

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4046/2006

ATAS/121/2008

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 4

du 17 janvier 2008

En la cause

Monsieur B_____, domicilié à GENEVE

demandeurs

Madame B_____, domiciliée à GENEVE

contre

FONDATION INSTITUTION SUPPLETIVE LPP, Administration
des comptes de libre passage, sise à ZURICH

défenderesses

FONDATION DE LIBRE PASSAGE, BANCA DEL
GOTTARDO, sise à ZURICH

**Siégeant : Juliana BALDE, Présidente, Isabelle DUBOIS, Maya CRAMER, Karine
STECK et Doris WANGELER, Juges, Christine BULLIARD MANGILI et
Bertrand REICH, Juges assesseurs**

EN FAIT

1. Par jugement du 21 septembre 2006, la 1^{ère} chambre du Tribunal de première instance a prononcé la dissolution du mariage contracté le 10 février 1993 à Lancy (GE) par Madame B _____, et Monsieur B _____.
2. Selon le chiffre 4 du dispositif 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 26 octobre 2006 et a été transmis d'office au Tribunal de céans le 2 novembre 2006 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 10 février 1993 et le 26 octobre 2006.
5. Les investigations menées par le Tribunal de céans ont permis d'établir les faits suivants :

a) S'agissant des avoirs de prévoyance du demandeur:

Le demandeur n'ayant communiqué aucun renseignement concernant ses institutions de prévoyance, la Caisse cantonale genevoise de compensation, sur requête du Tribunal, a transmis les relevés de ses comptes individuels.

Par pli du 25 avril 2007, HELVETIA atteste que le demandeur a été affilié auprès d'elle du 1^{er} février 2001 au 31 mars 2001 et que sa prestation de libre passage de 659 fr. 20 a été transférée à cette date auprès de la FONDATION INSTITUTION SUPPLEMENTIVE LPP à Zürich.

SWISS LIFE indique dans son courrier du 26 avril 2007 que le demandeur a été affilié auprès de la Fondation collective LPP de la Rentenanstalt MSC Mediterranean Shipping Co SA, Genève, et que sa prestation de sortie au moment de son départ de l'institution, soit le 30 avril 2004, s'élevait à 17'659 fr. 15. Ce montant a été transféré auprès de la FONDATION DE LIBRE PASSAGE BANCA DEL GOTTARDO. Pour le surplus, aucune prestation de libre passage n'a été reçue d'une précédente institution de prévoyance.

Le 23 mai 2007, la FONDATION INSTITUTION SUPPLEMENTIVE, administration des comptes de libre passage à Zürich a communiqué au Tribunal les informations concernant le compte du demandeur: son compte de libre passage a été ouvert en date du 24 août 2001 suite au transfert de 670 fr. 70 d'HELVETIA et la prestation

de libre passage se montait à 610 fr. 10 au 26 octobre 2006, après déduction de 55 fr. de frais de clôture. Une deuxième prestation de libre passage a été versée par la FONDATION INSTITUTION SUPPLEMENTIVE LPP, agence régionale de Suisse Romande à Lausanne, le 26 mars 2007, soit postérieurement à la date de divorce, d'un montant de 2'257 fr.

Par lettre du 17 août 2007, la FONDATION DE LIBRE PASSAGE BANCA DEL GOTTARDO indique que le compte de libre passage du demandeur a été ouvert le 1^{er} avril 2004 et soldé le 30 décembre 2004 suite au départ à l'étranger du demandeur. A la demande du Tribunal, la Fondation précitée indique dans son courrier du 10 septembre 2007 que le compte du demandeur a été ouvert suite au transfert d'un montant de 17'659 fr. 15 de SWISS LIFE le 31 mars 2004 et que la prestation de sortie de 16'787 fr. 80, impôt à la source déduit, a été versée sur le compte CCP du demandeur. Selon la Fondation, sur le "formulaire d'annonce de départ" annexé, il n'apparaissait pas que son assuré fût marié, raison pour laquelle ledit formulaire ne comportait pas la signature de la demanderesse.

