

**Département fédéral de justice et police**

**Code civil  
(Partage de la prévoyance  
professionnelle en cas de divorce)**

*Rapport explicatif*

---

Décembre 2009

---

## Condensé

Les dispositions relatives au partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce (art. 122 à 124 CC), entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2000, ont très vite été l'objet de nombreuses critiques. Tandis que les uns, trouvant les règles trop rigides, souhaitaient accorder une plus grande marge de manœuvre aux candidats au divorce, les autres estimaient que les nouvelles dispositions étaient (comme les anciennes) plus ou moins systématiquement au détriment du conjoint n'exerçant pas d'activité lucrative. Nombre de personnes ont également remis en question la difficulté d'appliquer les dispositions dans la pratique et l'insécurité juridique qui les caractérise.

A la lumière de ces critiques, l'Office fédéral de la justice a institué une commission d'experts en 2007, chargée d'évaluer les changements nécessaires et de présenter des propositions en la matière. Se fondant sur ces travaux, le Département fédéral de justice et police a élaboré un avant-projet. Il prévoit de réformer les points suivants:

- Les prestations de prévoyance acquises durant le mariage doivent pouvoir être partagées par moitié lorsque le cas de prévoyance (invalidité ou retraite) est déjà survenu pour le conjoint débiteur au moment du divorce (art. 122 AP-CC, en relation avec les art. 22d et 22e AP-LFLP).
- L'avant-projet précise et assouplit les conditions qui doivent être remplies pour que le juge (art. 122, al. 2, AP-CC) ou les conjoints (art. 122, al. 3, AP-CC) puissent déroger au principe du partage par moitié des prestations de prévoyance acquises durant le mariage.
- Les institutions de prévoyance seront tenues d'annoncer chaque année leurs effectifs d'assurés à la Centrale du 2<sup>e</sup> pilier (art. 24a AP-LFLP). Il deviendra ainsi plus facile, pour le juge statuant sur le divorce, de prendre l'ensemble des valeurs patrimoniales en considération dans le partage de la prévoyance professionnelle. Par analogie au régime matrimonial, l'avant-projet fixe le jour déterminant pour le calcul des prestations de sortie acquises durant le mariage (art. 22a, al. 1, AP-LFLP), tout en indiquant comment répartir la perte d'intérêts lorsque l'avoir de prévoyance a été investi dans un logement (art. 22a, al. 3, AP-LFLP).
- L'avant-projet permet de garantir que l'avoir de prévoyance transféré dans le cadre d'un divorce conservera autant que possible ses propriétés, c'est-à-dire que l'avoir qui relevait de la partie obligatoire de la prévoyance professionnelle continuera d'y être affecté après le divorce (art. 15, al. 1, let. c et art. 30d, al. 6, AP-LPP; art. 22c AP-LFLP). La proposition qui vise à faire dépendre les versements en capital effectués par l'institution de prévoyance du consentement du conjoint de l'assuré (art. 37a AP-LPP) a également pour objectif de garantir la prévoyance. La situation juridique sera ainsi identique à celle qui prévaut en cas de versement en espèces (art. 5, al. 2, AP-LFLP).
- L'institution supplétive sera tenue de prendre en charge l'avoir de prévoyance qu'un conjoint obtient en cas de partage de la prévoyance professionnelle et de le convertir en rente (art. 22f AP-LFLP).

- 
- Sous l'angle du droit international privé, l'avant-projet définit les conditions auxquelles un jugement prononcé à l'étranger peut être complété en Suisse eu égard au partage de la prévoyance professionnelle (art. 64, al. 1*bis*, AP-LDIP).

# 1 **Partie générale**

## 1.1 **Contexte**

En cas de divorce, les prétentions des époux à l'encontre de leurs institutions de prévoyance professionnelle (prévoyance et libre-passage) sont parfois les seuls biens dont ils disposent ou, du moins, elles représentent une part importante de leur patrimoine, dont il est primordial de régler la répartition.

La loi du 17 décembre 1993 sur le libre-passage (LFLP; RS 831.42), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1995, a introduit la possibilité d'utiliser les avoirs de la prévoyance professionnelle (2<sup>e</sup> pilier) pour couvrir les prétentions issues d'un divorce. Les dispositions révisées du code civil sur le divorce (art. 122 à 124), entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2000, ont marqué une nouvelle avancée en statuant un droit au partage de la prévoyance professionnelle indépendant des dispositions sur l'entretien après le divorce et du régime matrimonial. Depuis lors, chaque époux a droit à la moitié des prestations de sortie acquises pendant la durée du mariage, une indemnité équitable étant due lorsque les prestations ne peuvent être partagées.

Si, aujourd'hui, nul ne conteste le bien-fondé et la nécessité du partage de la prévoyance professionnelle, des voix s'élèvent pour critiquer le fait que la loi laisse de nombreuses questions en suspens ou y répond d'une manière difficilement applicable, faisant ainsi naître une grande insécurité juridique<sup>1</sup>. Les juges se voient reprocher de ratifier des conventions sur les effets du divorce qui ne satisfont pas aux normes légales, violant ainsi leur obligation de prendre d'office les mesures permettant le partage de la prévoyance professionnelle (art. 141, al. 3, CC). Les principales victimes en seraient les femmes qui, ayant assumé l'essentiel des tâches familiales pendant le mariage, ne disposent pas d'une prévoyance professionnelle suffisante<sup>2</sup>. D'autres personnes exigent une plus grande flexibilité, notamment lorsque les conjoints sont d'accord sur les termes du partage de la prévoyance professionnelle<sup>3</sup>.

A la lumière de ces critiques, la Commission des affaires juridiques du Conseil national a déposé le 10 novembre 2005 la motion 05.3713 intitulée "Droit du divorce. Révision des dispositions relatives à la compensation de la prévoyance et aux questions qui touchent les enfants". Acceptée par le Conseil fédéral, elle a été adoptée par le Conseil national et le Conseil des Etats respectivement le 15 mars 2006 et le 19 décembre 2006. Le Conseil national a par contre décidé, le 15 mars 2006, de ne pas donner suite aux initiatives parlementaires Anita Thanei 04.405 "Compensation de la prévoyance en cas de divorce" et Carlo Sommaruga 04.409 "Divorce. Egalité de traitement effective de la femme en matière de partage des prestations de sortie LPP".

Au vu de ces développements, l'Office fédéral de la justice (OFJ) a institué une commission d'experts chargée d'examiner les adaptations législatives nécessaires dans le domaine du partage de la prévoyance professionnelle et de faire des

1 Cf. Office fédéral de la justice (OFJ), Rapport consécutif au sondage portant sur l'application du droit du divorce auprès des juges, des avocats et des médiateurs, mai 2005, pp. 9 ss (ch. 9).

2 Cf. BAUMANN/LAUTERBURG, Evaluation de la compensation de la prévoyance, FamPra.ch, volume 3, Berne 2004.

3 Cf. OFJ, loc. cit. (note 1).

propositions<sup>4</sup>. Celle-ci a conclu ses travaux en mai 2009 après avoir siégé à quinze reprises<sup>5</sup>. Le 3 juillet 2009, la Commission fédérale de la prévoyance professionnelle a rendu un avis sur ses propositions.

L'avant-projet joint au présent rapport, élaboré par le Département fédéral de justice et police (DFJP), se fonde sur les propositions de la commission d'experts. Toute dérogation à ces propositions est commentée dans le présent rapport explicatif.

## **1.2 Critiques**

### **1.2.1 Aperçu**

Les dispositions régissant le partage de la prévoyance professionnelle sont critiquées de toutes parts (cf. ch. 1.1). La palette des points critiqués, souvent contradictoires, s'étend du manque de clarté des dispositions et de la difficulté de leur mise en œuvre aux préjudices plus ou moins systématiques que subissent les femmes n'exerçant pas d'activité professionnelle. Si certains jugent les dispositions trop rigides et souhaitent davantage de flexibilité sur le modèle du régime matrimonial, d'autres exigent que les actions des juges et des candidats au divorce soient mieux encadrées.

Il convient de relativiser ces critiques en rappelant que la plupart se fondent sur des appréciations données au lendemain de l'entrée en vigueur du nouveau droit du divorce. Le Tribunal fédéral a depuis clarifié nombre des points sujets à controverse, en s'exprimant notamment sur l'interprétation à donner à l'art. 124 CC (arrêt 5A\_623/2007 du 4 février 2008) et sur sa délimitation par rapport aux art. 122 et 123 CC (ATF 134 V 384 ss et 132 III 401 ss). On ne saurait toutefois occulter certains problèmes, devenus plus aigus dans l'intervalle ou constatés ultérieurement, en particulier le destin des veuves divorcées (cf. ch. 1.2.4).

### **1.2.2 Calcul de l'avoir de prévoyance à partager**

La prévoyance professionnelle ne peut être partagée dûment que si, dès le départ, les candidats au divorce et les juges ont connaissance des prétentions à l'égard des institutions de prévoyance professionnelle et de libre passage acquises durant le mariage. Deux cas de figure problématiques peuvent se présenter.

Il se peut d'une part qu'un époux taise intentionnellement le montant de ses avoirs ou qu'il oublie une part des prestations auxquelles il a droit, ce qui est fâcheux dans la mesure où, pour le 2<sup>e</sup> pilier, il n'existe pas de registre central semblable à celui du 1<sup>er</sup>

<sup>4</sup> La commission d'experts se composait de Ruth Reusser, directrice suppléante de l'OFJ (présidente jusqu'en décembre 2007, puis remplacée par Monique Jametti Greiner, sous-directrice de l'OFJ), d'Armida Bianchi Lerch, de Thomas Geiser, d'Alex Keel, de Beatrix Schönholzer Diot, responsable suppléante du secteur Questions juridiques et haute surveillance de la prévoyance professionnelle à l'OFAS, de Marta Trigo Trindade Laurin, greffière (jusqu'en juillet 2007), de Jacques-André Schneider, avocat (à partir d'octobre 2007), de Roger Weber, juge de district, l'unité Droit civil et procédure civile de l'OFJ assurant le secrétariat.

<sup>5</sup> Le projet (en allemand et en français) et le rapport de la commission d'experts sont disponibles à l'adresse:

<http://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/themen/gesellschaft/gesetzgebung.html>.

pilier pour fournir des informations sur le montant des cotisations d'épargne versées par un assuré.

D'autre part, l'avoir de prévoyance à partager entre les époux est calculé, en vertu de l'art. 122, al. 1, CC, pour la durée du mariage. Or cette dernière dépend de la date d'entrée en force du jugement de divorce, qui n'est connue ni du juge ni des parties. Il apparaît qu'en théorie, aucune estimation du montant de l'avoir de prévoyance n'est possible au moment du prononcé du divorce<sup>6</sup>.

D'autres problèmes de calcul se font jour lorsque l'avoir de prévoyance a été employé pour financer l'acquisition d'un logement. Si l'art. 30c, al. 6, de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP; RS 831.40) prévoit expressément les modalités du partage, au moment du divorce, de tout versement anticipé obtenu durant le mariage, la loi élude l'épineuse question de celui qui doit assumer les conséquences financières de la perte d'intérêts<sup>7</sup>. Le Tribunal fédéral s'est pour l'heure borné à décider qu'un versement anticipé ne devait être pris en compte dans l'avoir à partager par moitié que si l'avoir en question était encore disponible au moment du divorce (ATF 132 V 332 ss).

### **1.2.3 Exceptions au principe du partage par moitié**

Le droit en vigueur est fondé sur le principe du partage par moitié des prestations de sortie acquises durant le mariage (art. 122, al. 1, CC). A certaines conditions particulières, un époux peut renoncer en tout ou en partie à son droit (art. 123, al. 1, CC). De même, le juge peut refuser le partage (art. 123, al. 2, CC). Si un époux renonce à se part, le juge vérifie d'office si les conditions fixées par la loi sont réunies (art. 141, al. 3, CC). Les époux ne peuvent donc en principe décider de leur propre chef du partage de la prévoyance professionnelle que dans une mesure très restreinte, à la différence des prétentions relevant du régime matrimonial, à propos desquelles ils ont une grande latitude, du moins au moment du divorce.

Ces exceptions sont critiquées, d'une part, pour leur manque de précision. D'autres critiquent la rigidité de la loi, qui ne permet pas selon eux d'adopter des solutions satisfaisantes, notamment lorsque les deux conjoints ont une activité lucrative et disposent tous deux d'une prévoyance professionnelle, même si elle n'est pas équivalente. Enfin, certains réproouvent le partage obligatoire alors même que l'entretien après le divorce a été refusé en tout ou en partie (art. 125, al. 3, CC; ATF 133 III 497 ss).

D'autres personnes critiquent, à l'inverse, le fait que la maxime d'office de l'art. 141, al. 3, CC ne joue aucun rôle en pratique lorsque les parties sont représentées par des avocats. En de tels cas, il arrive que les juges ratifient des conventions de divorce

<sup>6</sup> Les juges se montrent pragmatiques dans la pratique en acceptant que les époux s'entendent par le biais d'une convention ou d'un accord de procédure sur une date à laquelle les institutions de prévoyance calculent les prestations de sortie entrant en ligne de compte (ATF 132 V 236 ss).

<sup>7</sup> Pour plus de détails: Andrea Bäder Federspiel, *Wohneigentumsförderung und Scheidung, Vorbezüge für Wohneigentum in der güterrechtlichen Auseinandersetzung und im Vorsorgeausgleich*, Arbeit aus dem iuristischen Seminar der Universität Freiburg, volume 280, Zurich/Bâle/Genève 2008, pp. 269 ss.

contraires au droit et ce, quasi-systématiquement en défaveur des femmes qui ont assumé (et assument toujours) les tâches familiales et ne disposent en conséquence que d'une prévoyance professionnelle modeste voire d'aucune prévoyance<sup>8</sup>.

#### **1.2.4 La situation précaire des veuves divorcées**

Selon le droit en vigueur, le partage des prestations de sortie acquises durant le mariage ne peut avoir lieu que si aucun cas de prévoyance n'est survenu (art. 122, al. 1, CC), étant donné que toute utilisation ultérieure de l'avoir de prévoyance est exclue (art. 22b, al. 1, LFLP). Lorsque le conjoint débiteur est déjà à la retraite ou est invalide au moment du divorce, la seule possibilité est de recourir au reste de la fortune pour garantir une prévoyance professionnelle au conjoint créancier. A défaut d'une telle fortune, ce dernier – généralement la femme – doit se contenter d'une contribution d'entretien, financée à partir de la rente de vieillesse de son ex-époux.

