

Divorce et prévoyance professionnelle: nouvelles règles, nouveaux enjeux



Anne-Sylvie Dupont,
professeure*.

Depuis le 1^{er} janvier 2017, on ne divorce plus tout à fait comme avant. Les règles qui régissent le partage de la prévoyance professionnelle (2^e pilier¹) après divorce ont, en effet, fait l'objet d'une importante révision législative².

Cet article a pour objectif de présenter de manière concise³ les principaux éléments auxquels il faut désormais être attentif. Afin de rassurer le lecteur, précisons d'emblée que dans les grands principes, à l'exception de quelques détails, rien ne change⁴: on doit procéder au partage de la prévoyance professionnelle après un divorce (art. 122 CC), en principe par moitié (art. 123 al. 1 CC), en tout cas lorsque le divorce intervient avant la survenance d'un cas de prévoyance (cf. infra 2.) ou lorsqu'il intervient après la survenance d'un cas de prévoyance «invalidité» (cf. infra 3.)⁵. Les choses sont en revanche devenues un peu plus subtiles lorsque le divorce intervient après que l'un des conjoints – voire les deux – a atteint l'âge de la retraite (cf. infra 4).

Il reste naturellement possible, pour les époux, de convenir d'autres modalités de partage, voire d'y renoncer complètement. Le juge jouit cependant désormais d'un pouvoir de contrôle plus large à l'égard de leurs conventions (cf. infra 5). Parfois, le partage s'avérera inexigible, voire impossible (cf. infra 6).

1. Quelques changements généraux

De manière toute générale, notons deux modifications importantes par rapport aux règles en vigueur jusqu'à la fin de l'an dernier. La première concerne les conjoints, respectivement leurs conseils, la seconde davantage les caisses de pension:

- la date déterminante pour le calcul de la prestation de sortie à partager n'est plus la date de l'entrée en force du jugement de divorce, mais celle de l'introduction de la procédure de divorce, soit le dépôt d'une requête commune ou d'une demande unilatérale en divorce⁶. Le législateur entendait ainsi donner aux parties et au juge une date fixe, connue, à laquelle procéder au calcul. Cette solution a l'avantage de calquer la date du partage de la prévoyance professionnelle sur celle de la liquidation du régime matrimonial. Elle présente, en revanche, l'inconvénient de dissocier le partage du 2^e pilier du splitting intervenant dans le 1^{er} pilier⁷, ce qui peut engendrer un déséquilibre contraire à la «prévoyance adéquate» exigée dans l'hypothèse d'une solution négociée (art. 124b al. 1 CC) ou

faussant la prise en considération des «besoins de prévoyance de chacun des époux» (art. 124b al. 2 ch. 2 et 124d CC⁸;

- les caisses de pension n'ont plus le choix de prélever, respectivement de créditer où bon leur semble les avoirs de prévoyance pour exécuter le partage. Il est désormais nécessaire d'observer proportionnalité et parallélisme entre prévoyance obligatoire et prévoyance surobligatoire. Ainsi, l'avoire à prélever devra l'être proportionnellement sur la part obligatoire et la part surobligatoire; il sera crédité de la même manière auprès de l'institution de prévoyance du conjoint bénéficiaire du partage⁹. Ceci permet d'éviter que les caisses de pension ne tirent profit du divorce, en prélevant la part revenant à l'autre conjoint sur la prévoyance obligatoire, mieux rémunérée, et soit créditée dans la prévoyance surobligatoire du conjoint créancier, souvent moins bien rémunérée. Il en découlera, pour les caisses de pension, un devoir accru en termes d'informations à conserver et à transmettre¹⁰.

2. Divorce avant la survenance d'un

cas de prévoyance (art. 123 CC)

Sous réserve des changements mentionnés au paragraphe précédent, le partage de la prévoyance après divorce obéit aux mêmes règles aujourd'hui que sous l'ancien droit lorsque la procédure de divorce est introduite avant la survenance d'un cas de prévoyance. Comme on l'a fait jusqu'à présent, l'opération consiste à partager par moitié les prestations de sortie acquises pendant la durée du mariage¹¹, le montant de ces dernières étant calculé de la même manière que par le passé¹².

