

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/221/2009

ATAS/1354/2009

**ARRET**

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES  
ASSURANCES SOCIALES**

**Chambre 1**

**du 3 novembre 2009**

En la cause

Madame C \_\_\_\_\_, domiciliée  
aux AVANCHETS, comparant avec élection de domicile  
en l'étude de Maître Daniel MEYER

demanderesse

contre

FONDATION DE LIBRE PASSAGE DE LA BANQUE CANTONALE  
DE GENEVE, sise 17, Quai de l'Ile, GENEVE

défenderesse

et

Monsieur C \_\_\_\_\_, domicilié p.a. SERVICE DES TUTELLES  
D'ADULTES, Monsieur D \_\_\_\_\_, curateur, case postale 5011,  
GENEVE, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître  
Jacques EMERY

appelé en  
cause

**Siégeant : Doris WANGELER, Présidente; Evelyne BOUCHAARA et Christine  
TARRIT-DESHUSSES, Juges assesseurs**

## EN FAIT

1. Madame C \_\_\_\_\_, née E \_\_\_\_\_, en 1961 (ci-après la demanderesse), a épousé 1985 Monsieur C \_\_\_\_\_ (ci-après l'appelé en cause), né en 1958.
2. Par décision du 17 juillet 2006, l'OFFICE CANTONAL DE L'ASSURANCE-INVALIDITE (ci-après OCAI) a mis l'appelé en cause, au bénéfice d'une rente entière d'AI avec effet rétroactif au 1<sup>er</sup> avril 2006.
3. Par jugement sur mesures protectrices de l'union conjugale du 2 novembre 2006, le Tribunal de première instance a autorisé les époux à vivre séparés.
4. Il résulte d'un courrier adressé à l'appelé en cause le 26 septembre 2005 par la Fondation de libre passage (ci-après: la Fondation) de la Banque cantonale de Genève (ci-après: la BCG) que le compte de libre passage ouvert en faveur de l'intéressé avait été transformé le 1<sup>er</sup> août 2005 en "*compte de libre passage croissance*" et que le solde s'élevait alors à 53'719 fr. 65.
5. L'appelé en cause avait bénéficié dans l'intervalle d'un crédit personnel de la part de la BCG. La dette qu'il avait ainsi contractée s'élevait à 21'118 fr. 20 le 21 février 2006. La BCG consentait à surseoir à l'encaissement du montant échu par le biais des voies légales, à condition qu'il respecte scrupuleusement le plan de remboursement exceptionnel proposé, ce qui impliquait cependant le paiement de versements mensuels à hauteur de 300 fr. dès le 28 février 2006 pendant huit mois. Un réexamen de la situation aurait lieu au plus tard dans le courant du mois d'octobre, voire à réception de la décision de l'assurance-invalidité (cf. courrier du 23 février 2006).
6. Le 31 juillet 2006, la Fondation a débité d'un montant de 15'000 fr. le "*compte de libre passage croissance*" de l'appelé en cause, se référant à "*votre demande de transfert partiel*". Elle a transféré cette somme sur un compte de crédit personnel dont l'appelé en cause disposait auprès du Crédit Suisse Genève.
7. Dans un courrier adressé le 16 octobre 2006 à l'appelé en cause, le Département contentieux/crédits personnel de la BCG a confirmé "*qu'un montant de CHF 40'561 fr. 20 a(vait) été crédité le 10 octobre 2006 sur le compte (...) de crédit personnel*", conformément à l'entretien du 26 septembre 2006 avec un collaborateur de son agence de la Servette-Wedt à propos de la "*libération de votre compte de libre-passage N° S 1006.28.75*". La BCGE soulignait que grâce à l'apport de cet argent, ce compte - qui présentait encore un solde en sa faveur ascendant à 20'072 fr. 10 - avait pu être soldé et qu'une somme de 17'989 fr. 10 avait été virée sur le compte épargne dont il disposait.

