



Bulletins de la prévoyance Professionnelle

Compilation des indications et prises de position de l'OFAS et de la jurisprudence sur le divorce

(Etat le 21 décembre 2021)

Le bulletin est un simple moyen d'information de l'OFAS. Son contenu n'a valeur de directives que lorsque cela est indiqué expressément

Table des matières

<p><u>No.</u> ch.</p>	<p>Indications Prises de position de l'OFAS Jurisprudence</p>
<p><u>158</u> 1084</p>	<p>Indication Mesures de garantie de l'avoir de prévoyance en cas de manquement à l'obligation d'entretien: Adaptation du formulaire 2 concernant la révocation de l'annonce à l'institution de prévoyance ou de libre passage</p>
<p><u>157</u> 1070</p>	<p>Indication Mesures de garantie de l'avoir de prévoyance en cas de manquement à l'obligation d'entretien : Les formulaires définitifs pour la procédure d'annonce sont disponibles</p>
<p><u>153</u> 1041</p>	<p>Prise de position Divorce: pas de versement d'une prestation de sortie auprès d'une institution de prévoyance si l'assuré de cette dernière est déjà à la retraite</p>
<p><u>151</u> 1026</p>	<p>Jurisprudence Partage de la prévoyance : le dépôt de la demande de divorce comme date déterminante pour la procédure de divorce en cours</p>
<p><u>150</u> 1009</p>	<p>Jurisprudence Divorce : pas de droit à un part du 2e pilier pour le conjoint qui a manqué gravement à son obligation de contribuer à l'entretien de la famille</p>
<p><u>147</u> 985 987</p>	<p>Prise de position Questions-réponses sur le partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce Jurisprudence Divorce: intérêts compensatoires aussi pour les avoirs dans des institutions de libre passage</p>
<p><u>144</u> 958 966</p>	<p>Indication Révision du partage de la prévoyance en cas de divorce : dernières informations Jurisprudence Divorce et circonstances justifiant le refus du partage</p>
<p><u>143</u> 952 955</p>	<p>Prise de position Questions-réponses touchant la révision du partage de la prévoyance Jurisprudence EPL, divorce et vente à perte du logement</p>
<p><u>142</u> 937</p>	<p>Indication Révision du partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce – entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2017</p>

<u>140</u> 924	Indication Révision du partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce
<u>138</u> 911 912	Prises de position Intérêts compensatoires et moratoires sur la prestation de sortie à transférer en cas de divorce Divorce: pas de recours au pilier 3a pour financer un compte au nom des enfants
<u>134</u> 882 883 884	Jurisprudence Versement en espèces d'une prestation de libre passage à un indépendant divorcé Versement en espèces à un assuré divorcé d'une prestation de sortie non partagée: violation du devoir de diligence par l'institution de prévoyance (ou de libre passage)? Partage de la prévoyance: suspension de la procédure de partage en raison d'une procédure de recours pendante concernant une rente AI
<u>133</u> 869	Indications Mieux partager la prévoyance professionnelle en cas de divorce
<u>125</u> 818 819	Jurisprudence Un versement en espèces de faible importance (art. 5 al. 1 let. c LFLP) n'empêche pas le partage des prestations de sortie en cas de divorce Droit du conjoint divorcé à des prestations pour survivants lorsque le jugement de divorce prévoit des contributions d'entretien limitées dans le temps
<u>124</u> 802 803	Jurisprudence Indemnité équitable, transmission au juge des assurances, renvoi d'office au juge du divorce Action en complément d'un jugement de divorce étranger, prestation compensatoire du droit français
<u>121</u> 775 780	Prise de position Travailleurs âgés: questions-réponses en relation avec les nouveaux art. 33a et 33b LPP en vigueur depuis le 1 ^{er} janvier 2011. Jurisprudence Divorce: règle du partage par moitié de l'avoir de prévoyance en tant que règle; refus du partage; abus de droit
<u>120</u> 770	Indication Modification des art. 24 OPP 2 (surassurance après avoir atteint l'âge de la retraite) et 60b OPP 2 (rachats par des personnes arrivant de l'étranger) dès le 1 ^{er} janvier 2011
<u>119</u> 758 759	Jurisprudence Renvoi d'office au juge du divorce lorsque le juge des assurances constate que le partage des prestations de sortie est impossible Divorce : pas de partage du pilier 3a (prévoyance individuelle liée) selon l'art. 122 CC
<u>118</u>	Jurisprudence

748	Procédure de divorce, suicide et rente de conjoint survivant
749	Principe du partage par moitié du 2e pilier en cas de divorce et motifs de refus du partage

<u>116</u>	Indication
721	Partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce: ouverture de la consultation
	Jurisprudence
727	Divorce: conditions permettant de déroger au partage par moitié des avoirs du 2e pilier
728	Participation de l'institution de prévoyance à la procédure devant l'autorité précédente selon l'art. 25a LFLP en tant que condition de la qualité pour recourir dans la procédure devant le TF
729	Répartition de la perte d'intérêts sur un versement anticipé intervenu pendant la durée du mariage pour l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle
730	Obligation de l'institution de prévoyance d'exiger le jugement de divorce avant de procéder à un versement anticipé à un conjoint divorcé et de contrôler l'exécution du partage de la prévoyance éventuellement ordonné ?
<u>115</u>	Jurisprudence
718	Partage des prestations de sortie en cas de divorce et versement anticipé dans le cadre de l'encouragement à la propriété du logement : quid lorsque la prestation de sortie ne couvre pas la créance de compensation au sens de l'art. 122 CC ?
<u>113</u>	Prises de position de l'OFAS:
702	Précisions au sujet du bulletin n° 112 ch. 697 : versements dans une institution de libre passage
	Jurisprudence:
703	Divorce : compétence du tribunal de la prévoyance professionnelle pour des prétentions en dommages-intérêts en cas de versement en espèces de la prestation de sortie intervenu de manière contraire au droit
<u>111</u>	Jurisprudence
689	Divorce: refus d'un partage manifestement inéquitable
<u>108</u>	Jurisprudence
672	Cas de prévoyance : partage par moitié confirmé malgré la survenance d'un cas de prévoyance professionnelle
<u>107</u>	Jurisprudence
657	Divorce, cas de prévoyance et droit au maintien du salaire
658	Droit de la femme divorcée en cas de perte de soutien
<u>106</u>	Jurisprudence
647	Rachats suivis d'un divorce
<u>104</u>	Jurisprudence
630	Divorce, prise en compte des avoirs de prévoyance effectivement constitués pendant la durée du mariage et non pas des éventuels avoirs supplémentaires qu'un conjoint aurait dû accumuler, compétences respectives du juge du divorce et du tribunal des assurances
631	Divorce et découverte d'un avoir de prévoyance postérieurement au jugement du tribunal cantonal des assurances (changement de jurisprudence)

632	Droit à la prestation de survivant LPP pour l'ex-conjoint seulement en cas de perte de soutien
<u>103</u> 622	Jurisprudence Divorce: pas de partage en cas d'abus de droit
<u>101</u> 601 602 603 604	Jurisprudence Divorce, partage de la prévoyance professionnelle, rachat après la date fixée pour le partage Divorce, prestation de sortie ou prestation de vieillesse ? Partage de prestations en cas de séparation de corps ; survenance du cas de prévoyance Restitution d'une prestation de sortie versée sans le consentement de l'épouse
<u>98</u> 578 583 584	Prises de position de l'OFAS Principe de la rémunération continue de la prestation de sortie à transférer en cas de divorce Jurisprudence Jugement notifié directement à une partie sans passer par son avocat, bonne foi, compétence du tribunal des assurances au sujet d'éventuels avoirs non pris en compte par le juge du divorce Réduction d'une rente de survivants au conjoint divorcé au bénéfice d'une rente de vieillesse dans le cadre de la prévoyance plus étendue
<u>97</u> 572	Jurisprudence Divorce et refus du partage des prestations de sortie
<u>94</u> 557	Jurisprudence Réduction de la rente de survivant de l'ex-épouse
<u>93</u> 542 543 545 550	Jurisprudence Divorce : partage possible en cas de retraite anticipée après l'entrée en force de la décision de partage Seconde prestation de sortie annoncée après l'entrée en force du jugement de divorce Paiement en espèces de la prestation de libre passage sans l'accord du conjoint avant un divorce ; montant des dommages-intérêts à verser La prestation de sortie à partager en cas de divorce doit être calculée pour le moment de l'entrée en force du jugement de divorce
<u>91</u> 532 534	Jurisprudence Divorce, critères de fixation de l'indemnité équitable et versement d'une rente directement entre les mains de l'ex-conjoint Divorce, indemnité équitable, compétences respectives du juge du divorce et du juge des assurances, pas de compensation de la prestation de sortie avec d'autres créances
<u>90</u> 520	Prises de position de l'OFAS Principe de la rémunération continue de la prestation de sortie à transférer en cas de divorce

<u>87</u> 509	Jurisprudence Problématique concernant la réglementation de la prévoyance professionnelle dans le cadre de jugements de divorce étrangers
<u>85</u> 496 499	Jurisprudence Le fait que l'un des conjoints ait atteint l'âge à partir duquel il peut prendre une retraite anticipée en vertu des dispositions réglementaires de son institution de prévoyance n'empêche pas le partage de la prestation de sortie en cas de divorce Encouragement à la propriété du logement et divorce : prise en compte du versement anticipé dans le partage de la prestation de sortie
<u>84</u> 487	Prises de position de l'OFAS Article 79b, alinéas 3 et 4, LPP (rachat)
<u>82</u> 483	Jurisprudence Divorce – partage de la prestation de sortie lors de la réalisation du risque – droit applicable
<u>76</u> 455 456	Jurisprudence Divorce et partage de la prévoyance Compensation de la créance en dommages-intérêts contre le mari divorcé avec la créance de l'épouse divorcée
<u>75</u> 444	Edition spéciale Entrée en vigueur au 1 ^{er} janvier 2005 de la 2 ^{ème} étape de la révision de la LPP <ul style="list-style-type: none"> • Modification de l'Ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2) du 01.07.04 (version non officielle) • Commentaire des modifications de l'OPP 2
<u>74</u> 437 439 440 441	Jurisprudence Divorce et prévoyance professionnelle : confirmation par le Tribunal fédéral de la prise de position de l'OFAS citée sous chiffre 401 dans le bulletin de la prévoyance professionnelle no 66, du 17 janvier 2003 Dans le cadre de la procédure de divorce, la voie de droit selon art. 73 LPP est également ouverte pour les litiges avec une institution de libre passage Versement en espèces sans le consentement du conjoint, suivi d'un divorce Une institution de prévoyance doit réparer le dommage résultant d'un paiement en espèces effectué à tort, à moins qu'elle ne prouve qu'aucune faute ne peut lui être imputable ; à cet égard, une négligence, même légère, est assimilée à une faute
<u>70</u> 414 417 420	Jurisprudence Invalidité partielle et divorce Versement de la prestation de sortie en cas de divorce Compétence du juge de l'art. 73 en cas de divorce
<u>66</u> 401	Prises de position de l'OFAS Divorce et prévoyance professionnelle

<u>64</u> 387	Prises de position de l'OFAS Compensation de la lacune résultant d'un versement anticipé pour la propriété du logement, sans remboursement de ce dernier
<u>63</u> 379 380 381	Prises de position de l'OFAS Divorce et retraite Jurisprudence Partage de la prestation de sortie en cas de divorce lorsque le lieu de résidence du conjoint bénéficiaire est inconnu Encouragement à la propriété du logement et divorce : sort du versement anticipé effectué antérieurement au mariage
<u>61</u> 376	Jurisprudence Constatation de la nullité du paiement en espèces
<u>57</u> 352	Jurisprudence Nullité du paiement en espèces lorsque la signature du conjoint manque ou qu'elle a été falsifiée
<u>56</u> 338 342	Jurisprudence Droit applicable en cas de divorce Prestations de survivants de femme divorcée
<u>53</u> 313	Prises de position de l'OFAS Calcul de la prestation de sortie au moment de la conclusion du mariage
<u>51</u> 302	Indications Divorce et prétentions à l'égard des institutions de prévoyance
<u>49</u> 292	Prises de position de l'OFAS Divorce – prestation de libre passage à partager
<u>48</u> 287	Jurisprudence Versement de la prestation de vieillesse sous forme de capital en lieu et place de la rente – consentement du conjoint – compétence du tribunal institué par l'art. 73 LPP
<u>47</u> 270	Édition spéciale Modification de l'ordonnance sur le libre passage <ul style="list-style-type: none"> • adaptation au nouveau droit du divorce • nouveaux taux d'intérêt moratoire pour les prestations de sortie
<u>39</u> 224	Prises de position de l'OFAS Effets du divorce sur les 2 ^e et 3 ^e piliers

<p><u>37</u> 213 216</p>	<p>Indications Modification de l'OPP 3 : cession au conjoint de droits de prévoyance Prises de position de l'OFAS Calcul de la surassurance lors d'un versement anticipé ou en cas de divorce</p>
<p><u>30</u></p>	<p>Edition spéciale Ordonnance sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité et Ordonnance sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle</p>
<p><u>1</u> 2</p>	<p>Indications Prestations de survivants pour la femme divorcée</p>

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 158

Indication

1084 Mesures de garantie de l'avoir de prévoyance en cas de manquement à l'obligation d'entretien : Adaptation du formulaire 2 concernant la révocation de l'annonce à l'institution de prévoyance ou de libre passage

Les formulaires définitifs pour la procédure d'annonce entre les offices spécialisés et les institutions de prévoyance ou de libre passage sont disponibles depuis le 7 octobre sur le site Internet de l'OFAS et sur celui de l'OFJ. À la suite des retours reçus, le formulaire 2 a été modifié. En effet, comme pour les autres annonces, les offices spécialisés doivent s'identifier en cas de révocation. Or, cette précision manquait dans le formulaire en question ; elle y a maintenant été ajoutée.

Concernant les révocations d'annonces, nous vous rendons en outre attentifs au point suivant : il ne peut pas être exclu qu'une annonce ait été effectuée par une personne non habilitée et que son contenu soit incorrect. Or, la transmission d'une fausse révocation à l'aide du formulaire 2 aurait de graves conséquences, car elle pourrait entraîner un versement indu en espèces ou en capital. Pour cette raison, lorsque vous recevez une annonce de révocation, nous vous recommandons vivement de bien vérifier si l'expéditeur correspond à l'office spécialisé compétent. En cas de doute, nous vous conseillons de vous adresser à l'office spécialisé.

Le formulaire 2 est disponible dès à présent dans les trois langues sur notre site Internet. Les autres formulaires n'ont pas été modifiés sur le fond, mais ont seulement fait l'objet d'améliorations techniques mineures.

Lien vers les formulaires d'annonce:

[Obligation d'annonce en cas de manquement à l'obligation d'entretien](#)

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 157

Indication

1070 Mesures de garantie de l'avoir de prévoyance en cas de manquement à l'obligation d'entretien : Les formulaires définitifs pour la procédure d'annonce sont disponibles

Les dispositions de la modification du 20 mars 2015 du Code civil suisse (entretien de l'enfant) et l'ordonnance sur l'aide au recouvrement entreront en vigueur le 1^{er} janvier 2022 (pour des informations supplémentaires, voir le Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 155, ch. 1057). Afin d'éviter tout malentendu dans la procédure d'annonce, les offices spécialisés et les institutions de prévoyance ou de libre passage devront utiliser les formulaires d'annonce élaborés par le Département fédéral de l'intérieur (DFI), qui sont accessibles sur le site Internet de l'OFAS et sur celui de l'OFJ. Les formulaires définitifs sont disponibles dès à présent :

[Obligation d'annonce en cas de manquement à l'obligation d'entretien](#)

En lien avec les nouvelles obligations d'annonce, la question suivante a été soumise à l'OFAS :

L'institution de prévoyance ou de libre passage doit-elle adresser une annonce à l'office spécialisé si la prestation de sortie de l'assuré qui lui a été annoncé est transférée en tout ou en partie au profit de son conjoint dans le cadre du partage de la prévoyance lié au divorce ?

Non, le transfert d'une partie de la prestation de sortie dans le cadre du partage de la prévoyance en cas de divorce n'est pas soumis à l'obligation d'annonce visée aux art. 40 LPP et 24^{bis} LFLP (voir aussi dans le formulaire n° 5, p. 2, la liste des circonstances à annoncer).

Il n'existe pas non plus d'obligation d'annonce lorsque la totalité de la prestation de libre passage qui se trouve sur un compte de libre passage est transférée au conjoint créancier dans le cadre du partage de la prévoyance professionnelle lié au divorce et que le compte de libre passage est ensuite clôturé.

Dans le cas d'un transfert au conjoint créancier dans le cadre d'un partage de la prévoyance professionnelle pour cause de divorce, il ne s'agit pas d'une prétention de l'assuré qui a été annoncé au sens des art. 40, al. 3, LPP et 24^{bis} LFLP, mais d'une prétention du conjoint créancier.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 153

Prise de position

1041 Divorce: pas de versement d'une prestation de sortie auprès d'une institution de prévoyance si l'assuré de cette dernière est déjà à la retraite

L'OFAS rappelle aux institutions de prévoyance qu'il n'est pas possible de transférer une prestation de sortie dans le cadre d'un divorce auprès d'une autre institution de prévoyance si l'assuré de cette dernière est déjà à la retraite et perçoit une rente de vieillesse (ou une rente d'invalidité après la retraite). En effet, le conjoint bénéficiaire d'une rente ne peut plus déposer dans son institution de prévoyance la part de la prestation de sortie à laquelle il a droit en raison du partage pour cause de divorce: voir le message concernant la révision du code civil suisse (Partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce), [Feuille fédérale 2013 p. 4373](#). Dans ce cas, l'art. 124c, al. 2, CC prévoit la possibilité d'une compensation entre une prestation de sortie (hypothétique) et une rente de vieillesse (ou d'invalidité après la retraite) transformée en capital si les institutions de prévoyance et les conjoints y consentent. Sans accord, si le conjoint bénéficiaire de la rente a déjà atteint l'âge de la retraite au sens de l'AVS, la prestation de sortie due dans le cadre du divorce doit directement lui être versée sans passer par son institution de prévoyance. S'il n'a pas encore atteint l'âge de la retraite au sens de l'AVS, la prestation de sortie peut alors être versée auprès d'une fondation de libre passage s'il le demande.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 151

Jurisprudence

1026 Partage de la prévoyance : le dépôt de la demande de divorce comme date déterminante pour la procédure de divorce en cours

(Référence à un arrêt du TF du 20 mars 2018, cause [5A_819/2017](#) ; en français)

(art. 122 CC et art. 7d, al. 2, tit. fin. CC)

La date du dépôt de la demande de divorce est déterminante pour le partage de la prévoyance, également dans les procédures de divorce qui ont été introduites avant l'entrée en vigueur de la révision du partage de la prévoyance et qui sont pendantes devant une autorité judiciaire cantonale.

Depuis le 1^{er} janvier 2017, c'est la date du dépôt de la demande de divorce qui est déterminante pour le partage de la prévoyance, et non plus celle de l'entrée en force du jugement de divorce. Dans le cas présent, le TF devait préciser si ce principe s'applique également lorsque la demande de divorce a été déposée (longtemps) avant l'entrée en vigueur de la révision du partage de la prévoyance. En l'espèce, la procédure de divorce avait été introduite en 2010.

Le TF a jugé que la réglementation transitoire de l'art. 7d, al. 2, tit. fin. CC, est claire : « Les procès en divorce pendants devant une instance cantonale sont soumis au nouveau droit dès l'entrée en vigueur de la modification du [1^{er} janvier 2017]. » Ainsi, dans ces cas également, seule la prestation de sortie disponible au jour de l'introduction de la procédure de divorce doit être partagée.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 150

Jurisprudence

1009 Divorce : pas de droit à un part du 2^e pilier pour le conjoint qui a manqué gravement à son obligation de contribuer à l'entretien de la famille

(Référence à un arrêt du TF du 6 novembre 2018, [5A 443/2018](#); arrêt en français, publication ATF prévue)

(Art. 124b, al. 2, CC)

Le juge du divorce peut déroger pour de justes motifs au principe du partage par moitié de la prestation de sortie dans certaines situations particulièrement choquantes, notamment en cas de manquement grave de l'un des époux à son obligation de contribuer à l'entretien de la famille.

Selon le TF, au vu du but général de la loi concernant le partage de la prévoyance en cas de divorce, le comportement des époux durant le mariage ne constitue en principe pas un critère à prendre en considération; il ne s'agira donc pas d'analyser dans chaque situation la proportion dans laquelle chaque époux s'est impliqué dans l'entretien de la famille et de pondérer le partage des avoirs en fonction de ces éléments. Cependant, selon la volonté claire du législateur, le juge du divorce a désormais la possibilité de tenir compte, dans son appréciation, de la violation par un époux de son obligation d'entretenir la famille. Il ne peut toutefois le faire que de manière restrictive, afin d'éviter que le principe du partage par moitié des avoirs de prévoyance professionnelle des époux ne soit vidé de sa substance. En particulier, c'est seulement dans des situations particulièrement choquantes que de tels justes motifs peuvent l'emporter sur les considérations économiques liées aux besoins de prévoyance respectifs des époux, de sorte que le juge est habilité, sur cette base, à refuser totalement ou partiellement le partage des avoirs de prévoyance professionnelle.

En l'espèce, le TF a jugé que l'on se trouvait en présence de justes motifs qui justifiaient de refuser le partage du 2^e pilier demandé par le conjoint recourant, car celui-ci avait gravement violé son obligation de contribuer à l'entretien de la famille, ce tout au long du mariage, il n'avait que très peu travaillé et ne s'était occupé ni des enfants, ni du ménage. De plus, il avait disposé seul d'un crédit dont son épouse avait dû assumer seule le remboursement. En outre, il avait exercé une surveillance étroite sur celle-ci au point de la priver d'autonomie, la maltraitant ainsi que leurs enfants, tant physiquement que psychologiquement, et privant parfois la famille de l'argent nécessaire à ses besoins de base, car il avait joué une partie du salaire de son épouse aux jeux de hasard.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 147

Prise de position

985 Questions-réponses sur le partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce

1. *Le rachat dans une institution de libre passage est-il autorisé lorsque la prestation de sortie a été retirée de cette institution à des fins de partage de la prévoyance pour cause de divorce ?*

La modification de loi relative au partage de la prévoyance en cas de divorce, qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2017, n'a rien changé aux règles applicables dans cette situation. Comme dans l'ancien droit, le rachat dans une institution de libre passage n'est pas autorisé (voir [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 113, ch. 702](#)). L'art. 22d LFLP continue de limiter le rachat aux institutions de prévoyance. Une application par analogie de cette disposition aux institutions de libre passage n'est pas compatible avec sa teneur, qui est sans équivoque. Rien n'indique non plus que cette

teneur ne corresponde pas à la volonté du législateur. Faute de base légale, le droit à une déduction admise fiscalement pour un tel rachat serait aussi sujet à caution.

2. Y a-t-il moyen pour le conjoint débiteur d'éviter une réduction de sa rente ?

Le jugement de divorce peut prévoir que le conjoint débiteur puisse utiliser une partie de sa fortune disponible pour l'exécution du partage de la prévoyance (voir art. 124d et 124e CC en relation avec l'art. 22f, al. 3, LFLP et [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 143, p. 7](#)). Il faut cependant qu'on ne puisse raisonnablement exiger de lui l'exécution du partage au moyen des fonds de la prévoyance et que les besoins de prévoyance du conjoint créancier ne s'opposent pas à une telle solution. Il ne faut pas oublier qu'en cas d'utilisation de la fortune disponible, le montant versé à l'institution de prévoyance du conjoint créancier est toujours considéré comme une prestation surobligatoire, ce qui, selon les circonstances, peut être contraire aux intérêts de ce dernier en matière de prévoyance.

3. Une prestation de sortie transférée dans le cadre du partage du 2^e pilier en cas de divorce peut-elle être payée en espèces à une personne résidant à l'étranger ?

Dans le cadre d'un divorce de conjoints résidant dans l'UE, l'épouse obtient une partie des prétentions LPP acquises par son mari pendant le mariage. L'épouse, qui n'a jamais elle-même résidé ni travaillé en Suisse, aimerait savoir si elle a le droit de demander que l'avoir qui lui a été attribué lui soit versé en espèces.

L'art. 5 LFLP est applicable par analogie à la prestation de sortie transférée lors d'un partage de la prévoyance en cas de divorce (cf. art. 22 LFLP). Le conjoint créancier peut en principe exiger le versement en espèces s'il réside à l'étranger et qu'il n'est pas probable qu'il s'installe en Suisse. Dans cette situation, il remplit par analogie la condition d'avoir « quitté définitivement la Suisse », car il est hautement probable qu'il ne sera plus jamais assuré à la prévoyance professionnelle suisse. Depuis le 1^{er} janvier 2017, des règles impératives s'appliquent à la prise en compte de l'avoir de vieillesse LPP lors du partage et du transfert des prestations de sortie en cas de divorce (cf. art. 22c, al. 1 et 2, LFLP). La question de savoir si un conjoint créancier résidant dans l'UE peut se faire verser une prestation de sortie en espèces se pose de ce fait sous un nouveau jour. Il faut désormais toujours vérifier si un avoir de vieillesse LPP est compris dans la prestation de sortie transférée et si cette partie obligatoire peut aussi être versée en espèces (cf. art. 25f LFLP).

L'épouse résidant dans l'UE peut se faire verser en espèces la part surobligatoire, mais pour la part obligatoire, elle ne le peut que si elle n'est pas assujettie à l'assurance obligatoire de l'Etat membre compétent contre les risques de vieillesse, de décès et d'invalidité (cf. [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 96, ch. 567, ch. 2](#)).

