

Le nouveau droit du partage de la prévoyance professionnelle après divorce: premières expériences

19. Zentrumstag – Luzerner Zentrum für Sozialversicherungsrecht
Lucerne – 14 juin 2018

PLAN

1. Ce qui n'a (presque) pas changé
2. Les changements intervenus au 1^{er} janvier 2017
3. Premières précisions jurisprudentielles
4. Quelques échos de la pratique

1. CE QUI N'A (PRESQUE) PAS CHANGÉ

- Le principe: on partage les avoirs de prévoyance (**art. 122 CC**);
 - ≠ seulement prestations de sortie;
 - Aussi prestations en cours et avoirs de libre-passage;
 - Avoirs acquis «pendant la durée du mariage» = jusqu'à l'introduction de la procédure de divorce.
- La quotité de référence: on partage par moitié (**art. 123 CC**);
- Le droit de s'écarter conventionnellement du partage par moitié, voire de renoncer à partager (**art. 124b al. 1 CC**);
 - Suppose qu'une prévoyance adéquate reste assurée

1. CE QUI N'A (PRESQUE) PAS CHANGÉ

- La possibilité pour le juge de s'écarter de la règle du partage par moitié, voire de refuser le partage si celui-ci s'avère inéquitable (**art. 124b al. 2 CC**);
 - Le juge peut accorder plus de la moitié au conjoint qui prend en charge les enfants communs après le divorce, si l'autre dispose encore qu'une prévoyance adéquate (**art. 124b al. 3 CC**)

2. LES CHANGEMENTS INTERVENUS AU 1^{ER} JANVIER 2017

- Le partage de la prévoyance après la survenance d'un cas de prévoyance;
- Deux cas à distinguer:
 - A. Rente d'invalidé **MAIS** pas encore atteint l'âge réglementaire de la retraite (**art. 124 CC**)
 - B. Rente d'invalidé ou de vieillesse **ET** a atteint l'âge réglementaire de la retraite (**art. 124a CC**)

2. LES CHANGEMENTS INTERVENUS AU 1^{ER} JANVIER 2017

- Le partage de la prévoyance après la survenance d'un cas de prévoyance;
- Deux cas à distinguer:
 - A. Rente d'invalidé **MAIS** pas encore atteint l'âge réglementaire de la retraite (**art. 124 CC**)
 - On ajoute aux avoirs à partager la prestation de sortie hypothétique (= prestation de sortie à laquelle le conjoint aurait droit en cas de suppression de sa rente d'invalidé).
 - (Parfois c'est le seul montant à partager).

2. LES CHANGEMENTS INTERVENUS AU 1^{ER} JANVIER 2017

- Le partage de la prévoyance après la survenance d'un cas de prévoyance;
- Deux cas à distinguer:
 - B. Rente d'invalidité ou de vieillesse **ET** a atteint l'âge réglementaire de la retraite (**art. 124a CC**)
 - Le partage s'opère sur la rente;
 - Large pouvoir d'appréciation du juge;
 - Partage par moitié: pas systématique.

2. LES CHANGEMENTS INTERVENUS AU 1^{ER} JANVIER 2017

- Exécution du partage:

- A. Partage des prestations de sortie (réelles):

- Pas de changement: transfert à l'institution de prévoyance du conjoint bénéficiaire. En l'absence d'affiliation au 2^{ème} pilier: OPP3
 - Si rente entière de l'AI ou conditions pour un versement en espèces réalisées (art. 5 LFLP):
 - Peut demander le paiement en espèces;
 - Peut demander le versement à l'Institution supplétive
 - Le conjoint a atteint 5 ans avant l'âge légal la retraite: il peut demander la conversion du montant en rente et le versement de la rente;
 - Si non ou si pas de demande: rente versée au moment de l'âge légal de la retraite.