Deux points qui, sous l'ancien droit, ont donné lieu à des difficultés et nécessité une réponse prétoirienne sont désormais réglés dans la loi, sans que cela entraîne de modification sur le plan matériel:

- les versements anticipés à des fins d'encouragement de la propriété du logement sont comptabilisés dans le montant des prestations de sortie à partager. On tient compte de leur valeur nominale, sans ajouter d'intérêts dès lors que le capital investi dans l'immeuble n'en a pas rapporté (art. 123 al. 1 CC)¹³;
- en revanche, les rachats effectués au moyen de biens propres au sens de l'art. 198 CC ne sont pas comptabilisés¹⁴. La conclusion d'un contrat de mariage n'a pas d'effet sur cette règle.

3. Divorce après la survenance du cas de prévoyance «invalidité» (art. 124 CC)

3.1. La survenance de l'invalidité

La définition de l'invalidité dans la prévoyance professionnelle obligatoire (LPP) est la même que dans l'assurance-invalidité. Il s'agit de la «perte de gain présumée perma-

nente ou de longue durée» décrite aux art. 7 et 8 LPGA. Dans la prévoyance surobligatoire, la définition de l'invalidité peut être différente; il faut, sur ce point, consulter le règlement de prévoyance.

La survenance du cas de prévoyance «invalidité» suppose que les conditions matérielles faisant naître le droit à des prestations soient réalisées¹⁵. Ainsi, la seule survenance d'une période d'incapacité de travail, dont on ne sait pas encore si elle évoluera vers une situation d'invalidité, n'est pas suffisante. En revanche, si les conditions matérielles du droit aux prestations d'invalidité sont réalisées, le cas de prévoyance est survenu même si l'époux concerné, concrètement, ne touche pas de prestations de sa caisse de pension en raison d'un cas de surindemnisation¹⁶.

3.2. Le substrat du partage

La difficulté réside ici dans le fait que la prestation de sortie de l'époux rentier n'est disponible que virtuellement, puisqu'elle est utilisée pour le versement des prestations. Si le droit aux prestations devait s'éteindre à l'issue d'une procédure de révision, la prestation de sortie serait à nouveau disponible pour un partage. C'est dans ce sens que le nouveau droit prévoit le partage d'une prestation de sortie dite «hypothétique», soit celle à laquelle l'assuré aurait droit en application de l'art. 2 al. 1ter LFLP en cas de suppression de sa rente d'invalidité¹⁷ (art. 124 al. 1 CC).

Cette prestation de sortie hypothétique est calculée par les institutions de prévoyance. Elle est, cas échéant, ajoutée à une prestation de sortie réelle, et partagée conformément aux principes généraux exposés ci-dessus (cf. supra 2).

3.3. Les modalités concrètes du partage

Si la prestation de sortie hypothétique doit être comptabilisée dans

*Aux Facultés de droit de Neuchâtel et de Genève.

¹Ces règles ne concernent pas le partage du 3^e pilier, qui est réglé dans le cadre de la liquidation du régime matrimonial.

²RO 2016 2313; FF 2013 4341.

³Pour une présentation plus détaillée, cf. Anne-Sylvie Dupont, Les nouvelles règles sur le partage de la prévoyance en cas de divorce, in: Bohnet/Dupont (Ed.), Le nouveau droit de l'entretien de l'enfant et du partage de la prévoyance, Neuchâtel 2016, pp. 47 ss; Audrey Leuba, Le nouveau droit du partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce, FamPra 01/2017, pp. 3 ss; Jeanne-Marie Monney, Révision du partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce, in: Jusletter du 28 novembre 2016.

⁴Cf. également Leuba (note 3), pp. 7 s.

⁵Sur la question de la survenance d'un cas de prévoyance en cours d'instance, cf. Dupont (note 3), N 138 ss.

⁶Cf. Dupont (note 3), N 15.

⁷Cf. art. 29quinquies al. 3 LAVS.

[8] Sur cette question, cf. Anne-Sylvie Dupont, Les nouvelles règles de partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce et les autres régimes d'assurances sociales, FamPra 01/2017, pp. 38 ss, pp. 41 ss.

⁹Sur cette question, cf. Dupont (note 3), N 144 ss.

¹⁰Cf. Monney (note 3), N 42 ss.

¹¹Soit jusqu'à l'introduction de la procédure (cf. supra 1).

¹²Cf. Dupont (note 3), N 19.