Il en va d'ailleurs de même pour le versement en espèces d'avoirs de prévoyance à des conjoints soumis au droit norvégien ou islandais. Par contre, le versement en espèces à un conjoint résidant au Liechtenstein n'est pas possible, même pour la partie surobligatoire. Toutefois, si le conjoint créancier travaille au Liechtenstein et est assuré auprès d'une institution de prévoyance de ce pays, l'avoir doit y être transféré si le conjoint créancier n'a pas encore racheté les prestations réglementaires complètes dans cette institution (cf. [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 96, ch. 567, ch. 3](#), et [n° 138, ch. 913](#)).

Aux conjoints résidant hors de l'UE/AELE qui le demandent, la prestation de sortie peut toujours être versée intégralement en espèces.

4. Une institution de prévoyance suisse a-t-elle le droit d'informer un tribunal étranger, chargé du divorce, sur la prestation de sortie d'une personne assurée ?

Pour un tribunal suisse, les art. 86a, al. 1, let. b, LPP et 24, al. 3, LFLP prévoient expressément que le juge est en droit d'obtenir les renseignements nécessaires pour une procédure de divorce. Mais cette base légale n'est pas applicable aux tribunaux étrangers (principe de la territorialité). L'institution de prévoyance est donc soumise à l'obligation de garder le secret vis-à-vis d'un tribunal étranger (aucun renseignement à des tiers sans base légale explicite, cf. aussi art. 86 LPP). Par conséquent, l'institution de prévoyance n'est pas autorisée à accéder à la demande d'un tribunal étranger. L'autorité judiciaire étrangère doit faire appel à l'entraide judiciaire internationale pour obtenir les informations dont elle a besoin¹. En revanche, la personne assurée (ou, le cas échéant, son représentant légal dûment habilité) peut exiger de l'institution de prévoyance qu'elle fournisse les renseignements nécessaires même à un tribunal étranger. Il est recommandé d'exiger que la personne assurée (ou son représentant légal) formule une telle requête par écrit.

5. *Est-ce que le montant total des rentes qui est versé annuellement aux deux ex-conjoints dans le cadre du partage de la rente selon l'art. 124a CC par l'institution de prévoyance est différent du montant de la rente de vieillesse qui était versée jusque-là ?*

Oui, le montant total des rentes qui est versé annuellement par l'institution de prévoyance après le partage de la rente de vieillesse (ou de la rente d'invalidité après l'âge de retraite) selon l'art. 124a CC est en principe différent du montant de la rente de vieillesse (ou de la rente d'invalidité après l'âge de retraite) qui était versé jusque-là. La part de rente qui est attribuée au conjoint créancier doit en effet être convertie d'après les critères actuariels, afin d'aboutir à une solution équitable d'après la durée de perception probable de la rente par ce dernier. Cela change par conséquent le montant total annuel des rentes versées.

Exemple chiffré, pour lequel le conjoint bénéficiaire est plus jeune que le conjoint assuré (débiteur) :

Rente de vieillesse annuelle avant le partage de la prévoyance professionnelle : **Fr. 45'000.-**

Part de rente (annuelle) attribuée par le juge au conjoint bénéficiaire : Fr. 20'000.-

Rente restant au conjoint assuré (débiteur) (45'000 – 20'000) = Fr. 25'000.-

La part de rente attribuée de Fr. 20'000.- va être convertie en une rente à vie pour le conjoint bénéficiaire plus jeune. Cette rente se monte dans l'exemple à Fr. 18'027.- annuellement².

Rente annuelle continuant à être versée au conjoint débiteur : Fr. 25'000.-

Rente annuelle versée à vie au conjoint bénéficiaire : Fr. 18'027.-

Total des rentes annuelles versées : **Fr. 43'027.-**

6. *L'art. 19g OLP peut-il être appliqué par analogie si, pendant la procédure de divorce, une rente d'invalidité commence à courir et que l'âge de la retraite n'a pas encore été atteint?*

Sur la base de l'[art. 19g, al. 2, OLP](#), l'institution de prévoyance peut réduire la prestation de sortie et la rente seulement dans le cas où le conjoint débiteur perçoit une rente d'invalidité et qu'il atteint l'âge réglementaire de la retraite pendant la procédure de divorce. Par contre, l'art. 19g OLP n'est pas applicable lorsque cette personne n'a pas atteint l'âge réglementaire de la retraite. Cette distinction s'explique essentiellement en raison de la différence de financement de la rente d'invalidité par rapport

¹ Bien que, depuis le 1^{er} janvier 2017, les tribunaux suisses soient seuls compétents pour rendre la décision relative aux avoirs de prévoyance suisses même lorsque le divorce est prononcé à l'étranger (cf. art. 64, al. 1^{bis}, LDIP), il se peut néanmoins que des informations relatives aux prétentions de prévoyance restent nécessaires d'après le droit étranger déterminant pour le divorce.

² Cet exemple se base sur les données suivantes : date de l'entrée en force du jugement de divorce : 30.01.2018 ; conjoint débiteur : homme né le 1.02.1940 ; rente réglementaire de conjoint en % : 60 ; conjoint créancier : femme née le 1.02.1945.

à la rente de vieillesse ; on peut distinguer deux variantes en ce qui concerne le calcul de la rente d'invalidité réglementaire :

Variante 1 : l'avoir de prévoyance acquis jusqu'au début du droit n'est pas pris en compte pour le calcul de la rente d'invalidité réglementaire. La rente d'invalidité est alors définie en pour-cent du salaire assuré et elle est versée temporairement jusqu'à l'âge de la retraite réglementaire. A partir de l'âge réglementaire de la retraite, la rente d'invalidité est remplacée par une rente de vieillesse qui est calculée sur la base de l'avoir de vieillesse qui a continué d'être alimenté. Le transfert en cas de divorce d'une partie de la prestation de sortie n'a pas d'influence sur le montant de la rente d'invalidité en cours mais a seulement un effet lors du calcul de la future rente de vieillesse. Comme dans ce premier cas la rente d'invalidité n'est de toute façon pas adaptée, il ne devrait pas y avoir de rentes versées en trop pendant la procédure de divorce.

Variante 2 : l'avoir de prévoyance acquis jusqu'au début du droit est pris en compte pour le calcul de la rente d'invalidité réglementaire. Dans ce cas, l'OFAS est d'avis que la rente d'invalidité en cours pourra être réduite en appliquant par analogie l'art. 19 OPP 2, si une part de la prestation de sortie est prélevée lors d'un divorce. Par cette réduction de la rente d'invalidité, il y aura aussi libération d'une partie du capital de couverture déjà affecté au financement de la rente d'invalidité. Comme le montant du capital ainsi libéré devrait être plus élevé que la part de la prestation de sortie prélevée lors du divorce, il en résulte des avoirs excédentaires qui suffiront, dans la plupart des cas, pour financer les rentes versées en trop pendant la procédure de divorce. Il ne se justifie donc pas de réduire les prestations selon l'art. 19g OLP, en plus de l'adaptation de la rente d'invalidité en vertu de l'art. 19 OPP 2.

Jurisprudence

987 Divorce : intérêts compensatoires aussi pour les avoirs dans des institutions de libre passage

(Référence à un arrêt du TF du 10 octobre 2017, [9C_149/2017](#) ; arrêt en français)

(Art. 122 CC, art. 2, al. 3, 22 et 26 LFLP, art. 8a OLP et 12 OPP 2)

La prestation de sortie à transférer doit être créditée du taux d'intérêt minimal LPP ou d'un taux réglementaire plus élevé à partir du jour déterminant.

Le Tribunal fédéral (TF) devait se prononcer sur la question de savoir quel était le taux d'intérêt applicable à la prestation de libre passage à transférer suite au partage du 2^e pilier pour cause de divorce. Le TF a jugé comme suit :

Dans la mesure où les prestations de prévoyance maintenues au moyen d'une police de libre passage ou d'un compte de libre passage font partie des prestations de sortie à partager en cas de divorce, en vertu de l'art. 22 LFLP, les dispositions idoines de la LFLP et de l'OLP (qui renvoie à son tour à l'OPP 2) s'appliquent aussi aux avoirs dans des institutions de libre passage. En particulier, pour le calcul de la prestation de sortie à partager, on ajoute à la prestation de sortie et à l'avoir de libre passage existant au moment de la conclusion du mariage les intérêts dus au moment du divorce; le taux prévu par l'art. 12 OPP 2 est déterminant, à défaut de taux réglementaire plus élevé (cf. art. 8a, al. 1, OLP en relation avec l'art. 26, al. 3, LFLP et [ATF 129 V 251](#); cf. également [Bulletin de la prévoyance professionnelle N° 47](#), ch. 270 Modification de l'ordonnance sur le libre passage, p. 3).

Cela vaut aussi pour la prestation de libre passage à transférer : celle-ci doit être rémunérée au taux d'intérêt minimal LPP ou à un taux réglementaire plus élevé à partir du jour déterminant (*remarque de l'OFAS : dans ce cas qui avait été jugé selon l'ancien droit, le jour déterminant correspondait à celui de l'entrée en force du jugement de divorce*) et ce principe s'applique non seulement aux avoirs se trouvant dans des institutions de prévoyance mais également à ceux placés dans des institutions de libre passage.

Indication

958 Révision du partage de la prévoyance en cas de divorce : dernières informations

Outil électronique de conversion

L'outil électronique pour la conversion de la part de rente attribuée au conjoint créancier en rente viagère est disponible sur la [page](#) Internet suivante de l'OFAS :

<https://www.bsv.admin.ch/bsv/fr/home/assurances-sociales/bv/grundlagen-und-gesetze/grundlagen/vorsorgeausgleich-bei-scheidung.html#accordion1481030260774>

Conformément à l'art. 19h OLP (en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2017), l'institution de prévoyance du conjoint débiteur convertit la part de rente attribuée au conjoint créancier en rente viagère selon la formule indiquée dans l'annexe. L'OFAS met gratuitement à disposition un outil électronique de conversion. La date déterminante pour la conversion est celle de l'entrée en force du jugement de divorce (cf. [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 142, ch. 937](#), en particulier pp. 7, 8, 24, 27 et 31).

On peut également utiliser cet outil lorsque le tribunal, se fondant sur le titre final, art. 7e, CC, convertit en une rente viagère une rente octroyée sous l'ancien droit. Pour la conversion, il faut dans ce cas indiquer la date d'entrée en force du jugement modifiant le jugement de divorce initial.

Le lien indiqué permet de générer un document PDF. Cette fonction requiert la version la plus récente d'Internet Explorer ou un autre navigateur (par ex. Firefox).

Formulaire de demande aux institutions de prévoyance ou de libre passage en cas de divorce ou de dissolution du partenariat enregistré

Dans le [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 143](#), ch. 952, réponse 3, l'OFAS a annoncé qu'il mettrait à disposition un formulaire type pour la demande d'informations aux institutions de prévoyance professionnelle. Celui-ci est publié à l'adresse Internet suivante :

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

Son utilisation n'est pas obligatoire. Le formulaire ne constitue pas une attestation du caractère réalisable, à moins que l'institution de prévoyance ou de libre passage ne l'ait expressément désigné comme tel dans le cas d'espèce.

Nouvelle numérotation des articles 25a et 25b OPP 2

Suite à la révision de la LAA qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2017 (cf. ch. 961), les dispositions de l'OPP 2 relatives à la coordination des prestations ont été renumérotées. Les règles concernant le partage de la prévoyance en cas de réduction de la rente d'invalidité se trouvent maintenant aux art. 26 et 26a. Dans la version de l'OPP 2 que l'OFAS a publié dans le [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 142](#), ch. 937, elles se trouvaient encore aux art. 25a et 25b. Mis à part la numérotation, ces dispositions n'ont subi aucun changement matériel.

Bulletin de la prévoyance professionnelle n°143, ch. 952, réponse 6 : rectification

La correction ci-dessous a été apportée à la version électronique du [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 143](#), ch. 952, réponse 6, dans l'exemple de calcul:

Retrait EPL	Fr. 150 000.–
- dont avant le mariage	- Fr. 97 038.– (= 150'000 * 109'976 / 170'000)
- dont après le mariage	- Fr. 52 962.–

Jurisprudence

966 Divorce et circonstances justifiant le refus du partage

(Référence à un arrêt de la Ite Cour de droit civil du TF du 26 janvier 2017, [5A 804/2016](#); arrêt en français)

Cet arrêt porte sur la question du refus du partage du 2^e pilier sur la base de l'ancien art. 123, al. 2, CC avant la réforme entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2017. Dans le cas d'espèce, le TF a retenu que les circonstances (notamment formation de l'ex-mari financée par l'ex-épouse mais non achevée) ne justifiaient pas de déroger au principe du partage.

En l'espèce, le TF a confirmé le jugement cantonal selon lequel il n'existait pas de circonstances justifiant de renoncer au partage par moitié des avoirs de prévoyance professionnelle, qui n'était dès lors pas manifestement inéquitable au sens de l'art. 123, al. 2, CC. L'ex-époux (né en 1978) avait seulement travaillé 2 ans et demi entre 2004 et 2014 et le montant total des avoirs de prévoyance professionnelle dont il disposait au moment du divorce était sensiblement moins élevé que celui dont l'ex-épouse (née en 1963) disposait à la même date. Or, il n'était pas établi qu'à l'avenir, la formation d'ingénieur que la recourante finançait au début du mariage lui permettrait d'accéder à une meilleure activité lucrative et donc d'obtenir une meilleure prévoyance que celle de l'ex-épouse. L'ex-époux n'avait du reste pas terminé cette formation et le fait qu'il y ait renoncé de son propre chef était sans incidence. Il était également sans pertinence qu'il se soit ou non occupé de sa fille ou qu'il lui reste plus d'années de cotisation qu'à l'ex-épouse.

Le partage des avoirs de prévoyance ne constituait pas non plus un abus de droit manifeste (art. 2, al. 2, CC) dès lors que les époux formaient bien une communauté économique et familiale. Même si l'ex-époux ne s'était jamais soucié de sa famille, le mariage contracté par les parties n'était pas fictif, celles-ci ayant fait ménage commun et ayant donné naissance à une fille. De plus, l'ex-épouse avait accepté de financer près de 2 ans une formation professionnelle à l'ex-époux et d'assumer l'entretien de la famille sans que ce dernier ne fournisse de contrepartie régulière en nature pendant la durée de la vie commune. La différence d'âge entre les parties et le nombre d'années de cotisation à disposition de l'intimé mis en exergue par la recourante ne sauraient conduire à admettre que la situation de l'intimé, après qu'il aura pris sa retraite, sera meilleure que la sienne. Au demeurant, il n'apparaît pas que la situation économique de l'ex-épouse ait été modifiée par le mariage, dans la mesure où elle n'a pas renoncé à une activité lucrative pour se consacrer au ménage. De plus, les parties étant séparées de biens, il n'a pas été procédé à la liquidation du régime matrimonial. Enfin, aucune contribution d'entretien n'ayant été réclamée de part et d'autre, le risque que celle-ci entraîne un déséquilibre inéquitable au sens de l'art. 123, al. 2, CC entre les situations économiques respectives des parties après le divorce est inexistant. En définitive, le recours a été rejeté par le TF.

Prise de position

952 Questions-réponses touchant la révision du partage de la prévoyance

Généralités

Les nouvelles dispositions relatives au partage de la prévoyance en cas de divorce et les ordonnances qui s'y rapportent (cf. [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 142](#), ch. 937) entreront en vigueur le 1^{er} janvier 2017. Nous répondons ci-après à quelques questions relatives à la nouvelle réglementation. Celles qui ont déjà été discutées dans le message et dans le commentaire des dispositions d'ordonnance ne sont pas reprises. Figurent ici les questions qui ont été soumises à l'OFAS jusqu'à fin septembre de cette année. Il se peut très bien que nous publions ultérieurement une nouvelle série de questions et réponses. Comme les débats parlementaires n'ont apporté que peu de changements au projet du Conseil fédéral et que ceux-ci ne portent pas sur des questions matérielles en matière de prévoyance, les explications du message sont toujours d'actualité. Vous trouverez à la fin de ce des arbres de décision pour le partage de la prévoyance dans les trois situations de base : divorce avant le cas de prévoyance, divorce en cas de perception d'une rente d'invalidité avant l'âge de la retraite, et divorce en cas de perception d'une rente de vieillesse ou d'invalidité à l'âge de la retraite.

Liens pour d'autres informations:

- Texte de loi : <https://www.admin.ch/opc/fr/official-compilation/2016/2313.pdf>
- Message: <https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2013/4341.pdf>
- Dispositions d'ordonnances: <https://www.admin.ch/opc/fr/official-compilation/2016/2347.pdf>
- Aperçu de la nouvelle réglementation: <http://soziale-sicherheit-chss.ch/fr/artikel/partage-de-la-prevoyance-en-cas-de-divorce%e2%80%89-nouveau-droit/>
- L'outil électronique pour le calcul de conversion de la part de rente attribuée en rente viagère sera disponible sur le site internet de l'OFAS à partir du 1^{er} janvier 2017.

Questions-réponses

1. Quelles sont les tâches des institutions de prévoyance en relation avec le divorce ?

Les tâches suivantes peuvent notamment incomber aux institutions de prévoyance en raison d'un divorce:

- calcul de la prestation de sortie acquise au moment de la conclusion du mariage ou de l'enregistrement du partenariat;
- communication annuelle à la Centrale du 2^e pilier de toutes les personnes au nom de qui un avoir de prévoyance était géré au cours du mois de décembre de l'année précédente ;
- contrôle de l'accord écrit du conjoint pour tous les versements en capital ou en espèces ;
- maintien du rapport entre avoir de vieillesse du régime obligatoire LPP et avoir surobligatoire en cas de partage de la prévoyance, de retrait EPL ou de rachat ;
- communication sur demande d'informations aux assurés et aux tribunaux ;
- remise de l'attestation du caractère réalisable ;
- transfert ou réception des prestations de sortie attribuées ;
- conversion et transfert, ou réception, des parts de rente attribuées ;
- adaptation de la rente d'invalidité après transfert de la prestation de sortie hypothétique.

2. Calcul de la prestation de sortie acquise au moment de la conclusion du mariage ou de l'enregistrement du partenariat

Comme jusqu'ici, les institutions de prévoyance devront calculer le montant de la prestation de sortie totale acquise au moment de la conclusion du mariage. Elles ne devront pas calculer et transmettre

à une éventuelle nouvelle institution de prévoyance ou de libre passage la part de cette prestation relevant du régime obligatoire LPP.

3. Communication sur demande d'informations aux assurés et aux tribunaux

Les institutions de prévoyance ou de libre passage doivent, dans la perspective d'un divorce, communiquer aux assurés ou au tribunal les renseignements nécessaires à l'exécution du partage de la prévoyance. En principe, seuls les assurés eux-mêmes ou le tribunal ont droit à ces informations. L'institution ne peut fournir des renseignements à d'autres personnes, telles que le conjoint ou son avocat, que sur présentation d'une procuration de l'assuré. Un tribunal étranger ne peut recueillir des informations sur l'assuré directement auprès de l'institution de prévoyance qu'avec l'accord de celui-ci. En l'absence d'un tel accord, il doit requérir l'entraide judiciaire internationale.

Lors de l'élaboration des ordonnances, le souhait a été émis de diverses parts que l'OFAS mette à disposition un formulaire type pour la demande d'informations auprès des institutions de prévoyance. L'OFAS est en train d'élaborer ce formulaire. Il y aura une information dans le Bulletin lorsque l'OFAS publiera ce formulaire sur internet.

Son utilisation n'est pas obligatoire, mais elle contribuerait à l'unification et à la clarté du processus.

4. Attestation du caractère réalisable

La révision en soi ne change rien en ce qui concerne l'attestation du caractère réalisable. Comme actuellement, les institutions de prévoyance et les institutions de libre passage doivent attester que le dispositif prévu pour le partage de la prévoyance est réalisable. Nous tenons à rappeler ici que l'attestation ne sert pas seulement à attester un montant. Il faut que l'intégralité du dispositif soit soumis à l'institution, et celle-ci atteste par ce document qu'elle est en mesure et en droit de l'appliquer tel qu'il lui est soumis. L'attestation doit donc porter non seulement sur le montant, mais aussi sur l'exécution du partage de la prévoyance. Par exemple, un dispositif prévoyant le versement direct d'une part de rente attribuée à un conjoint créancier âgé de 40 ans ne peut être attesté comme étant réalisable, puisque le versement direct ne peut être demandé qu'à partir de 58 ans (ou en cas de perception d'une rente entière d'invalidité).

5. Comment un conjoint créancier qui souhaite percevoir sous forme de rente la prestation de sortie qui lui a été attribuée lors du divorce doit-il procéder auprès de l'institution supplétive ?

L'institution supplétive ne peut verser sous forme de rente que les avoirs de prévoyance attribués dans le cadre d'un partage de la prévoyance. Celui qui demande une telle rente doit pouvoir prouver que l'avoir de prévoyance en question provient d'un partage de la prévoyance. La manière la plus simple d'apporter cette preuve est de faire transférer l'avoir directement à l'institution supplétive, sans le faire transiter au préalable par une institution de libre passage. Il ne faut en aucun cas mélanger sur le même compte de libre passage l'avoir issu du partage de la prévoyance avec d'autres prestations de sortie si l'on compte le percevoir plus tard sous forme de rente.

6. Comment la diminution de capital due au retrait anticipé EPL et la perte d'intérêts qui en résulte sont-elles réparties proportionnellement entre les avoirs de prévoyance respectifs acquis avant et constitués durant le mariage (art. 22a, al. 3, LFLP) ?

La loi révisée prévoit à l'art. 22a, al. 3, LFLP que la diminution de capital due à un retrait anticipé EPL effectué durant le mariage et la perte d'intérêts qui en résulte doivent être réparties proportionnellement entre l'avoir de prévoyance acquis avant le mariage et l'avoir constitué durant le mariage jusqu'au moment du versement. Pour que cette répartition proportionnelle puisse être effectuée ultérieurement en cas de divorce, l'institution de prévoyance doit désormais consigner le montant de la prestation de libre passage au moment du versement anticipé et la date de ce versement (art. 11a OEPL). Ces informations doivent être communiquées à la nouvelle institution de

prévoyance ou de libre passage en cas de changement d'institution. Elles doivent aussi être fournies à l'assuré ou au tribunal, sur demande, en cas de divorce.

Exemple de calcul:

Date du mariage	31.3.2005
Date du retrait EPL	31.12.2008
Date du divorce	30.6.2017
Prestation de sortie au moment du mariage	Fr. 100 000.–
Valeur, intérêts inclus, au moment du retrait EPL (avec taux d'intérêt minimal LPP, cf. art. 8a OLP)	Fr. 109 976.–
Prestation de sortie au moment du retrait EPL	Fr. 170 000.–
– dont avant le mariage	- Fr. 109 976.–
– dont pendant le mariage	- Fr. 60 024.–
Retrait EPL	Fr. 150 000.–
– dont avant le mariage	- Fr. 97 038.– (= 150 000 * 109 976 / 170 000)
– dont pendant le mariage	- Fr. 52 962.–
Prestation de sortie restante après le retrait EPL	Fr. 20 000.–
– dont avant le mariage	- Fr. 12 938.–
– dont pendant le mariage	- Fr. 7 062.–
Prestation de sortie au moment du divorce	Fr. 200 000.–
– dont avant le mariage	- Fr. 14 901.–
– dont pendant le mariage	- Fr. 185 099.–
Montant à partager	Fr. 238 042.–
composé de :	
- partie de la prestation de sortie acquise durant le mariage au moment du divorce	Fr. 185 099.–
- partie du retrait anticipé EPL imputée à la période du mariage, hors intérêts	Fr. 52 962.–

Pour que le tribunal qui décide du partage de la prévoyance puisse effectuer le calcul, il faut lui communiquer sur demande, outre les informations usuelles, la date du retrait EPL ainsi que le montant de la prestation de sortie acquise jusque-là.

