

Avant-projet de décembre 2009
de revision du Code civil
(Partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce)
et
Rapport explicatif

Prise de position de la Faculté de droit de l'Université de Genève

Les développements qui suivent reflètent l'évaluation faite par des professeurs de droit civil et de droit international privé de la faculté.

Evaluation générale de la réglementation proposée :

La Faculté salue et soutient globalement les propositions de l'avant-projet. Vu les imperfections et lacunes de la loi actuelle, ainsi qu'un certain nombre de problèmes irrésolus à l'heure actuelle, une refonte de la législation paraît utile, voire nécessaire. La réglementation proposée a le mérite de s'atteler à cette tâche et d'apporter de nouvelles et bonnes solutions à certains égards, *en particulier* en élargissant les cas de partage de la prévoyance, par la répartition des prestations de prévoyance transférées sur les avoirs de prévoyance obligatoire et la prévoyance surobligatoire chez les deux époux et en imposant aux institutions de prévoyance et institutions de libre passage l'obligation d'annoncer annuellement à la Centrale du 2^e pilier l'effectif des personnes assurées.

Nous constatons toutefois également que certaines propositions de l'avant-projet (AP) ne constituent pas des réponses adéquates aux problèmes qui se posent, notamment s'agissant du moment du calcul des prestations de sortie à partager. Par ailleurs, quelques lacunes et imperfections des textes proposés sont à signaler, notamment au niveau du droit international privé.

Nos remarques se réfèrent aux législations concernées en utilisant les abréviations officielles de celles-ci, précédées des lettres AP si l'avant-projet est concerné. Les références au Rapport explicatif sont indiquées par l'abréviation RE.

Remarques spécifiques :

I Terminologie, en général :

Plusieurs dispositions des législations visées utilisent des termes différents pour l'avoir de prévoyance acquis pendant respectivement avant le mariage, p.ex. l'art. 122 AP-CC (prestations acquises), l'art. 124 AP-CC (prévoyance professionnelle) et les art. 22 à 22c, 22f AP-LFLP (prestations de sortie) ; ces termes se recoupent en partie avec ceux utilisés à l'heure actuelle. Pour éviter des confusions, il conviendrait d'utiliser des termes uniformisés.

II Droit interne :

a) Remarques principales :

1) Art. 122 al. 1 AP-CC :

La proposition de ne plus distinguer entre les situations dans lesquelles un cas de prévoyance est survenu ou non avant le divorce apporte une amélioration sensible au droit actuel. Le conjoint bénéficiaire pourra ainsi désormais faire verser cet avoir à son institution de prévoyance (IP) ou à une institution de libre passage (ILP), même si un cas de prévoyance est déjà survenu pour le conjoint débiteur.

2) Art. 122 al. 2 AP-CC :

Le texte proposé pour l'alinéa 1 de l'article 122 renforce, en comparaison avec le droit actuel, l'application du principe du partage automatique des avoirs de prévoyance et, par conséquent, restreint le pouvoir du juge. Cette solution procède d'un choix politique et est approuvée par une partie de la doctrine.

Pour éviter que l'interprétation de l'exception de l'alinéa 2 ne vide le principe de sa substance, il conviendra de souligner dans le futur Message du Conseil fédéral que cette exception ne vise pas une simple pesée des situations économiques des deux époux. Comme l'a dit le Tribunal fédéral (cf. décision 5C.49/2006), le fait que l'époux créancier dispose d'une fortune importante ne rend pas inéquitable le partage de la prévoyance. Le RE, p. 15, 4^e al., n'est pas clair à ce sujet. Il se réfère, en fait, vraisemblablement plutôt à l'hypothèse d'un partage qui accroîtrait la disproportion déjà considérable entre les situations financières des parties (ATF 135 III 53), ce qui serait important de faire mieux ressortir dans le Message. Par ailleurs, le RE ne nous paraît pas non plus convaincant par l'exemple des époux à grande différence d'âge et mariés pendant peu de temps ; la situation du conjoint plus jeune peut néanmoins être bien moins bonne que celle de l'époux plus âgé. Dans l'hypothèse citée par le RE, la courte durée du mariage réduit l'avantage retiré par l'épouse en raison de la différence d'âge des époux. Il n'y donc pas de partage manifestement inéquitable en raison de ces deux seuls critères.