8. Par courrier du 18 mai 2007, la demanderesse, représentée par Maître Daniel MEYER, a interpellé la BCG, soulignant qu'elle n'avait pas donné son accord à la libération du "compte de libre passage".
9. Le 6 juin 2007, la Fondation s'est déterminée sur cette correspondance en faisant valoir, en substance, que "la prestation de 2<sup>ème</sup> pilier déposée sur le compte de libre passage avait été annulée pour motif d'invalidité" et que dans un tel cas la signature du conjoint n'était pas nécessaire.
10. Le 31 janvier 2008, la demanderesse a mis la BCG en demeure de lui verser la moitié de la somme de 53'179 fr. 65 qui avait été libérée sans son accord. La Fondation a opposé une fin de non-recevoir à ce rappel de paiement, au motif qu'elle ne transmettrait une telle demande au département juridique de la BCG que dans la mesure où une argumentation juridique plus documentée lui était fournie.
11. Le 4 août 2008, la Fondation a confirmé son refus, au motif qu'elle n'avait pas versé à l'appelé en cause une prestation de sortie, mais bien "une prestation d'invalidité (...)..." sous la forme d'un capital, pour laquelle précisément le consentement écrit du conjoint n'était pas requis.
12. Le 16 janvier 2009, la demanderesse a saisi le Tribunal de céans d'une action en paiement à l'encontre de la Fondation. Elle lui reproche de n'avoir pas recueilli son consentement écrit non seulement pour procéder au virement de la prestation de libre passage sur un compte bancaire en faveur de son époux, mais également pour débiter de ce même compte de libre passage croissance (N° 1154372) le montant de 15'000 fr. qui avait été crédité sur le compte qu'il avait ouvert au Crédit Suisse Genève. Grâce aux avoirs du compte de libre passage en question, le compte de crédit personnel que son époux possédait alors auprès de la BCG avait été soldé à hauteur de 21'118 fr. 20 et le solde final, s'élevant encore à 17'989 fr. 10, avait été transféré sur son compte épargne à la BCG. La demanderesse conclut ainsi :
  - principalement, à la répétition de l'opération litigieuse par le versement en sa faveur du montant de 26'859 fr. 80 représentant la moitié de la prestation de sortie de 53'719 fr. 65, valeur au 1<sup>er</sup> août 2005, bloquée sur le compte de libre passage plus intérêts 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 de la Fondation, au cas où celui-ci devait être supérieur à celui-là, et
  - subsidiairement, à la répétition de l'opération litigieuse par le remboursement en faveur du compte de libre passage de son époux du montant de 53'719 fr. 65 constituant la prestation de libre passage déposée sur le compte, valeur au 1<sup>er</sup> août 2005, plus les intérêts selon l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, du 18 avril 1984 (OPP 2) ou selon le taux réglementaire si celui-ci devait être supérieur.

13. Dans sa réponse du 5 février 2009, la Fondation a confirmé en substance qu'elle avait libéré la prestation de libre passage en faveur de l'appelé en cause en 2006, sur demande expresse de celui-ci. Elle considère que l'art. 5 de la loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LFLP), auquel se réfère la demanderesse, ne concerne que les prestations de sortie versées dans les cas énoncés par les lettres a à c de l'alinéa 1 de cette même disposition. Elle ajoute que, dans le cas d'espèce, il ne s'agit précisément pas d'une prestation de sortie mais bien d'une prestation d'invalidité sous forme d'un capital versée à l'appelé en cause au sens des art. 37 al. 3 de la LFLP et 5 du règlement de la Fondation. Elle précise encore que, pour une telle prestation, le consentement du conjoint n'est pas requis et se réfère à cet égard au Bulletin de la prévoyance professionnelle N° 48, p. 23-24, chiffre 287.
14. Le 23 mars 2009, la demanderesse a déclaré qu'elle persistait intégralement dans ses conclusions.
15. Par ordonnance du 1<sup>er</sup> avril 2009, le Tribunal de céans a appelé en cause l'époux de la demanderesse.
16. Dans le délai imparti, celui-ci, représenté par Maître Jacques EMERY, a expliqué qu'il avait développé une conduite addictive au jeu en relation avec une maladie de Parkinson et un traitement dopaminergique, qu'il avait été mis de ce fait sous curatelle volontaire par ordonnance du Tribunal tutélaire du 27 juin 2007 et que Monsieur D\_\_\_\_\_ avait été nommé en qualité de curateur. Il constate que c'est effectivement à tort que la Fondation lui a versé une prestation de sortie de 53'719 fr. 65, sans requérir à cet effet le consentement écrit de son épouse, de sorte que par cet agissement, celle-ci a subi un dommage correspondant à la moitié de la prestation de sortie à laquelle elle aurait eu droit. Il précise n'être pas en mesure de rembourser cet avoir à son épouse, mais relève qu'il était assuré par ailleurs contre le risque invalidité au sens de l'art. 10 al. 3 OLP. Pour cette raison, il a reçu une rente correspondante à hauteur de 823 fr. 80 dès le 1<sup>er</sup> juillet 2006 de la Fondation de Prévoyance de la Métallurgie du Bâtiment conformément à la prise de position de cette fondation du 24 février 2009. Par conséquent, c'est à partir du 1<sup>er</sup> juillet 2005 déjà qu'il avait été libéré du paiement des cotisations correspondantes relevant du deuxième pilier. Pour cette raison, le montant de 27'185 fr. 40, représentant les prestations arriérées dues pour la période du 1<sup>er</sup> juillet 2006 au 31 mars 2009, avait été versé à l'Office du Tuteur général. Il conclut dès lors à ce qu'il soit donné acte de ce qu'il acquiesce aux conclusions principales de la demanderesse, à savoir la condamnation de la Fondation au versement en capital de la somme de 26'859 fr. 80, valeur au 1<sup>er</sup> août 2005, plus les intérêts courant dès cette date. A l'appui de ses conclusions, il produit les courriers originaux que la Fondation lui a adressés les 26 septembre 2005 et 31 juillet 2006, ainsi que ceux notifiés par la BCGE les 23 février et 16 octobre 2006.

