

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4611/2009

ATAS/1248/2010

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 1

du 30 novembre 2010

En la cause

Madame **B** _____, domiciliée à Bellevue

demanderesse

Monsieur **B** _____, sans domicile, ni adresse connus

demandeur

contre

CAISSE DE PREVOYANCE DU PERSONNEL ENSEIGNANT
DE L'INSTRUCTION PUBLIQUE ET DES FONCTIONNAIRES
DE L'ADMINISTRATION DU CANTON DE GENEVE, bd St-
Georges 38, 1211 Genève 8

défenderesses

FONDATION INSTITUTION SUPPLETIVE, case postale, 8036
Zürich

CAISSE DE PREVOYANCE DE LA CONSTRUCTION, sise rue

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

de la Rôtisserie 8, 1204 Genève

EN FAIT

1. Par jugement du 30 juillet 2009, la 12^{ème} chambre du Tribunal de première instance a prononcé le divorce de Madame B _____, née C _____ en 1980, et Monsieur B _____, né en 1978, mariés en date du 29 juin 2001.
2. Selon le chiffre 20 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 9 décembre 2009 et a été transmis d'office au Tribunal de céans le 21 décembre 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 29 juin 2001 et le 9 décembre 2009.
5. L'instruction menée par le Tribunal de céans a permis d'établir les faits pertinents suivants :

S'agissant des avoirs de Madame B _____ :

- Il résulte des comptes individuels de cotisations AVS/AI transmis par la Caisse cantonale genevoise de compensation que la demanderesse n'a pas eu d'activité lucrative en 2001, et qu'elle n'a pas réalisé de revenu suffisant soumis à cotisations LPP ou qu'elle était au bénéfice d'indemnités de chômage entre 2002 et 2006.

- Par courrier du 25 janvier 2010, la CAISSE DE PREVOYANCE DU PERSONNEL ENSEIGNANT DE L'INSTRUCTION PUBLIQUE ET DES FONCTIONNAIRES DE L'ADMINISTRATION DU CANTON DE GENEVE a informé le Tribunal de céans qu'elle affine la demanderesse depuis le 1^{er} décembre 2006, sans apport d'avoirs LPP. Sa prestation de sortie s'élève à **2'882 fr. 60** au 31 décembre 2009.

S'agissant des avoirs de Monsieur B _____ :

- Il ressort des comptes individuels de cotisations AVS/AI du demandeur transmis par la Caisse cantonale genevoise de compensation que celui-ci a bénéficié d'indemnités journalières de chômage :

- En octobre 2005,
- De mars à mai et de juillet à août 2006,

Il n'a par ailleurs, à l'exception de la période s'étendant du 26 septembre au 31 décembre 2006, pas réalisé de revenus suffisants pour être soumis à cotisations LPP entre mai 2004 et 2009.

- Par courrier du 8 septembre 2010, la FONDATION DE PREVOYANCE PROFESSIONNELLE RAMPINI & CIE SA ET DES SOCIETES CONNEXES a déclaré que le demandeur a été affilié auprès d'elle du 27 août 2001 au 31 août 2003. Aucun apport de prestation LPP ne lui a été transféré et la prestation de libre passage du demandeur d'un montant de 6'053 fr. 65 a été versée auprès de la FONDATION INSTITUTION SUPPLEMENTIVE (ci-après FIS).

- La FONDATION DE PREVOYANCE EDIFONDO a indiqué le 11 octobre 2010 qu'elle avait affilié le demandeur du 1^{er} septembre 2003 au 30 avril 2004, qu'elle avait reçu de la FIS un montant de 5'987 fr. 55, et que les avoirs LPP s'élevant à 8'343 fr. 70 avaient été à nouveau transférés à la FIS en date du 11 novembre 2004.

- Le 13 août 2010, la CAISSE DE PREVOYANCE DE LA CONSTRUCTION a informé le Tribunal de céans que le demandeur avait été affilié auprès d'elle du 26 septembre au 31 décembre 2006, et qu'elle lui avait versé la prestation de sortie de **938 fr. 70**.

- Par courrier du 19 juillet 2010, la FIS a indiqué que la prestation de libre passage accumulée par le demandeur durant le mariage s'élève à **9'147 fr. 20**, intérêts au 9 décembre 2009 compris.