Pour l'ex-épouse, cette solution est acceptable tant que son ex-mari est en vie. Mais sa situation peut considérablement se dégrader lorsque celui-ci décède et que l'obligation d'entretien s'éteint (art. 130, al. 1, CC). Il peut arriver que l'ex-épouse ne touche plus ensuite qu'une rente de veuve au titre des prestations obligatoires définies à l'art. 19 LPP (arrêt du Tribunal fédéral B\_112/05 du 22 décembre 2006)<sup>9</sup>. S'il y a remariage, l'ex-épouse se retrouve ainsi dans une situation bien moins favorable que celle de la veuve qui, elle, a également droit aux prestations surobligatoires de l'institution de prévoyance. Cette situation est d'autant plus choquante que les avoirs de prévoyance dont profite maintenant la veuve ont souvent été acquis du temps où le défunt était encore marié à sa première femme.

Ces lacunes, qui dépendent du fait que le divorce ait lieu avant ou après le cas de prévoyance, et le défaut de protection de la femme divorcée après le décès de son ex-mari ne sont pas passés inaperçus aux yeux du Parlement, comme le montrent diverses interventions parlementaires<sup>10</sup>. Ils sont également l'objet de l'initiative parlementaire 07.454 Hubmann Vreni "Effets du divorce après la survenance d'un cas de prévoyance. Modifier l'article 124 CC". Le 16 janvier 2009, la Commission des affaires juridiques du Conseil national a décidé à l'unanimité de donner suite à l'initiative. La Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats a quant à elle adhéré à cette décision le 17 août 2009.

#### **1.2.5 Garantir la prévoyance**

Le partage de la prévoyance professionnelle devrait, dans l'idéal, permettre aux deux conjoints de disposer d'un avoir de prévoyance en quantité et en qualité égales. Il s'avère souvent impossible d'atteindre pleinement cet objectif. Ainsi, le conjoint créancier n'a aujourd'hui aucune possibilité de verser l'indemnité équitable (si elle provient de fonds libres) due en vertu de l'art. 124 CC à la prévoyance

<sup>8</sup> Cf. l'étude de Baumann et Lauterburg (note 2).

<sup>9</sup> En l'espèce, la femme touchait avant le décès de son mari une contribution d'entretien de 3500 francs, contre une rente de survivants de 367 francs versée par l'institution de prévoyance après le décès.

<sup>10</sup> Interpellation 07.3134 Hubmann Vreni, Veuves divorcées dans l'indigence?; Postulat 07.3135 Hubmann Vreni, Veuves divorcées. Lacunes du système de prévoyance.

professionnelle (ATF 132 III 145 ss), sauf s'il peut faire valoir en même temps des prétentions au rachat, du fait qu'il a par exemple augmenté son taux d'occupation après le divorce. Il existe par conséquent un risque particulièrement grand que ces avoirs ne soient plus disponibles avec l'âge ou en cas d'invalidité.

Le but visé par la prévoyance risque également de ne pas être atteint lorsque, dans le cadre du partage de la prévoyance professionnelle prévu à l'art. 122 CC, la part obligatoire (avoir de vieillesse) est versée à la part surobligatoire<sup>11</sup>. Il est alors impossible de garantir qu'une institution de prévoyance rémunérera cet avoir au taux d'intérêt minimal fixé dans la loi (art. 15 LPP) et qu'il sera converti en rente aux conditions fixées par la loi lors de la survenance d'un cas de prévoyance (ATF 132 V 278 ss).

La garantie de la prévoyance est encore plus sujette à caution lorsqu'une partie de l'avoir est employée pour accéder à la propriété du logement. S'il est vrai que le conjoint doit donner son consentement à cette utilisation de l'avoir de prévoyance (art. 30c, al. 5, LPP et art. 331e, al. 5, CO) – comme il le ferait lors d'un paiement en espèces (art. 5, al. 2, LFLP) –, il est impossible d'éviter que le bien immobilier acquis à partir de la prévoyance professionnelle ne soit mis en gage une nouvelle fois. En cas de réalisation forcée ultérieure, il peut en résulter la perte de l'immeuble, mais aussi d'une partie de la prévoyance professionnelle (ATF 132 V 332 ss).

La situation est également problématique lorsqu'une prestation en capital est versée. L'art. 37, al. 2, LPP prévoit que l'assuré peut demander que le quart de son avoir de vieillesse lui soit versé sous la forme d'une prestation en capital. Si le règlement de l'institution de prévoyance le prévoit, la totalité de l'avoir de vieillesse peut être versée sous forme de prestation en capital (art. 37, al. 4, let. a, LPP). Tandis que le conjoint doit donner son consentement à la prestation en capital pour la prévoyance professionnelle obligatoire (art. 37, al. 5, LPP), tel n'est pas le cas pour la partie surobligatoire et pour le libre-passage. Le Tribunal fédéral a refusé d'y voir une lacune de la loi (arrêt 9C\_212/2007 du 8 mai 2007)<sup>12</sup>. Il revient donc au législateur de remédier à cette situation. Autre point insatisfaisant, il n'incombe pas à l'institution de prévoyance, mais au conjoint dont on a omis de requérir le consentement, d'assumer le risque lié au paiement en espèces découlant d'une éventuelle falsification de sa signature (ATF 133 V 205 ss, consid. 2)<sup>13</sup>.

- 11 Question 04.1028 Rechsteiner Rudolf, Avoir de prévoyance LPP en cas de divorce. Distinction entre part obligatoire et part surobligatoire; Motion 04.3331 Rechsteiner Rudolf, Deuxième pilier. Obligation de faire mention des prestations obligatoires et surobligatoires. Le Conseil national a rejeté cette motion après que le Conseil fédéral a expliqué dans sa réponse qu'il serait judicieux d'examiner et de coordonner les modifications proposées dans le cadre de l'initiative parlementaire 04.409, Egalité de traitement effective de la femme en matière de partage des prestations de sortie LPP. Dans l'intervalle, une nouvelle motion, la motion 08.3956 Humbel Näf Ruth, Prévoyance professionnelle. Assurer un juste partage des prestations de sortie en cas de divorce, a été déposée sur le même thème. Vu les travaux de révision en cours, le Conseil fédéral a proposé au Parlement d'accepter la motion.
- 12 La motion 08.3821, Amacker-Amann Kathrin Versement de prestations de vieillesse, demande que le droit en vigueur soit modifié à cet égard. Le Conseil fédéral a proposé au Parlement de l'accepter.
- 13 Pour un avis critique: Elisabeth Glättli, Die Folgen der Barauszahlung der Austrittsleistung ohne Zustimmung des Ehegatten (Art. 5 Abs. 2 FZG) in den neueren Entscheiden des Eidgenössischen Versicherungsgerichts (EVG), SZS 2005, pp. 184 ss; Felix Schöbi, Barauszahlung trotz fehlender Zustimmung des Ehegatten, recht 2005, pp. 139 ss, avec de nombreuses références.

## **1.2.6 Droit international privé**

Le partage de la prévoyance professionnelle se situe à mi-chemin entre le droit du divorce et le régime matrimonial. La question de son rattachement au droit international se pose régulièrement. Dans plusieurs de ses arrêts, le Tribunal fédéral a constaté que le partage de la prévoyance professionnelle est traité à la section "Divorce et séparation de corps" (art. 59 ss LDIP) et qu'il doit être considéré comme un "effet accessoire" (art. 63 LDIP) et non comme un aspect de l'entretien après le divorce ou du régime matrimonial. On peut donc considérer que la question du rattachement de la prévoyance professionnelle aux dispositions sur le divorce ou aux dispositions sur le partage de la prévoyance professionnelle, controversée dans la doctrine, a été réglée par la jurisprudence. Le partage de la prévoyance professionnelle est soumis au même droit que le divorce (art. 63, al. 2, LDIP). S'il est amené à prononcer un jugement complémentaire, le juge doit se fonder sur le droit qu'il devrait appliquer au divorce dans son ensemble (art. 64, al. 2, LDIP). Un divorce jugé devant un tribunal suisse est en principe régi par le droit suisse (art. 61, al. 1 et 4, LDIP). Toutefois, lorsque les époux ont une nationalité étrangère commune et qu'un seul est domicilié en Suisse, leur droit national commun est applicable (art. 61, al. 2, LDIP).

Dans l'ATF 131 III 289 ss et dans son arrêt 5C\_123/2006 du 29 mars 2007, le Tribunal fédéral a confirmé l'avis exprimé dans une partie de la doctrine, selon lequel le juge compétent peut exceptionnellement, en vertu de l'art. 15 LDIP, décider du partage de la prévoyance professionnelle en fonction du droit applicable à l'institution de prévoyance lorsque l'avoir concerné était déterminant pour la prévoyance professionnelle des époux. Il a ce faisant réduit la portée des dispositions étrangères sur le divorce. Il résulte de ce qui précède une grande insécurité juridique quant à l'applicabilité du droit étranger aux avoirs de prévoyance suisses.

Certains jugements de divorce étrangers n'évoquant pas l'avoir de prévoyance constitué en Suisse se sont révélés délicats. Faut-il considérer que les époux se sont mis d'accord sur tous les aspects patrimoniaux du divorce ou faut-il au contraire trancher ces questions dans le cadre d'un jugement complémentaire ultérieur en Suisse (ATF 131 III 289 ss)?

## **1.3 Grandes lignes de la révision**

### **1.3.1 Maintien du *statu quo***

Le partage de la prévoyance professionnelle est l'un des aspects patrimoniaux pris en considération en cas de divorce. Le régime matrimonial est un autre de ces aspects (art. 181 ss CC), ce qui implique, du fait du lien étroit qui l'unit au partage de la prévoyance professionnelle, de répondre en premier lieu à la question de la nécessité de réformer le régime matrimonial.

Conformément à l'art. 197, al. 2, ch. 1, CC, le produit du travail d'un époux fait partie des acquêts sous le régime ordinaire. Les éventuelles économies en résultant doivent par conséquent être partagées par moitié entre les époux en cas de divorce (art. 215, al. 1, CC). La loi prévoit une exception pour le cas de la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité. Avant la survenance du cas de prévoyance, les prétentions découlant de cette prévoyance n'entrent pas en ligne de

compte dans les considérations liées au régime matrimonial, étant donné qu'il ne s'agit que d'expectatives. Tel n'est pas le cas non plus lorsqu'une prestation en capital a déjà été versée. Celle-ci est comptée dans les biens propres à concurrence de la valeur capitalisée de la rente hypothétique (art. 207, al. 2, CC). L'autre époux n'en perçoit aucune part et ne peut avoir recours qu'à une contribution d'entretien (art. 125 CC).

Le législateur en a voulu ainsi lors de la révision du droit du mariage en 1984 et a confirmé implicitement sa décision en 2000 lors de la mise en place du partage de la prévoyance professionnelle en rapport avec le nouveau droit du divorce. Les prétentions liées au partage de la prévoyance professionnelle doivent par conséquent être prises en considération indépendamment de celles découlant du régime matrimonial et des dispositions sur l'entretien, ce malgré les liens existant entre ces différents aspects patrimoniaux. Le Conseil fédéral, se rangeant à l'avis d'une petite majorité de la commission d'experts, entend maintenir cette situation. L'avant-projet se limite donc au partage de la prévoyance professionnelle et aux améliorations qu'il est possible de lui apporter, tout en tenant compte du fait que la situation continuera de différer entre le 2<sup>e</sup> et le 3<sup>e</sup> pilier. Pour changer la situation actuelle, il faudrait réformer le régime matrimonial et, en particulier, réviser l'art. 181 CC sur la liberté de choisir son régime par contrat de mariage.

Le Conseil fédéral souhaite également conserver le *statu quo* en ce qui concerne le versement anticipé d'avoirs de prévoyance destinés au financement d'un logement pour les besoins propres de l'assuré. Si la critique exprimée à ce sujet par la commission d'experts est compréhensible sous l'angle dogmatique, elle ne change rien cependant à l'importance des versements anticipés effectués dans le cadre de l'encouragement à la propriété du logement tant sur le plan pratique que sur le plan politique<sup>14</sup>. D'une certaine manière, les citoyens acceptent le deuxième pilier et, partant, le système des trois piliers, parce qu'ils ont la possibilité d'utiliser leurs avoirs de prévoyance pour financer la propriété d'un logement pour leurs propres besoins.

### **1.3.2 Partage de la prestation de sortie après la survenance d'un cas de prévoyance**

L'innovation majeure proposée par le Conseil fédéral consiste à étendre le partage de la prestation de sortie, ou de la valeur en capital des prestations, aux situations où un cas de prévoyance est déjà survenu au moment du divorce, c'est-à-dire lorsque le conjoint débiteur est invalide ou à la retraite (art. 122 AP-CP en relation avec les art. 22d et 22e AP-LFLP). Contrairement au droit en vigueur, l'avant-projet traite le partage de la même manière, qu'un cas de prévoyance soit survenu avant le divorce ou non, ce qui permet notamment de régler de façon convaincante le problème des veuves divorcées (cf. ch. 1.2.4).

Dans ce contexte, on a étudié la proposition visant à obliger les institutions de prévoyance à appliquer un traitement égal aux veuves divorcées et aux veuves encore mariées avec l'assuré lors du décès de celui-ci eu égard à la part

<sup>14</sup> Entre 1995 et 2007, quelque 26 355 millions de francs au total ont été versés de manière anticipée dans le cadre de l'encouragement à la propriété du logement (cf. Statistique des assurances sociales suisses 2008, p. 133).

surobligatoire de la prévoyance professionnelle. Le Conseil fédéral rejette cette proposition, qui équivaldrait à une nouvelle intervention dans le champ de compétence des institutions de prévoyance (art. 49, al. 1, LPP)<sup>15</sup> et qui comporterait le risque que ces dernières réduisent d'emblée les prestations versées aux veuves et aux veufs au strict minimum fixé par la loi. Cette évolution ne serait bénéfique pour personne, d'autant plus que les prestations attribuées aux veuves et aux veufs dans le premier pilier sont elles aussi de plus en plus menacées<sup>16</sup>.

