

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3165/2017

ATAS/41/2018

COUR DE JUSTICE
Chambre des assurances sociales

Arrêt du 22 janvier 2018

6^{ème} Chambre

En la cause

Monsieur A_____, domicilié c/o M. B_____; à CAROUGE GE demandeurs

Madame C_____, domiciliée C/o Mme D_____; à GENÈVE

contre

FONDATION DE PREVOYANCE HOTELA, sise rue de la défenderesse
Gare 18, case postale 1251, MONTREUX

**Siégeant : Valérie MONTANI, Présidente, Teresa SOARES et Jean-Pierre WAVRE,
Juges assesseurs.**

EN FAIT

1. Par jugement du 20 avril 2017, la 16^{ème} chambre du Tribunal de première instance a prononcé le divorce de Madame C _____ , née D _____ le _____ 1969, et Monsieur A _____ , né le _____ 1970, mariés en date du 27 avril 2007.
2. Selon le chiffre 4 du dispositif du jugement précité, le Tribunal de première instance (ci-après : TPI) a ordonné le partage par moitié des prestations de sortie des institutions de prévoyance professionnelle des parties.
3. Le jugement de divorce est devenu définitif le 4 juillet 2017 et a été transmis d'office à la chambre de céans pour exécution du partage.
4. La demande en divorce a été introduite au TPI le 19 décembre 2016.
5. L'instruction menée par la chambre de céans a permis d'établir les faits suivants :

S'agissant de Mme C _____ :

Selon l'extrait de compte fourni par la Caisse cantonale genevoise de compensation, la demanderesse a travaillé depuis la date du mariage jusqu'au 19 décembre 2016 et pour un salaire et une durée pertinents au sens de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, du 25 juin 1982 (LPP ; RS 831.40) auprès des employeurs suivants :

- Hotel E _____ (2007 – 2008 et 2014)
- F _____ SA (2008 – 2016)
- G _____ SA (2010 – 2014)

Le 25 août 2017, la Fondation institution supplétive LPP a indiqué qu'elle ne gérait aucun compte pour la demanderesse.

Le 12 septembre 2017, la Centrale du 2^{ème} pilier a indiqué qu'elle avait reçu une annonce de la Fondation de prévoyance Hotela.

Le 26 septembre 2017, la Fondation de prévoyance Hotela a attesté d'une prestation de libre passage au jour du mariage, intérêts compris jusqu'au 19 décembre 2016, de CHF 12'954.25, d'une valeur au 19 décembre 2016 de CHF 21'339.60, de périodes d'assurances du 9 janvier 2002 au 31 août 2007, du 7 au 31 décembre 2007, du 4 au 6 janvier 2008, du 1^{er} au 13 janvier 2014 (Hôtel E _____s), du 1^{er} au 31 décembre 2008, du 5 janvier 2009 au 31 mars 2011, du 1^{er} août au 16 septembre 2011, du 1^{er} au 31 août 2012, du 7 au 31 août 2013, du 1^{er} au 31 août 2014 et du 1^{er} août 2015 au 31 janvier « 2015 » (Hôtel L _____), et d'une affiliation ayant cessé au 31 janvier 2015.

Le 3 novembre 2017, la Fondation Collective VITA a indiqué que la demanderesse lui était inconnue.

S'agissant de M. A _____ :

Selon l'extrait de compte fourni par la Caisse cantonale genevoise de compensation, le demandeur a travaillé depuis la date du mariage jusqu'au 19 décembre 2016 et pour un salaire et une durée pertinents au sens de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, du 25 juin 1982 (LPP ; RS 831.40) auprès des employeurs suivants :

- H_____ Genève (2010)
- I_____ Genève (2011 – 2012)
- J_____ (2014 – 2015)
- K_____ SA (2015 – 2016)

Le 25 août 2017, la Fondation institution supplétive LPP a indiqué qu'elle ne gérait aucun compte pour le demandeur.

Le 2 novembre 2017, la Centrale du 2^{ème} Pilier a indiqué une concordance avec la Freizuegigkeitsstiftung des UBS AG et la Caisse de pension Gastrosocial.