3) Art. 122 al. 3 AP-CC :

Il est juste de permettre au conjoint qui, même sans partage, dispose d'une prévoyance vieillesse et invalidité appropriée de renoncer au partage. Le texte de l'art. 123 CC, dans sa version française actuelle, parle de prévoyance « équivalente ». Il s'agit d'un critère important qu'il serait regrettable de remplacer par le terme « inéquitable » employé dans la version française de l'art. 122 al. 3 AP-CC. La possibilité de renoncer plus largement au partage ne doit pas avoir pour effet de mettre à la charge de la société (i.e. des contribuables) les lacunes de prévoyance qui en résultent. De plus, avec la formulation proposée, l'appréciation que le juge devrait faire ne serait pas la même lorsqu'il applique les al. 1 et 2 de l'article 122 AP-CC ou l'alinéa 3. L'amalgame qui résulte du texte proposé engendre ainsi, s'agissant de la renonciation par l'époux plus faiblement doté au niveau de la prévoyance légale, le risque accru d'une appréciations sommaires et divergentes par les juges, aboutissant, dans de nombreux cas, à un désavantage injustifié pour l'époux renonçant.

4) Art. 123 al. 1 AP-CC :

La référence à l'AP-LFLP et donc au fait que le partage de la prévoyance doit se faire également dans les cas où l'époux débiteur est déjà au bénéfice de prestations de prévoyance a déjà été salué dans les remarques au sujet de l'art. 122 AP-CC.

5) Art. 123 al. 2 AP-CC :

Le texte de l'AP gagnerait par une formulation plus claire.

Il paraît en outre trop concis, ne rendant pas vraiment la portée que le législateur veut donner à cette norme. Le RE, p. 14 et 15, énumère divers droits et versements en matière de prévoyance que la loi ne mentionne pas, mais qui devraient être pris en compte dans le partage de la prévoyance en cas de divorce. Il est regrettable que le texte légal proposé n'en fait pas allusion expresse. Une mention dans ce sens dans la future loi, notamment à l'art. 123 al. 2 AP-CC, est très souhaitable. Elle contribuerait à la clarté de la loi et à la sécurité du droit. Aux hypothèses évoquées dans le RE, il conviendrait d'ajouter les versements des institutions de prévoyance étrangères, de même que les versements à titre de prévoyance faits à l'étranger. (Voir également *infra* b) Omissions et les remarques au sujet du droit international privé.)

Par ailleurs, les remarques suivantes quant au fond nous paraissent importantes : Selon le RE, p. 14, le juge disposerait, grâce à l'art. 123 al. 2 AP-CC, d'un certain pouvoir discrétionnaire dans la prise en compte des paiements en espèces et indemnités en capital reçus par un ou les deux époux, de même que des versements anticipés aux fins de l'acquisition du logement familial qui, redevenus liquides, ne peuvent plus être remboursés à l'IP. Le fait même de conférer au juge un pouvoir discrétionnaire dans l'établissement des composantes de la prévoyance et les exemples cités n'emportent pas la conviction.

Toutes les composantes de la prévoyance accumulées pendant le mariage devraient être intégrées, dans un premier temps, dans le calcul des avoirs échéant à chacun des époux. L'on ne voit en effet pas pourquoi des valeurs dilapidées par l'un des époux ne seraient pas comptées alors que les valeurs soigneusement gérées par l'autre époux le seraient (cf. exemple RE, p. 14). Les éventuelles adaptations du partage des sommes ainsi obtenus, sur la base de considérations d'équité, doivent se faire en application de l'art. 122 al. 2 AP-CC *uniquement*. Conférer au juge d'abord le pouvoir d'inclure ou non certains postes dans les avoirs accumulés et lui conférer ensuite un pouvoir discrétionnaire à l'égard du partage même, ne se justifie pas. Une surcorrection de la situation en faveur de l'un des époux au détriment de l'autre pourrait en résulter.