On a également examiné une proposition visant à partager la rente en cours (et non la réserve mathématique qui s'y rapporte) en cas de divorce après la survenance d'un cas de prévoyance et à verser à vie au conjoint créancier la part de rente qui lui a été garantie, que la personne assurée décède ou non. Le Conseil fédéral rejette là aussi la proposition, arguant que cela reviendrait à imposer sinon *de iure*, du moins *de facto*, un nouveau preneur de prévoyance à l'institution concernée en cas de divorce. Dans le cas d'une personne relativement jeune, on passerait ainsi régulièrement à côté du but visé par le partage, soit permettre la constitution d'une prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité.

### 1.3.3 Exceptions au partage par moitié

Le Conseil fédéral et la commission d'experts sont en faveur du maintien du principe du partage par moitié des prestations de sortie acquises durant le mariage (art. 122 AP-CC). Le juge doit par ailleurs continuer à vérifier d'office que la personne renonçant à son droit au partage bénéficie d'une autre manière d'une prévoyance vieillesse et invalidité équivalente (art. 141, al. 3, CC). Le Conseil fédéral ne voit pas d'autre manière pour le législateur d'exprimer encore plus clairement le fait que le partage ne relève pas uniquement de la sphère privée, mais qu'il affecte au contraire des intérêts publics en raison de son lien étroit avec la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité. Il est néanmoins impératif de laisser aux époux, qui sont les mieux placés pour évaluer leur situation économique et leurs besoins en matière de prévoyance, la marge de manœuvre nécessaire. Ils doivent donc pouvoir s'entendre sur le partage et sur la renonciation totale ou partielle s'ils ne compromettent pas ainsi le droit de l'un d'entre eux à une prévoyance équitable (art. 122, al. 3, AP-CC). Il convient néanmoins de ne pas succomber à la tentation d'adopter une législation entrant trop dans les détails. Le droit privé suisse, et en particulier le droit de la famille, se caractérise en effet par l'emploi de notions juridiques abstraites et de clauses générales qu'il revient au juge de concrétiser. Le Conseil fédéral, suivant l'avis de la commission d'experts (même si elle aurait souhaité une réglementation plus détaillée), entend faire de même pour

<sup>15</sup> Cf. l'arrêt du Tribunal fédéral B 84/03 du 30 juin 2005, avec de nombreuses références. En l'espèce, le Tribunal fédéral a donné raison à une institution de prévoyance qui ne voulait pas verser de rente pour enfants aux enfants du conjoint.

<sup>16</sup> Cf. postulat 08.3235 de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national (CSS-CN), Rentes de veuves et de veufs. La CSS-CN y charge le Conseil fédéral de présenter un rapport visant à vérifier si les rentes de veuves et de veufs prévues par les dispositions actuelles répondent aux besoins sociaux. Elle a réagi ainsi à la motion CSS-CE 07.3276 Amélioration du statut des veufs, qui lui a été transmise par le Conseil des Etats le 12 juin 2007 à 20 voix contre une, et qui charge le Conseil fédéral d'élaborer un projet de loi visant à ajuster le statut des veufs ayant des enfants à celui des veuves. Le Conseil fédéral avait proposé de rejeter cette motion, mais d'accepter le postulat en indiquant que le rapport ne serait terminé que fin 2009.

le partage de la prévoyance professionnelle. La commission d'experts a également demandé que soit édictée une ordonnance pour régler le partage de la prévoyance professionnelle lorsque les époux ont bénéficié d'un versement anticipé dans le cadre de l'encouragement à la propriété du logement, qui contiendrait des dispositions sur les aspects particulièrement complexes du calcul des parts et de l'exécution du partage.

Elle a proposé enfin de permettre, à des conditions strictement définies, un partage de plus de la moitié des prestations de sortie acquises durant le mariage. Le Conseil fédéral rejette cette proposition, rappelant qu'il convient d'éviter de rendre plus complexe une situation juridique qui l'est déjà suffisamment et indiquant qu'un tel partage serait de plus particulièrement critique, dans la mesure où il entraînerait presque inévitablement une confusion entre les besoins en matière de prévoyance et les besoins liés à l'entretien après le divorce. Il serait matériellement plus convaincant d'examiner comment intervenir lorsque le revenu des époux ne suffit pas à financer deux ménages après le divorce. C'est dans cet esprit que le Conseil fédéral a proposé d'accepter la motion Thanei 09.3519 "Séparation et divorce. Traitement équitable en cas de déficit"<sup>17</sup>.

### **1.3.4 Autres propositions**

Se fondant sur les critiques exprimées contre le droit en vigueur (cf. ch. 1.2), le Conseil fédéral propose de donner au juge du divorce des instructions pratiques sur la manière de déterminer le montant des prestations de sortie à partager (art. 22a, al. 1 et 3, AP-LFLP). L'avant-projet vise également à garantir que le divorce n'entraînera pas un transfert des avoirs de la partie obligatoire à la partie surobligatoire de la prévoyance professionnelle (art. 22c AP-LFLP), ce même si des avoirs de prévoyance ont été utilisés pour acquérir un logement et seront remboursés ultérieurement (art. 30d, al. 6, AP-LPP). Il améliore la protection du conjoint lorsqu'un immeuble financé à partir d'avoirs de prévoyance est ensuite mis en gage (art. 30c, al. 5, AP-LPP) et que l'assuré souhaite se voir verser ses avoirs de prévoyance et de libre passage sous forme de prestation en capital plutôt que sous forme de rente (art. 37a AP-LPP). L'institution supplétive sera obligée de transformer la prestation de sortie qui lui est transférée en cas de divorce en une rente (art. 22f AP-LFLP). Le Conseil fédéral propose de réviser les art. 61 et 64 LDIP pour clarifier le statut du partage de la prévoyance professionnelle dans le contexte international.

Les institutions de prévoyance et de libre passage, enfin, seront tenues d'annoncer périodiquement leurs effectifs d'assurés à un organe central (art. 24a AP-LFLP). Les époux et le juge du divorce pourront ainsi obtenir sans complications un aperçu des comptes de prévoyance et de libre passage du couple. Le Conseil fédéral est conscient qu'il s'agit là d'une contrainte supplémentaire pour les institutions de prévoyance et de libre passage, du moins pour celles qui n'annoncent pas déjà leurs effectifs d'assurés à la Centrale du 2<sup>e</sup> pilier. Il tient néanmoins à introduire cette

<sup>17</sup> Pour plus de précisions: Felix Schöbi, Mankoteilung oder Mankouüberbindung? Bemerkungen zum Bundesgerichtsurteil 5A\_767/2007 vom 23. Oktober 2008, Recht 2009, pp. 27 ss.

obligation d'annoncer, car le partage équitable de la prévoyance professionnelle ne relève pas du seul intérêt privé mais aussi de l'intérêt public (cf. ch. 1.3.3).

Le Conseil fédéral estime qu'il n'est pas nécessaire d'adopter une réglementation complémentaire pour empêcher un conjoint d'obtenir un versement en espèces au moyen d'une signature falsifiée (cf. ch. 1.2.5). Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral a indiqué clairement que les institutions de prévoyance doivent faire tout ce qui est en leur pouvoir pour éviter de tels actes frauduleux (ATF 130 V 103 ss et 133 V 205 ss). Elles assument par conséquent une partie du risque de falsification, ce qui les incite à agir très prudemment, en demandant généralement au conjoint du preneur de prévoyance de se présenter en personne avant que ne soit effectué le versement en espèces. Si, exceptionnellement, cela s'avère impossible, la signature du conjoint doit au moins avoir été légalisée.

### **1.3.5 Liens entre l'avant-projet et le code de procédure civile**

Le code de procédure civile (CPC), adopté par le Parlement le 19 décembre 2008<sup>18</sup>, devrait entrer en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011. Dans la mesure où il règle également la procédure de divorce, y compris le partage de la prévoyance professionnelle (art. 274 à 293), son entrée en vigueur entraînera l'abrogation des dispositions correspondantes du code civil (art. 135 à 142). Ces dispositions demeurent inchangées, sinon le renvoi qui se trouve à l'art. 281, al. 1, CPC.

## **2 Partie spéciale**

### **2.1 Modifications du code civil**

#### ***Art. 89<sup>bis</sup>, al. 6, ch. 4a***

L'art. 89<sup>bis</sup> CC indique les dispositions par lesquelles sont régies les institutions en faveur du personnel dont l'activité s'étend au domaine de la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité. La liste actuelle sera complétée par l'art. 37a AP-LPP (nouveau ch. 4a). Les institutions de prévoyance n'auront en outre plus le droit de s'organiser en tant que sociétés coopératives<sup>19</sup>.

#### ***Art. 111, al. 1 et 2***

L'art. 111 CC, qui régit le divorce sur requête commune, est complété par une référence à la prévoyance professionnelle. Il s'agit là d'une modification purement

<sup>18</sup> FF **2009** 21 ss (projet soumis au référendum).

<sup>19</sup> Cf. message du 19 septembre 2008 relatif à la modification de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (Financement des institutions de prévoyance de corporations de droit public), FF **2008** 7619 (en particulier pp. 7669 s.).

réactionnelle. En cas de divorce, les questions relatives aux enfants et la prévoyance professionnelle n'appartiennent pas à la libre disposition des conjoints. Le juge continuera donc d'examiner d'office si les dispositions prises dans la convention de divorce remplissent les conditions fixées dans les bases légales (art. 277, al. 3, CPC). Le texte proposé correspond à la version adoptée par le Parlement le 25 septembre 2009 dans le cadre de la suppression du délai de réflexion en cas de divorce sur requête commune<sup>20</sup>.

### **Art. 122 à 124**

Les art. 122 à 124 forment un tout et constituent les dispositions centrales du partage de la prévoyance professionnelle. L'art. 122 consacre le principe du partage par moitié et définit, en relation avec l'art. 123, al. 2, les valeurs patrimoniales soumises au partage, tandis que l'art. 122, al. 2 et 3, règle les exceptions à ce principe. L'art. 124 indique, enfin, comment le partage doit être réalisé.

La seule différence entre la solution proposée et le droit en vigueur réside dans le fait qu'elle supprime la distinction entre le divorce avant (art. 122 et 123 CC) et après la survenance d'un cas de prévoyance (art. 124 CC), les avoirs de prévoyance devant dans les deux cas être partagés par moitié. L'avant-projet renvoie à la LFLP (art. 123, al. 1, en relation avec les art. 22, 22d et 22e AP-LFLP) pour le calcul du montant des prétentions.

Le partage porte tant sur les avoirs provenant de la partie obligatoire que sur ceux provenant de la partie subobligatoire. Il importe peu que le conjoint débiteur soit salarié d'une entreprise ou exerce une activité indépendante et se soit affilié librement à une institution de prévoyance professionnelle (art. 44 s. LPP). Les prétentions découlant du 1<sup>er</sup> et du 3<sup>e</sup> pilier ne sont quant à elles pas soumises au partage.

Les paiements en espèces (art. 5 LFLP) et les indemnités en capital (art. 37, al. 2 à 4, LPP) perçus à une date antérieure sont pris en considération dans le calcul du montant des prétentions qui seront partagées par moitié (art. 123, al. 2), conformément au vaste champ d'application de la prévoyance professionnelle tel qu'il est actuellement défini (ATF 127 III 433 ss; cf. ch. 1.3.1). L'expression "prendre en considération" signifie que le juge dispose d'un certain pouvoir d'appréciation dans son calcul (art. 4 CC), ce qu'il ne peut se permettre pour le montant des prétentions à l'encontre de l'institution de prévoyance, qu'il doit déterminer au centime près. Cela lui permet par exemple de ne pas tenir compte d'un versement en espèces ou de ne pas le compter en entier du fait que, dans l'intervalle, les biens acquis ont perdu de la valeur ou ont été entièrement dilapidés. Le terme de "prestations de prévoyance en capital" qui doivent être prises en compte de manière équitable recouvre les versements anticipés effectués dans le cadre de l'encouragement à la propriété du logement (art. 30c, al. 6, AP-LPP). C'est le cas lorsque ledit versement ne peut plus être remboursé au moment du divorce (cf. art. 30d, al. 3, LPP) et qu'ainsi, ces fonds de prévoyance ne sont plus liés.

Les éventuelles promesses de prestations d'un régime de retraite doivent également être prises en considération dans le partage de la prévoyance professionnelle, sans qu'il soit pour autant nécessaire d'y faire explicitement référence dans la loi puisque

<sup>20</sup> FF 2009 6017 [projet soumis au référendum]

la LFLP est déjà applicable par analogie aux régimes de retraite (art. 1, al. 3, LFLP). Dans un régime de retraite, contrairement à une institution de prévoyance, les prestations sont financées à partir du budget courant, aucune réserve mathématique n'étant constituée. Une telle situation peut aussi se produire dans une organisation internationale ou lorsqu'un époux a des prétentions à l'encontre d'un employeur ou d'une institution de prévoyance à l'étranger. Dans ces cas également, le partage doit se fonder sur les art. 122 à 124. On se référera au ch. 2.4 pour obtenir des indications sur l'applicabilité du droit suisse dans les cas impliquant d'autres pays.

L'art. 122, al. 2 et 3, AP-CC règle les exceptions au principe du partage par moitié, lesquelles sont indépendantes du fait que le divorce ait lieu avant ou après la survenance d'un cas de prévoyance. Le partage de plus de la moitié n'entre pas davantage en ligne de compte que dans le droit en vigueur (cf. ch. 1.3.3). La distinction entre les cas où le juge impose une exception au partage par moitié aux époux - ou du moins à l'un d'entre eux (art. 122, al. 2) - et ceux où les époux s'accordent sur une autre solution que le partage par moitié (art. 122, al. 3) est reprise du droit en vigueur, la systématique proposée dans l'avant-projet différant dans la mesure où l'accord entre les époux est traité en premier dans le droit en vigueur (art. 123, al. 1, CC).