7. Rachat après transfert d'une prestation de sortie hypothétique

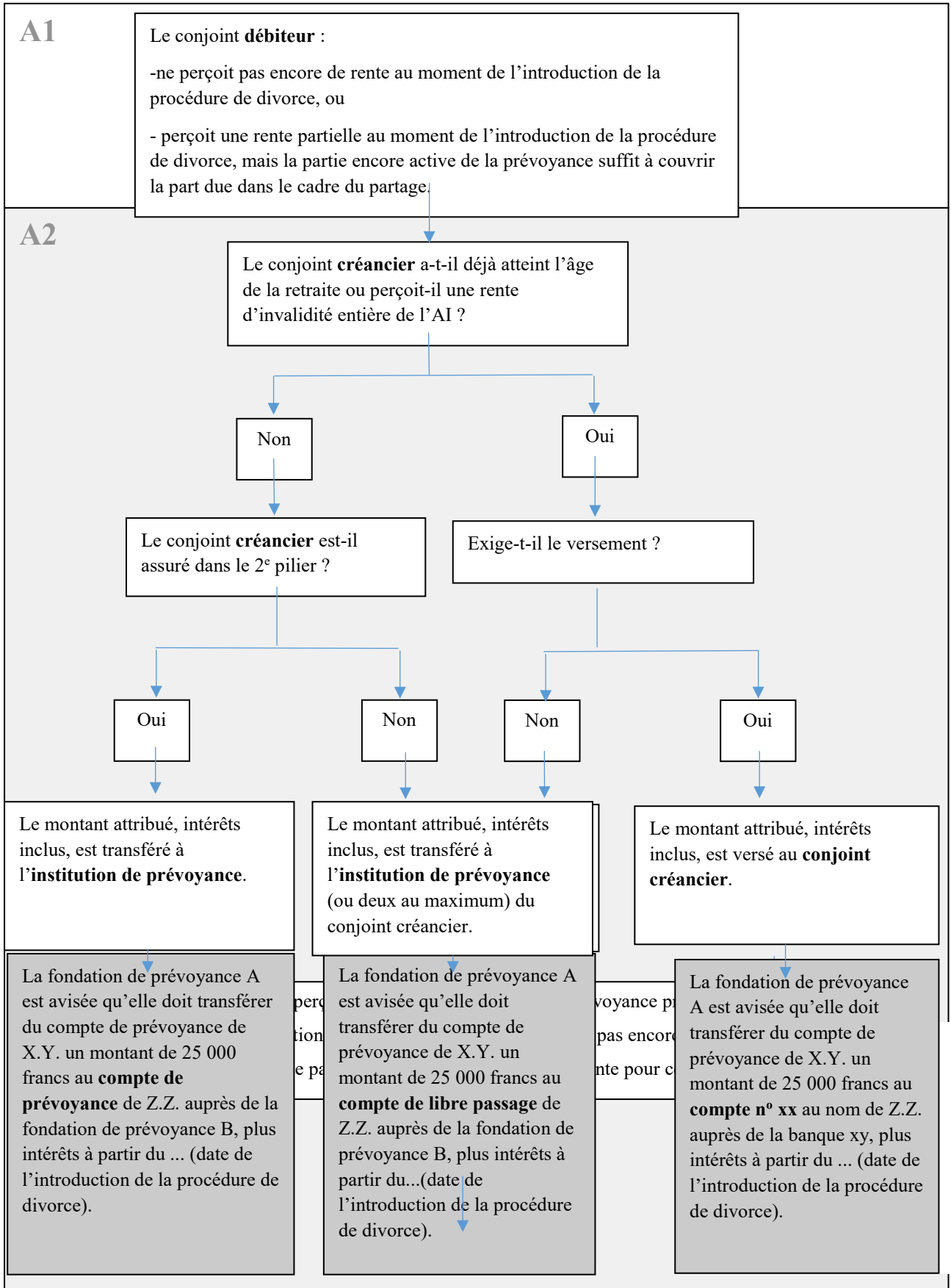
Pour le cas où, lors du partage de la prévoyance, une partie de la prestation de sortie hypothétique est transférée à la prévoyance de l'autre conjoint, la loi ne prévoit aucun droit au rachat, contrairement à la situation dans laquelle la prestation de sortie effective doit être transférée. Cependant, selon l'OFAS, il est admissible que l'institution de prévoyance inscrive un tel droit au rachat dans son règlement. Il est toutefois recommandé que, lors d'un tel rachat, l'assuré demande à l'autorité fiscale compétente si celui-ci est fiscalement déductible.

8. Transfert de la fortune disponible dans la prévoyance du conjoint créancier (art. 22f, al. 3, LFLP)

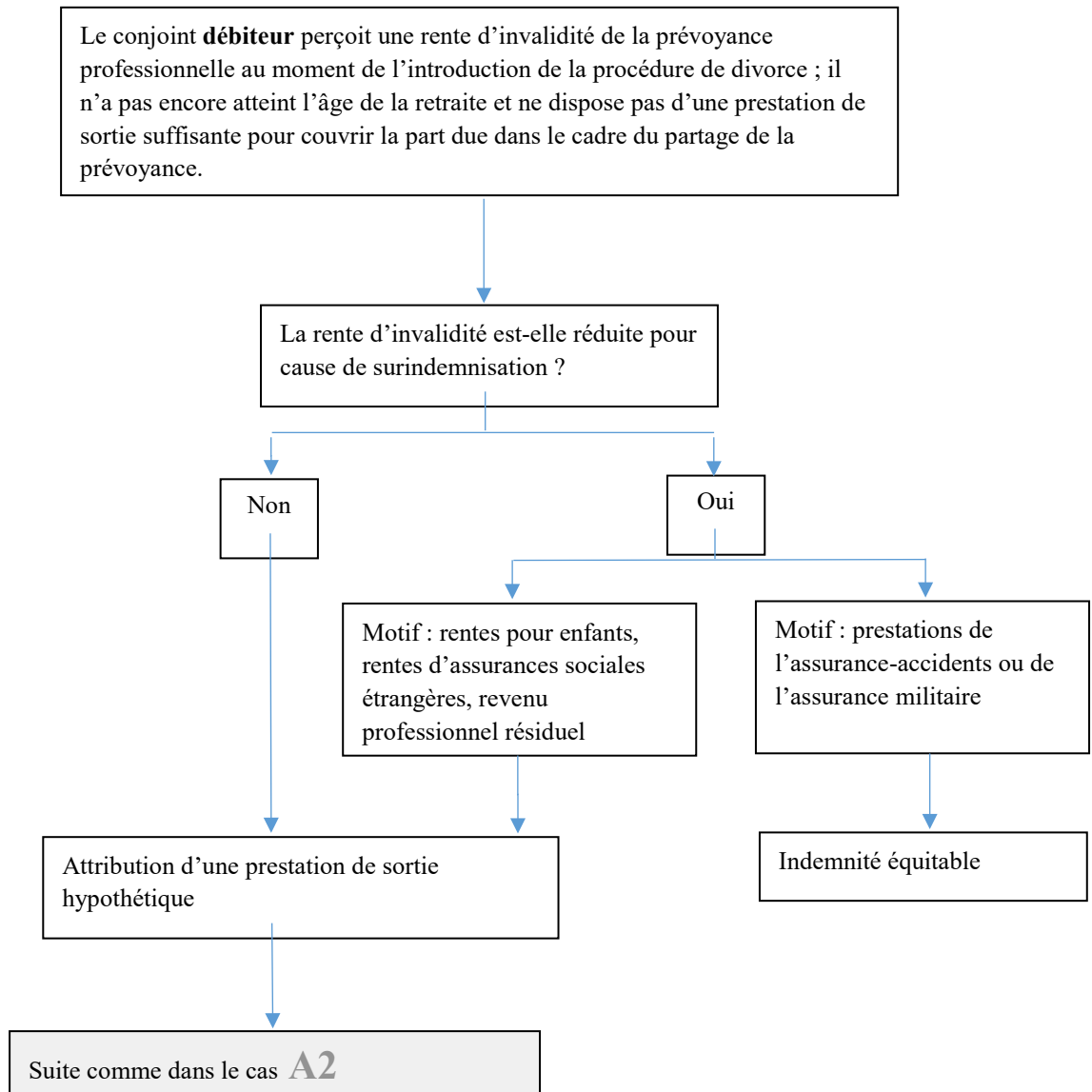
Le jugement de divorce peut prévoir qu'une indemnité équitable soit transférée de la fortune disponible du conjoint débiteur à l'institution de prévoyance ou de libre passage du conjoint créancier. Dans ce cas, l'institution de prévoyance ou de libre passage remet au conjoint débiteur l'attestation du versement de l'indemnité, afin que ce dernier puisse effectuer la déduction fiscale.

Arbres de décision

Cas de figure A: Partage de la prévoyance par attribution d'une prestation de sortie (art. 123 CC)

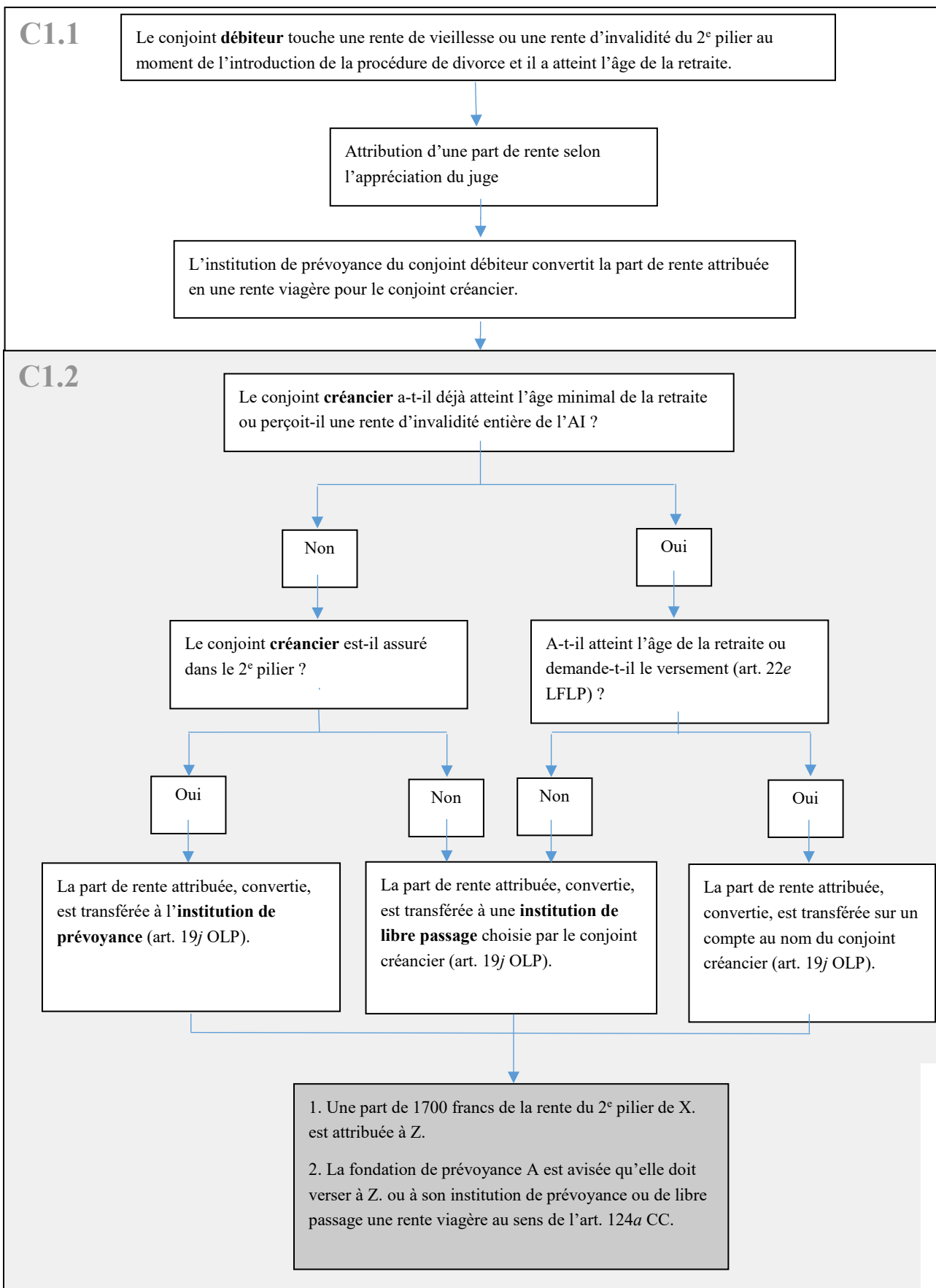


Cas de figure B : Partage de la prévoyance par attribution d'une prestation de sortie hypothétique (art. 124 CC)



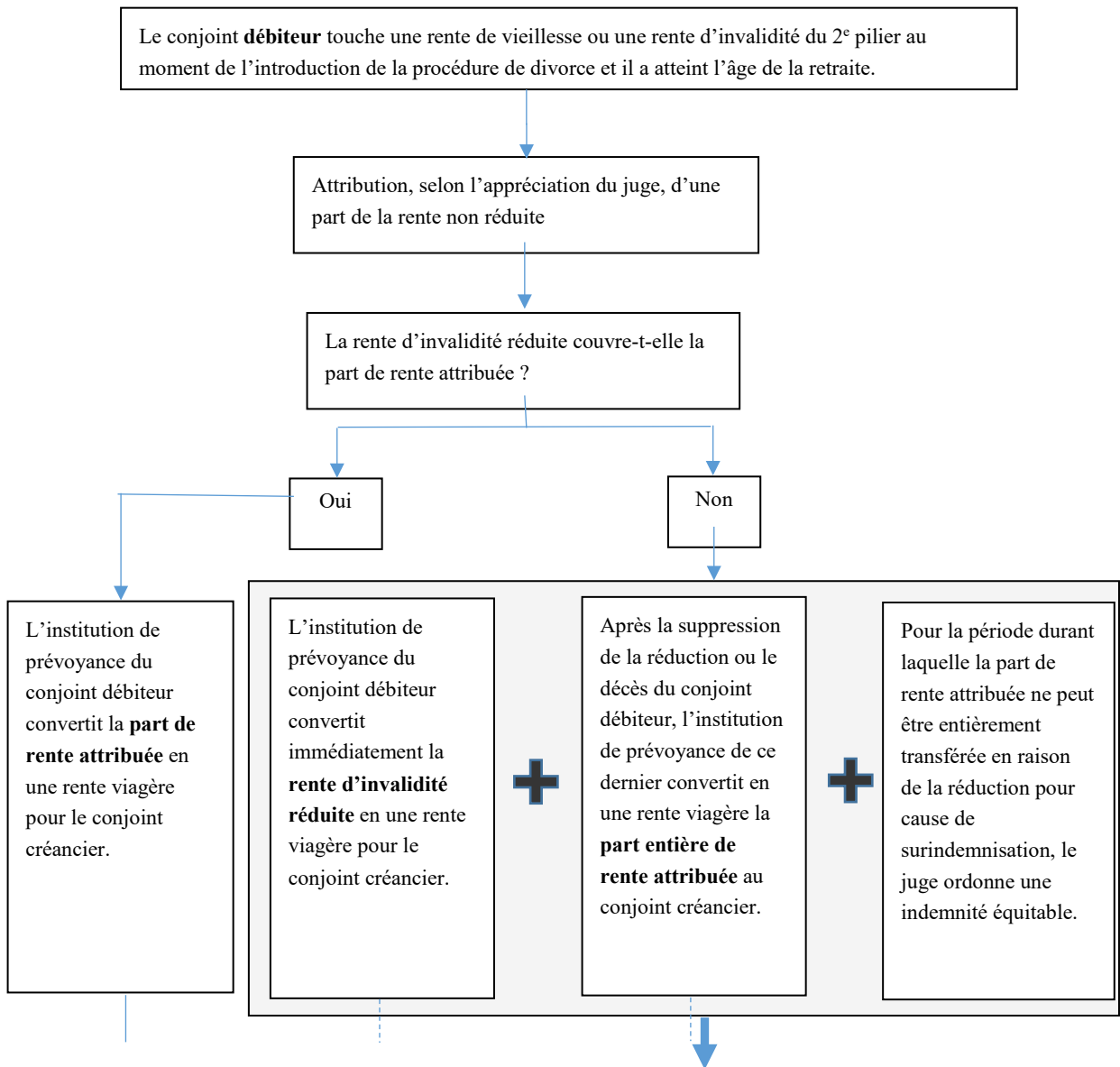
Cas de figure C1 : Partage de la prévoyance par attribution d'une part de rente (art. 124a CC)

Cas normal : sans réduction pour cause de surindemnisation



Cas de figure C2 : Partage de la prévoyance par attribution d'une part de rente (art. 124a CC)

Cas particulier : en cas de réduction pour cause de surindemnisation



Suite comme dans le cas **C1.2**

1. Une part de 1700 francs sur la rente perçue par X. de la fondation de prévoyance A est attribuée à Z.
2. La fondation de prévoyance doit convertir la rente d'invalidité réduite de X. en une rente viagère en faveur de Z. et verser celle-ci à Z. ou à son institution de prévoyance ou de libre passage.
3. Après le décès de X. ou dès que sa rente d'invalidité couvre la part de rente attribuée selon le ch. 1, la fondation de prévoyance doit convertir cette part de rente et la verser à Z. ou à son institution de prévoyance ou de libre passage.
4. a) X. doit verser à Z. une indemnité au sens de l'art. 124e, al. 1, CC de yyy francs ; ou
4. b) X. doit verser à Z. une indemnité au sens de l'art. 124e, al. 1, CC de xxx francs, payable d'avance par mensualités, depuis l'entrée en force du jugement de divorce jusqu'à la survenance d'un événement selon ch. 3.

Jurisprudence

955 EPL, divorce et vente à perte du logement

(Référence à un arrêt du TF du 26 août 2016, [9C 65/2016](#); arrêt en français)

Lors du partage pour cause de divorce, le juge doit examiner d'office s'il est prévisible que la vente du logement familial aboutira à une perte, ce qui empêcherait le remboursement du versement anticipé (art. 30d, al. 5, LPP).

Le juge de l'art. 73 LPP qui est appelé à déterminer les avoirs de prévoyance professionnelle à partager dans le cadre d'un divorce doit tenir compte du caractère prévisible de la perte au moment du divorce (conformément à l'[ATF 137 III 49](#) consid. 3.3.2 p. 53). En d'autres termes, il ne saurait inclure un versement anticipé (art. 30c LPP) provenant des avoirs de la prévoyance professionnelle d'une partie sans s'assurer au préalable que le montant pourra être remboursé à l'institution de prévoyance (art. 30d LPP). Cela vaut singulièrement lorsqu'il est porté à sa connaissance que la vente de la maison familiale dont le financement avait été assuré en partie par le versement anticipé aboutira non seulement à la perte totale de celui-ci mais que la vente laissera subsister une dette bancaire. Contrevenant à son obligation d'établir les faits d'office (cf. art. 73, al. 2, LPP), la juridiction cantonale n'a pas cherché à savoir si une perte des versements anticipés résultant de la vente future de la maison familiale était prévisible au moment du divorce et n'a pas non plus tenu compte de l'éventuelle perte dans la répartition des avoirs. Comme les constatations de fait nécessaires au calcul des avoirs de prévoyance à partager sont lacunaires, la cause doit être renvoyée à la juridiction cantonale afin qu'elle établisse les faits pertinents pour être en mesure de trancher le litige.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 142

Indication

937 Révision du partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce – entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2017

A l'avenir, les avoirs de la prévoyance professionnelle seront partagés plus équitablement entre les conjoints en cas de divorce ou entre les partenaires en cas de dissolution du partenariat enregistré. Le Conseil fédéral a fixé au 1^{er} janvier 2017 l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions légales et des modifications d'ordonnances qui s'y rapportent. Les rentes existantes attribuées à la suite d'un jugement de divorce pourront, à certaines conditions, être converties en rentes viagères selon le nouveau droit dans un délai d'un an suivant l'entrée en vigueur de la révision

En cas de divorce, les avoirs de la prévoyance professionnelle auxquels les conjoints* peuvent prétendre représentent une part importante, voire la totalité de leur patrimoine. Le conjoint (en général

la femme) qui a assumé les tâches familiales pendant le mariage et qui, de ce fait, ne dispose pas d'une prévoyance professionnelle suffisante peut aujourd'hui être défavorisé en cas de divorce. Trop rigide, le droit en vigueur ne permet en outre pas de trouver facilement des solutions consensuelles. Le 19 juin 2015, le Parlement a adopté une révision du code civil visant à améliorer le partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce. Les nouvelles dispositions légales et les adaptations d'ordonnances qui s'y rapportent entreront en vigueur le 1^{er} janvier 2017.

Meilleur partage des prétentions de prévoyance

Les nouvelles dispositions ne changeront rien au principe de base selon lequel les prestations de sortie acquises durant le mariage sont partagées par moitié entre les conjoints. Les nouveautés concerneront le moment déterminant pour le calcul, qui sera dorénavant la date de l'introduction de la procédure de divorce, et non plus celle de l'entrée en force du jugement. Par ailleurs, les avoirs seront partagés y compris lorsque le conjoint débiteur est à la retraite ou invalide ; selon les circonstances, l'avoir à transférer sera calculé soit en fonction d'une prestation de sortie hypothétique soit à partir de la rente du conjoint débiteur, qui sera partagée et convertie en rente viagère.

Les institutions de prévoyance et de libre passage auront en outre l'obligation d'annoncer périodiquement tous les titulaires d'avoirs de prévoyance professionnelle à la Centrale du 2^e pilier. Les tribunaux pourront ainsi contrôler qu'aucun avoir de prévoyance n'est soustrait au partage. Les nouvelles dispositions garantiront également qu'aucun avoir de prévoyance ne puisse être retiré durant le mariage sans que l'autre conjoint en soit informé, et que la part de l'avoir de vieillesse LPP transférée soit équitable. Enfin, si le conjoint créancier n'est pas assuré auprès d'une institution de prévoyance, il pourra transférer les avoirs issus du partage à l'Institution supplétive LPP, qui les convertira en rente le moment venu.

Disposition transitoire pour les personnes divorcées

En vertu du droit actuel, les personnes divorcées qui bénéficient d'une indemnité équitable sous forme de rente ont droit, au décès de leur ancien conjoint, à une rente de survivants en lieu et place de l'indemnité. Cependant, la rente de survivants est souvent bien plus faible que l'indemnité. Pour que les personnes concernées bénéficient aussi de la nouvelle réglementation, une disposition transitoire leur permettra de déposer, jusqu'au 31 décembre 2017 et à certaines conditions, une demande auprès du tribunal chargé du divorce pour faire convertir leur indemnité en rente viagère.

Lien internet pour la modification légale adoptée en vote final:

<https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2015/4437.pdf>

Nous publions ci-après les modifications d'ordonnances liées à cette révision ainsi que leur commentaire (seule fait foi la version publiée dans le [Recueil officiel](#)):

Ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2)

Modification du 10 juin 2016

Le Conseil fédéral suisse,
arrête:

I

L'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité³ est modifiée comme suit:

Préambule

vu l'art. 97, al. 1, de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP)⁴,
vu l'art. 26, al. 1, de la loi du 17 décembre 1993 sur le libre passage (LFLP)⁵,
et vu les art. 124, al. 3, et 124a, al. 3, du code civil (CC)⁶,

Art. 15a Consignation et communication de l'avoir de prévoyance

(art. 15 LPP)

¹ L'institution de prévoyance ou de libre passage doit consigner la part de l'avoir de vieillesse par rapport:

- a. à l'ensemble de l'avoir de prévoyance de l'assuré qui se trouve dans l'institution;
- b. au montant octroyé lors d'un versement anticipé au sens de l'art. 30c LPP;
- c. aux prestations de sortie et aux parts de rente transférées lors du partage de la prévoyance au sens de l'art. 22 LFLP.

² Lors du transfert de la prestation de libre passage, l'institution de prévoyance ou de libre passage doit communiquer à la nouvelle institution de prévoyance ou de libre passage les informations visées à l'al. 1. A défaut, la nouvelle institution doit les lui demander.

Art. 15b Détermination de l'avoir de vieillesse

(art. 15, al. 4, LPP)

¹ Lorsque l'avoir de vieillesse ne peut plus être établi, 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; toutefois, ce montant peut au maximum correspondre à celui de l'avoir de prévoyance effectivement disponible dans l'institution de prévoyance ou de libre passage.

² L'avoir de vieillesse ne peut plus être établi lorsque les informations nécessaires font défaut auprès des institutions précédentes et de l'institution actuelle.

Art. 16 Intérêts, rendements et pertes

(art. 15 LPP et 18 LFLP)

¹ Pour la rémunération par une institution de prévoyance, sont réputés partie de l'avoir de vieillesse les intérêts calculés au taux minimal fixé à l'art. 12.

² Pour la rémunération par une institution de libre passage, les intérêts sont répartis entre l'avoir de vieillesse et les autres avoirs de prévoyance proportionnellement à leur part respective. Les rendements et pertes liés à l'épargne-titres au sens de l'art. 13, al. 5, de l'ordonnance du 3 octobre 1994 sur le libre passage (OLP)⁷ sont aussi répartis entre l'avoir de vieillesse et les autres avoirs de prévoyance proportionnellement à leur part respective.

³ RS 831.441.1

⁴ RS 831.40

⁵ RS 831.42

⁶ RS 210

⁷ RS 831.425

Art. 19 Adaptation de la rente d'invalidité après le partage de la prévoyance

(art. 24, al. 5, LPP)

¹ La rente d'invalidité peut être réduite seulement si l'avoir de prévoyance acquis jusqu'à la naissance du droit à la rente a, conformément au règlement, une influence sur le calcul de celle-ci.

² Elle peut être réduite au maximum du montant dont elle serait amputée si elle était calculée sur la base de l'avoir de prévoyance diminué de la partie transférée de la prestation de sortie. La réduction de la rente d'invalidité versée jusqu'à cette date ne peut toutefois pas dépasser, proportionnellement, le rapport entre la partie transférée de la prestation de sortie et la prestation de sortie totale.

³ La réduction est calculée selon les dispositions réglementaires applicables au calcul de la rente d'invalidité. Le moment déterminant pour le calcul de la réduction est celui de l'introduction de la procédure de divorce.

Art. 20 Droit aux prestations de survivants en cas de divorce ou de dissolution judiciaire du partenariat enregistré

(art. 19, al. 3, et 19a LPP)

¹ Le conjoint divorcé est assimilé au veuf ou à la veuve en cas de décès de son ancien conjoint à la condition:

- a. que son mariage ait duré dix ans au moins, et
- b. qu'une rente lui ait été octroyée lors du divorce en vertu de l'art. 124e, al. 1, ou 126, al. 1, CC.

² L'ex-partenaire enregistré est assimilé au veuf ou à la veuve en cas de décès de son ancien partenaire enregistré à la condition :

- a. que son partenariat enregistré ait duré dix ans au moins, et
- b. qu'une rente lui ait été octroyée lors de la dissolution judiciaire du partenariat enregistré en vertu de l'art. 124e, al 1, CC ou 34, al. 2 et 3, de la loi du 18 juin 2004 sur le partenariat⁸.

