

Les nouvelles règles sur le partage de la prévoyance en cas de divorce

par

Anne-Sylvie Dupont*

Professeure aux Universités de Neuchâtel et Genève,
avocate spécialiste FSA responsabilité civile et assurances

I. Introduction	3
II. Les nouvelles règles de partage	6
A. Le principe du partage des prétentions de la prévoyance professionnelle	7
B. Les modalités du partage.....	9
1. L'introduction de la procédure de divorce avant la survenance d'un cas de prévoyance.....	10
a) Le calcul des prestations de sortie	10
b) L'effet du partage sur les prestations de la prévoyance professionnelle	12
2. L'introduction de la procédure de divorce après la survenance d'un cas de prévoyance.....	13
a) Quelques précisions sous l'angle asséculogique.....	14
b) Le partage en cas de droit à une rente d'invalidé avant l'âge réglementaire de la retraite	16
i) <i>Le calcul de la prestation de sortie hypothétique à partager.....</i>	<i>18</i>
ii) <i>L'effet du partage sur les prestations de la prévoyance professionnelle</i>	<i>19</i>
iii) <i>Lorsque la rente n'est pas versée ou est réduite en raison d'un cas de surindemnisation</i>	<i>21</i>

* L'auteure remercie Mme Délia Girod, MLaw, avocate, assistante-doctorante à la Faculté de droit de Genève, pour sa relecture attentive du manuscrit.

c) Le partage en cas de droit à des prestations après l'âge réglementaire de la retraite	22
<i>i) Les principes régissant le partage de la rente</i>	23
<i>ii) La conversion en rente viagère</i>	26
<i>iii) Les modalités du versement de la rente</i>	27
<i>iv) L'effet du partage sur les prestations de la prévoyance professionnelle</i>	30
C. Les dérogations aux règles sur le partage	31
1. Les dérogations conventionnelles	31
2. Les dérogations judiciaires	33
a) Le refus partiel ou total du partage	33
b) L'attribution de plus de la moitié de la prestation de sortie	35
3. Une articulation illogique ?	36
D. L'exécution du partage	38
1. La compensation préalable des créances	38
2. Le paiement au conjoint créancier	40
a) Selon la nature de la prestation qui doit être versée	40
b) Selon la situation du conjoint créancier	41
3. Lorsque l'exécution ne peut raisonnablement être exigée	42
4. Lorsque l'exécution est impossible	44
a) En général	45
b) Le droit aux prestations pour survivant	46
c) Le cas particulier des avoirs de prévoyance à l'étranger	49
III. Quelques questions particulières	51
A. Le droit transitoire	52
B. Le cas de prévoyance survenant en cours d'instance	53
C. Le parallélisme entre la prévoyance obligatoire et la prévoyance surobligatoire	55
D. Les inégalités de traitement des enfants	56
IV. Conclusion	59

I. Introduction

1. Depuis l'entrée en vigueur du « nouveau » droit du divorce, le 1^{er} janvier 2000¹, les époux qui divorcent ont droit, chacun, à la moitié de la prestation de sortie acquise par son conjoint dans le cadre de sa prévoyance professionnelle (deuxième pilier), indépendamment du régime matrimonial auquel ils sont soumis et, en principe, de l'existence d'une obligation d'entretien après divorce. Ce régime, prévu par l'article 122 aCC², n'était plus applicable lorsque le divorce intervenait après la survenance d'un cas de prévoyance (invalidité ou retraite³). Dans cette hypothèse, une indemnité équitable était due⁴, dont le montant et les modalités de paiement étaient variables et dépendaient de la situation concrète des époux⁵.
2. Il y a quinze ans, ce que l'on appellera désormais l'ancien droit représentait une avancée certaine en direction d'une plus grande égalité des conjoints, l'organisation majoritaire des familles voyant un conjoint (l'homme, en règle générale) travailler à temps plein pendant que l'autre (la femme, en principe) diminuait son taux d'activité, voire cessait toute activité pour se consacrer au foyer, avec les répercussions que cela suppose sur sa prévoyance professionnelle. Le régime des articles 122 à 124 aCC a pourtant rapidement posé un certain nombre de questions difficiles à résoudre en pratique⁶, et montré quelques limites.

¹ RO 1999 1118 ; FF 1996 I 1.

² L'abréviation « aCC » fait référence au Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210), dans sa teneur au 31 décembre 2016.

³ Dans le cadre de cette contribution, la retraite est définie comme le fait d'avoir atteint l'âge réglementaire donnant droit à des prestations de vieillesse (âge réglementaire de la retraite).

⁴ Art. 124 al. 1 aCC.

⁵ L'indemnité équitable n'est ainsi pas forcément payée par les moyens de la prévoyance professionnelle, mais peut l'être par la fortune personnelle de l'époux débiteur, ou prendre la forme d'une rente viagère.

⁶ Ces difficultés sont relatées dans le Message du Conseil fédéral concernant la révision du code civil suisse (Partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce), du 29 mai 2103 (FF 2013 4341 ss), p. 4345 ss.

3. Parmi les difficultés régulièrement dénoncées, mentionnons notamment la tentation, pour le conjoint bénéficiaire du partage⁷, de retarder ou de faire durer la procédure de divorce afin d'accroître la part lui revenant⁸, ou encore le risque, pour le conjoint créancier d'une indemnité équitable au sens de l'article 124 aCC, de ne pas en obtenir le paiement complet, en particulier lorsqu'une rente viagère lui a été attribuée et que le conjoint débiteur décède peu de temps après le divorce. Les difficultés présentées par les situations présentant un élément d'extranéité, notamment lorsque des avoirs de prévoyance sont détenus à l'étranger par des conjoints divorçant en Suisse ont également été souvent mises en avant.
4. Certaines de ces difficultés et critiques ont été relayées au niveau politique⁹. En 2005 déjà, la Commission des affaires juridiques du Conseil national demandait au Conseil fédéral, par le biais d'une motion qui sera acceptée¹⁰, d'examiner la nécessité de procéder à des modifications législatives s'agissant du partage de la prévoyance après divorce. En 2008, une autre motion¹¹ pointait les conséquences en cas de divorce de la possibilité, pour un assuré, de retirer en capital sans le consentement de son conjoint les avoirs de prévoyance détenus dans le cadre de comptes ou de polices de libre passage¹², et de soustraire ainsi tout ou partie de ses avoirs de prévoyance au partage

⁷ On parlera dans cette contribution de « conjoint créancier », le « conjoint débiteur » étant celui qui doit céder une part de sa prévoyance.

⁸ Sous l'ancien droit, c'est le moment de l'entrée en force du jugement de divorce qui était déterminant pour calculer les prestations de sortie à partager (cf. art. 122 aCC. Cf. également CPra Matrimonial-FERREIRA, art. 122 CC N 19).

⁹ Cf. également GEISER THOMAS, *Scheidung und das Recht der beruflichen Vorsorge*, PJA 10/24(2015), p. 1371-1386, p. 1374 ss.

¹⁰ M 05.3713 Commission des affaires juridiques CN.

¹¹ M 08.3821 Amacker-Amann Kathrin (PDC/CN). Cette motion a été adoptée par les deux Conseils.

¹² Cf. art. 16 aOLP (l'abréviation « aOLP » fait référence à l'ordonnance sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité [RS 831.425] dans sa teneur au 31 décembre 2016). Les comptes et les polices de libre passage sont des autres formes reconnues de prévoyance au sens de l'art. 1 de l'ordonnance sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance (OPP3 ; RS 831.461.3).

en cas de divorce. La même année, une troisième motion¹³ dénonçait la pratique des institutions de prévoyance tendant à prélever autant que possible le montant à transférer sur la part obligatoire de la prévoyance du conjoint débiteur, et à la reverser à la part surobligatoire de la prévoyance du conjoint créancier¹⁴, celle-ci étant souvent moins bien rémunérée¹⁵ et donnant droit à des prestations moins élevées¹⁶ que la prévoyance obligatoire, avec les désavantages que cela suppose pour le conjoint créancier.

5. En mai 2013, le Conseil fédéral a soumis un projet de modification du Code civil¹⁷, au terme de son Message concernant la révision du Code civil suisse (Partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce)¹⁸. Après les délibérations parlementaires, un texte légèrement modifié¹⁹ a été proposé par le Conseil fédéral. Le délai référendaire²⁰ n'ayant pas été utilisé, l'entrée en vigueur de la modification du 19 juin 2015 a été fixée au 1^{er} janvier 2017.
6. L'objet de la présente contribution est de présenter les règles applicables au partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce depuis cette date²¹ (II et III), et de discuter certaines questions

¹³ M 08.3956 Humbel Ruth (PDC/CN). Cette motion a également été adoptée par les deux Conseils.

¹⁴ La part obligatoire de la prévoyance est celle qui découle de l'application des règles minimales prévues par la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle (LPP ; RS 831.40), la part surobligatoire devant être comprise, dans le contexte qui nous occupe, comme toute part de prévoyance dépassant le minimum prévu dans le cadre de la LPP.

¹⁵ Parce que le taux d'intérêt peut être inférieur dans la prévoyance surobligatoire à celui qui est imposé légalement dans le cadre de la prévoyance obligatoire.

¹⁶ Par exemple parce que le taux de conversion permettant la « transformation » de l'avoir de vieillesse en rente est plus bas que celui qui est prévu par la LPP (6,8 % ; cf. art. 14 al. 2 LPP). Cf. également FF 2013 4341 ss, p. 4349, n. 20 et 21.

¹⁷ FF 2013 4409 ss.

¹⁸ FF 2013 4341 ss.

¹⁹ FF 2015 4437 ss (Code civil suisse [Partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce]. Modification du 19 juin 2015).

²⁰ Au 8 octobre 2015.

²¹ Sur les questions de droit transitoire, cf. N 133 ss.

que cette révision soulève, sans ne pouvoir à ce stade faire mieux que d'esquisser des réponses ou des ébauches de solutions (IV)²².

7. Avant de ce faire, il n'est pas inutile de rappeler que cette modification n'affecte que le partage de la prévoyance professionnelle (deuxième pilier). Elle n'a donc aucune incidence sur les conséquences du divorce pour les régimes d'assurances sociales du premier pilier (principalement l'AVS et l'AI).

Dans le cadre du règlement global d'un divorce, il y a donc lieu de tenir également compte, notamment lorsqu'il s'agit de déterminer les besoins des époux en termes de prévoyance, de l'impact du divorce sur les prestations du premier pilier, du fait du *splitting* principalement²³, et de la possibilité de les influencer pour l'avenir en réglant l'attribution des bonifications pour tâches éducatives²⁴.

8. La révision exposée ici n'affecte pas non plus les avoirs du troisième pilier, dont le sort doit être réglé dans le cadre de la liquidation du régime matrimonial²⁵.

II. Les nouvelles règles de partage

9. La nouvelle réglementation du partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce fait l'objet, dans le Code civil, de huit dispositions, dont le plan peut être esquissé de la manière suivante :
 - l'article 122 CC²⁶ pose le principe du partage des prétentions de la prévoyance professionnelle acquises durant le mariage (A) ;

²² Nous ne traiterons pas, dans le cadre de cette contribution, des obligations ou de la réorganisation que la nouvelle réglementation impose aux institutions de prévoyance.

²³ Cf. art. 29^{quinquies} al. 3 de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS ; RS 831.10). Sur cette question, cf. CPra Matrimonial-DUPONT, Annexe II N 50 ss.

²⁴ Cf. art. 29^{sexies} LAVS et 52^{bis} du règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants (RAVS ; RS 831.101). Sur cette question, cf. DUPONT ANNE-SYLVIE, Divorce et premier pilier : l'enjeu des bonifications pour tâches éducatives, RSAS 5/59(2015), p. 393-405.

²⁵ CPra Matrimonial-FERREIRA, art. 122 CC N 9.

²⁶ L'abréviation « CC » fait référence au Code civil suisse du 10 décembre 1907

- les articles 123, 124 et 124a CC indiquent les modalités du partage et le calcul des montants à partager, en distinguant trois situations différentes qui seront reprises ci-dessous²⁷ (B) ;
 - l'article 124b CC prévoit la possibilité de déroger aux règles de partage (C), tant sur le principe (art. 122 CC) en renonçant au partage, que sur les modalités (art. 123 à 124 CC²⁸) ;
 - les articles 124c à 124e CC décrivent l'exécution concrète du partage (D), l'article 124c proposant de la simplifier par la compensation préalable des créances réciproques ; les articles 124d et 124e prévoient deux exceptions, respectivement lorsque l'exécution du partage au moyen des avoirs de la prévoyance professionnelle ne peut être raisonnablement exigée (art. 124d CC) et lorsqu'elle s'avère impossible (art. 124e CC).
10. Nous avons tenté, autant que possible, de conserver cette structure dans la présente contribution. Néanmoins, la clarté de l'exposé commandait parfois que certains points spécifiques en lien avec l'exécution du partage soient déjà abordés au moment de traiter de ses modalités, en suivant le contenu des dispositions légales.

A. Le principe du partage des prétentions de la prévoyance professionnelle

11. A la lecture du nouvel article 122 CC, on se sent a priori en terrain connu. Cette disposition indique, *à titre de principe général*, que « les prétentions de la prévoyance professionnelle acquises durant le mariage et jusqu'à l'introduction de la procédure de divorce sont partagées entre les époux ».
12. Outre le fait que la nouvelle disposition ne fait plus référence à la quotité du partage, elle diverge encore de l'ancienne version de l'article 122 CC sur deux points essentiels :

(RS 210), dans sa teneur au 1^{er} janvier 2017.

²⁷ Cf. N 16 ss.

²⁸ L'art. 124a CC prévoit ses propres possibilités de tenir compte de situations exceptionnelles (cf. N 80 ss).

13. – premièrement, la « durée du mariage » mentionnée à l'article 122 aCC, qui permettait de tenir compte des prestations de sortie acquises jusqu'à l'entrée en force du jugement de divorce²⁹. Les avoirs à partager sont aujourd'hui limités par le nouvel article 122 CC à ceux qui ont été acquis jusqu'au jour de l'introduction de la procédure de divorce. L'objectif du législateur n'était pas tant d'empêcher les procédés dilatoires de certains conjoints bénéficiaires du partage³⁰, que de permettre aux parties et au juge de disposer d'une date fixe et connue pour procéder au calcul. Sous l'ancien droit, il n'existait aucune certitude à cet égard dès lors que la date de l'entrée en force d'un jugement de divorce est par nature hautement aléatoire³¹.

Désormais, la date déterminante pour le partage de la prévoyance est la même que celle à laquelle on se réfère la liquidation du régime matrimonial et, partant, d'un éventuel troisième pilier. En revanche, dans le premier pilier, on continuera de procéder au *splitting* jusqu'à la dissolution du mariage, soit jusqu'à la date de l'entrée en force du jugement de divorce³².

14. La nouvelle législation n'interdit à notre sens pas aux époux de *retenir conventionnellement une autre date* – antérieure ou postérieure à celle de l'introduction de la procédure – pour effectuer le calcul des prétentions à partager. Dans la mesure où la loi leur reconnaît la faculté de déroger au principe du partage par moitié, voire de renoncer au partage³³, il doit également leur être loisible de jouer avec la période concernée.

On peut imaginer, par exemple, que dans le cadre d'une transaction, un conjoint accepte de se contenter de 40 % des prétentions de prévoyance acquises par l'autre, à condition que l'on tienne aussi compte des trois années qui se sont écoulées depuis l'ouverture d'action.

15. *A défaut d'accord entre les parties*³⁴, c'est la date de l'introduction de la procédure de divorce par le dépôt d'une requête commune ou

²⁹ Cf. n. 8.

³⁰ Cf. N 3.

³¹ En pratique, cela conduisait souvent les époux à s'entendre sur une date jusqu'à laquelle la prestation de sortie était prise en considération dans leur calcul.

³² Cf. art. 29quinquies al. 3 let. c LAVS, dont la modification n'est pas prévue dans le cadre de la révision du Code civil du 19 juin 2015. Cf. GEISER (n. 9), p. 1377.

³³ Art. 124b al. 1 CC. Cf. N 74 ss, en particulier N 85.

³⁴ Sur la question de savoir si le juge, d'office, peut retenir une autre date, cf. N 81 et

d'une demande unilatérale³⁵ qui fait foi³⁶. La séparation, de fait ou judiciaire, pas plus que la séparation de corps au sens des articles 117 et 118 CC, ne sont des moments pertinents³⁷ ;

16. – deuxièmement, l'article 122 CC pose le principe du partage des « prétentions de prévoyance professionnelle », alors que l'ancienne disposition traitait du « partage des prestations de sortie ». Cette différence n'est pas uniquement sémantique : elle annonce le changement de conception s'agissant du partage après la survenance d'un cas de prévoyance. Dans l'esprit de l'ancien droit, seules les expectatives à l'égard de la prévoyance professionnelle pouvaient être partagées, la survenance d'un cas de prévoyance chez l'un des conjoints rendant le partage impossible. Désormais, ce ne sont plus uniquement les prestations de sortie qui feront l'objet du partage, mais aussi les rentes en cours et les avoirs de libre passage³⁸ détenus par l'un ou l'autre des conjoints³⁹.

B. Les modalités du partage

17. Traitées aux articles 123 à 124a CC, les modalités du partage de la prévoyance sont différentes selon qu'à la date déterminante, soit au moment de l'introduction de la procédure de divorce, l'un des conjoints touche (2) ou non (1) des prestations d'invalidité ou de vieillesse servies par une institution de prévoyance⁴⁰.

n. 177.