17. Par courrier du 25 mai 2009, Madame F \_\_\_\_\_, agissant en sa qualité de curatrice de l'appelé en cause, a informé le Tribunal de céans qu'elle renonçait à se déterminer dès lors que son pupille s'était adressé à Maître EMERY aux fins d'assurer la défense de ses intérêts dans la présente procédure. Elle produit la copie de la procuration conférée à ce dernier.
18. Invitée à se déterminer, la Fondation a en substance réitéré dans une écriture du 12 juin 2009, que l'art. 5 LFLP, qui exige le consentement écrit du conjoint, n'était pas applicable dans le cas d'espèce, s'agissant du versement - le 10 octobre 2006 - d'un capital de prévoyance. La Fondation ne se prononce pas sur le versement partiel de la prestation de libre passage, à hauteur de 15'000 fr. opéré le 31 juillet 2006 déjà, mais note encore que l'art. 5 al. 3 du Règlement de la Fondation ne fait que reprendre la teneur de l'art. 16 al. 3 de l'Ordonnance fédérale sur le libre passage (OLP).
19. Le 25 juin 2009, la demanderesse a pris connaissance de la prise de position de l'appelé en cause et a prié le Tribunal de céans de bien vouloir faire droit à ses conclusions.
20. Sur demande du Tribunal de céans, l'OFAS a produit en annexe à un courrier du 4 août 2009 copie de deux règlements qu'elle avait approuvés le 13 juillet 2005 et le 18 juillet 2006. L'autorité de surveillance a toutefois fait remarquer que seul le premier des deux règlements était en vigueur à l'époque, et qu'elle ignore la date à partir de laquelle le second l'a été.
21. Le Tribunal de céans a transmis copie de ces pièces aux parties pour information le 11 septembre 2009.
22. Sur ce la cause a été gardée à juger.

### **EN DROIT**

1. Selon l'art. 73 de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982 (ci-après: LPP; RS 831.40), dans sa teneur en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2005, chaque canton désigne un tribunal qui connaît, en dernière instance cantonale, des contestations opposant institutions de prévoyance, employeurs et ayants droit. Ce tribunal est également compétent pour les contestations avec des institutions assurant le maintien de la prévoyance au sens des art. 4 al. 1 et 26 al. 1 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) (let. a), pour les contestations avec des institutions lorsque ces contestations résultent de l'application de l'art. 82 al. 2 (let. b), pour les

prétentions en matière de responsabilité de l'art. 52 (let. c) et pour le droit de recours selon l'art 56a al. 1 (let. d).

Conformément à l'art. 56V al. 1 let. b de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ; E 2 05), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations relatives à la prévoyance professionnelle opposant institutions de prévoyance, employeurs et ayants droit, y compris en cas de divorce, ainsi qu'aux prétentions en responsabilité (art. 331 à 331e du code des obligations [CO; RS 220]; art. 52, 56a al. 1, et art. 73 LPP; art. 142 du code civil suisse [CC; RS 210]).

La compétence des autorités visées par l'art. 73 LPP est ainsi doublement définie.

L'art. 73 LPP constitue une réglementation spéciale, car la procédure prévue par cette disposition légale n'est pas déclenchée par une décision (ATF 114 V 105 consid. 1b). En effet, les institutions de prévoyance - de droit public ou de droit privé - n'étant pas habilitées à rendre des décisions proprement dites, leurs prises de position, déclarations ou leurs déterminations ne peuvent s'imposer qu'en vertu de la décision rendue par un tribunal saisi par la voie de l'action au sens de l'art. 73 al. 4 LPP (ATF 118 V 162 et les arrêts cités; 115 V 239, 224; arrêts non publiés des 6 décembre 1999 et 25 janvier 2000, dans les causes B 4/99 et 37/99; RSAS 2000 p. 65, consid. 3b p. 67 in fine). Par ailleurs, en l'absence de décision, il ne peut évidemment pas y avoir reconsidération (cf. ATF du 14 août 1998 partiellement publié dans la RSAS 2000 p. 65).

Il s'ensuit que l'ouverture de l'action prévue à l'art. 73 al. 1 LPP n'est soumise comme telle à l'observation d'aucun délai (SPIRA, Le contentieux des assurances sociales fédérales et la procédure cantonale, recueil de jurisprudence neuchâteloise 1984, p 19). Au demeurant, en matière de prévoyance professionnelle, le juge ne peut pas renvoyer l'affaire aux organes de l'assurance pour complément d'instruction et nouveau prononcé (ATF 117 V 237, consid. 2, 115 V 224 et 239, 114 V 102, consid. 1b, 113 V 200, consid. 2, 112 Ia 184 consid. 2).