¹³Cf. Dupont (note 3), N 21.

¹⁴Cf. Dupont (note 3), N 22.

¹⁵Le droit à une rente AI n'est en revanche pas déterminant (cf. Dupont [note 3], N 26).

¹⁶TF, 8 août 2016, 9C_704/2015.

¹⁷Sur la notion de prestation de sortie hypothétique, cf. Leuba (note 3), pp. 11 s.

les avoirs à partager, elle ne doit autant que possible pas servir pour l'exécution concrète du partage¹⁸. En effet, la réduction de la prestation de sortie pourrait avoir un impact sur le montant de la rente en cours¹⁹. On utilisera ainsi en priorité les avoirs de prévoyance «réels», par exemple une police ou un compte de libre passage, ou, chez une personne partiellement invalide et travaillant à temps partiel, la prestation de sortie détenue par l'institution de prévoyance de son employeur. Ce n'est que si ces avoirs sont insuffisants qu'on touchera effectivement à la prestation de sortie hypothétique.

Dans certains cas, la prestation de sortie hypothétique ne peut pas être utilisée pour le partage. Il en va notamment ainsi lorsque la rente n'est pas versée en raison d'une situation de surindemnisation durable²⁰. L'exécution est alors impossible au sens de l'art. 124e CC, et le conjoint débiteur du partage sera redevable d'une indemnité équitable sous forme de rente ou de capital (cf. infra 6).

4. Divorce après la survenance du cas de prévoyance «vieillesse» (art. 124a CC)

4.1. La survenance de la vieillesse

Le cas de prévoyance «vieillesse» survient lorsqu'on atteint l'âge réglementaire donnant droit à une prestation de vieillesse²¹, ou lorsqu'on a fait valoir son droit à une retraite anticipée²². En revanche, le seul fait d'atteindre l'âge permettant de prendre une retraite anticipée, mais sans exercer ce droit, est insuffisant. De même, le cas de prévoyance n'est pas non plus considéré comme s'étant réalisé si et tant que le conjoint concerné a reporté le

versement de sa rente de vieillesse²³.

4.2. Le substrat et les règles du partage

Si, au moment de l'ouverture de la procédure de divorce, le cas de prévoyance «vieillesse» s'est réalisé, il n'existe plus de prestation de sortie à partager, puisqu'elle est définitivement affectée au versement de la rente²⁴. Ce sont donc les prestations elles-mêmes (soit la rente) qui vont être partagées.

Le calcul s'opère de la manière suivante:

- dans un premier temps, il faut déterminer la part de la rente qui revient à l'autre conjoint. La règle du partage par moitié ne s'applique pas automatiquement dans ce cas; il faut bien plus tenir compte de l'ensemble des circonstances, en particulier de la durée du mariage et des besoins de prévoyance de chacun des époux²⁵. En guise de point de repère, le Conseil fédéral a mis à disposition, en annexe du message accompagnant la révision législative, un tableau permettant de déterminer la part de la prévoyance acquise pendant la durée du mariage ainsi qu'un exemple (annexe I²⁶). Dans son Message, le Conseil fédéral indique par ailleurs, pour donner une mesure, que «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»²⁷, le partage par moitié devrait en principe s'avérer équitable;
- la part de rente attribuée à l'autre conjoint doit ensuite être convertie en rente viagère²⁸. Pour ce faire on utilisera la méthode décrite à l'art. 19h OLP et à l'annexe à laquelle cette disposition envoie, ou, plus pragmatiquement, l'outil mis à disposition par l'OFAS sur son site internet²⁹.

4.3. Les modalités concrètes du partage

La particularité de la nouvelle solution adoptée par le législateur lorsque les époux divorcent après que l'un d'eux a atteint l'âge de la retraite est que la rente viagère due au conjoint créancier du partage lui sera versée par l'institution de prévoyance du conjoint débiteur. Ainsi, le décès de ce dernier ne mettra plus en péril la prévoyance du conjoint créancier, pas plus que son insolvabilité.

