

Jeanne-Marie Monney

Révision du partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce

Neben anderen Neuerungen weitet die Revision des Vorsorgeausgleichs des Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG) die Teilung der während der Ehe erworbenen beruflichen Vorsorge auf Situationen aus, bei denen ein Vorsorgefall bereits im Zeitpunkt der Einleitung des Scheidungsverfahrens eingetreten ist, das bedeutet, wenn ein Ehepartner bereits invalid oder pensioniert ist. Sie sieht auch eine Lockerung der Teilungsregelung der beruflichen Vorsorge vor und führt im IRPG die ausschliessliche Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte in Bezug auf die Teilung von Guthaben bei schweizerischen Vorsorgeeinrichtungen ein. (bak)

Beitragsarten : Beiträge

Rechtsgebiete : Familienrecht. Eherecht ; Kranken-, Unfall- und Invalidenversicherung

Zitiervorschlag : Jeanne-Marie Monney, Révision du partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce, in : Jusletter 28. November 2016

Table des matières

1. Introduction
2. Bref rappel de la situation actuelle
3. Principe du partage de la prévoyance professionnelle
4. Moment du partage de la prévoyance professionnelle
5. Partage avant la survenance d'un cas de prévoyance
6. Partage après la survenance d'un cas de prévoyance
7. Assouplissement des règles de partage
8. Compensation des prétentions réciproques
9. Exécution ne pouvant être raisonnablement exigée et exécution impossible
10. Obligation d'annoncer les avoirs de prévoyance professionnelle
11. Aspects de droit international privé
12. Droit transitoire

1. Introduction

[Rz 1] La révision du partage de la prévoyance professionnelle fait suite à une série de critiques qui ont été émises après l'entrée en vigueur du nouveau droit du divorce en l'an 2000. Certains reprochent en effet à la loi actuelle de laisser de nombreuses questions en suspens ou d'y répondre de manière difficilement applicable dans la pratique, faisant ainsi naître une grande insécurité juridique. D'autres voix s'élèvent pour exiger une plus grande flexibilité, notamment lorsque les conjoints sont d'accord sur les termes du partage de la prévoyance professionnelle¹.

[Rz 2] L'une des problématiques soulevées concerne la situation des « veuves divorcées ». En effet, sous l'égide du droit actuel, lorsqu'un cas de prévoyance est déjà survenu au moment du divorce, le juge ordonne le versement d'une indemnité équitable, laquelle, faute de base légale, ne peut être transférée sous forme liée à l'institution de prévoyance du conjoint créancier ou à une institution de libre passage². Ainsi, cette indemnité est versée sous forme de capital, mais cela pour autant que le conjoint débiteur dispose des fonds nécessaires. A défaut, le conjoint créancier, soit en général la femme, doit se contenter d'une indemnité sous forme de rente, financée à partir de la rente d'invalidité ou de vieillesse de son ex-époux. Pour l'ex-épouse, cette situation est acceptable tant que son ex-mari est en vie. Mais sa situation peut considérablement se dégrader lorsque celui-ci décède et que la rente s'éteint³. Ce défaut de protection de la femme divorcée après le décès de son ex-mari a été évoqué dans le cadre de diverses interventions parlementaires⁴.

[Rz 3] A la suite d'une motion de la Commission des affaires juridiques du Conseil national adoptée en 2006, une commission d'experts a été instituée, laquelle a rendu son rapport en mai 2009. Le Département fédéral de justice et police a élaboré un avant-projet, que le Conseil fédéral a mis en consultation en décembre 2009⁵. Un projet de loi a ensuite été soumis au Parlement, qui

¹ Message du Conseil fédéral du 29 mai 2013 concernant la révision du code civil suisse (Partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce) in : FF 2013 4341, 4345. Cf. également FERREIRA in : Bohnet/Guillod, *Droit matrimonial – Commentaire pratique*, Bâle 2016, ad art. 122 CC p. 243 n° 61, et Département fédéral de justice et police, Code civil (Partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce) – Rapport explicatif, Décembre 2009, p. 4. Pour un résumé des interventions parlementaires et des travaux de la commission d'experts, cf. GEISER, *Scheidung und das Recht der beruflichen Vorsorge, Was bringt das neue Recht?* in : AJP/PJA 10/2015 pp. 1374 ss.

² FF 2013 4341, 4353 et Département fédéral de justice et police, *op. cit.*, p. 7.

³ Département fédéral de justice et police, *op. cit.*, p. 7 et FF 2013 4341, 4348 s et 4354.

⁴ Département fédéral de justice et police, *op. cit.*, p. 7 et réf. cit.

⁵ FF 2013 4341, 4346.

a entamé ses travaux en 2014. La loi a été adoptée au vote final le 19 juin 2015. Elle entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2017.

[Rz 4] La présente contribution a pour sujet les nouveautés législatives relatives au partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce. Elle porte donc principalement sur les modifications des dispositions du Code civil (CC)⁶, du Code de procédure civile (CPC)⁷ et de la Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP)⁸. Le lecteur intéressé par les modifications d'autres actes, tels que le Code des obligations (CO)⁹, la Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP)¹⁰ et la Loi sur le libre passage (LFLP)¹¹, est invité à se référer au Message¹².

2. Bref rappel de la situation actuelle

[Rz 5] En cas de divorce, le droit actuellement en vigueur prévoit le partage des avoirs de prévoyance professionnelle acquis pendant la durée du mariage (art. 122 ss CC). Ce partage obéit à des règles différentes selon que le divorce intervient avant ou après la réalisation d'un cas de prévoyance (c'est-à-dire quand l'un des époux, ou les deux, touchent des prestations de leur institution de prévoyance en raison de l'un des événements assurés, à savoir l'atteinte de l'âge fixé ou en cas d'invalidité)¹³.