La FONDATION INSTITUTION SUPPLEMENTIVE LPP, agence régionale de Suisse Romande à Lausanne, indique en date du 14 janvier 2008 que le demandeur a été affilié auprès d'elle du 1^{er} juillet 2005 au 30 juin 2006 et que sa prestation de libre passage s'élevait à 2'237 fr. 90, intérêts inclus, au moment du divorce. Elle confirme en outre avoir versé en date du 26 mars 2007 la prestation de sortie de son assuré, d'un montant de 2'257 fr., à la FONDATION INSTITUTION SUPPLEMENTIVE LPP, administration des comptes de libre passage, à Zurich.

Aucun autre avoir de prévoyance n'a pu être retrouvé concernant le demandeur.

a) S'agissant des avoirs de prévoyance de la demanderesse:

Dans son courrier du 29 janvier 2007, GASTROSOCIAL indique que la demanderesse n'a pas cotisé pour l'épargne durant son emploi chez X_____. GASTROSOCIAL a précisé dans sa lettre du 19 avril 2007 que le salaire de la demanderesse n'atteignait pas le minimum LPP lors de son emploi chez Y_____, du 1^{er} octobre 2002 au 31 juillet 2004.

Par lettre du 12 avril 2007, la FONDATION INSTITUTION SUPPLEMENTIVE LPP, agence régionale de Suisse romande, indique que la demanderesse est affiliée auprès d'elle depuis le 1^{er} janvier 2007 et qu'aucune prestation de libre passage n'a été versée d'une précédente institution de prévoyance.

Aucun avoir de prévoyance n'a été retrouvé s'agissant de la demanderesse.

-
6. Par courriers des 18 septembre 2007 et 31 octobre 2007, le Tribunal de céans a octroyé un délai au 31 octobre 2007 au demandeur afin qu'il lui communique son lieu de résidence, ainsi que la durée de son absence du territoire suisse. Le demandeur n'a pas donné suite à la requête du Tribunal.
 7. Par courrier du 20 décembre 2007, le Tribunal a invité la demanderesse à ouvrir un compte de libre passage et à en lui communiquer les coordonnées d'ici au 4 janvier 2008, à défaut de quoi les fonds lui revenant seront versés auprès de la FONDATION INSTITUTION SUPPLEMENTIVE LPP à Zürich.
 8. A la demande du Tribunal, SWISS LIFE a précisé par courrier du 11 janvier 2008 que le demandeur a été affilié auprès de la Fondation collective LPP de la Rentenanstalt MSC Mediterranean Shipping Co SA, à Genève, du 1^{er} avril 2001 au 31 août 2003.
 9. Par télécopie reçue au greffe le 15 janvier 2008, la demanderesse a informé le Tribunal de céans qu'elle avait ouvert un compte de libre passage auprès de la FONDATION DE LIBRE PASSAGE DE LA BANQUE CANTONALE DE GENEVE (CCP 12-1-2. clearing 788, compte H 3202.25.00, no. de tiers 2074610, références : NGN 7735).
 10. Les documents recueillis ont été transmis aux parties et la cause a été gardée à juger en date du 17 janvier 2008.

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. 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).

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).

3. 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).
4. 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, soit du 10

février 1993 au 26 octobre 2006, date à laquelle le jugement de divorce est devenu exécutoire.

Selon les documents produits, la demanderesse n'a pas cotisé auprès d'une institution de prévoyance durant le mariage.

Quant au demandeur, il dispose d'une prestation de libre passage auprès de l'Institution supplétive, à Zurich, de 2'848 fr (2'237 fr. 90 + 610 fr. 10 après déduction des frais de clôture de 55 fr.), intérêts inclus jusqu'au 26 octobre 2006. En outre, il était au bénéfice d'une prestation de libre passage auprès de la FONDATION DE LIBRE PASSAGE BANCA DEL GOTTARDO de 17'659 fr. 15, valeur 31 mars 2004. La Fondation précitée indique cependant qu'à la demande de son assuré, sa prestation de libre passage, soit 16'787 fr. 80 - après déduction de l'impôt à la source de 1'020 fr -, lui a été versée en espèces en raison de son départ pour les Seychelles le 30 décembre 2004. 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 que selon le formulaire "annonce de départ" son assuré n'était pas marié. 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.

5. 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.