6) Art. 22a al. 1 AP-LFLP :

La fixation du jour déterminant pour le partage des avoirs de prévoyance au jour de la litispendance, comme proposé par cet article, n'est pas heureuse. Il est vrai qu'elle a le mérite de la clarté. En regard de la situation actuelle, qui prévoit un partage au jour de l'entrée en force du jugement de divorce, cette solution est toutefois désavantageuse pour le conjoint économiquement plus faible qui ne bénéficiera désormais plus du partage des avoirs accumulés par l'autre durant la procédure. L'avantage de la modification législative proposée s'accroît naturellement pour les époux qui exercent une activité professionnelle bien rémunérée, ainsi que pour les époux moins jeunes, qui accumulent des droits de prévoyance à un rythme accéléré. De même, le désavantage s'accroît pour les personnes mariées sans activité professionnelle ou avec une activité professionnelle réduite et pour les plus jeunes. L'expérience montre que les premiers sont pour la plupart les maris, alors que les épouses se trouvent le plus souvent dans la deuxième catégorie. Le texte légal proposé désavantage donc plus les femmes que les hommes et, parmi les femmes, notamment celles qui renoncent à une activité lucrative au bénéfice de la famille.

Le rapport considère que le désavantage pour l'époux économiquement plus faible peut être compensé par l'octroi d'une contribution d'entretien plus élevée, sur la base de l'art. 125 al. 2 ch. 8 CC (RE, p. 23-24). A l'encontre de cet argument, il convient de soulever deux objections. La première tient au fait que les « mesures correctives » qui prennent la forme d'une contribution d'entretien ne peuvent être versées directement à l'IP ou l'ILP du créancier et ne présentent donc pas les mêmes garanties en termes de prévoyance. La seconde découle du fait que les statistiques montrent qu'à l'heure actuelle l'octroi d'une contribution d'entretien est devenu l'exception (moins de 28% des divorces) et que, par conséquent, les lacunes de prévoyance qui se sont créées durant la procédure de divorce resteront en réalité non compensées. Par ailleurs, la référence au droit matrimonial faite par le RE (p. 23) ne nous paraît pas pertinente, étant donné que les questions de prévoyance sont précisément réglées séparément.

Il est vrai que tant la solution actuelle que celle proposée n'évitent pas le risque d'abus, notamment des manœuvres dilatoires de la part de l'époux qui gagne à rester marié plus longtemps. Aucun texte légal ne peut éliminer totalement ce risque. Face à ce constat, il ne paraît néanmoins pas soutenable que la solution proposée soit celle qui défavorise le conjoint économiquement plus faible.

Par ailleurs, nous relevons que les difficultés pratiques signalées à la page 23 du RE, concernant l'établissement des attestations des institutions de prévoyance à un moment tardif de la procédure de divorce, semblent avoir trouvé des réponses pragmatiques satisfaisantes dans la pratique, selon les dires de praticiens.

Nous tirons les conclusions suivantes de l'analyse de l'art. 22a al. 1 AP-LFLP :

Il serait préférable de laisser aux parties ou au juge le soin de fixer une date ne s'écartant pas trop du moment de l'entrée en force du jugement de divorce, comme le proposait la commission d'experts, ou de maintenir la solution législative actuelle, assortie du droit des époux de choisir un autre moment.

b) *Autres points spécifiques :*

1) Nous saluons également les modifications suivantes, à savoir :

Art. 331d et e AP-CO, 30c, 37a et 49 AP-LPP, ainsi que 5 AP-LFLP : l'élargissement des exigences relatives au consentement du conjoint de l'époux assuré. La situation actuelle considérée comme insatisfaisante par la doctrine sera ainsi améliorée.