[Rz 6] Lorsque l'un des époux au moins est affilié à une institution de prévoyance professionnelle et qu'aucun cas de prévoyance n'est survenu au moment du divorce, chaque époux a droit à la moitié de la prestation de sortie de son conjoint calculée pour la durée du mariage selon les dispositions de la LFLP (art. 122 al. 1 CC). Lorsque les conjoints ont des créances réciproques, seule la différence entre ces deux créances doit être partagée (art. 122 al. 2 CC). Le montant des prestations de sortie correspond à la somme acquise depuis le jour du mariage jusqu'à l'entrée en force du prononcé du divorce lui-même¹⁴.

[Rz 7] Quand, au moment du divorce, l'un des époux, voire les deux, touchent des prestations parce qu'un cas de prévoyance s'est réalisé, on considère que le partage des prestations de sortie acquises pendant la durée du mariage n'est plus possible, car le capital est d'ores et déjà utilisé pour verser des prestations. Dans ce cas, mais également si les avoirs de prévoyance professionnelle acquis durant le mariage ne peuvent être partagés pour d'autres raisons, une indemnité équitable est due en vertu de l'art. 124 al. 1 CC¹⁵. Si les parties ne parviennent pas à trouver

⁶ CC; RS 210.

⁷ CPC; RS 272.

⁸ LDIP; RS 291.

⁹ CO; RS 220.

¹⁰ LPP; RS 831.40.

¹¹ LFLP; RS 831.42.

¹² Cf. notamment FF 2013 4341, 4377 ss.

¹³ DE LUZE/PAGE/STOUDMANN, *Droit de la famille*, Lausanne 2013, ad art. 124 CC p. 109 n° 1.3 et réf. cit.

¹⁴ Cf. DE LUZE/PAGE/STOUDMANN, *op.cit.*, ad art. 122 CC p. 89 n° 1.6 et réf. cit.

¹⁵ MICHELI/SCHWAAB/JACCOTTET TISSOT/CRETZAZ/DUPONT/CHIAVAZZA, *Divorcer, un guide juridique*, Lausanne 2014 p. 153 n° 688.

d'accord sur ce point, le juge statue en équité, en tenant compte de toutes les circonstances du cas concret¹⁶.

[Rz 8] Par ailleurs, un époux peut, par convention, renoncer en tout ou en partie à son droit au partage, à condition toutefois qu'il bénéficie d'une autre manière d'une prévoyance vieillesse et invalidité équivalente (art. 123 al. 1 CC), ce qui est vérifié d'office par le juge (art. 280 al. 3 CPC). Ce dernier peut refuser le partage, en tout ou en partie, lorsque celui-ci s'avère manifestement inéquitable pour des motifs tenant à la liquidation du régime matrimonial ou à la situation économique des époux après le divorce (art. 123 al. 2 CC).

[Rz 9] En matière de droit international privé, lorsque les tribunaux suisses sont compétents, le divorce est régi par le droit suisse, à moins que les parties ne se trouvent dans un cas d'exception de l'art. 61 al. 2 LDIP. L'art. 63 al. 1 LDIP prévoit en outre que les tribunaux suisses compétents pour connaître d'une action en divorce le sont également pour se prononcer sur les effets accessoires. Sous réserve des dispositions citées à l'art. 63 al. 2, deuxième phrase, LDIP, les effets du divorce sont régis par le droit applicable au divorce.

3. Principe du partage de la prévoyance professionnelle

[Rz 10] Le principe du partage de la prévoyance professionnelle est ancré à l'art. 122 des nouvelles dispositions du CC (ci-après : N-CC). Selon cet article, les prétentions de prévoyance professionnelle acquises durant le mariage et jusqu'à l'introduction de la procédure de divorce sont partagées entre les époux. C'est le cas que ces prétentions proviennent de la prévoyance obligatoire ou de la prévoyance non-obligatoire¹⁷. Les prestations de sortie, les rentes en cours et les éventuels avoirs de libre passage seront considérés comme des prétentions de prévoyance¹⁸.

[Rz 11] Les prétentions du premier pilier sont totalement réglées par le droit des assurances sociales : les cotisations des conjoints sont portées au compte de chacun par moitié (« splitting »)¹⁹.

[Rz 12] Quant au troisième pilier, soit ce qu'un époux a épargné pendant le mariage dans le cadre de la prévoyance libre ou de la prévoyance liée, il est soumis aux dispositions sur le régime matrimonial : cette forme de prévoyance est ainsi partagée dans le cadre de la liquidation du régime matrimonial selon les principes applicables au régime choisi par les époux²⁰. Le principe de l'exclusion du premier et du troisième pilier lors du partage de la prévoyance professionnelle demeure ainsi inchangé dans le cadre du nouveau droit²¹.

4. Moment du partage de la prévoyance professionnelle

[Rz 13] Selon le droit actuellement en vigueur, le montant des prestations de sortie correspond à la somme acquise depuis le jour du mariage jusqu'à l'entrée en force du prononcé du divorce

¹⁶ DE LUZE/PAGE/STOUDMANN, *op.cit.*, ad art. 124 CC pp. 112 et 113 n° 1.14 et réf. cit.

¹⁷ FF 2013 4341, 4358.

¹⁸ FF 2013 4341, 4358.

¹⁹ FF 2013 4341, 4359.

²⁰ Art. 120 al. 1 CC en relation avec les art. 196 ss CC ; FF 2013 4341, 4359. Cf. également ATF 129 III 257 consid. 3.2 et GEISER, *op. cit.*, p. 1374.

²¹ GEISER, *op. cit.*, p. 1376.

lui-même²². Ce système a cependant pour désavantage que ni le juge, ni les parties ne peuvent connaître à l'avance la date de l'entrée en force de ce jugement²³.