-
6. En l'occurrence, la FONDATION DE LIBRE PASSAGE BANCA DEL GOTTARDO a versé la prestation de sortie en espèces en mains du demandeur en se fondant sur le formulaire d'annonce de départ rempli par son assuré en date du 3 décembre 2004 à l'attention de l'Office cantonal de la population de la République et canton de Genève. Il résulte de ce document que l'assuré quittait la Suisse pour les Seychelles le 30 décembre 2004. Le formulaire d'annonce de départ ne comporte aucune question relative à l'état-civil du demandeur et ce dernier n'a pas répondu à la question de savoir si cette annonce de départ concernait également le conjoint. Il a toutefois indiqué que cette annonce ne concernait pas les enfants.

Le Tribunal de céans constate que la défenderesse n'a pas adressé à son affilié un formulaire spécial relatif à la demande de versement en espèces de sa prestation de sortie et qu'elle ne s'est pas souciée de savoir s'il était marié ou non. Quant au document d'annonce de départ adressé par le demandeur à son institution de prévoyance, force est de constater qu'il était manifestement incomplet, dès lors qu'il ne comportait aucune question relative à l'état-civil de l'assuré. La défenderesse ne pouvait dès lors s'en contenter et il lui appartenait, avant de verser la prestation de libre passage en mains du demandeur, d'interroger précisément son affilié quant à son état-civil et de demander l'accord (obligatoire) de son conjoint. Ne l'ayant point fait, la défenderesse a violé son devoir de diligence, de sorte qu'il y a lieu de constater qu'elle ne s'est pas acquittée valablement de son obligation.

Au vu de ce qui précède, la prestation de libre passage versée en espèces au demandeur par la FONDATION DE LIBRE PASSAGE BANCA DEL GOTTARDO doit être prise en compte dans le calcul des avoirs de prévoyance à partager, pour le montant de 17'807 fr. 80, sans déduction de l'impôt à la source, valeur 31 décembre 2004. Majorée des intérêts calculés au taux de 2,5 % dès le 1^{er} janvier 2005 jusqu'au moment du divorce (cf. art. 12 let. d de l'Ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 18 avril 1984, OPP 2) , cette prestation de libre passage s'élève à 18'632 fr. 50.

Ainsi, le montant total de la prestation de libre passage du demandeur s'élève à 21'480 fr. 50 (18'632 fr. 50 + 2'848 fr.), dont la moitié, soit 10'740 fr. 25 revient à l'ex-épouse.

Le Tribunal ordonnera en conséquence le transfert des avoirs du compte du demandeur auprès de LA FONDATION INSTITUTION SUPPLEMENTIVE LPP, administration des comptes de libre passage, à Zurich, soit 2'848 fr., frais de clôture de 55 fr. déjà déduits et intérêts compris jusqu'au 26 octobre 2006 en faveur du compte ouvert par la demanderesse auprès de la FONDATION DE LIBRE PASSAGE DE LA BANQUE CANTONALE DE GENEVE. Pour le solde, le Tribunal condamnera la FONDATION DE LIBRE PASSAGE BANCA DEL GOTTARDO, en raison de la violation de son devoir de diligence, au paiement de 7'892 fr. 25 (10'740 fr. 25 - 2'848 fr.) en faveur de la demanderesse.

-
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 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 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,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

conformément à l'art. 56 U al. 2 LOJ

1. Condamne la FONDATION DE LIBRE PASSAGE BANCA DEL GOTTARDO à payer la somme de 7'892 fr. 25 à la FONDATION DE LIBRE PASSAGE DE LA BANQUE CANTONALE DE GENEVE, en faveur du compte ouvert par Madame B_____, ainsi que des intérêts compensatoires au sens des considérants, dès le 26 octobre 2006 jusqu'au moment du transfert.
2. Invite la FONDATION INSTITUTION SUPPLEMENTIVE LPP, administration des comptes de libre passage, à Zurich, à transférer du compte de Monsieur B_____ la somme de 2'848 fr. à la FONDATION DE LIBRE PASSAGE DE LA BANQUE CANTONALE DE GENEVE, en faveur du compte ouvert par Madame B_____, ainsi que des intérêts compensatoires au sens des considérants, dès le 26 octobre 2006 jusqu'au moment du transfert.
3. L'y condamne en tant que de besoin.
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 :

Isabelle CASTILLO

Juliana BALDE

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances sociales par le greffe le _____ ainsi qu'à la Fondation de libre passage de la BANQUE CANTONALE DE GENEVE pour information.