Le 6 novembre 2017, la Caisse de pension Gastrosocial a attesté d'une affiliation du 1^{er} juillet au 31 août 2010 (restaurant H_____) et du 1^{er} novembre 2011 au 30 septembre 2012 (restaurant I_____) ainsi que d'un avoir de vieillesse au 31 décembre 2015 de CHF 554.60.-. Le 29 novembre 2017, elle a précisé que l'avoir de vieillesse au 19 décembre 2016 était de CHF 557.30.-.

Le 30 novembre 2017, la Fondation de libre passage d'UBS SA a attesté d'un avoir de libre passage le 27 avril 2007 de CHF 2'874.33 et le 19 décembre 2016 de CHF 3'166.78.

6. Le 15 décembre 2017, la chambre de céans a informé les demandeurs qu'un montant de CHF 3'914.- revenait au demandeur et leur a imparti un délai pour former leurs éventuelles observations.
7. Les demandeurs n'ont pas transmis d'observations dans le délai précité.
8. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Au 1^{er} janvier 2017 est entrée en vigueur la modification des art. 122 ss du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC - RS 210) concernant le partage des prestations de sortie des ex-époux, ainsi que des art. 280 ss du Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC - RS 272) et 22 ss. 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).

Le jugement de divorce ayant été rendu après l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2017, des nouvelles dispositions relatives au partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce, la chambre de céans applique les dispositions légales dans leur nouvelle teneur (art. 7d Tit. fin. CC).

-
2. L'art. 25a de LFLP règle la procédure en cas de divorce. Lorsque les conjoints ne sont pas d'accord sur la prestation de sortie à partager (art. 123 et 124b 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, doit, après que l'affaire lui a été transmise (art. 281 al. 3 CPC), exécuter d'office le partage sur la base de la clé de répartition déterminée par le juge du divorce.
 3. Selon l'art. 22 al. 1 LFLP (dans sa teneur en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2017), en cas de divorce, les prestations de sortie et les parts de rente sont partagées conformément aux art. 122 à 124e du CC et 280 et 281 du CPC; les art. 3 à 5 LFLP s'appliquent par analogie au montant à transférer. Selon l'art. 22a al. 1 LFLP, 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 jour de l'introduction de la procédure de divorce, et la prestation de sortie augmentée des avoirs de libre passage existant éventuellement au moment de la conclusion du mariage. 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 jour de l'introduction de la procédure de divorce. Les paiements en espèces et les versements en capital effectués durant le mariage ne sont pas pris en compte.
 4. a. 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% de 2005 à 2007, 2.75% en 2008, 2% de 2009 à 2011, 1.5% de 2012 à 2013, 1.75% de 2014 à 2015, 1.25% en 2016 et 1% dès le 1^{er} janvier 2017.
b. Selon l'art 7 OLP, le taux de l'intérêt moratoire correspond au taux d'intérêt minimal fixé dans la LPP, augmenté de 1 %. L'art. 65d, al. 4, LPP n'est pas applicable.
 5. En l'espèce, le juge de première instance a ordonné le partage par moitié des prestations de sortie des demandeurs. Les dates pertinentes sont, d'une part, celle du mariage, le 27 avril 2007, d'autre part le 19 décembre 2016, date à laquelle la demande en divorce a été déposée.
 6. Selon les documents produits, la prestation acquise par le demandeur depuis le mariage jusqu'au 19 décembre 2016 est de CHF 557.30 (auprès de la Caisse de pension Gastrosocial) tandis que celle acquise par la demanderesse est de CHF 8'385.35 (soit CHF 21'339.60 – CHF 12'954.25 auprès de la Fondation de prévoyance Hotela), les intérêts ayant déjà été calculés par les institutions de prévoyance défenderesses. Ainsi le demandeur doit à son ex-épouse le montant de

CHF 278.65 (CHF 557.30 : 2) et celle-ci doit à celui-là le montant de CHF 4'192.65 (CHF 8'385.35 : 2), de sorte que c'est la demanderesse qui doit au demandeur le montant de CHF 3'914.-.