2. LES CHANGEMENTS INTERVENUS AU 1^{ER} JANVIER 2017

- Exécution du partage:

- B. Partage des prestations de sortie hypothétiques:

- En principe, idem. On utilise en priorité les autres avoirs disponibles (s'il y en a);
 - Dans certains cas, principalement en cas de surindemnisation durable, la prestation de sortie hypothétique ne peut pas toujours être utilisée pour le partage (**art. 25a al. 1 OPP2**);
 - Si on ne peut pas l'utiliser, c'est un cas de partage impossible au sens de l'art. 124e CC.

2. LES CHANGEMENTS INTERVENUS AU 1^{ER} JANVIER 2017

- Exécution du partage:

- C. Partage des rentes:

- La part de rente est convertie en rente viagère (art. 124a al. 2 CC. Méthode: **art. 19h OLP** et son annexe [réglementation impérative]);
 - Outil informatique sur le site de l'OFAS (<http://www.bsv.admin.ch>);
 - **Moment de la conversion: entrée en force du jugement de divorce;**
 - Versement de la rente viagère (par l'institution de prévoyance):
 - En principe, à l'ex-conjoint directement s'il a atteint l'âge légal de la retraite;
 - Sinon, en principe à son institution de prévoyance.

2. LES CHANGEMENTS INTERVENUS AU 1^{ER} JANVIER 2017

- Exécution inexigible (**art. 124d CC**):
 - Le partage est techniquement possible **MAIS** l'exécution au moyen des avoirs de prévoyance n'est pas opportune;
 - Seuls des motifs tenant aux besoins de prévoyance des époux sont acceptables;
 - Application restrictive;
 - Suppose que le conjoint débiteur du partage ait des fonds disponibles pour verser un capital.
 - Particularité: le juge peut ordonner que le capital soit transféré à l'institution de prévoyance du conjoint créancier, ou auprès d'une institution OPP3, ou de l'Institution supplétive (**art. 22f al. 3 LFLP**).

2. LES CHANGEMENTS INTERVENUS AU 1^{ER} JANVIER 2017

- Exécution impossible (**art. 124e CC**):
 - Exemples de cas:
 - absence de prestation de sortie de sortie (réelle ou hypothétique);
 - impossibilité d'utiliser la prestation de sortie hypothétique;
 - réduction de la rente d'invalidé pour cause de surindemnisation;
 - régimes de retraite particuliers (not. dans la fonction publique);
 - versement anticipé pour l'encouragement à la propriété du logement, avant d'être mis au bénéfice d'une rente;
 - avoirs à l'étranger
 - Paiement d'une indemnité équitable sous forme de capital ou de rente.

3. PREMIÈRES PRÉCISIONS JURISPRUDENTIELLES

- Remarque préliminaire: ~~deux~~ *trois* arrêts au niveau fédéral, quelques arrêts au niveau cantonal.
- Thèmes traités dans ces jurisprudences:
 - A. Droit transitoire
 - B. Le caractère équitable d'une renonciation au partage (**art. 124b CC**)
 - C. 1 arrêt cantonal sur le partage d'une rente
 - D. La prise en compte des rachats
 - E. Procédure (not. compétence pour les avoirs à l'étranger)

3. PREMIÈRES PRÉCISIONS JURISPRUDENTIELLES

A. Droit transitoire

Art. 7d al. 1 et 2 Tit. fin. CC

¹ Le traitement de la prévoyance professionnelle en cas de divorce est régi par le nouveau droit dès l'entrée en vigueur de la modification du 19 juin 2015.

² 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 2015.

- Seule compte la date à laquelle le jugement a été rendu, indépendamment de la date de la clôture de l'instruction (TF 5A_819/2017 du 20.3.2018, c. 10.2.2).
- L'autorité de deuxième instance appelée à statuer après le 1^{er} janvier applique le nouveau droit (TC-VD, 17.3.2017).