Art. 60 AP-LPP, 22f al. 2 AP-LFLP : le droit de l'époux bénéficiaire qui ne disposait pas de prévoyance à titre personnelle de fonder sa propre prévoyance avec la part de la prévoyance du conjoint reçue dans le partage, et de demander une rente.

Art. 22c al. 3 AP-LFLP : le droit de l'époux débiteur d'opérer des rachats après le transfert d'une part de sa prévoyance au conjoint, y compris le droit à une répartition selon les principes ci-après.

Art. 22c AP-LFLP : la répartition proportionnelle entre prévoyance obligatoire et prévoyance surobligatoire des versements à faire par l'époux débiteur et des bonifications opérées par l'institution de prévoyance de l'époux créancier. Cette solution paraît équitable et la précision à cet égard de la loi est hautement souhaitable. Les principes ainsi clairement établis permettront d'éviter un effritement des avoirs bénéficiant des dispositions minimales LPP et mettront un terme à un phénomène choquant.

Art. 24a AP-LFLP : la Centrale du 2^e pilier qui enregistrera les assurés de toutes les institutions de prévoyance et l'obligation faite à celles-ci d'annoncer les assurés annuellement. Cette innovation facilitera grandement la recherche des avoirs de prévoyance pour les époux, leurs avocats et le juge, et apportera une réponse aux cas fort regrettables dans lesquels un époux cache une partie des avoirs dont il est titulaire.

Art. 22a al. 3 AP-LFLP : la volonté de régler dans la loi la manière dont l'on tient compte de la diminution du capital et de la perte d'intérêts en cas d'avance à des fins d'encouragement à la propriété. La solution proposée est bonne et correspond à ce qui est proposé en doctrine par une majorité d'auteurs.

2) Art. 124 al. 2 AP-CC :

Comme souligné dans le rapport, il convient d'éviter de mélanger des considérations de prévoyance et des considérations relatives à l'entretien. Il paraît dès lors malheureux de se référer au versement d'une contribution d'entretien plutôt qu'à une rente. Il n'est pas acceptable qu'en cas de remariage ou de décès de l'époux débiteur la compensation de l'avoir de prévoyance accumulé durant le mariage disparaisse, sauf convention contraire des époux.

3) Art. 331 d et e al. 5 AP-CO

L'insertion du terme « également » dans les dernières phrases de ces deux dispositions en améliorerait la lisibilité.

4) Art. 22b al. 1 AP-LFLP

Le tableau mentionné dans cette disposition ne doit être utilisé que par défaut de chiffres effectifs livrés par les IP et ILP. Logiquement, le texte devrait donc lire : « *En cas de mariage antérieur au 1^{er} janvier 1995 et lorsque le montant des avoirs de prévoyance accumulé au moment de la conclusion du mariage, calculé selon le nouveau droit, peut-être établi par attestation de l'institution de prévoyance ou des institutions de prévoyance concernées, ce montant est déterminant pour le calcul prévu à l'art. 22a al. 2. Si ce montant ne peut (pas) être établi de cette manière, la prestation de sortie au moment de la conclusion du mariage est calculée sur la base d'un tableau établi par le Département fédéral de l'intérieur.* »

5) Art. 22b al. 2 et 3 AP-LFLP :

Le texte repris de la loi actuelle est particulièrement ardu à lire car trop complexe. Selon les indications de praticiens, le tableau mentionné à l'alinéa 1 de l'art. 22b AP-LFLP existe déjà et donne parfaite satisfaction. Ne pourrait-on pas se contenter d'une esquisse plus succincte des critères du tableau et inscrire le détail p. ex. dans une ordonnance ?

6) Art. 22c al. 2 AP-LFLP :

La formulation de cet article ne reflète pas clairement le sens que le département fédéral de justice et police lui donne. En effet, selon le RE, p. 10, l'ILP ne détermine pas les parts respectives de l'avoir de vieillesse LPP et de l'avoir surobligatoire, mais conserve, pour les fonds qu'elle a reçus, une information qui lui a été fournie par l'institution de prévoyance transférant les avoirs. Par ailleurs, l'hypothèse envisagée semble déjà couverte par l'alinéa 1 du même article.