³ Le droit aux prestations de survivants est maintenu aussi longtemps que la rente aurait dû être versée.

⁴ L'institution de prévoyance peut réduire ses prestations de survivants si, ajoutées à celles de l'AVS, elles dépassent le montant des prétentions découlant du jugement de divorce ou du jugement prononçant la dissolution du partenariat enregistré; la réduction est limitée au montant du dépassement. Les rentes de survivants de l'AVS interviennent dans le calcul uniquement si elles dépassent un droit propre à une rente d'invalidité de l'AI ou à une rente de vieillesse de l'AVS.

Art. 24, al. 2^{ter}

(art. 34a LPP)

^{2^{ter}} Lorsque, lors du divorce, la rente d'invalidité d'un conjoint est partagée et que celui-ci a atteint l'âge réglementaire de la retraite, la part de rente attribuée au conjoint créancier reste prise en compte, le cas échéant, dans le calcul de la réduction de la rente d'invalidité du conjoint débiteur.

Art. 25a Partage de la prévoyance en cas de réduction de la rente d'invalidité avant l'âge réglementaire de la retraite

(art. 124, al. 3, CC et 34a LPP)

¹ Si la rente d'invalidité d'un conjoint a été réduite en raison d'un concours de prestations de l'assurance-accidents ou de l'assurance militaire, le montant au sens de l'art. 124, al. 1, CC ne peut pas être utilisé pour le partage de la prévoyance en cas de divorce avant l'âge réglementaire de la retraite.

² Le montant peut toutefois être utilisé pour le partage de la prévoyance si la rente d'invalidité n'était pas réduite en l'absence de rentes pour enfant.

Art. 25b Partage de la prévoyance en cas de réduction de la rente d'invalidité après l'âge réglementaire de la retraite

(art. 124a, al. 3, ch. 2, et 124c CC et 34a LPP)

¹ Si la rente d'invalidité d'un conjoint a été réduite en raison d'un concours d'autres prestations, le juge prend pour base la rente non réduite pour rendre sa décision de partage en cas de divorce après l'âge réglementaire de la retraite.

² Si le montant de la rente d'invalidité réduite est au moins égal à celui de la part de rente attribuée au conjoint créancier, ladite part est convertie en vertu de l'art. 124a, al. 2, CC et versée au conjoint créancier ou transférée dans sa prévoyance.

³ Si le montant de la rente d'invalidité réduite est inférieur à celui de la part de rente attribuée au conjoint créancier, les règles suivantes s'appliquent:

- a. la rente d'invalidité réduite est convertie en rente viagère et versée au conjoint créancier ou transférée dans sa prévoyance ;

⁸ RS 211.231

- b. au décès du conjoint débiteur ou dès que la prestation versée est suffisante pour couvrir les prétentions du conjoint créancier au titre du partage de la prévoyance, la part de rente attribuée au conjoint créancier est convertie en rente viagère et versée à celui-ci ou transférée dans sa prévoyance ; la date déterminante pour la conversion est celle de l'entrée en force du jugement de divorce ;
- c. le conjoint débiteur est redevable d'une indemnité équitable (art. 124e, al. 1, CC) pour la partie des prétentions au titre du partage de la prévoyance qui n'a pas pu être versée au conjoint créancier ou transférée dans sa prévoyance en raison de la réduction de la rente d'invalidité visée à la let. a.

⁴ Si des parts de rente sont compensées entre elles en vertu de l'art. 124c CC, la différence entre les prétentions réciproques des conjoints est déterminante pour l'application des al. 2 et 3.

Art. 27i, al. 1, let. a

¹ Les institutions de prévoyance et les institutions qui gèrent les comptes ou les polices de libre passage sont tenues de conserver toutes les pièces contenant des informations importantes pour l'exercice de droits éventuels des assurés, à savoir:

- a. les documents concernant l'avoir de prévoyance, y compris les informations sur l'avoir de vieillesse visées à l'art. 15a, al. 1;

II

Disposition transitoire de la modification du ...

Les conjoints divorcés et les ex-partenaires enregistrés qui ont bénéficié d'une rente ou d'une indemnité en capital en lieu et place d'une rente viagère avant l'entrée en vigueur de la modification du ... ont droit aux prestations pour survivants en vertu de l'ancien droit.

III

La modification d'autres actes est réglée en annexe.

IV

La présente ordonnance entre en vigueur le 1^{er} janvier 2017.

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Johann
N. Schneider-Ammann

Le chancelier de la Confédération, Walter
Thurnherr

Modification d'autres actes

Les actes mentionnés ci après sont modifiés comme suit :

1. Ordonnance du 3 octobre 1994 sur le libre passage⁹

Préambule

vu l'art. 26, al. 1 de la loi du 17 décembre 1993 sur le libre passage (LFLP)¹⁰,
vu l'art. 124a, al. 3, du code civil (CC)¹¹,
vu l'art. 99 de la loi du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance¹²,

Art. 2 Consignation et communication de la prestation de sortie

¹ L'institution de prévoyance ou de libre passage doit consigner, pour l'assuré qui atteint l'âge de 50 ans, qui se marie ou qui conclut un partenariat enregistré, la prestation de sortie à laquelle il a droit à ce moment-là.

² Elle doit, si l'assuré s'est marié avant le 1^{er} janvier 1995, consigner le montant de la première prestation de sortie communiqué ou échu après cette date conformément à l'art. 24 LFLP, ainsi que la date à laquelle il a été communiqué ou la date de son échéance.

³ Lors du transfert de la prestation de sortie, l'institution de prévoyance ou de libre passage doit communiquer à la nouvelle institution de prévoyance ou de libre passage les informations visées aux al. 1 et 2. A défaut, la nouvelle institution doit les lui demander.

Art. 16, al. 3

³ Lorsque l'assuré est marié ou lié par un partenariat enregistré, le versement de la prestation de vieillesse en capital n'est autorisé que si le conjoint ou le partenaire enregistré donne son consentement écrit. S'il n'est pas possible de recueillir ce consentement ou s'il est refusé, l'assuré peut en appeler au tribunal civil.

Titre précédant l'art. 19a^{bis}

Section 2a Centrale du 2^e pilier

Art. 19a^{bis}, titre et al. 1 et 4

Registre des personnes annoncées

¹ La Centrale du 2^e pilier tient un registre central (registre) dans lequel figure les personnes annoncées conformément à l'art. 24a LFLP.

⁴ Le registre mentionne si l'institution de prévoyance ou de libre passage est en mesure de contacter la personne annoncée.

Art. 19c Avoirs de prévoyance oubliés et avoirs de prévoyance pour lesquels le contact a été rompu

¹ Les avoirs de prévoyance oubliés au sens de l'art. 24d, al. 2, LFLP sont les avoirs des personnes qui ont atteint l'âge de la retraite au sens de l'art. 13, al. 1, LPP¹³ et n'ont pas encore fait valoir leur droit aux prestations de vieillesse.

² Les avoirs de prévoyance pour lesquels le contact a été rompu sont les avoirs des personnes que l'institution de prévoyance ou de libre passage n'est plus en mesure de contacter.

³ Lors de l'annonce visée à l'art. 24a LFLP, l'institution de prévoyance ou de libre passage indique à la Centrale du 2^e pilier les personnes dont elle gère un avoir de prévoyance pour lequel le contact a été rompu.

Art. 19d Information des assurés et des bénéficiaires

¹ La Centrale du 2^e pilier indique aux assurés qui le demandent quelles sont les institutions qui ont communiqué la gestion d'un avoir de prévoyance à leur nom au cours du mois de décembre de l'année précédente.

² La même obligation de renseigner vaut à l'égard du juge pendant la procédure de divorce et à l'égard des bénéficiaires au décès de l'assuré.

⁹ RS 831.425

¹⁰ RS 831.42

¹¹ RS 210

¹² RS 221.229.1

¹³ RS 831.40

Art. 19f, al. 1

¹ Le fonds de garantie couvre les coûts engendrés par la Centrale du 2^e pilier au moyen des avoirs visés à l'art. 12a de l'ordonnance du 22 juin 1998 sur le «fonds de garantie LPP»¹⁴; ces coûts sont comptabilisés séparément.

Titre suivant l'art. 19f

Section 2b Divorce et dissolution judiciaire du partenariat enregistré

Art. 19g Calcul de la prestation de sortie lorsque le cas de prévoyance vieillesse survient pendant la procédure de divorce

(art. 22a, al. 4, LFLP)

¹ Si le conjoint débiteur atteint l'âge de la retraite pendant la procédure de divorce, l'institution de prévoyance peut réduire la prestation de sortie à partager au sens de l'art. 123 CC ainsi que la rente de vieillesse. La réduction correspond au maximum au montant dont auraient été amputées les prestations jusqu'à l'entrée en force du jugement de divorce si leur calcul s'était basé sur l'avoir diminué de la part transférée de la prestation de sortie. Le montant équivalent à la réduction est partagé par moitié entre les deux conjoints.

² Si le conjoint débiteur perçoit une rente d'invalidité et qu'il atteint l'âge réglementaire de la retraite pendant la procédure de divorce, l'institution de prévoyance peut réduire la prestation de sortie au sens de l'art. 124, al. 1, CC ainsi que la rente de vieillesse. La réduction correspond au maximum au montant dont auraient été amputées les prestations entre le moment où l'âge réglementaire de la retraite a été atteint et l'entrée en force du jugement de divorce si leur calcul s'était basé sur l'avoir diminué de la part transférée de la prestation de sortie. Le montant équivalent à la réduction est partagé par moitié entre les deux conjoints.

Art. 19h Conversion de la part de rente attribuée au conjoint créancier en rente viagère

(art. 124a, al. 3, ch. 1, CC)

¹ L'institution de prévoyance du conjoint débiteur convertit la part de rente attribuée au conjoint créancier en rente viagère selon la formule indiquée dans l'annexe. L'Office fédéral des assurances sociales met gratuitement à disposition un outil électronique de conversion¹⁵.

² La date déterminante pour la conversion est celle de l'entrée en force du jugement de divorce.

Art. 19i Partage de la prévoyance en cas d'ajournement de la rente de vieillesse

(art. 124a, al. 3, ch. 2, CC)

Lorsqu'un conjoint a atteint l'âge réglementaire de la retraite au moment de l'introduction de la procédure de divorce et qu'il a ajourné la perception de sa prestation de vieillesse, la prestation de sortie à partager correspond à son avoir de prévoyance à ce moment-là.

Art. 19j Modalités de transfert d'une part de rente à une institution de prévoyance ou de libre passage

(art. 22c, al. 3, LFLP)

¹ L'institution du conjoint débiteur transfère la rente viagère au sens de l'art. 124a, al. 2, CC à l'institution de prévoyance ou de libre passage du conjoint créancier. Le transfert correspond à la rente due pour une année civile et est effectué annuellement au plus tard le 15 décembre de l'année considérée.

² Si le conjoint créancier a droit à une rente d'invalidité ou de vieillesse (art. 22e LFLP) ou s'il décède, le transfert correspond à la rente due entre le début de l'année en question et le moment de la survenance du cas de prévoyance.

³ Le conjoint créancier informe son institution de prévoyance ou de libre passage de son droit à toucher une rente viagère et lui indique le nom de l'institution du conjoint débiteur. S'il change d'institution de prévoyance ou de libre passage, il en informe l'institution de prévoyance du conjoint débiteur au plus tard le 15 novembre de l'année considérée.

⁴ Si le nom de l'institution de prévoyance ou de libre passage du conjoint créancier n'a pas été communiqué à l'institution de prévoyance du conjoint débiteur, cette dernière verse le montant dû à l'institution supplétive, au plus tôt six mois mais au plus tard deux ans, après la date fixée pour le transfert. Elle effectue annuellement les transferts suivants à l'institution supplétive jusqu'à ce qu'elle reçoive l'information visée à l'al. 3.

⁵ L'institution de prévoyance du conjoint débiteur verse, sur le montant annuel de la prestation à transférer, un intérêt qui correspond à la moitié du taux réglementaire en vigueur pour l'année considérée.

¹⁴ RS 831.432.1

¹⁵ L'outil électronique de conversion sera disponible à partir du 1^{er} janvier 2017 sur le site www.bsv.admin.ch.

Art. 19k Informations

(art. 24, al. 4, LFLP)

En cas de divorce, l'institution de prévoyance ou de libre passage doit, sur demande, indiquer à l'assuré ou au juge, outre les informations visées à l'art. 24, al. 3, LFLP:

- a. si la prestation de libre passage a été versée dans le cadre de l'encouragement à la propriété du logement et, le cas échéant, le montant du versement;
- b. le montant de la prestation de sortie au moment d'un éventuel versement anticipé;
- c. si la prestation de libre passage ou la prestation de prévoyance a été mise en gage et, le cas échéant, le montant de la mise en gage;
- d. le montant présumé de la rente de vieillesse;
- e. si des prestations en capital ont été versées;
- f. le montant de la rente d'invalidité ou de vieillesse;
- g. si une rente d'invalidité est réduite et, le cas échéant, l'ampleur de la réduction; si la réduction est due à un concours de prestations de l'assurance-accidents ou de l'assurance militaire et, le cas échéant, si la rente d'invalidité n'était pas réduite en l'absence de rentes pour enfant;
- h. le montant de la prestation de sortie auquel le bénéficiaire d'une rente d'invalidité aurait droit en cas de suppression de cette rente;
- i. le montant de l'adaptation de la rente d'invalidité visée à l'art. 24, al. 5, LPP.¹⁶;
- j. les autres informations nécessaires à l'exécution du partage de la prévoyance.

Disposition transitoire de la modification du ...

En 2017, les institutions de prévoyance et les institutions qui gèrent des comptes ou des polices de libre passage doivent remplir leur obligation d'annoncer visée à l'art. 24a LFLP pour le 31 mars.

Annexe
(art. 19h)

■ Conversion de la part de rente en rente viagère

1. La part de rente attribuée au conjoint créancier est convertie en rente viagère selon la formule suivante:

$$\text{rente viagère} = \text{part de rente} \times \left(\frac{rv_d^{(12)} + f_{RC} \times \alpha_d^{exp(12)}}{rv_c^{(12)}} \right)$$

2. où

$rv_d^{(12)}$ correspond à la valeur actuelle de la rente viagère due mensuellement au conjoint débiteur (en fonction de son sexe et de son âge);

$rv_c^{(12)}$ correspond à la valeur effective de la rente viagère due mensuellement au conjoint créancier (en fonction de son sexe et de son âge);

$\alpha_d^{exp(12)}$ correspond aux expectatives de rente du conjoint débiteur (en fonction de son sexe et de son âge) calculées selon la méthode collective sur la base de la rente viagère de conjoint due mensuellement;

f_{RC} correspond au rapport entre le montant de la rente de conjoint réglementaire et celui de la rente de vieillesse en cours du conjoint débiteur.

3. Les valeurs actuelles et expectatives de rentes sont calculées d'après les bases techniques LPP 2015. Les tables de génération pour l'année civile sans renforcement et le taux d'intérêt technique de référence¹⁵ de l'année civile fixé par la Chambre suisse des experts en caisses de pensions sont appliqués.

2. Ordonnance du 3 octobre 1994 sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle¹⁷

Art. 11a Prestation de libre passage au moment du versement anticipé

L'institution de prévoyance consigne le montant de la prestation de libre passage au moment du versement anticipé et la date de ce versement.

¹⁶ RS 831.40

¹⁷ RS 831.411

Art. 12 Obligation de renseigner incombant à l'ancienne institution de prévoyance

1 L'ancienne institution de prévoyance avise spontanément la nouvelle institution de prévoyance du montant sur lequel porte la mise en gage de la prestation de libre passage ou de la prestation de prévoyance, ou du montant du versement anticipé.

2 Elle communique en outre à la nouvelle institution de prévoyance le montant de la prestation de libre passage au moment du versement anticipé, et la date de ce versement.

Art. 20a Disposition transitoire de la modification du ...

Si le versement anticipé a été effectué avant l'entrée en vigueur de la modification du ... et que la part de l'avoir de vieillesse (art. 15 LPP) ne peut plus être établie, le montant remboursé est réparti entre l'avoir de vieillesse et le reste de l'avoir de prévoyance dans la même proportion qu'immédiatement avant le remboursement.

Commentaire des modifications de l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2) dans le cadre de la révision du code civil relative au partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce

Introduction

1.1 Contexte

Le Parlement a adopté la révision du CC concernant le partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce le 19 juin 2015. Le délai référendaire a expiré le 8 octobre 2015 sans qu'un référendum ait été lancé.

Une innovation importante apportée par la révision est que le partage de la prévoyance englobe les fonds de la prévoyance professionnelle même lorsqu'un cas de prévoyance est déjà survenu pour l'un des conjoints. Si donc l'un des conjoints perçoit déjà une rente de vieillesse, celle-ci peut être partagée. Outre ce point essentiel, la révision prévoit notamment les nouveautés suivantes : le moment déterminant pour le calcul du partage est la date de l'introduction de la procédure de divorce ; l'obligation, pour les institutions de prévoyance et de libre passage, de communiquer certaines informations à la Centrale du 2^e pilier a été étendue ; enfin, la loi comprend des dispositions concernant la répartition entre part obligatoire et part surobligatoire des avoirs de prévoyance octroyés lors du partage de la prévoyance.

La modification du 19 juin 2015 est publiée dans la feuille fédérale (FF) 2015 4437 et le message du Conseil fédéral, dans la FF 2013 4341¹⁸. La révision des lois et les dispositions d'ordonnances correspondantes entreront en vigueur le 1^{er} janvier 2017.

1.2 Adaptations au niveau des ordonnances

La loi délègue plusieurs compétences au Conseil fédéral. Les questions très techniques en particulier doivent être réglées par voie d'ordonnance. Les adaptations requises concernent uniquement le droit de la prévoyance. Elles touchent l'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2)¹⁹, l'ordonnance du 3 octobre 1994 sur le libre passage (OLP)²⁰ et l'ordonnance du 3 octobre 1994 sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle (OEPL)²¹.

La révision délègue explicitement les tâches suivantes au Conseil fédéral :

- définir la procédure à appliquer pour le partage de la prévoyance avant l'âge réglementaire de la retraite lorsque la rente d'invalidité d'un conjoint a été réduite pour cause de surindemnisation (art. 124, al. 3, CC) ;
- régler la conversion technique de la part de rente attribuée au conjoint créancier en une rente viagère lorsque l'un des conjoints a déjà atteint l'âge réglementaire de la retraite au moment de l'introduction de la procédure de divorce, et préciser la manière de procéder lorsque les prestations de vieillesse sont différées ou que la rente d'invalidité a été réduite pour surindemnisation après l'âge réglementaire de la retraite (art. 124a, al. 3, ch. 1 et 2, CC) ;
- décrire la manière de déterminer la part de l'avoir de vieillesse LPP par rapport à l'ensemble de l'avoir de prévoyance lorsque cette part ne peut plus être établie (art. 15, al. 4, LPP) ;
- fixer le calcul de l'adaptation de la rente d'invalidité lorsqu'un montant analogue à celui visé à l'art. 2, al. 1^{er}, LFLP est transféré dans le cadre du partage de la prévoyance professionnelle (art. 24, al. 5, LPP) ;

¹⁸ D'autres documents relatifs aux travaux préparatoires (rapport de la commission d'experts et procédure de consultation) sont disponibles sur le site Internet de l'Office fédéral de la justice : www.ofj.admin.ch.

¹⁹ RS 831.441.1

²⁰ RS 831.425

²¹ RS 831.411

- fixer les modalités de transfert des prestations de sortie ou de remboursement des versements anticipés EPL lorsque la répartition entre l'avoir de vieillesse obligatoire et le reste de l'avoir de prévoyance ne peut plus être établie (art. 22c, al. 1, LFLP et art. 30d, al. 6, LPP) ;
- fixer le calcul de la prestation de sortie à partager pour les rentes d'invalidité en cours et pour les situations dans lesquelles le cas de prévoyance vieillesse survient entre l'introduction de la procédure de divorce et l'entrée en force du jugement sur le partage de la prévoyance professionnelle (art. 22a, al. 4, LFPL) ;
- fixer les modalités du transfert de rente lorsque le conjoint créancier et l'institution de prévoyance ne parviennent pas à s'accorder sur le transfert sous forme de capital (art. 22c, al. 3, LFLP) ;
- énoncer les autres obligations d'informer dans le cadre du partage de la prévoyance, en particulier les informations relatives aux besoins de prévoyance ou lorsque le cas de prévoyance invalidité ou vieillesse est déjà survenu (art. 24, al. 4, LFLP).

D'autres adaptations d'ordonnances sont par ailleurs nécessaires suite à l'extension de l'obligation, pour les institutions de prévoyance et de libre passage, de communiquer certaines informations à la Centrale du 2^e pilier.

Est également modifié l'art. 20 OPP 2, qui régit le droit aux prestations de survivants en cas de divorce ou de dissolution judiciaire du partenariat enregistré, en raison du nouveau droit et de l'évolution de la jurisprudence du Tribunal fédéral.

1.3 Procédure d'élaboration des dispositions d'ordonnance

Le message énonce déjà des critères pour les dispositions d'exécution. Il prévoit en outre l'implication d'acteurs de terrain, afin de garantir la praticabilité des dispositions. Conformément à ces directives, l'administration a fait appel à des spécialistes externes, à savoir des représentants des institutions de prévoyance, des associations féminines et du Fonds de garantie LPP, ainsi qu'un juge civil et un expert en caisses de pensions.

Le projet d'ordonnance et le commentaire afférent ont été présentés à la Commission LPP lors de sa séance du 23 novembre 2015. En outre, l'Association suisse d'assurances (ASA), la Chambre suisse des actuaires-conseils (CAC), l'Association suisse des institutions de prévoyance (ASIP) et l'Institution supplétive LPP ont été invitées à prendre position par écrit. La discussion a en particulier porté sur la procédure en cas de réduction pour surindemnisation et sur la rémunération de l'avoir de vieillesse LPP.

1.4 Mention du partenariat enregistré

L'ancien art. 22d LFLP, qui devient l'art. 23 dans la version révisée de cette loi, prévoit que les dispositions de la LFLP applicables en cas de divorce s'appliquent par analogie à la dissolution judiciaire d'un partenariat enregistré. Par ailleurs, l'art. 33 de la loi du 18 juin 2004 sur le partenariat (LPart)²² dispose que les prestations de sortie de la prévoyance professionnelle acquises pendant la durée du partenariat enregistré sont partagées conformément aux dispositions du droit du divorce concernant la prévoyance professionnelle. Vu ces deux dispositions, il n'est pas nécessaire que les règles d'ordonnance relatives au partage de la prévoyance mentionnent explicitement le partenariat enregistré, bien qu'elles l'incluent.

En revanche, les dispositions qui ne portent pas sur le partage de la prévoyance comprennent des règles mentionnant explicitement le partenariat enregistré ou les partenaires enregistrés.

²² RS 211.231

Commentaire des modifications de l'OPP 2

Préambule

Le préambule renvoie désormais à l'art. 26, al. 1, LFLP et aux art. 124, al. 3, et 124a, al. 3, CC. En vertu de l'art. 26, al. 1, LFLP, le Conseil fédéral a la compétence d'édicter les formes admises du maintien de la prévoyance. Les dispositions d'ordonnance qui concernent les institutions de libre passage se fondent sur cette délégation de compétence. Les art. 124, al. 3, et 124a, al. 3, CC donnent au Conseil fédéral la compétence d'édicter des dispositions d'exécution relatives au partage de la prévoyance, et celles-ci sont inscrites dans l'OPP 2.

Art. 15a Consignation et communication de l'avoir de vieillesse

(art. 15 LPP)

Les modifications apportées à la LPP (art. 15, al. 1 et 4, et 30d, al. 6) et à la LFLP (art. 22c, al. 1 et 2, et 22d) garantissent qu'un divorce n'entraîne pas de transfert des avoirs du domaine obligatoire au domaine subobligatoire. Lors du partage de la prévoyance, la prestation de sortie à transférer est prélevée auprès de l'institution du conjoint débiteur dans la même proportion que celle qui existe entre l'avoir de vieillesse obligatoire et l'avoir de prévoyance subobligatoire, et elle est créditée à l'avoir obligatoire et à l'avoir subobligatoire du conjoint créancier, toujours dans la même proportion (art. 22c, al. 1 et 2, LFLP). Il en va de même pour les rachats après un divorce et pour le remboursement des versements anticipés EPL.

La protection renforcée de l'avoir de vieillesse obligatoire exige que les institutions de prévoyance et de libre passage sachent en tout temps à combien s'élève la part obligatoire. Dans le droit en vigueur, cela est réglé aux art. 11 et 16, al. 1, OPP 2 : l'institution de prévoyance tient pour chaque assuré un compte de vieillesse indiquant son avoir de vieillesse obligatoire. En cas de transfert de la prestation de libre passage, cette information doit être communiquée à la nouvelle institution de prévoyance ou de libre passage. Comme la loi prévoit désormais expressément à l'art. 15, al. 1, LPP que les rachats effectués après un divorce et le remboursement des versements anticipés EPL doivent être crédités à l'avoir de vieillesse obligatoire et au reste de l'avoir de prévoyance dans la même proportion qu'au moment du versement, il faut également garantir que les informations nécessaires soient conservées, y compris en cas de changement d'institution.

Le nouvel art. 15a rassemble toutes les obligations de consigner et de communiquer se rapportant au régime obligatoire LPP. Il précise les situations dans lesquelles les institutions de prévoyance et de libre passage doivent consigner la part que représente l'avoir obligatoire, ainsi que les informations que les institutions doivent communiquer en cas de transfert des avoirs dans une nouvelle institution. Les règles prévues sont à la fois simples et transparentes, tant pour les institutions que pour les assurés.