Concrètement, le versement de la rente dépendra de la situation du conjoint créancier:

- si lui-même n'a pas encore atteint l'âge de la retraite, l'institution de prévoyance du conjoint débiteur versera la rente auprès de sa propre caisse de pension, ce qui améliorera son avoir de vieillesse, et donc ses futures prestations de vieillesse³⁰. S'il n'est pas assuré en prévoyance professionnelle, il désignera l'institution de libre passage de son choix. A défaut, le versement sera effectué auprès de l'Institution supplétive;
- si le conjoint créancier est au bénéfice d'une rente entière de l'assurance-invalidité ou s'il a atteint l'âge minimal pour une retraite anticipée (58 ans), il peut demander à ce que la rente lui soit versée directement³¹;
- s'il a atteint l'âge de la retraite, l'institution de prévoyance de son ex-conjoint lui versera sa rente directement^{32,33}.

La rente versée au conjoint débiteur du partage est définitivement amputée de la part attribuée à l'autre conjoint, même si ce dernier venait à décéder. La réduction de sa rente n'affecte pas les rentes complémentaires pour enfants³⁴ auquel il avait droit avant l'ouverture de la procédure de divorce. En revanche, les rentes auxquelles le droit prend naissance après l'ouver-

ture de la procédure sont calculées sur la base de la rente principale après réduction, ce qui est susceptible de générer des inégalités de traitement entre les enfants du couple³⁵.

5. Les prérogatives accrues du juge du divorce

Comme mentionné en introduction de ce texte, le nouveau droit laisse aux époux la possibilité de s'entendre sur d'autres modalités de partage de leur prévoyance professionnelle, voire d'y renoncer (art. 124b al. 1 CC). Le contrôle du juge sur la solution adoptée conventionnellement a cependant été renforcé. Il doit désormais s'assurer que l'arrangement des époux leur laisse «une prévoyance vieillesse et invalidité adéquate». Cette condition dépend largement de l'âge des époux au moment du divorce; en revanche, leur situation financière après divorce, notamment après liquidation du régime matrimonial ou calcul des contributions d'entretien, n'est pas déterminante³⁶.

Indépendamment de toute solution conventionnelle, le juge peut désormais refuser totalement ou partiellement le partage de la prévoyance s'il existe pour cela de «justes motifs» (art. 124b al. 2 CC)³⁷. La loi indique, à titre d'exemple, que de tels motifs sont donnés lorsque le partage par moitié s'avère inéquitable, compte tenu notamment du résultat de la liquidation du régime matrimonial ou encore de la situation économique des époux après le divorce (art. 124b al. 2 ch. 1 CC). L'inéquité peut aussi découler d'un déséquilibre des besoins de prévoyance de chacun des époux, au vu par exemple de leur différence d'âge (art. 124b al. 2 ch. 2 CC)³⁸. La question de savoir si l'impact du splitting sur

les rentes AVS des conjoints doit être pris en compte dans cette appréciation est discutée³⁹.

Le juge peut aussi, maintenant, attribuer plus de la moitié de la prestation de sortie au conjoint qui, après le divorce, prend en charge les enfants communs, ceci à condition que le conjoint débiteur du partage conserve une prévoyance adéquate (art. 124b al. 3 CC)⁴⁰. La mesure de l'adéquation devra être précisée par la jurisprudence⁴¹.

6. Lorsque le partage est inexigible ou impossible

Le nouveau droit envisage deux difficultés susceptibles d'intervenir au moment de l'exécution du partage:

- l'art. 124d CC ne propose pas de déroger aux règles matérielles sur le partage de la prévoyance, mais sur les modalités de son exécution. Il vise en effet l'hypothèse où l'utilisation des moyens issus de la prévoyance pour exécuter le partage, par ailleurs possible, ne peut raisonnablement être exigée, compte tenu des besoins de prévoyance de chaque époux. La loi prévoit alors, comme mode alternatif d'exécution du partage, le versement d'une indemnité en capital au conjoint créancier du partage. Cela suppose que le conjoint débiteur ait par ailleurs des fonds disponibles en suffisance⁴²;
- l'art. 124e CC vise quant à lui les hypothèses dans lesquelles le partage est impossible, hypothèses qui devraient rester marginales sous l'empire du nouveau droit. Nous avons mentionné plus haut (cf. supra 3.3.), par exemple, l'impossibilité de partager la prestation de sortie hypothétique⁴³. Dans de tels cas, le conjoint débiteur doit s'acquiescer, au moyen de ses fonds libres, d'une indemnité équitable prenant la forme d'une rente ou d'un capital. Les critères s'appli-

¹⁸Ce problème ne se pose que si le conjoint rentier est débiteur à l'issue du partage.