6. Ces documents ont été transmis aux parties en date du 28 octobre 2010.
7. La demanderesse a indiqué par courrier du 6 novembre 2010 qu'elle n'avait pas consenti au versement de la somme de 938 fr. 70 à son ex-époux, précisant du reste qu' "au moment où ce dernier les a touchés, il vivait chemin P_____, c'est-à-dire en dehors du domicile conjugal."
8. Le 12 novembre 2010, la CAISSE DE PREVOYANCE DE LA CONSTRUCTION a expliqué que lorsqu'elle avait versé la totalité de l'avoir libre passage au demandeur, elle avait pour information que la demanderesse ne résidait plus en Suisse étant partie vivre au Maroc sans laisser d'adresse. Elle a par ailleurs indiqué que la seule adresse connue, pour être celle du domicile conjugal, était rue P_____.
9. La demanderesse a été interrogée à ce propos par le Tribunal de céans, mais ne s'est pas manifestée.
10. Il résulte du fichier de l'Office cantonal de la population que le domicile conjugal était en réalité avenue D_____, que le demandeur l'avait quitté pour la rue P_____ le 1^{er} mars 2004, et la demanderesse pour la rue F_____ le 15

juillet 2004, son adresse actuelle étant le chemin T_____ à Bellevue depuis le 1^{er} novembre 2008. Il n'y a pas trace pour la demanderesse d'un départ pour le Maroc.

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. 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 29 juin 2001, d'autre part le 9 décembre 2009, date à laquelle le jugement de divorce est devenu exécutoire.

Selon les documents produits, la prestation acquise pendant le mariage par la demanderesse est de **2'882 fr. 60**, intérêts au 9 décembre 2009 compris. Celle du demandeur est de **9'147 fr. 20**, intérêts au 9 décembre 2009 également compris. La CAISSE DE PREVOYANCE DE LA CONSTRUCTION a cependant informé le Tribunal de céans qu'elle avait versé la prestation de sortie de 938 fr. 70 au demandeur le 22 mai 2007. 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, l'institution de prévoyance a répondu le 12 novembre 2010 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.

4. 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.

5. En l'occurrence, la CAISSE DE PREVOYANCE DE LA CONSTRUCTION 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 mai 2007, alléguant que la demanderesse était alors partie vivre au Maroc sans laisser d'adresse.

Or, il s'avère que celle-ci n'a jamais quitté la Suisse, et que les demandeurs vivent séparés de fait depuis le 1^{er} mars 2004.

Dès lors, la prestation de sortie en espèces versée en mains du demandeur de 938 fr. 70 doit être prise en compte dans le calcul des avoirs de prévoyance à partager, majorée des intérêts calculés au taux de 2,5 % jusqu'au 9 décembre 2009 (cf. art. 12 let. d de l'Ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 18 avril 1984, OPP 2), soit **1'007 fr. 20**.

Aussi le montant total de la prestation de libre passage du demandeur s'élève-t-il à **10'154 fr. 40** (9'147 fr. 20 + 1'007 fr. 20), dont la moitié, soit **5'077 fr. 20**, revient à l'ex-épouse. Le demandeur lui doit ainsi le montant de **5'077 fr. 20** et celle-ci doit à celui-là le montant de **1'441 fr. 30** (2'882 fr. 60 fr. : 2), de sorte que c'est le demandeur qui doit à la demanderesse le montant de **3'635 fr. 90** (5'077 fr. 20 - 1'441 fr. 30).

-
6. Le Tribunal ordonnera en conséquence le transfert des avoirs du compte du demandeur auprès de la FONDATION INSTITUTION SUPPLEMENTIVE, soit **3'097 fr. 30** en faveur du compte ouvert par la demanderesse auprès de la CAISSE DE PREVOYANCE DU PERSONNEL ENSEIGNANT DE L'INSTRUCTION PUBLIQUE ET DES FONCTIONNAIRES DE L'ADMINISTRATION DU CANTON DE GENEVE. Pour le solde, le Tribunal condamnera la CAISSE DE PREVOYANCE DE LA CONSTRUCTION, en raison de la violation de son devoir de diligence, au paiement de **538 fr. 60** (1'077 fr. 20 : 2) 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 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 :**

1. Invite la FONDATION INSTITUTION SUPPLEMENTIVE à transférer, du compte de Monsieur B_____, la somme de **3'097 fr. 30** à la CAISSE DE PREVOYANCE DU PERSONNEL ENSEIGNANT DE L'INSTRUCTION PUBLIQUE ET DES FONCTIONNAIRES DE L'ADMINISTRATION DU CANTON DE GENEVE en faveur de Madame B_____, ainsi que des intérêts compensatoires au sens des considérants, dès le 9 décembre 2009 jusqu'au moment du transfert.
2. L'y condamne en tant que de besoin.
3. Condamne la CAISSE DE PREVOYANCE DE LA CONSTRUCTION à verser la somme de **538 fr. 60** à la CAISSE DE PREVOYANCE DU PERSONNEL ENSEIGNANT DE L'INSTRUCTION PUBLIQUE ET DES FONCTIONNAIRES DE L'ADMINISTRATION DU CANTON DE GENEVE en faveur de Madame B_____, ainsi que des intérêts compensatoires au sens des considérants, dès le 9 décembre 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 GALEAZZI-
WANGELER

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