Al. 1 : Cette disposition s'adresse expressément aux institutions de prévoyance et de libre passage. Celles-ci doivent consigner la part que représente l'avoir de vieillesse obligatoire dans différents cas.

L'obligation prévue à la let. a de consigner la part obligatoire par rapport à l'ensemble de l'avoir de prévoyance de l'assuré qui se trouve dans l'institution n'est pas neuve. Elle résulte aussi de la disposition de l'art. 11 OPP 2 concernant la tenue des comptes de vieillesse individuels.

En vertu de la let. b, l'institution doit également consigner la part de l'avoir de vieillesse LPP lors d'un versement anticipé pour l'acquisition d'un logement en propriété. Sans cette disposition, le nouvel art. 30d, al. 6, LPP – qui prévoit que les montants remboursés sont répartis entre l'avoir de vieillesse au sens de l'art. 15 et le reste de l'avoir de prévoyance dans la même proportion qu'au moment du versement anticipé – ne pourrait pas être appliqué.

Enfin, la let. c est liée à l'art. 22c, al. 4, LFLP, qui prévoit que l'institution du conjoint débiteur doit consigner la manière dont les avoirs à transférer sont répartis entre l'avoir de vieillesse LPP et le reste de l'avoir de prévoyance, lors du partage de la prévoyance. Cette institution a besoin de cette information car, en cas de rachat après le divorce, les avoirs doivent être crédités dans la même

proportion à l'avoir de vieillesse au sens de l'art. 15 LPP. En outre, cette institution doit pouvoir fournir à l'institution du conjoint créancier des renseignements sur la composition de la part de rente transférée. L'institution de prévoyance ou de libre passage du conjoint créancier est soumise à l'obligation de créditer les avoirs de manière proportionnelle à l'avoir de vieillesse et au reste de l'avoir de prévoyance, qui figure déjà à l'art. 22c, al. 2, LFLP (en relation avec l'art. 15, al. 1, let. d, LPP et l'art. 11 OPP 2).

Al. 2 : Les informations consignées en vertu de l'al. 1 doivent être transmises lors du transfert de la prestation de libre passage à une nouvelle institution de prévoyance ou de libre passage, afin que l'avoir obligatoire transféré soit préservé comme tel. L'obligation d'informer lors d'un transfert est déjà prévue à l'actuel art. 16, al. 1, mais elle concerne uniquement l'institution qui effectue le transfert. Pour assurer une transmission sans faille des informations, la nouvelle institution doit s'informer auprès de celle qui était compétente jusqu'à cette date si les informations pertinentes ne lui ont pas été communiquées. C'est également dans l'intérêt de la nouvelle institution, car si l'avoir de vieillesse LPP ne peut plus être établi, il sera déterminé conformément à l'art. 15b, al. 2.

Art. 15b Détermination de l'avoir de vieillesse
(art. 15 LPP et art. 18 LFLP)

L'art. 15b porte également sur l'avoir de vieillesse au sens de l'art. 15 LPP. Alors que l'art. 15a règle la consignation des informations relatives à l'avoir de vieillesse LPP et leur transmission à l'institution suivante, l'art. 15b précise comment déterminer cet avoir lorsque son montant ne peut plus être établi.

Al. 1 : En vertu de l'art. 15, al. 4, LPP, le Conseil fédéral règle la manière de déterminer la part de l'avoir de vieillesse obligatoire par rapport à l'ensemble de l'avoir de prévoyance lorsque cette part ne peut plus être établie. Une telle situation se produit parfois malgré l'obligation de tenir un compte témoin et l'obligation que prévoit déjà l'ordonnance de mentionner séparément l'avoir de vieillesse lors du transfert de la prestation de libre passage. Il arrive donc qu'une institution de prévoyance ignore à combien s'élève l'avoir de vieillesse LPP parce que l'institution qui lui a transféré les avoirs ne lui a pas communiqué cette information ou qu'elle n'a pas été en mesure de la lui communiquer parce qu'elle-même ne la possédait pas. Dans ce cas, l'al. 1 prévoit qu'est réputée avoir de vieillesse LPP la part de l'ensemble de l'avoir de prévoyance qui correspond à l'avoir de vieillesse maximal que l'assuré aurait pu constituer en vertu des dispositions légales minimales jusqu'à la date de détermination. Les institutions pourront appliquer cette solution sans grande difficulté et sans calculs complexes. L'OFAS publie chaque année des tableaux actualisés des avoirs de vieillesse LPP maximaux possibles en fonction de l'année de naissance et du sexe. Avec cette solution, la part considérée comme obligatoire sera, dans de nombreux cas, plus élevée qu'elle ne l'aurait été si la part LPP avait pu être établie. En effet, seuls les assurés qui ont été soumis à la prévoyance professionnelle sans interruption et ont toujours réalisé un revenu annuel atteignant au moins le plafond fixé à l'art. 8, al. 1, LPP (84 600 francs en 2015) atteignent effectivement l'avoir maximal possible. Cette solution plutôt favorable aux assurés, et qui ne les défavorise en tout cas jamais, se justifie du fait que les assurés n'ont pas la moindre influence sur la gestion de leurs comptes de vieillesse par les institutions et qu'ils n'ont pas à subir les conséquences d'une gestion déficiente.

Les institutions de prévoyance et de libre passage n'en demeurent pas moins tenues de consigner le montant de l'avoir de vieillesse LPP et de transmettre cette information à la nouvelle institution (cf. art. 15a). En outre, lorsque des avoirs sont transférés dans une institution de prévoyance ou de libre passage sans indication quant à la part LPP, cette institution doit demander les clarifications nécessaires et exigibles auprès des institutions précédentes. L'art. 15b, al. 1, s'applique uniquement s'il n'est raisonnablement pas possible d'établir la répartition entre avoir obligatoire et avoir surobligatoire. Les institutions de prévoyance ont tout intérêt à obtenir l'information relative à la part LPP d'un avoir et peuvent veiller à ce que cette disposition ne soit que rarement appliquée.

Al. 2 : Le champ d'application de l'al. 1 est également restreint par l'al. 2. Celui-ci définit les conditions à remplir pour que l'avoir de vieillesse soit considéré comme ne pouvant plus être établi. Tel est le cas en l'absence complète d'informations et lorsque les institutions précédentes n'en disposent pas non

plus. Cet alinéa n'est en revanche pas applicable lorsque des informations sont disponibles, mais que l'assuré met en doute leur exactitude.

Art. 16 Intérêts, rendements et pertes

(art. 15 LPP et art. 18 LFLP)

L'art. 16 détermine la part des intérêts rémunérant l'avoir de prévoyance qui doit être créditée à l'avoir de vieillesse LPP. C'est déjà partiellement le cas grâce à l'al. 2, qui règle uniquement la rémunération par une institution de prévoyance, mais ne prévoit pas le cas où l'avoir se trouve auprès d'une institution de libre passage. Cela nécessite donc une précision.

Al. 1 : Cette disposition est déplacée de l'al. 2 à l'al. 1. Dans sa teneur actuelle, elle prévoit qu'une institution de prévoyance doit aussi créditer à l'avoir de vieillesse LPP les intérêts qui dépassent le taux d'intérêt minimal LPP. A l'avenir, seuls les intérêts découlant du taux d'intérêt minimal LPP devront être crédités à l'avoir de vieillesse LPP. La modification supprime la contradiction dans laquelle se trouve la réglementation actuelle avec le principe d'imputation.

Al. 2 : Cette disposition règle la rémunération des avoirs obligatoires déposés auprès d'une institution de libre passage. Elle s'impose pour garantir la protection complète et continue de l'avoir de vieillesse acquis en vertu de la LPP telle que prévue par le nouveau droit. L'intérêt servi par l'institution de libre passage, et que celle-ci peut fixer sans être liée par le taux d'intérêt minimal LPP, sera réparti de manière proportionnelle entre les parts obligatoire et surobligatoire. Par exemple, si un avoir de prévoyance de 100 000 francs comprend une part obligatoire de 65 000 francs et que l'institution de libre passage applique un taux d'intérêt de 1 % pour l'année 2015, elle doit créditer 650 francs à la part obligatoire. Une réglementation analogue se justifie pour les rendements et les pertes liés à l'épargne-titres : ils doivent être répartis proportionnellement entre les parts obligatoire et surobligatoire. Comme l'assuré assume dans ce cas volontairement le risque de perte, il n'y a pas de raison de protéger son avoir de vieillesse LPP d'une perte éventuelle. Par rendements et pertes au sens de cette disposition, on entend la performance (par ex. les gains et les pertes en capital, le produit des intérêts, etc.). Cette prescription sur la répartition proportionnelle des intérêts entre les parts obligatoire et surobligatoire ne concerne que les intérêts dus à partir de l'entrée en vigueur de la présente modification. D'après le droit en vigueur jusqu'à présent, les institutions de libre passage n'étaient liées par aucune prescription sur ce point.

Art. 19 Adaptation de la rente d'invalidité après le partage de la prévoyance

(art. 24, al. 5, LPP)

Si, au moment de l'introduction de la procédure de divorce, l'un des époux perçoit une rente d'invalidité et qu'il n'a pas encore atteint l'âge réglementaire de la retraite, la prestation de sortie à laquelle il aurait droit en cas de suppression de sa rente est également partagée (art. 124 CC). Il n'est cependant pas toujours nécessaire de puiser dans cette prestation de sortie pour exécuter le partage. Premièrement, il est possible que la personne invalide soit bénéficiaire du partage et que ce soit donc elle qui ait droit à des avoirs de son conjoint (art. 124c CC). Deuxièmement, une personne partiellement invalide dispose souvent encore d'une prestation de sortie pour la part active de sa prévoyance qui est suffisante pour exécuter le partage. Et troisièmement, si le bénéficiaire d'une rente d'invalidité a encore des avoirs dans une institution de libre passage, il est également opportun de recourir à ces montants pour l'exécution du partage plutôt qu'à la prestation de sortie hypothétique.

L'art. 24, al. 5, LPP prévoit que le Conseil fédéral règle les modalités de calcul de l'adaptation de la rente d'invalidité pour les cas où un montant au sens de l'art. 124 CC est transféré au titre du partage de la prévoyance professionnelle. Les institutions de prévoyance ne sont pas tenues de procéder à cette adaptation. Mais si elles souhaitent bénéficier de cette possibilité, elles doivent le prévoir dans leur règlement et respecter les conditions fixées dans la présente disposition. En vertu de celle-ci, la réduction maximale autorisée dépend des dispositions réglementaires de l'institution de prévoyance concernée applicables au calcul de la rente d'invalidité.

Al. 1 : Cet alinéa dispose que la rente d'invalidité ne peut être réduite que si, d'après les dispositions réglementaires, l'avoir acquis jusqu'au début de la rente influe sur le montant de celle-ci (voir les exemples ci-dessous), ce qui est le cas notamment pour une rente d'invalidité octroyée en vertu de la LPP (art. 24, al. 3, let. a, LPP). Les cas pour lesquels l'avoir acquis n'a pas d'influence sur le montant de la rente relèvent des solutions prévues par le règlement de l'institution de prévoyance, où la rente d'invalidité est fixée en pourcentage du salaire assuré. En général, ce type de rente d'invalidité est financé uniquement par les primes de risque.

Al. 2 : Cette disposition définit la réduction maximale autorisée, qui dépend de l'avoir à transférer à l'autre conjoint en raison du partage de la prévoyance. Concrètement, la réduction maximale correspond à la différence entre le montant de la rente d'invalidité calculé sur la base de l'avoir de prévoyance avant transfert et celui calculé sur la base de l'avoir diminué de la partie transférée de la prestation de sortie. La deuxième phrase de l'al. 2 a sa raison d'être en ce qu'elle prévoit par exemple que si un quart de la prestation de sortie hypothétique est transféré à l'autre conjoint, la rente d'invalidité peut être réduite d'un quart au maximum. En général, cette condition est certes remplie lorsque la réduction est calculée conformément à la première phrase. Mais il se peut que la réduction ainsi obtenue soit trop grande, par exemple lorsque l'assuré touche une rente d'invalidité depuis longtemps et que la rémunération de l'avoir de vieillesse est supérieure à l'adaptation au renchérissement de la rente d'invalidité. C'est pourquoi la condition supplémentaire de la seconde phrase est nécessaire.

Al. 3 : La réduction maximale doit être calculée selon les dispositions réglementaires qui étaient déterminantes pour le calcul de la rente d'invalidité. En outre, le moment déterminant pour le calcul de la réduction est celui de l'introduction de la procédure de divorce. Cette méthode permet de déterminer la réduction maximale : l'institution de prévoyance peut également se fonder sur les bases actuelles si cela lui convient mieux, à condition qu'elle garantisse que la rente d'invalidité ne soit pas ainsi davantage réduite. Elle doit toutefois établir clairement dans son règlement les bases utilisées pour ce calcul.

Afin d'illustrer la procédure et les effets de différentes solutions réglementaires, la réduction maximale autorisée est calculée ci-après pour quatre situations.

Exemple 1 : Rente d'invalidité octroyée en vertu de la LPP

Lors du partage de la prévoyance, 50 000 francs de la prestation de sortie hypothétique sont attribués à l'autre conjoint. Au moment du transfert de ce montant, la rente d'invalidité annuelle se monte à 15 000 francs et le taux de conversion est de 6,8 %. Un avoir de vieillesse diminué de 50 000 francs génère, lors du calcul de la rente d'invalidité selon la LPP, une rente inférieure de 3400 francs (= 50 000 × 6,8 %) par an. Par conséquent, la rente d'invalidité annuelle peut être réduite au maximum de 3400 francs. Après la réduction, la rente d'invalidité versée en vertu de la LPP s'élève donc à 11 600 francs par an. Ce montant est adapté au renchérissement jusqu'à l'âge ordinaire de la retraite et versé à vie.

Cet exemple indique aussi comment tenir un compte témoin LPP après le partage de la prévoyance lorsque le conjoint débiteur perçoit une rente d'invalidité au moment de l'introduction de la procédure de divorce et qu'il n'a pas encore atteint l'âge réglementaire de la retraite. En vertu de l'art. 15a OPP 2, l'institution de prévoyance doit consigner la part de l'avoir de vieillesse LPP dans la prestation de sortie transférée lors du partage de la prévoyance. Cette part est convertie en un montant moyennant le taux de conversion qui était appliqué à la rente d'invalidité LPP avant le partage de la prévoyance, selon le compte témoin. La nouvelle rente d'invalidité LPP calculée d'après le compte témoin après le partage correspond par conséquent au montant de la rente d'invalidité LPP qui était octroyée avant le partage diminué de ce montant.

Exemple 2 : Rente d'invalidité temporaire calculée en pourcentage du salaire assuré

Dans cet exemple, la rente d'invalidité est calculée en pourcentage du salaire assuré, indépendamment de l'avoir de vieillesse. La rente d'invalidité est versée temporairement jusqu'à l'âge réglementaire de la retraite (65 ans), puis remplacée par une rente de vieillesse calculée sur la base de l'avoir de vieillesse.

Lors du partage de la prévoyance, 50 000 francs de la prestation de sortie hypothétique sont attribués à l'autre conjoint. Au moment du transfert de ce montant, la personne invalide a 50 ans. Comme l'avoir de vieillesse n'entre pas dans le calcul de la rente d'invalidité, cette dernière ne peut pas être réduite. La diminution de 50 000 francs de l'avoir de vieillesse aura en revanche un impact sur la future rente de vieillesse réglementaire : pour une rémunération annuelle moyenne de l'avoir de vieillesse de 1,75 % jusqu'à l'âge réglementaire de la retraite et pour un taux de conversion de 6,0 %, la rente de vieillesse annuelle sera réduite de 3892 francs ($= 50\,000 \times 1,0175^{15} \times 6\%$) par rapport à la rente qui aurait été versée sans partage de la prévoyance.

Exemple 3 : Rente d'invalidité temporaire en primauté des cotisations avec rémunération de l'avoir de vieillesse (projeté)

Comme dans la solution LPP, la rente d'invalidité est ici calculée sur la base de l'avoir de vieillesse projeté à l'âge réglementaire de la retraite, si ce n'est qu'un taux d'intérêt de 2 % par an est appliqué pour le calcul prospectif de l'avoir de vieillesse. La rente d'invalidité est versée temporairement jusqu'à l'âge réglementaire de la retraite (65 ans), puis remplacée par une rente de vieillesse calculée sur la base de l'avoir de vieillesse.

Lors du partage de la prévoyance, 50 000 francs de la prestation de sortie hypothétique sont attribués à l'autre conjoint. Au moment du transfert de ce montant, la personne invalide a 50 ans et le taux de conversion réglementaire est de 6,0 %. Un avoir de vieillesse diminué de 50 000 francs engendre, lors du calcul de la rente d'invalidité à l'âge de 50 ans, une rente inférieure de 4038 francs ($= 50\,000 \times 1,02^{15} \times 6\%$) par an. La rente d'invalidité annuelle peut par conséquent être réduite de 4038 francs au maximum. Le transfert a aussi un impact sur la future rente de vieillesse qui remplacera la rente d'invalidité : pour une rémunération annuelle moyenne de l'avoir de vieillesse de 1,75 % jusqu'à l'âge réglementaire de la retraite et pour un taux de conversion inchangé de 6,0 %, la rente de vieillesse annuelle sera réduite de 3892 francs ($= 50\,000 \times 1,0175^{15} \times 6\%$) par rapport à la rente qui aurait été versée sans partage de la prévoyance.

Exemple 4 : Rente d'invalidité en primauté des prestations

Dans cet exemple, la rente d'invalidité correspond à la rente de vieillesse assurée en primauté des prestations et elle est versée à vie.

Lors du partage de la prévoyance, 50 000 francs de la prestation de sortie hypothétique sont attribués à l'autre conjoint. Au moment du transfert de ce montant, la personne invalide a 50 ans et 4 mois. A cet âge, le facteur de valeur actuelle s'élève, selon le règlement, à 9,93. Un avoir de vieillesse diminué de 50 000 francs engendre, à l'âge de 50 ans et 4 mois, une rente de vieillesse assurée inférieure de 5035 francs ($= 50\,000 / 9,93$) par an. La rente d'invalidité annuelle peut par conséquent être réduite de 5035 francs au maximum. La rente d'invalidité étant versée à vie, aucun nouveau calcul n'est effectué à l'âge réglementaire de la retraite.

Comme le montrent ces exemples, les conséquences du partage de la prévoyance sur la rente d'invalidité en cours varient fortement en fonction du règlement de l'institution. L'alinéa 3 tient ainsi compte de manière optimale des différentes dispositions réglementaires. S'il n'en tenait pas compte, il pourrait arriver que le partage de la prévoyance engendre une lacune de financement qui devrait alors être comblée par les autres assurés. En outre, la procédure retenue garantit que le montant de la rente d'invalidité demeure identique, que le partage de la prévoyance ait été effectué juste avant ou juste après la survenance de l'invalidité.

Art. 20 Droit aux prestations de survivants en cas de divorce ou de dissolution judiciaire du partenariat enregistré
(art. 19, al. 3, et 19a LPP)

L'art. 20 OPP 2 fixe les conditions auxquelles une personne divorcée a droit aux prestations pour survivants de la prévoyance professionnelle au décès de son ex-conjoint ou de son ex-partenaire enregistré. Le mariage ou le partenariat enregistré doit avoir duré au moins dix ans. En outre, selon le

droit en vigueur, le conjoint divorcé doit avoir bénéficié, en vertu du jugement de divorce, d'une rente ou d'une indemnité en capital en lieu et place d'une rente viagère. L'idée est qu'une personne divorcée doit avoir droit aux prestations pour survivants de la prévoyance professionnelle uniquement lorsqu'il y a une perte de soutien (ATF 137 V 373), c'est-à-dire lorsque cette personne subit un désavantage financier suite au décès de son ex-conjoint. L'art. 20 doit être adapté en raison de la révision du partage de la prévoyance, qui rend nécessaires des formulations plus précises (voir ci-après le commentaire des al. 1, 2 et 3), ainsi que de l'évolution de la jurisprudence du Tribunal fédéral (al. 3 et 4).

Al. 1 et 2 : Si un conjoint a déjà atteint l'âge de la retraite au moment de l'introduction de la procédure de divorce et qu'il touche une rente de vieillesse ou d'invalidité de la prévoyance professionnelle, le nouveau droit prévoit que cette rente est partagée : le juge attribue une part de la rente à l'autre conjoint. L'institution de prévoyance verse directement au conjoint créancier ou transfère dans la prévoyance professionnelle de celui-ci la part de rente qui lui a été attribuée. Convertie en rente viagère en vertu de l'art. 124a, al. 3, ch. 1, CC en relation avec l'art. 19h OLP, cette part de rente attribuée ne s'éteint pas au décès de l'ex-conjoint, de sorte que ce décès n'entraîne pas de désavantage financier pour le conjoint survivant. Dans ce cas, celui-ci n'a pas droit à des prestations de survivants. Par contre, les conjoints divorcés qui ont obtenu lors du divorce une rente *qui ne correspond pas* à une part de rente au sens de l'art. 124a CC (ou à une indemnité au sens de l'art. 25b, al. 3, let. c, OPP 2) doivent avoir droit aux prestations de survivants conformément à l'art. 19, al. 3, LPP en relation avec l'art. 20 OPP 2. Les al. 1 et 2 précisent ainsi clairement les rentes susceptibles de donner droit à une prestation de survivants au décès du conjoint débiteur. Il s'agit, d'une part, d'une rente au sens de l'art. 124e, al. 1, CC, c'est-à-dire de l'indemnité équitable versée par le conjoint débiteur sous forme de rente lorsque l'exécution du partage au moyen de la prévoyance professionnelle s'avère impossible. D'autre part, une contribution d'entretien au sens de l'art. 125 CC peut aussi être remplacée par une rente de survivants de la prévoyance professionnelle. Comme à l'avenir le partage de la prévoyance pourra être effectué dans la plupart des cas même après la survenance d'un cas de prévoyance, les prestations de survivants en faveur de conjoints divorcés se feront de plus en plus rares. Elles devraient concerner principalement les cas où la personne décédée devait verser une contribution d'entretien temporaire à son ex-conjoint, par exemple pendant les années où celui-ci doit s'occuper d'enfants en bas âge.

Les conjoints divorcés qui obtiennent lors du divorce une indemnité en capital convertie en rente viagère n'auront pour leur part plus droit à des prestations de survivants. Aujourd'hui, les contributions d'entretien sont en règle générale limitées dans le temps. Cela n'aurait donc pas de sens de prévoir un règlement définitif entre les conjoints, sans versements réguliers, et d'obliger en même temps une institution de prévoyance à verser de nouvelles prestations après un décès, cela, serait diamétralement opposé au principe du « clean break ». L'indemnité en capital vise à régler la prétention à une rente au moyen d'un versement unique, de sorte que le décès de l'ex-conjoint n'entraîne ici aucun désavantage financier. Par ailleurs, si on la maintenait, l'ancienne réglementation serait aussi en contradiction avec l'al. 4 – qui prévoit que l'institution de prévoyance peut réduire ses prestations lorsqu'elles dépassent le montant des prétentions découlant du jugement de divorce –, puisque les prestations de survivants sont limitées à la perte de soutien concrète subie en raison du décès de l'assuré. Il s'agit là d'un principe général de la prévoyance professionnelle (voir art. 34a LPP en relation avec l'art. 24 OPP 2). Une disposition transitoire est prévue pour les indemnités en capital attribuées en vertu du droit actuel (cf. commentaire de celle-ci).

Al. 3 : En vertu de l'art. 20 OPP 2, une perte de soutien est requise pour avoir droit à des prestations de survivants. Il y a une perte de soutien aussi longtemps que l'ex-conjoint aurait versé la rente au sens de l'art. 124e, al. 1, ou 125 CC. Le Tribunal fédéral a retenu qu'une rente d'entretien limitée dans le temps donne aussi droit à des prestations de survivants (arrêt 9C_35/2011 du 6.9.2011). L'al. 3 précise les conditions d'octroi en se référant à cette jurisprudence. Ainsi, si une rente d'entretien a été octroyée pour une période déterminée, par exemple jusqu'à l'âge de la retraite, le droit aux prestations de survivants porte sur la même période. Si le conjoint débiteur est décédé après échéance de son obligation d'entretien, le conjoint créancier n'a pas droit à des prestations de survivants.

Al. 4 : La nouvelle formulation vise à préciser dans quelle mesure l'institution de prévoyance peut réduire ses prestations de survivants. Dans son arrêt B 6/99 du 11 juin 2001 (voir aussi [Bulletin de la prévoyance professionnelle](#) n° 1 du 24.10.1986, ch. 2), le Tribunal fédéral retient que la rente de vieillesse de l'AVS à laquelle l'épouse divorcée a droit à l'âge de la retraite ne peut pas être prise en compte pour déterminer la rente de veuve de la prévoyance professionnelle. Ne sont prises en compte que les prestations versées par d'autres assurances en corrélation avec le décès de l'époux divorcé. Par exemple, si la rente de survivants de l'AVS est plus élevée que la rente de vieillesse de l'AVS, l'institution de prévoyance peut réduire sa prestation de la différence entre ces deux rentes, mais pas déduire l'intégralité des prestations de l'AVS.