[Rz 14] Le nouveau droit prévoit que, désormais, c'est la date de l'introduction de la procédure de divorce qui constitue le moment déterminant pour le partage de la prévoyance professionnelle (art. 122 N-CC). Il s'agira par conséquent du moment du dépôt d'une requête commune en divorce ou d'une demande unilatérale en divorce²⁴.

[Rz 15] Le nouveau système légal permettra donc de déterminer précisément la date du partage des avoirs de prévoyance et également de prévenir les abus, en évitant par exemple que le conjoint créancier n'use de procédés dilatoires en cours de procédure dans le but d'augmenter le montant à partager²⁵.

[Rz 16] On relèvera enfin qu'en matière de dissolution du régime matrimonial, la loi dispose que celle-ci rétroagit au jour de la demande²⁶. Le moment déterminant sera ainsi le même pour le partage des avoirs de prévoyance professionnelle que pour la dissolution du régime matrimonial.

5. Partage avant la survenance d'un cas de prévoyance

[Rz 17] Le projet de loi ne contient pas de changement d'ordre matériel concernant le partage des prétentions de prévoyance professionnelle avant la survenance d'un cas de prévoyance²⁷.

[Rz 18] Dans un tel cas, les prestations de sortie acquises par les conjoints, y compris les avoirs de libre passage et les versements anticipés pour la propriété au logement²⁸, seront partagées entre eux par moitié (art. 123 al. 1 N-CC)²⁹. L'art. 123 N-CC est applicable lorsqu'à l'introduction de la procédure de divorce, aucun cas de prévoyance (vieillesse ou invalidité) n'est encore survenu.

[Rz 19] Si un cas de prévoyance survient avant l'introduction de la procédure de divorce et que l'un des conjoints bénéficie déjà de prestations de la prévoyance professionnelle (rente de vieillesse ou d'invalidité), le partage selon l'art. 123 N-CC porte sur les prestations de sortie du conjoint qui ne bénéficie pas encore de ces prestations. Les avoirs de prévoyance du conjoint

²² DE LUZE/PAGE/STOUDMANN, *op. cit.*, ad art. 122 CC p. 89 n° 1.6 et réf. cit.

²³ FF 2013 4341, 4359; FERREIRA, *op. cit.*, ad art. 122 CC p. 244 n° 63.

²⁴ Les prestations de sortie accumulées pendant la procédure de divorce ne seront donc pas partagées par moitié; FF 2013 4341, 4359. S'agissant du cas de prévoyance survenant en cours d'instance, cf. DUPONT, *Les nouvelles règles sur le partage de la prévoyance en cas de divorce*, in : Bohnet/Dupont, *Le nouveau droit de l'entretien de l'enfant et du partage de la prévoyance*, Bâle 2016, p. 100 s n° 138 ss.

²⁵ Cf. FERREIRA, *op. cit.*, ad art. 122 CC p. 244 n° 63.

²⁶ Cf. art. 204 al. 2 CC.

²⁷ FF 2013 4341, 4349.

²⁸ Lorsque les époux divorcent avant la survenance d'un cas de prévoyance, le versement anticipé conserve son but de prévoyance, même s'il a changé de nature : il s'agit d'un succédané de la prévoyance professionnelle; PICHONNAZ/PEYRAUD, *Le partage du 2^{ème} pilier : questions pratiques* in : PICHONNAZ/RUMO-JUNGO, *Deuxième pilier et épargne privée en droit du divorce*, 5^e symposium en droit de la famille 2009, Genève/Zurich/Bâle 2010, p. 120.

²⁹ FF 2013 4341, 4359. Conformément à l'art. 123 al. 2 N-CC, les versements uniques (rachats), y compris les intérêts, issus de biens propres au sens de l'art. 198 CC (cf. art. 22a al. 2 N-LFLP), ne sont pas soumis au partage; cf. FF 2013 4341, Le calcul de la prestation de sortie à partager est effectué selon les dispositions de la LFLP. On soulignera à ce propos la teneur du nouvel art. 22c al. 1 et 2 N-LFLP en vertu duquel il faudra prélever proportionnellement sur la part obligatoire et non-obligatoire du conjoint débiteur le montant à transférer et l'attribuer dans les mêmes proportions au conjoint créancier. Cf. FF 2013 4341, 4393 ss et l'exemple cité à la p. 4395.

bénéficiaire de prestations de la prévoyance professionnelle sont en revanche partagés selon les règles de l'art. 124 N-CC ou de l'art. 124a N-CC³⁰.

6. Partage après la survenance d'un cas de prévoyance

[Rz 20] L'une des principales nouveautés de la révision consiste à étendre le partage de la prévoyance acquise pendant la durée du mariage aux situations où un cas de prévoyance est déjà survenu au moment de l'introduction de la procédure de divorce, c'est-à-dire lorsque l'un des époux est invalide ou à la retraite³¹.

[Rz 21] Concrètement, les nouvelles dispositions font la différence entre deux cas de figure : le partage en cas de perception d'une rente d'invalidité *avant* l'âge réglementaire de la retraite (art. 124 N-CC), d'une part, et le partage en cas de perception d'une rente d'invalidité *après* l'âge réglementaire de la retraite ou d'une rente de vieillesse (art. 124a N-CC), d'autre part.