Matériellement, l'avant-projet prévoit une extension modérée des exceptions. L'art. 122, al. 2, AP-CC ne se réfère plus aux motifs tenant à la liquidation du régime matrimonial ou à la situation économique des époux après le divorce et permet ainsi au juge de refuser un partage manifestement inéquitable pour d'autres motifs. Concrètement, on peut penser au cas où le conjoint créancier potentiel ne s'est pas conformé à son obligation de contribuer à l'entretien de la famille. La commission d'experts et le Conseil fédéral s'accordent à trouver insatisfaisante la situation dans laquelle ledit conjoint pourrait tout de même, sauf cas d'abus de droit (art. 2, al. 2, CC), exiger le partage par moitié (ATF 133 III 497 ss). Sous l'angle de la politique législative, un tel cas devrait être traité de la même manière que l'entretien après le divorce, qui peut être refusé si l'allocation d'une contribution s'avère manifestement inéquitable (art. 125, al. 3, ch. 1, CC). Le partage de la prévoyance professionnelle peut également s'avérer manifestement inéquitable lorsque le mariage n'a duré que quelques années et que les époux ont une grande différence d'âge<sup>21</sup>. Cependant, la disproportion entre les situations financières des parties et leurs perspectives de revenu n'est pas une raison suffisante pour déroger au principe du partage par moitié (arrêts du Tribunal fédéral 5A\_25/2008 et 5A\_34/2008 du 14 novembre 2008). La suppression de la formulation potestative qui existe dans le droit en vigueur ne change rien à ce qui précède. Il en résulte que le juge doit refuser le partage lorsque celui-ci s'avère manifestement inéquitable.

L'art. 122, al. 3, AP-CC se distingue du droit en vigueur en cela qu'on a renoncé à la précision "d'une autre manière". Si le conjoint concerné dispose d'une prévoyance vieillesse et invalidité adaptée sans qu'un partage ne soit effectué, il devra pouvoir renoncer à sa part. Le législateur pense ici aux cas où aucun des deux époux n'a

<sup>21</sup> Dans la plupart des institutions de prévoyance, la prestation de sortie augmente plus que proportionnellement pendant la période précédant le début de la retraite. Un homme de 60 ans, bien que touchant le même salaire que sa femme de 45 ans, accumulera ainsi des avoirs de prévoyance largement supérieurs à ceux de sa femme jusqu'au début de sa retraite.

restreint son activité professionnelle en raison du mariage, si bien qu'aucun d'entre eux n'est désavantagé.

L'avant-projet ne change rien au fait que les conventions de renonciation ne sont valables que si elles ont été conclues dans la perspective d'un divorce. Il ne sera donc toujours pas possible de renoncer en tout ou en partie au partage de la prévoyance professionnelle par contrat de mariage (art. 181 CC)<sup>22</sup>. Les motifs sont exposés au ch. 1.3.3.

L'art. 124 régit la forme sous laquelle le partage de la prévoyance professionnelle doit être réalisé. En principe, il s'agit d'une prestation de sortie correspondant au montant déterminé en vertu des art. 122 et 123. Les autres modalités du partage sont décrites dans le commentaire des art. 22a, 22d, 22e et 22f AP-LFLP.

L'avant-projet permet de réaliser exceptionnellement le partage par un paiement en capital ou par le versement d'une contribution d'entretien. Cette solution ne s'impose d'emblée que dans les cas où aucune prestation de sortie n'est disponible, par exemple dans le cas d'un régime de retraite. Il existe également d'autres cas, notamment lorsque le conjoint débiteur dispose de fonds libres suffisants pour le partage et que le conjoint créancier n'a pas d'intérêt digne de protection à ce que le partage se fasse sous forme de fonds liés. La fortune dont dispose un époux peut donc tout autant constituer une raison de renoncer totalement au partage (art. 122, al. 2 et 3, AP-CC) qu'une raison de verser le montant dû d'une autre manière que sous forme de fonds liés.

La contribution d'entretien mentionnée à l'art. 124, al. 2, de l'avant-projet fait référence à la contribution d'entretien au sens de l'art. 125 CC. Les mêmes modalités sont applicables, ce qui implique par exemple que l'obligation d'entretien s'éteint lors du remariage du conjoint créancier (art. 130, al. 2, CC). Les conjoints peuvent se soustraire à cette conséquence juridique potentiellement indésirable en concluant un accord contraire ou en décidant du versement d'une prestation en capital par tranches.

L'art. 124, al. 3 correspond à l'actuel art. 122, al. 2, CC. Il indique que seule la différence entre les deux créances doit être partagée lorsque les conjoints ont des créances réciproques.

## **2.2 Modifications du code des obligations**

Tout comme dans le droit actuel, il est nécessaire d'inscrire certains principes de la LPP dans les dispositions sur le contrat de travail, afin qu'ils s'appliquent également, pour la partie surobligatoire, aux preneurs de prévoyance liés par un contrat de travail.

### ***Art. 331d, al. 5***

Le tribunal civil remplacera le tribunal à l'al. 5 afin d'éviter toute confusion: le tribunal des assurances sociales n'est pas compétent pour déterminer la légalité du refus de consentement.

<sup>22</sup> Pour plus de précisions: Carmen Ladina Widmer, Gestaltungsmöglichkeiten von Eheverträgen und Scheidungskonventionen, ZBJV 2009, pp. 416 ss.

### ***Art. 331e, al. 5 et 6***

Les raisons qui motivent la modification proposée à l'al. 5 sont les mêmes que pour l'art. 30c, al. 5, AP-LPP. On se reportera donc au commentaire de cet article (cf. ch. 2.5). L'al. 6 est adapté pour tenir compte du fait qu'à l'avenir, l'avoir pourra également être partagé après la survenance d'un cas de prévoyance (art. 22c et 22d AP-LPP).

## **2.3 Modification du code de procédure civile**

### ***Art. 281, al. 1***

La modification proposée, qui concerne le renvoi au code civil (art. 122 à 124) et à la LFLP (art. 22 à 22e), est de nature rédactionnelle.

## **2.4 Modifications de la loi sur le droit international privé**

### ***Art. 61***

Le Conseil fédéral propose d'abroger l'art. 61, al. 2 à 4, LDIP. Le droit national étranger commun aux deux époux ne sera donc plus un critère de rattachement et le partage ne sera plus régi que par le droit suisse. En faisant coïncider le for et le droit applicable, on tient compte de l'étroite relation entre le droit du divorce et le droit de la procédure. Il s'agit là, pour les justiciables et les tribunaux, d'une simplification et d'un allègement bienvenus qui évitent tout problème d'exécution du jugement à l'encontre des institutions de prévoyance suisses. Il n'y a plus matière à effectuer des recherches complexes et à se pencher sur des questions d'*ordre public*.

La référence au droit national étranger commun s'est de plus avérée inappropriée, eu égard aux motifs du divorce et aux autres effets accessoires, dans les cas assez fréquents où les époux, ayant une nationalité étrangère commune, vivent en Suisse jusqu'au départ de l'un des conjoints juste avant le divorce.

La LDIP ne traitera toujours pas expressément la question de la prise en compte des prétentions à l'encontre d'institutions de prévoyance étrangères et de leur exécution, qui se pose par exemple lorsque les époux ont vécu à l'étranger, mais divorcent en Suisse. Par contre, les dispositions sur le partage de la prévoyance professionnelle (art. 123 et 124, al. 2, AP-CC) et l'art. 125, al. 2, ch. 8, CC, permettront de les prendre en considération.

### ***Art. 64, al. Ibis***

En cas de reconnaissance d'un jugement étranger, les questions allant au-delà du partage de la prévoyance professionnelle ne sont pas prises en compte. En particulier, les art. 141 CC et 280 CPC sont applicables aux jugements étrangers. Une convention entre les époux ratifiée par un juge étranger n'est contraignante pour une institution de prévoyance suisse que si cette dernière a produit une attestation qui en confirme le caractère réalisable. A défaut d'une demande commune, il faut que la clé de répartition ressorte du jugement étranger; tout le reste sera traité par le tribunal des assurances sociales, compétent en vertu de l'art. 73, al. 1, LPP. Cette

situation juridique telle qu'elle est décrite dans une prise de position de l'OFJ<sup>23</sup> a depuis été confirmée par le Tribunal fédéral (ATF 130 III 336 ss, consid. 2.5). Elle découle du fait, déjà évoqué, que seul le partage de la prévoyance professionnelle est soumis aux art. 59 ss LDIP et non les prétentions individuelles. Il n'est pas nécessaire pour cela de la codifier.

Les dispositions sur le divorce sur lesquelles se fonde le jugement sont déterminantes pour constater si un jugement étranger est lacunaire et, partant, doit être complété. Il est fort probable qu'elles ne comprennent pas de clauses recouvrant le régime suisse du partage de la prévoyance professionnelle. Toutefois, il convient d'examiner si le tribunal étranger s'est penché sous une forme ou une autre sur le devenir des avoirs de prévoyance en Suisse, soit en s'exprimant sur les propositions des parties, soit en tenant compte d'une autre manière des avoirs de prévoyance de l'un ou l'autre des époux. Pour déterminer si un jugement étranger est lacunaire, il ne s'agit donc pas de vérifier s'il prévoit le partage de la prévoyance ou non, mais uniquement d'examiner s'il tient compte dans ses considérants de l'existence de (l'ensemble) des avoirs de prévoyance.

La formulation de l'art. 64, al. 1bis, AP-LDIP vise à ramener toute action en complément d'un jugement de divorce étranger à un champ d'application étroitement délimité. Il convient de respecter autant que possible la force exécutoire du jugement étranger (cf. l'interdiction de procéder à une révision au fond inscrite à l'art. 27, al. 3, LDIP). Il en résulte qu'un jugement complémentaire n'est possible que si le jugement étranger ne prévoit pas de partage, soit notamment lorsqu'aucun de ses considérants ne s'exprime sur les proportions du partage des prétentions éventuelles à l'encontre d'institutions de prévoyance suisses. Si le défendeur a par exemple proposé, dans la procédure de divorce étrangère, de partager par moitié les avoirs de prévoyance suisses, mais que le tribunal étranger a procédé à une autre forme de partage, il n'existe aucune possibilité d'obtenir un partage par moitié ultérieurement, dans le cadre d'un jugement complémentaire en Suisse, du moins pas si le jugement étranger peut être reconnu, y compris eu égard au refus de la forme de partage souhaitée. Dans ce cas, il convient de respecter le jugement dans les limites de l'ordre public, même s'il ne produit pas le résultat que l'on aurait atteint si le divorce avait été jugé selon le droit suisse (arrêt 5A\_220/2008 du 12 juin 2008<sup>24</sup>).

La formulation proposée vise à garantir le respect des principes d'identité d'action au rang international. L'objet du litige est identique à celui qui a été examiné dans une procédure antérieure lorsque le droit contesté est désigné précisément soit dans les conclusions de la demande, soit dans le jugement. Ce critère ne résout toutefois pas le problème lorsqu'il ne s'agit pas de droits individualisés. La doctrine se fonde sur trois théories: la théorie qui s'en tient aux fondements matériels (*materiell-rechtliche Theorie*), la théorie qui s'en tient aux conclusions prises par la partie demanderesse (*Antragstheorie*) et la théorie – dominante – qui s'en tient à l'examen de l'ensemble des faits à la base de la demande (*Theorie des Lebensvorganges*). La première théorie est critiquée à juste titre du fait qu'elle viole le principe *iura novit curia*, selon lequel le juge doit examiner la prétention déduite en justice à la lumière de tous les fondements juridiques pertinents. Dès lors, il est judicieux de lui préférer les

<sup>23</sup> Prise de position de l'Office fédéral de la justice du 28 mars 2001, Le partage des avoirs de prévoyance en Suisse en relation avec des jugements de divorce étrangers, SJ 2001, pp. 397 ss.

<sup>24</sup> Cf. l'examen critique d'Andreas Bucher in: AJP 2009, pp. 117 ss.

deux autres théories. Celles-ci ont un certain degré de convergence, du fait que la "Antragstheorie", pour déterminer si l'action est identique, se fonde certes en priorité sur les conclusions de la demande ou le dispositif du jugement, mais se réfère en cas de doute à la motivation des conclusions ou du jugement prononcé et, partant, à l'exposé de l'état de fait qui est à la base du jugement<sup>25</sup>.

Les régimes de prévoyance étant très différents d'un Etat à l'autre, le traitement des avoirs correspondants par le tribunal chargé de statuer sur le divorce est souvent considéré comme portant sur des droits non individualisés. L'idée de prévoyance peut se retrouver tant dans une réglementation technique sur le partage de la prévoyance professionnelle que dans le régime matrimonial ou les dispositions sur l'entretien après le divorce. Pour déterminer si un jugement étranger est lacunaire, il ne s'agit donc pas de vérifier s'il prévoit le partage de la prévoyance ou non, mais uniquement d'examiner s'il tient compte dans ses considérants de l'existence de (l'ensemble) des avoirs de prévoyance. Le fardeau de la preuve que ces avoirs n'ont pas été pris en compte incombe à celui qui intente une action en complément, celui-ci déduisant son droit à un nouveau jugement du caractère lacunaire du jugement étranger. Dans ce cas, la question de l'ordre public ne se pose qu'indirectement; en effet, lorsqu'un jugement étranger est contraire à l'ordre public, il ne peut, de toute manière, pas être reconnu. Tel n'est le cas que lorsque son examen global à la lumière du droit appliqué indique que les besoins en matière de prévoyance des parties n'ont été garantis d'aucune manière, ni par le régime matrimonial ni par des régimes d'entretien ou de prévoyance. Or on ne saurait admettre cela à la légère. S'il suffisait, pour pouvoir intenter une action en complément, que le jugement étranger ne prévoie pas de partage formel de la prévoyance, il risquerait d'y avoir un second jugement en Suisse dans de nombreux cas impliquant des avoirs de prévoyance suisses, une situation à éviter car les jugements (et conventions) de divorce étrangers forment un tout dont il convient de ne pas troubler l'équilibre par la voie d'actions en complément.

En général, le for qui connaîtra d'une action en complément est déterminé par l'art. 64, al. 1, LDIP. Dans certains cas de figure cependant, il se peut qu'il n'y ait pas de for en Suisse, car aucune des conditions de rattachement mentionnées à l'art. 64, al. 1 ne fonde la compétence des tribunaux suisses. Pour ces cas, l'avant-projet propose la création d'un for subsidiaire; il sera rattaché au siège de l'institution de prévoyance concernée ou, si plusieurs institutions de prévoyance sont concernées en Suisse, au siège de l'une d'entre elles (en l'occurrence celle qui a été saisie de la demande en premier).

Dans l'ATF 130 III 336 ss, le Tribunal fédéral n'a pas déterminé si la reconnaissance de jugements étrangers relatifs au partage de la prévoyance professionnelle se fondait sur l'art. 65 LDIP (qui ne cite pas expressément les effets accessoires) ou uniquement sur les règles générales des art. 25 ss LDIP (consid. 2.2). La doctrine dominante penche pour l'applicabilité de l'art. 65 LDIP<sup>26</sup>, une solution qui paraît convaincante du point de vue de la systématique. Si les dispositions sur le divorce et la séparation de corps de l'art. 63 LDIP sont applicables au partage de la prévoyance professionnelle, il paraît logique d'appliquer les dispositions de l'art. 65 LDIP à la

<sup>25</sup> Concernant l'ensemble de la question: Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 8.A., Berne 2006, pp. 214 s.