³⁵ Cf. art. 62 du Code de procédure civile du 10 septembre 2008 (CPC ; RS 272). Pour mémoire, il n'y a pas de procédure de conciliation préalable en matière de divorce (art. 198 let. c CPC).

³⁶ FF 2013 4341 ss, p. 4347.

³⁷ FF 2013 4341 ss, p. 4347.

³⁸ Les avoirs de libre passage sont les fonds issus de la prévoyance et déposés sur les comptes ou des polices de libre passage au sens de l'art. 1 al. 1 OPP3.

³⁹ FF 2013 4341 ss, p. 4358.

⁴⁰ Sur la question de la survenance d'un cas de prévoyance en cours d'instance, cf. N 138 ss.

1. L'introduction de la procédure de divorce avant la survenance d'un cas de prévoyance

18. Dans l'hypothèse envisagée en premier lieu par le législateur – vraisemblablement l'hypothèse qui se rencontrera le plus fréquemment en pratique, la procédure de divorce est introduite *sans qu'un cas de prévoyance (invalidité et/ou retraite) ne se soit réalisé chez le conjoint dont la prévoyance doit être partagée*. Ce cas de figure est prévu par l'article 123 CC, qui prescrit *le partage par moitié des prestations de sortie acquises depuis le mariage*, y compris les avoirs de libre passage⁴¹. D'un point de vue matériel, la nouvelle réglementation légale ne change rien à ce que prévalait sous l'ancienne, à quelques détails près.

a) Le calcul des prestations de sortie

19. De la même manière que sous l'ancien droit, *les prestations de sortie à partager sont calculées selon les dispositions topiques de la loi fédérale du 17 décembre 1993 sur le libre passage*⁴², soit les articles 15 à 17 et 22 à 22b LFLP. Si ces dispositions ont été partiellement remaniées dans le cadre de la modification présentée ici, il n'y a pas de changement substantiel à relever sur le plan matériel, sous réserve de deux points spécifiques qui seront traités ci-après⁴³.

Les articles 15 à 17 LFLP, qui ne sont pas touchés par la modification du Code civil⁴⁴, contiennent les règles nécessaires à l'institution de prévoyance pour calculer la prestation de sortie. Ces règles, techniques, n'ont pas nécessairement à être connues des époux, ni du juge du divorce, qui se fieront aux informations fournies par les institutions de prévoyance concernant le montant de la prestation de sortie acquis pendant la durée du mariage.

L'ancien article 22 LFLP fait désormais l'objet de deux dispositions distinctes. La première (l'actuel article 22 LFLP) répète le principe du

⁴¹ Pour une définition de cette notion, cf. n. 38.

⁴² LFLP (RS 831.42) (l'abréviation « LFLP » fait référence au texte en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2017, l'abréviation « aLFLP » fait référence au texte en vigueur au 31 décembre 2016). Cf. art. 123 al. 3 CC.

⁴³ Cf. N 21 et N 22.

⁴⁴ Sous réserve du titre précédent l'art. 15 LFLP (section 4), qui est désormais « Calcul de la prestation de sortie et droit à des fonds libres »).

partage des prestations de sortie et des parts de rente conformément aux règles du Code civil. La seconde (l'actuel article 22a LFLP) en précise les modalités et les adapte au nouveau droit.

Le nouvel article 22b LFLP correspond pratiquement en tous points⁴⁵ à l'ancien article 22a LFLP et a pour objet le calcul de la prestation de sortie dans l'hypothèse où le mariage des époux a été conclu avant le 1^{er} janvier 1995, soit avant l'entrée en vigueur de la loi sur la prévoyance professionnelle. L'usage du tableau établi par le Département fédéral de l'intérieur⁴⁶ reste d'actualité.

20. Le nouvel article 123 CC intègre dans la loi les solutions dégagées et/ou précisées par la jurisprudence face à deux difficultés récurrentes :
21. – premièrement, il est expressément précisé (art. 123 al. 1 CC) que *les versements anticipés à des fins d'encouragement de la propriété du logement*⁴⁷ *sont comptabilisés dans le montant des prestations de sortie à partager*, à leur valeur nominale et sans tenir compte d'intérêts puisque le capital investi dans l'immeuble n'en aura pas rapporté⁴⁸. Le traitement de ce genre de situation n'étant matériellement pas différent sous le nouveau droit, on peut s'attendre à ce que les précisions amenées par la jurisprudence soient reprises⁴⁹ ;

L'article 22a al. 3 LFLP précise que si un versement anticipé a été effectué dans le cadre de l'encouragement à la propriété, la perte d'intérêts est répartie proportionnellement entre l'avoir de prévoyance acquis avant le mariage et l'avoir de prévoyance acquis pendant la durée du mariage jusqu'au moment du versement⁵⁰. Cette solution diffère de celle qu'avait

⁴⁵ Pour un aperçu des quelques modifications de détail, cf. FF 2013 4341 ss, p. 4395.

⁴⁶ Ordonnance du 24 novembre 1999 du DFI concernant les tableaux de calcul de la prestation de sortie au sens de l'art. 22a de la loi sur le libre passage (RS 831.425.4).

⁴⁷ Cf. art. 30c LPP et 331e de la loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : droit des obligations) (CO ; RS 220).

⁴⁸ ATF 135 V 324 ; ATF 128 V 230, consid. 3c. Cf. également le nouvel art. 331e al. 6 CO.

⁴⁹ Notamment les précisions apportées par le Tribunal fédéral en cas de vente de l'immeuble (cf. ATF 132 V 332, consid. 4.2).

⁵⁰ La même solution s'appliquera si l'immeuble est vendu sans bénéfice (cf. FF 2013 4341 ss, p. 4394). Sur les raisons de cette option du législateur, cf. N 144 ss.

adoptée le Tribunal fédéral, consistant à faire peser la perte des intérêts en priorité sur la part acquise pendant la durée du mariage⁵¹.

22. – deuxièmement, le nouvel article 123 al. 2 CC exclut expressément du partage les rachats effectués par un époux au moyen de ses biens propres⁵². Cette exclusion concerne également les intérêts générés par ces rachats⁵³. Il est précisé que les rachats ne sont exclus du partage qu'à condition d'avoir été financés par des biens propres *au sens de la loi*, soit les biens énumérés comme tels à l'article 198 CC⁵⁴. L'existence d'un contrat de mariage prévoyant une autre définition des biens propres n'est pas prise en considération⁵⁵.

b) L'effet du partage sur les prestations de la prévoyance professionnelle

23. *Les effets du partage selon l'article 122 CC sur les prestations de la prévoyance professionnelle* en cas de survenance d'un cas de prévoyance postérieur au divorce ne sont pas différents de ceux que l'on connaît aujourd'hui⁵⁶ : l'avoit de vieillesse étant, à l'issue du partage, divisé de moitié, les prestations d'invalidité, de retraite ou encore en cas de décès seront diminuées dans la même mesure si le plan de prévoyance est en primauté de cotisations⁵⁷. Elles ne seront en revanche pas

⁵¹ Cf. ATF 132 V 332, consid. 4.3.2.

⁵² Cf. également l'art. 22a al. 2 LFLP.

⁵³ Art. 22a al. 2 LFLP. Cf. FF 2013 4341 ss, p. 4360.

⁵⁴ Selon cette disposition, sont des biens propres de par la loi « 1. les effets d'un époux exclusivement affectés à son usage personnel ; 2. les biens qui lui appartiennent au début du régime ou qui lui échoient ensuite par succession ou à quelque autre titre gratuit ; 3. les créances en réparation d'un tort moral ; 4. les biens acquis en remploi des biens propres ».

⁵⁵ FF 2013 4341 ss, p. 4360.

⁵⁶ Pour les répercussions sur les rentes complémentaires pour les enfants, cf. N 149 ss.

⁵⁷ Comme sous l'ancien droit, le conjoint dont la prévoyance a été affectée par le partage a le droit de reconstituer sa prévoyance à concurrence du montant transféré, en effectuant des rachats (art. 22d LFLP). Cela ne vaut toutefois pas pour les transferts d'une prestation de sortie hypothétique au sens de l'art. 124 al. 1 CC (cf. art. 22d al. 2 LFLP).

affectées si le plan de prévoyance prévoit la primauté des prestations⁵⁸.

Dans un plan en primauté de cotisations, le montant des prestations correspond à un pourcentage de l'avoir de vieillesse⁵⁹. Si ce dernier est partagé en deux dans le cadre du divorce, les prestations à intervenir seront nécessairement réduites de moitié également.

Dans un plan en primauté de prestations, le montant des prestations correspond en principe à un pourcentage du salaire coordonné au moment de la survenance de l'évènement assuré⁶⁰. Dans cette hypothèse, le partage des avoirs de prévoyance n'a généralement pas d'effet sur les prestations à intervenir⁶¹.

2. L'introduction de la procédure de divorce après la survenance d'un cas de prévoyance

24. La manière de traiter le partage de la prévoyance *lorsque les époux divorcent après la survenance d'un cas de prévoyance* est le changement le plus important prévu par la nouvelle réglementation. Alors que cette hypothèse conduisait, sous l'ancien droit, à l'impossibilité du partage des avoirs de prévoyance et au versement d'une indemnité équitable⁶², le nouveau droit prévoit désormais une réglementation ad hoc. Le traitement de ce type de situations est différent selon que l'époux concerné touche une rente d'invalidé sans avoir atteint l'âge réglementaire de la retraite (b), ou bien qu'il touche une rente d'invalidité après avoir atteint l'âge réglementaire de la retraite ou qu'il touche une rente de vieillesse (c).
25. Avant de présenter la manière dont la loi règle désormais ces situations, nous souhaitons apporter quelques précisions s'agissant de la survenance des cas de prévoyance évoqués par les nouveaux articles 124 et 124a CC (a).

⁵⁸ Sur cette question, cf. CPra Matrimonial-DUPONT, Annexe II N 99.

⁵⁹ Dans le régime de la LPP, 6,8 % (cf. art. 14 al. 1 LPP).

⁶⁰ Ce régime concerne au premier chef les risques invalidité et décès. Il arrive également, dans la fonction publique notamment, que les prestations de vieillesse soient également calculées en primauté de prestations.

⁶¹ Cf. également N 37 et n. 97.

⁶² Cf. art. 124 aCC.

a) Quelques précisions sous l'angle assécurologique

26. Il est important de rappeler en premier lieu que l'on se trouve ici *dans le contexte de la prévoyance professionnelle*. La notion de survenance d'un cas de prévoyance ne concerne donc que cette branche d'assurance. La survenance d'un risque assuré dans le cadre du premier pilier (AVS/AI) n'est pas déterminante pour fixer le régime légal applicable au partage de la prévoyance professionnelle dans le cadre d'un divorce.

Ainsi, il se peut qu'un époux soit *au bénéfice d'une rente AI, mais ne touche pas de rente de la prévoyance professionnelle*, parce que cette dernière lui a été refusée faute de connexité matérielle ou temporelle entre la cause de l'invalidité et la cause de l'incapacité de travail ayant conduit à cette dernière. Un tel état de fait *ne constitue pas un cas de prévoyance dans le deuxième pilier*, de sorte que c'est le régime général de l'article 123 CC qui s'appliquera au partage de la prévoyance de cet époux. Le risque, dans ce genre de situations, est de voir les avoirs de prévoyance disparaître, si la prestation de sortie de l'époux rentier a été versée sur un compte ou une police de libre passage, la possibilité lui étant alors donnée, s'il touche une rente entière de l'assurance-invalidité, de se voir verser en espèces l'intégralité de son avoir⁶³. Le versement du capital n'est, dans ce cas-là, pas subordonné au consentement écrit du conjoint⁶⁴.

A l'inverse, il se peut qu'un époux partiellement invalide se soit vu *refuser le droit à une rente AI*, motif pris d'un taux d'invalidité inférieur à 40 %⁶⁵, mais qu'il ait néanmoins *droit à une rente de la prévoyance professionnelle*, le règlement de son institution de prévoyance permettant, dans le cadre de la prévoyance subobligatoire, l'octroi de rentes à partir d'un taux d'invalidité de 25 % déjà. Dans une telle hypothèse, le cas de prévoyance au sens des articles 124 et 124a CC est survenu.

27. Un cas de prévoyance au sens des art. 124 et 124a CC est aussi réputé survenu *si l'époux concerné a matériellement droit à une rente du deuxième pilier, mais ne la touche pas en raison d'un cas de surindemnisation*⁶⁶. Des règles

⁶³ Cf. art. 3 al. 2 OPP3.

⁶⁴ Cf. art. 3 al. 6 OPP3. La révision de l'OPP3 n'est pas prévue en l'état.

⁶⁵ Cf. art. 28 de la loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (LAI ; RS 831.20).

⁶⁶ La surindemnisation est la mesure dans laquelle le cumul de prestations sociales dépasser le gain dont l'assuré est présumé privé (cf. art. 69 al. 2 de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales [LPGA ; RS 830.1]), respectivement le seuil fixé par la loi spéciale (cf. art. 20 al. 2 de la loi

prévoient expressément les modalités du partage dans ce genre de cas⁶⁷.

Des situations de ce type sont fréquentes lorsque l'invalidité découle d'un accident et que l'assurance-accidents sociale (LAA) verse une rente d'invalidité qui vient s'ajouter à la rente versée par l'AI. Dans ce cas, il n'est pas rare que le plafond de surindemnisation fixé par la prévoyance professionnelle⁶⁸ soit déjà atteint par le cumul de ces deux rentes.

28. *Dans le cadre de la prévoyance obligatoire*, les risques « invalidité » et « vieillesse » sont définis de la même manière que dans le régime de l'AVS/AI. Ainsi, l'article 23 LPP se rapporte à la notion d'invalidité telle qu'elle est définie dans l'assurance-invalidité⁶⁹, et l'article 13 LPP fixe l'âge ouvrant le droit aux prestations de vieillesse à 65 ans pour les hommes et à 64 ans pour les femmes, comme dans le régime de l'AVS⁷⁰. *Dans le cadre de la prévoyance surobligatoire*, les institutions de prévoyance sont libres de définir ces risques différemment. La prévoyance professionnelle d'un assuré est cependant considérée comme un tout : la survenance d'un risque donnant droit à des prestations sous l'angle de la seule prévoyance obligatoire⁷¹ ou de la seule prévoyance surobligatoire⁷² suffit pour qu'il faille envisager le partage de la prévoyance sous l'angle des articles 124 et 124a CC.
29. L'éventualité « vieillesse » ou « retraite » est en principe réalisée par le fait d'atteindre l'âge prescrit par la loi ou par le règlement de prévoyance. Le moment de la survenance de l'éventualité prête donc rarement à

fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents [LAA ; RS 832.20] et 24 al. 1 de l'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité [OPP2 ; RS 831.441.1]).

⁶⁷ Cf. N 41 ss.

⁶⁸ Soit 90 % du gain dont l'assuré est présumé avoir été privé (art. 24 al. 1 OPP2).

⁶⁹ Art. 4 LAI et art. 7 et 8 LPGA.

⁷⁰ Cf. art. 21 al. 1 LAVS.

⁷¹ Par exemple parce que le règlement de prévoyance limite ses prestations à la prévoyance obligatoire en cas de concours avec des prestations de l'assurance-accidents, ou encore parce que le droit aux prestations de la prévoyance surobligatoire est refusé à l'assuré qui a commis une réticence au moment de remplir le questionnaire de santé dans le cadre de son admission dans la prévoyance surobligatoire (cf. art. 331c CO).

⁷² Par exemple le cas mentionné ci-dessus (N 26) de la rente d'invalidité octroyée à partir d'un taux d'invalidité inférieur à 40 % déjà.

discussion. Le fait que la loi se réfère au fait de percevoir une rente implique que le cas de prévoyance doit aussi être considéré comme survenu *si l'époux concerné bénéficie d'une retraite anticipée*⁷³. En revanche, s'il a atteint l'âge qui lui permettrait de prendre une retraite anticipée, mais qu'il n'a pas fait usage de cette possibilité, le cas de prévoyance n'est pas réalisé⁷⁴.

30. *Le moment de la survenance de l'éventualité « invalidité »* peut être plus délicate à déterminer, car elle suppose, d'abord, la survenance d'une incapacité de travail qui peut conduire, au plus tôt une année après, à une invalidité donnant droit à une rente⁷⁵. *Si la procédure de divorce est introduite durant l'année qui suit le début de l'incapacité de travail*, le cas de prévoyance au sens de l'article 124 CC n'est à notre sens pas réalisé, faute pour l'assuré de percevoir effectivement une rente de son institution de prévoyance. Cette solution est conforme à la jurisprudence rendue en application de l'article 23 LPP⁷⁶.

b) Le partage en cas de droit à une rente d'invalidé avant l'âge réglementaire de la retraite

31. Si, au moment de l'introduction de la procédure de divorce, *l'un des époux touche une rente d'invalidé de la prévoyance professionnelle, mais n'a pas encore atteint l'âge réglementaire donnant droit à des prestations de vieillesse*⁷⁷,

⁷³ Cf. art. 1 al. 3 LPP, 1b et 1i OPP2.

⁷⁴ ATF 130 III 297, consid. 3.3.1.

⁷⁵ Art. 23 LPP en lien avec l'art. 28 al. 1 let. b LAI.

