

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1987/2006

ATAS/864/2006

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 6

du 2 octobre 2006

En la cause

Monsieur C M _____, domicilié , 1239 COLLEX-BOSSY,
comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître
Christophe GAL

demandeurs

Madame M M _____, domiciliée , 1260 NYON, comparant
avec élection de domicile en l'étude de Maître Christophe GAL

contre

CAISSE D'ASSURANCE DU PERSONNEL DE LA VILLE DE
GENEVE ET DES SERVICES INDUSTRIELS DE GENEVE -
CAP, sise rue de Lyon 93, GENEVE

défenderesses

WINTERTHUR-COLUMNNA, sise avenue de Rumine 20,
LAUSANNE

**Siégeant : Madame Valérie MONTANI, Présidente, Mesdames Doris WANGELER et
Juliana BALDE, Juges.**

EN FAIT

1. Par jugement du 18 avril 2006, la 8^{ème} chambre du Tribunal de première instance a prononcé le divorce de Madame M M _____, née M _____ et Monsieur C M _____, mariés en date du 7 janvier 1994.
2. Selon le chiffre 11 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.
3. Le jugement de divorce est devenu définitif le 24 mai 2006 et a été communiqué au Tribunal cantonal des assurances sociales le 1^{er} juin 2006. Les demandeurs sont tous deux représentés par Me Christophe GAL.
4. L'instruction menée par le Tribunal de céans a permis d'établir les faits suivants :

S'agissant de Mme M _____ :

- Le 16 juin 2006, la Caisse d'assurance du personnel de la Ville de Genève et des Services industriels de Genève (CAP) a attesté que la prestation de libre passage de la demanderesse s'élevait au 31 mai 2006 à fr. 111'114,95, y compris un apport de libre passage de la fondation de libre passage d'UBS reçu le 5 avril 2001. Il convenait d'ajouter à ces données selon les indications de la caisse de retraite d'Edipresse un montant de fr. 41'000.- relatif à un versement anticipé dans le cadre de l'encouragement de la propriété du logement du 21 juillet 1995 en faveur de la demanderesse. Enfin, toujours selon la caisse de retraite Edipresse, la prestation de libre passage acquise au jour du mariage, avec intérêts jusqu'au 31 mai 2006, s'élevait à fr. 51'058,25.
- Le 26 juin 2006, la Fondation de libre passage d'UBS SA a confirmé qu'elle avait versé le 5 avril 2001 l'avoir de libre passage de la demanderesse au montant de fr. 52'709,65 à la CAP.
- Le 3 juillet 2006, la Fondation de prévoyance Edipresse a attesté que la demanderesse avait été affiliée du 1^{er} septembre 1989 au 30 novembre 1998. Sa prestation de sortie à la date du mariage s'élevait à fr. 32'831,10. Elle avait effectué un retrait anticipé de fr. 41'000.- le 21 juillet 1995 dans le cadre de l'encouragement à la propriété du logement. Elle avait effectué au 7 janvier 1994 des rachats à hauteur de fr. 1'035.-. La prestation de libre passage transférée le 30 décembre 1998 à la Fondation de libre passage d'UBS SA s'élevait à fr. 27'460,70.
- Le 17 juillet 2006, sur demande du Tribunal de céans, la CAP a précisé qu'indépendamment du retrait de fr. 41'000.-, il convenait de majorer l'entier

de la prestation de libre passage à la date du mariage des intérêts dus jusqu'à la date du divorce.

S'agissant de M. M _____ :