<sup>26</sup> Cf. Andreas Bucher, Le couple en droit international privé, Bâle/Genève/Munich 2004, ch. marg. 453.

reconnaissance des jugements. Il est souhaitable, pour de simples raisons pratiques, que la reconnaissance du divorce et de ses effets accessoires soit soumise aux mêmes critères. Mais, en évoquant l'effet accessoire principal du divorce, soit le partage de la prévoyance professionnelle, à l'art. 64 LDIP, on confirmera l'interprétation dominante. Dès lors, l'adaptation de l'art. 65 LDIP ne s'impose pas. Il convient de noter que les différentes matières citées à l'art. 63, al. 2, LDIP sont également, s'agissant de la reconnaissance et de l'exécution des jugements, soumises aux dispositions spécifiques pertinentes.

## **2.5 Modifications de la loi sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité**

### ***Art. 15, al. 1, let. c***

Conformément à l'art. 15, al. 1, let. b, LPP, l'avoir de vieillesse comprend l'avoir de vieillesse versé par les institutions précédentes et porté au crédit de l'assuré, avec les intérêts. La loi ne dit pas si l'expression "institutions précédentes" désigne également les institutions transférant l'avoir de vieillesse dans le cadre du partage de la prévoyance professionnelle. En incluant l'avoir de vieillesse ainsi transféré à la définition de l'avoir de vieillesse selon la LPP, on clarifie ce point. Comme c'est déjà le cas à la let. b, l'avoir de vieillesse visé à la let. c, transféré dans le cadre de la prévoyance professionnelle, doit être versé à l'avoir de vieillesse LPP dans la nouvelle institution de prévoyance. Les autres transferts sont soumis aux règles s'appliquant à la partie surobligatoire de la prévoyance.

### ***Art. 30c, al. 5 et 6***

Lorsque le gage sur un logement financé au moyen de la prévoyance professionnelle est réalisé à perte, celle-ci subit un déficit ou du moins est menacée. Le législateur a consciemment pris en compte ce transfert des risques sur l'individu (ATF 132 V 332 ss, consid. 4.1 et 4.3.2). Dans la mesure où la réduction potentielle des futures prestations de prévoyance concerne également le conjoint de l'assuré, le législateur a décidé qu'un versement anticipé ne serait possible que si le conjoint y consent.

Après le versement anticipé, le propriétaire du bien immobilier peut souscrire d'autres hypothèques. Là aussi, il s'agit d'une décision consciente du législateur, qui doit permettre de couvrir des besoins financiers ultérieurs, par exemple une grosse réparation. Cela dit, de tels investissements peuvent menacer un peu plus encore les fonds de prévoyance investis dans le logement. Lorsqu'une personne acquiert un logement d'une valeur de 500 000 francs pour ses propres besoins, elle peut obtenir un versement anticipé de 200 000 francs, qui sont alors considérés comme des fonds propres, et prendre un prêt hypothécaire d'un montant de 300 000 francs. Si elle prend ensuite un autre prêt de 100 000 francs, la somme des hypothèques (400 000 francs) et du versement anticipé (200 000 francs) dépassera la valeur du bien immobilier (500 000 francs), si bien qu'en cas de vente ultérieure de l'objet, le retour des fonds dans l'institution de prévoyance ne sera plus garanti.

Pour réduire ce risque autant que faire se peut, le nouvel al. 5 prévoit que le conjoint ou le partenaire enregistré donne son consentement à la mise en gage lorsque le bien immobilier est financé à partir de la prévoyance professionnelle. Le Conseil fédéral

ne souhaite pas par contre faire dépendre dans tous les cas la mise en gage du consentement du conjoint. Celui-ci sera nécessaire uniquement s'il s'agit d'un versement anticipé effectué dans le cadre de l'encouragement à la propriété du logement. Il souhaite ainsi maintenir l'art. 169, al. 1, CC, selon lequel le consentement du conjoint n'est indispensable qu'en cas d'aliénation ou d'autres actes juridiques restreignant les droits dont dépend le logement de la famille.

S'il n'est pas possible de recueillir ce consentement ou s'il est refusé, l'époux intéressé peut, comme pour le versement anticipé, en appeler au tribunal civil. Celui-ci pourra, à l'avenir, statuer dans le cadre d'une procédure sommaire. Cette possibilité n'est certes plus citée explicitement à l'art. 271 CPC, mais l'énumération dans cette disposition a un simple caractère d'exemple, ce qui signifie que le juge compétent peut connaître d'autres types d'affaires en procédure sommaire.

Il appartient à l'office du registre foncier de vérifier, lorsqu'un bien est inscrit au registre, si le consentement du conjoint ou du partenaire enregistré est nécessaire et, si oui, s'il a été donné.

La solution proposée n'améliore pas la situation lorsqu'il n'y a pas eu de versement anticipé, mais que les fonds de prévoyance ont simplement été grevés d'un gage, auquel cas il n'y a pas d'inscription dans le registre foncier, celle-ci n'ayant lieu qu'au moment de la réalisation du gage, qui marque le versement anticipé effectif des fonds de prévoyance (art. 30e, al. 2, LPP). Pour changer cela, il faudrait procéder à une inscription au registre foncier dès la mise en gage. Il n'est néanmoins pas très judicieux de restreindre l'aliénation avant le versement anticipé, car il n'est pas nécessaire de reverser les fonds à une institution de prévoyance en cas d'aliénation.

La nouvelle formulation de l'al. 6 clarifie la procédure à suivre pour les fonds destinés à l'encouragement de la propriété du logement si le cas de prévoyance est déjà survenu au moment de la vente.

#### ***Art. 30d, al. 6***

Cette disposition a un objectif de clarification. En cas de versement anticipé dans le cadre de l'encouragement à la propriété du logement, les fonds de prévoyance restent liés. Le versement anticipé se distingue en cela du paiement en espèces de la prestation de libre passage prévu à l'art. 5 LFLP. Le retour dans une institution de prévoyance ou de libre passage des fonds investis dans la propriété du logement ne constitue pas non plus un rachat. En cas de vente du logement, les fonds – pour autant qu'ils soient encore disponibles – doivent obligatoirement être reversés à l'institution de prévoyance ou de libre passage. Cela vaut également lorsque l'assuré meurt sans que des prestations de prévoyance deviennent exigibles.

Puisque le remboursement du versement anticipé dans le cadre de la propriété du logement n'est pas un rachat, la somme remboursée ne peut pas non plus être simplement créditée à l'avoir surobligatoire. Si le versement anticipé provient de l'avoir de vieillesse, ces fonds doivent également être reversés à l'avoir de vieillesse lors du remboursement.

#### ***Art. 37, al. 5***

Cf. commentaire de l'art. 37a.

### **Art. 37a**

Le droit en vigueur prévoit qu'un preneur de prévoyance qui souhaite se voir verser des fonds en espèces ou les investir dans la propriété du logement doit obtenir pour cela le consentement de son conjoint ou de son partenaire enregistré (art. 5, al. 2, LFLP, art. 30c, al. 5, LPP et art. 331e, al. 5, CO). La même règle s'applique lorsque le preneur de prévoyance fait usage de son droit d'obtenir le versement en espèces, et non sous forme de rente, d'une partie de son avoir de vieillesse (art. 37, al. 5, LPP).

Aucun consentement de ce type n'est toutefois requis lorsqu'un versement en capital a lieu à partir de la partie surobligatoire de la prévoyance professionnelle, sauf si le règlement de l'institution de prévoyance l'exige. Aucun consentement n'est nécessaire non plus lorsqu'une institution de libre passage verse des prestations sous forme de capital. Le Tribunal fédéral, bien qu'exprimant quelques réserves à ce sujet, a refusé d'y voir une lacune à combler par le juge (ATF 134 V 182 ss) et a renvoyé la balle au législateur.

La commission d'experts et le Conseil fédéral jugent insatisfaisant le fait que le preneur de prévoyance puisse entrer en possession d'avoirs suite à un versement en capital sans que son conjoint ait à se prononcer ou l'apprenne au préalable. Un versement en capital peut avoir de graves conséquences car, si le preneur de prévoyance spéculé avec ces fonds, son conjoint et toute sa famille peuvent en pâtir. Pour empêcher cela, l'avant-projet prévoit que le conjoint doit donner son consentement, même si le versement en capital concerne la partie surobligatoire (art. 49, al. 2, ch. 5a, AP-LPP). L'art. 37, al. 5, LPP pourra ainsi être abrogé.

La règle du consentement obligatoire doit également s'appliquer aux cas où le preneur de prévoyance n'a pas le choix entre une rente et une prestation en capital. Dans ces cas également, il faut pouvoir garantir que le conjoint sera à même d'influencer le devenir de la prestation en capital. Les mesures qu'il est possible d'adopter découlent des dispositions sur la protection de l'union conjugale (en particulier l'art. 178 CC) et de la loi du 18 juin 2004 sur le partenariat (LPart; RS 211.231). La règle du consentement obligatoire présente l'avantage pour le conjoint ou le partenaire enregistré qu'il apprend à temps qu'un versement en espèces aura lieu et dispose de suffisamment de temps pour demander au juge d'ordonner les mesures de protection nécessaires.

Il revient au tribunal civil de déterminer si le consentement a été refusé en toute légalité (cf. art. 30c, al. 5, AP-LPP et art. 5, al. 3, AP-LFLP). L'al. 2 règle par ailleurs la question des intérêts: tant que l'assuré n'a pas amené la preuve du consentement de son conjoint, l'institution de prévoyance ne doit pas d'intérêts sur la prestation en capital.

Pour garantir que la règle du consentement obligatoire s'applique également au versement d'une prestation de libre passage, il suffit d'adapter en conséquence l'art. 16 de l'ordonnance du 3 octobre 1994 sur le libre passage (OLP; RS 831.425).

### **Art. 49, al. 2, ch. 5a**

Cf. commentaire de l'art. 37a

### **Art. 60, al. 2, let. f**

Cf. commentaire de l'art. 22e AP-LFLP

## 2.6

## Modifications de la loi sur le libre passage

### *Art. 5, al. 3*

La formulation proposée clarifie la situation à deux égards: d'une part, elle indique que la décision relative à la légalité du refus de consentement ressortit au tribunal civil et d'autre part, elle règle la question des intérêts de la même manière qu'aux art. 30c et 37a AP-LPP.

### *Art. 21a*

Le contenu du nouvel art. 21a correspond à celui de l'actuel art. 23 LFLP. La nouvelle systématique rend les dispositions de la LFLP sur le partage de la prévoyance professionnelle plus compréhensibles.

### *Art. 22*

L'art. 22 se limite à formuler le principe du partage de la prévoyance professionnelle. La formulation proposée correspond à celle adoptée dans le CPC (cf. ch. 1.3.5). Seul le renvoi au code civil a été adapté.

Cet article de principe donne une signification plus large à la notion de "prestations de sortie" du fait qu'il est placé dans la nouvelle section 5a "Maintien de la prévoyance en cas de divorce ou de dissolution judiciaire du partenariat enregistré". Il n'est plus question uniquement des prétentions à l'encontre de l'institution de prévoyance avant la survenance d'un cas de prévoyance (art. 22a), mais également après (art. 22d et 22e).

### *Art. 22a*

Selon le droit en vigueur, les prestations de sortie peuvent être calculées avec, pour point de référence, l'entrée en force du jugement de divorce. Cette solution présente l'avantage que le partage inclut l'ensemble des prestations de sortie acquises pendant la durée du mariage. L'inconvénient, c'est qu'elle peut inciter le conjoint créancier, pour des raisons tactiques, à faire traîner la procédure. Par ailleurs, ni les parties, ni le tribunal ne sont en mesure de déterminer de manière fiable quand le jugement de divorce entrera en force. Il en résulte, du moins en théorie, que les institutions de prévoyance impliquées doivent fournir des attestations, mises à jour à plusieurs reprises, concernant le montant des prestations de sortie à partager.

Il apparaît d'emblée que cette situation n'est pas satisfaisante. Cependant, il y a controverse sur les améliorations à apporter. La majorité des membres de la commission d'experts a proposé de permettre au tribunal et aux parties de déterminer le moment où le calcul doit avoir lieu, en précisant qu'il ne devait pas s'écouler plus de six mois entre ce moment et l'entrée en force du jugement de divorce. Le Conseil fédéral est cependant d'avis que cette proposition ne permet pas réellement de résoudre le problème puisque le tribunal et les parties ne sauront toujours pas quand le jugement de divorce entrera en force. Seule une solution se fondant sur une date dans le passé pourrait selon lui être convaincante. Il serait tentant de se référer à la même date que dans le régime matrimonial, c'est-à-dire au jour où est déposée la demande de divorce (art. 204, al. 2, CC). Sur le plan procédural, il s'agit du moment

de la litispendance. Il faut accepter, pour trouver une solution simple, que la prestation de sortie acquise pendant la procédure de divorce ne soit pas partagée par moitié. Si le résultat atteint ainsi n'est, exceptionnellement, pas tout à fait conforme au but de la loi, il faut prendre des mesures correctives au titre de l'entretien après le divorce (art. 125, al. 2, ch. 8, CC).

C'est également au moment de la litispendance qu'il faut décider si l'institution de prévoyance doit calculer le montant de la prestation de sortie acquise pendant le mariage en vertu de l'art. 22 ou de l'art. 22d (divorce après le début du versement d'une rente d'invalidité) ou 22e AP-LFLP (divorce après le début du versement d'une rente de vieillesse).

L'al. 1 correspond à l'actuel art. 22, al. 2, LFLP, tandis que l'al. 2 remplace l'actuel art. 22, al. 3, LFLP.