⁷⁶ ATF 135 V 13, consid. 2.6. Cf. également DUPONT ANNE-SYLVIE, in : Dunand/Mahon (édit.), Commentaire du contrat de travail, N 19 ad art. 331d, e et f CO ; DUC JEAN-LOUIS/SUBILIA OLIVIER, Commentaire du contrat individuel de travail : avec un aperçu du droit collectif et public du travail, Lausanne 1998, N 10 ad art. 331d–331f CO, p. 454.

⁷⁷ En principe, la rente d'invalidé versée dans la prévoyance professionnelle est une rente viagère et n'est pas automatiquement convertie en rente de vieillesse au moment où l'assuré atteint l'âge réglementaire de la retraite. C'est notamment le régime qui prévaut dans la prévoyance obligatoire (cf. art. 26 al. 3 LPP). En pratique, il est fréquent que les règlements de prévoyance prévoient le remplacement de la rente d'invalidé par une rente de vieillesse au moment où l'assuré atteint l'âge réglementaire. C'est notamment le cas lorsque le plan de prévoyance est un plan dit mixte, qui combine la primauté de prestations pour les

l'article 124 CC prévoit le partage – selon les modalités « classiques » de l'article 123 CC, soit un partage par moitié⁷⁸ – d'une *prestation de sortie hypothétique*, c'est-à-dire de la prestation de sortie à laquelle l'époux concerné aurait droit en cas de suppression de sa rente⁷⁹.

32. Si, au moment du mariage, l'époux en question touchait déjà une rente d'invalidé, il y a aussi lieu, selon le Conseil fédéral, « de se baser sur la prestation de sortie hypothétique au moment du mariage »⁸⁰, par quoi il faut comprendre que *seule la part de la prestation de sortie hypothétique acquise pendant la durée du mariage sera soumise au partage*.
33. La référence à la prestation de sortie hypothétique est justifiée par deux raisons, qui s'opposent à ce que l'on procède simplement au partage de la rente, comme on le fait lorsque l'assuré a atteint l'âge réglementaire de la retraite⁸¹. *Premièrement*, le droit à la rente d'invalidé peut faire l'objet d'une révision postérieurement au divorce⁸², ce qui entraînerait la nécessité de modifier aussi le partage de la rente opéré dans le cadre du divorce, solution contraire à l'objectif d'une « séparation nette et entière des intérêts des ex-conjoints »⁸³. *Deuxièmement*, le calcul d'une rente d'invalidé dans un système de primauté de cotisations, comme c'est le cas en particulier dans le cadre de la LPP, tient compte de l'avoir de vieillesse (sans les intérêts) que l'assuré aurait constitué jusqu'à l'âge réglementaire de la retraite sans la survenance de l'invalidité⁸⁴. Partager la rente reviendrait à faire bénéficier le conjoint créancier d'une part de prévoyance acquise après le divorce. Exclure la part de l'avoir de vieillesse acquise après divorce « compliquerait singulièrement le calcul », raison pour laquelle l'idée du partage de la rente n'a pas été retenue dans ce cas de figure⁸⁵.

risques décès et invalidité et la primauté de cotisations pour le risque vieillesse (sur les notions de primauté de cotisations et de primauté de prestations, cf. N 23).

⁷⁸ Cf. art. 124 al. 2 CC. Cf. également FF 2013 4341 ss, p. 4361.

⁷⁹ Cf. art. 124 al. 1 CC.

⁸⁰ FF 2013 4341 ss, p. 4361.

⁸¹ Cf. N 45 ss.

⁸² Par exemple si l'état de santé de l'époux rentier s'améliore.

⁸³ FF 2013 3441 ss, p. 4361.

⁸⁴ Cf. art. 24 al. 3 let. b LPP.

⁸⁵ Cf. FF 2013 4341 ss, p. 4361.

34. La solution adoptée par le Conseil fédéral présente encore l'avantage de *permettre l'unité du régime applicable au partage de la prévoyance de l'époux bénéficiaire d'une rente partielle*. Dans ce cas en effet, un partage de la rente aurait signifié de devoir appliquer un régime mixte au partage de la prévoyance, soit le partage de la rente pour une part, et le partage de la prestation de sortie pour l'autre part. La solution de l'article 124 CC permet de procéder d'un seul tenant, en additionnant la prestation de sortie acquise pour la part « active » avec la prestation de sortie hypothétique, puis de répartir le total selon le principe de l'article 123 CC⁸⁶.

i) Le calcul de la prestation de sortie hypothétique à partager

35. Le montant de la prestation de sortie hypothétique est calculé selon l'article 2 al. 1 LFLP, seule disposition, selon le Conseil fédéral, à mentionner « *expressément une telle prestation de sortie, qui prend naissance après la disparition du droit à une rente d'invalidité et englobe la part surobligatoire de la prévoyance* »⁸⁷. *Le calcul concret de la prestation de sortie hypothétique est du ressort de l'institution de prévoyance, qui en fixe les modalités dans son règlement de prévoyance*⁸⁸.
36. Contrairement à ce qui prévaut dans le cadre du partage selon l'article 123 CC⁸⁹, *les versements anticipés dans le cadre de l'encouragement à la propriété du logement* ne sont pas pris en compte pour le calcul du montant de la prestation de sortie hypothétique⁹⁰. En effet, lorsqu'intervient un cas de prévoyance, le calcul des prestations (de vieillesse ou d'invalidité) versées à l'assuré ne tient pas compte du montant du versement anticipé, qui est considéré comme un paiement en espèces et, donc, « sorti » de la prévoyance. Ainsi, si l'immeuble est vendu

⁸⁶ Cf. FF 2013 4341 ss, p. 4361.

⁸⁷ Cf. FF 2013 4341 ss, p. 4361.

⁸⁸ Cf. art. 2 al. 2 LFLP. Les règles des art. 15 ss LFLP doivent être respectées (cf. art. 124 al. 2 CC).

⁸⁹ Cf. N 21.

⁹⁰ Art. 30c al. 6 LPP a contrario.

postérieurement à la survenance du cas de prévoyance, le versement anticipé n'a plus à être remboursé⁹¹.

Sous l'angle du droit du divorce, le versement en capital doit alors être traité dans le cadre de la liquidation du régime matrimonial. Le versement est en principe comptabilisé dans les acquêts⁹², sous réserve de la valeur capitalisée de la rente qui aurait appartenu au conjoint rentier au moment de la dissolution du régime, qui est comptabilisée dans les biens propres de ce dernier⁹³. Cette partie n'est en conséquence pas partagée. Il s'agit d'un cas dans lequel le partage de la prévoyance est impossible, et une indemnité équitable est due⁹⁴.

ii) L'effet du partage sur les prestations de la prévoyance professionnelle

37. Si une part de la prestation de sortie hypothétique est transférée dans le cadre du partage de la prévoyance⁹⁵, *la rente d'invalidé est adaptée – c'est-à-dire diminuée – en conséquence*⁹⁶. Cela ne vaut toutefois que dans la mesure où le plan de prévoyance est en primauté de cotisations et que, par conséquent, l'avoir de prévoyance acquis jusqu'à la naissance du droit à la rente a une influence sur le calcul de la rente⁹⁷.
38. La réduction de la rente d'invalidé est soumise à un *double plafond* :

⁹¹ Art. 30d al. 3 let. c LPP.

⁹² Art. 197 al. 2 ch. 2 CC.

⁹³ Art. 207 al. 2 CC.

⁹⁴ Art. 124e al. 1 CC. Pour un exemple chiffré, cf. FF 2013 4341 ss, p. 4388.

⁹⁵ Cf. N 103.

⁹⁶ Art. 24 al. 5 LPP. La réduction doit affecter la part obligatoire et la part surobligatoire de la rente dans la même proportion que celle qui a été appliquée à la part prélevée de la prestation de sortie hypothétique (cf. art. 49 al. 2 ch. 3a LPP et FF 2013 4341 ss, p. 4385 s.). Cf. également N 144 ss.

⁹⁷ Art. 19 al. 1 OPP2. Cf. également Commentaire des modifications de l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP2) dans le cadre de la révision du code civil relative au partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce, du 10 juin 2016 (cité Commentaire OPP2. Disponible à l'adresse suivante : <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/44316.pdf>), p. 7, et surtout les quatre exemples présentés en pages 8 et 9. Ils démontrent que les conséquences du partage peuvent fortement varier selon le règlement de l'institution de prévoyance. Cf. N 23.

- d’abord, elle est limitée à la différence entre la rente d’invalide calculée sur la base de l’avoir de prévoyance avant divorce, et celle calculée sur la base de l’avoir de prévoyance amputé de la part transférée à l’autre conjoint ;
 - ensuite, elle est limitée, proportionnellement, par le rapport entre la part de l’avoir de prévoyance transférée à l’autre conjoint et la prestation de sortie totale⁹⁸.
39. *Le moment déterminant pour le calcul de la réduction de la rente est celui de l’introduction de la procédure de divorce*⁹⁹. Cela signifie que pendant toute la durée du divorce, le conjoint rentier continue de toucher une rente non réduite, dont il doit rembourser une partie à son institution de prévoyance une fois le jugement de divorce entré en force et une fois connue la part de la prestation de sortie transférée à l’autre conjoint. A notre sens, la dette à l’égard de l’institution de prévoyance doit être répartie par moitié entre les ex-conjoints, solution expressément prévue lorsque le droit à une rente de vieillesse naît en cours de procédure¹⁰⁰.
40. *Le remboursement de l’institution de prévoyance ne devrait en principe pas poser de problème pratique. Si le conjoint rentier est débiteur au terme du partage, son institution de prévoyance versera à son ex-conjoint la prestation (rente ou capital) qui lui revient après avoir procédé à la réduction nécessaire. De son côté, le conjoint rentier verra aussi sa rente amputée d’un certain montant*¹⁰¹. *Cet élément doit en revanche impérativement être pris en considération au moment de fixer les contributions d’entretien.*

⁹⁸ L’exemple donné dans le Commentaire OPP2 (n. 97) est le suivant : si un quart de la prestation de sortie est transférée, la rente d’invalide peut être réduite d’un quart au maximum (cf. p. 7).

⁹⁹ Art. 19 al. 3 OPP2.

¹⁰⁰ Cf. art. 22a al. 4 LFLP et 19g al. 1 de l’ordonnance du 3 octobre 1994 sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OLP ; RS 831.425). Cf. également Commentaire OPP2 (n. 97), p. 18, et art. 19g al. 2 in fine OLP. Cf. également N 138 ss.

¹⁰¹ Cf. n. 279.

iii) Lorsque la rente n'est pas versée ou est réduite en raison d'un cas de surindemnisation

41. Nous avons évoqué ci-dessus l'hypothèse dans laquelle *le droit à une rente d'invalidé est ouvert, mais où cette dernière n'est pas versée en raison de la surindemnisation* de l'assuré¹⁰². L'article 124 al. 3 CC délègue au Conseil fédéral le soin de régler l'utilisation de la prestation de sortie hypothétique pour le partage de la prévoyance dans ce genre de situations. L'objectif est d'« éviter qu'en raison du divorce, des fonds de prévoyance plus importants que ceux auxquels la personne assurée aurait eu droit si elle n'avait pas divorcé ne lui reviennent durablement, ainsi qu'à son (ex-)conjoint (...). Par ailleurs, il faut éviter de multiplier les cas dans lesquels le partage de la prévoyance serait rendu impossible ou devrait être remplacé par le versement d'une indemnité équitable »¹⁰³.
42. Le Conseil fédéral a envisagé la situation d'une *surindemnisation découlant du concours des prestations du deuxième pilier avec des prestations de l'assurance-accidents ou de l'assurance-militaire*. Dans ces cas-là, la prestation de sortie hypothétique ne peut pas être utilisée pour le partage de la prévoyance¹⁰⁴.
43. L'hypothèse d'une surindemnisation découlant du seul *concours des prestations de l'AI et de la prévoyance professionnelle* n'est en revanche pas mentionnée, à dessein. Dans ce cas, la prestation de sortie hypothétique peut être utilisée pour le partage de la prévoyance¹⁰⁵. Il en va de même lorsque la surindemnisation provient d'autres causes, par exemple parce que l'assuré réalise un revenu professionnel¹⁰⁶.
44. Ce n'est qu'en présence d'une *surindemnisation durable* que la prestation de sortie hypothétique ne peut être utilisée pour le partage de la

¹⁰² Cf. N 27. A noter que le juge disposera des pouvoirs nécessaires pour obtenir de l'institution de prévoyance les renseignements nécessaires (art. 19k let. g OLP).

¹⁰³ FF 2013 4341 ss, p. 4363.

¹⁰⁴ Art. 25a al. 1 OPP2. Sur les conséquences pour l'exécution concrète du partage, cf. N 103.

¹⁰⁵ Cf. Commentaire OPP2 (n. 97), p. 13.

¹⁰⁶ Le Commentaire OPP2 (n. 97) mentionne encore le versement de prestations sociales étrangères (p. 13).

prévoyance. Si la surindemnisation découle que de ce que des rentes complémentaires pour enfant sont versées en sus de la rente d'invalidité¹⁰⁷, la prestation de sortie hypothétique peut malgré tout être utilisée pour le partage.

c) Le partage en cas de droit à des prestations après l'âge réglementaire de la retraite

45. L'article 124a CC prévoit finalement les modalités du partage dans l'hypothèse où l'un des époux, au moment de l'introduction de la procédure de divorce, *touche une rente d'invalidité et a atteint l'âge réglementaire de la retraite*¹⁰⁸, *ou perçoit une rente de vieillesse*¹⁰⁹.
46. Dans cette hypothèse, la prestation de sortie n'est définitivement plus accessible pour le partage de la prévoyance. Sous l'empire de l'ancien droit, un tel état de fait conduisait à l'impossibilité du partage et donnait lieu au versement d'une indemnité équitable¹¹⁰. Le nouveau droit *prévoit désormais que ce sont les prestations de la prévoyance professionnelle, soit les rentes, qui sont partagées (i)*¹¹¹.
47. La solution de l'ancien article 124 CC causait de manière récurrente *deux problèmes majeurs* : premièrement, le débiteur de l'indemnité étant le conjoint lui-même, le conjoint bénéficiaire de l'indemnité supportait le risque de son incapacité à honorer sa dette ; si une rente viagère lui était allouée en guise d'indemnité, *le décès du conjoint débiteur* pouvait réduire considérablement son indemnité équitable. Deuxièmement, l'indemnité étant financée par des fonds libres, elle

¹⁰⁷ Cf. art. 25 LPP. Le Commentaire OPP2 (n. 97) se réfère à tort à des « rentes pour enfant (...) octroyées en plus de la rente d'invalidité de l'assurance-accidents ou de l'assurance-militaire » (p. 13). Or, aucun de ces deux régimes ne connaît l'institution de la rente complémentaire pour enfant d'invalidité.

¹⁰⁸ Comme mentionné ci-dessus (n. 77), les rentes d'invalidité peuvent être viagères (cf. art. 26 al. 3 LPP) et ne sont pas automatiquement converties en rentes de vieillesse.

¹⁰⁹ Ce qui signifie qu'il a atteint l'âge réglementaire donnant droit à des prestations de retraite.

¹¹⁰ Art. 123 aCC.

¹¹¹ Art. 124a CC. Le partage porte sur l'ensemble des prestations, part obligatoire et part surobligatoire (FF 2013 4341 ss, p. 4364).

était versée au conjoint créancier qui pouvait en disposer librement. Si ce dernier avait la possibilité de financer, au moyen de l'indemnité, une assurance-vie liée, il n'en avait pas l'obligation, de sorte qu'il lui était aussi loisible de dépenser l'argent reçu à des fins autres que sa prévoyance vieillesse.

48. *Le nouveau droit règle ces deux problèmes de manière simple* : le bénéficiaire du partage se voit désormais verser une rente viagère (ii) dont le débiteur n'est plus son ex-conjoint, mais l'institution de prévoyance de ce dernier¹¹². La nouvelle réglementation légale s'assure également que les fonds restent affectés à des fins de prévoyance (iii).
49. Naturellement, le partage de la rente en application de l'article 124a CC a des *effets durables sur les prestations de la prévoyance professionnelle* (iv).

i) Les principes régissant le partage de la rente

50. Contrairement au principe du partage par moitié mentionné à l'article 123 CC et appliqué dans les deux hypothèses décrites précédemment¹¹³, *la rente ne sera pas automatiquement divisée en deux parts égales*. L'article 124a al. 1 CC délègue au juge la compétence d'apprécier les modalités du partage, en tenant compte des circonstances concrètes, en particulier de la durée du mariage et des besoins de prévoyance de chacun des époux.
51. *La durée du mariage* revêt à notre sens, dans cette appréciation, une importance toute particulière. En effet, il n'est plus question ici de partager des expectatives à l'égard de la prévoyance professionnelle, traduites par la quotité de la prestation de sortie accumulée pendant le mariage, mais de partager des prestations calculées sur la base d'un avoir de prévoyance accumulé durant toute une vie, et donc aussi en partie en dehors du mariage. Il serait inéquitable, par exemple, de prévoir un partage de la rente par moitié lorsque le mariage a été conclu quelques années seulement avant que l'époux rentier n'atteigne l'âge réglementaire de la retraite¹¹⁴.

¹¹² Art. 124a al. 2 CC.

¹¹³ Art. 123 et 124 CC.

¹¹⁴ Cf. également FF 2013 4341 ss, p. 4364.