- Le 19 juin 2006, la Fondation de libre passage d'UBS SA a relevé que la Fondation collective LPP de l'UBS avait été reprise par Swisslife.
 - Le 22 juin 2006, la Winterthur-Columna a attesté que dans le cadre d'un contrat 2/78879/DE la prestation de libre passage lors du divorce était de fr. 227'997.-, que celle lors du mariage, avec les intérêts jusqu'au divorce, s'élevait à fr. 37'308,45 et que, dans un contrat n° 2/15960/DE, la prestation de libre passage lors du divorce était de fr. 55'985,10. A la demande du Tribunal de céans, la Winterthur-Columna a confirmé le 29 juin 2006 que la prestation de libre passage accumulée durant le mariage était de fr. 246'673,65 et indiqué que les deux numéros de contrats précités se rapportaient à la société Sherwood Alliance SA.
 - Le 26 juin 2006, Swisslife a attesté qu'elle avait transféré les avoirs de prévoyance de fr. 52'672.- et fr. 56'943.- au 30 juin 2000 à la Winterthur-Columna.
5. Le 25 juillet 2006, le Tribunal cantonal des assurances sociales a informé les demandeurs qu'un montant de fr. 72'808,45 revenait à la demanderesse et leur a imparti un délai afin qu'elles se prononcent sur ce calcul.
 6. Le 9 août 2006, Me GAL a répondu que le 19 janvier 2006, la CAP avait attesté d'un avoir de prévoyance de la demanderesse de fr. 75'630.- au 31 décembre 2005 puis de fr. 111'114,95 au 31 mai 2006, ce qui ne paraissait pas vraisemblable. Par ailleurs, le montant de fr. 41'000.- semblait n'avoir jamais été remboursé. Simultanément à la vente du domicile conjugal, dont le produit de la vente avait été partagé par moitié entre les ex-époux, aucun montant n'avait été payé par le notaire aux institutions sociales, l'inscription en relation avec le versement anticipé ayant été radiée de longue date. Il convenait en conséquence de déduire le montant de fr. 41'000.- des avoirs de prévoyance de la demanderesse.
 7. Le 17 août 2006, la CAP a précisé qu'elle avait omis de signaler le 19 janvier 2006 un solde de crédit de rappels non saisissable de fr. 15'511,95 au 31 décembre 2005. Quant au versement anticipé, les informations provenaient de la Fondation de prévoyance d'Edipresse et il ne lui était donc pas possible de clarifier la situation quant à la radiation de la restriction du droit d'aliéner.
 8. Le 3 juillet 2006, la Fondation de prévoyance Edipresse a précisé que Mme M _____ avait quitté la fondation le 30 novembre 1998 et qu'elle avait dès lors requis du registre foncier la radiation de la restriction du droit d'aliéner LPP

existant en sa faveur et averti la fondation de libre passage d'UBS SA à Bâle qu'il lui appartenait de procéder à une nouvelle inscription en son nom.

9. Le 18 septembre 2006, la fondation de libre passage d'UBS SA a informé le Tribunal de céans qu'aucun courrier concernant une demande d'inscription de la restriction du droit d'aliéner ne lui avait été transmis de la part de la Fondation de prévoyance Edipresse.
10. Sur quoi, 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. a) 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).

b) Toutes les prétentions issues de rapports de prévoyance soumis à la loi sur le libre passage doivent en principe être partagées en cas de divorce selon les art. 122 ss CC. En font partie les avoirs de la prévoyance professionnelle utilisés pour acquérir un logement à titre d'encouragement à l'accession de la propriété aux conditions prévues par les art. 30c et suivants LPP et l'ordonnance sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle (OEPL) du 3 octobre 1994. Ces moyens demeurent en effet liés à un but de prévoyance (ATF 128 V 234 consid. 2c et la référence; Message du Conseil fédéral du 15 novembre 1996 concernant la révision du code civil suisse [FF 1996 I 113]). Selon l'art. 30c al. 6 LPP, lorsque les époux divorcent avant la

survenance d'un cas de prévoyance, le versement anticipé est considéré comme une prestation de libre passage et est partagé conformément aux art. 122, 123 et 141 CC, et à l'art. 22 LFLP. Le versement anticipé reçu de l'institution de prévoyance et investi dans un bien immobilier équivaut à une prestation de libre passage au sens de l'art. 22 al. 2 LFLP; il doit donc être ajouté aux autres valeurs qui sont déterminantes pour les prestations de sortie au sens de l'art. 122 al. 1 CC. Seuls sont pris en considération les montants qui font encore l'objet d'une obligation de remboursement au moment du divorce; ils sont à comptabiliser dans la prestation de sortie au moment du divorce (ATF 128 V 235 consid. 3b et les références; ATFA du 22 juillet 2005, cause B 18/04).

A la différence de la prestation de sortie, le versement anticipé pour l'acquisition d'un logement conserve sa valeur nominale jusqu'au divorce (Thomas GEISER, in op. cit., p. 73; Jacques-André SCHNEIDER/Christian BRUCHEZ, in op. cit., p. 230). Il ne produit donc pas d'intérêts au sens de l'art. 22 al. 2 deuxième phrase LFLP. En effet, ces intérêts, échus durant le mariage et qui profitent au conjoint affilié à l'institution de prévoyance, sont destinés à compenser l'inflation (message précité du Conseil fédéral [FF 1996 I 110]; voir aussi Rolf Brunner, Die Berücksichtigung von Vorbezügen für Wohneigentum bei der Teilung der Austrittsleistung nach Art. 122 ZGB, ZBJV 136/2000, p. 536 sv.; ATFA du 13 mai 2002, cause B 1/2001).

c) Selon l'art. 30d LPP, l'assuré ou ses héritiers doivent rembourser le montant perçu à l'institution de prévoyance si:

- a. le logement en propriété est vendu;
- b. des droits équivalant économiquement à une aliénation sont concédés sur le logement en propriété;
- c. aucune prestation de prévoyance n'est exigible en cas de décès de l'assuré (al. 1).