Vu ce qui précède, la compétence du Tribunal cantonal des assurances *rationae materiae* doit être admise puisqu'il s'agit d'un litige relevant de l'art. 73 al. 1<sup>er</sup> lit. a LPP, concernant une contestation avec une institution assurant le maintien de la prévoyance au sens des art. 4 al. 1<sup>er</sup> et 26 LFLP en relation avec l'art. 10 de l'ordonnance 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).

De même en est-il de la compétence *rationae loci* (art. 73 al. 3 LPP).

2. La demanderesse se réfère essentiellement à l'art. 37 LPP pour étayer ses conclusions. Cette disposition légale a été modifiée dans le cadre de la première

---

révision LPP (cf. le ch. 3 de l'annexe à la LF du 3 octobre 2003 ; RO 2004 1677 et 1700; FF 2000 2495). Selon l'art. 37 LPP, dans sa teneur en vigueur depuis le 1er janvier 2005, les prestations de vieillesse, pour survivants et d'invalidité sont allouées, en règle générale, sous forme de rente (al. 1<sup>er</sup>). Cependant, aux termes de l'al. 4 de cette même disposition, l'institution de prévoyance peut prévoir dans son règlement que les ayants droit:

- a. peuvent choisir une prestation en capital en lieu et place d'une rente de vieillesse, de survivants ou d'invalidité;
- b. respectent un délai déterminé pour faire connaître leur volonté de recevoir une prestation en capital.

Enfin, selon l'art. 37 al. 5 LPP, lorsque l'assuré est marié ou lié par un partenariat enregistré, le versement de la prestation en capital selon les al. 2 et 4 n'est possible que si le conjoint ou le partenaire enregistré donne son consentement écrit. Et s'il n'est pas possible de recueillir ce consentement ou s'il est refusé, l'assuré peut en appeler au juge.

3. S'agissant d'un litige relatif à une prétention découlant du paiement en faveur d'un assuré d'une prestation de libre passage, seule s'applique toutefois, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1995, la LFLP. Cette loi s'applique donc dans les cas ayant pour objet une prestation de libre passage relevant non seulement de la prévoyance professionnelle obligatoire, mais également de celle surobligatoire.
4. En l'occurrence, il n'est pas contesté que l'appelé en cause a fait transférer à une certaine époque, en vertu de l'art. 12 al. 1<sup>er</sup> OLP, par la dernière institution de prévoyance en date à laquelle il avait été assuré par le biais d'un employeur, la prestation de sortie à laquelle il pouvait prétendre en vertu de la législation fédérale applicable en matière de prévoyance professionnelle auprès de la Fondation, laquelle a ouvert un - voire deux - compte(s) de libre passage à cet effet. Selon le courrier de la Fondation du 26 septembre 2005, le compte de libre passage épargne *"a été transformé en compte de libre passage croissance au 1<sup>er</sup> août 2005, avec un solde de Fr. 53'719 fr. 65"*.
5. Le domaine de la prévoyance professionnelle est régi par le principe général de l'interdiction du paiement en espèces de la prestation de libre passage ("Barauszahlungsverbot"), dès lors que celle-ci doit être affectée exclusivement et irrévocablement à la prévoyance (art. 10 OLP). S'agissant des exceptions à cette règle, il convient de se référer à l'art. 5 LFLP qui prescrit les conditions auxquelles un paiement en espèces peut être valablement opéré. Ainsi l'alinéa 1 de cette disposition prévoit que l'assuré peut exiger le paiement en espèces de la prestation de sortie:
  - aa. lorsqu'il quitte définitivement la Suisse; l'art. 25f est réservé;

- bb. lorsqu'il s'établit à son compte et qu'il n'est plus soumis à la prévoyance professionnelle obligatoire;
- cc. lorsque le montant de la prestation de sortie est inférieur au montant annuel des cotisations de l'assuré.

En vertu de l'al. 2 de cette disposition, si l'assuré est marié ou lié par un partenariat enregistré, le paiement en espèces ne peut intervenir qu'avec le consentement écrit de son conjoint ou de son partenaire. Enfin, l'al. 3 prévoit que 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.

L'art. 5 LFLP précité est complété par l'art. 16 OLP, selon lequel :

- les prestations de vieillesse dues en vertu des polices et des comptes de libre passage peuvent être versées au plus tôt cinq ans avant que l'assuré n'atteigne l'âge ordinaire de la retraite visé à l'art. 13, al. 1, LPP et au plus tard cinq ans après (al. 1<sup>er</sup>).
- si l'assuré perçoit une rente entière d'invalidité de l'assurance fédérale et si le risque d'invalidité n'est pas assuré à titre complémentaire au sens de l'art. 10, al. 2 et 3, deuxième phrase OLP, la prestation de vieillesse lui est versée plus tôt, sur sa demande (al. 2).