52. *L'évaluation des besoins de prévoyance des deux époux* ne doit pas, selon le Conseil fédéral, « tenir compte des besoins de prévoyance de chacun des conjoints pris isolément, mais toujours mettre en balance les besoins des deux »¹¹⁵. Dans ce contexte, il est important de garder à l'esprit que la prévoyance du conjoint rentier est définitivement constituée, et ne peut plus être améliorée. A l'inverse, il se peut que l'autre conjoint, par hypothèse (beaucoup) plus jeune, soit encore en train de constituer sa prévoyance, et puisse l'améliorer par des rachats. Dans ce cas, ce n'est pas tant l'état de sa prévoyance au moment de la procédure de divorce qui est déterminant, que projections établies par son institution de prévoyance dans son certificat annuel de prévoyance¹¹⁶.
53. Pour guider le juge dans son appréciation, le Conseil fédéral indique, dans son Message, que *le partage de la rente par moitié devrait en règle générale être équitable* « 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 »¹¹⁷. Une tablette permet en outre d'estimer la part de rente de vieillesse acquise durant le mariage¹¹⁸.

La référence à l'influence du mariage sur la situation professionnelle des conjoints donne à notre sens lieu à discussion, dès lors qu'elle est à même d'induire une inégalité de traitement entre conjoints rentiers et conjoints non rentiers au moment du divorce. Dans l'hypothèse d'un couple au sein duquel chacun des conjoints a exercé, avant et pendant le mariage, la profession souhaitée, à plein temps, l'un ayant cependant un salaire inférieur à l'autre, le mariage n'a eu aucune influence sur la constitution de la prévoyance, qui serait la même si chacun était resté célibataire. Si l'époux qui a réalisé les revenus les plus élevés est rentier au moment du divorce, on pourrait, selon le Conseil fédéral, tenir compte de ce que le mariage n'a pas péjoré la prévoyance professionnelle de l'autre conjoint et ne pas partager sa rente par moitié. Si, par hypothèse, le divorce est introduit deux ans avant l'âge réglementaire de la retraite, le conjoint concerné verrait la moitié de ses

¹¹⁵ FF 2013 4341 ss, p. 4364.

¹¹⁶ Cf. FF 2013 4341 ss, p. 4365.

¹¹⁷ FF 2013 4341 ss, p. 4364. Ces motifs ne sont pas exhaustifs, mais si le juge se fonde sur d'autres circonstances, il lui incombe de motiver précisément sa décision (FF 2013 4341 ss, p. 4365).

¹¹⁸ Cette tablette figure dans l'annexe I au Message (FF 2013 4341 ss, p. 4406).

avoirs de prévoyance attribuée à l'autre, réduisant d'autant sa rente de vieillesse, le moment venu¹¹⁹. Il n'est pas sûr, à ce jour, que le juge tienne compte de la particularité d'une telle situation dans le cadre de l'article 124b CC¹²⁰.

54. L'ordre établi sous l'ancien droit s'agissant des effets du divorce, consistant à procéder *d'abord à la liquidation du régime matrimonial, puis au partage de la prévoyance, et finalement à la fixation d'une contribution d'entretien*¹²¹, est conservé et devra aussi être respecté en cas de partage de la rente. Cela signifie que le résultat de la liquidation du régime matrimonial peut avoir une influence sur le caractère équitable ou inéquitable du partage de la rente¹²².
55. En d'autres termes, il n'y a pas de recette qui permette de déterminer la quotité du partage de la rente une fois pour toutes et dans toutes les situations. Ce n'est ici plus tant le principe de l'égalité entre les conjoints qui prévaut, que celui du traitement équitable des deux conjoints. *Le juge ne peut s'épargner de prendre en considération leurs situations respectives dans leur globalité*. Il ne peut ni se borner à partager la rente par moitié sans considération pour la capacité économique globale de chacun des conjoints, ni adopter une solution consistant à mettre chacun des conjoints au bénéfice de prestations de prévoyance d'un même montant, sans tenir compte de leurs besoins respectifs.
56. A noter que le juge peut, dans le cadre de son pouvoir d'appréciation, décider *d'octroyer plus de la moitié de la rente au conjoint créancier*, en s'inspirant de la solution consacrée à l'article 124b al. 3 CC¹²³. Une telle décision ne devrait, pour conserver le parallélisme avec cette disposition, intervenir que si le conjoint créancier prend en charge des enfants communs, et uniquement dans la mesure où le conjoint débiteur conserve une prévoyance adéquate après le partage¹²⁴.

¹¹⁹ Sous réserve de rachats postérieurs au divorce.

¹²⁰ Cf. N 80 ss.

¹²¹ Cf. ATF 130 III 537, consid. 4.

¹²² Cf. FF 2013 4341, p. 4365.

¹²³ Cette disposition n'a pas vocation à s'appliquer lorsque le partage s'effectue selon l'art. 124a CC (cf. N 85). Cf. également FF 2013 4341 ss, p. 4372.

¹²⁴ Sur ces conditions, cf. N 76 s.

ii) La conversion en rente viagère

57. Une fois déterminée la part de la rente qui sera versée au conjoint créancier, il s'agit ensuite de la convertir en rente viagère¹²⁵. En effet, la rente de vieillesse versée au conjoint débiteur a été calculée – et financée – en tenant compte de l'âge supposé (sur des bases statistiques) de son décès. *Puisque la part de rente revenant à l'autre conjoint lui sera versée à vie, il y a lieu de procéder à une adaptation permettant de tenir compte de la modification de la durée du versement* qui peut en résulter pour la caisse de pension. Logiquement, si le conjoint créancier est plus jeune que l'époux débiteur, la rente viagère finalement versée sera donc moins élevée que la part de rente nominale qui lui a été attribuée. A l'inverse, si le conjoint créancier est plus âgé, la rente viagère sera plus élevée que la part de rente nominale¹²⁶.
58. *La méthode de conversion est réglée par voie d'ordonnance*¹²⁷, en l'occurrence par l'article 19h OLP et l'annexe à laquelle cette disposition renvoie. Cette méthode de calcul est impérative, le recours à des bases techniques propres à l'institution de prévoyance du conjoint débiteur étant exclu¹²⁸. L'Office fédéral des assurances sociales a l'obligation de mettre à disposition gratuitement un outil électronique de conversion¹²⁹.
- Cet outil intégrera les bases techniques LPP 2015 et applique les tables de générations pour l'année civile sans renforcement, ainsi que le taux d'intérêt technique de référence fixé par la Chambre suisse des experts en caisses de pensions¹³⁰.
59. *La date déterminante pour la conversion de la part de rente en rente viagère est celle de l'entrée en force du jugement de divorce*¹³¹, car c'est à ce moment-là

¹²⁵ Art. 124a al. 2, 1^{ère} phrase CC. Cela signifie que le droit à la rente est maintenu même si le conjoint créancier se remarie (FF 2013 4341 ss, p. 4364).

¹²⁶ Pour des exemples chiffrés, cf. FF 2013 4341 ss, p. 4366.

¹²⁷ Art. 124a al. 3 ch. 1 CC.

¹²⁸ Cf. Commentaire OPP2 (n. 97), p. 19.

¹²⁹ Cet outil doit en principe être disponible sur le site de l'OFAS (<http://www.bsv.admin.ch>) depuis le 1^{er} janvier 2017.

¹³⁰ Annexe à l'OPP2, ch. 3.

¹³¹ Art. 19h al. 2 OPP2.

que débutera le versement de la rente viagère. Il faut donc tenir compte de l'âge des parties à ce moment-là¹³².

iii) Les modalités du versement de la rente

60. Pour s'assurer que les fonds restent affectés à des fins de prévoyance, la loi prévoit, sur le principe, deux possibilités : soit l'institution de prévoyance du conjoint débiteur verse directement la rente au conjoint créancier, soit elle la transfère dans sa prévoyance¹³³. Le principe est quelque peu affiné par la LFLP.
61. Ainsi, *si le conjoint créancier a atteint l'âge légal de la retraite selon l'article 13 al. 1 LPP*¹³⁴, la rente viagère lui est en principe versée directement par l'institution de prévoyance du conjoint débiteur. Le conjoint créancier peut toutefois demander que la rente soit transférée dans sa prévoyance si son institution de prévoyance permet encore des rachats¹³⁵.

Il aura un intérêt (fiscal notamment) à procéder de la sorte par exemple s'il a conservé une activité professionnelle après l'âge légal de la retraite, et différé son droit aux prestations du deuxième pilier.
62. *Si le conjoint créancier n'a pas encore atteint l'âge légal de la retraite selon l'article 13 al. 1 LPP*, la rente viagère doit en principe être transférée dans sa prévoyance. Toutefois, *s'il est au bénéfice d'une rente entière de l'assurance-invalidité*¹³⁶ *ou s'il a atteint l'âge minimal pour la retraite anticipée, soit 58 ans*¹³⁷, il a la possibilité de demander le versement direct de la rente viagère par l'institution de prévoyance de son conjoint¹³⁸.
63. Si le conjoint créancier n'a pas atteint l'âge légal de la retraite et si les conditions mentionnées au paragraphe précédent ne sont pas réalisées, l'institution de prévoyance du conjoint débiteur transfère la

¹³² Cf. Commentaire OPP2 (n. 97), p. 19.

¹³³ Art. 124a al. 2, 2^e phrase CC.

¹³⁴ Soit 65 ans pour les hommes et 64 ans pour les femmes.

¹³⁵ Art. 22e al. 2 LFLP.

¹³⁶ Cf. FF 2013 4341 ss, p. 4398.

¹³⁷ Cf. art. 1 al. 3 LPP et 1i al. 1 OPP2.

¹³⁸ Art. 22e al. 1 LFLP.

rente dans la prévoyance professionnelle du conjoint créancier¹³⁹. Dans l'hypothèse où ce dernier n'est pas affilié à une institution de prévoyance¹⁴⁰, ou si des rachats ne sont plus possibles, la rente est transférée dans l'institution de libre passage qu'il aura choisie¹⁴¹ ou, à défaut, à l'institution supplétive¹⁴².

64. La loi délègue encore au Conseil fédéral la tâche d'indiquer la manière de procéder lorsque les prestations de vieillesse sont différées¹⁴³ ou lorsque la rente d'invalidité est réduite pour cause de surindemnisation¹⁴⁴.¹⁴⁵
65. *Dans l'hypothèse d'une rente différée*, c'est-à-dire lorsque le conjoint concerné a atteint l'âge réglementaire donnant droit à des prestations de vieillesse, mais qu'il a ajourné la perception de ces prestations, *la prestation de sortie acquise au moment de l'introduction de la procédure de divorce reste intacte et peut donc être partagée* en application de l'article 123 CC. Cette solution, consacrée désormais par l'article 19i OLP, intègre la jurisprudence du Tribunal fédéral consistant à dire que tant que des

¹³⁹ Le conjoint créancier peut opter pour un paiement en capital si le règlement de sa caisse de pension le prévoit (art. 22c al. 3 LFLP. Cf. également N 99). Cette conversion ne peut toutefois pas lui être imposée (cf. FF 2013 4341 ss, p. 4397). Si c'est une rente qui est versée, le transfert est effectué annuellement, au plus tard le 15 décembre de l'année considérée, et correspond à la rente due pour une année civile (art. 19j al. 1 OLP). Si un cas de prévoyance survient chez le conjoint créancier en cours d'année, cf. art. 19j al. 2 OLP et Commentaire OPP2 (n. 97), p. 20 s. L'institution de prévoyance doit des intérêts sur le montant annuel de la prestation à transférer, qui correspond à la moitié du taux réglementaire en vigueur pour cette année-là (art. 19j al. 5 OLP).

¹⁴⁰ C'est également le cas s'il est au bénéfice d'une rente entière de l'assurance-invalidité, puisqu'il n'est alors plus assuré dans le cadre du deuxième pilier (cf. art. 1j al. 1 let. d OPP2).

¹⁴¹ C'est-à-dire une banque ou une compagnie d'assurance offrant des produits conformes aux exigences de l'OPP3.

¹⁴² Cette dernière ne peut refuser les fonds (art. 60a LPP). Cf. FF 2013 4143 ss, p. 4366.

¹⁴³ Selon l'art. 26 al. 2 LPP, l'institution de prévoyance peut prévoir, dans ses dispositions réglementaires, que le droit aux prestations est différé aussi longtemps que l'assuré reçoit un salaire entier.

¹⁴⁴ Cf. N 27. Cf. également N 41 ss.

¹⁴⁵ Art. 124a al. 3 CC.

prestations de vieillesse ne sont pas effectivement versées, la prestation de sortie doit être partagée¹⁴⁶.

66. L'article 25b OPP2 décrit la marche à suivre par le juge lorsque les prestations d'invalidé versées après l'âge de la retraite sont *réduites à cause d'un cas de surindemnisation*. Le juge doit, dans un premier temps, *déterminer la part de rente qui revient à l'autre conjoint, en se basant sur le montant non réduit de la rente*. Cas échéant, il procédera à ce moment-là à la compensation selon l'article 124c CC¹⁴⁷. Si, au terme de cette opération, le conjoint qui perçoit une rente réduite est débiteur, deux cas de figure sont envisagés :
67. – si, malgré la réduction, *le conjoint débiteur touche une rente au moins aussi élevée que la part de rente qu'il doit* au conjoint créancier, on procède selon les règles « normales », décrites ci-dessus (conversion en rente viagère et transfert ans la prévoyance professionnelle du conjoint créancier)¹⁴⁸ ;¹⁴⁹
68. – si, à cause de la réduction, *la rente versée au conjoint débiteur est insuffisante* pour couvrir la part de rente attribuée au conjoint créancier, on procédera en deux temps. *Dans un premier temps*, la rente versée au conjoint débiteur sera convertie en rente viagère et versée (intégralement) au conjoint créancier, ou transférée dans sa prévoyance professionnelle¹⁵⁰. Le conjoint débiteur est par ailleurs redevable d'une indemnité équitable¹⁵¹ pour compenser la partie de la prévoyance qui n'a pas pu être versée¹⁵². *Si le conjoint créancier décède ou si sa rente est augmentée de telle sorte qu'elle couvre l'intégralité des prétentions*¹⁵³ du conjoint créancier, la part de rente est convertie en

¹⁴⁶ Cf. TF B 19/05 du 28 juin 2005. Cf. également Commentaire OPP2 (n. 97), p. 19 s.

¹⁴⁷ Art. 25b al. 4 OPP2. Sur la compensation, cf. N 97 ss.

¹⁴⁸ N 57 ss.

¹⁴⁹ Art. 25b al. 2 OPP2.

¹⁵⁰ Art. 25b al. 3 let. a OPP2.

¹⁵¹ Selon les règles de l'art. 124e al. 1 CC.

¹⁵² Art. 25b al. 3 let. c OPP2.

¹⁵³ On ne procédera donc pas à l'adaptation de la part de rente à transférer à chaque modification du calcul de surindemnisation, mais uniquement lorsque ce dernier aboutira à une rente suffisante pour couvrir la totalité de la créance de l'autre conjoint (cf. Commentaire OPP2 [n. 97], p. 14).

rente viagère, la date déterminante pour ce faire étant celle de l'entrée en force du jugement de divorce.

Notons que l'évaluation de l'indemnité équitable sera, dans cette hypothèse, chose plutôt difficile puisqu'elle dépendra de la durée pendant laquelle le conjoint créancier est privé d'une partie de ce qui lui revient. Cette durée dépendant elle-même d'un événement incertain (décès de l'autre conjoint ou augmentation de sa rente), il sera vraisemblablement très difficile d'envisager une solution sous forme de capital. *La rente versée au titre d'indemnité équitable ne donne, dans ce cas, pas droit à une rente de veuf ou de veuve* au moment du décès du conjoint débiteur, parce qu'elle est alors remplacée par la part de rente issue du partage de la prévoyance et convertie en rente viagère, conformément à l'article 25b al. 3 let. b CC. L'indemnité équitable versée au conjoint créancier est, dans ce cadre, une prestation limitée dans le temps au sens de l'article 20 al. 3 OPP2.

iv) L'effet du partage sur les prestations de la prévoyance professionnelle

69. Conséquence du partage, *la rente du conjoint débiteur sera, logiquement, diminuée du montant de la part de rente versée au conjoint créancier*¹⁵⁴. Cette modification est définitive, même dans l'hypothèse où le conjoint créancier viendrait à décéder avant le conjoint débiteur. Si sa rente a été réduite en raison d'un cas de surindemnisation, la part de rente attribuée au conjoint créancier reste prise en compte dans le calcul de la réduction de la rente¹⁵⁵.
70. *Si le conjoint créancier est également déjà rentier*, il ne verra pas sa propre rente augmenter¹⁵⁶. En revanche, s'il ne l'est pas encore, la rente viagère qui lui est due étant transférée dans sa prévoyance, c'est sa propre situation qui est améliorée, amélioration dont il sera tenu compte par son institution de prévoyance au moment de calculer son droit aux prestations de vieillesse.

¹⁵⁴ Au sujet des répercussions de cette diminution sur les rentes complémentaires pour enfant, cf. N 149 ss.

¹⁵⁵ Cf. art. 34a LPP et 24 al. 2^{ter} OPP2. Cf. également l'exemple présenté dans le Commentaire OPP2 (n. 97), p. 12.

¹⁵⁶ Il touchera deux rentes : la sienne, versée par son institution de prévoyance, et celle qui lui sera versée par l'institution de prévoyance de son ex-conjoint.

