

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1084/2009

ATAS/1584/2009

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 1

du 1^{er} décembre 2009

En la cause

Monsieur S _____, domicilié c/o Mme T _____, à
MEYRIN

demandeur

Madame S _____, domiciliée au GRAND-LANCY

demanderesse

contre

AXA WINTERTHUR, sise avenue de Cour 26, LAUSANNE

CAISSE DE PENSION GASTROSOCIAL, sise Bahnhofstrasse
86, AARAU

GENERALI ASSURANCES DE PERSONNES SA,
Soodmattenstrasse 10, ADLISWIL

défenderesses

**Siégeant : Doris WANGELER, Présidente, Evelyne BOUCHAARA et Norbert HECK,
Juges assesseurs.**

EN FAIT

1. Par jugement du 5 février 2009, la 12^{ème} chambre du Tribunal de première instance a prononcé le divorce de Madame S _____, née U _____ en 1969, et Monsieur S _____, né en 1969, mariés en date du 4 avril 1996.
2. Selon le chiffre 7 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 13 mars 2009 et a été transmis d'office au Tribunal de céans le 25 mars 2009 pour exécution du partage.
4. Le Tribunal de céans a sollicité des parties le nom de leur institution 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 4 avril 1996 et le 13 mars 2009.
5. L'instruction menée par le Tribunal de céans a permis d'établir les faits pertinents suivants :

S'agissant des avoirs de Madame S _____ :

- Par courrier du 23 avril 2009, la CAISSE DE PENSION GASTROSOCIAL, auprès de laquelle la demanderesse est affiliée depuis le 1^{er} mars 1990, a indiqué que les avoirs au 13 mars 2009 s'élevaient à **25'730 fr. 90** et que les avoirs accumulés au 4 avril 1996 étaient de 3'955 fr. 65.

S'agissant des avoirs de Monsieur S _____ :

- Par courrier du 11 août 2009, la FONDATION DE LIBRE PASSAGE D'UBS SA, auprès de laquelle le demandeur était affilié jusqu'au 29 mars 2000, a indiqué avoir transféré à SWISSCANTO la somme de 5'793 fr. Elle a précisé que les avoirs au moment du mariage étaient de 1'733 fr., intérêts au 13 mars 2009 compris.

- Par courrier du 29 avril 2009, SWISSCANTO a confirmé avoir reçu une prestation de la FONDATION DE LIBRE PASSAGE D'UBS SA le 1^{er} avril 2000 et indiqué que les avoirs LPP représentaient **18'638 fr. 25**.

- Le 1^{er} mai 2009, AXA WINTERTHUR a informé le Tribunal de céans que les avoirs LPP du demandeur, qu'elle affine depuis le 1^{er} janvier 2003, s'élèvent à **31'356 fr. 55**.

- Par courrier du 19 mai 2009, GENERALI ASSURANCES, auprès de laquelle le demandeur était affilié jusqu'au 1^{er} décembre 2005, a indiqué que les avoirs LPP

s'élevant à **14'958 fr. 75**, avaient été versé sur le compte bancaire de celui-ci à cette date, ce sans l'accord de la demanderesse.

6. Ces documents ont été transmis aux parties en date du 20 novembre 2009. La juridiction leur a indiqué qu'à défaut d'observations d'ici au 30 novembre 2009, un arrêt serait rendu sur cette base.
7. En l'absence d'objections dans le délai fixé, 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 (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 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 dus au moment du divorce (ATF 128 V 230; ATF 129 V 444).
3. 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 (Geiser, Le nouveau droit du divorce et les droits en matière de prévoyance professionnelle, in: De l'ancien au nouveau droit du divorce, Berne 1999, p. 64; Hausheer, Die wesentlichen Neuerungen des neuen Scheidungsrechts, ZBJV 1999 p. 12; Walser, Berufliche Vorsorge, in: Das neue Scheidungsrecht, Zürich 1999, p. 52). En revanche, lorsqu'un cas de prévoyance est déjà survenu pour l'un des époux ou pour les deux ou que les prétentions en matière de prévoyance professionnelle

acquises durant le mariage ne peuvent être partagées pour d'autres motifs, une indemnité équitable sera due (art. 124 al. 1 CC). Selon sa teneur littérale, cette norme ne vise pas seulement la survenance d'un cas de prévoyance, mais aussi d'autres événements en raison desquels la prestation de sortie ne peut être partagée, notamment lorsque les avoirs de la prévoyance professionnelle ont été versés en espèces durant le mariage (ATF 129 V 447 consid. 5.1 et les références, 127 III 437 consid. 2b et les références).

4. Depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit du divorce et des règles de coordination entre le juge de ce contentieux et le juge des assurances sociales (art. 141/142 CC, art. 25a LFLP), l'examen de la validité du versement d'une prestation de sortie en espèces à un assuré, pendant la durée du mariage, ressortit principalement à la compétence du juge des assurances (ATF 128 V 41 consid. 2d). La prestation de sortie constitue en effet une prétention tirée d'un rapport de prévoyance soumis à la LFLP (Walser, op. cit., p. 52), dont le sort relève, en l'absence de convention (art. 142 CC, art 25a LFLP), du juge des assurances selon l'art. 73 LPP, clé de répartition exceptée. Ainsi, la validité du versement en espèces au regard des conditions de l'art. 5 al. 2 LFLP et les conséquences au niveau de la prévoyance professionnelle d'un versement non conforme au droit représentent des questions du droit de la prévoyance professionnelle (arrêt H. du 30 octobre 2003, B 19/01, consid. 1.2, publié aux ATF 130 V 103; voir aussi Geiser, Bemerkungen zum Verzicht auf den Versorgungsausgleich im neuen Scheidungsrecht [art. 123 ZGB], ZBJV 2000 p. 104, ch. 6.3).
5. En l'espèce, le juge de première instance 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 4 avril 1996, d'autre part le 13 mars 2009, date à laquelle le jugement de divorce est devenu exécutoire.
6. Selon les documents produits, la prestation acquise pendant le mariage par la demanderesse est de **21'775 fr. 25** (25'730 fr. 90 - 3'955 fr. 65), les intérêts ayant déjà été calculés par l'institution de prévoyance défenderesse.

Quant au demandeur, il dispose de prestations de libre passage auprès de SWISSCANTO et de AXA WINTERTHUR de 18'638 fr. 25 et de 31'356 fr. 55, dont il y a lieu de déduire les avoirs acquis jusqu'au jour du mariage, soit **1'733 fr.**, intérêts inclus jusqu'au 13 mars 2009. En outre, il était au bénéfice d'une prestation de libre passage auprès de la GENERALI ASSURANCES de 14'958 fr.75. L'institution de prévoyance concernée a cependant indiqué qu'à la demande de son assuré, cette prestation lui avait été versée en espèces suite à la résiliation du contrat au 1^{er} décembre 2005. A la demande du Tribunal de céans de lui communiquer copie d'un document portant la signature de l'épouse du demandeur donnant son accord pour le paiement en espèces, la défenderesse a répondu le 8 juillet 2009 que le versement en faveur du demandeur n'avait pas été subordonné au consentement

de l'épouse. Il convient dès lors d'examiner la validité du versement en espèces pendant le mariage de la prestation de libre passage en mains du demandeur et de déterminer quelles en sont les conséquences du point de vue du partage des prestations de la prévoyance professionnelle suite au divorce.

7. Selon l'art. 2 al. 1 LFLP, l'assuré a droit à une prestation de sortie s'il quitte l'institution de prévoyance avant la survenance d'un cas de prévoyance (cas de libre passage). S'il entre dans une nouvelle institution, l'ancienne doit verser la prestation à la nouvelle institution de prévoyance (art. 3 al. 1 LFLP). S'il n'entre pas dans une autre institution de prévoyance, il doit notifier à l'institution sous quelle forme admise il entend maintenir sa prévoyance (art. 4 al. 1 LFLP). A défaut de notification, l'institution verse, au plus tard deux ans après la survenance du cas de libre passage, la prestation de sortie, y compris les intérêts moratoires, à l'institution supplétive au sens de l'art. 60 LPP (art. 4 al. 2 LFLP).

Conformément à l'art. 5 al. 1 LFLP, en sa teneur en vigueur au 31 décembre 2006 - applicable en l'espèce -, l'assuré peut exiger le paiement en espèces de la prestation de sortie lorsqu'il quitte définitivement la Suisse, l'art. 25f étant réservé (let. a), lorsqu'il s'établit à son compte et qu'il n'est plus soumis à la prévoyance professionnelle obligatoire (let. b) ou lorsque le montant de la prestation de sortie est inférieur au montant annuel des cotisations de l'assuré (let. c). S'il est marié, ce paiement ne peut intervenir qu'avec le consentement écrit de son conjoint (art. 5 al. 2 LFLP). S'il n'est pas possible de recueillir ce consentement ou si le conjoint le refuse sans motif légitime, l'assuré peut en appeler au tribunal (art. 5 al. 3 LFLP).

Dans un arrêt du 30 janvier 2004 B 19/03, le Tribunal fédéral des assurances a rappelé que la loi tend au maintien d'un rapport de prévoyance pendant toute la durée d'activité de l'assuré. Sauf pour l'encouragement à la propriété du logement (art. 30c LPP), le versement en espèces d'une prestation de sortie n'est possible que dans les trois hypothèses de l'art. 5 al. 1 LFLP et, pour les assurés mariés, à la condition que leur conjoint ait donné son consentement écrit (art. 5 al. 2 LFLP). Dans l'intérêt de la protection de la famille, les possibilités de paiement en espèces sont limitées et le paiement est soumis à l'exigence du consentement écrit de l'autre époux. Il s'agit d'éviter qu'un conjoint puisse prendre une décision qui, en fin de compte, touche les deux époux de la même manière et qui a également des répercussions sur les enfants. Des réglementations analogues se trouvent dans les dispositions sur le cautionnement (art. 494 al. 1 CO), sur la vente par acomptes (art. 226b al. 1 et 3 CO) et dans le droit du bail (art. 266m CO) (cf. Message du Conseil fédéral concernant le projet de loi sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 26 février 1992, FF 1992 III 574). Avec l'entrée en vigueur au 1er janvier 2000 des nouvelles dispositions sur le droit du divorce, qui instaurent le principe du partage par moitié de l'accroissement de prévoyance réalisé par les époux pendant la durée du mariage (art. 122 CC; art.