3. PREMIÈRES PRÉCISIONS JURISPRUDENTIELLES

A. Droit transitoire

- Si le jugement de divorce est rendu avant le 1^{er} janvier 2017, mais renvoie la cause au tribunal des assurances sociales, celui-ci doit appliquer l'ancien droit (TC-FR 608 2015 225 du 14.8.2017, c. 1; CASSO-VD, 28.9.2017, c. 3b).
- Lorsque le procès a été introduit avant le 1^{er} janvier 2017, la prévoyance à partager est celle qui a été acquise pendant la durée du mariage jusqu'au 1^{er} janvier 2017, et non pas jusqu'à la date de l'introduction de la procédure (OG-ZH, LC160041 du 23.6.2017, c. 13.2 et LC170021 du 19.12.2017, c. 9.3).

TF 5A_710/2017 du 30.4.2017

3. PREMIÈRES PRÉCISIONS JURISPRUDENTIELLES

B. Le caractère équitable d'une renonciation au partage ([art. 124b CC](#))

[Art. 124b al. 1 CC](#)

Les époux peuvent, dans une convention sur les effets du divorce, s'écarter du partage par moitié ou renoncer au partage de la prévoyance professionnelle, à condition qu'une prévoyance vieillesse et invalidité adéquate reste assurée.

- Admis pour un couple sans enfants, marié 4,5 ans, M. âgé de 42 ans et Mme de 54 ans, malgré le fait que lui était de nationalité étrangère et sans formation, avec un faible revenu (TF 5D_148/2017 du 13.10.2017).
- Admis pour deux conjoints qui ont tous deux travaillé à 100 %, lui étant âgé de 37 ans, elle de 57 ans (OG-ZH, LC170010 du 31.5.2017, c. 3.2-3.3).

3. PREMIÈRES PRÉCISIONS JURISPRUDENTIELLES

B. Le caractère équitable d'une renonciation au partage (**art. 124b CC**)

Art. 124b al. 2 CC

Le juge attribue moins de la moitié de la prestation de sortie au conjoint créancier ou n'en attribue aucune pour de justes motifs (...).

- Refus par le juge du partage en faveur de l'épouse, sensiblement plus jeune que l'époux, qui a quitté la Suisse sans laisser d'adresse 3 ans après le mariage, pour aller vivre dans un pays dans lequel le coût de la vie est moins cher (TC-VD, 17.3.2017, c. 3.3).
- Pas de refus lorsque l'époux a travaillé au noir durant le mariage, sans cotiser à la PP, vu qu'il n'est ni allégué, ni prouvé, que ce n'ait pas été choix du couple, ni que le montant épargné n'ait pas profité aux deux conjoints (TC-VD, 18.12.2017, c. 4.3).

3. PREMIÈRES PRÉCISIONS JURISPRUDENTIELLES

B. Le caractère équitable d'une renonciation au partage (**art. 124b CC**)

Art. 124b al. 2 CC

Le juge attribue moins de la moitié de la prestation de sortie au conjoint créancier ou n'en attribue aucune pour de justes motifs (...).

- Pas de refus lorsque l'autre conjoint a des attentes successorales qui ne sont pas encore certaines au moment du divorce (OG-ZH, LC160041 du 23.6.2017, c. 13.5-13.6).

3. PREMIÈRES PRÉCISIONS JURISPRUDENTIELLES

C. 1 arrêt cantonal sur le partage d'une rente

Divorce d'un couple de conjoints rentiers AVS, seul l'époux étant par ailleurs au bénéfice d'une rente LPP. Le TC-VS (C1 16 47 du 11.12 2017, c. 5.1.2) rappelle la méthode à utiliser:

- Établir la part de rente accumulée durant le mariage, au moyen de la table figurant en annexe au Message du CF + 2.5% par année pour chaque année de mariage entre l'âge de la retraite et l'introduction de la procédure de divorce;
- Fixer la part de rente à attribuer au conjoint (en %). En l'espèce, partage par moitié en tenant compte de la totalité des revenus des parties, y.c. liquidation régime matrimonial;
- Ne transforme pas la rente en rente viagère!