[Rz 22] Dans le premier cas, le partage peut s'effectuer dans une large mesure de façon similaire à la règle applicable avant la survenance d'un cas de prévoyance. Il y a lieu de se baser, en vertu de l'art. 124 al. 1 N-CC, sur la prestation de sortie hypothétique à laquelle l'assuré pourrait prétendre en cas d'extinction de son droit à la rente d'invalidité³². Selon l'art. 124 al. 2 N-CC, une fois déterminée la prestation de sortie hypothétique, le partage de la prévoyance s'effectuera de manière analogue à ce qui est prévu par l'art. 123 N-CC, soit un partage par moitié³³. Le partage de cette prestation de sortie hypothétique pourra avoir comme effet une réduction de la rente d'invalidité perçue par l'assuré ou une réduction de la rente de vieillesse qui lui sera allouée dès l'âge de la retraite³⁴. L'art. 124 al. 3 N-CC charge le Conseil fédéral de déterminer quels sont les cas dans lesquels le montant visé à l'al. 1 ne peut pas être utilisé pour le partage parce que la rente d'invalidité est réduite pour cause de surindemnisation. En effet, dans un tel cas, les prestations d'invalidité de la prévoyance professionnelle ne sont versées que partiellement, voire pas du tout, parce que l'assuré perçoit d'autres prestations qui compensent déjà la perte de gain due à l'invalidité³⁵. Une réglementation différente sera ainsi prévue pour ce type de configuration.

[Rz 23] Le second cas, prévu par l'art. 124a N-CC, vise la situation où, au moment de l'introduction de la procédure de divorce, l'un des conjoints perçoit une rente d'invalidité alors qu'il a déjà atteint l'âge réglementaire de la retraite ou perçoit une rente de vieillesse. Il n'est alors plus possible, contrairement à la situation d'une personne invalide qui n'a pas encore atteint l'âge de

³⁰ FF 2013 4341, 4360.

³¹ La notion de survenance d'un cas de prévoyance n'est examinée qu'en regard à la prévoyance professionnelle. La survenance d'un risque assuré dans le cadre du premier pilier (AVS/AI) n'est donc pas déterminante pour fixer le régime légal applicable au partage de la prévoyance professionnelle lors d'un divorce ; DUPONT, *op. cit.*, p. 60 n°26.

³² FF 2013 4341, 4360 s. Cf. également l'art. 26 al. 3 LPP.

³³ Il convient de préciser que les versements anticipés pour la propriété du logement ne s'ajouteront pas à la prestation de sortie hypothétique mentionnée à l'art. 124 al. 1 N-CC. Ces montants ne sont considérés comme prestation de sortie que si le divorce a lieu avant la survenance d'un cas de prévoyance (cf. art. 30 al. 6 N-LPP). Ils sont définitivement sortis de la prévoyance quand survient le cas de prévoyance. A partir de ce moment, le versement anticipé est considéré comme un versement en capital. Lorsque le versement anticipé devient un versement en capital, il y a donc un transfert d'un élément de prévoyance professionnelle dans le droit des régimes matrimoniaux, ce qui rend techniquement un partage impossible ; cf. FF 2013 4341, 4361 et p. 4388, PICHONNAZ/PEYRAUD, *op. cit.*, p. 132.

³⁴ GEISER, *op. cit.* p. 1379.

³⁵ C'est par exemple le cas lorsque parallèlement à l'assurance-invalidité, l'assurance-accidents verse aussi une rente ; FF 2013 4341, 4363.

la retraite, de calculer une prestation de sortie. En effet, lorsque l'assuré atteint l'âge de la retraite, le cas de prévoyance devient effectif : l'avoir de vieillesse de l'assuré est converti en une rente. Les prétentions de prévoyance qui se présentaient auparavant sous la forme de prestations de sortie sont ainsi définitivement transformées en revenu sous forme de rente. Dans ce cas, le partage devra s'effectuer sous la forme du partage de la prétention de prévoyance effectivement disponible à ce moment donné, c'est-à-dire la rente³⁶.

[Rz 24] L'art. 124a al. 1 N-CC prévoit que le juge apprécie les modalités du partage en tenant compte en particulier de la durée du mariage et des besoins de prévoyance de chacun des époux. Le juge déterminera la part de la rente qui devra être attribuée au conjoint créancier en fonction des circonstances concrètes et en s'appuyant sur son appréciation³⁷. Les aspects relevant du régime matrimonial et du droit de l'entretien devront être pris en compte lorsque cela s'avère nécessaire pour éviter un partage inéquitable de la rente³⁸. Selon l'art. 124a al. 2 N-CC, la part de rente attribuée au conjoint créancier sera convertie en rente viagère, ce qui a pour avantage de procurer au conjoint créancier une prétention à vie, indépendamment du décès ultérieur du conjoint débiteur ou d'un remariage du conjoint créancier³⁹. L'institution de prévoyance du conjoint débiteur lui versera cette dernière ou la transférera dans sa prévoyance professionnelle (art. 124a al. 2 N-CC deuxième phrase)⁴⁰.

[Rz 25] Il convient de préciser que les fonds obtenus dans le cadre de l'art. 124a N-CC par le conjoint créancier ne percevant pas encore lui-même de prestations de prévoyance professionnelle doivent en principe servir à la prévoyance. Au cas où ce dernier n'aurait pas encore atteint l'âge de la retraite, ses prétentions sur les rentes de son conjoint ne lui seront pas directement versées mais seront transférées à son institution de prévoyance, à une institution de libre passage ou à l'institution supplétive⁴¹.

[Rz 26] Il revient au Conseil fédéral de régler la conversion technique de la part de rente attribuée au conjoint créancier en une rente viagère ainsi que la manière de procéder lorsque les prestations de vieillesse sont différées ou que la rente d'invalidité est réduite pour cause de surindemnisation⁴².

[Rz 27] Enfin, il s'agit de préciser que le droit à une rente pour enfant existant au moment de l'introduction d'une procédure de divorce n'est pas touché par le partage des avoirs de prévoyance professionnelle au sens de l'art. 124a N-CC⁴³. Par contre, lorsque le droit à une rente pour enfant ne naît qu'après l'introduction de la procédure de divorce, cette rente sera calculée sur la partie

³⁶ FF 2013 4341, 4363 s.