¹⁹Ce ne sera toutefois pas nécessairement le cas. Cette question dépend du plan de prévoyance adopté par la caisse de pension (cf. Dupont [note 7], p. 40). Une réduction de la rente d'invalide pourrait avoir un effet sur les rentes complémentaires pour enfant (cf. infra 4.3. et note 30).

²⁰Cf. Dupont (note 3), N 41 ss.

²¹Dans la prévoyance professionnelle obligatoire, 65 ans pour les hommes et 64 ans pour les femmes (cf. art. 13 LPP).

²²Cette possibilité n'existe pas dans la prévoyance obligatoire. L'âge d'une possible retraite anticipée est prévu par le règlement de prévoyance, mais ne peut être inférieur à 58 ans (cf. art. 1i al. 1 OPP2).

²³Une telle possibilité peut être offerte par le règlement de prévoyance. Elle n'existe pas dans la prévoyance obligatoire (LPP). Cf. art. 19i OLP et Dupont (note 3), N 65.

²⁴Il peut s'agir, selon le règlement de prévoyance, soit d'une rente de vieillesse, soit d'une rente d'invalide viagère (cf. art. 26 al. 3 LPP).

²⁵Sur la question de savoir s'il faut, dans cette appréciation, tenir compte de l'impact du divorce sur les prestations du premier pilier (rente AVS), cf. Dupont (note 7), pp. 41 ss.

²⁶FF 2013 4341 ss, pp. 4406 s. L'utilisation de ce tableau n'est pas obligatoire (cf. Leuba [note 3], p. 13).

²⁷FF 2013 4341 ss, p. 4364.

²⁸Sur les raisons de cette conversion, cf. Dupont (note 3), N 57 ss.

²⁹<https://www.bsv.admin.ch/bsv/ft/home/assurances-sociales/bv/grundlagen-und-gesetze/grundlagen/vorsorgeausgleich-bei-scheidung.html>

³⁰Il se peut que ce versement ne soit pas possible (cf. Dupont [note 3], N 63).

³¹Art. 22e al. 1 LFLP.

³²A certaines conditions, le conjoint créancier peut toutefois demander que la rente soit transférée dans sa prévoyance (art. 22e al. 2 LFLP. Cf. Dupont [note 3], N 61).

³³Pour le cas où le conjoint débiteur du partage ne touche pas sa rente ou ne touche qu'une rente réduite en raison d'une situation de surindemnisation, cf. Dupont (note 3), N 66 ss.

³⁴Cf. art. 25 LPP.

³⁵Sur cette problématique, cf. Dupont (note 3), N 149 ss; idem (note 7), p. 41.

³⁶Cf. Dupont (note 3), N 77.

³⁷Sous l'ancien droit, cette possibilité était subordonnée à la condition que le partage 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 a CC). La nouvelle disposition étant plus large, elle devrait englober toutes les situations qui justifiaient le refus du partage sous l'ancien droit.

³⁸Le Conseil fédéral a précisé dans son Message que cette liste n'était pas exhaustive (FF 2013 4341 ss, p. 4371).

³⁹Cf. Dupont (note 7), pp. 41 ss; Leuba (note 3), p. 27.

⁴⁰Pour plus de détails, cf. Dupont (note 3), N 86 ss.

⁴¹Cf. Leuba (note 3), pp. 22 s.

⁴²Pour plus de détails, cf. Dupont (note 3), N 109 ss, notamment N 114 pour des exemples.

⁴³Pour d'autres exemples, cf. Dupont (note 3), N 116.

quant au calcul de cette indemnité devraient s'inspirer de ceux qu'on appliquait sous l'ancien droit pour fixer le montant de l'indemnité équitable due en application de l'art. 124 a CC, soit la durée du mariage et les besoins des conjoints en termes de prévoyance⁴⁴.