Exemple : Une femme divorcée qui n'a pas encore atteint l'âge de la retraite touche au décès de son ex-conjoint une rente de veuve de 1880 francs par mois. A l'âge de la retraite, sa rente de vieillesse AVS se monterait à 1511 francs par mois. En vertu de l'art. 24b LAVS, si une personne remplit simultanément les conditions d'octroi d'une rente de veuve et d'une rente de vieillesse, seule la rente la plus élevée est versée. La femme divorcée continue donc de percevoir à l'âge de la retraite sa rente de veuve de 1880 francs par mois. Dans son calcul de la surindemnisation, l'institution de prévoyance peut uniquement tenir compte de la différence entre la rente de veuve et la rente de vieillesse, soit 369 francs.

Art. 24, al. 2^{ter} Avantages injustifiés
(art. 34a LPP)

L'art. 24 vise à empêcher que le concours de prestations de plusieurs assurances sociales ne procure un avantage injustifié²³. Ce nouvel alinéa prévoit que la part de rente attribuée au conjoint créancier doit être prise en compte dans le calcul de la rente octroyée au conjoint débiteur pour déterminer s'il y a surindemnisation. Si tel n'était pas le cas, l'institution de prévoyance ne pourrait souvent pas procéder à une réduction pour surindemnisation ou elle devrait procéder à une réduction moins importante qu'en l'absence de divorce. En conséquence, les deux ex-conjoints toucheraient, en raison du divorce, régulièrement et de façon vraisemblablement durable davantage de prestations qu'en l'absence de divorce, ce qui irait clairement à l'encontre du mandat confié par le législateur au Conseil fédéral.

Exemple simplifié : Un conjoint touche une rente d'invalidité de l'AI et de l'assurance-accidents. En outre, il a en principe droit à une rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle de 18 000 francs par an. Cette rente est toutefois abaissée à 12 000 francs (réduction de 6000 francs) afin d'empêcher une surindemnisation. Au moment du divorce, les conjoints ont tous les deux atteint l'âge de la retraite. Le conjoint créancier se voit octroyer une part de rente de 4800 francs par an : celle-ci est convertie en rente viagère et lui est versée (voir art. 25b, al. 2). Lors du calcul de la surindemnisation pour le conjoint débiteur après le divorce, la part de rente attribuée à l'autre conjoint reste prise en compte, de sorte que le conjoint débiteur ne touche désormais plus que 7200 francs. Si l'institution de prévoyance ne pouvait plus tenir compte de la part de rente attribuée dans le calcul de la surindemnisation, elle devrait continuer à verser 12 000 francs au conjoint débiteur, en plus des 4800 francs attribués au conjoint créancier : au total, les deux personnes toucheraient ainsi davantage de prestations de l'institution de prévoyance (probablement sur la durée) que si elles n'avaient pas divorcé.

Art. 25a Partage de la prévoyance en cas de réduction de la rente d'invalidité avant l'âge réglementaire de la retraite
(art. 124, al. 3, CC, art. 34a LPP)

Lors du partage de la prévoyance, les prestations de sortie acquises pendant le mariage, jusqu'à l'introduction de la procédure de divorce, sont partagées (art. 123 CC). Si, au moment de l'introduction de la procédure de divorce, l'un des époux perçoit une rente d'invalidité et qu'il n'a pas encore atteint l'âge réglementaire de la retraite, le montant auquel il aurait droit en vertu de l'art. 2, al. 1^{er}, LFLP en

²³ Il est prévu que l'art. 24 OPP 2 soit également modifié dans le cadre de la mise en œuvre de la révision de la loi sur l'assurance-accidents adoptée le 25.9.2014. Ces dispositions font actuellement l'objet d'une procédure d'audition ; voir le [communiqué de presse](#) du DFI du 21.3.2016 (*L'application du droit de l'assurance-accidents sera précisée et simplifiée*).

cas de suppression de sa rente est considéré comme prestation de sortie et peut en principe être partagé en tant que telle. Si la personne invalide dispose encore d'une prestation de sortie pour la part active de sa prévoyance²⁴, les montants à verser seront généralement pris sur celle-ci. Mais si tel n'est pas le cas ou que cette prestation de sortie ne suffit pas, il faudra puiser dans la prestation de sortie hypothétique, avec toutes les conséquences que cela implique (voir spécificités relevées dans le message, FF 2013 4362 s.). Des difficultés se posent notamment lorsque la rente d'invalidité a été réduite pour éviter des avantages injustifiés.

Si la prestation de sortie hypothétique était partagée sans tenir compte de la réduction pour cause de surindemnisation, l'assuré et son ex-conjoint pourraient toucher davantage de prestations de la prévoyance professionnelle en raison de leur divorce. C'est pour éviter une telle situation que le Conseil fédéral a la compétence de déterminer quels sont les cas dans lesquels la prestation de sortie hypothétique ne peut pas être utilisée pour le partage (art. 124, al. 3, CC).

Si une situation de surindemnisation est présumée durable, la prestation de sortie hypothétique ne peut pas être utilisée pour le partage de la prévoyance. En revanche, si la réduction pour surindemnisation n'est que temporaire, la prestation de sortie hypothétique peut être utilisée pour le partage de la prévoyance, même si les ex-conjoints touchent pendant un certain temps des prestations globalement plus élevées qu'en l'absence de divorce.

Al. 1 : La prestation de sortie hypothétique ne peut pas être utilisée pour le partage de la prévoyance lorsque l'institution a procédé à une réduction pour surindemnisation en raison du concours d'une rente d'invalidité de l'assurance-accidents ou de l'assurance militaire. Le juge peut demander des informations à l'institution de prévoyance pour savoir si l'on est en présence d'un tel cas (art. 19k, let. g, OLP). Les rentes d'invalidité de l'assurance-accidents et de l'assurance militaire suisses sont versées à vie (pour peu que la personne reste invalide) et restent inchangées après l'âge de la retraite. Par conséquent, en cas de surindemnisation en raison du concours d'une rente d'invalidité de l'assurance-accidents ou de l'assurance militaire, la situation de surindemnisation se poursuivra en général pendant toute la durée du droit à la rente²⁵.

Al. 2 : Cette disposition concerne le cas où des rentes pour enfant sont octroyées en plus de la rente d'invalidité de l'assurance-accidents ou de l'assurance militaire. Les rentes pour enfant sont typiquement des prestations limitées dans le temps, qui n'entraînent donc pas une surindemnisation durable. Par conséquent, lorsque le droit aux rentes pour enfant s'éteint, la situation de surindemnisation est susceptible de disparaître également. C'est pourquoi la prestation de sortie hypothétique peut, en dérogation à l'al. 1, être utilisée pour le partage de la prévoyance si la limite de surindemnisation ne serait pas atteinte en l'absence de rentes pour enfant ; autrement dit, il faut que le concours des rentes principales des 1^{er} et 2^e piliers et de l'assurance-accidents ou de l'assurance militaire, voire d'un éventuel revenu professionnel ne crée pas de surindemnisation.

Dans tous les cas où ce ne sont pas des prestations de l'assurance-accidents ou de l'assurance militaire qui sont à l'origine d'une surindemnisation, la prestation de sortie hypothétique peut être utilisée pour le partage de la prévoyance. C'est par *exemple* le cas lorsque la perception de rentes pour enfant entraînerait à elle seule une surindemnisation. D'autres cas sont envisageables, comme une surindemnisation liée à la réalisation d'un revenu professionnel ou à la perception de prestations d'assurances sociales étrangères. Ces cas ne sont pas pris en compte dans la réglementation proposée, car ils sont très rares et il serait très difficile pour les juges d'apprécier s'il s'agit de situations de surindemnisation durables ou non. Une solution différenciée poserait des problèmes d'application.

²⁴ En cas d'invalidité partielle, par exemple.

²⁵ La révision de la loi sur l'assurance-accidents du 25.9.2015 prévoit qu'à l'avenir, une partie des rentes de cette assurance subiront une certaine réduction lorsque l'assuré atteindra l'âge de la retraite, pour prévenir toute surindemnisation supplémentaire. Mais les rentes d'invalidité de l'assurance-accidents continueront à assurer le revenu des retraités et seront ainsi versées sous forme de rente viagère. C'est pourquoi on peut s'attendre à ce que la révision de la loi sur l'assurance-accidents ne supprime pas tout risque de surindemnisation.

Si la *prestation* de sortie hypothétique ne peut pas être utilisée pour le partage en vertu du présent article, l'art. 124e, al. 1, CC s'applique et une indemnité équitable doit être accordée.

Art. 25b Partage de la prévoyance en cas de réduction de la rente d'invalidité après l'âge réglementaire de la retraite

(art. 124a, al. 3, ch. 2, et 124c CC et art. 34a LPP)

La problématique évoquée dans le commentaire de l'art. 25a se présente aussi lorsque la rente d'invalidité d'un conjoint est partagée alors que celui-ci a déjà atteint l'âge réglementaire de la retraite. Mais alors la situation n'est pas exactement la même : d'une part, en vertu de l'art. 124a CC, c'est une rente qui est *partagée* après l'âge de la retraite, et non une prestation de sortie ; d'autre part, la situation est plus stable sur le plan de la surindemnisation et il est bien plus rare que l'institution de prévoyance doive procéder à des ajustements. Le taux d'invalidité est définitif, plus aucune nouvelle rente d'invalidité ne risque d'être octroyée par une autre assurance et il est passablement rare qu'il y ait encore surindemnisation en raison du revenu d'une activité lucrative. En principe, si des adaptations du calcul de la surindemnisation sont nécessaires, c'est uniquement en cas de suppression ou de naissance d'une rente pour enfant.

Dans la droite ligne des principes sous-tendant le projet de loi, le Conseil fédéral estime, pour les cas où une rente d'invalidité est réduite après l'âge de la retraite pour cause de surindemnisation, que le partage de la prévoyance doit être exécuté aussi souvent que possible au moyen des avoirs de la prévoyance professionnelle. Une indemnité équitable ne doit être octroyée qu'à titre exceptionnel.

Al. 1 : Le juge commence par déterminer la part de rente qui doit être attribuée au conjoint de l'assuré. Il s'appuie pour ce calcul sur le montant de la rente non réduite et procède à la compensation, le cas échéant (art. 124c CC).

Si le conjoint qui perçoit une rente d'invalidité réduite est débiteur, la part de rente attribuée est comparée au montant de la rente d'invalidité réduite. Selon le résultat, l'al. 2 ou 3 s'applique.

Al. 2 : Cette disposition s'applique lorsque la rente d'invalidité versée au conjoint débiteur après réduction pour cause de surindemnisation est au moins aussi élevée que la part de rente attribuée au conjoint créancier. Dans cette situation, cette dernière est convertie en rente viagère en vertu de l'art. 124a, al. 2, CC et versée au conjoint créancier ou transférée dans sa prévoyance professionnelle. Le partage de la prévoyance est ainsi définitivement réglé pour toutes les parties concernées.

Al. 3 : Cette disposition concerne le cas où la rente d'invalidité versée au conjoint débiteur après réduction pour cause de surindemnisation ne suffit pas pour couvrir la part de rente attribuée au conjoint créancier. Dans ce cas, la rente perçue par le conjoint débiteur est convertie en rente viagère et versée au conjoint créancier ou transférée dans sa prévoyance professionnelle (let. a). C'est uniquement au décès du conjoint débiteur ou si la prestation versée est suffisante pour couvrir le total des prétentions du conjoint créancier au titre du partage de la prévoyance que le versement est adapté (let. b). Jusqu'à ce moment-là, il n'est pas approprié d'adapter la partie de la rente à transférer à chaque modification du calcul de surindemnisation. Le conjoint débiteur est redevable d'une indemnité équitable au sens de l'art. 124e, al. 1, CC pour la partie de la rente attribuée au conjoint créancier qui n'a pas pu être versée à ce dernier en raison d'une réduction pour surindemnisation (cf. message FF 2013 4374 s.). Comme cette indemnité équitable doit être versée tant que vit le conjoint débiteur, elle ne donne pas lieu à une rente de survivants au décès de celui-ci (cf. art. 20, al. 3).

Al. 4 : Si les prétentions réciproques des époux portent sur des parts de rente, elles sont compensées entre elles lors du partage de la prévoyance (art. 124c, al. 1, CC), et seule la différence est déterminante pour les étapes prévues aux al. 2 et 3, puisque c'est elle qui est attribuée au conjoint créancier.

Art. 27i, al. 1, let. a Obligation de conserver les pièces
(art. 41, al. 8, LPP)

L'art. 27i, al. 1, let. a, est complété afin de préciser explicitement que l'obligation de conserver les pièces s'étend aussi à l'indication relative à l'avoire obligatoire. Cette information sera ainsi *encore* disponible pendant dix ans à compter du transfert de la prestation de sortie (voir art. 27j, al. 3).

Disposition transitoire de la modification du ...

Une personne divorcée qui a bénéficié d'une indemnité équitable sous forme de rente en vertu de l'ancien art. 124 CC aura droit à des prestations de survivants au décès de son ex-conjoint aux conditions fixées à l'actuel art. 20 si elle n'a pas fait convertir cette rente en vertu de l'art. 7e tit. fin. CC.

A l'heure actuelle, les conjoints divorcés qui ont bénéficié, en vertu du jugement de divorce, d'une indemnité en capital en lieu et place d'une rente viagère ont également droit à des prestations de survivants. Comme cette indemnité a été calculée sans régler la prétention à une rente de veuve ou de veuf, les personnes concernées conserveront le droit à des prestations de survivants indépendamment de l'entrée en vigueur du nouveau droit.

2 Commentaire des modifications de l'OLP

Préambule

Le préambule doit renvoyer aux art. 124, al. 3, et 124a, al. 3, CC, qui donnent au Conseil fédéral la compétence d'édicter des dispositions d'exécution relatives au partage de la prévoyance.

Art. 2 Consignation et communication de la prestation de sortie

Al. 1 : Les adaptations apportées ne sont pas des modifications matérielles. L'article doit mentionner expressément les institutions de libre passage. En outre, l'indication de la date du 1^{er} janvier 1995 est supprimée, car elle n'a plus de raison d'être : tous les assurés qui avaient 50 ans et plus au moment de l'entrée en vigueur de l'OLP ont depuis passé l'âge réglementaire de la retraite, et même l'âge limite d'ajournement de la prestation de vieillesse. A l'heure actuelle, ces assurés n'ont donc plus de prestation de sortie.

Al. 2 : La disposition, qui prévoit une obligation désormais inutile, est légèrement reformulée : le montant de la première prestation de sortie communiqué ou échu après le 1^{er} janvier 1995 ne devra plus être déterminé pour tous les assurés, mais uniquement pour ceux qui se sont mariés avant l'entrée en vigueur de l'OLP (1^{er} janvier 1995).

Al. 3 : Cette règle garantit que les informations visées aux al. 1 et 2 ne soient pas perdues en cas de changement d'institution de prévoyance ou de libre passage. Comme l'art. 15a, al. 2, OPP 2, elle prévoit l'obligation, pour la nouvelle institution, de demander les informations manquantes à l'institution qui lui a transféré la prestation de sortie.

Art. 16, al. 3 Paiement des prestations de vieillesse

L'art. 37a LPP, en relation avec l'art. 49, al. 2, ch. 5a, LPP, prévoit que le consentement écrit du conjoint ou du partenaire enregistré doit être recueilli avant tout versement de prestation en capital par une institution de prévoyance. Auparavant, la loi requérait le consentement du conjoint uniquement pour les versements anticipés pour la propriété du logement (art. 30c, al. 5, LPP), pour le paiement en espèces de la prestation de sortie (art. 5, al. 2, LFLP), ainsi que pour le versement en capital de la part obligatoire de la prestation de vieillesse (art. 37, al. 5, LPP). La Conseil fédéral avait annoncé dans son message (FF 2013 4390) son intention d'étendre l'obligation de recueillir le consentement du conjoint aux prestations en capital versées par des institutions de libre passage.

Art. 19a^{bis}, titre et al. 1 et 4 Registre des personnes annoncées

Al. 1 : Conformément à l'art. 24a LFLP, le registre central tenu par la Centrale du 2^e pilier doit recenser tous les avoirs de prévoyance, et pas uniquement les avoirs oubliés, les avoirs pour lesquels le contact

a été rompu et les données transmises par les institutions en vertu de l'ancien art. 24b, al. 3, LFLP. Les institutions ne doivent pas seulement communiquer les avoirs de prévoyance des assurés, mais tous les avoirs de prévoyance qui se trouvent dans l'institution de prévoyance, c'est-à-dire aussi ceux appartenant aux personnes qui ont quitté l'institution, mais dont les avoirs n'ont pas encore été transférés à une nouvelle institution de prévoyance ou de libre passage (cf. art. 4, al. 2, LFLP). Tous les avoirs de prévoyance se trouvant dans l'institution de prévoyance durant le mois de décembre de l'année précédente doivent être communiqués, y compris ceux transférés à une autre institution ou reçus d'une autre institution dans le courant du mois de décembre. Le capital de couverture des rentes en cours et les prestations de sortie hypothétiques en lien avec les rentes d'invalidité ne doivent pas figurer dans le registre, car il ne s'agit pas d'avoirs pour lesquels les ayants droit doivent être déclarés en vertu de l'art. 24a LFLP. Le montant de l'avoir et la date depuis laquelle l'avoir se trouve dans l'institution de prévoyance ne doivent pas non plus être communiqués.

Les informations à transmettre correspondent dans une large mesure à celles qui doivent déjà être fournies en vertu du droit en vigueur (cf. [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 45](#)) : la Centrale du 2^e pilier met à disposition un portail informatique avec une base structurée où inscrire les données (fichier Excel²⁶). En vertu de l'art. 24d LFLP, il faut saisir dans ce fichier le nom et le prénom de l'assuré, son numéro AVS, sa date de naissance et le nom de l'institution. Chaque institution de prévoyance ou de libre passage reçoit les données pour accéder au portail et procède elle-même aux annonces pour l'année.

Al. 4 : Le registre devra également mentionner si l'institution est toujours en contact avec les assurés dont elle a communiqué l'avoir de prévoyance (cf. commentaire de l'art. 19c, al. 2 et 3).

Art. 19c Avoirs de prévoyance oubliés et avoirs de prévoyance pour lesquels le contact a été rompu

Al. 1 : La Centrale du 2^e pilier est l'organisme de liaison entre les institutions de prévoyance ou de libre passage et les assurés. En vertu de l'art. 24d LFLP, elle aide à rétablir les contacts interrompus entre les assurés et les institutions de prévoyance ou de libre passage. Dans ce but, elle annonce les avoirs oubliés à la Centrale de compensation de l'AVS afin d'obtenir les données permettant l'identification et la localisation des ayants droit, conformément à l'art. 24d, al. 2, LFLP. L'ancien art. 24a LFLP définissait la notion d'« avoirs oubliés ». Cette définition ne figure plus à l'art. 24a LFLP, mais est introduite à l'al. 1 du présent article. Les avoirs oubliés sont les avoirs auxquels ont droit les personnes qui ont atteint l'âge de la retraite, mais pour lesquels aucun droit n'a encore été exercé.

Al. 2 et 3 : Si l'institution de prévoyance ou de libre passage n'a plus aucun moyen d'entrer en contact avec une personne pour laquelle elle gère un avoir de prévoyance, par exemple parce qu'elle ne connaît pas son lieu de domicile ou de résidence, elle doit en informer la Centrale du 2^e pilier lors de la communication annuelle des avoirs de prévoyance. Cela permettra de réduire les frais de la Centrale du 2^e pilier liés à la recherche des ayants droit.

Art. 19d Information des assurés et des bénéficiaires

Al. 1 : Cet alinéa est adapté aux nouvelles dispositions légales relatives à l'obligation de renseigner de la Centrale du 2^e pilier à l'égard des assurés : celle-ci doit indiquer aux assurés qui le demandent quelles sont les institutions qui ont communiqué la gestion d'un avoir à leur nom.

Al. 2 : La même obligation de renseigner vaut à l'égard du juge pendant la procédure de divorce.

Art. 19f Financement

Cette adaptation est d'ordre rédactionnel. L'art. 12a de l'ordonnance du 22 juin 1998 sur le « fonds de garantie LPP »²⁷ a été introduit dans le cadre de la 1^e révision de la LPP, mais le renvoi n'a pas été

²⁶ Avenant de juillet 2016: les données sont transmises en format CSV au lieu d'Excel.

²⁷ RS 831.432.1

adapté à l'art. 19f, al. 1, OLP. La révision des dispositions relatives au fonds de garantie LPP donne l'occasion de corriger ce renvoi.

Art. 19g Calcul de la prestation de sortie lorsque le cas de prévoyance vieillesse survient pendant la procédure de divorce

(art. 22a, al. 4, LFLP)

En vertu de l'art. 22a, al. 4, LFLP, le Conseil fédéral règle les modalités de calcul de la prestation de sortie à partager pour les rentes d'invalidité en cours et pour les situations dans lesquelles le cas de prévoyance vieillesse survient entre l'introduction de la procédure de divorce et l'entrée en force du jugement sur le partage de la prévoyance professionnelle. Le Conseil fédéral fait usage de cette compétence à l'art. 19g. L'article définit également les réductions maximales autorisées. Il est potestatif. Les institutions de prévoyance peuvent ainsi décider de ne pas procéder à une réduction 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'assurés. Elles peuvent par exemple prévoir des réductions uniquement pour les longues procédures de divorce, où les rentes versées pendant de nombreux mois s'appuient sur l'avoir non partagé. Il faut simplement que les règles appliquées pour la réduction figurent dans le règlement et qu'elles respectent les conditions fixées dans la présente disposition.

Al. 1 : La réglementation repose sur le raisonnement suivant : si, au moment de l'introduction d'une procédure de divorce, le conjoint ne touche pas encore de rente du 2^e pilier, les prestations de sortie acquises durant le mariage et jusqu'à l'introduction de la procédure de divorce sont partagées conformément à l'art. 123 CC. Si le conjoint atteint l'âge de la retraite pendant la procédure de divorce, il perçoit une rente de vieillesse. Cette rente est calculée sur la base de l'avoir de vieillesse avant partage, car le transfert de fonds n'a pas encore été effectué. Si, suite au jugement, une partie de cet avoir doit être transféré à l'autre conjoint ou à son institution de prévoyance ou de libre passage, la rente de vieillesse calculée initialement s'avérera trop élevée. Pour l'avenir, l'institution de prévoyance peut la réduire en fonction du nouvel avoir résultant du partage. Cependant, elle aura versé une rente trop élevée entre le début du versement de la rente de vieillesse et l'entrée en force du jugement de divorce. Pour récupérer ce montant octroyé en trop, elle peut réduire le montant de la prestation de sortie à transférer et amputer la rente de vieillesse d'un montant supplémentaire.

L'exemple suivant illustre cette réglementation : au moment de l'introduction de la procédure de divorce, les deux conjoints exercent une activité professionnelle. L'époux a 64 ans et 6 mois et son avoir de prévoyance se monte à 570 000 francs. Six mois plus tard, il atteint l'âge réglementaire de la retraite et son avoir de prévoyance s'élève à 600 000 francs. Il perçoit alors une rente de vieillesse de 36 000 francs par an (taux de conversion réglementaire de 6 %). La procédure de divorce dure trois ans jusqu'à l'entrée en force du jugement²⁸. Le juge décide que l'institution de prévoyance de l'époux doit transférer 200 000 francs à l'épouse ou à son institution de prévoyance ou de libre passage. Cela signifie que la rente de vieillesse de l'époux sera réduite à l'avenir de 12 000 francs par année (200 000 x 6 %). Durant les deux ans et demi qui se sont écoulés entre le début de la perception de la rente et la fin de la procédure de divorce, l'institution de prévoyance a donc versé 12 000 francs de trop par an, soit 30 000 francs en tout (12 000 x 2,5). Ces 30 000 francs sont assumés par moitié par les conjoints : l'épouse reçoit 185 000 francs au lieu de 200 000, et la rente de l'époux est réduite d'un montant supplémentaire. Dans notre exemple, cette réduction actuarielle supplémentaire se monte à 952 francs (15 000 x 6,345 %²⁹). Après le partage de la prévoyance, la rente de vieillesse de l'époux est donc de 23 048 francs (= 36 000 - 12 000 - 952).

²⁸ Pour la période allant jusqu'à la fin de la procédure, le juge décide du montant des contributions d'entretien que l'époux doit verser à son épouse (cf. art. 276 CPC).

²⁹ Au moment du calcul de la réduction, l'époux a 67 ans et 6 mois. En vertu des bases actuarielles de l'institution, le taux de conversion à cet âge est de 6,345 %. Afin de récupérer 15 000 francs sur sa rente, les prestations futures doivent être réduites de 952 francs par année.

Al. 2 : La même problématique se présente lorsque le conjoint débiteur perçoit une rente d'invalidité et qu'il atteint l'âge réglementaire de la retraite pendant la procédure de divorce. C'est pourquoi la formulation de l'al. 2 est analogue à celle de l'al. 1. La seule différence est que la période déterminante pour le calcul est celle entre la date où l'assuré atteint l'âge ordinaire réglementaire de la retraite et la date d'entrée en force du jugement de divorce (alors qu'à l'al. 1, c'est le début effectif du versement de la rente de vieillesse qui est déterminant).

Art. 19h Conversion de la part de rente attribuée au conjoint créancier en rente viagère
(art. 124a, al. 3, ch. 1, CC)

Al. 1 : L'institution de prévoyance débitrice effectue la conversion en rente viagère de la part de rente attribuée au conjoint créancier. Pour ce faire, elle utilise la formule fixée dans l'annexe et les bases actuarielles uniformes qui y sont définies. Aucune autre formule de conversion n'est admise, l'utilisation de bases techniques propres étant tout particulièrement exclue. L'Office fédéral des assurances sociales mettra à disposition sur son site Internet un programme permettant d'effectuer la conversion selon la formule en annexe et les normes en vigueur. Grâce à cet outil, les collaborateurs des institutions de prévoyance pourront effectuer eux-mêmes la conversion sans devoir recourir aux services d'un expert en caisses de pension. Les institutions de prévoyance n'auront en particulier pas besoin d'appliquer elles-mêmes les bases techniques LPP 2015. L'outil réduit ainsi au maximum le travail et les charges occasionnés aux institutions de prévoyance par la conversion (voir commentaire de l'annexe).

