans le cas d'un paiement en espèces, le montant correspondant n'entre plus dans le partage de la prévoyance, la loi prévoit expressément qu'il faut considérer comme étant encore à disposition et à partager les valeurs patrimoniales issues du 2^{ème} pilier et qui ont été investies dans l'acquisition de la propriété du logement destiné à un usage propre (art. 30 c al. 6 LPP). Toutefois, si le bien-fonds a été aliéné durant la durée du mariage, sans générer un produit qui aurait pu être

sujet à remboursement, le montant correspondant ne peut et ne doit pas non plus être pris en compte dans le partage de la prévoyance au sens de l'art. 122 CC (Thomas GEISER, LPP et LFLP 2010, page 1586). Il est possible que, dans le cadre d'une institution de prévoyance qui devient insolvable, la prestation de sortie soit considérablement réduite. Dans la mesure où seuls les avoirs effectivement disponibles sont à partager, les conjoints supportent ensemble les conséquences d'une telle insolvabilité, lorsque l'avoir acquis par un des conjoints pendant la durée du mariage s'avère négatif (GEISER, op. cit., page 1587).

3. Par ailleurs, selon les art. 8a de l'ordonnance fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, du 3 octobre 1994 (ordonnance sur le libre passage, OLP ; RS 831.425) et 12 de l'ordonnance fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, du 18 avril 1984 (OPP 2 ; RS 831.441.1), le taux d'intérêt applicable à la prestation de sortie acquise avant le mariage est de 4% jusqu'au 31 décembre 2002, 3,25% en 2003, 2,25% en 2004, 2,5% dès le 1^{er} janvier 2005, 2,75% dès le 1^{er} janvier 2008 et 2% dès le 1^{er} janvier 2009. En l'espèce, cette question ne se pose pas, aucun avoir n'ayant été accumulé avant le mariage.
4. Une institution de prévoyance peut compenser les cotisations dues par une société employeuse faillie affiliée auprès d'elle avec la prestation de sortie due à l'ex-administrateur de la société (arrêts du Tribunal fédéral 9C_366/2008; 9C_203/2007; ATAS 278/2007).
5. En l'espèce, le juge de première instance a ordonné le partage par moitié des prestations de sortie acquises durant le mariage par le demandeur uniquement. Les dates pertinentes sont, d'une part, celle du mariage, le 10 mars 1977, d'autre part le 15 septembre 2012, date à laquelle le jugement de divorce est devenu exécutoire.

Selon les documents produits, la prestation acquise pendant le mariage par le demandeur était de 59'678 fr. 55 au 30 juin 2010, sans compter les intérêts courus jusqu'au divorce, dont 40'474 fr. 40 ont été déduits par la caisse, en compensation avec sa créance contre l'assuré pour les cotisations impayées par son entreprise pour les salariés. Ainsi, le capital disponible est réduit à 19'204 fr. 15 et, avec les intérêts jusqu'au divorce, il s'élève 21'839 fr. 95. Dans la mesure où, selon les travaux préparatoires et la doctrine, seuls les avoirs encore existants au moment du mariage peuvent être partagés, il y a lieu de tenir compte de ce dernier montant et non pas de la prestation acquise avant compensation.

6. Ainsi le demandeur doit à son ex-épouse le montant de 10'920 fr. (21'839 fr.95 : 2).
7. 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 OPP 2 ou selon le taux réglementaire, si celui-ci est supérieur (ATF 129 V 255 consid. 3).

8. 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,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :**

1. Invite la CAISSE DE PENSION DE LA CONSTRUCTION, rue de la Rôtisserie 8 à Genève, à transférer, du compte de Monsieur C_____, la somme de 10'920 fr. à la RENDITA, Winterthur, en faveur de Madame C_____, AVS N° 756._____, ainsi que des intérêts compensatoires au sens des considérants, dès le 15 septembre 2012 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; RS 173.110); 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

Irène PONCET

Sabina MASCOTTO

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