L'al. 3 répond à la question de savoir qui doit supporter la perte d'intérêts résultant du fait que les fonds de prévoyance investis dans la propriété du logement ne sont plus rémunérés. Le Conseil fédéral partage l'avis de la commission d'experts, selon lequel la perte d'intérêts doit porter proportionnellement sur l'avoir de prévoyance acquis pendant le mariage et sur celui acquis avant le mariage<sup>27</sup>, rejetant ainsi l'idée selon laquelle il faudrait avant tout prendre en considération l'avoir de prévoyance acquis pendant le mariage. Il s'oppose également à l'idée de grever uniquement l'avoir de prévoyance acquis avant le mariage, qui produirait un résultat contraire au principe selon lequel la prestation de sortie existant au moment du mariage porte intérêt au moment du divorce<sup>28</sup>. Un exemple est présenté à l'annexe I (cf. ch. 6.1). La répartition doit aussi être proportionnelle lorsque le versement anticipé effectué dans le cadre de l'encouragement à la propriété du logement est partiellement ou totalement perdu. C'est ce qui se produit lorsque le revenu ultérieur de la vente ne suffit pas à rembourser le versement anticipé.

### **Art. 22b**

Le nouvel art. 22b correspond à l'art. 22a LFLP en vigueur. Seul le renvoi figurant à l'al. 1 a été adapté à la nouvelle systématique.

### **Art. 22c**

La réglementation en vigueur ne comporte pas, s'agissant du transfert des avoirs dans le cadre du partage de la prévoyance professionnelle, de dispositions expresses relatives à la part obligatoire et surobligatoire. De nombreuses institutions de prévoyance ont pour principe de prélever la somme de manière proportionnelle sur la partie obligatoire et surobligatoire. Il arrive souvent également qu'elles informent

<sup>27</sup> La solution proposée se fonde sur: Thomas Koller, Vorbezüge für den Erwerb von Wohneigentum und Vorsorgeausgleich bei der Scheidung: Wer trägt den Zinsverlust?, ZBJV 2001, pp. 137 ss.

<sup>28</sup> La législation sur la prévoyance et le régime matrimonial connaissent des règles diamétralement opposées en matière de capitalisation. Tandis que, dans le régime matrimonial, les acquêts d'un époux comprennent les revenus de ses biens propres (art. 197, al. 2, ch. 4, CC), chaque époux ayant droit à la moitié du bénéfice de l'autre (art. 215, al. 1, CC), les intérêts sur la prestation de sortie au moment du mariage ne sont crédités qu'au preneur de prévoyance. Cette différence se justifie par le fait que les intérêts sur les biens propres constituent une part de revenu qui sert à financer le quotidien des époux, alors que la prévoyance sert surtout à assurer les vieux jours (cf. ch. 1.3.1).

l'institution de prévoyance du conjoint créancier de la part d'avoir de vieillesse prélevé. Certaines autres institutions, au vu de cette information, créditent ces avoirs à la part obligatoire et surobligatoire de l'assuré, comme c'est le cas en situation de libre passage. Cette pratique ne s'est toutefois pas généralisée. Il arrive, situation particulièrement choquante, que l'avoir provenant de l'institution de prévoyance du conjoint débiteur soit traité comme un rachat et que la somme transférée soit inscrite entièrement à la part surobligatoire du conjoint créancier. Puisque les dispositions minimales de la LPP, surtout en matière de taux d'intérêt et de taux de conversion, ne s'appliquent pas aux prétentions découlant de la partie surobligatoire, ce procédé peut avoir pour conséquence que des prestations bien inférieures soient versées en cas de survenance d'un cas de prévoyance<sup>29</sup>.

Afin d'éviter une telle situation, l'al. 1 prévoit que la somme à transférer sera prélevée de l'avoir obligatoire et surobligatoire en fonction de leurs parts respectives dans l'avoir total de l'assuré.

Exemple: au moment du divorce, un assuré dispose d'un avoir de 100 000 francs dans son institution de prévoyance, dont 80 000 francs d'avoir de vieillesse LPP et 20 000 francs d'avoir surobligatoire. Le ratio est donc de 4 contre 1, c'est-à-dire que l'avoir total se compose de 4/5 d'avoir de vieillesse LPP et d'1/5 d'avoir surobligatoire. Si l'on constate, dans le cadre du partage par moitié, que 40 000 francs doivent être transférés à l'institution de prévoyance du conjoint créancier, cela signifie que cette somme doit se composer de 32 000 francs (= 4/5) d'avoir de vieillesse et de 8000 francs (= 1/5) d'avoir surobligatoire.

La solution proposée est relativement simple à mettre en œuvre, puisqu'elle se fonde sur des informations dont l'institution de prévoyance dispose. On a renoncé intentionnellement à s'en tenir au ratio de la part obligatoire et de la part surobligatoire acquises pendant le mariage. Sinon, pour les cas où le rachat est effectué après le mariage, il aurait encore fallu distinguer les situations où il est financé à partir de fonds propres de celles où ce n'est pas le cas. Les rachats financés à partir de fonds propres ne font pas partie de l'avoir qui doit être partagé. Mais la prise en compte de tous ces aspects donnerait naissance à une solution compliquée et inapplicable. Il arriverait aussi qu'il soit impossible de déterminer l'avoir de vieillesse LPP disponible au moment du mariage et qu'il faille remplacer son montant exact par des valeurs hypothétiques. On a renoncé à prendre en compte les avoirs de vieillesse LPP et les parts surobligatoires de tous les avoirs de prévoyance du ou des partenaires. Là aussi, il y aurait eu d'énormes complications.

Il arrive souvent, au moment du divorce, que chacun des partenaires ait l'ensemble de son avoir auprès d'une seule institution de prévoyance ou de libre passage et, dans ce cas, la réglementation proposée est une solution claire et acceptable. Par contre, lorsqu'une personne a son avoir de prévoyance dans plusieurs institutions, plusieurs solutions sont possibles. En fonction de l'institution de laquelle l'avoir est transféré, la répartition en part obligatoire et surobligatoire peut varier. Dans la convention de divorce, il faut préciser clairement de quelle institution l'avoir est transféré.

<sup>29</sup> Les parts surobligatoires sont aussi moins bien protégées en cas de liquidation totale ou partielle, du fait que les déficits actuariels peuvent être déduits (cf. art. 53d, al. 3, LPP) et que l'adaptation des rentes d'invalidité en fonction du renchérissement, prescrit par la loi, se fonde uniquement sur les prestations obligatoires.

Les arrangements concernant le partage pris dans la convention de divorce sont soumis au contrôle du juge. Si aucun arrangement n'est pris, le juge détermine depuis quelle institution de prévoyance l'avoir doit être transféré. Si le conjoint débiteur fait partie à la fois d'une institution de prévoyance LPP et d'une institution pour cadres, il peut être judicieux de prélever le montant à transférer dans les deux institutions. Dans d'autres cas, il se peut que le conjoint créancier ne souhaite pas se voir transférer une part de l'avoir de vieillesse LPP, notamment s'il a déjà atteint l'âge de la retraite ou s'il remplit les conditions nécessaires au versement en espèces et entend le demander.

Les conjoints et le juge peuvent trouver les indications dont ils ont besoin concernant la part d'avoir de vieillesse LPP sur les certificats personnels des assurés. Lorsqu'il y a libre passage, ces informations doivent être transmises à la nouvelle institution de prévoyance, qui répartit les avoirs sur la part obligatoire et subobligatoire du conjoint créancier. Les conjoints et le juge doivent continuer d'avoir accès à ces informations si la prestation de sortie se trouve provisoirement sur un compte de libre passage. C'est le seul moyen de garantir que ces fonds, lorsqu'ils seront transférés à une nouvelle institution de prévoyance, seront attribués à la part obligatoire. Pour le reste, le projet prévoit le *statu quo*: il n'implique donc pas que les institutions de prévoyance devront à l'avenir gérer un avoir de vieillesse LPP et le rémunérer au taux d'intérêt minimal fixé par la loi (art. 15, al. 2, LPP).

Selon la loi actuelle, le conjoint débiteur a la possibilité de reverser à son institution de prévoyance un montant équivalent à celui qu'il a transféré dans le cadre du partage pour compenser la réduction de sa prévoyance. Pour rétablir le niveau de protection dont il bénéficiait avant le partage, il doit cependant combler aussi le trou apparu dans son avoir de vieillesse LPP, car les prestations futures s'en trouveraient bien amoindries. Il n'y a aucune difficulté technique à cela, puisque le montant provenant de l'avoir de vieillesse LPP a été établi en vertu de l'al. 2. L'al. 3 prévoit que la somme prise pour le partage de la prévoyance professionnelle sera, non seulement reversée, mais aussi qu'elle retrouvera sa propriété d'avoir de vieillesse LPP.

Le législateur avait déjà prévu un traitement spécial pour que le niveau de prévoyance du conjoint débiteur soit à nouveau atteint après le partage. Il n'est ainsi pas tenu de rembourser les montants versés au titre de l'encouragement à la propriété du logement avant de procéder à des rachats volontaires (art. 79b, al. 4, LPP).

### **Art. 22d**

L'art. 22d détermine comment calculer la prestation de sortie à partager lorsque l'assuré perçoit une rente d'invalidité au moment du divorce. L'avant-projet fait intervenir à cet effet la prestation de libre passage que l'institution de prévoyance devrait verser à l'assuré en cas de réinsertion dans la vie active. Dans le droit en vigueur, une telle réglementation existe pour la partie obligatoire de la prestation de libre passage. Dans ce cas, l'institution de prévoyance doit continuer de tenir le compte de la personne invalide à qui elle verse une rente jusqu'à ce qu'elle ait atteint l'âge de la retraite (cf. art. 14 de l'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, OPP 2; RS 831.441.1). Selon un large consensus, il existe également des prétentions similaires dans la partie subobligatoire, calculées selon les règles en vigueur pour les assurés actifs. De nombreuses institutions ne prévoient dans leurs règlements qu'une rente d'invalidité

temporaire et gèrent un avoir de vieillesse exonéré du versement de cotisations (y compris pour la partie surobligatoire), qui peut servir de base pour la prestation de libre passage mentionnée plus haut.

Vu le contexte, la disposition renvoie aux règles de calcul prévalant pour les assurés actifs. Sur le plan du contenu, elle correspond en grande partie aux propositions en discussion sur la révision de l'AI, dont le but est de réinsérer les invalides dans la vie active.

Des exemples de calcul avec des commentaires figurent aux annexes II (cf. ch. 6.2), III (cf. ch. 6.3) et IV (cf. ch. 6.4).

Pour les personnes invalides également, il faut tenir compte du fait que la prévoyance professionnelle peut avoir été constituée avant le mariage. Il faut donc partager uniquement la prestation de sortie acquise pendant le mariage en faisant porter les intérêts au moment du mariage. L'al. 1, 2<sup>e</sup> phrase, indique que les art. 22a et 22b LFLP sont applicables par analogie.

Le transfert de fonds de prévoyance entraîne un nouveau calcul de la rente d'invalidité en cours et de la rente de vieillesse future. Selon l'al. 2, l'institution de prévoyance utilise pour ce faire ses propres bases de calcul. L'avant-projet tient ainsi compte du fait que certaines institutions de prévoyance versent une rente d'invalidité temporaire, qui est remplacée par une rente de vieillesse une fois atteint l'âge ordinaire de la retraite. Le transfert de fonds de prévoyance en cas de divorce n'entraîne alors aucune réduction de la rente d'invalidité, le preneur de prévoyance devant toutefois ensuite s'attendre à une réduction parfois importante de sa rente de vieillesse. Si l'assuré touche une rente d'invalidité à vie, le transfert de fonds de prévoyance entraîne une réduction linéaire de la rente. Les conjoints (et les juges) doivent soigneusement étudier ces différents systèmes s'ils veulent s'éviter de mauvaises surprises.

La commission d'experts et le Conseil fédéral rejettent toute autre intervention dans la sphère d'autonomie des institutions de prévoyance, car celles-ci risquent d'y répondre par une réduction de leurs prestations.

L'art. 22d ne répond pas à la question de savoir ce que le conjoint créancier peut faire de la prestation de sortie qui lui est destinée. La situation est semblable à ce qu'elle est en cas de divorce avant la survenance du cas de prévoyance, c'est-à-dire que le conjoint créancier doit, si possible, verser la prestation de sortie à sa propre institution de prévoyance ou, s'il ne peut pas, la verser à une institution de libre passage. L'art. 22f AP-LFLP prévoit en outre la possibilité de transférer la prestation de sortie à l'institution supplétive, dans le but de la transformer, immédiatement ou ultérieurement, en rente de vieillesse. Le conjoint créancier peut également obtenir un versement en espèces si les conditions nécessaires sont remplies. C'est notamment le cas lorsqu'il s'établit à son compte (art. 5, al. 1, let. b, LFLP).

### ***Art. 22e***

Cette disposition est consacrée au calcul de la prestation de sortie lorsque le divorce intervient alors qu'une rente de vieillesse est déjà en cours de versement. La prestation de sortie correspond alors à la valeur capitalisée de la rente réglementaire au moment du divorce (al. 1). Celle-ci comprend la réserve mathématique nécessaire au versement des futures prestations de vieillesse, mais aussi la réserve mathématique nécessaire au financement des prestations de survivant. Cette dernière

partie de la réserve mathématique peut même être plus élevée, pour les hommes âgés, que la partie destinée aux prestations de vieillesse.

La valeur capitalisée de la rente réglementaire doit être répartie sur la période précédant et la période suivant le mariage. La prestation de sortie lors de la mise à la retraite doit par conséquent être confrontée avec la prestation de sortie au moment du mariage, portant intérêt à ce moment-là (al. 2).

Vous trouverez des exemples de calcul avec leurs commentaires aux annexes V (cf. ch. 6.5) et VI (cf. ch. 6.6).

Comme dans les cas d'invalidité (art. 22d), la rente du conjoint débiteur doit être recalculée après le transfert d'une partie des fonds de prévoyance. L'institution de prévoyance utilise pour ce faire ses propres bases de calcul (al. 3), ce qui permet de garantir que le divorce n'entraînera pas pour elle de charge financière supplémentaire. Les autres assurés et l'employeur ne participent par conséquent pas aux coûts. Cela ne change rien au fait qu'il peut s'avérer problématique pour une institution de prévoyance d'expliquer à un assuré qu'il touchera une rente nettement plus basse suite à son divorce.

### **Art. 22f**

L'art. 22f sert à garantir la prévoyance. La disposition permet au conjoint créancier de convertir en rente de vieillesse la prestation de sortie obtenue à des conditions raisonnables. Pour que tel soit vraiment le cas, il doit transférer la prestation de sortie à l'institution supplétive au moment du divorce. Celle-ci assume une nouvelle tâche, raison pour laquelle l'art. 60, al. 2, LPP est complété par une nouvelle let. f.