71. *Les prestations en cas de décès sont également affectées de manière définitive par le partage de la rente.* La part de rente octroyée au conjoint créancier n'est en effet plus considérée dans le calcul des prestations en cas de décès, et ce même si ce dernier est décédé avant le conjoint débiteur¹⁵⁷.
72. La diminution des prestations en cas de décès affectera *principalement les enfants* du conjoint débiteur, ainsi qu'un éventuel *nouveau conjoint*¹⁵⁸. L'ex-conjoint qui bénéficie d'une rente viagère en application de l'article 124a CC *n'a pas droit à des prestations en cas de décès* du conjoint débiteur¹⁵⁹, puisque, précisément, ce décès n'affecte pas son droit à la rente, et n'entraîne par conséquent aucun désavantage dans le cadre du partage de la prévoyance.

C. Les dérogations aux règles sur le partage

73. L'article 124b CC prévoit les conditions auxquelles il est permis de déroger aux règles exposées ci-dessus. Ces dérogations peuvent être le fait des parties (1) ou du juge du divorce (2). Compte tenu de la volonté exprimée dans le Message d'empêcher désormais les situations conduisant les juges à ratifier des conventions ne satisfaisant pas aux règles légales¹⁶⁰, l'articulation prévue entre les deux types de dérogation ne paraît toutefois pas satisfaisante, et impropre à atteindre l'objectif visé (3).

1. Les dérogations conventionnelles

74. Comme sous l'ancien droit, *les époux ont la possibilité de s'écarter du partage par moitié, voire de renoncer au partage de la prévoyance professionnelle, à condition toutefois qu'une prévoyance vieillesse et invalidité adéquate reste assurée*¹⁶¹.

¹⁵⁷ Art. 21 al. 3 LPP. Cf. également FF 2013 4341 ss, p. 4367.

¹⁵⁸ Cf. art. 19 et 20 LPP. Il peut aussi s'agir d'autres bénéficiaires au sens de l'art. 20a LPP.

¹⁵⁹ Art. 20 al. 1 OPP2. Cf. N 119 ss.

¹⁶⁰ Cf. FF 2013 4341 ss, p. 4345.

¹⁶¹ Art. 124b al. 1 CC.

75. *Formellement*, leur accord doit être consigné dans la convention sur les effets accessoires de leur divorce¹⁶². *Matériellement*, les conditions auxquelles cet accord peut être ratifié par le juge du divorce sont quelque peu assouplies par rapport à la solution de l'ancien droit. Sous l'empire de l'ancien article 123 al. 1 CC, la renonciation à tout ou partie de la prestation de sortie n'était possible – en théorie à tout le moins¹⁶³ – que si le conjoint qui y renonçait bénéficiait d'une autre manière d'une prévoyance équivalente¹⁶⁴, d'un point de vue tant qualitatif que quantitatif.
76. La nouvelle réglementation se contente de l'*assurance d'une prévoyance « adéquate »*, condition dont la réalisation doit être vérifiée d'office par le juge¹⁶⁵, qui tiendra compte des conditions de vie des époux, en particulier de leur âge¹⁶⁶. Plus les époux sont jeunes au moment du divorce, plus la renonciation au partage sera en principe admissible, d'autant plus si la durée du mariage a été brève et si les époux n'ont pas eu d'enfant. Cette solution correspond à une pratique déjà largement répandue sous l'ancien droit, nonobstant les conditions plus strictes de l'ancien article 123 CC¹⁶⁷.
77. *L'adéquation de la prévoyance doit être vérifiée pour elle-même*, indépendamment de la fortune personnelle de l'époux qui renonce à une part de la prévoyance de son conjoint, du résultat de la liquidation du régime matrimonial ou encore du versement de contributions d'entretien¹⁶⁸. Le Message mentionne, au titre des biens pouvant être considérés comme de la prévoyance, les troisièmes piliers liés, les assurances-vie à capital garanti, les immeubles, un droit d'habitation ou un usufruit limité dans le temps. A notre sens, il y a lieu de tenir

¹⁶² Cf. art. 111 al. 1 CC. Il peut à notre sens également s'agir d'une convention passée en audience. En revanche, le Conseil fédéral souligne expressément dans son Message qu'une renonciation anticipée, par contrat de mariage, demeure impossible (cf. FF 2013 4341 ss, p. 4370).

¹⁶³ Voir les exemples donnés par le Conseil fédéral dans son Message (FF 2013 4341 ss, p. 4369).

¹⁶⁴ Cf. art 123 al. 1 aCC.

¹⁶⁵ Art. 280 al. 3 CPC.

¹⁶⁶ FF 2013 4341 ss, p. 4369.

¹⁶⁷ Cf. CPra Matrimonial-FERREIRA, art. 123 CC N 19.

¹⁶⁸ FF 2013 4341 ss, p. 4370. *Contra* : GEISER (n. 9), p. 1382.

compte de l'amélioration de la prévoyance du premier pilier qui découle du *splitting*¹⁶⁹ et de la possibilité d'aménager l'attribution des bonifications pour tâches éducatives¹⁷⁰. *La mesure de l'adéquation* découle à notre sens de l'objectif constitutionnel de la prévoyance professionnelle, à savoir le maintien de manière appropriée du niveau de vie antérieur¹⁷¹.

78. Si la solution adoptée par les époux ne donne pas l'assurance d'une prévoyance adéquate pour tous les deux, le juge devrait, à la rigueur du droit, refuser de ratifier leur convention¹⁷².

2. Les dérogations judiciaires

79. Indépendamment de la possibilité, pour les époux, de régler le partage de leur prévoyance selon des règles qui leur conviennent, le juge du divorce peut également refuser totalement ou partiellement le partage de la prévoyance (a), ou attribuer à l'un des époux plus de la moitié de la prestation de sortie de l'autre (b).

a) Le refus partiel ou total du partage

80. *Sous l'ancien droit*, le juge avait la possibilité de refuser le partage, en tout ou partie, lorsque celui-ci s'avérait « manifestement inéquitable pour des motifs tenant à la liquidation du régime matrimonial ou à la situation économique des époux après le divorce »¹⁷³. Cette disposition avait été précisée par la jurisprudence dans ce sens qu'elle devait être appliquée de manière restrictive « afin d'éviter que le principe du partage par moitié des avoirs de prévoyance ne soit vidé de son contenu »¹⁷⁴. Les motifs de refus devaient tenir à la situation économique après le divorce¹⁷⁵ et le caractère manifestement

¹⁶⁹ Art. 29^{quinquies} al. 3 let. c LAVS. A ce sujet, cf. également N 7 et 13.

¹⁷⁰ Art. 52^{bis} RAVS. Cf. DUPONT (n. 24), p. 393 ss.

¹⁷¹ Cf. art. 113 al. 2 let. a de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101).

¹⁷² Cf. art. 280 al. 1 CPC.

¹⁷³ Cf. art. 123 al. 2 aCC.

¹⁷⁴ ATF 135 III 153, consid. 6.1.

¹⁷⁵ ATF 135 III 153, consid. 6.1. Cf. CPra Matrimonial-FERREIRA, art. 123 CC N 13.

inéquitable ne pouvait résulter uniquement de ce que l'un des conjoints bénéficiait d'une fortune considérable ou d'une sécurité financière certaine¹⁷⁶.

81. *Le nouveau droit élargit le pouvoir d'appréciation du juge*, dans la mesure où il lui permet désormais d'exclure totalement ou partiellement¹⁷⁷ le partage lorsqu'il existe de « justes motifs ».
82. La loi mentionne, à titre d'exemple de justes motifs, le caractère inéquitable¹⁷⁸ du partage par moitié, compte tenu notamment de la liquidation du régime matrimonial ou de la situation économique des époux après le divorce¹⁷⁹, ou des besoins de prévoyance de chacun des époux, au vu par exemple de leur différence d'âge¹⁸⁰. Cette liste n'est pas exhaustive¹⁸¹.
83. La première situation, soit les *motifs tenant à la liquidation du régime matrimonial ou à la situation économique postérieure au divorce*, reprend « pratiquement tous les cas dans lesquels le partage est exclu » en application de l'article 123 aCC¹⁸². *Sous l'angle des besoins de prévoyance*, le partage est inéquitable « lorsque l'un des époux subit des désavantages flagrants par rapport à l'autre conjoint »¹⁸³. Le Conseil fédéral mentionne expressément l'exemple de deux époux ayant des revenus

¹⁷⁶ ATF 136 III 455, consid. 4.2-4.5.

¹⁷⁷ La possibilité d'un refus total ou partiel lui permet selon nous de retenir une autre date que celle de l'introduction de la procédure de divorce pour déterminer les avoirs de prévoyance à partager.

¹⁷⁸ Et non plus « manifestement inéquitable » comme le prévoyait l'art. 123 aCC.

¹⁷⁹ Art. 124b al. 2 ch. 1 CC.

¹⁸⁰ Art. 124b al. 2 ch. 2 CC.

¹⁸¹ Le Message mentionne encore, à titre d'exemple, le cas du conjoint qui ne s'acquitte pas des contributions d'entretien qu'il est astreint à payer ; il serait alors injuste qu'il puisse exiger la moitié de la prestation de sortie de l'autre conjoint (FF 2013 4341 ss, p. 4371).

¹⁸² FF 2013 4341 ss, p. 4370 s. Le Message cite, comme exemple dans lequel le caractère inéquitable sera réalisé sous le nouveau droit, l'état de fait à l'origine d'un arrêt TF 5A_79/2009 du 28 mai 2009, consid. 2.1. Il tient également le partage pour inéquitable en présence d'un époux salarié au revenu (et par conséquent à la prévoyance) modeste, et d'un époux indépendant, non affilié au deuxième pilier, mais dont les revenus sont substantiellement supérieurs.

¹⁸³ FF 2013 4341 ss, p. 4371.

et des prestations de vieillesse futures comparables, les avoirs constitués pendant la durée du mariage étant toutefois très différents, en principe en raison d'une grande différence d'âge entre les conjoints¹⁸⁴.

84. Le Conseil fédéral réaffirme, dans son Message, l'impératif de ne pas vider de sa substance le principe du partage par moitié de la prévoyance professionnelle¹⁸⁵, ce qui signifie que comme l'article 123 aCC par le passé, l'actuel article 124b al. 2 CC ne devrait connaître qu'une *application restrictive*. Il paraît évident néanmoins que les « justes motifs » permettant le refus du partage couvrent également les états de fait qui permettaient, sous l'ancien droit, de refuser le partage au motif d'un *abus de droit*¹⁸⁶.
85. *D'un point de vue systématique, l'article 124b al. 2 et 3 CC ne s'applique que dans l'hypothèse où des prestations de sortie (réelles ou hypothétiques) sont partagées en application des articles 123 et 124 CC, et non dans l'hypothèse où l'on partage des rentes en application de l'article 124a CC. Cela découle tout d'abord du texte de ces deux alinéas, qui se réfèrent expressément au partage des prestations de sortie. C'est aussi la conséquence de ce qu'en cas du partage de la rente, le pouvoir d'appréciation conféré au juge par cette disposition lui laisse déjà la marge de manœuvre nécessaire pour tenir compte de particularités dans la situation des époux. Des exceptions supplémentaires ne sont, selon le Conseil fédéral, pas nécessaires pour ce type de partage*¹⁸⁷.

b) L'attribution de plus de la moitié de la prestation de sortie

86. Sous l'empire de l'ancien droit, la question de savoir si le juge pouvait accorder à un conjoint plus de la moitié de la prestation de sortie était

¹⁸⁴ Dans la prévoyance professionnelle, la constitution de l'avoir de vieillesse est progressive, en fonction de l'âge. Dans le régime de la prévoyance obligatoire, la bonification de vieillesse annuelle se monte à 7 % du salaire coordonné pour un assuré âgé de 25 à 34 ans, contre 18 % pour un assuré âgé de 55 à 65 ans (cf. art. 16 LPP).

¹⁸⁵ Cf. FF 2013 4341 ss, p. 4371.

¹⁸⁶ ATF 135 III 153, consid. 6.1 ; ATF 133 III 497, consid. 4. Cf. CPra Matrimonial-FERREIRA, art. 123 CC N 21 ss.

¹⁸⁷ FF 2013 4341 ss, p. 4370.

controversée en doctrine¹⁸⁸. *Le nouveau droit prévoit désormais expressément cette possibilité*. Il faut toutefois pour cela que ce dernier prenne en charge des enfants communs après le divorce, et que le conjoint débiteur dispose encore d'une prévoyance adéquate après le partage¹⁸⁹. L'objectif de cette forme de partage, dite « asymétrique », est de permettre de tenir compte de la lacune de prévoyance résultant d'un emploi à temps partiel par le conjoint qui s'occupe des enfants communs¹⁹⁰.

87. L'adéquation de la prévoyance restant acquise à l'époux débiteur doit être examinée à l'aune des mêmes critères que ceux qui permettent de valider la renonciation conventionnelle au partage de tout ou partie de la prévoyance dans le cadre de l'alinéa 1¹⁹¹.
88. La quotité de la prestation de sortie attribuée au conjoint créancier doit, selon le Conseil fédéral, être fixée *selon les mêmes principes que ceux qui servent à chiffrer la contribution d'entretien* en application de l'article 125 CC¹⁹².

3. Une articulation illogique ?

89. A notre sens, l'articulation de l'article 124b CC, à la lumière des explications données par le Conseil fédéral dans son Message, conduit à la même solution insatisfaisante en pratique que celle qui existait sous l'ancien droit.
90. Nous avons indiqué ci-dessus¹⁹³, au sujet de la possibilité, pour les époux, de convenir de la répartition de la prévoyance, voire d'y

¹⁸⁸ Cf. GEISER THOMAS, in : Heinz Hausherr (éd.), Vom alten zum neuen Scheidungsrecht, Berne 1999, N 2.83 (avis défavorable) ; FANKHAUSER ROLAND, Einverständliche Scheidung nach neuen Scheidungsrecht, Bâle/Genève/Munich 1999, p. 98 ss (avis favorable).

¹⁸⁹ Art. 124b al. 3 CC.

¹⁹⁰ FF 2013 4341, p. 4372.

¹⁹¹ FF 2013 4341, p. 4372. Cf. N 76 s.

¹⁹² Pour l'explication de ces principes, cf. CPra Matrimonial-SIMEONI, art. 125 CC N 9 ss.

¹⁹³ N 74 ss.

renoncer¹⁹⁴, qu'elle n'était donnée *qu'à condition de laisser à l'époux qui renonce une prévoyance adéquate*, condition que le juge vérifiera d'office. Nous avons également relayé les explications données dans le Message au sujet de la condition de l'adéquation. Pour le Conseil fédéral, cette condition n'est réalisée *que si les moyens de prévoyance à disposition de l'époux qui renonce sont adéquats, sans considération pour sa fortune personnelle ou pour le résultat de la liquidation du régime matrimonial*¹⁹⁵.

91. Au chapitre précédent¹⁹⁶, nous avons exposé la *possibilité donnée au juge de refuser le partage de la prévoyance s'il existe de justes motifs*. Cette condition est notamment réalisée si le partage par moitié s'avère inéquitable *en raison de la liquidation du régime matrimonial ou de la situation économique des époux après divorce*¹⁹⁷.
92. Si l'on suit la logique de la loi, des époux désireux de rester dans le cadre d'une procédure avec accord complet et de ne pas prendre de conclusions condamnatoires pour s'éviter des dépens, conscients de ce que la liquidation du régime matrimonial et/ou leur situation économique personnelle après divorce rendra le partage de la prévoyance inéquitable, *seraient obligés de « bricoler » une solution conventionnelle* permettant malgré tout une prévoyance adéquate sous l'angle des seuls moyens de prévoyance, *tout en sachant que le juge ne ratifiera pas cette convention et statuera d'office, refusant le partage en raison de justes motifs*.

Imaginons une épouse qui ne travaille pas et n'a pas de prévoyance professionnelle, mais dispose d'une importante fortune personnelle consistant essentiellement en des sociétés ou parts de sociétés. Elle est mariée sous le régime de la séparation de biens avec un homme qui n'a pas d'économies personnelles, mais travaille en qualité de travailleur salarié, avec un revenu moyen. La prestation de sortie acquise pendant la durée du mariage (10 ans, par hypothèse) s'élève à CHF 120'000.-. Ces époux ne peuvent pas, à la rigueur de la loi, convenir d'une renonciation par l'épouse au partage de la prévoyance de son conjoint, faute pour elle d'avoir une prévoyance adéquate¹⁹⁸. En revanche, il semble clair que le

¹⁹⁴ Cf. art. 124b al. 1 CC.

¹⁹⁵ FF 2013 4341 ss, p. 4370.

¹⁹⁶ N 80 ss.

¹⁹⁷ Cf. art. 124b al. 2 ch. 1 CC.

¹⁹⁸ Les sociétés et parts de société ne sont pas considérées comme une forme de

partage de la prévoyance conduira à un résultat inéquitable et sera refusé par le juge en application de l'article 124b al. 2 ch. 1 CC.

93. A notre sens, *l'économie des procédures commande que les conventions des époux puissent également porter sur les états de fait circonscrits à l'article 124b al. 2 et 3 CC*, à charge pour le juge, par analogie, de vérifier d'office que les conditions topiques sont réalisées¹⁹⁹.

D. L'exécution du partage

94. Parmi les trois méthodes décrites ci-dessus pour déterminer le montant des avoirs de prévoyance à partager, on appliquera à chaque époux celle qui convient, en fonction de sa situation individuelle. Dans un deuxième temps, il s'agira de procéder concrètement au partage.
95. Si les deux conjoints bénéficient d'une prévoyance professionnelle, on simplifiera l'exécution du partage en procédant dans un premier temps, dans la mesure du possible, à la *compensation des créances réciproques* (1) avant de transférer dans la prévoyance du conjoint créancier la part qui lui revient (2).
96. Il se peut toutefois que *l'exécution du partage ne puisse raisonnablement être exigée* (3), voire *s'avère impossible* (4), auxquels cas la loi prévoit des palliatifs.