³⁷ Selon le Message, le juge devra s'inspirer du principe du partage par moitié. Lorsque le mariage a eu une grande influence sur la situation professionnelle des conjoints durant de longues années, pendant lesquelles la plus grande partie de la prévoyance a été constituée, un partage de la rente entière par moitié devrait être équitable. Tel ne serait par contre pas le cas, et seule une partie de la rente devrait dès lors être partagée, si le mariage, conclu quelques années avant la retraite, a été de courte durée. De surcroît, dans le cadre de l'évaluation des besoins de prévoyance de chacun des conjoints, il s'agira de toujours mettre en balance ceux des deux intéressés, et non de tenir compte des besoins de chaque époux pris isolément ; FF 2013 4341, 4364.

³⁸ FF 2013 4341, 4365.

³⁹ Ceci découle notamment d'une volonté politique de mieux protéger les « veuves divorcées » ; cf. supra 1.2. Voir à cet égard l'avis de GEISER, *op. cit.* pp. 1379 s.

⁴⁰ Cf. sur les modalités du versement de la rente : DUPONT, *op. cit.*, pp. 73 ss n°60 ss.

⁴¹ FF 2013 4341, 4366.

⁴² FF 2013 4341, 4367.

⁴³ Cf. art. 17 al. 2 N-LPP.

du droit à la rente qui revient à l'assuré après le partage de la prévoyance, l'autre partie étant octroyée définitivement à l'autre conjoint⁴⁴.

7. Assouplissement des règles de partage

[Rz 28] Lorsque le partage par moitié de la prévoyance professionnelle s'avère inéquitable, il est envisageable de s'en écarter.

[Rz 29] L'art. 124b N-CC règle les conditions auxquelles les époux (al. 1) ou le juge (al. 2 et 3) peuvent déroger au principe du partage par moitié.

[Rz 30] Comme le leur permet déjà le droit en vigueur, les époux peuvent renoncer en tout ou partie au partage dans une convention sur les effets du divorce⁴⁵. Les conditions auxquelles la renonciation peut avoir lieu sont cependant assouplies, puisque le conjoint renonçant ne doit plus bénéficier d'une autre manière d'une prévoyance vieillesse et invalidité *équivalente*, mais seulement *adéquate* (art. 124b al. 1 N-CC). Cette règle est applicable, qu'un cas de prévoyance ou non soit intervenu au moment du dépôt de la procédure de divorce⁴⁶.

[Rz 31] Les époux pourront également décider d'attribuer plus de la moitié de la prestation de sortie au conjoint créancier, à condition que le conjoint qui transfère plus de la moitié de ses prétentions continue de bénéficier d'une prévoyance adéquate. Bien que cette règle accorde une plus grande autonomie aux parties, il n'en demeure pas moins que celui ou celle qui renonce au partage devra expliquer au juge pourquoi il ou elle agit ainsi et dans quelle mesure sa prévoyance est assurée. Le juge devra ensuite vérifier d'office que le conjoint qui renonce au partage bénéficie tout de même d'une prévoyance adéquate (art. 280 al. 3 N-CPC)⁴⁷.

[Rz 32] En vertu de l'art. 124b al. 2 N-CC, le juge peut attribuer moins de la moitié de la prestation de sortie au conjoint créancier ou n'en attribuer aucune pour de justes motifs. C'est le cas en particulier lorsque le partage par moitié s'avère inéquitable en raison de la liquidation du régime matrimonial ou de la situation économique des époux après le divorce (ch. 1), ou des besoins de prévoyance de chacun des époux, compte tenu notamment de leur différence d'âge (ch. 2)⁴⁸. Cela étant dit, toute inégalité résultant du partage ne constitue pas forcément un juste motif au sens de cet alinéa. Les proportions du partage ne doivent toutefois pas être inéquitables⁴⁹. On rappellera par ailleurs que l'art. 124b al. 2 N-CC concerne uniquement la prestation de sortie, c'est-à-dire celle pouvant être perçue lorsque le conjoint concerné n'a pas encore atteint l'âge de la retraite⁵⁰.

⁴⁴ FF 2013 4341, 4385. Sur cette problématique et en particuliers sur les inégalités de traitement des enfants dont il en découle, cf. DUPONT, *op. cit.*, pp. 103 ss n° 149 ss.

⁴⁵ Il n'est ainsi pas possible, par contrat de mariage, de renoncer totalement ou partiellement au partage ou de prévoir l'attribution de plus de la moitié des prestations de prévoyance acquises durant le mariage ; FF 2013 4341, 4370.

⁴⁶ FF 2013 4341, 4369.

⁴⁷ Il s'agira en particulier pour le juge de tenir compte des conditions de vie et de l'âge du conjoint qui renonce à sa part ou transfère plus de la moitié de sa prestation ; FF 2013 4341, 4369.

⁴⁸ Pour des exemples, cf. FF 2013 4341, 4370 et 4371.

⁴⁹ FF 2013 4341, 4371.

⁵⁰ Dans le cas où l'un des époux aurait atteint l'âge de la retraite, l'art. 124a al. 1 N-CC confère au juge la latitude nécessaire pour partager les prétentions en fonction des besoins de chacun d'entre eux. L'art. 124b N-CC prévoit cependant un correctif pour les situations où l'on partage la rente d'un conjoint conformément à l'art. 124a N-CC tandis que l'on doit partager par moitié la prestation de sortie de l'autre conjoint acquise durant le mariage. Pour le législateur, il était en effet important de prévoir un correctif pour le partage de la prestation de sortie également, afin d'éviter une issue inéquitable ; cf. FF 2013 4341, 4370.

Il convient aussi de préciser que l'art. 124b al. 2 N-CC ne dresse pas une liste exhaustive des justes motifs pour lesquels le juge pourra renoncer au partage par moitié. D'autres cas de figure sont envisageables, comme par exemple celui où le conjoint créancier ne se serait pas conformé à son obligation d'entretien, auquel cas il paraîtrait insatisfaisant qu'il puisse exiger la moitié de la prestation de sortie du conjoint débiteur⁵¹.