L'art. 10 OLP pose les exigences en cas de maintien de la prévoyance auprès d'une institution de libre passage agréée. Soit la prestation de libre passage est maintenue au moyen d'une police de libre passage, soit elle l'est par le dépôt sur un compte de libre passage (al. 1<sup>er</sup>). L'al. 3 de cette disposition précise que par comptes de libre passage, on entend des contrats spéciaux qui sont affectés exclusivement et irrévocablement à la prévoyance et qui ont été conclus avec une fondation qui remplit les conditions fixées à l'art. 19. Ces contrats peuvent être complétés par une assurance décès ou invalidité.

Enfin, l'art 12 OLP prescrit que le capital de prévoyance et le droit aux prestations non exigibles ne peuvent être ni cédés ni mis en gage. Les art. 22 et 22d LFLP, 30b LPP et 331d CO (RS 220) sont réservés.

6. En l'espèce, il est permis de déduire des pièces figurant au dossier de la cause que l'assuré a travaillé par le passé en tant qu'électricien auprès d'un ou de plusieurs employeurs. A une certaine époque, il a cessé d'appartenir au cercle des assurés de la dernière institution de prévoyance à laquelle son - ou un des précédents - employeur(s) étai(en)t affilié(s), du fait de la cessation des rapports de travail qui le liaient à celui-là, de sorte qu'il a fait transférer sa prestation de sortie à une - au maximum deux (art. 10 et 12 al. 1<sup>er</sup> OLP) - institution de libre passage, choisissant de maintenir la prévoyance en question au moyen d'un compte de libre passage

auprès de la Fondation, conformément à l'art. 10 LPP en relation avec les art. 1<sup>er</sup> LFLP et 10 al. 1<sup>er</sup> (fin de la phrase) et al. 3 OLP.

L'appelé en cause a été mis, par décision du 17 juillet 2006, au bénéfice d'une rente entière de l'AI. On ignore toutefois quand ladite décision est entrée en force (ATF 132 V 361, la législation fédérale [art. 38 al. 4 LPGA] ne laissant pas de place à l'application de normes de procédure cantonales), car elle a éventuellement fait l'objet d'une contestation par l'une ou l'autre des institutions de prévoyance pouvant être concernées, et à quelle institution de prévoyance ou de libre passage elle a été communiquée], puisque seules les pages 1 et 2 de cet acte administratif ont été produites par les parties. Mais elle ne pouvait pas l'être avant le 14 septembre 2006, compte tenu des feries de l'art. 38 al. 4 LPGA (ATF 132 V 361 précité, consid. 3.2).

Il est intéressant de relever à cet égard que ce n'est qu'en date du 24 février 2009 que la Fondation de Prévoyance de la Métallurgie du Bâtiment (ci-après la FPMB), a alloué à l'appelé en cause, respectivement au Service des Tutelles d'adultes une rente d'invalidité avec effet rétroactif au 1<sup>er</sup> juillet 2006.

7. Il y lieu de constater que lorsque la Fondation a débité le 31 juillet 2006 déjà, soit avant l'échéance du délai légal de recours (30 jours dès le 16 août 2006 selon l'art. 38 al. 4 LPGA) pour attaquer la décision rendue par l'AI, le "*compte de libre passage croissance*" de l'appelé en cause d'un montant de 15'000 fr., en faveur d'un compte de crédit personnel ouvert au nom de l'appelé en cause auprès du Crédit Suisse Genève, celui-là même indiqué par l'assuré aux fins du paiement des rentes AI par l'OCAI, aucune des éventualités prévues à l'art. 5 LFLP n'était réalisée. Il en va de même des deux cas de figure prévus à l'art. 16 OLP, permettant d'effectuer le paiement en espèces des prestations de vieillesse lorsqu'est versée une rente entière de l'assurance-invalidité fédérale et pour autant qu'aucun contrat d'assurance complémentaire décès ou invalidité n'ait été conclue.

En effet, né en 1958, l'appelé en cause n'était manifestement pas légitimé à se prévaloir en 2006 de l'éventualité prévue à l'art. 16 al. 1<sup>er</sup> OLP, selon laquelle les prestations de vieillesse dues en vertu des (...) comptes de libre passage peuvent être versées au plus tôt cinq ans avant que l'assuré n'atteigne l'âge ordinaire de la retraite visé à l'art. 13 al. 1<sup>er</sup> LPP. Or, ce n'est que dans cette éventualité que la prestation de libre passage eût été immédiatement exigible selon la Haute Cour.

Il s'ensuit que le paiement en espèces de cette somme de 15'000 fr. l'a été à tort, car la décision d'octroi d'une rente entière d'invalidité ne pouvait entrer en force qu'à l'échéance du délai légal de recours prévu à l'art. 69 al. 1<sup>er</sup> lit. a de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959 (LAI, en relation avec l'art. 48 al. 4 LPGA).