1. La compensation préalable des créances

97. La compensation préalable des créances, prévue par l'article 124c CC, est une opération rigoureusement identique à celle qui était pratiquée sous l'ancien droit, à tout le moins *lorsqu'il s'agit de compenser deux prétentions portant sur des prestations de sortie, réelles ou hypothétiques*.

Par exemple, dans l'hypothèse de deux conjoints actifs professionnellement en qualité de travailleurs salariés, l'époux doit à son épouse une part de sa prestation de sortie équivalent à CHF 100'000.-. Cette dernière, de son côté, lui doit CHF 75'000.-. Après compensation des créances, l'institution de prévoyance de l'époux se verra ordonner de

prévoyance (cf. N 77).

¹⁹⁹ Dans le même sens, GEISER (n. 9), p. 1382.

verser à l'institution de prévoyance de l'épouse la différence, soit CHF 25'000.-.

98. La compensation des créances ne pose pas non plus de problème particulier *lorsque les deux époux sont rentiers de la prévoyance professionnelle*, et que des parts de rente sont accordées réciproquement. L'article 124c al. 1 CC précise simplement à ce sujet que la compensation a lieu avant la conversion de la part de rente en rente viagère²⁰⁰.

Si l'on prend l'exemple de deux conjoints, au bénéfice de rentes se montant respectivement à CHF 2'000.- pour l'un et à CHF 1'500.- pour l'autre, les deux rentes étant par hypothèse partagées par moitié, une part de CHF 1'000.- revient au second époux, et une part de CHF 750.- revient au premier. Après compensation, c'est un solde de CHF 250.- qui revient au conjoint créancier. C'est ce montant qui doit maintenant être converti en rente viagère conformément aux règles décrites ci-dessus²⁰¹.

99. La situation est plus délicate *lorsque l'un des époux est au bénéfice d'une rente, et que l'autre a des prétentions à une prestation de sortie, réelle ou hypothétique*. Dans ce cas, la compensation n'est possible qu'à la double condition que les époux et leurs institutions de prévoyance respectives y consentent²⁰². Le consentement des institutions de prévoyance est donné si le règlement de prévoyance du conjoint rentier prévoit un transfert sous forme de capital en faveur du conjoint créancier d'une part de rente²⁰³.

Ni les lois, ni les ordonnances ne prévoient la méthode qu'il convient d'appliquer à la capitalisation de la rente viagère. Elle devra donc être décrite dans son règlement par l'institution de prévoyance, dont on peut penser, au moment de rédiger ces lignes, qu'elles se référeront à leurs propres bases actuarielles. A défaut, c'est le recours aux Tables de capitalisation qui devrait s'imposer²⁰⁴.

²⁰⁰ Cette opération est décrite ci-dessus (N 57 ss). Cf. également FF 2013 4341 ss, p. 4372.

²⁰¹ Cf. N 57 ss.

²⁰² Cf. art. 124c al. 2 CC.

²⁰³ Cf. art. 22c al. 3 LFLP.

²⁰⁴ STAUFFER WILHELM/SCHAETZLE THEO/SCHAETZLE MARC/WEBER STEPHAN, Tables et programmes de capitalisation, 6^e éd., Zurich 2013.

100. *A défaut de consentement des conjoints et/ou des institutions de prévoyance, la compensation préalable des créances n'est pas possible*, et chaque prétention doit être exécutée selon ses propres règles.

2. Le paiement au conjoint créancier

101. La manière dont, concrètement, le paiement au conjoint créancier de ce qui lui revient intervient, *dépend de la nature de la prestation qui doit être versée* (prestation de sortie ou rente), *et dépend aussi de la situation du conjoint créancier* (âge, statut professionnel et/ou asséculoologique).

a) Selon la nature de la prestation qui doit être versée

102. *Si le conjoint débiteur doit à l'autre une part de prestation de sortie réelle* (art. 123 CC) *ou une part de rente* (art. 124a CC), l'exécution du partage ne pose pas de difficultés particulières, parce que les fonds sont disponibles et rien ne fait obstacle à ce que la part nécessaire y soit prélevée.
103. *Si la dette porte, même partiellement, sur une prestation de sortie hypothétique*²⁰⁵, on évitera autant que possible de toucher à cette dernière pour procéder au partage, pour éviter de voir diminuer la rente servie au conjoint assuré. On utilisera donc en priorité les autres avoirs disponibles, si tant est qu'il en existe.

Imaginons par exemple un assuré au bénéfice d'une demi-rente de l'assurance-invalidité, qui travaille par ailleurs à 50 %. Au moment de l'introduction de la procédure de divorce, il dispose d'une prestation de sortie réelle (pour la part active) de CHF 50'000, d'une prestation de sortie hypothétique de CHF 110'000.- et d'avoirs de libre passage dans le cadre d'un troisième pilier pour un montant de CHF 30'000.-. Le total à partager s'élève à CHF 190'000.-. Dans l'hypothèse d'un partage par moitié, l'autre conjoint bénéficie d'une créance de CHF 95'000.-. Cette créance sera d'abord exécutée par le transfert de la prestation de sortie réelle (CHF 50'000.-) et des avoirs de libre-passage (CHF 30'000.-), seul le solde étant prélevé sur la prestation de sortie hypothétique²⁰⁶.

²⁰⁵ Ce qui signifie qu'il touche une rente d'invalidité avant d'avoir atteint l'âge de la retraite (cf. art. 124 CC).

²⁰⁶ Pour autant naturellement que l'on ne se trouve pas dans une situation où l'utilisation de la prestation de sortie hypothétique pour l'exécution du partage est proscrite, c'est-à-dire essentiellement lorsque la rente a été durablement réduite en

b) Selon la situation du conjoint créancier

104. *Si le conjoint créancier a droit à une part de la prestation de sortie (réelle ou hypothétique) de son ex-conjoint, cette dernière doit en priorité être versée à sa propre institution de prévoyance. Si le conjoint créancier n'est pas affilié au deuxième pilier, il désignera un établissement bancaire ou d'assurance proposant des produits de maintien de la prévoyance conformément à l'OPP3.*
105. *Si le conjoint créancier n'est plus affilié à la prévoyance professionnelle parce qu'un cas de prévoyance s'est réalisé, il peut demander le paiement en espèces de la part de la prestation de sortie qui lui revient²⁰⁷. Il en va de même si les conditions d'un retrait en espèces sont réalisées²⁰⁸.*
106. Dans le but de favoriser autant que possible le maintien de la prévoyance, la loi prévoit désormais que *si le conjoint créancier n'a plus la possibilité de faire créditer la part de la prestation de sortie de son ex-conjoint dans une institution de prévoyance, par exemple parce que lui-même a atteint l'âge légal de la retraite, parce qu'il est au bénéfice d'une rente entière de l'assurance-invalidité ou parce qu'il n'a tout simplement plus la possibilité de faire des rachats dans son institution de prévoyance²⁰⁹, il peut alors exiger le transfert de la part de la prestation de sortie auprès de l'institution supplétive²¹⁰. Si le conjoint créancier a atteint l'âge minimal de la retraite selon le règlement de l'institution supplétive²¹¹, il peut*

raison d'une surindemnisation (cf. N 41 ss).

²⁰⁷ Cf. art. 16 al. 2 OLP. Il faut toutefois qu'il soit au bénéfice d'une rente entière de l'assurance-invalidité. Cf. également GEISER (n. 9), p. 1379.

²⁰⁸ Cf. art. 5 LFLP.

²⁰⁹ A noter que l'art. 22d al. 2 LFLP interdit expressément le rachat dans l'hypothèse d'un transfert fondé sur l'art. 124 al. CC, soit lorsqu'un conjoint touche une rente d'invalidité avant d'avoir atteint l'âge réglementaire de la retraite, et que c'est donc une prestation de sortie hypothétique qui est partagée. Si, toutefois, l'assuré n'est que partiellement invalide et que le partage a été opéré sur la prestation de sortie effectivement disponible, le rachat est possible (cf. FF 2013 4341 ss, p. 4398).

²¹⁰ Art. 60a al. 1 LPP. L'institution supplétive a l'obligation de l'accepter (art. 60 al. 2 let. f LPP).

²¹¹ Soit cinq ans avant l'âge légal AVS (cf. art. 8 du Règlement sur la tenue des comptes de libre passage de la Fondation institution supplétive LPP, disponible sur le site Internet <http://www.chaeis.ch>).

demander la conversion en rente de l'avoir accumulé²¹². Si cette demande n'est pas faite, la rente sera versée dès que l'assuré aura atteint l'âge légal de la retraite²¹³. Le conjoint créancier peut toutefois faire reporter ce droit de cinq ans au plus s'il poursuit l'exercice d'une activité lucrative²¹⁴.

A noter que la rente versée au conjoint créancier par l'institution supplétive n'est pas une rente de vieillesse au sens de son règlement de prévoyance. Elle ne donne donc pas droit à des prestations pour survivant au sens de l'article 10 du règlement de l'institution supplétive²¹⁵.

107. *Si le conjoint créancier a droit à une part de la rente de son ex-conjoint, l'exécution se déroule comme indiqué ci-dessus*²¹⁶.
108. S'il n'a pas été possible de procéder à la compensation de créances réciproques²¹⁷, chacune des prétentions sera exécutée individuellement selon les règles qui viennent d'être mentionnées.

3. Lorsque l'exécution ne peut raisonnablement être exigée

109. Après que le partage été calculé selon les règles indiquées ci-dessus²¹⁸, il se peut encore que son exécution au moyen des avoirs de la prévoyance professionnelle *ne puisse raisonnablement être exigée compte tenu des besoins de prévoyance de chacun des époux*. Dans cette hypothèse, le partage sera remplacé par le versement à l'époux créancier d'une indemnité en capital²¹⁹, payée depuis les fonds libres de l'époux débiteur.

²¹² C'est, selon le Conseil fédéral, l'un des principaux intérêts du nouvel art. 60a LPP (FF 2013 4341 ss, p. 4391).

²¹³ Selon l'art. 13 al. 1 LPP.

²¹⁴ Art. 60a al. 2 LPP.

²¹⁵ Cf. art. 60a al. 2 in fine LPP. Cf. également FF 2013 4341 ss, p. 4391.

²¹⁶ Cf. N 60 ss. Cf. toutefois N 113 : cette solution pourrait, au final, rendre le partage au moyen des fonds de la prévoyance inexigible, et donner lieu à une indemnité en capital versée depuis des fonds libres, si tant est que le conjoint bénéficiaire d'une rente en dispose par ailleurs.

²¹⁷ Cf. N 99 s.

²¹⁸ N 9 ss.

²¹⁹ Art. 124d CC.

110. *Il ne s'agit pas, dans l'hypothèse visée ici, de déroger aux règles matérielles sur le partage, mais de prévoir une alternative à son exécution concrète, lorsqu'il n'est raisonnablement pas adéquat d'utiliser pour cela les moyens de la prévoyance, opération pourtant techniquement possible.*
111. S'agissant d'une exception au principe selon lequel le partage se fait au moyen des fonds de prévoyance, l'article 124d CC doit être *appliqué restrictivement*. Son application suppose en outre que le conjoint créancier dispose par ailleurs de fonds libres suffisants pour s'acquitter de sa dette²²⁰. A cet égard, *seul le versement d'un capital est envisageable*, le paiement d'une rente n'entrant pas en ligne de compte, pour éviter de recréer sous le nouveau droit des situations comparables à celles qui découlaient de l'application de l'ancien article 124 CC, et que l'on a précisément voulu éliminer en procédant à la révision des règles de partage de la prévoyance après divorce²²¹.
112. L'application de l'article 124d CC peut résulter d'une convention entre les époux, le juge conservant alors la charge d'examiner *si la solution adoptée ne repose que sur des raisons tenant à leur prévoyance*. Des motifs d'un autre ordre ne sont pas acceptables²²².
113. Le Message mentionne, comme exemple de situations permettant d'appliquer l'article 124d CC, le cas dans lequel le conjoint créancier a de toute manière décidé d'émigrer après le divorce et de retirer ses avoirs de prévoyance²²³. Dans un tel cas, peu importe pour lui que le montant lui revenant soit payé au moyen de fonds de la prévoyance ou au moyen de fonds libres²²⁴. D'une manière générale, moins le conjoint créancier a la possibilité de recevoir les fonds lui revenant dans son institution de prévoyance, moins il est nécessaire de recourir à un transfert des fonds de la prévoyance. Le transfert des fonds de la prévoyance n'est pas non plus raisonnablement exigible si le conjoint débiteur en subit un préjudice sérieux, par exemple parce

²²⁰ FF 2013 4341 ss, p. 4373.

²²¹ Cf. FF 2013 4341 ss, p. 4374.

²²² Le Message mentionne, à titre d'exemple, des motifs d'ordre fiscal (FF 2013 4341 ss, p. 4374).

²²³ Conformément à l'art. 5 LFLP.

²²⁴ Cf. FF 2013 4341 ss, p. 4373.

que, bénéficiaire d'une rente, il n'a plus la possibilité de faire des rachats²²⁵.

114. Dans le sens, toujours, de favoriser au maximum la prévoyance des conjoints, et pour éviter que l'indemnité en capital versée en application de l'article 124d CC ne soit dépensée prématurément, *le juge peut désormais ordonner, dans le jugement de divorce, que le montant en sera transféré à l'institution de prévoyance du conjoint créancier* ou, si ce dernier n'en a pas, auprès d'une institution de maintien de la prévoyance²²⁶. Dans ce cas-là, il doit indiquer précisément dans le jugement le montant à transférer et l'identité de l'institution de prévoyance ou de maintien de la prévoyance à laquelle il doit être versé²²⁷. Cette possibilité n'est donnée selon nous *que si aucune circonstance ne justifie le paiement en espèces*²²⁸. A notre avis, plus la situation du conjoint créancier est modeste et moins sa rente AVS sera élevée, plus le juge devrait être enclin à faire usage de la faculté qui lui est donnée.

4. Lorsque l'exécution est impossible

115. Malgré les aménagements apportés par le nouveau droit, il demeurera à l'avenir un certain nombre de situations dans lesquelles l'exécution du partage s'avérera impossible. Comme sous l'ancien droit, la loi actuelle prévoit un palliatif dans ce genre de cas (a). Ce palliatif comprend le versement de prestations pour survivants (b), dont il clarifie en même temps les conditions, amélioration bienvenue sous l'angle du droit des assurances sociales. Sous l'ancien droit, les avoirs de prévoyance situés à l'étranger représentaient un cas fréquent d'impossibilité donnant lieu au paiement d'une indemnité équitable. Le nouveau droit traite expressément de cette question (c).

225 Cf. FF 2013 4341 ss, p. 4363 s.

226 Art. 22f al. 3 LFLP.

227 Cf. FF 2013 4341 ss, p. 4399.

228 Cf. N 105.

a) En général

116. Les moyens tirés de l'impossibilité du partage ne permettent pas non plus de déroger aux règles matérielles qui le régissent, mais prévoient une solution alternative *lorsque les moyens issus de la prévoyance ne peuvent être partagés*.

A titre d'exemple de situations de ce genre, mentionnons d'abord l'absence de prestation de sortie de sortie (réelle ou hypothétique), l'impossibilité d'utiliser la prestation de sortie hypothétique pour l'exécution du partage²²⁹, ou encore la réduction de la rente d'invalidé pour cause de surindemnisation²³⁰. Le Conseil fédéral mentionne également les situations dans lesquelles le partage des prétentions à une rente en vertu de l'article 124a CC ne serait pas réalisable, et cite l'exemple des régimes de retraite prévus dans la fonction publique pour, par exemple, les magistrats et les professeurs²³¹. Pensons également au cas, plus fréquent en pratique, dans lequel un époux a bénéficié d'un versement anticipé dans le cadre de l'encouragement à la propriété du logement, avant d'être mis au bénéfice d'une rente en raison de la survenance d'un cas de prévoyance. Le montant du versement anticipé n'est alors plus pris en compte dans le partage de la prévoyance^{232,233}

117. Dans un tel cas, le conjoint débiteur doit au conjoint créancier « une indemnité équitable sous forme d'une prestation en capital ou d'une rente »²³⁴. S'agissant d'une solution déjà connue sous l'ancien droit²³⁵, les paramètres qui permettent de chiffrer l'indemnité équitable

²²⁹ Cf. N 103.

²³⁰ Cf. N 41 ss.

²³¹ Cf. FF 2013 4341 ss, p. 4374. Par exemple, les magistrats de la Confédération (membres du Conseil fédéral, des juges ordinaires du Tribunal fédéral ainsi que du chancelier de la Confédération) ne sont pas soumis à la LPP (art. 3 al. 3 de la loi fédérale concernant les traitements et la prévoyance professionnelle des magistrats ; RS 172.121). Le régime de leur prévoyance est défini par les art. 3 ss de l'ordonnance de l'Assemblée fédérale concernant les traitements et la prévoyance professionnelle des magistrats (RS 172.121.1). GEISER (n. 9) doute que l'art. 124e CC soit une solution appropriée dans ce genre de situations (p. 1383).