Al. 2 : Le résultat de la conversion dépend notamment du moment auquel elle est effectuée. D'une part, les bases techniques utilisées peuvent subir des modifications (notamment les tables de mortalité et le taux d'intérêt technique) et, d'autre part, la conversion dépend de l'âge des conjoints. C'est pourquoi il est important de déterminer clairement le moment de la conversion. L'entrée en force du jugement de divorce représente le moment idéal, car c'est à cette date que commence à courir la rente viagère que l'institution de prévoyance débitrice doit verser au conjoint créancier.

Art. 19i Partage de la prévoyance en cas d'ajournement de la rente de vieillesse
(art. 124a, al. 3, ch. 2, CC)

Si l'assuré a atteint l'âge réglementaire de la retraite, il n'existe, à strictement parler, plus de prestation de sortie, puisque la prestation de vieillesse est due dès que les rapports de travail prennent fin, et ce même si l'assuré ajourne la perception de sa rente et maintient sa prévoyance. Cependant, tant que les avoirs de prévoyance sont détenus par l'institution de prévoyance et qu'ils n'ont pas encore été versés sous forme de capital ou convertis en rente, le partage des avoirs ne pose aucun problème. Cette disposition correspond à la pratique actuelle et à la jurisprudence du Tribunal fédéral, selon lesquelles les avoirs de vieillesse doivent être partagés tant que des prestations de vieillesse ne sont pas effectivement versées (cf. [Bulletin de la prévoyance professionnelle n°121](#), ch. 775, p. 4, et [arrêt du Tribunal fédéral B 19/05 du 28.6.2005](#)). La disposition proposée règle uniquement le partage en cas d'ajournement de la rente de vieillesse. Elle n'a aucun impact sur la possibilité d'ajournement : celle-ci reste régie par les dispositions légales correspondantes en vigueur.

Art. 19j Modalités de transfert d'une part de rente à une institution de prévoyance ou de libre passage
(art. 22c, al. 3, LFLP)

Si, en vertu de l'art. 124a CC, le partage de la prévoyance débouche sur l'attribution d'une part de rente au conjoint créancier, mais que ce dernier ne remplit pas encore les conditions pour toucher directement la rente (cf. art. 22e LFLP), la part de rente est transférée à son institution de prévoyance ou de libre passage. L'institution de prévoyance du conjoint débiteur et le conjoint créancier peuvent s'accorder sur un transfert sous forme de capital (cf. art. 22c, al. 3, 2^e phrase, LFLP). Pour les cas où aucun accord n'est trouvé, la loi donne au Conseil fédéral la compétence de régler les modalités du transfert de la part de rente, compétence dont il fait usage à l'art. 19j.

Al. 1 : Le transfert de la rente viagère est effectué annuellement, au plus tard le 15 décembre de l'année civile concernée. Cette solution tient compte des intérêts de l'institution de prévoyance ou de libre passage et de ceux du conjoint créancier : d'une part, le versement annuel réduit la charge administrative pour les institutions concernées ; d'autre part, un versement annuel est acceptable pour le conjoint créancier, qui ne peut de toute façon pas disposer de l'argent, à condition qu'il touche des intérêts (cf. al. 5). Les institutions concernées sont libres de s'accorder sur des versements plus fréquents, à condition que le conjoint créancier ait à la fin de l'année un avoir du même montant dans son institution de prévoyance ou de libre passage.

Al. 2 : Dans certaines situations, l'ordonnance prévoit un transfert en cours d'année. C'est le cas lorsque le conjoint créancier demande que le versement lui soit directement adressé parce qu'il perçoit une rente d'invalidité entière ou qu'il a atteint l'âge minimal de la retraite anticipée. C'est également le cas s'il a atteint l'âge réglementaire de la retraite ou s'il décède et, enfin, si un autre cas de prévoyance survient, autrement dit s'il a droit à des prestations de la part de son institution de prévoyance. Dans ces situations, l'institution débitrice ne doit pas attendre la fin de l'année pour procéder au transfert. La part de rente due jusqu'au moment de l'événement doit être transférée en cours d'année à l'institution de prévoyance du conjoint créancier. Ainsi, cette dernière pourra en tenir compte immédiatement pour le calcul d'éventuelles prestations de vieillesse ou de risque. Si le transfert n'était effectué qu'en fin d'année, elle devrait adapter les prestations à titre rétroactif. Exemple : à la suite de son divorce, une femme s'est vu octroyer une part de rente (après conversion) de 1500 francs par mois, qui est toujours transférée à son institution de prévoyance à la mi-décembre. A partir de juillet, elle touche une rente de vieillesse. Si les 9000 francs (intérêts compris) qui lui sont dus jusqu'en juillet sont transférés à son institution de prévoyance, cette dernière pourra tout de suite en tenir compte pour le calcul de la rente de vieillesse. Mais si le montant n'est transféré qu'en décembre, l'institution devra recalculer la rente de vieillesse.

Al. 3 : Pour que les transferts fonctionnent correctement, les institutions concernées doivent disposer des informations nécessaires. Le conjoint créancier est le premier intéressé par le transfert, c'est pourquoi le devoir d'information lui revient.

Al. 4 : Si l'institution de prévoyance du conjoint débiteur n'est pas en possession des indications nécessaires, elle ne peut pas transférer les prestations. Si un conjoint créancier omet d'informer l'institution de prévoyance ou de libre passage, l'art. 4, al. 2, LFLP s'applique par analogie : l'institution de prévoyance du conjoint débiteur transfère la part de rente due à l'institution supplétive LPP.

Al. 5 : Les parts de rente qui ne doivent être transférées qu'à la fin de l'année sont placées par l'institution de prévoyance débitrice jusqu'au moment du transfert. Il est donc justifié de verser un intérêt sur ces parts de rente. Le taux d'intérêt déterminant correspond à la moitié de l'intérêt crédité à l'avoir de l'assuré conformément aux dispositions réglementaires ou à la moitié du taux fixé par les dispositions réglementaires.

Art. 19k Informations

(art. 24, al. 4, LFLP)

Pour le partage de la prévoyance, les tribunaux du divorce et, le cas échéant, ceux des assurances sociales ont besoin d'un certain nombre d'informations relatives à la prévoyance professionnelle des époux. L'art. 24, al. 3, LFLP dispose que le juge peut demander des renseignements à l'institution de prévoyance professionnelle sur le montant des avoirs déterminants pour le calcul de la prestation de sortie à partager ainsi que sur la part de l'avoir de vieillesse LPP. Le présent article énumère les informations que l'institution est tenue de fournir en vertu de l'art. 24, al. 4, LFLP.

Let. a : Les versements anticipés pour la propriété du logement font partie de la prestation de sortie à partager (art. 123, al. 1, CC).

Let. b : Afin que la perte d'intérêts subie en cas de versement anticipé pour la propriété du logement puisse être répartie proportionnellement entre l'avoir de prévoyance acquis avant le mariage et l'avoir

constitué durant le mariage jusqu'au moment du versement (art. 22a, al. 3, LFLP), le juge chargé de prononcer le partage doit connaître le montant de la prestation de sortie au moment d'une éventuelle perception anticipée. L'institution de prévoyance doit consigner le montant de la prestation de libre passage au moment du versement anticipé en vertu de l'art. 11a OEPL, et communiquer le montant du versement anticipé proprement dit en vertu de l'art. 24, al. 3, let. a, LFLP.

Let. c : Le juge doit savoir si la prestation de sortie ou de prévoyance a été mise en gage. Si la prestation de sortie accumulée durant le mariage est entièrement ou partiellement mise en gage, elle ne peut être utilisée pour le partage qu'avec le consentement écrit du créancier gagiste (art. 9, al. 1, let. c, OEPL). Sans ce consentement, la prestation de sortie ne peut pas être utilisée pour le partage, raison pour laquelle une indemnité équitable doit être accordée conformément à l'art. 124e, al. 1, CC.

Let. d : Lorsque l'un des conjoints a déjà atteint l'âge de la retraite alors que l'autre est encore actif, il est impératif de prêter une attention toute particulière aux besoins de prévoyance de chacun des époux (cf. message, FF 2013 4365). Pour pouvoir estimer ces besoins, il peut être utile que le juge connaisse le montant de la rente présumée de la personne active. C'est notamment le cas lorsque le conjoint encore en activité est proche de l'âge de la retraite. Si l'âge de la retraite est encore loin, il n'est guère possible d'établir des prévisions fiables sur la rente de vieillesse présumée.

Let. e : Si un conjoint a perçu des prestations sous forme de capital plutôt que de rente, celles-ci ne pourront plus être partagées conformément aux art. 123 à 124a CC. Les montants versés sous forme de capital seront pris en compte lors de la liquidation du régime matrimonial. Pour le partage de la prévoyance, ce cas relève de l'art. 124e, al. 1, CC, qui prévoit qu'une indemnité équitable est accordée. C'est la raison pour laquelle le juge a besoin d'informations sur les prestations versées sous forme de capital pour rendre sa décision quant au partage de la prévoyance.

Let. f : Le juge doit connaître le montant des rentes puisque, en vertu de la LFLP, celles-ci doivent être partagées lorsqu'un conjoint a déjà atteint l'âge de la retraite au moment de l'introduction de la procédure de divorce.

Let. g : Lorsqu'une rente est réduite pour cause de surindemnisation, le partage de la prévoyance est soumis à des dispositions spéciales. Pour que le juge puisse appliquer les dispositions prévues à cet effet aux art. 25a et 25b OPP 2, il doit savoir si une rente a été réduite et, le cas échéant, connaître le montant de la rente sans réduction. Il doit également savoir si cette rente a été réduite en raison du concours d'une rente d'invalidité de l'assurance-accidents ou de l'assurance militaire.

Let. h : Si un assuré perçoit une rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle et qu'il n'a pas encore atteint l'âge de la *retraite*, le montant auquel il aurait droit en cas de suppression de sa rente d'invalidité est considéré comme prestation de sortie lors du partage de la prévoyance. Pour que le juge puisse procéder au partage de la prévoyance, il doit connaître le montant de cette prestation de sortie hypothétique.

Let. i : Le juge peut renoncer à partager la prestation de sortie par moitié, notamment en fonction des besoins de prévoyance des deux époux. Pour apprécier ces besoins, il peut s'avérer utile de connaître le montant présumé de la réduction de la rente d'invalidité.

Let. j : Cette *disposition* garantit que le juge puisse aussi exiger des informations qui ne sont pas mentionnées explicitement aux autres lettres lorsqu'il en a besoin pour mener à bien une procédure de divorce.

Annexe (art. 19h) Conversion de la part de rente en rente viagère

Pour des raisons de transparence, la formule de conversion est présentée en détail dans l'annexe à l'art. 19h. Celle-ci précise également que la conversion est effectuée d'après les bases techniques

LPP 2015 et en référence aux tables de génération sans renforcement³⁰. Par ailleurs, les expectatives de rente du conjoint débiteur sont calculées selon la méthode collective, conformément à la pratique usuelle des institutions de prévoyance. Avec cette méthode, les provisions pour la rente de conjoint sont calculées à l'aide de valeurs statistiques qui ne tiennent pas compte de la situation individuelle de l'assuré, à savoir son état civil et l'âge de son conjoint, le cas échéant.

En pratique, la conversion ne sera toutefois pas effectuée directement avec la formule indiquée dans l'annexe à l'art. 19h, mais au moyen du programme de conversion fourni par l'Office fédéral des assurances sociales. Cet outil sera facile à utiliser, car il suffira d'y saisir quelques données connues comme l'âge des conjoints ou le montant de la part de rente attribuée au conjoint créancier. Pour éviter toute divergence, le montant obtenu avec ce programme sera déterminant.

Les exemples qui suivent illustrent les effets de la conversion tant pour les conjoints que pour l'institution de prévoyance concernée. Ils montrent en particulier que les conséquences financières de la conversion au moyen de bases techniques uniformes qui peuvent différer des bases propres à la caisse sont minimales pour l'institution de prévoyance³¹. Dans tous les exemples ci-après, l'homme est le conjoint débiteur et il a 70 ans au moment de la conversion. Sa rente de vieillesse annuelle de la prévoyance professionnelle se monte à 48 000 francs et la rente expectative réglementaire de conjoint s'élève à 60 % de la rente de vieillesse en cours. Un montant annuel de 10 000 francs est attribué à l'épouse au titre du partage de la prévoyance. Les calculs sont effectués pour une femme de 60 ans et pour une femme de 80 ans. Comme l'épouse est créancière de la prestation, le partage de la prévoyance n'a pas d'impact sur le montant de la rente versée par sa propre institution de prévoyance. Les exemples tiennent donc compte uniquement des prestations de l'institution de prévoyance (IP) de l'époux.

Exemple 1: Taux d'intérêt technique de l'IP identique au taux appliqué pour la conversion = 3,0 %

	Age	Rente par année		Réserve mathématique	
		Avant partage	Après partage	Avant partage	Après partage
Epoux	70	48 000	38 000	755 131	597 812
Epouse	60	-	8 242	-	157 319
Total		48 000	46 242	755 131	755 131
<hr/>					
Epoux	70	48 000	38 000	755 131	597 812
Epouse	80	-	17 401	-	157 319
Total		48 000	55 401	755 131	755 131

Bases de calcul : bases techniques de génération LPP 2015, valeurs actuelles pour 2017.

Pour la femme de 60 ans, la rente viagère résultant de la conversion est nettement moins élevée que la part de rente attribuée (10 000 francs), du fait que l'institution de prévoyance n'a financé la rente de vieillesse en cours et les expectatives de rente de veuve que jusqu'au moment (statistique) du décès du conjoint. Mais comme l'épouse est dix ans plus jeune, la rente devra vraisemblablement lui être versée pendant beaucoup plus longtemps que ce qui avait été calculé au départ pour la rente de vieillesse de son conjoint. La situation est inversée pour la femme de 80 ans : pour elle, la rente résultant de la conversion est nettement plus élevée que la part de rente attribuée. Pour l'institution de prévoyance, le partage de la prévoyance est financièrement neutre dans cet exemple (pour ce qui est

³⁰ Les provisions pour renforcement sont généralement utilisées dans les tables périodiques pour tenir compte de l'augmentation attendue de l'espérance de vie depuis la période d'observation. Elles peuvent être exprimées en pourcentage des capitaux de prévoyance et/ou au moyen de procédures plus complexes (adaptation des probabilités de mortalité). Dans les tables de génération en revanche, l'allongement attendu de l'espérance de vie est déjà pris en compte, de sorte qu'aucun renforcement supplémentaire n'est nécessaire.

³¹ Le seul paramètre qui change dans les exemples est le taux d'intérêt technique, car c'est lui qui influe le plus sur le montant des provisions. Les autres divergences entre les bases propres à la caisse et les bases techniques utilisées pour la conversion, telles que le choix des tables de mortalité, ont des conséquences financières similaires qui sont très faibles.

de la réserve mathématique), car ses bases techniques sont les mêmes que celles sur lesquelles se fonde la conversion.

En revanche, si l'institution de prévoyance applique un taux d'intérêt technique moins élevé que celui prévu pour la conversion, la situation est différente :

Exemple 2 : Taux d'intérêt technique de l'IP = 2,0 %, taux appliqué pour la conversion = 3,0 %

	Age	Rente par année		Réserve mathématique	
		Avant partage	Après partage	Avant partage	Après partage
Epoux	70	48 000	38 000	841 834	666 452
Epouse	60	-	8 242	-	179 835
Total		48 000	46 242	841 834	846 287
<hr/>					
Epoux	70	48 000	38 000	841 834	666 452
Epouse	80	-	17 401	-	167 709
Total		48 000	55 401	841 834	834 161

Bases de calcul : bases techniques de génération LPP 2015, valeurs actuelles pour 2017.

Les rentes ne changent pas par rapport à l'exemple 1, puisque la conversion s'appuie sur les mêmes bases techniques. Mais comme le taux technique de la caisse est moins élevé, les réserves mathématiques nécessaires sont plus importantes que dans l'exemple 1. Cela dit, cet exemple montre bien que les conséquences financières de la conversion de la part de rente attribuée en rente viagère sont minimales pour l'institution de prévoyance, même si le calcul des provisions s'appuie sur d'autres bases techniques que la conversion. La réserve mathématique nécessaire augmente de 0,5 % pour la femme de 60 ans et de 0,9 % pour celle de 80 ans.

Si l'institution de prévoyance applique un taux d'intérêt technique plus élevé que celui prévu pour la conversion, les chiffres se présentent comme suit :

Exemple 3 : Taux d'intérêt technique de l'IP = 3,0 %, taux appliqué pour la conversion = 2,0 %

	Age	Rente par année		Réserve mathématique	
		Avant partage	Après partage	Avant partage	Après partage
Epoux	70	48 000	38 000	755 131	597 812
Epouse	60	-	8 038	-	153 423
Total		48 000	46 038	755 131	751 236
<hr/>					
Epoux	70	48 000	38 000	755 131	597 812
Epouse	80	-	18 198	-	164 517
Total		48 000	56 198	755 131	762 329

Bases de calcul : bases techniques de génération LPP 2015, valeurs actuelles pour 2017.

Comme le taux d'intérêt technique est plus faible, la différence entre la part de rente attribuée et la rente viagère résultant de la conversion est plus importante. Dans cet exemple, la réserve mathématique nécessaire diminue de 0,5 % pour la femme de 60 ans et augmente d'un peu moins d'un 1,0 % pour celle de 80 ans. Les conséquences financières pour l'institution de prévoyance sont donc faibles ici aussi.

Disposition transitoire de la modification du ...

L'année de l'entrée en vigueur de la modification, les institutions ne sont pas tenues de remplir leur obligation d'annoncer envers la Centrale du 2^e pilier en vertu de l'art. 24a LFLP pour la fin du mois de janvier. Elles auront jusqu'au 31 mars pour le faire. Cette prolongation du délai d'annonce fournira aux

institutions et à la Centrale du 2^e pilier le temps nécessaire pour clarifier les éventuelles questions liées à la première déclaration. Le nombre d'annonces est évalué à 2300.

3 Commentaire des modifications de l'OEPL

Art. 11a Prestation de libre passage au moment du versement anticipé

En cas de versement anticipé pour la propriété du logement, l'avoir versé reste lié à la prévoyance professionnelle. En cas de divorce, le versement anticipé est considéré comme une prestation de libre passage et doit être partagé (art. 123, al. 1, CC et art. 30c, al. 6, LPP). Les fonds utilisés pour l'acquisition du logement ne portent plus intérêts. L'art. 22a, al. 3, LFLP précise comment est répartie cette perte d'intérêts, à savoir proportionnellement entre l'avoir de prévoyance acquis avant le mariage et l'avoir constitué durant le mariage jusqu'au moment du versement. Afin de pouvoir calculer la perte d'intérêts, les institutions de prévoyance et de libre passage doivent consigner le montant de la prestation de libre passage au moment du versement anticipé, ainsi que la date de ce versement.

Remarque sur la formulation : même si l'article ne fait mention que des « institutions de prévoyance », il concerne aussi les institutions de libre passage. Ces dernières sont en effet considérées comme des institutions de prévoyance dans les dispositions sur l'encouragement à la propriété du logement, conformément à l'art. 30a LPP.

Art. 12 Obligation de renseigner incombant à l'ancienne institution de prévoyance

Al. 1 : La modification est d'ordre purement rédactionnel.

Al. 2 : Pour que la disposition concernant la répartition de la perte d'intérêts (art. 22a, al. 3, LFLP) puisse être appliquée même en cas de changement d'institution de prévoyance ou de libre passage, l'ancienne institution doit indiquer à la nouvelle le montant de la prestation de libre passage au moment du versement anticipé, ainsi que la date de ce versement.

Art. 20a Disposition transitoire de la modification du ...

Lorsqu'elles effectuent un versement anticipé pour la propriété du logement, les institutions de prévoyance doivent consigner dans quelle proportion ce versement provient de la partie obligatoire et de la partie surobligatoire. En effet, les montants remboursés sont répartis entre l'avoir de vieillesse obligatoire et le reste de l'avoir de prévoyance professionnelle dans la même proportion qu'au moment du versement anticipé (cf. art. 30d, al. 6, LPP et art. 15a, al. 1, let. b, OPP 2). Comme cette obligation de consigner est nouvelle, il faut prévoir une réglementation spécifique pour le remboursement des versements anticipés effectués avant l'entrée en vigueur de la modification de loi, car le rapport entre la partie obligatoire et la partie surobligatoire est inconnu dans de nombreux cas. Si la part de l'avoir de vieillesse obligatoire dans le versement anticipé ne peut plus être établie, le montant remboursé est réparti entre l'avoir de vieillesse et le reste de l'avoir de prévoyance dans le rapport qui existait entre ces deux avoirs juste avant le remboursement.

Si le rapport ne peut plus être établi bien que le versement anticipé ait été effectué après l'entrée en vigueur de la modification de la loi, la part de l'avoir de vieillesse LPP sera déterminée conformément à l'art. 15b OPP 2.

Conversion du montant de rente attribuée en rente viagère

Date d'entrée en force du jugement de divorce

Date d'entrée en force du jugement de divorce	29.03.2017
---	------------

Montant de rente attribuée

Montant de rente attribuée en francs	Fr. 1 000
--------------------------------------	-----------

Conjoint débiteur

Date de naissance	06.06.1937
-------------------	------------

Sexe (f / m)	m
--------------	---

Rente réglementaire de conjoint, en % de la rente en cours	60%
--	-----

Conjoint créancier

Date de naissance	07.07.1947
-------------------	------------

Sexe (f / m)	f
--------------	---

Rente viagère

Montant après conversion en rente viagère, en francs	Fr. 728
--	---------

PROVISOIRE

Calculé avec les bases techniques LPP 2015 de génération, taux technique de 2,75% pour l'année civile 2017

© Office fédéral des assurances sociales OFAS, 2016

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 140

Indication

924 Révision du partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce

Le Conseil national et le Conseil des Etats ont adopté en vote final, le 19 juin 2015, une révision du code civil relative au partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce. Le Conseil fédéral leur avait soumis le message relatif à cette révision le 29 mai 2013 (cf. [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 133 ch. 869](#)). Le délai référendaire a expiré le 8 octobre 2015.

Le Conseil fédéral décidera de la date d'entrée en vigueur. Cette modification de loi nécessite de nombreuses adaptations d'ordonnances. Les dispositions d'exécution, parfois très techniques, seront élaborées en collaboration avec des praticiens. A l'heure actuelle, on peut raisonnablement s'attendre à ce que les modifications de loi et les dispositions d'ordonnance correspondantes entrent en vigueur courant 2016 ou début 2017.

Une nouveauté importante apportée par la révision est que le partage de la prévoyance englobe les fonds de la prévoyance professionnelle même lorsqu'un cas de prévoyance est déjà survenu pour l'un des conjoints. Si donc l'un des conjoints perçoit déjà une rente, celle-ci peut être partagée. Outre ce point essentiel, la révision prévoit notamment les nouveautés suivantes : le moment déterminant pour le calcul du partage est la date de l'introduction de la procédure de divorce ; l'obligation, pour les institutions de prévoyance et de libre passage, de communiquer certaines informations à la Centrale du 2^e pilier a été étendue ; enfin, la révision introduit aussi des dispositions concernant la répartition entre part obligatoire et part surobligatoire des avoirs de prévoyance partagés lors du divorce.

Lien internet vers le texte adopté en vote final : [FF 2015 4437](#)

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 138

Prises de position

911 Intérêts compensatoires et moratoires sur la prestation de sortie à transférer en cas de divorce

L'OFAS rappelle que le principe de la rémunération continue doit être respecté en ce qui concerne la prestation de sortie à transférer en cas de divorce, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral ([ATF 129 V 251](#), arrêt [B 105/02](#) et arrêt [B 115/03](#) résumé dans le [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 76 ch. 455](#)) et aux prises de positions publiées dans les [Bulletins de la prévoyance professionnelle n° 90 ch. 520](#) et [n° 98 ch. 578](#).

L'OFAS a en effet appris que certains tribunaux civils n'observaient pas ce principe et ne prévoyaient aucun versement d'intérêts dans leurs jugements de divorce.

Conformément à ce principe, des intérêts compensatoires et moratoires doivent être crédités sur le montant de la prestation de sortie à transférer. Aux termes de l'art. 8a al. 1 OLP, lors du partage de la prestation de sortie suite au divorce, conformément à l'art. 22 LFLP, le taux d'intérêt applicable aux prestations de sortie et de libre passage acquises au moment de la conclusion du mariage et aux versements uniques dus au moment du divorce correspond au taux minimal fixé à l'art. 12 OPP 2, applicable durant cette période. Selon la jurisprudence, le droit, sans discontinuité, à des intérêts compensatoires sur l'avoir de prévoyance garantit le maintien de la prévoyance. Cela vaut également lorsque, pour des motifs imputables au déroulement de la procédure, le partage des prestations de sortie en cas de divorce ou sa mise à exécution intervient avec du retard. En effet, il ne faudrait pas non plus, qu'entre le moment du divorce et le transfert de la prestation de sortie, l'institution de prévoyance effectue des placements ou réalise des profits avec l'avoir qui revient à la personne divorcée par compensation des expectatives de prévoyance, ni que l'autre conjoint divorcé puisse profiter seul des intérêts sur l'ensemble de son avoir de vieillesse. Il s'ensuit que le droit à des intérêts compensatoires sur le montant de la prestation de sortie à transférer au conjoint divorcé bénéficiaire existe depuis le jour déterminant pour le partage jusqu'au moment du transfert ou de la demeure, en appliquant au

moins le taux fixé par l'art. 12 OPP 2. Si le règlement prévoit un taux supérieur, ce taux réglementaire est applicable. D'éventuels intérêts moratoires sont également dus dès le 31^{ème} jour après l'entrée en force du jugement de divorce. Le taux des intérêts moratoires s'élève actuellement à 2,75 % (cf. art. 7 OLP et 12 OPP2).