Lorsque l'impossibilité du partage est compensée par le versement d'une rente, celle-ci doit être versée pour la durée convenue, cas échéant de manière viagère. Elle n'est en principe pas modifiée en cas de changement de circonstances postérieur au partage⁴⁵. Dans cette constellation, le risque existe, comme il existait déjà sous l'ancien droit⁴⁶, que le conjoint créancier du partage soit lésé si son ex-conjoint décède avant d'avoir pu s'acquitter de la totalité de sa dette. Ce risque est désormais atténué par l'octroi de prestations de survivant, destinées à compenser la perte économique consécutive au décès du conjoint débiteur du partage. Ce droit est cependant subordonné à la condition que le mariage avec le conjoint débiteur ait duré dix ans au moins⁴⁷. Les prestations de survivants seront dans un premier temps calculées conformément au règlement de prévoyance, respectivement conformément à la loi, mais se verront ensuite appliquer une règle empêchant toute surindemnisation⁴⁸. Dans tous les cas, elles ne seront pas versées plus longtemps que la rente de l'art. 124a CC n'aurait dû l'être⁴⁹.

Sous l'angle transitoire, il est important de signaler que les conjoints divorcés sous l'ancien droit qui, à l'époque, se sont vu octroyer une rente de durée illimitée en application de l'ancien art. 124 CC ont un délai d'une année depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit pour demander au juge qui a prononcé leur di-

voice de convertir cette rente en rente viagère au sens de l'art. 124a CC. Il faut toutefois pour cela que le conjoint débiteur soit toujours en vie et qu'il touche une rente de vieillesse (ou une rente d'invalidité versée après l'âge de la retraite)⁵⁰. S'il omet de le faire dans le délai prescrit, le droit du conjoint créancier à des prestations de survivants après le décès de son ex-conjoint sera examiné selon l'ancien art. 20 OPP2, plus restrictif, et non selon les principes exposés ci-dessus.

7. Conclusion

Tout changement entraîne son lot d'insécurité. La révision des dispositions sur le partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce n'échappe évidemment pas à la règle. L'exposé schématique qui précède montre, nous l'espérons, que les grandes lignes de la nouvelle réglementation ne devraient, en pratique, pas être trop difficiles à appréhender. Quant aux détails, il faudra attendre leur clarification par la jurisprudence, la loi faisant désormais une plus grande place au pouvoir d'appréciation du juge. Il est donc normal que les mois à venir soient ceux du tâtonnement pour les avocats.

Le nouveau droit avait pour objectif principal de renforcer la protection des femmes, dont la prévoyance est sacrifiée sur l'autel de la répartition traditionnelle des tâches ménagères, et qu'un divorce mettait économiquement en péril. Cet objectif semble atteint, sur le papier en tout cas. Il est particulièrement précieux que le législateur ait désormais clarifié les conditions auxquelles le conjoint divorcé a droit à des prestations de survivant, et que ces dernières s'inscrivent dans un concept global de la protection de l'ex-conjoint.

Nous regrettons que le législateur n'ait pas, de la même manière, réfléchi à une protection conceptuellement cohérente des enfants de l'assuré social en cas de décès. L'inégalité de traitement entre enfants du premier lit et enfants de lits ultérieurs était déjà connue. Le nouveau droit permet désormais l'inégalité de traitement entre les enfants du couple divorcé, ce qui est naturellement hautement problématique. Il est important en effet de rappeler qu'il n'est pas possible d'aménager le partage de la prévoyance professionnelle, comme on peut le faire avec ses autres biens, tant par le biais de contrats de mariage que de dispositions successorales.

Sous l'angle de la théorie générale du droit de la sécurité sociale, cette option va à l'encontre d'une opinion de mieux en mieux implantée, voulant que le statut de l'assuré vis-à-vis des assurances sociales soit indépendant de son statut matrimonial, seule la présence d'enfants devant avoir une pertinence⁵¹. I

⁴⁴Cf. Dupont (note 3), N 117.

⁴⁵Cf. Dupont (note 3), N 118 et note 239.

⁴⁶Cf. Leuba (note 3), pp. 4 s.; Monney (note 3), N 2.

⁴⁷Art. 20 OPP2. Sur les conditions et les modalités de calcul de ces prestations, cf. Dupont (note 3), N 119 ss.

⁴⁸Cf. art. 20 al. 4 OPP2.

⁴⁹Cf. art. 20 al. 3 OPP2.

⁵⁰Art. 7e Tit. fin. CC.

⁵¹Dans ce sens, cf. notamment Gabriela Riemer-Kafka, *Recht der sozialen Sicherheit an der Schnittstelle zum Familienrecht*, RDS 133 (2014) II, 193 ss.