3. PREMIÈRES PRÉCISIONS JURISPRUDENTIELLES

D. La prise en compte des rachats

- Le montant d'un rachat effectué après la dissolution du régime matrimonial par séparation de biens doit être déduit, intérêts compris, de l'avoir à partager, même si les fonds ayant financé le rachat proviennent d'un compte qui, jusqu'au prononcé de la séparation des biens, faisait partie des acquêts (TF, 5A_819/2017 du 20.3.2018, c. 10.1).

3. PREMIÈRES PRÉCISIONS JURISPRUDENTIELLES

E. Procédure

- Le juge doit procéder à un examen complet de la convention. Il doit s'assurer que l'époux qui renonce au partage bénéficie d'une prévoyance adéquate. «Pour ce faire, il devra notamment se procurer d'office les documents nécessaires à l'établissement du montant des avoirs de prévoyance de chacun des époux»...
- **MAIS** les parties doivent collaborer si elles estiment que des mesures d'instructions complémentaires sont nécessaires pour établir la réalité de leur situation de prévoyance (TF, 5D_148/2017 du 13.10.2017, c. 3.1-3.2)...

3. PREMIÈRES PRÉCISIONS JURISPRUDENTIELLES

E. Procédure

- En application du principe de l'unité de la procédure de divorce, il n'est pas possible pour le juge du divorce de rendre une décision incidente fixant la date du partage à effectuer (TC-FR 101 2017 213 du 24.8.2017, c. 1).
- Les institutions de prévoyance étrangères n'étant pas soumises au droit suisse, le partage d'avoirs de prévoyance à l'étranger ne peut être ordonné ni par le juge suisse du divorce, ni par le tribunal cantonal des assurances à qui la cause a été renvoyée (CASSO-VD, 28.9.2017, c. 4).

4. QUELQUES ÉCHOS DE LA PRATIQUE

- D'une manière générale, le nouveau droit est jugé très compliqué;
- Juges + avocats:
 - Difficultés à obtenir les attestations requises des caisses, même pour des cas simples;
 - Refus des caisses de renseigner les avocats sur le caractère réalisable du partage convenu; elles exigent d'être interpellées par le juge;
 - Les attestations ne sont pas uniformisées et ne distinguent pas toutes entre prévoyance obligatoire et surobligatoire.

4. QUELQUES ÉCHOS DE LA PRATIQUE

- Juges:
 - Une ambiguïté: qui doit «viagérer» la rente? Le juge ou la caisse? Certaines caisses refusent, d'autres utilisent le logiciel de la Confédération qui ne semble pas fiable...
 - Les parties transmettent des informations partielles;
 - Implication fiscale des solutions choisies ou validées;
 - Certaines caisses refusent d'exécuter les jugements dont elles considèrent le dispositif comme inadapté...

4. QUELQUES ÉCHOS DE LA PRATIQUE

Qu'est-ce qu'un dispositif adapté?...

« Donne acte aux parties de ce qu'elles conviennent à ce titre de procéder par le versement d'une prestation unique en capital par la caisse de prévoyance professionnelle de Monsieur en faveur de Madame égale à la réserve mathématique correspondant à une rente viagère mensuelle de CHF 2'000.- sans restitution non réversible sur la tête du conjoint créancier calculée avec les bases techniques en vigueur à la caisse de prévoyance au moment de la conversion de la rente.

Ordonne en conséquence à la Caisse de prévoyance X de verser à Y, contrat n° ... la prestation équivalente en faveur de Madame, à titre de prestation unique en capital, dans le cadre du partage des avoirs de prévoyance professionnelle acquis par les époux H. durant le mariage ».

4. QUELQUES ÉCHOS DE LA PRATIQUE

- Conséquences?
 - Tendances beaucoup plus larges qu'avant à accepter les renoncements, pour ne pas rallonger les procédures
 - Le juge ne peut pas vérifier que la renonciation a été compensée autrement.
- L'égalité des conjoints est-elle réellement renforcée???

Merci pour votre attention!