Même si la Fondation se réfère à "votre demande de transfert partiel" dans le courrier du 31 juillet 2006, pour justifier le virement litigieux en vertu de l'art. 16 al. 2 dernière phrase OLP, l'assuré ne percevait pas encore une rente entière de l'AI

au sens de la première phrase de cet alinéa, lorsqu'il a formulé ladite demande, en date du 20 juillet 2006, selon les indications fournies par la défenderesse dans son écriture du 9 octobre 2009 et il eût encore fallu s'assurer qu'il n'était pas assuré à titre complémentaire contre le risque invalidité.

8. L'appelé en cause affirme certes avoir été assuré à titre complémentaire pour le risque invalidité au sens de l'art. 10 al. 2 et 3 deuxième phrase OLP, sans pour autant produire une quelconque attestation à l'appui de ses observations. Il considère vraisemblablement que le fait d'avoir pu bénéficier d'une rente d'invalidité relevant de la prévoyance professionnelle sur la base d'une seconde prestation de libre passage - respectivement d'une prestation de sortie convertie en prestation de libre passage déposée en tout ou en partie auprès d'une autre, voire de deux institution(s) de libre passage, en vertu de l'art. 12 al. 1<sup>er</sup> et 2 OLP - laquelle prestation de libre passage a pu servir de base de calcul à cet effet, équivaut à une assurance du risque invalidité à titre complémentaire au sens de l'art. 16 al. 2 OLP.

Tel n'est pas l'avis du Tribunal de céans. En effet, si un certain avoir de vieillesse - converti en prestation de libre passage auprès d'une ou de deux institutions de libre passage selon l'art. 12 al. 1<sup>er</sup> OLP - accumulé durant une certaine période d'activité professionnelle a bel et bien dû être restitué à la FPMB, conformément aux exigences posées en la matière par les art. 3 et 4, ainsi que 11 LFLP, la production de la copie du courrier du 24 février 2009, [intitulé à tort "décision" par la FPMB], ne saurait être considéré, comme susceptible de prouver l'existence d'une assurance complémentaire décès ou invalidité au sens de l'art. 10 al. 3 OLP. Si l'on se rappelle que les fondations de libre passage ne sont pas habilitées à verser des prestations sous formes de rentes, d'une part, et que le législateur fédéral a introduit, le 1<sup>er</sup> janvier 2001, l'al. 2 de l'art. 11 LFLP, qui impose aux institutions de prévoyance précédentes à transférer les prestations de sortie à celles susceptibles de devoir verser une prestation, d'autre part, il n'en découle cependant pas que l'appelé en cause ait formellement conclu une assurance complémentaire auprès d'une institution d'assurance soumise à la surveillance des assurances ou auprès d'un groupe réunissant de telles institutions d'assurances au sens de l'art. 10 al. 2 lit. a OLP (en relation avec l'art. 67 LPP).

Au reste, l'appelé en cause n'a produit aucun document attestant de l'existence d'une assurance complémentaire couvrant le risque invalidité. Et comme, en réponse aux demandes du Tribunal de céans, la défenderesse a répondu par la négative à propos de l'existence d'un tel contrat d'assurance invalidité à titre complémentaire, force est de conclure à l'absence d'une assurance complémentaire pour la couverture des risques décès et/ou invalidité - en parallèle à la prestation de libre passage déposée sur le compte n° 1154372 - au sens de l'art. 1<sup>er</sup> al. 2 du Règlement (en vertu de l'art. 10 al. 2 OLP) vraisemblablement encore applicable au moment des paiements effectués en juillet et en septembre 2006, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2005.

---

Cependant, le paiement successif effectué le 10 octobre 2006 par la BCG, vraisemblablement sur ordre de la Fondation, du solde du capital déposé sur le compte de libre passage - s'élevant encore à 40'561 fr. 20 -, semble-t-il à la demande de l'appelé en cause formulée le 26 septembre 2006, selon les indications de la défenderesse du 9 octobre 2009, résulte l'avoir été conformément à l'art. 16 al. 2 OLP, en raison du fait que l'appelé en cause pouvait percevoir en octobre 2006 une rente entière de l'assurance invalidité fédérale (art. 7 al. 3 du Règlement en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2005) et parce qu'il n'a pas documenté l'affirmation selon laquelle il avait conclu une assurance complémentaire au sens de l'art. 10 al. 2 et 3, deuxième phrase, OLP.