²³² Cf. N 36. Sous l'ancien droit, ces états de fait étaient appréhendés dans le cadre de l'application de l'art. 124 CC et donnaient déjà lieu au versement d'une indemnité équitable (cf. CPra Matrimonial-FERREIRA, art. 124 CC N 22).

²³³ Sur la question particulière des avoirs de prévoyance situés à l'étranger, cf. N 125 ss.

²³⁴ Cf. art. 124e al. 1 CC.

²³⁵ Cf. art. 124 aCC.

devraient en principe rester les mêmes. Il s'agit de la *durée du mariage* et des *besoins des conjoints en termes de prévoyance*, conditions identiques à celles qui président au partage de la rente lorsque la procédure de divorce est introduite après que l'un des conjoints a atteint l'âge réglementaire de la retraite²³⁶. Là encore, il conviendra de tenir compte de la situation économique des époux après le divorce, et en particulier après la liquidation du régime matrimonial^{237, 238}.

118. Ne s'agissant pas d'une contribution d'entretien, la rente viagère octroyée au conjoint créancier en application de l'article 124e al. 1 CC *ne s'éteint pas en cas de remariage, et ne peut être modifiée sous prétexte d'un changement de circonstances*²³⁹.

b) Le droit aux prestations pour survivant

119. Sous l'empire du nouveau droit, l'indemnité équitable accordée sous forme de rente viagère en application de l'article 124e CC est la seule prestation, dans le cadre du partage de la prévoyance, susceptible de prendre fin au décès du conjoint débiteur et, par conséquent, de léser le conjoint créancier²⁴⁰. Le législateur a tenu compte de l'insécurité générée en modifiant l'article 20 OPP2 *de telle sorte que le conjoint créancier reçoive, en lieu et place de la rente viagère octroyée au moment du divorce, des prestations de survivant*.

²³⁶ Cf. N 51 ss.

²³⁷ ATF 131 III 1, consid. 4.2.

²³⁸ Pour un exposé de la pratique du Tribunal fédéral sous l'ancien droit, cf. CPra Matrimonial-FERREIRA, art 124 CC N 36 ss.

²³⁹ Sous réserve du partage, postérieur au divorce suisse, d'avoirs de prévoyance situés à l'étranger (cf. N 125 ss). Cf. FF 2013 4341 ss, p. 4375.

²⁴⁰ Dans les autres hypothèses où une rente est versée, la débitrice en est l'institution de prévoyance, et la rente est versée jusqu'au décès du conjoint créancier. Lorsqu'une prestation ou une indemnité en capital est versée, le partage est intégralement exécuté à ce moment-là, et le décès du conjoint débiteur ne pénalise pas le conjoint créancier.

120. Le droit aux prestations n'est toutefois ouvert que *si le mariage avec le conjoint débiteur a duré dix ans au moins*²⁴¹. Il est donné *aussi longtemps que la rente aurait dû être versée selon le jugement de divorce*²⁴².

Sous l'empire de l'ancien droit, les conditions auxquelles un conjoint divorcé était assimilé à un veuf ou à une veuve et bénéficiait de prestations en cas de décès de son ex-conjoint étaient beaucoup plus floues et donnaient lieu à des controverses en doctrine²⁴³, dont certaines avaient été tranchées par le Tribunal fédéral et sont aujourd'hui intégrées à la nouvelle réglementation²⁴⁴.

121. L'intervention de l'institution de prévoyance en faveur de l'ex-conjoint de l'assuré décédé repose sur l'idée de *compenser uniquement la perte économique consécutive au décès du conjoint assuré*²⁴⁵. Dans ce sens, l'institution de prévoyance qui doit servir des prestations de survivant à l'ex-conjoint de son assuré est habilitée à *réduire ses prestations dans la mesure où, ajoutées aux prestations du premier pilier, elles dépassent le montant des prétentions découlant du jugement de divorce*²⁴⁶. Conformément au principe de concordance²⁴⁷, prévalant en matière d'assurances sociales lorsqu'il s'agit de contrôler la surindemnisation²⁴⁸ du fait de la réalisation d'un risque, *on ne tient compte que des prestations sociales versées en raison du décès*. On ne peut donc intégrer dans le calcul de surindemnisation que la part des prestations du premier pilier découlant du décès de l'ex-conjoint²⁴⁹, à l'exclusion des droits propres de l'ex-conjoint.

²⁴¹ Cf. art. 20 al. 1 let. a LPP.

²⁴² Cf. art. 20 al. 3 OPP2.

²⁴³ Cf. CPra Matrimonial-DUPONT, N 95 s.

²⁴⁴ Par exemple la question de la durée du droit aux prestations de survivant lorsque le conjoint survivant s'était vu octroyer, au moment du divorce, une rente limitée dans le temps (cf. TF 9C_35/2011 du 6 septembre 2011). L'art. 20 al. 3 OPP2 répond désormais expressément à cette question.

²⁴⁵ ATF 137 V 373. Cf. également Commentaire OPP2 (n. 97), p. 7.

²⁴⁶ Cf. art. 20 al. 4 OPP2.

²⁴⁷ En l'espèce, c'est la dimension matérielle (ou événementielle) de la concordance qui est prise en compte : on ne tient compte que des prestations sociales versées en raison du même événement, en l'espèce le décès de l'ex-conjoint.

²⁴⁸ Pour une définition de la surindemnisation, cf. n. 66.

²⁴⁹ Dans le régime de l'AVS, l'octroi d'une rente de veuf ou de veuve au conjoint divorcé n'est pas automatique, mais n'intervient que si les conditions de l'art. 24a

Une personne a droit, au décès de son ex-conjoint, à une rente de veuve AVS maximale (CHF 1'880.- par mois). Sa propre rente de vieillesse AVS se monte à CHF 1'450.- par mois. Selon les règles propres au premier pilier, elle ne peut cumuler les deux rentes, mais touche la plus élevée des deux²⁵⁰, en l'occurrence la rente de veuve. L'institution de prévoyance ne peut tenir compte, dans le calcul de surindemnisation, que de la différence entre le droit déduit du décès de l'assuré (la rente de veuve) et le droit propre (la rente de vieillesse), soit en l'espèce CHF 430.-. Si, à l'inverse, le droit propre de l'ex-conjoint est plus élevé que les prestations en cas de décès, il n'y a pas lieu de tenir compte des prestations du premier pilier dans le calcul de surindemnisation²⁵¹.

122. *Ces règles s'appliquent également lorsque l'ex-conjoint survivant ne touche pas encore de prestations de vieillesse du premier pilier.* Il est alors nécessaire d'estimer le montant de son droit propre à des prestations de vieillesse au moment où il aura atteint l'âge AVS²⁵².
123. Précisons encore que la règle exposée ci-dessus est uniquement destinée à éviter la surindemnisation de l'ex-conjoint survivant. *Elle ne permet pas, à elle seule, de calculer le droit aux prestations, qui dépend avant toute chose des dispositions légales²⁵³ et réglementaires.* Dans ce sens, l'article 20 al. 4 OPP2 ne permet pas à l'ex-conjoint survivant de réclamer des prestations qui dépasseraient ce à quoi l'institution de prévoyance est légalement et réglementairement tenue.
124. A noter également que *si le divorce a été prononcé avant l'entrée en vigueur de la modification du Code civil au 1^{er} janvier 2017, le conjoint qui s'est vu attribuer des prestations en application de l'ancien article 124 CC voit son droit à des prestations de survivant examiné selon l'ancien article 20 OPP2²⁵⁴.* Si, au moment du divorce, il s'est vu allouer une rente ne prenant fin qu'avec le décès de l'un des deux ex-conjoints²⁵⁵, *il a*

LAVS sont remplies.

²⁵⁰ Art. 24b LAVS.

²⁵¹ Art. 20 al. 4 in fine OPP2.

²⁵² Cf. Commentaire OPP2 (n. 97), p. 11 (l'exemple présenté est celui d'une veuve qui ne touche pas encore de prestations de vieillesse du premier pilier). A noter que plus l'ex-épouse est jeune, plus le calcul devrait lui être défavorable.

²⁵³ Cf. art. 21 LPP.

²⁵⁴ Disposition transitoire de la modification du 10 juin 2016 de l'OPP2. Sur les conditions de l'ancien droit, cf. CPra Matrimonial-DUPONT, Annexe II N 95 s.

²⁵⁵ Si le jugement de divorce prévoit une rente limitée dans le temps, cette possibilité

toutefois la possibilité, dans un délai d'une année à compter du 1^{er} janvier 2017, de demander au juge du divorce²⁵⁶ qu'une rente viagère au sens du nouvel article 124a CC lui soit attribuée. Cette possibilité n'est ouverte que si, au moment de la demande, le conjoint débiteur est encore en vie et perçoit une rente de vieillesse ou une rente d'invalidé après avoir atteint l'âge réglementaire de la retraite²⁵⁷. Si le conjoint concerné a saisi cette opportunité, son droit aux prestations de survivant est examiné à l'aune du nouvel article 20 OPP²⁵⁸.

c) Le cas particulier des avoirs de prévoyance à l'étranger

125. Lorsque l'un des conjoints détient des avoirs de prévoyance à l'étranger, le partage de ces avoirs peut se révéler impossible. L'impossibilité peut découler, d'une part, de ce que *le divorce n'est pas soumis au droit suisse et de ce que le droit étranger ne prévoit pas le partage des avoirs de la prévoyance professionnelle* en cas de divorce, ou bien de ce que le jugement suisse ordonnant le partage d'avoirs situés à l'étranger (en application du droit suisse ou étranger) *ne peut être exécuté dans le pays de l'institution de prévoyance.*

Jusqu'au 31 janvier 2016, le divorce jugé en Suisse et ses effets accessoires pouvaient être soumis au droit suisse ou, à certaines conditions, au droit étranger²⁵⁹. Si le droit suisse était applicable, les avoirs détenus à l'étranger

n'est pas ouverte (cf. FF 2013 4341 ss, p. 4376).

²⁵⁶ La demande doit être présentée auprès du tribunal qui a prononcé le jugement de divorce ou qui a ratifié la convention sur les effets du divorce (FF 2013 4341 ss, p. 4376). Si c'est un tribunal étranger qui a alloué une indemnité équitable au sens de l'ancien art. 124 CC, la demande peut être présentée devant un tribunal suisse si les conditions d'un for en Suisse sont remplies selon les art. 59 et 60 LDIP (art. 7e al. 2 Tit. fin. CC).

²⁵⁷ Art. 7e al. 1 Tit. fin. CC. Cf. également FF 2013 4341 ss, p. 4376.

²⁵⁸ Cf. Commentaire OPP2 (n. 97), p. 15.

²⁵⁹ Art. 61 et 63 al. 2 aLDIP (loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé [LDIP ; RS 291]. L'abréviation « aLDIP » fait référence à la loi dans sa teneur au 31 décembre 2016. L'abréviation « LDIP » fait référence au texte en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2017) s. Ces dispositions prévoyait, respectivement, que le divorce était régi par le droit suisse, à moins que les époux n'aient une nationalité étrangère commune et qu'un seul d'entre eux soit domicilié en Suisse, auquel cas leur droit national commun était applicable, et que le droit applicable au divorce régissait aussi les effets accessoires (RO 1988 1776), au nombre desquels figure le

devaient être pris en considération pour le partage de la prévoyance. Si les effets accessoires du divorce étaient soumis au droit étranger, la prévoyance était répartie – ou non – selon les règles du droit applicable²⁶⁰. Si l'exécution concrète du partage n'était pas possible ou si les avoirs ne pouvaient pas être partagés selon les règles du droit étranger, on recourait à l'indemnité équitable de l'article 124 aCC.

126. Les nouveaux articles 61 et 63 al. 2 LDIP résolvent l'une de ces deux difficultés en soumettant désormais au droit suisse exclusivement tous les divorces qui se déroulent en Suisse, de même que leurs effets accessoires. Cette modification avait principalement pour objectif de rendre le droit suisse applicable, dans tous les cas, au partage de la prévoyance professionnelle²⁶¹. Cela signifie que *les avoirs de prévoyance détenus par les époux à l'étranger seront désormais intégrés dans tous les cas au partage de la prévoyance selon les articles 122 ss CC*.
127. Ce n'est donc plus *que si le partage de ces avoirs n'est concrètement pas possible, faute pour le jugement suisse de pouvoir être exécuté à l'étranger, que l'on recourra à l'indemnité équitable*, en capital ou en rente, prévue par l'article 124e CC²⁶².
128. Partant du principe que le partage effectif de savoirs de prévoyance est toujours une solution préférable au palliatif de l'indemnité équitable²⁶³, le législateur a prévu la possibilité pour le juge suisse de *réviser le jugement de divorce en levant les mesures ordonnées en application de l'article 124e CC lorsque, postérieurement au jugement de divorce suisse, un jugement étranger procède au partage des avoirs*. Peu importe que ce jugement ait été rendu par le pays dans lequel les avoirs de prévoyance sont situés ou par la justice d'un Etat tiers. Seul est déterminant l'effet

partage de la prévoyance professionnelle (cf. FF 2013 4341 ss, p. 4350).

²⁶⁰ Cf. ATF 134 III 661.

²⁶¹ Cf. FF 2013 4341 ss, p. 4379. Cf. également p. 4351 s.

²⁶² FF 2013 4341 ss, p. 4375. Sur la possibilité pour le juge, toutefois, de renvoyer le partage de la prévoyance à une procédure séparée si des prétentions de prévoyance à l'étranger sont concernées et qu'une décision relative au partage de celles-ci peut être obtenue dans l'Etat en question, cf. art. 283 al. 3 CC et FF 2013 4341 ss, p. 4378.

²⁶³ Cf. FF 2013 4341 ss, p. 4375.

contraignant du jugement pour l'institution de prévoyance étrangère²⁶⁴.

129. Il tombe sous le sens que l'adaptation du jugement de divorce suisse permise par l'article 124e al. 2 CC *sera plus aisée si le paiement de l'indemnité équitable a été convenu par le biais d'une rente* plutôt que par le paiement d'un capital. Dans ce dernier cas, il faudra s'assurer que le conjoint qui a reçu l'indemnité en capital dispose encore des fonds suffisants pour les restituer, tout ou partiellement.
130. S'agissant d'un *jugement de divorce prononcé à l'étranger sur la prévoyance constituée en Suisse*, il ne sera pas reconnu dès lors que le nouveau droit prévoit désormais la compétence exclusive des tribunaux suisses pour connaître du partage d'avoirs de prévoyance situés en Suisse²⁶⁵. Une procédure complémentaire en Suisse sera donc nécessaire²⁶⁶.

III. Quelques questions particulières

131. La présentation des nouvelles règles de partage de la prévoyance en cas de divorce mérite que l'on s'attarde spécifiquement sur quelques points dont certains ont été effleurés dans les lignes qui précèdent, mais nécessitent quelques explications complémentaires. Il s'agit des questions liées à la transition temporelle entre ancien et nouveau droit (A), de la problématique spécifique de la survenance d'un cas de prévoyance en cours d'instance (B) et de la volonté du législateur d'assurer désormais, dans les opérations de partage, un parfait parallélisme entre la prévoyance obligatoire et la prévoyance surobligatoire (C).
132. Nous souhaitons ensuite relever ce qui, à notre avis et en l'état actuel de la révision, devrait constituer l'un de ses plus grands points faibles, à savoir le sort des enfants et les possibles inégalités de traitement entre eux (D).

²⁶⁴ Cf. art. 124e al. 2 in fine CC.

²⁶⁵ Art. 63 al. 1^{bis} LDIP. Cf. FF 2013 4341 ss, p. 4379 s. Cf. également CPra-Matrimonial-OTHENIN-GIRARD, Annexe Ie N 136.

²⁶⁶ Cf. également GEISER (n. 9), p. 1385.

A. Le droit transitoire

133. Sous l'angle du droit transitoire, la principale question qui occupe l'esprit des praticiens est celle de savoir à quel régime seront soumises les procédures en cours au moment de l'entrée en vigueur de la modification du Code civil.
134. D'un point de vue procédural, l'article 7d du Titre final du Code civil prévoit, à cet égard, que *les procès en divorce pendants devant une instance cantonale sont soumis au nouveau droit* dès l'entrée en vigueur de la modification du 19 juin 2015²⁶⁷. Le début de la litispendance est fixé, conformément aux règles du Code de procédure civile²⁶⁸, par le dépôt de la requête en divorce ou de la requête commune²⁶⁹.

Cela signifie que si la procédure est pendante en première instance au 1^{er} janvier 2017, le tribunal de première instance devra statuer selon le nouveau droit. Cela nécessitera vraisemblablement de sa part des mesures d'instruction complémentaires, notamment pour obtenir des institutions de prévoyance des informations actualisées²⁷⁰ et conformes aux nouveaux articles 24 al. 3 LFLP et 19k OLP²⁷¹. Dans tous les cas, le respect du droit d'être entendu commande que les parties se voient impartir un délai pour se déterminer sur l'influence de l'entrée en vigueur du nouveau droit sur leurs prétentions respectives dans le cadre du partage de la prévoyance. Dans ce sens, l'art. 407b al. 2 CPC prévoit que les parties peuvent présenter de nouvelles conclusions sur les questions touchées par la modification législative.

Si le jugement de première instance a été rendu avant le 1^{er} janvier 2017, mais que le délai d'appel arrive à échéance après cette date, l'appel peut être formé pour des motifs tenant au nouveau droit. Le tribunal de seconde instance statuera sur l'appel en appliquant le nouveau droit.