Le transfert de la prestation de sortie à l'institution supplétive est volontaire. Le conjoint créancier peut, comme précédemment, la verser à une institution de libre passage. S'il peut effectuer un rachat auprès de son institution de prévoyance, la prestation de sortie peut également être utilisée à cet effet. On peut notamment penser au cas où le conjoint créancier augmente son taux d'occupation après le divorce.

S'agissant des modalités de la solution proposée, il faut tenir compte des points suivants: la prestation de sortie à convertir comprend aussi les intérêts (al. 2). L'avant-projet renonce à donner des instructions à l'institution supplétive concernant le montant de ces intérêts. Ce montant dépend principalement de l'environnement économique et des possibilités de placement. Il convient de tenir compte du fait que l'institution supplétive doit fonctionner dans le cadre de l'art. 22f sans assurés actifs et sans fonds de garantie; sa capacité de risque est par conséquent très réduite.

La conversion peut être demandée au plus tôt cinq ans avant le début de la retraite. Aucune limite d'âge supérieure n'est prévue ni nécessaire. Il n'est souvent judicieux de verser une rente que lorsque le conjoint créancier a, de son côté, déjà atteint l'âge de la retraite.

Conformément à l'art. 22f, l'institution supplétive ne doit verser que des prestations de vieillesse. Au décès du bénéficiaire de rente, les survivants ne peuvent pas prétendre à des prestations.

Pour le bon fonctionnement de l'institution supplétive, le fait qu'elle puisse utiliser ses propres bases de calcul est décisif (al. 3). Elle est ainsi autorisée à utiliser différents taux de conversion selon les risques à couvrir.

L'institution supplétive ne profite d'aucun avantage comparatif par rapport aux institutions de libre passage, ces dernières étant libres de mettre leurs polices de libre passage sur le marché aux mêmes conditions que l'institution supplétive. A l'heure actuelle, les polices de libre passage sont pourtant peu répandues et totalement éclipsées par les comptes de libre passage.

Le Conseil fédéral est conscient que les assurés aimeraient avoir la possibilité de convertir leur prestation de sortie en rente en dehors d'une situation de divorce. C'est notamment le cas des personnes sans emploi qui n'ont aucune perspective de reverser leur prestation de sortie dans une nouvelle institution de prévoyance. Pour autant, le Conseil fédéral souhaite pour l'instant limiter cette possibilité au divorce.

Si le conjoint créancier renonce à exiger la conversion de la prestation de sortie en rente de vieillesse, la prestation en question est traitée de la même manière que toute autre prestation de sortie, notamment eu égard à l'ordre des bénéficiaires (art. 15 OLP).

S'agissant des répercussions de cette proposition sur le plan fiscal, on se référera au ch. 3.1.

#### ***Art. 22g***

L'art. 22g correspond à l'actuel art. 22d LFLP.

#### ***Art. 23***

L'abrogation de l'art. 23 LFLP est liée à des raisons de systématique. Cette disposition se trouve dans le nouvel art. 21a.

#### ***Art. 24a***

Conformément aux dispositions en vigueur, les institutions de prévoyance et de libre passage ont deux possibilités lorsqu'elles annoncent des avoirs oubliés: elles peuvent soit n'annoncer à la Centrale du 2<sup>e</sup> pilier que les avoirs pour lesquels elles n'arrivent plus à établir le contact avec les bénéficiaires, soit annoncer tout leur effectif d'assurés. Cette dernière solution est surtout utilisée par les institutions de libre passage.

En cas de divorce, il n'est jamais certain que les personnes concernées déclarent l'ensemble de leurs avoirs de prévoyance. Il arrive souvent que les conjoints ne s'informent pas ou que partiellement des contrats de prévoyance qu'ils ont souscrits, d'autant plus s'ils vivent séparés pendant un long moment avant le divorce. Si les conjoints sont tenus d'apporter leur soutien à la procédure de divorce et d'indiquer les institutions auprès desquelles se trouvent leurs avoirs de prévoyance, il s'avère difficile, voire impossible, de recueillir des informations de la part de personnes non coopératives ou absentes.

Les déclarations d'impôts – actuelles ou anciennes – ne permettent pas toujours de retrouver les avoirs de prévoyance ou de libre passage, dans la mesure où ils ne sont pas imposables tant qu'ils ne donnent pas droit à des prestations, si bien qu'ils ne doivent pas être déclarés, pas plus que les éventuels transferts entre institutions de prévoyance. Les informations de l'AVS peuvent certes contribuer à reconstituer l'historique des revenus, mais il n'en demeure pas moins que c'est une tâche complexe, de longue haleine, qui ne permet pas toujours d'atteindre le but visé. En

effet, si l'assuré a souvent changé de poste, une telle reconstitution peut rapidement s'avérer compliquée, les anciens employeurs et leurs institutions de prévoyance n'existant souvent plus au moment du divorce. Il ne suffit pas non plus de recueillir des informations sur les avoirs de prévoyance acquis. Il faut en outre pouvoir constater si les prestations de sortie ont été transférées à la prochaine institution de prévoyance ou à une institution de libre passage et si, dans ce dernier cas, elles ont été versées ultérieurement au reste de l'avoir de prévoyance. L'obligation d'annoncer tous les avoirs de prévoyance à la Centrale du 2<sup>e</sup> pilier permet de remédier à cette situation.

La solution proposée se limite au montant de l'avoir. L'obligation d'annoncer ne concerne pas que les assurés actifs, mais aussi les bénéficiaires d'une rente de vieillesse ou d'invalidité. Puisqu'il n'existe plus qu'une seule possibilité sur les deux citées plus haut, l'art. 24b LFLP peut être abrogé. Les détails techniques seront réglés dans l'ordonnance, comme c'est déjà le cas.

#### **Art. 24b**

Cf. commentaire de l'art. 24a.

#### **Art. 25a, al. 1**

La modification proposée est de nature purement rédactionnelle et consiste en une adaptation aux dispositions nouvellement rédigées sur le partage de la prévoyance professionnelle (art. 122 à 124 AP-CC). Cette formulation correspond pour le reste à celle que le Parlement a choisie dans le cadre de l'adoption du CPC (cf. ch. 1.3.5).

Le tribunal des assurances n'est pas compétent uniquement lorsque les conjoints ne parviennent pas à un accord, mais également lorsque l'institution de prévoyance refuse de produire une attestation confirmant le caractère réalisable de cet accord.

## **3 Conséquences**

### **3.1 Conséquences pour la Confédération**

L'avant-projet n'aura pas de conséquences pour le personnel et les finances de la Confédération.

Il ne devrait pas non plus y avoir de conséquences notables sur les recettes fiscales. La suppression de l'art. 124, al. 1, CC aura pour effet de limiter le nombre de cas où il faudra utiliser des fonds libres pour procéder au partage, ce qui devrait réduire la charge de travail des autorités fiscales. La question controversée du traitement de ces fonds en droit fiscal devrait ainsi perdre en importance<sup>30</sup>. Par ailleurs, les montants

<sup>30</sup> Aucune pratique ne semble s'être établie en la matière. Informations prises auprès de l'Administration fédérale des contributions, l'indemnité équitable désignée à l'art. 124, al. 1, CC doit être considérée comme une rente viagère et est par conséquent imposable à 40 % (art. 22, al. 3, LIFD). Certaines autorités fiscales cantonales sont quant à elles d'avis que ce type de prestations peuvent être imposées à 100 % chez un conjoint et déduites du revenu chez l'autre (art. 23, let. f et art. 33, al. 1, let. c, LIFD). Les représentants de la doctrine tendent également à être de cet avis (cf. Thomas Ramseier, in: FamKommentar Scheidung [éd. Ingeborg Schwenger], 2<sup>e</sup> édition, Berne 2005, annexe Steuerrechtliche Aspekte und Berechnungen, ch. marg. 45; Peter Locher, Auswirkungen einer

versés à la prévoyance professionnelle dans le cadre d'un rachat suite au partage pourront continuer d'être déduits pleinement du revenu imposable (art. 33, al. 1, let. d, LIFD et art. 79b, al. 4, LPP). Le Conseil fédéral, de même que la majorité de la commission d'experts refuse de revenir sur cette disposition, qui joue un rôle central dans l'acceptation du partage de la prévoyance professionnelle. Il ne voit par contre aucune raison de prévoir également la possibilité d'un rachat lorsqu'un cas de prévoyance est déjà survenu au moment du divorce. On ne pourrait plus alors motiver une telle action par des besoins en termes de prévoyance, mais uniquement par une volonté d'optimisation fiscale.

Les propositions relatives au partage de la prévoyance professionnelle après la survenance d'un cas de prévoyance n'ont pas davantage d'incidences en termes fiscaux (art. 22d et 22e AP-LFLP), puisque ces fonds continuent d'être destinés à la prévoyance. C'est notamment le cas lorsque la prestation de sortie est versée à l'institution supplétive (art. 22f AP-LFLP). Seule la rente de vieillesse en elle-même sera dans ce cas imposable (art. 22 LIFD et art. 83 LPP). Le conjoint créancier doit par contre déclarer immédiatement les fonds de prévoyance qu'il perçoit en espèces lors du divorce (art. 38 LIFD).

### **3.2 Conséquences pour les cantons et les communes**

Les cantons et les communes doivent adopter la même pratique fiscale que la Confédération en ce qui concerne le partage de la prévoyance professionnelle (art. 81, al. 2, et 83 LPP). S'agissant des conséquences pour le personnel et les finances des cantons et des communes, on se reportera par conséquent au commentaire relatif aux conséquences pour la Confédération (cf. ch. 3.1).

Les offices du registre foncier seront par contre confrontés à une charge de travail supplémentaire, dans la mesure où ils doivent examiner si le consentement du conjoint, nécessaire à la constitution d'un droit de gage immobilier après le versement anticipé, est disponible (art. 331e AP-CO).

Il n'est pas à craindre que les nouvelles dispositions entraînent un surcroît de travail pour les tribunaux une fois que la jurisprudence sera établie. L'avant-projet, au contraire, est source de clarification. Les tribunaux de 1<sup>e</sup> instance devraient se voir déchargés dans la mesure où ils pourront à l'avenir obtenir plus facilement de la Centrale du 2<sup>e</sup> pilier des renseignements sur les fonds de prévoyance dont dispose le conjoint au moment du divorce (art. 24a AP-LFLP).

### **3.3 Conséquences pour l'économie et les institutions de prévoyance**

La révision proposée n'entraînera pas d'augmentation ou de diminution systématique de la charge de travail des institutions de prévoyance, des employeurs ou des assurés. Les fonds destinés à la prévoyance sont considérés comme un montant fixe que les personnes concernées doivent se partager équitablement en cas de divorce. Il est toutefois indéniable que les institutions de prévoyance seront confrontées à une

Scheidung/Trennung im Bereich der Steuern, FamPra.ch 2008, pp. 463 ss, en particulier pp. 474 s.).

charge administrative supplémentaire découlant notamment de l'obligation d'annoncer périodiquement les effectifs d'assurés, dont font également partie les retraités - à la Centrale du 2<sup>e</sup> pilier (art. 24a AP-LFLP) ou encore de vérifier si le conjoint a bien donné son consentement au versement en capital (art. 37a AP-LPP). Il est difficile d'estimer quelles en seront les conséquences en termes de personnel et de finances. Elles devraient toutefois être limitées si l'on considère que tous les acteurs remplissent déjà leurs obligations d'informer et de documenter, en indiquant en particulier le montant de la prestation de sortie au moment du mariage sur le certificat personnel de l'assuré.

### **3.4 Conséquences pour les infrastructures informatiques**

Les modifications proposées pourraient avoir des conséquences sur les infrastructures informatiques. Elles seront toutefois limitées et sans commune mesure avec les bouleversements engendrés par l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> janvier 2000, des dispositions sur le partage de la prévoyance professionnelle. Pour que le traitement informatique soit efficace, il est indispensable que les indications nécessaires au calcul soient disponibles (cf. ch. 3.3).

## **4 Liens avec le programme de la législature**

Le Conseil fédéral a annoncé le projet dans le message du 23 janvier 2008 sur le programme de la législature 2007 à 2011<sup>31</sup>.

## **5 Aspects juridiques**

### **5.1 Constitutionnalité**

La Confédération se fonde, pour régler le partage de la prévoyance professionnelle, sur sa compétence législative en matière de droit civil et de procédure civile (art. 122, al. 1, Cst.). Cette disposition n'est pas un blanc-seing au législateur. Il doit notamment tenir compte de l'exigence d'égalité entre homme et femme (art. 8, al. 3, Cst.) et des objectifs de prestations des trois piliers de la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité. Le 1<sup>er</sup> et le 2<sup>e</sup> pilier doivent ensemble permettre à l'assuré de maintenir de manière appropriée son niveau de vie antérieur (art. 113, al. 2, let. a, Cst.). L'avant-projet respecte les limites fixées par la Constitution.

### **5.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse**

La Suisse n'a pas d'obligations internationales ayant des répercussions directes sur la conception du partage de la prévoyance professionnelle.

Les propositions sont en outre en adéquation avec les engagements généraux qu'a pris la Suisse, par exemple en vertu de la Convention du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (RS 0.108)

<sup>31</sup> FF 2008 712

ou encore de l'art. 8 (Droit au respect de la vie privée et familiale) de la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950 (CEDH; RS 0.101). L'Accord du 21 juin 1999 entre la Suisse et la CE ne pose pas de problèmes non plus (RS 0.142.112.681). Enfin, on se reportera en la matière au commentaire relatif aux propositions de modification de la LDIP (cf. ch. 2.4).

### **5.3 Délégation de compétences législatives**

L'avant-projet délègue des compétences législatives en ce qui concerne l'obligation d'annoncer les effectifs d'assurés (art. 24a AP-LFLP, en relation avec l'art. 24e AP-LFLP). Le département compétent pourra régler la procédure et l'office compétent édicter des directives techniques. Une telle délégation existe déjà, mais elle ne concerne que les prétentions que les assurés n'ont pas encore fait valoir.

## 6 Annexes

### 6.1 Annexe I: répartition de la perte d'intérêts en cas de versement anticipé dans le cadre de l'encouragement à la propriété du logement

#### Mariage

Mariage: 1.1.1997

Prestation de sortie au moment du mariage 100 000 fr.

#### Versement anticipé

Versement anticipé: 1.1.2000 50 000 fr.