L'assuré peut rembourser en tout temps le montant perçu, à condition de respecter les dispositions fixées à l'al. 3 (al. 2).

Le remboursement est autorisé:

- a. jusqu'à trois ans avant la naissance du droit aux prestations de vieillesse;
- b. jusqu'à la survenance d'un autre cas de prévoyance;
- c. jusqu'au paiement en espèces de la prestation de libre passage (al. 3).

Si, dans un délai de deux ans, l'assuré entend investir à nouveau dans la propriété de son logement le produit de vente du logement équivalant au versement anticipé, il peut transférer ce montant à une institution de libre passage (al. 4).

En cas de vente du logement, l'obligation de rembourser se limite au produit réalisé. Par produit, on entend le prix de vente, déduction faite des dettes hypothécaires et des charges légales supportées par le vendeur (al. 5).

En cas de remboursement du versement anticipé à l'institution de prévoyance, celle-ci doit reconnaître à l'assuré un droit à des prestations proportionnellement plus élevées, déterminé par son règlement (al. 6).

Le versement anticipé doit rester lié à l'immeuble acquis. Le lien est garanti, d'une part par la restriction du droit d'aliéner au sens de l'art. 30^e al. 1 LPP mentionné au registre foncier et, d'autre part, par l'obligation de rembourser en cas de vente au sens de l'art. 30d LPP, ces deux mesures visant à assurer que le versement anticipé ne soit pas retiré du cercle de la prévoyance (ATFA du 22 juillet 2005, cause B 18/04).

3. En l'espèce, le juge de première instance a ordonné le partage par moitié des avoirs de prévoyance des demandeurs. Les dates pertinentes sont, d'une part, celle du mariage, le 7 janvier 1994, d'autre part le 24 mai 2006, date à laquelle le jugement de divorce est devenu exécutoire.
4. L'avocat des demandeurs a contesté le calcul effectué par la CAP dans la mesure où celle-ci ajoutait à l'avoir de prévoyance de la demanderesse le versement anticipé de fr. 41'000.-.

A cet égard, selon la jurisprudence précitée, le versement anticipé doit impérativement rester lié à l'immeuble acquis de telle manière qu'en cas de vente de celui-ci, il soit remboursé à l'institution de prévoyance. Certes, dans le cas d'espèce, l'absence de restriction au droit d'aliéner, en raison de la requête en radiation de la fondation de prévoyance Edipresse, a eu comme conséquence que ledit versement n'a pas été remboursé à l'institution de prévoyance concernée après la vente du logement. Toutefois, l'obligation de rembourser en cas de vente selon l'art. 30d LPP pallie ce manquement et a pour conséquence que l'institution de prévoyance dispose d'une créance à hauteur du montant du versement anticipé, de telle manière que celui-ci reste dans le cercle de la prévoyance. Ainsi, c'est à juste titre que la CAP a ajouté à l'avoir de prévoyance de la demanderesse le montant de fr. 41'000.-.

5. Selon les documents produits, la prestation acquise pendant le mariage par M. M_____ est de fr. 246'673,65 tandis que celle acquise par Mme M_____ est de fr. 101'056,70 (soit [fr. 111'114,95 + fr. 41'000.-] - fr. 51'058,25), les intérêts ayant déjà été calculés par les institutions de prévoyance défenderesses. A cet égard, la CAP a expliqué le 17 août 2006 que l'avoir de prévoyance de la demanderesse était bien de fr. 111'114,95 en raison d'un solde de crédits de rappels.

En conséquence, M. M_____ doit à son ex-épouse le montant de fr. 123'336,80 (fr. 246'673,65 : 2) et celle-ci lui doit le montant de fr. 50'528,35 (fr.

101'056,70 : 2), de sorte que c'est M. M_____ qui doit à Mme M_____ le montant de fr. 72'808,45.

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 Winterthur-Columna à transférer, du compte de M. C M _____, la somme de fr. 72'808,45 à la Caisse d'assurance du personnel de la Ville de Genève et des Services industriels de Genève en faveur de Mme M M _____, 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 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

Nancy BISIN

La Présidente

Valérie MONTANI

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