Enfin, si l'appel a été formé avant l'entrée en vigueur avant le 1^{er} janvier 2017, le tribunal de seconde instance devra statuer en application du

²⁶⁷ Art. 7d al. 2 Tit. fin. CC

²⁶⁸ Art. 62 et 198 let. c CPC.

²⁶⁹ Cf. FF 2013 4341 ss, p. 4375.

²⁷⁰ C'est-à-dire qu'elles devront indiquer les avoirs à la date de l'introduction d'instance. Si les parties se sont entendues sur une autre date (antérieure ou postérieure, cf. N 75), le juge doit à notre sens expressément les interpeller sur ce point.

²⁷¹ Il s'agit principalement de connaître la part obligatoire (LPP) de l'ensemble de la prévoyance (cf. N 144 ss), mais aussi le montant présumé des rentes de vieillesse et, cas échéant, le calcul de surindemnisation.

nouveau droit, ce qui impliquera vraisemblablement la même nécessité de complément que pour le juge de première instance.

135. De son côté, *le Tribunal fédéral* appliquera l'ancien droit si le jugement de dernière instance cantonale a été prononcé avant le 1^{er} janvier 2017. En cas de renvoi à l'autorité cantonale, celle-ci poursuivra la procédure en application de l'ancien droit²⁷².
136. L'intention du Conseil fédéral étant de soumettre la modification du 19 juin 2015 aux mêmes règles de droit transitoire que celles qui se sont appliquées à l'entrée en vigueur du nouveau droit du divorce en 2000²⁷³, on peut en déduire que *la modification des jugements de divorce* rendus selon l'ancien droit restera régie par ce dernier²⁷⁴. Cette question devrait toutefois rester plutôt théorique s'agissant du partage de la prévoyance professionnelle.
137. Les questions de droit transitoire en lien avec la modification des règles de *droit international privé* ont été traitées ci-dessus²⁷⁵, de même que la possibilité, pour les conjoints bénéficiaires d'une rente viagère en application de l'ancien article 124 CC, de demander sa *conversion en rente viagère au sens du nouvel article 124e CC*²⁷⁶.

B. Le cas de prévoyance survenant en cours d'instance

138. La date déterminante pour le partage de la prévoyance professionnelle étant désormais le moment de l'introduction de la procédure de divorce²⁷⁷, il faut imaginer l'éventualité de la *survenance d'un cas de prévoyance (invalidité ou vieillesse) en cours d'instance*. Une telle situation a ceci de particulier que le partage sera effectué sur la base d'un état de fait qui aura n'existera plus au moment où le jugement de divorce entrera en force et où l'institution de prévoyance devra exécuter le partage.

²⁷² Art. 7d al. 3 Tit. fin. CC.

²⁷³ Cf. FF 2013 4341 ss, p. 4375.

²⁷⁴ Cf. art. 7a al. 3 Tit. fin. CC.

²⁷⁵ N 125.

²⁷⁶ N 124.

²⁷⁷ Cf. N 13.

139. *La survenance d'un cas de prévoyance « vieillesse » en cours d'instance a reçu une solution expresse par voie d'ordonnance. L'article 19g al. 1 LFLP prévoit que si le conjoint débiteur atteint l'âge de la retraite pendant la procédure, l'institution de prévoyance peut²⁷⁸ réduire la prestation de sortie à partager, ainsi que la rente de vieillesse. Cette réduction est toutefois plafonnée au montant dont les prestations auraient été amputées si elles avaient directement pu être calculées sur la base de l'avoir de vieillesse réduit²⁷⁹.*
140. *Le même raisonnement s'applique si le conjoint touche une rente d'invalidé au moment de l'ouverture de la procédure de divorce et atteint l'âge de la retraite en cours d'instance. La période de référence pour calculer réduction est toutefois légèrement différente²⁸⁰.*
141. *Dans les deux cas, la réduction est supportée à parts égales par les deux conjoints²⁸¹ et peut porter tant sur la prestation de sortie à transférer que sur la rente versée au conjoint rentier²⁸².*
142. *Notons que si c'est le conjoint créancier qui atteint l'âge de la retraite ou qui devient invalide en cours de procédure, ce sont uniquement les modalités de l'exécution du paiement qui sont touchées²⁸³.*
143. *Il en ira de même, a priori, si un cas d'invalidité survient en cours d'instance, hypothèse qui n'est pas expressément réglée par la loi. Dans ce cas, le montant à partager sera toujours celui de la prestation de sortie acquise au jour de l'introduction de la procédure de divorce. Si le conjoint désormais rentier est débiteur du partage, l'exécution devrait en principe s'opérer selon les mêmes règles que pour un conjoint*

²⁷⁸ Elle n'a pas l'obligation de le faire et peut notamment y renoncer « lorsque le calcul nécessaire occasionne des charges disproportionnées par rapport aux avantages financiers d'une réduction pour l'institution de prévoyance ou le collectif d'assuré » (Commentaire OPP2 [n. 97], p. 18), ce qui signifie que le juge du divorce devra, en pareil cas, interpellé l'institution de prévoyance concernée afin qu'elle fasse connaître ses intentions.

²⁷⁹ Le Commentaire OPP2 (n. 97) donne un exemple très clair à ce sujet (cf. p. 18).

²⁸⁰ Cf. art. 19g al. 2 OLP et le Commentaire OPP2 (n. 97), p. 19.

²⁸¹ Cf. art. 19g al. 1 in fine OLP.

²⁸² Selon les bases actuarielles de l'institution de prévoyance (cf. Commentaire OPP2 [n. 97], p. 18 s. et n. 11).

²⁸³ Cf. N 105 ss.

rentier au moment de l'introduction de la procédure de divorce (art. 124 CC)²⁸⁴.

C. Le parallélisme entre la prévoyance obligatoire et la prévoyance surobligatoire

144. Dans l'idée de garantir autant que possible aux conjoints qui divorcent une prévoyance de même qualité²⁸⁵, il n'était plus possible, dans l'esprit du législateur, de laisser l'institution de prévoyance décider elle-même de la source et de l'affectation des avoirs transférés, *entre part obligatoire et part surobligatoire de la prévoyance*²⁸⁶. La marge de manœuvre dont elles disposaient sous l'ancien droit ne permettait en effet pas de s'assurer que les époux soient traités de manière égale, puisqu'il est impossible de contrôler la rémunération des avoirs de la prévoyance surobligatoire et le taux de conversion de ces avoirs en rente²⁸⁷.
145. Le nouveau droit *impose désormais aux institutions de prévoyance de consigner clairement, pour chaque assuré, la part de la prévoyance obligatoire* par rapport à l'ensemble de la prévoyance, y compris en cas de versement anticipé dans le cadre de l'encouragement à la propriété du logement et de transfert de la prévoyance en cas de divorce²⁸⁸. Ces informations doivent être transmises d'office en cas de changement d'institution de prévoyance. A défaut, la nouvelle institution a l'obligation de se renseigner.
146. Dès lors, *toute opération sur les avoirs de prévoyance d'un assuré doit désormais être effectuée proportionnellement* sur la prévoyance obligatoire et sur la prévoyance surobligatoire. Avant toute question de partage, cela vaut déjà pour la rémunération des avoirs de prévoyance²⁸⁹, les versements

²⁸⁴ Cf. N 103.

²⁸⁵ Cf. FF 2013 4341 ss, p. 4349.

²⁸⁶ Cf. N 4.

²⁸⁷ Cf. également M 04.3331 Rechsteiner Rudolf (PS/CN) « Deuxième pilier. Obligation de faire mention des prestations obligatoires et surobligatoires ».

²⁸⁸ Cf. art. 15a OPP2.

²⁸⁹ Cf. art. 16 OPP2.

anticipés dans le cadre de l'encouragement à la propriété et leur remboursement²⁹⁰ ou la perte d'intérêts y relative²⁹¹.

147. Au moment du partage de la prévoyance à l'occasion d'un divorce, *la proportion entre avoirs au sens de l'art. 15 LPP (part obligatoire) et prévoyance surobligatoire doit être conservée*, aussi bien pour le transfert de la prestation de sortie que pour le transfert de la rente viagère²⁹². De son côté, l'institution de prévoyance récipiendaire doit créditer les montants qu'elle reçoit en respectant cette même proportion²⁹³. La traçabilité de l'information doit être assurée²⁹⁴. Tant l'assuré que le juge du divorce y ont accès sur simple demande²⁹⁵.
148. *S'il n'est pas possible de déterminer la part de l'avoir obligatoire* par rapport à l'ensemble de l'avoir de prévoyance, « est réputé comme tel le montant maximal que l'assuré aurait pu constituer jusqu'à la date de détermination en vertu des dispositions légales minimales », ce montant ne pouvant naturellement pas être plus élevé que la totalité des avoirs effectivement disponibles auprès de l'institution de prévoyance²⁹⁶.

D. Les inégalités de traitement des enfants

149. L'un des problèmes importants posés par la modification des règles de partage de la prévoyance est la possibilité d'inégalités de traitement qu'elle engendre entre les enfants du conjoint débiteur du partage.
150. *L'inégalité entre les enfants nés de l'union que le divorce tend à dissoudre et les enfants nés d'une autre union*, postérieure, était déjà chose connue sous l'ancien droit. En effet, si les prestations d'invalidité ou en cas de décès

²⁹⁰ Cf. art. 30d al. 6 LPP. Cf. également art. 20a de l'ordonnance du 3 octobre 1994 sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle (OEPL ; RS 831.411).

²⁹¹ Cf. art. 22a al. 3 LFLP.

²⁹² Cf. art. 22c al. 1 LFLP.

²⁹³ Cf. art. 22c al. 2 LFLP.

²⁹⁴ Cf. art. 22c al. 4 LFLP. Cf. également art. 27i al. 1 let. a OPP2.

²⁹⁵ Cf. art. 24 al. 3 let. b LFLP. En revanche, le conjoint de l'assuré ne peut pas obtenir cette information directement. Il devra donc passer par une réquisition en procédure si l'assuré ne lui transmet pas cette information spontanément.

²⁹⁶ Cf. art. 15b al. 1 OPP2 (cf. art. 15 al. 4 LPP).

servie par l'institution de prévoyance du parent débiteur du partage étaient affectées par ce dernier²⁹⁷, il en va de même pour les rentes pour enfant, complémentaires à la rente d'invalidé, ou pour les rentes de survivant, en l'occurrence les rentes d'orphelin.

151. Le nouveau droit crée désormais la *possibilité d'inégalités au sein des enfants nés de la même union*, dans l'hypothèse d'un parent au bénéfice d'une rente d'invalidé ou de vieillesse au moment de l'introduction de la procédure de divorce. Si ce parent est débiteur à l'issue du partage, sa rente (s'il a atteint l'âge réglementaire de la retraite) ou sa prestation de sortie hypothétique sera en principe partagée, de sorte que le montant de la rente qui lui est versée risque d'être diminué.
152. *Si, au moment de l'introduction de la procédure de divorce, le droit à la rente complémentaire pour enfant existe déjà*, le droit à cette rente sera maintenu et son montant restera le même. Si le parent vient ensuite à décéder, la rente d'orphelin sera calculée sur les mêmes bases que la rente pour enfant, donc sur la base de la rente, respectivement de la prestation de sortie non réduites du parent décédé²⁹⁸. Cela vaut tant lorsque la rente pour enfant complète une rente d'invalidé ou une rente de vieillesse²⁹⁹.
153. A contrario, *si le droit à une rente complémentaire pour enfant n'existe pas au moment de l'introduction de la procédure de divorce, mais naît postérieurement*, son montant sera calculé sur la base de la prestation de sortie ou de la rente réduite³⁰⁰. Si le droit à la rente complémentaire naît pendant la listispendance, le montant sera rectifié rétroactivement³⁰¹.
154. On peut ainsi imaginer la situation d'une *femme enceinte du troisième enfant du couple, introduisant une procédure de divorce*. Les deux premiers enfants verront leur rente complémentaire calculée sur les bases « avant divorce », tandis que l'enfant à naître verra la sienne calculée sur la

²⁹⁷ Cf. N 23.

²⁹⁸ Cf. art. 21 al. 4 LPP.

²⁹⁹ Cf. art. 17 al. 2 et 25 al. 2 LPP.

³⁰⁰ Cf. FF 2013 4341 ss, p. 4385 et 4386.

³⁰¹ Cf. FF 2013 4341 ss, p. 4385.

base des circonstances « après divorce »³⁰², donc en principe deux fois moins élevée que celle de ses frères et sœurs.

155. On peut aussi penser à la situation d'un couple ayant deux enfants. Le cadet, encore en âge de fréquenter l'école obligatoire, donne droit à une rente complémentaire calculée sur les bases « avant divorce »³⁰³. *L'aîné, âgé de 19 ans, vient d'obtenir sa maturité et n'est pas encore très décidé quant à la suite de sa formation.* Il prend une année sabbatique, durant laquelle ses parents introduisent une procédure de divorce. Lorsque cet enfant reprendra une formation, le droit à la rente complémentaire prendra naissance³⁰⁴, rente dont le montant sera calculé sur les bases « après divorce ». Paradoxalement, l'enfant qui coûte le plus cher à ses parents est celui qui bénéficie de la rente pour enfant la moins élevée.
156. Si l'on peut espérer que les situations de ce genre seront peu fréquentes, il n'en reste pas moins qu'elles ont un *potentiel dommageable très élevé*. En plus d'être génératrices de conflits supplémentaires entre les conjoints, susceptibles de complexifier et de prolonger les procédures de divorce, elles risquent de reporter le conflit sur les enfants.
157. Il est possible que parfois, ces dégâts collatéraux puissent être *compensés par le biais des contributions d'entretien*. Ce n'est toutefois qu'un pis-aller : premièrement, il se peut que le parent concerné n'ait pas de moyens supplémentaires ; deuxièmement, il se peut qu'il ne paie tout simplement pas les contributions d'entretien³⁰⁵ ; finalement, dans l'hypothèse où le droit à la rente est reconnu après le divorce, le montant de la contribution d'entretien est réduit d'office en conséquence, pour être aligné sur celui de la rente³⁰⁶.

³⁰² Le droit à la rente pour enfant prend naissance à partir du premier jour du mois suivant sa naissance (art. 47 RAVS, applicable par analogie, cf. HÜRZELER MARC, System und Dogmatik der Hinterlassenenversicherung im Sozialversicherungs- und Haftpflichtrecht, Berne 2014, p. 150).

³⁰³ Cf. art. 22 al. 3 LPP.

³⁰⁴ Si tant est qu'il n'ait pas encore atteint 25 ans.

³⁰⁵ Les rentes complémentaires pour enfant peuvent, sur demande, être versées directement par l'institution de prévoyance à l'enfant (majeur) ou à l'autre parent auprès duquel il vit, ce qui contourne le risque de l'insolvabilité.

³⁰⁶ Art. 285 al. 2^{bis} CC.

158. A notre avis, la solution adoptée par le législateur crée ici un hiatus qu'il n'a peut-être pas envisagé, et qui doit être corrigé rapidement.

IV. Conclusion

159. Comme tout changement, la révision des règles sur le partage de la prévoyance en cas de divorce génère une certaine insécurité, et nous fait presque regretter les trois dispositions du Code civil que nous avons eu quelques difficultés à apprivoiser, et qui sont aujourd'hui remplacées par les dispositions qui ont été présentées ci-dessus.
160. La densification des normes, tant dans les lois que dans les ordonnances, consacrées au partage de la prévoyance en cas de divorce augmente assurément l'impression de complexité et de difficulté à appréhender la matière d'un seul coup d'œil.
161. A terme, les choix opérés par le législateur et le degré de détail de la nouvelle réglementation devraient pourtant la rendre plus maniable. Naturellement, les singularités des situations qui y seront soumises étant infinies, leur concrétisation par les tribunaux est attendue avec impatience. On pense tout particulièrement à la précision des contours du pouvoir d'appréciation du juge, qui a désormais les coudées plus franches pour trouver, même contre le gré des époux, des solutions sur mesure.
162. Au rang des points négatifs, nous avons relevé les difficultés qui pourraient résulter de ce que la loi limite les conventions des époux à des conditions plus restrictives que celles qui permettent au juge de déroger aux règles sur le calcul du partage. A notre avis, cet inconvénient sera rapidement corrigé en pratique lorsque, pour des raisons relevant du simple bon sens déjà, les tribunaux ratifieront les conventions qui consacrent la solution qu'ils auraient eux-mêmes adoptée s'ils avaient dû statuer d'office.
163. Sur un autre plan, il paraît difficile de comprendre la manière dont le législateur a réglé l'impact du partage de la prévoyance pour les enfants et, d'une manière générale, en cas de décès. Si l'on comprend son souci d'optimiser la prévoyance vieillesse de l'époux, l'absence de soin pour la prévoyance décès en faveur des enfants est inquiétante, de même que la tolérance d'inégalités de traitement génératrices de

conflits. S'il s'agit d'une inadvertance de sa part, la correction est urgente. Si c'est une option prise en toute connaissance de cause, il faut alors avoir à l'esprit que la nouvelle réglementation s'avérera peut-être rapidement obsolète, à une époque où les mariages se concluent de plus en plus tard et où la naissance des enfants intervient à un âge plus avancé que par le passé.

164. L'impossibilité de prévoir et d'aménager le partage de sa prévoyance en cas de divorce, comme on peut le faire avec le régime matrimonial en adoptant un autre régime que le régime légal, ou encore en prenant des dispositions pour cause de mort, interdit à cet égard tout parallélisme dogmatique entre le partage par moitié des acquêts et le partage de la prévoyance.