9. A l'appui de ses conclusions, la Fondation se réfère à un arrêt non publié du 21 avril 1999 dans la cause B 38/98 (résumé dans le Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 48 de l'OFAS du 21 décembre 1999) pour justifier le paiement du solde de la prestation de libre passage effectué en octobre 2006, sans avoir requis le consentement écrit de la demanderesse. Or, dans l'arrêt en question, le Tribunal fédéral (TF), saisi d'un recours interjeté par l'OFAS, a d'abord abordé la question de la compétence du tribunal au sens de l'art. 5 al. 3 LFLP, sans la trancher, dès lors que le litige portait non pas sur la prestation de sortie, mais sur le droit de l'assuré de recevoir, au titre de prestation de vieillesse, un versement en capital en lieu et place d'une rente. Or, pour cette éventualité, ni la loi ni le règlement n'exigeait le consentement du conjoint. Le TF a donc renvoyé la cause à la juridiction compétente au sens de l'art. 73 LPP (soit à cette époque-là, dans le canton de Genève, le Tribunal administratif), afin qu'elle examine en premier lieu si l'institution de prévoyance, malgré l'absence de base légale et réglementaire, était en droit, par une application analogique de l'art. 5 al.2 LFLP, de subordonner le versement du montant en capital au consentement du mari de l'assuré.

Ultérieurement, le TF a eu l'occasion de se pencher à nouveau sur cette question du paiement de la prestation de vieillesse au plus tôt 5 ans avant que l'assuré - marié - n'atteigne l'âge de la retraite au sens de l'art. 16 al. 1<sup>er</sup> OLP. Dans l'arrêt de principe publié aux ATF 134 V 182, le TF a constaté qu'à la différence de l'art. 5 LFLP, qui concerne le paiement en espèces d'une prestation de sortie, l'art. 16 al. 1<sup>er</sup> OLP traite uniquement du paiement de prestations de vieillesse, et que la seule condition posée à cet effet à cet alinéa concerne l'âge minimal à atteindre et non pas l'obtention du consentement du conjoint dans ce but. A l'instar de la doctrine (cf. Suzette Sandoz "Prévoyance professionnelle et consentement du conjoint à propos de l'ATF 125 V 165" in SJ 2000 II p. 456, spéc. pp. 462 et 464), le TF a statué qu'une application directe de l'art. 37 al. 5 LPP n'entraîne pas en ligne de compte dans le cas de figure envisagé par l'art. 16 al. 1<sup>er</sup> OLP, puisqu'il ne s'agissait pas d'un cas de prévoyance, mais uniquement de prestations de libre passage.

Au terme d'une analyse approfondie de l'évolution de la législation en matière de prévoyance professionnelle depuis son entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> janvier 1985, le

Tribunal fédéral a rappelé que l'exigence du consentement du conjoint n'avait été introduite qu'avec l'entrée en vigueur des art 30c al. 5 LPP (versement anticipé lorsque l'assuré est marié) et 331d al. 5 CO (mise en gage de la prestation de libre passage lorsque l'assuré est marié [ces deux dispositions légales ayant été introduites dans la LFLP et concrétisées par l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> janvier 1995, tant de l'OLP que des dispositions de l'Ordonnance sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle du 3 octobre 1994 (OEPL)]. Puis, dans le cadre de la 1<sup>ère</sup> révision LPP, l'art. 37 LPP a été modifié de telle sorte que le consentement du conjoint est désormais également exigé (al. 5) si le paiement partiel de l'avoir de vieillesse déterminant pour le calcul de la prestation de vieillesse est versé sous la forme d'une prestation en capital (art. 37 al. 2 LPP), ainsi que lorsque l'institution de prévoyance prévoit dans son règlement la possibilité pour les ayants droit de choisir une prestation en capital au lieu et en place d'une rente de vieillesse, de survivants ou d'invalidité (al. 4). Le législateur a cependant exclu le consentement écrit dans les cas de paiement de la prestation en capital en vertu de l'al. 3 de cette disposition et il n'a pas davantage fait figurer cet article dans la liste des dispositions impératives également dans le domaine de la prévoyance sur obligatoire figurant à l'art. 49 al. 2 LPP.

Toujours selon la Haute Cour, l'état actuel de la législation, s'agissant de la LFLP et de l'OLP, peut certes être considéré comme étant insatisfaisant. Toutefois, l'introduction en 1995 de l'exigence du consentement écrit du conjoint dans certains cas, puis l'élargissement de ces cas à cette exigence lors de la 1<sup>ère</sup> révision LPP montre bien qu'en ce qui concerne l'art. 16 OLP, il ne s'agit pas d'une lacune pouvant être comblée par le juge, mais au contraire d'une omission délibérée de la part du législateur (ATF 134 V 182).