Prestation de sortie avant le versement anticipé 200 000 fr.

Prestation de sortie au moment du mariage, portant intérêt jusqu'au versement anticipé 112 486 fr.

Part de la prestation de sortie acquise avant le mariage au moment du versement anticipé (112 486 : 200 000) 56 %

#### Divorce

Divorce: 14.4.2009

Versement anticipé, portant intérêt jusqu'au divorce 66 088 fr.

Perte d'intérêts sur le versement anticipé: (66 088 – 50 000) 16 088 fr.

Dont avant mariage: 56 % 9048 fr.

Dont pendant le mariage: 44 % 7040 fr.

Prestation de sortie au moment du divorce 450 000 fr.

Versement anticipé portant intérêt jusqu'au divorce 66 088 fr.

Prestation de sortie au moment du mariage, portant intérêt jusqu'au divorce -148 665 fr.

Perte d'intérêts pendant le mariage - 7040 fr.

Prestation de sortie à partager 360 383 fr.

## 6.2

**Annexe II: divorce d'un bénéficiaire de rente  
d'invalidité percevant une rente temporaire LPP  
(art. 22d AP-LFLP)**

	Mariage	Invalidité	Divorce
Age de l'époux	33	40	55
Prestation de sortie au moment du mariage	27 600		59 900 <sup>32</sup>
Prestation de sortie		71 900	269 700
Gain assuré	46 900	53 800	

Prestation de sortie acquise pendant le mariage 209 800 fr.

Part de l'épouse 104 900 fr.

Avoir de vieillesse restant de l'époux 164 800 fr.

Avoir de vieillesse à l'âge de la retraite sans divorce 515 500 fr.

Avoir de vieillesse à l'âge de la retraite en cas de divorce 360 300 fr.

Dans cet exemple, l'époux est assuré et est devenu invalide en cours de mariage. Le règlement de son institution de prévoyance prévoit qu'il touche une rente temporaire jusqu'à l'âge de la retraite en cas d'invalidité. Jusque-là, il continuera de se constituer un avoir de vieillesse réglementaire, celui-ci étant alors converti en rente de vieillesse pour remplacer la rente d'invalidité temporaire.

En cas de divorce, on aura recours à l'avoir de vieillesse accumulé, tout comme on le ferait pour une prestation de sortie ordinaire.

Au moment du mariage, la prestation de sortie de l'assuré se montait à 27 600 fr. Lorsqu'il a commencé à percevoir des prestations d'invalidité, son avoir se montait à 71 900 fr. Cet avoir a continué de s'accumuler sur la base du gain assuré de 53 800 fr., si bien qu'au moment du divorce, il se montait à 269 700 fr. L'avoir avant divorce, intérêts compris, est déduit de ce montant (59 900 fr.) et la moitié du montant restant ( $209\ 800 : 2 = 104\ 900$  fr.) est versée à la prévoyance de la femme divorcée.

Le partage n'a pas d'incidences sur la rente temporaire d'invalidité, qui n'est pas financée à partir de l'avoir de vieillesse. Par contre, à l'âge de la retraite, l'avoir est diminué de 104 900 fr., plus les intérêts calculés sur ce montant jusqu'à l'âge de la retraite (360 300 fr. au lieu de 515 500 fr.), si bien qu'à partir de ce moment, la rente est d'environ 30 % inférieure à celle que l'assuré aurait touchée s'il n'y avait pas eu de divorce.

32 Portant intérêt jusqu'au moment du divorce.

### 6.3

#### **Annexe III: divorce d'un bénéficiaire de rente d'invalidité percevant une rente temporaire relevant de la partie surobligatoire (art. 22d AP-LFLP)**

	Mariage	Invalidité	Divorce
Age de l'époux	33	40	55
Prestation de sortie au moment du mariage	31 500		68 400 <sup>33</sup>
Prestation de sortie		81 000	296 900
Gain assuré	46 900	53 800	

Prestation de sortie acquise pendant le mariage 228 500 fr.

Part de la femme divorcée 114 250 fr.

Avoir de vieillesse restant de l'homme divorcé 182 650 fr.

Avoir de vieillesse à l'âge de la retraite sans divorce 562 200 fr.

Avoir de vieillesse à l'âge de la retraite en cas de divorce 393 200 fr.

Dans cet exemple, la prévoyance dépasse le minimum fixé dans la LPP, puisque pour un même gain assuré que dans l'exemple précédent, les bonifications de vieillesse sont plus élevées que ce qu'exige la loi. Les montants accumulés pendant et après le mariage augmentent par conséquent. En dehors de cela, le procédé reste le même. Après l'âge de la retraite, la rente sera d'environ 30 % inférieure à ce que l'assuré aurait touché s'il n'y avait pas eu de divorce.

<sup>33</sup> Portant intérêt jusqu'au moment du divorce.

## 6.4

### Annexe IV: divorce d'un bénéficiaire de rente d'invalidité recevant une rente à vie dans le régime de primauté des prestations (art. 22d AP-LFLP)

	Mariage	Invalidité	Divorce
Age de l'époux	33	40	55
Prestation de sortie au moment du mariage	21 600		47 000 <sup>34</sup>
Prestation de sortie		81 000	203 800
Gain assuré	44 200	53 800	

Prestation de sortie acquise pendant le mariage 156 800 fr.  
 Part de la femme divorcée 78 400 fr.

Réserve mathématique de la rente au moment du divorce 472 600 fr.  
 Versement à la femme divorcée - 78 400 fr.  
 Réserve mathématique restante de la rente après le divorce 394 200 fr.

Rente avant le divorce 26 500 fr.  
 Rente après le divorce ( $26\,500 \times 394\,200 / 472\,600$ ) 22 100 fr.

Cet exemple illustre les conséquences d'une solution de prévoyance incluant une rente d'invalidité à vie dans le régime de primauté des prestations. Dans un tel cas, plus aucun avoir de vieillesse relevant de la part subobligatoire n'est géré une fois que l'époux a droit à une rente d'invalidité, puisque celle-ci n'est pas remplacée par une rente de vieillesse à l'âge de la retraite. Si l'assuré retrouvait sa capacité de travail, il aurait toutefois droit à une prestation de sortie qui, selon une opinion largement répandue, comprendrait également la prévoyance subobligatoire. Le calcul du montant à partager en cas de divorce se fonde sur cette prestation de sortie hypothétique.

Au moment du mariage, la prestation de sortie de l'assuré se montait à 21 600 fr. Lorsqu'il a commencé à percevoir des prestations d'invalidité, son avoir se montait à 81 000 fr. S'il retrouvait sa capacité de travail au moment du divorce, il aurait droit à une prestation de sortie de 203 800 fr. L'avoir avant divorce, intérêts compris, est déduit de ce montant (47 000 fr.) et la moitié du montant restant ( $156\,800 : 2 = 78\,400$  fr.) est versée à la prévoyance de la femme divorcée. Suite à cela, l'institution de prévoyance recalcule la rente d'invalidité, qui ne représente plus que 22 100 fr. contre 26 500 fr. jusque-là, soit environ 17 % de moins. La réduction de la rente est inférieure en proportion aux exemples cités dans les annexes II et III, mais elle produit ses effets plus longtemps, c'est-à-dire à partir de 55 ans, l'âge où a eu lieu le divorce.

<sup>34</sup> Portant intérêt jusqu'au moment du divorce.

## 6.5

**Annexe V: divorce alors que la rente de vieillesse est en cours (art. 22e AP-LFLP)**

	Mariage	Départ à la retraite	Divorce
Age de l'époux	33	65	70
Prestation de sortie au moment du mariage	27 600	85 500	
Prestation de sortie		600 900	
Rente de vieillesse		40 900	40 900

Prestation de sortie à l'âge de la retraite	600 900 fr.
Prestation de sortie au moment du mariage, portant intérêt jusqu'au divorce	85 500 fr.
Prestation de sortie acquise pendant le mariage	515 400 fr.
Part de la prestation de sortie acquise pendant le mariage	85,77 %
Réserve mathématique de la rente de l'époux avant le divorce	516 000 fr.
A partager: 85,77 %	442 600 fr.
Part de l'épouse	221 300 fr.
Réserve mathématique de la rente de l'époux après le divorce	294 700 fr.
Rente de l'époux avant le divorce	40 900 fr.
Rente de l'époux après le divorce	23 500 fr.

Lorsqu'une rente de vieillesse est déjà en cours, il n'est plus possible de se référer au montant (hypothétique) de la prestation de sortie; le calcul en cas de partage se fonde sur la réserve mathématique de la rente. Pour prendre en compte la durée du mariage pendant laquelle l'avoir de prévoyance a été constitué alors que le partage a lieu après le début de la retraite, on ne considère – comme c'est le cas lors d'un partage avant la survenance d'un cas de prévoyance – que la part de la réserve mathématique correspondant à l'avoir acquis pendant le mariage. On détermine ainsi le rapport entre l'avoir avant mariage et l'avoir après mariage tel qu'il se présentait au moment du départ à la retraite. Dans cet exemple, 85,77 % de l'avoir total au moment du départ à la retraite (600 900 fr.) ont été acquis pendant le mariage. Le même rapport est applicable à la réserve mathématique encore disponible au moment du divorce (516 000 fr.), ce qui permet d'atteindre une part de 442 600 fr. constituée pendant le mariage qui doit être divisée par deux. Après le partage, l'institution de prévoyance recalcule la rente de vieillesse de l'assuré, qui percevra, en lieu et place de sa rente de 40 900 fr., une rente de 23 500 fr. Après le divorce, la rente est inférieure d'environ 42 % à son niveau d'avant le divorce.

## 6.6

**Annexe VI: divorce alors que la rente de vieillesse est en cours (homme à la retraite, art. 22e AP-LFLP, femme active)**

	Mariage	Départ à la retraite	Divorce
Age de l'époux	43	65	70
Age de l'épouse	33	55	60
Prestation de sortie de l'époux au moment du mariage	98 100	204 800 <sup>35</sup>	
Prestation de sortie de l'épouse au moment du mariage	27 700		70 000 <sup>36</sup>
Prestation de sortie de l'époux au moment du départ à la retraite		600 900	
Prestation de sortie de l'épouse au moment du divorce			427 300
Rente de vieillesse de l'époux		40 900	40 900

Prestation de sortie de l'époux à l'âge de la retraite	600 900 fr.
Prestation de sortie de l'époux au moment du mariage portant intérêt jusqu'au divorce	204 800 fr.
Prestation de sortie de l'époux acquise pendant le mariage	396 100 fr.
Part de la prestation de sortie acquise pendant le mariage	65,92 %
Réserve mathématique de la rente de l'époux avant le divorce	516 000 fr.
A partager par l'époux: 65.92 %	340 100 fr.
Prestation de sortie de l'épouse au moment du mariage	27 700 fr.
Prestation de sortie de l'épouse au moment du divorce	427 300 fr.
Prestation de sortie au moment du mariage, portant intérêt jusqu'au divorce	70 000 fr.
Prestation de sortie de l'épouse acquise pendant le mariage	357 300 fr.
Compensation due par la femme à l'homme (17 200 / 2)	8600 fr.

<sup>35</sup> Portant intérêt jusqu'au moment du départ à la retraite.

<sup>36</sup> Portant intérêt jusqu'au moment du divorce.

Dans cet exemple, les deux parties sont assurées. L'homme a déjà atteint l'âge de la retraite au moment du divorce, tandis que la femme exerce une activité lucrative. Pour l'homme, le calcul est le même que dans l'exemple de l'annexe V et pour la femme, il est le même qu'en cas de divorce avant la survenance d'un cas de prévoyance. La réserve mathématique de l'homme (340 100 fr.) est comparée avec la prestation de sortie de la femme (357 300 fr.) et une compensation est effectuée. La différence est partagée et l'homme touche encore 8600 fr.

<b>Condensé</b>	<b>2</b>
<b>1 Partie générale</b>	<b>4</b>
1.1 Contexte	4
1.2 Critiques	5
1.2.1 Aperçu	5
1.2.2 Calcul de l'avoir de prévoyance à partager	5
1.2.3 Exceptions au principe du partage par moitié	6
1.2.4 La situation précaire des veuves divorcées	7
1.2.5 Garantir la prévoyance	7
1.2.6 Droit international privé	9
1.3 Grandes lignes de la révision	9
1.3.1 Maintien du <i>statu quo</i>	9
1.3.2 Partage de la prestation de sortie après la survenance d'un cas de prévoyance	10
1.3.3 Exceptions au partage par moitié	11
1.3.4 Autres propositions	12
1.3.5 Liens entre l'avant-projet et le code de procédure civile	13
<b>2 Partie spéciale</b>	<b>13</b>
2.1 Modifications du code civil	13
2.2 Modifications du code des obligations	16
2.3 Modification du code de procédure civile	17
2.4 Modifications de la loi sur le droit international privé	17
2.5 Modifications de la loi sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité	20
2.6 Modifications de la loi sur le libre passage	23
<b>3 Conséquences</b>	<b>30</b>
3.1 Conséquences pour la Confédération	30
3.2 Conséquences pour les cantons et les communes	31
3.3 Conséquences pour l'économie et les institutions de prévoyance	31
3.4 Conséquences pour les infrastructures informatiques	32
<b>4 Liens avec le programme de la législature</b>	<b>32</b>
<b>5 Aspects juridiques</b>	<b>32</b>
5.1 Constitutionnalité	32
5.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse	32
5.3 Délégation de compétences législatives	33
<b>6 Annexes</b>	<b>34</b>
6.1 Annexe I: répartition de la perte d'intérêts en cas de versement anticipé dans le cadre de l'encouragement à la propriété du logement	34
6.2 Annexe II: divorce d'un bénéficiaire de rente d'invalidité percevant une rente temporaire LPP (art. 22c LFLP)	35

6.3 Annexe III: divorce d'un bénéficiaire de rente d'invalidité percevant une rente temporaire relevant de la partie surobligatoire (art. 22 <i>c</i> LFLP)	36
6.4 Annexe IV: divorce d'un bénéficiaire de rente d'invalidité bénéficiant d'une rente à vie dans le régime de primauté des prestations (art. 22 <i>c</i> LFLP)	37
6.5 Annexe V: divorce alors que la rente de vieillesse est en cours (art. 22 <i>d</i> LFLP)	38
6.6 Annexe VI: divorce alors que la rente de vieillesse est en cours (homme à la retraite, art. 22 <i>d</i> LFLP, femme active)	39