[Rz 33] L'art. 124b al. 3 N-CC permet au juge d'ordonner l'attribution de plus de la moitié de la prestation de sortie au conjoint créancier lorsque celui-ci prend en charge des enfants communs après le divorce et que le conjoint débiteur dispose encore d'une prévoyance vieillesse et invalidité adéquate⁵². Bien que l'attribution de plus de la moitié de la prestation ne soit pas expressément citée à l'art. 124a N-CC, le juge pourra prendre en compte les motifs pouvant conduire à un tel partage dans le cadre de son pouvoir d'appréciation. Il se peut donc que dans certains cas, il attribue plus de la moitié de la rente au conjoint créancier⁵³.

8. Compensation des prétentions réciproques

[Rz 34] L'art. 124c N-CC règle la procédure de compensation des prétentions réciproques des conjoints selon le nouveau droit.

[Rz 35] Aux termes du premier alinéa de cette disposition, les prétentions réciproques des époux à des prestations de sortie sont compensées entre elles, ce qui correspond à l'actuel art. 122 al. 2 CC. Selon cet alinéa, les parts de rente sont également compensées entre elles. Comme pour la compensation des prestations de sortie, le juge n'attribue que la différence entre les rentes, et celle-ci est ensuite convertie en une prétention viagère en faveur du conjoint créancier en vertu de l'art. 124a al. 2 N-CC⁵⁴.

[Rz 36] Si seul l'un des conjoints perçoit une rente de vieillesse ou d'invalidité à l'âge de la retraite alors que l'autre a encore des prétentions à une prestation de sortie, le partage de la prévoyance s'effectue en principe sous la forme du partage de la rente pour l'un des conjoints et de celui de la prestation de sortie pour l'autre⁵⁵. Selon l'art. 124c al. 2 N-CC, dans un tel cas, les prestations de sortie ne peuvent être compensées par des parts de rente que si les époux et leurs institutions de prévoyance respectives y consentent.

9. Exécution ne pouvant être raisonnablement exigée et exécution impossible

[Rz 37] Selon l'art. 124d N-CC, si l'exécution du partage au moyen de la prévoyance professionnelle ne peut être raisonnablement exigée compte tenu des besoins de prévoyance de chacun des

⁵¹ FF 2013 4341, 4371.

⁵² Cette manière de procéder permet de tenir compte du fait que dans un tel cas, le conjoint créancier ne pourra pas forcément exercer une activité professionnelle à temps plein après le divorce et aura par conséquent du mal à se constituer une prévoyance digne de ce nom; FF 2013 4341, 4372.

⁵³ FF 2013 4341, 4372.

⁵⁴ FF 2013 4341, 4372.

⁵⁵ FF 2013 4341, 4372.

époux, le conjoint débiteur est redevable au conjoint créancier d'une prestation en capital payée depuis les fonds libres de l'époux débiteur⁵⁶.

[Rz 38] Cette nouvelle possibilité, qui offre davantage de souplesse, est une exception au principe selon lequel le partage de la prévoyance s'effectue au moyen des fonds de prévoyance. Dans la mesure où elle nécessite de tenir compte des besoins de prévoyance des deux conjoints, cela implique qu'il y ait suffisamment de fonds libres à disposition⁵⁷.

[Rz 39] Dans les cas où malgré la nouvelle réglementation, l'exécution du partage au moyen de la prévoyance professionnelle s'avère impossible, l'art. 124e N-CC prévoit que le conjoint débiteur est redevable au conjoint créancier d'une indemnité équitable sous la forme d'une prestation en capital ou d'une rente. C'est le cas par exemple lorsqu'il n'y a pas de prestation de sortie disponible, ou lorsqu'il n'y a pas de prétentions hypothétiques à une prestation de sortie (invalidité) ou qu'il n'est pas possible d'y recourir en raison d'une réduction pour surindemnisation. Cela peut aussi survenir lorsque le partage des prétentions à une rente en vertu de l'art. 124a N-CC n'est pas réalisable⁵⁸.

[Rz 40] La rente octroyée sur la base de l'art. 124e al. 1 N-CC ne s'éteint pas avec le remariage du conjoint créancier et une fois fixée, elle ne sera pas modifiable. Si le débiteur du paiement sous forme de cette rente décède, son ex-conjoint aura droit, pour autant que les conditions requises soient remplies, aux prestations pour survivants prévues à l'art. 20 al. 1 Ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2)⁵⁹. Toutefois, les prestations pour survivants de la prévoyance professionnelle prendront fin en cas de remariage⁶⁰.

[Rz 41] D'après l'art. 124e al. 2 N-CC, à la demande du conjoint débiteur, un jugement suisse peut être adapté lorsque des prétentions de prévoyance existant à l'étranger ont été compensées par une indemnité équitable au sens de l'al. 1 et que ces prétentions de prévoyance ont par la suite été partagées en vertu d'une décision étrangère contraignante pour le débiteur étranger des prestations de prévoyance. Cette possibilité est détaillée sous le chiffre 11 ci-après (Aspects de droit international privé).

10. Obligation d'annoncer les avoirs de prévoyance professionnelle

[Rz 42] Lors d'un divorce, il peut s'avérer difficile de déterminer l'ensemble des avoirs de prévoyance professionnelle des époux, notamment dans les cas où ceux-ci sont peu coopératifs ou absents⁶¹.