7. a. Selon la jurisprudence, en cas de partage de la prestation de sortie en cas de divorce, des intérêts compensatoires sont dus sur le montant à transférer (au sens de l'art. 22 LFLP) pour la période courant depuis le moment du divorce jusqu'au moment du transfert. Le taux d'intérêt compensatoire doit, s'agissant de l'avoir de prévoyance obligatoire, correspondre au taux minimal fixé à l'art. 12 OPP 2 (auquel renvoient les art. 26 al. 3 LFLP, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2016, et art. 8a al. 1 OLP); si le règlement de l'institution de prévoyance prévoit un taux d'intérêt supérieur pour l'avoir de vieillesse, ce taux est alors applicable. Pour la part surobligatoire, le taux d'intérêt applicable à l'avoir de prévoyance surobligatoire est fixé librement par l'institution de prévoyance et peut être inférieur au taux minimal fixé par la LPP. Si le règlement ne fixe aucun taux d'intérêt, il se justifie d'appliquer à titre subsidiaire le taux d'intérêt minimal selon l'art. 12 OPP 2 (ATF 129 V 251 consid. 4 p. 257; cf. aussi arrêt 9C_227/2009 du 25 septembre 2009, in SVR 2010 BVG n° 4 p. 12).

Ces modalités de la fixation des intérêts compensatoires sont fondées sur le principe du calcul continu des intérêts (ou de la rémunération continue) déduit de l'art. 2 al. 3 LFLP, selon lequel dès son exigibilité la prestation de sortie est créditée des intérêts prévus à l'art. 15 al. 2 LPP; le droit, sans discontinuité, à des intérêts compensatoires sur l'avoir de prévoyance garantit le maintien de la prévoyance. Cela vaut également lorsque, pour des motifs imputables au déroulement de la procédure, le partage des prestations de sortie en cas de divorce ou sa mise à exécution intervient avec du retard. Il serait aussi contraire au principe de la préservation et du maintien de la couverture de prévoyance si l'institution de prévoyance effectuait des placements ou réalisait des profits avec l'avoir qui revient à la personne divorcée par compensation des expectatives de prévoyance, entre le moment du divorce et le transfert de la prestation de sortie, ou que l'autre conjoint divorcé puisse profiter seul des intérêts sur l'ensemble de son avoir de vieillesse (ATF 129 V 251 consid. 3.2 p. 256) (ATF 9C 149/2017 consid. 5.1).

b. Si l'institution de prévoyance ne transfère pas la prestation échue dans les trente jours après avoir reçu toutes les informations nécessaires (notamment concernant l'affectation de la prestation de sortie), elle est tenue de verser un intérêt moratoire. Le calcul de l'intérêt moratoire se fait sur le montant de la prestation de sortie au moment où débute l'obligation de verser un intérêt moratoire pour l'institution de prévoyance en demeure de transférer celle-ci, et tient compte des intérêts compensatoires réglementaires ou légaux dus à ce moment-là. Ceux-ci ne doivent pas être cumulés avec les intérêts moratoires, dès lors qu'ils poursuivent le même but, soit le maintien de la prévoyance (ATF 129 V 251 consid. 4.2.3 p. 258; voir également arrêt B 36/02 du 18 juillet 2003 consid. 3.2, in RSAS 2004 p. 376). Le taux de l'intérêt moratoire correspond, selon l'art. 7 OLP, au taux d'intérêt minimal

fixé dans la LPP, augmenté de 1 % (art. 7 OLP en corrélation avec les art. 1 al. 2, 2 al. 4 et 26 al. 2 LFLP, 12 OPP 2 et 15 al. 2 LPP) (ATF 9C 540/2010).

c. Le nouveau droit n'a pas modifié le droit du conjoint divorcé à des intérêts compensatoires, en vue de préserver et maintenir la couverture de prévoyance, voire le droit à des intérêts moratoires, de sorte que les jurisprudences précitées restent pertinentes.

Des intérêts compensatoires, selon l'art. 12 OPP 2 ou selon le taux réglementaire si celui-ci est supérieur, seront donc dus sur la prestation à partager, depuis le jour de l'introduction de la demande en divorce, le 19 décembre 2016.

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 (LPA-GE - E 5 10)).

**PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :**

1. Invite la Fondation de prévoyance Hotela à transférer, du compte de Madame C_____, AVS 1_____, la somme de CHF 3'914.- à la Caisse de pension Gastrosocial en faveur de Monsieur A_____, AVS 2_____, ainsi que des intérêts compensatoires depuis le 19 décembre 2016, au sens des considérants.
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

Julia BARRY

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

Copie du présent arrêt est adressée à la Caisse de pension Gastrosocial.