10. In casu, le litige ne porte pas sur le paiement de prestations de vieillesse dues en vertu d'un compte de libre passage et à la réalisation de la condition posée à l'art. 16 al. 1<sup>er</sup> OLP, mais sur le versement sous la forme d'un capital d'un solde de la prestation de libre passage déposée sur un compte de libre passage, à la demande de l'appelé en cause formulée, selon la défenderesse, en dates des 20 juillet et 26 septembre 2006, suite à la reconnaissance par l'OCAI du droit de l'assuré à une rente entière AI. Pour les motifs évoqués par le Tribunal fédéral dans l'arrêt précité (ATF 134 V 182), le paiement de cette somme au sens de l'art. 16 al. 2 OLP, sans que le consentement de l'épouse de l'appelé en cause ne doive être exigé apparaît tout aussi insatisfaisant, sinon davantage, que le versement de prestations de vieillesse dues en vertu d'un compte de libre passage au sens de l'al. 1<sup>er</sup> de cette même disposition tel que cautionné par le TF dans l'arrêt publié précité. En effet, si le législateur exige que même dans l'éventualité où la prévoyance est maintenue au moyen d'une police de libre passage ou d'un compte de libre passage, les contrats spéciaux stipulés à cet effet doivent être non seulement affectés exclusivement et irrévocablement à la prévoyance, mais également conclus impérativement avec une fondation qui remplit les conditions fixées à l'art. 19 OLP, force est de constater

que le seul fait de percevoir une rente entière de l'assurance-invalidité fédérale permet de s'éloigner de cet objectif, voire de le détourner, puisque non seulement le consentement de l'époux n'est pas requis, mais encore le capital de prévoyance, en cas de paiement en espèces, risque de servir, comme dans le cas présent, à éponger des dettes de jeux, contractées par un assuré encore jeune et ayant des charges de famille à assumer.

11. Reste à examiner si le Règlement de la Fondation, en vigueur à l'époque des paiements partiels de la prestation de libre passage en octobre 2006, prévoyait d'autres exigences que celles stipulées par le législateur.

Le seul document valable à cet effet est celui communiqué par l'OFAS en annexe à sa correspondance du 4 août 2009, les parties ayant produit les photocopies d'extraits ou d'un règlement dont on ignore avec certitude la date d'entrée en vigueur, comme l'a relevé l'OFAS, puisqu'elle dépend d'une décision de l'organe suprême de la fondation, prise conformément à ses statuts ou dispositions réglementaires.

Selon l'art. 7 al. 3 du Règlement de la Fondation de libre passage, non daté, muni du sceau de l'OFAS du 11 janvier 2005, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2005, dont le texte correspond presque en tous points à celui de l'art. 16 al. 2 OLP, le bénéficiaire peut demander à être mis au bénéfice du capital de prévoyance acquis, s'il a droit à une rente entière AI. Aucune forme spécifique n'est requise, contrairement à ce qui est exigé pour les deux autres éventualités de l'art. 6 al. 2 du Règlement (Prestations de vieillesse) et 7 al. 2 (prestations en cas d'invalidité) où la forme écrite est requise. Par conséquent, en cas d'octroi d'une rente entière AI, une communication verbale suffit pour effectuer le paiement en espèces de la prestation de libre passage transformée en prestation d'invalidité sous forme de capital.

Il s'ensuit qu'en date du 10 octobre 2006, le compte de crédit personnel de l'appelé en cause a été crédité du solde de la prestation de libre passage ascendant encore à 40'561 fr. 20 et que le consentement de l'épouse n'était pas indispensable à cet effet, en l'état de la législation actuelle, au motif que l'appelé en cause avait fait transférer une prestation de sortie convertie en prestation de libre passage sur un compte de libre passage auprès de la Fondation, démarche qui permet d'éviter de requérir le consentement du conjoint lorsque les deux éventualités de l'art. 16 OLP sont réalisées.

Bien que la BCG ait débité ce compte le même jour du montant afférent au crédit personnel encore dû par l'appelé en cause, réduisant le solde de la prestation de libre passage à 20'072 fr. 10, que le 11 octobre 2006 l'appelé en cause ait retiré la somme de 2'000 fr., puis à nouveau 500 fr. le 13 du même mois, le paiement du solde net de la prestation de libre passage, crédité sur le compte du Crédit Suisse

Genève, à hauteur de 17'989 fr. 10 au terme de ces opérations, a été effectué conformément au droit en vigueur.

Aussi la demande est-elle partiellement admise, en ce sens que la somme de 15'000 fr. ayant été versée à tort dès lors que la décision de l'OCAI n'est pas entrée en force, la défenderesse doit réintégrer ce montant sur un compte de libre passage qui sera ouvert en faveur de l'appelé en cause. A cette somme doivent être accrédités les intérêts dont l'appelé en cause a été privé.

**PAR CES MOTIFS,  
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :**

**Statuant**

**A la forme :**

1. Déclare la demande recevable.

**Au fond :**

2. L'admet partiellement, en ce sens que la défenderesse doit réintégrer la somme de 15'000 fr., en accréditant ce montant à l'appelé en cause sur un nouveau compte de libre passage.
3. La rejette pour le surplus.
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); 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

La secrétaire-juriste : Marianne RAIS AMREIN

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