⁵⁶ Cf. DUPONT, *op. cit.*, p. 89 s n° 109 ss. Une prestation sous forme de rente ne sera pas possible, puisque dans un tel cas, les mêmes problèmes qu'actuellement se poseraient après le décès du conjoint débiteur (cf. la problématique des « veuves divorcées », *infra* 1.2). Par ailleurs, ce sont les besoins de prévoyance des époux qui sont déterminants dans le cadre de l'application de cet article. D'autres motifs, par exemple fiscaux, ne suffiront pas pour s'écarter du principe du partage de la prévoyance aux moyens des fonds de la prévoyance professionnelle ; cf. FF 2013 4341, 4374.

⁵⁷ FF 2013 4341, 4373 ; cf. également l'exemple cité par le Message à cette page.

⁵⁸ FF 2013 4341, 4374. Le Message mentionne l'exemple du régime des retraites prévu par la Confédération et certains cantons et communes en faveur de groupes de personnes déterminés, tels que les magistrats ou les professeurs, ou le cas dans lequel les avoirs de prévoyance entrant en ligne de compte se trouvent à l'étranger.

⁵⁹ Ordonnance fédérale du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité ; RS 831.441.1.

⁶⁰ FF 2013 4341, 4375.

⁶¹ FF 2013 4341, 4400.

[Rz 43] Le nouvel art. 24a N-LFLP permettra de résoudre en partie ce problème, puisqu'il prévoit que chaque année avant la fin du mois de janvier, les institutions de prévoyance et les institutions qui gèrent des comptes ou des polices de libre passage devront déclarer à la Centrale du 2^e pilier toutes les personnes pour lesquelles elles ont géré un avoir au cours du mois de décembre de l'année précédente. Il sera donc possible de contacter les institutions de prévoyance et de libre passage concernées et de leur demander où se trouve l'avoir de prévoyance, s'il a déjà été transféré ou versé, ou sinon quel est le montant de la partie de l'avoir constituée pendant le mariage et si celle-ci peut être partagée⁶².

[Rz 44] L'obligation d'annoncer concernera tous les assurés actifs qui étaient affiliés début décembre ou qui sont entrés dans l'institution courant décembre, ainsi que ceux qui sont déjà sortis de l'institution ou qui en sont sortis courant décembre, mais dont les avoirs n'ont pas encore été transférés dans une autre institution de prévoyance ou de libre passage ou ne l'ont été que courant décembre⁶³.

11. Aspects de droit international privé

[Rz 45] Le nouvel art. 61 N-LDIP supprime les al. 2 à 4 de la disposition actuelle, qui prévoient des exceptions au principe selon lequel le divorce est régi par le droit suisse, ce qui permettra ainsi de rendre le droit suisse applicable à tout divorce ayant lieu en Suisse⁶⁴.

[Rz 46] S'agissant des effets accessoires du divorce, les nouvelles dispositions prévoient que la compétence du tribunal suisse est exclusive en ce qui concerne le partage des avoirs détenus auprès d'une institution de prévoyance suisse (art. 63 al. 1^{bis} N-LDIP). Les époux ne pourront donc pas convenir d'un autre for pour les prétentions dont ils disposent en Suisse⁶⁵. En outre, les décisions étrangères relatives au partage d'avoirs détenus auprès d'institutions de prévoyance suisses ne seront pas reconnues. Une action en complément du jugement de divorce devra donc être intentée en Suisse pour régler cette question lorsque les époux auront divorcé à l'étranger⁶⁶.

[Rz 47] Aux termes de l'art. 63 al. 2, première phrase, N-LDIP, le droit suisse, qualifié d'exclusif par l'art. 61 N-LDIP, s'appliquera aux effets accessoires du divorce. Le même principe est prévu en cas de complément ou de modification du jugement de divorce (art. 64 al. 1^{bis} et al. 2, première phrase, N-LDIP).

[Rz 48] La modification de la LDIP implique en outre que le droit suisse sera également déterminant pour le partage des prétentions de prévoyance à l'étranger⁶⁷. Il n'est toutefois pas certain

⁶² FF 2013 4341, 4400.

⁶³ FF 2013 4341, 4400 s.

⁶⁴ FF 2013 4341, 4379.

⁶⁵ FF 2013 4341, 4379 s.

⁶⁶ CARDINAUX, *Le partage des prétentions de prévoyance en cas de « divorce international »*, in : Fountoulakis/Jungo, *Patrimoine de la famille : Entretien, régimes matrimoniaux, deuxième pilier et aspects fiscaux*, 8^e symposium en droit de la famille 2015, Genève/Zurich/Bâle 2016, pp. 97 ss, p. 116.

⁶⁷ FF 2013 4341, 4380. On peut donc imaginer que l'époux qui ne peut pas obtenir le partage par moitié à l'étranger, mais un partage moins favorable, saisisse les tribunaux suisses, lorsqu'il a le choix, dans le but d'obtenir le partage selon le droit suisse, qui lui serait plus avantageux. Selon GEISER, le droit étranger pourra toutefois être appliqué à la place du droit suisse dans certaines situations en application de l'art. 15 LDIP, soit lorsqu'au regard de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la cause n'a qu'un lien très lâche avec le droit suisse et qu'elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit ; cf. GEISER, *op.cit.*, p. 1385.

qu'un tribunal suisse puisse réellement exécuter le partage d'un avoir auprès d'une institution de prévoyance étrangère. La doctrine suisse émet des doutes quant au fait que les injonctions de tribunaux suisses puissent déployer de quelconques effets contraignants sur des institutions de prévoyance étrangères⁶⁸.