22 LFLP), le souci de protection exprimé à l'art. 5 al. 2 LFLP s'est encore accru (Christian Zünd, Schriftliche Zustimmung zur Barauszahlung der Austrittsleistung an Verheiratete und die Folgen bei gefälschter oder fehlender Unterschrift, PJA 2002, p. 663). Aussi, pour les assurés mariés, le versement de la prestation de sortie en espèces est-il subordonné au consentement du conjoint. Compte tenu de ce souci de protection et de l'intérêt public général que représente le maintien d'une prévoyance professionnelle adéquate (Christian Zünd, Besonderheiten des Verfahrens vor Sozialversicherungsgericht [u.a. Art. 142 ZGB], in: Aktuelles im Sozialversicherungsrecht, Zürich 2001, p. 167), le consentement du conjoint est subordonné à la forme écrite (art. 5 al. 2 LFLP), tandis que la demande de versement en espèces n'est en soi pas soumise à une forme particulière (ATF 121 III 34 consid. 2c et les références; RSAS 2003 p. 524). Ainsi, pour les personnes mariées, le versement de la prestation de sortie en espèces constitue un acte juridique soumis à la condition du consentement du conjoint (arrêt H. du 10 octobre 2003, B 19/01, consid. 2.1 et 2.2, publié aux ATF 130 V 103).

Dans l'arrêt H. du 10 octobre 2003 cité, le TFA a jugé qu'en cas de mauvaise exécution du contrat de prévoyance, les règles prévues aux art. 97 ss. CO s'appliquent aux conséquences du versement de la prestation de sortie en espèces effectué sans le consentement du conjoint. Ainsi, seule l'institution de prévoyance, à qui une violation de son devoir de diligence ne peut être reprochée dans le versement de la prestation en espèces, s'acquitte-t-elle valablement de son obligation et ne s'expose pas à devoir verser à nouveau la prestation de sortie.

8. En l'occurrence, GENERALI ASSURANCES a admis n'avoir pas requis le consentement écrit de l'épouse lorsqu'elle a versé la prestation de sortie en espèces en mains du demandeur en décembre 2005.

Au vu de ce qui précède, cette prestation doit être prise en compte dans le calcul des avoirs de prévoyance à partager, pour le montant de 14'958 fr. 75, majorée des intérêts calculés au taux de 2,5 % jusqu'au 13 mars 2009 (cf. art. 12 let. d de l'Ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 18 avril 1984, OPP 2), soit 16'246 fr. 60.

9. Ainsi, le montant total de la prestation de libre passage du demandeur s'élève à **66'241 fr. 40** (18'638 fr. 25 + 31'356 fr. 55 + 16'246 fr. 60), dont la moitié, soit **32'254 fr. 20**, déduction faite des avoirs LPP accumulés jusqu'au mariage ([66'241 fr. 40 - 1'733 fr.] : 2) revient à l'ex-épouse.
10. Ainsi le demandeur doit à son ex-épouse le montant de **32'254 fr. 20** ([66'241 fr. 40 - 1'733 fr.] : 2) et celle-ci doit à celui-là le montant de **10'887 fr. 60** (21'775 fr. 25 : 2), de sorte que c'est le demandeur qui doit à son ex-épouse le montant de **21'366 fr. 60** (32'254 fr. 20 - 10'887 fr. 60).

-
11. Le Tribunal ordonnera en conséquence le transfert des avoirs du compte du demandeur auprès de AXA WINTERTHUR, soit **13'243 fr. 30** en faveur du compte ouvert par la demanderesse auprès de la CAISSE DE PENSION GASTROSOCIAL. Pour le solde, le Tribunal condamnera GENERALI ASSURANCES , en raison de la violation de son devoir de diligence, au paiement de **8'123 fr. 30** (16'246 fr. 60 : 2) en faveur de la demanderesse.
 12. 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).
 13. 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 AXA WINTERTHUR à transférer, du compte de Monsieur S _____, la somme de **13'243 fr. 30** à la CAISSE DE PENSION GASTROSOCIAL en faveur de Madame S _____, ainsi que des intérêts compensatoires au sens des considérants, dès le 13 mars 2009 jusqu'au moment du transfert.
2. L'y condamne en tant que de besoin.
3. Condamne GENERALI ASSURANCES DE PERSONNES SA à verser la somme de **8'123 fr. 30** à la CAISSE DE PENSION GASTROSOCIAL en faveur de Madame S _____, ainsi que des intérêts compensatoires au sens des considérants, dès le 13 mars 2009 jusqu'au moment du transfert
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 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 :

Nathalie LOCHER

Doris WANGELER

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