7) Art. 22c al. 3 AP-LFLP :

L'on ne saisit pas pourquoi le RE fait seulement référence à l'hypothèse d'un transfert de la prestation de sortie à une ILP (cf. p. 26, 3^e par., 3^e phrase), alors que la part de l'avoir vieillesse sera également fixée en vertu de l'art. 22c al. 1 LFLP lorsque les avoirs sont directement transférés à l'IP du conjoint créancier.

Relevons par ailleurs que la traduction française de la 4^e phrase du même paragraphe ne rend pas complètement le sens du texte allemand.

8) Art. 22e AP-LFLP :

L'on comprend difficilement que l'expression « la valeur capitalisée de la rente vieillesse » comprenne nécessairement la réserve mathématique des prestations de survivant, comme l'indique le RE à la page 27. Il faudrait le préciser dans le texte même de la loi.

Par ailleurs, le texte proposé pour cet article ne rend pas correctement le sens de la version allemande lorsqu'il parle de « la valeur capitalisée de la rente de vieillesse réglementaire ».

9) Art. 22 e AP-LFLP :

La formulation de l'al. 2 n'est pas claire. Une formulation, comparable à celle de l'art. 22 al. 1 AP-LFLP, mettant en évidence que seule la part de la rente capitalisée correspondant à ce qui a été accumulé durant le mariage doit faire l'objet d'un partage, serait préférable.

10) Art. 22f AP-LFLP :

Le texte français du RE ne correspond pas toujours entièrement au texte allemand, en particulier le 8^e paragraphe de la page 28 et le 1^{er} paragraphe de la page 29.

11) Omissions :

- Les textes prévus ne contiennent pas de dispositions sur la *prise en compte d'avoirs de prévoyance à l'étranger*, ce qui paraît très regrettable (voir aussi ci-dessus les remarques au sujet de l'art. 123 AP-CC, ainsi que ci-dessous au sujet de l'art. 61 AP-LDIP).

- La future réglementation devrait tenir compte des différences notables existant entre les règlements des caisses, ainsi que du fait que certains avoirs de prévoyance ne tombent pas sous le coup de la LPP et de la LFLP ; elle devrait contenir des indications à ces sujets. En raison du silence total du texte légal, des inégalités de traitement peuvent en effet se produire entre les époux (cf. art. 22d al. 2, 22e al. 3, 22f al. 3 AP-LFLP). Cette lacune existe, et gêne, en droit actuel déjà et mérite d'être comblée. Le rapport des experts le relève également.

III. Droit international privé :

1) Art. 61 AP-LDIP : Par l'élimination des actuels alinéas 2 à 5 de cette disposition, tout divorce en Suisse entraînerait la soumission des prétentions contre une institution de prévoyance suisse au seul droit suisse. Cette vision contredit l'esprit général de la LDIP et les réglementations étrangères qui consacrent, en règle générale, la possibilité du choix par les époux d'une autre loi applicable que la *lex fori*. (Quant à l'application de la loi suisse aux décisions exécutoires à l'étranger, cf. 3 ci-dessous).

2) Art. 63 LDIP : Le texte légal actuel ne comporte *pas de référence à la prévoyance*. Le comblement de la lacune fait jusqu'ici par l'application de la clause d'exception de l'art. 15 LDIP est très insatisfaisant.

La prévoyance revêt une grande importance pour de nombreux couples et les questions à son égard ont une portée propre. Même posées lors de la procédure de divorce, elles ne relèvent pas des « effets accessoires du divorce », mais se caractérisent par leur nature autonome. Ce constat s'impose non seulement en droit interne (cf. ATF 133 III 401, 403, 497ss, 504), mais également en droit international et devrait être exprimé, dans le cadre de la législation proposée, par un nouvel alinéa 2 de l'art. 63, consacré au droit applicable à la prévoyance.