Les problèmes juridiques posés par les Google AdWords

Le système Google AdWords affiche des annonces ou des bannières publicitaires sur le site de Google ou sur son réseau partenaire, ciblées en fonction des mots-clés que tape l'utilisateur ou de son comportement de navigation. L'annonceur qui souhaite utiliser ce service paie lorsque l'utilisateur clique sur sa publicité, selon un système d'enchères et de qualité¹.

Lorsqu'un utilisateur effectue une recherche sur Google, les annonces viennent s'ajouter aux résultats «naturels» fournis par le moteur de recherche, et sont désignées par une mention permettant de les en distinguer. Le procédé constitue un excellent moyen d'obtenir, pour un prix contrôlé (l'annonceur définissant son budget), une meilleure visibilité sur internet lorsque le référencement naturel n'est pas satisfaisant (les utilisateurs ne consultent le plus souvent que la première page de résultats de leurs recherches).

Les AdWords peuvent poser plusieurs problèmes juridiques, notamment en droit des marques. Techniquement, le système permet à un annonceur d'utiliser un mot-clé correspondant à la marque d'un tiers pour déclencher l'affichage de publicités proposant ses propres produits, qui peuvent entrer en concurrence avec ceux du tiers, voire en constituer des contrefaçons. Suivant les cas, l'acte peut notamment tomber sous le coup de la loi fédérale sur la protection des marques (LPM) et de la loi contre la concurrence déloyale (LCD)², en particulier s'il crée un risque de confusion ou constitue un acte de parasitisme, en exploitant la notoriété de la marque utilisée pour se faire connaître à moindre coût. Dans le seul arrêt rendu à notre connaissance en Suisse sur la question, le Tribunal cantonal de Thurgovie a considéré en septembre 2011 le procédé comme fondamentalement admissible. En droit européen, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) admet le procédé sous certaines conditions. En particulier, l'annonceur doit veiller à ne pas laisser de doute sur l'origine des produits ou des services qu'il pro-

pose, et l'usage de la marque comme mot-clé ne doit pas gêner «de manière substantielle» l'emploi par le titulaire de la marque «pour acquérir ou conserver une réputation susceptible d'attirer et de fidéliser des consommateurs»³.

Publicité de l'avocat

L'avocat suisse peut-il se servir des AdWords pour faire sa publicité? En matière publicitaire, le droit suisse lui offre un «libéralisme tempéré»: l'avocat bénéficie fondamentalement du droit de faire de la publicité, en vertu de la liberté économique de l'art. 27 Cst., mais il doit, selon l'art. 12 let. d LLCA, se limiter à des faits objectifs et satisfaire à l'intérêt général, soit répondre à un besoin d'information du public. Selon le TF, sa publicité doit être empreinte de retenue, tant dans le contenu que dans la forme et les méthodes de publicité utilisées⁴. Sur le principe, l'utilisation des AdWords par l'avocat est donc fondamentalement admissible, pour autant qu'elle reste «empreinte de retenue». En

Suisse, de rares études les utilisent, en se bornant le plus souvent à des annonces neutres indiquant leurs domaines d'activité. Parfois, les avocats ajoutent d'autres types de qualificatifs, comme, pour une étude sierroise, «rapide, disponible et à l'écoute». Cette utilisation pourrait se développer à l'avenir, l'outil constituant un moyen de publicité très efficace.

Steve Reusser

¹Voir, plus en détail, www.google.ch/intl/fr/adwords.

²Voir à ce sujet, plus en détail, Ivan Cherpillod, *Le droit suisse des marques*, Lausanne 2007, p. 263-265.

³Voir sur ces points (avec réf. citées) François Charlet, *Utiliser la marque d'un concurrent comme mot-clé dans Google AdWords: légal en Suisse?*, francoischarlet.ch/2013/utiliser-la-marque-dun-concurrent-comme-mot-cle-dans-google-adwords-legal-en-suisse

⁴Voir sur ces points Mercedes Novier, *Quelle publicité pour l'avocat?*, *Plaidoyer* 5/15 p. 23 et réf. citées. Voir aussi *Plaidoyer* 4/12, p. 59.

Sur internet, la publicité de l'avocat doit être empreinte de retenue.