[Rz 49] Ainsi, en cas d'avoirs de prévoyance à l'étranger, le tribunal suisse se fondera plutôt sur les deux possibilités suivantes :

- Si le partage des prétentions de prévoyance étrangères effectué en vertu du CC n'est pas reconnu dans l'Etat concerné et qu'il ne peut dès lors pas être exécuté à l'étranger, le juge suisse fixera une indemnité équitable sous la forme d'une prestation en capital ou d'une rente (art. 124e al. 1 N-CC), avec la possibilité d'adapter le jugement par la suite en cas de partage de l'avoir de prévoyance à l'étranger (art. 124e al. 2 N-CC)⁶⁹. Cette solution a l'avantage de la célérité⁷⁰.
- S'il est possible d'obtenir une décision judiciaire dans l'Etat concerné, le juge suisse pourra renvoyer le partage de la prévoyance professionnelle dans son ensemble à une procédure séparée, laquelle sera suspendue en attendant que le tribunal étranger ait rendu une décision de partage (art. 283 al. 3 N-CPC). Le tribunal qui suspend la procédure pourra établir une clé de répartition si le tribunal étranger est susceptible de reconnaître sa décision⁷¹. Le partage dans son ensemble restera cependant de la compétence du tribunal suisse et demeurera soumis au droit suisse. Autrement dit, le juge helvétique devra veiller à ce que le résultat final corresponde aux principes du CC⁷². Cette solution, bien que susceptible de prolonger la procédure concernant le partage de la prévoyance professionnelle, présente l'avantage de pouvoir tenir compte, dans le jugement suisse, du partage effectué auparavant à l'étranger et d'éviter une procédure ultérieure pour adapter le jugement suisse, comme c'est le cas avec l'application de l'art.124e N-CC.

12. Droit transitoire

[Rz 50] Selon les dispositions transitoires, le traitement de la prévoyance professionnelle en cas de divorce sera régi par le nouveau droit dès l'entrée en vigueur de celui-ci (art. 7d al. 1 du titre final N-CC ; cf. également art. 407b N-CPC).

[Rz 51] Les procès en divorce pendants devant une instance cantonale seront soumis au nouveau droit dès l'entrée en vigueur de celui-ci (art. 7d al. 2 du titre final N-CC).

[Rz 52] Lorsque la décision attaquée a été prononcée avant l'entrée en vigueur du nouveau droit, le Tribunal fédéral appliquera l'ancien droit. Il en ira de même en cas de renvoi à l'autorité cantonale (art. 7d al. 3 du titre final N-CC).

[Rz 53] Selon le droit actuel, l'indemnité équitable due selon l'art. 124 CC, lorsqu'un cas de prévoyance est déjà survenu ou que les prétentions en matière de prévoyance professionnelle ac-

⁶⁸ FF 2013 4341, 4381.

⁶⁹ FF 2013 4341, 4380 s.

⁷⁰ CARDINAUX, *op. cit.* p. 110.

⁷¹ FF 2013 4341, 4378.

⁷² FF 2013 4341, 4381.

quises durant le mariage ne peuvent être partagées pour d'autres motifs, peut notamment être versée sous forme de rente, puisque la loi ne précise pas sous quelle forme l'indemnité doit être honorée⁷³.

[Rz 54] L'art. 7e du titre final N-CC prévoit que lorsque le tribunal, dans le cas d'un divorce prononcé conformément à l'ancien droit après la survenance d'un cas de prévoyance, a attribué au conjoint créancier une indemnité sous la forme d'une rente qui ne s'éteint qu'au décès du conjoint débiteur ou du conjoint créancier⁷⁴, ce dernier peut demander au tribunal, dans le délai d'un an à compter de l'entrée en vigueur du nouveau droit, qu'une rente viagère au sens de l'art. 124a N-CC lui soit attribuée en lieu et place si le conjoint débiteur perçoit une rente de vieillesse ou une rente d'invalidité après l'âge réglementaire de la retraite⁷⁵. Cette conversion modifie la nature juridique de la rente puisqu'au lieu de dépendre du droit civil, elle dépendra du droit de la prévoyance professionnelle : elle ne sera plus versée par l'ex-conjoint mais par son institution de prévoyance⁷⁶. Le conjoint créancier devra présenter sa demande de conversion auprès du tribunal qui a prononcé le jugement de divorce ou qui a ratifié la convention sur les effets du divorce⁷⁷.

[Rz 55] Selon l'art. 7e al. 2 du titre final N-CC, cette possibilité s'étend également au conjoint créancier bénéficiant d'une indemnité équitable sous la forme d'une rente d'entretien en vertu d'un jugement étranger. Pour les décisions étrangères, la compétence se détermine conformément à l'art. 64 N-LDIP⁷⁸.

Jeanne-Marie Monney, master en droit, Greffière au sein de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal du canton de Vaud et vice-présidente du Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de l'Est vaudois depuis le mois d'août 2016.

La présente contribution engage uniquement son auteure.

⁷³ FERREIRA, *op. cit.*, ad art. 124 CC n° 30 p. 260.

⁷⁴ Il faut qu'il s'agisse d'une rente de durée illimitée. S'il était prévu que le conjoint débiteur ne soit tenu de verser une rente que pour une certaine durée, il sera impossible d'effectuer une conversion en rente viagère ; cf. FF 2013 4341, 4376.

⁷⁵ La conversion ne sera possible que si le juge a ordonné l'attribution d'une indemnité parce qu'un cas de prévoyance est déjà survenu au moment du divorce. Il ne sera ainsi pas possible d'appliquer cet article lorsque le juge a attribué une indemnité parce que les prétentions de prévoyance professionnelle n'ont pas pu être partagées pour d'autres motifs, par exemple lorsqu'un conjoint s'est fait verser sa prestation de sortie en espèces pendant le mariage (art. 5 LFLP). La conversion ne pourra pas non plus avoir lieu si le jugement prévoyait une indemnité sous forme d'une prestation en capital ; cf. FF 2013 4341, 4376.

⁷⁶ FF 2013 4341, 4375 et 4376.

⁷⁷ FF 2013 4341, 4376.

⁷⁸ Sur cette thématique, cf. CARDINAUX, *op. cit.* pp. 112 s.