3) L'AP-LDIP contient certaines lacunes et contractions quant au **champ d'application de la loi** rendant certaines solutions préconisées *de facto* inapplicables. Il s'agit des problèmes suivants, à savoir :

3.1 La loi suisse ne pourra régir que les *décisions* à prendre à l'encontre d'*institutions de prévoyance suisses*. Il paraît illusoire d'attendre du juge étranger qu'il impose l'application de notre loi à des institutions de son pays soumises aux lois de son pays (cf. RE, p. 17, concernant l'art. 61 AP-LDIP).

3.2 En revanche, les *droits auprès d'institutions étrangères* pourraient être pris en compte en déterminant les transferts à faire à l'intérieur des IP et ILP suisses ; toutefois, les dispositions du CC devraient consacrer cette possibilité, ce qui n'est ni le cas actuellement, ni prévu dans l'AP-CC. Ce régime serait comparable à celui appliqué dans le procédures de divorce à l'étranger où le juge étranger tient compte des avoirs de prévoyance en Suisse (ATF 130 III 336 ss, 341 ss). Cette solution ne devrait cependant pas aboutir à convertir systématiquement les droits étrangers en rentes au sens de l'art. 125 al. 2 CC : ni le débiteur, ni la sécurité des sommes dues ne seraient les mêmes qu'en cas de prestations imposées à des institutions de prévoyance. Au contraire, le juge devrait autant que possible diriger le sort des avoirs placés dans des institutions de prévoyance étrangères vers une solution conforme à celle du droit suisse, soit vers le *transfert des droits de prévoyance* en faveur de l'époux créancier.

3.1 et 3.2 Une nouvelle règle de la teneur suivante pourrait cerner les problèmes discutés : « *Le règlement des prétentions à l'encontre d'institutions de prévoyance suisses est régi par le droit suisse. Le partage des avoirs dans une institution de prévoyance étrangère est réglé d'après les dispositions applicables à celle-ci ou, à défaut, par une solution fondée sur l'article 124 al. 2 et 3 CC.* »

3.3 L'art. 64 al. 1 bis AP-LDIP est gravement lacunaire au regard du problème qui résulte d'un jugement étranger qui, tout en prenant en compte l'expectative de prévoyance suisse de l'un des époux, ne respecte pas l'esprit et les principes de base de la législation suisse. Contrairement à ce que prévoit le RE, p. 17 ss, par rapport à l'art. 64 al. 1^{bis} AP-LDIP, un *complément* respectivement une *modification en Suisse d'un jugement étranger* doivent être admis non seulement lorsque la question de la prévoyance n'a pas du tout été réglée, mais également dans les cas où le règlement a été effectué par le juge étranger, mais de manière non conforme au droit suisse. Il ne s'agirait pas d'un complément, mais d'une modification, ce que la loi doit exprimer clairement. Dans sans optique, le juge suisse ne devrait tenir compte que du dispositif du jugement étranger, non des considérations.

Le législateur se doit de fournir une protection à l'époux disposant d'une expectative de prévoyance en Suisse à ce qu'il ne soit pas privé de la substance de ces droits par le biais de la saisine d'un juge étranger par son conjoint. Il va de soi que cette protection est d'autant plus importante si l'époux ainsi menacé est l'époux économiquement plus faible. Il est important dans un pays comme la Suisse avec une population à grande proportion d'étrangers, que cette préoccupation, absente de l'AP et du RE, se matérialise dans la future loi, ainsi que dans le futur Message. Le texte légal pourrait être formulé comme suit, p. ex. : « *Un complément ou une modification peut être ordonné afin de tenir compte du partage de la prévoyance à l'encontre d'une institution de prévoyance suisse* ».

3.4 Nous approuvons le *for subsidiaire* consacré à l'art. 64 al. 1^{bis} AP-LDIP au siège de l'institution de prévoyance concernée en Suisse.

Professeurs *M. Baddeley, A. Leuba* et *A. Bucher*

Genève, le 14 mars 2010