912 Divorce: pas de recours au pilier 3a pour financer un compte au nom des enfants

Il n'est pas admissible, dans le cadre d'un divorce, de transférer le capital 3a sur un compte d'épargne en faveur des enfants ou de mettre le pilier 3a au nom des enfants.

L'OFAS a examiné la question de savoir s'il est permis de transférer un capital du pilier 3a sur un compte d'épargne en faveur des enfants ou de mettre le pilier 3a au nom des enfants. La personne titulaire d'une police d'assurance ou d'un compte bancaire du pilier 3a ne peut résilier celui-ci et retirer son avoir de prévoyance individuelle liée que dans les cas prévus par l'art. 3, al. 1 à 3, de l'ordonnance OPP 3. De plus, l'art. 4, al. 1, OPP 3 pose le principe que le pilier 3a ne peut pas faire l'objet d'une cession. Il y a toutefois en cas de divorce une exception à cette interdiction de cession. En effet, selon l'art. 4, al. 3, OPP 3, «en cas de dissolution du régime matrimonial pour une cause autre que le décès, la totalité ou une partie des droits aux prestations de vieillesse peut être cédée par le preneur de prévoyance à son conjoint ou être attribuée à ce dernier par le juge. Sous réserve de l'art. 3, l'institution du preneur de prévoyance doit verser le montant à transférer à l'institution au sens de l'art. 1, al. 1, indiquée par le conjoint ou à une institution de prévoyance».

En cas de divorce, la prévoyance individuelle liée (pilier 3a) ne fait pas l'objet d'un partage spécifique comme pour le 2^e pilier mais elle est englobée dans la liquidation du régime matrimonial auquel sont soumis les époux. S'il résulte de la liquidation du régime matrimonial qu'un époux a une créance de participation au bénéfice de son conjoint, la totalité ou une partie des avoirs du pilier 3a peut être cédée par le preneur de prévoyance à son conjoint ou être attribuée à ce dernier par le juge (cf. ATF 137 III 337). Par conséquent, l'institution 3a du preneur de prévoyance doit toujours verser le montant cédé à une autre institution du pilier 3a au sens de l'art. 1, al. 1, OPP 3, ou à une autre institution du 2^e pilier au nom de l'ex-conjoint (en l'absence d'un cas de versement prévu par l'art. 3 OPP 3).

Par contre, il n'est pas admissible de transférer le pilier 3a sur un compte d'épargne ordinaire au nom des enfants, ni de mettre le pilier 3a au nom des enfants. Le fait que les enfants commencent des études ne constitue pas un motif de versement anticipé du pilier 3a d'après l'OPP 3.

Conformément à l'art. 4, al. 3, OPP 3, il faut traiter séparément la question d'une éventuelle cession d'une partie du pilier 3a à l'ex-conjoint dans une institution du pilier 3a ou du 2^e pilier, et, d'autre part, la question d'une contribution financière pour l'entretien et les études des enfants. Il serait également admissible qu'une convention de divorce prévoie que le preneur de prévoyance retirera son capital 3a dès l'âge de 60 ans (pour un homme ou dès 59 ans pour une femme, conformément à l'art. 3, al. 1, OPP 3) et l'utilisera en faveur des enfants.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 134

Jurisprudence

882 Versement en espèces d'une prestation de libre passage à un indépendant divorcé

Suite à un divorce, un versement en espèces à un indépendant est possible aux mêmes conditions qu'un versement à des fins d'investissements dans l'entreprise.

(Référence à un arrêt du TF du 19 juin 2013, [9C 833/2012](#) ; [ATF 139 V 367](#) ; arrêt en allemand)

(Art. 22 en relation avec l'art. 5 LFLP)

Le TF devait examiner la question de savoir si un indépendant a droit au versement en espèces de la prestation de libre passage qui lui a été transférée au titre du partage de la prévoyance pour cause de divorce, bien qu'il travaille déjà comme indépendant depuis un certain temps.

Le tribunal cantonal avait autorisé le paiement en espèces au motif que, selon l'art. 22, al. 1, LFLP, les art. 3 à 5 LFLP ne seraient applicables que par analogie et qu'il suffirait donc que la personne prouve qu'elle travaille comme indépendant et qu'elle n'est pas soumise à la prévoyance professionnelle obligatoire.

Le TF relève qu'une personne qui passe d'une activité salariée à un travail indépendant dispose, au moment de ce changement, de la possibilité de se faire verser en espèces le capital de vieillesse accumulé, en vertu de l'art. 5, al. 1, let. b, LFLP. Celui qui, au moment du divorce, exerce déjà une activité lucrative indépendante ne bénéficie pas (plus) d'un tel droit d'option. En revanche, celui qui travaille de manière indépendante et qui s'est affilié à la prévoyance facultative peut, selon la jurisprudence du TF, se faire verser les sommes accumulées en vue d'investissements dans son entreprise s'il résilie le contrat de prévoyance et que ses relations contractuelles avec son institution de prévoyance prennent fin (ATF 135 V 418 et 134 V 170).

Comme un indépendant a en tout temps la possibilité de se faire assurer à titre facultatif, il peut contracter une telle assurance également au moment d'un divorce. Dans ce cas, il peut faire transférer sur son compte de prévoyance facultative le montant lui revenant en vertu de l'art. 22, al. 1, LFLP, puis se le faire verser en espèces. Le TF ne voit pas de fraude à la loi dans ce procédé qui s'inscrit dans les limites fixées par la loi et la jurisprudence fédérale. Toutefois, un tel détour provoque des frais. Dès lors, il apparaît opportun et équitable d'accorder à un indépendant la possibilité de se faire verser en espèces le capital de prévoyance lui revenant en cas de divorce lorsque sont remplies les mêmes conditions restrictives que pour le paiement en espèces de l'avoir de vieillesse accumulé au titre de la prévoyance professionnelle facultative, c.-à-d. lorsqu'il se trouve économiquement dans la même situation qu'un assuré à titre facultatif.

883 Versement en espèces à un assuré divorcé d'une prestation de sortie non partagée: violation du devoir de diligence par l'institution de prévoyance (ou de libre passage)?

Les institutions de prévoyance professionnelle n'ont pas d'obligation générale de vérifier, avant l'octroi d'un versement en espèces à un assuré divorcé, s'il y a eu exécution du partage ordonné par le jugement de divorce.

(Référence à un arrêt du TF du 3 septembre 2013, [9C_324/2013](#) ; arrêt en allemand)

Le TF s'est prononcé sur la question de savoir si une institution de libre passage respecte ou pas son obligation de diligence lorsqu'elle verse en espèces à un assuré divorcé la prestation de sortie non partagée, sans l'accord de son ancienne épouse. En l'espèce, le TF a nié une violation du devoir de diligence.

Selon l'art. 5, al. 2, LFLP, le paiement en espèces ne nécessite un consentement écrit que si l'assuré est marié ou lié par un partenariat enregistré ; le paiement en espèces qui intervient sans l'assentiment de l'ancienne épouse est conforme au droit. Les institutions de prévoyance professionnelle n'ont pas d'obligation générale, avant le paiement en espèces à un assuré divorcé, d'exiger de sa part la remise du jugement de divorce et de vérifier si le partage de la prévoyance ordonné par ce jugement a été exécuté. Une obligation de vérifier existerait toutefois en présence d'indices concrets que le paiement en espèces pourrait empêcher l'exécution du partage de la prévoyance. Tel est par exemple le cas si l'institution de prévoyance professionnelle avait été associée à la procédure de divorce et que le jugement entré en force lui avait été communiqué, si elle participe à la procédure de partage en cours devant le tribunal compétent en matière de prévoyance professionnelle ou si elle est tenue de bloquer les fonds de la prévoyance dans le cadre d'une mesure provisionnelle.

En l'espèce, le tribunal n'a pas transmis au tribunal des assurances compétent le jugement de divorce entré en force en décembre 2008, qui ordonnait le partage par moitié des prestations de sortie acquises pendant le mariage. En août 2010, l'institution de libre passage recourante a versé à l'époux divorcé, pour le motif qu'il s'était établi à son compte, la prestation de sortie entière qui n'était pas encore partagée. Selon le TF, le fait que l'institution de libre passage ait délivré une déclaration de faisabilité dans le cadre de la procédure de divorce ne justifiait pas un devoir accru de diligence.

884 Partage de la prévoyance: suspension de la procédure de partage en raison d'une procédure de recours pendante concernant une rente AI

(Référence à un arrêt du TF du 8 juillet 2013, [9C 191/2013](#) ; arrêt en allemand)

La question litigieuse était de savoir si la procédure de partage liée au divorce doit être suspendue lorsque le début d'un éventuel droit à une rente d'invalidité se situe nettement avant le moment de l'entrée en force du jugement de divorce.

Le TF a répondu affirmativement à cette question. S'il s'avère après coup qu'un cas de prévoyance était déjà intervenu au moment de l'entrée en force du jugement de divorce, le tribunal compétent en matière de prévoyance professionnelle n'est pas lié par le partage fixé dans le jugement de divorce. La procédure doit être suspendue lorsqu'il est probable que le versement rétroactif de prestations d'invalidité remonte à une date antérieure à l'entrée en force du jugement de divorce.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 133

Indication

869 Mieux partager la prévoyance professionnelle en cas de divorce

Le Conseil fédéral souhaite remédier aux défauts du partage de la prévoyance professionnelle. Le 29 mai 2013, il a approuvé un message concernant la révision des dispositions correspondantes du code civil (CC). Selon les nouvelles règles, le juge partagera la prévoyance même si l'un des époux perçoit une rente de vieillesse ou d'invalidité au moment de l'ouverture de la procédure de divorce.

En cas de divorce, les prétentions des époux à l'encontre de leurs institutions de prévoyance professionnelle sont parfois les seuls biens dont ils disposent ou, du moins, elles représentent une part importante de leur patrimoine, dont il est primordial de régler la répartition. Le droit du divorce en vigueur consacre le principe du partage par moitié des prestations de sortie acquises durant le mariage. Si le partage des avoirs de prévoyance s'avère impossible, le conjoint qui devrait en bénéficier a droit à une indemnité équitable. L'impossibilité résulte souvent du fait qu'un cas de prévoyance est déjà survenu chez l'un des époux, c'est-à-dire qu'il est à la retraite ou qu'il est invalide.

Si, aujourd'hui, nul ne conteste ni le bien-fondé ni la nécessité du partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce, des voix s'élèvent pour critiquer le fait que la loi laisse de nombreuses questions en suspens. Les juges se voient par ailleurs reprocher de ratifier des conventions sur les effets du divorce qui ne satisfont pas aux normes légales et de violer leur obligation de prendre d'office les mesures permettant un partage équitable. Les principales victimes en sont les femmes qui ont assumé l'essentiel des tâches familiales pendant le mariage et de ce fait ne disposent pas d'une prévoyance professionnelle suffisante. D'autres personnes exigent au contraire une plus grande flexibilité dans le partage, notamment lorsque les candidats au divorce sont d'accord sur ses termes.

Partage de principe des avoirs de prévoyance ...

La principale nouveauté du projet réside dans le partage des avoirs de prévoyance acquis durant le mariage même si un cas de prévoyance est déjà survenu chez l'un des époux. Le moment décisif pour la prise en compte des prétentions de prévoyance à partager sera celui de l'ouverture de la procédure de divorce. Lorsqu'un conjoint est invalide et n'a pas encore atteint l'âge de la retraite, on calculera la part due sur la prestation de sortie hypothétique à laquelle cette personne aurait droit en cas de disparition de son invalidité. S'il perçoit une rente d'invalidité et qu'il est déjà à la retraite ou s'il perçoit une rente de vieillesse, on partagera sa rente. Dans ce cas, le conjoint qui bénéficie du partage se verra attribuer une rente à vie.

... avec des exceptions

Le Conseil fédéral veut permettre aux époux de s'entendre sur d'autres modalités de partage ou d'y renoncer en tout ou en partie s'ils continuent de bénéficier d'une prévoyance adéquate. Le juge vérifiera d'office si cette condition est remplie.

Autres modifications

Conformément à la volonté du Conseil fédéral, les institutions de prévoyance et de libre passage seront tenues de signaler périodiquement tous les détenteurs d'avoirs de prévoyance à la Centrale du 2^e pilier. Cette information facilitera la tâche du juge du divorce, qui doit prendre en compte tous les avoirs de prévoyance lors du partage. D'autres mesures viseront d'une part à empêcher le versement d'avoirs de prévoyance à une personne durant le mariage sans que son conjoint le sache et d'autre part à garantir le transfert d'une part équitable d'avoirs de vieillesse de la prévoyance obligatoire lors du partage. Enfin, s'il n'y a pas d'autre possibilité, un conjoint pourra faire transférer les avoirs de prévoyance obtenus lors du partage dans une institution supplétive et les faire convertir en rente.

Le projet de loi clarifie le statut du partage de la prévoyance professionnelle dans les procédures impliquant plusieurs pays. La compétence des tribunaux suisses sera exclusive pour le partage des avoirs détenus auprès d'institutions de prévoyance suisses. Seul le droit suisse sera applicable aux procédures de partage de la prévoyance professionnelle et au divorce même. Pour que les ex-époux puissent bénéficier des améliorations apportées au partage de la prévoyance professionnelle, le projet prévoit que les rentes attribuées selon le droit en vigueur en tant qu'indemnités équitables pourront être converties à certaines conditions en rentes à vie. Cette solution présente l'avantage pour le conjoint bénéficiaire d'empêcher que le droit à la rente s'éteigne au décès du conjoint débiteur.

Lien internet pour le communiqué de presse et la documentation:

<http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/fr/home/dokumentation/mi/2013/2013-05-29.html>

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 125

Jurisprudence

818 Un versement en espèces de faible importance (art. 5 al. 1 let. c LFLP) n'empêche pas le partage des prestations de sortie en cas de divorce

(Référence à un arrêt du TF du 12 octobre 2011, [9C 515/2011](#) ; arrêt en français)

(Art. 122 CC, 5 et 22 LFLP)

Le Tribunal civil de l'arrondissement Z. a prononcé le divorce des époux C. et S., ordonné le transfert des avoirs LPP conformément à l'art. 122 CC et transmis la cause à la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal fribourgeois pour fixation du montant de libre passage à transférer. Le Tribunal cantonal a toutefois prononcé un jugement d'irrecevabilité et renvoyé la cause au Tribunal civil pour qu'il prononce une indemnité équitable (art. 124 CC), considérant qu'un versement en espèces intervenu pendant le mariage excluait le partage des prestations de sortie selon l'art. 122 CC.

L'OFAS a recouru contre ce jugement d'irrecevabilité, arguant que le versement en espèces accordé à l'épouse durant le mariage sur la base de l'art. 5 al. 1 let. c LFLP (d'un montant très modique de 537 fr.) n'empêchait pas le partage des avoirs du 2^e pilier dont disposent encore les ex-conjoints.

Le TF a admis le recours, jugeant que le paiement en espèces de 537 fr. à l'intimée en 1996 ne rend pas techniquement impossible le partage des prestations de sortie dont disposent les ex-époux auprès d'institutions de prévoyance pour un montant total cent fois supérieur (soit 48'640 fr. 70 pour l'ex-mari et 5'250 fr. 20 pour l'ex-épouse). Le versement en espèces selon l'art. 5 al. 1 let. c LFLP, qui soustrait à la prévoyance professionnelle des montants insignifiants, ne saurait en effet justifier l'application de l'art. 124 CC au lieu du principe du partage par moitié prévu par le législateur à l'art. 122 CC. Un tel versement, qui n'est pas propre à diminuer de façon déterminante les prestations de sortie des conjoints au sens des art. 122 à 124 CC, n'a pas à être pris en compte dans le règlement des prétentions en matière de prévoyance professionnelle entre les époux au moment du divorce et n'entre pas dans le champ d'application de ces dispositions. Le cas d'espèce est notamment différent de celui de l'[ATF 127 III 433](#), où l'époux avait obtenu un versement en espèces pour se mettre à son compte (art. 5 al. 1 let. b LFLP) et ne disposait apparemment plus de prestations de sortie auprès d'une

institution de prévoyance au moment du divorce, de sorte qu'un partage de prestations de sortie n'était pas possible.

En définitive, le Tribunal cantonal n'était pas en droit de refuser l'exécution du jugement de divorce. La cause est renvoyée à celui-ci pour qu'il entre en matière sur le partage des avoirs de prévoyance et exécute ledit jugement.

819 Droit du conjoint divorcé à des prestations pour survivants lorsque le jugement de divorce prévoit des contributions d'entretien limitées dans le temps

(Référence à un arrêt du TF du 6 septembre 2011, [9C 35/2011](#); publication ATF prévue; arrêt en allemand)

(Art. 19, al. 3, LPP et art. 20, al. 1, OPP 2)

Se basant sur la délégation législative contenue dans l'art. 19, al. 3, LPP, le Conseil fédéral a édicté, à l'art. 20 OPP 2, des dispositions sur le droit des conjoints divorcés à des prestations pour survivants. Selon ces dispositions, le conjoint divorcé est assimilé au veuf ou à la veuve en cas de décès de son ex-conjoint à la condition que son mariage ait duré au moins dix ans (let. a) et qu'il ait bénéficié, en vertu du jugement de divorce, d'une rente ou d'une indemnité en capital en lieu et place d'une rente viagère (let. b).

La question litigieuse qui doit être examinée est celle du droit de l'intimée à une rente de veuve. Il est incontesté qu'elle remplit la condition d'un droit à la rente de veuve selon la lettre a de la disposition citée. En revanche, il s'agit de déterminer si des contributions d'entretien limitées dans le temps telles que celles allouées à l'intimée jusqu'en septembre 2018 par le jugement de divorce satisfont à la condition de l'octroi d'une rente selon la lettre b ou si cette condition suppose une rente viagère.

Le point de départ de toute interprétation est la teneur de la disposition. Si le texte n'est pas clair et qu'il permet diverses interprétations, il faut rechercher sa véritable portée en prenant en considération tous les éléments d'interprétation. On se basera notamment sur les travaux préparatoires, sur le but de la norme, les valeurs sur lesquelles celle-ci se fonde et sa signification dans le contexte d'autres dispositions. Les travaux préparatoires ne sont certes pas directement décisifs, mais servent d'appui pour déceler le sens de la norme. Dans l'interprétation de dispositions juridiques, le TF s'est toujours laissé guider par un pluralisme de méthodes et ne s'est basé sur le seul élément grammatical que lorsqu'il en découlait avec certitude la solution objectivement juste ([ATF 135 II 78](#), consid. 2.2, p. 81 ; [135 V 153](#), consid. 4.1, p. 157, 249, consid. 4.1, p. 252 ; [134 I 184](#), consid. 5.1, p. 193; [134 II 249](#), consid. 2.3, p. 252).

Il convient d'abord d'établir le sens linguistique du passage « d'une rente ou d'une indemnité en capital en lieu et place d'une rente viagère » à l'art. 20, al. 1, let. b, OPP 2. L'analyse grammaticale n'aboutit pas à la conclusion que l'adjectif « viagère » qualifie nécessairement également la rente proprement dite. Au vu de la position des mots dans la phrase et de l'usage général de la langue, il faut au contraire admettre que « viagère » ne s'applique qu'à la deuxième partie de l'alternative concernant l'indemnité en capital et que la rente mentionnée dans la première partie ne doit pas nécessairement être viagère, d'autant plus que, sinon, il eût été possible d'adopter une autre formulation (par exemple : « d'une rente viagère ou d'une indemnité en capital en lieu et place d'une telle rente »). Les mêmes remarques peuvent être faites à partir de la version allemande (« b. dem geschiedenen Ehegatten im Scheidungsurteil eine Rente oder eine Kapitalabfindung für eine lebenslängliche Rente zugesprochen wurde »).

Les travaux préparatoires ne permettent pas non plus d'affirmer que, contrairement à l'analyse littérale, il faudrait partir d'une rente viagère en tant que condition. Au contraire, l'OFAS explique dans le [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 1 du 24 octobre 1986](#) que l'art. 20 OPP 2 poursuit le but de compenser ce qu'on appelle la perte de soutien subie par la femme divorcée en raison de la perte de ces contributions d'entretien.

Le TF a retenu dans plusieurs arrêts qu'une perte de soutien devrait être une condition d'un droit à des prestations pour survivants ([ATF 134 V 208](#), consid. 4.3.4, p. 220, et consid. 6, p. 222 ; B 6/99, consid. 3a ; B 30/93, consid. 3a). De son côté, l'OFAS avait aussi exprimé cette même idée fondamentale dans son [commentaire du projet d'OPP 2 du 9 août 1983, p. 27](#) (voir, à ce sujet, SVR 1994, LPP n° 8, p. 21, arrêt B 10/93 du 28 février 1994).

Comme il a déjà été mentionné, la rente de survivant de la LPP en faveur des conjoints divorcés a pour but de compenser la perte de soutien. Cependant, l'argument selon lequel une rente d'entretien allouée seulement pour une durée limitée ne suffirait pas pour avoir droit à des prestations de survivants n'est pas irréfutable. On ne voit en effet pas pourquoi une perte de soutien ne devrait exister qu'en cas de rente viagère d'entretien (et en cas de d'indemnité en capital en lieu et place d'une rente viagère). Dans ce contexte, il faut observer qu'il était autrefois plus fréquent qu'aujourd'hui d'accorder des rentes d'entretien illimitées dans le temps.

La différenciation entre rente viagère et non viagère en lien avec la perte de soutien n'a vraiment de sens qu'en cas d'indemnité en capital car en principe, celui qui touche une indemnité en capital ne subit aucune perte de soutien. Avec l'indemnité, le risque du décès du débiteur des prestations est supprimé.

En résumé, il découle de l'interprétation grammaticale, historique et téléologique de l'art. 20, al. 1, OPP 2 que même une contribution d'entretien allouée pour une durée limitée suffit pour avoir droit à une rente de veuve de la prévoyance professionnelle.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 124

Jurisprudence

802 Indemnité équitable, transmission au juge des assurances, renvoi d'office au juge du divorce

(Référence à un arrêt du TF du 8 juin 2011, 9C_737/2010 ; arrêt en français)

(Art. 124 et 142 CC)

Lorsque le juge du divorce décide l'octroi d'une indemnité équitable (art. 124 CC) et transmet la cause au juge des assurances sociales, ce dernier doit renvoyer d'office la cause au juge du divorce, et pas seulement inviter les ex-conjoints à mieux agir auprès du juge du divorce.

En l'espèce, le juge du divorce a ordonné le versement d'une indemnité équitable puis transmis la cause au tribunal cantonal des assurances sociales pour fixation du montant et du mode de règlement de celle-ci. Par jugement du 8 juillet 2010, le tribunal des assurances sociales s'est déclaré incompétent, a refusé d'entrer en matière et a invité les ex-conjoints à mieux agir devant le juge du divorce.

De façon générale, il n'appartient pas au juge des assurances sociales de se substituer au juge du divorce et d'examiner lui-même la question de l'indemnité équitable selon l'art. 124 CC (ATF 136 V 225 consid. 5.4 p. 228 s.; voir également le texte de l'art. 22b LFLP). Seul le juge du divorce dispose d'une vision d'ensemble de la situation économique concrète des parties et de leurs besoins de prévoyance respectifs. Pour fixer le montant de l'indemnité équitable, la jurisprudence exige en effet de tenir compte de façon adéquate de la situation patrimoniale après la liquidation du régime matrimonial ainsi que des autres éléments de la situation économique des parties après le divorce (ATF 131 III 1 consid. 4.2 p. 4).

Le juge des assurances sociales n'ayant pas la faculté de statuer sur l'octroi d'une indemnité équitable au sens de l'art. 124 CC (ATF 129 V 444 consid. 5.4 p. 449), il revient au juge du divorce de compléter le jugement de divorce. La procédure prévue à l'art. 142 al. 2 CC et dans la LFLP cantonne les conjoints divorcés dans un rôle passif, puisqu'ils n'ont aucune prise sur la transmission du dossier au juge des assurances sociales ou sur la décision de celui-ci de ne pas exécuter le partage. Dans ce contexte, exiger de leur part un acte matériel, tel que le dépôt d'un acte introductif d'instance, ne semble guère rationnel. D'ailleurs, la correction du jugement de divorce par le biais des actions prévues par le droit civil (révision, complètement ou modification du jugement de divorce) n'apparaît pas souhaitable,

puisque cela permettrait aux parties de décider si elles entendent agir ou non. Or, en cas d'inaction des parties, le risque existe qu'une question que le législateur exige de régler impérativement dans le contexte d'un divorce, à savoir le sort de la prévoyance professionnelle constituée pendant la durée du mariage, demeure sans réponse. Pareille situation ne serait alors pas conforme à la volonté du législateur fédéral. Dans ces conditions, en tant que l'art. 142 al. 2 CC impose la transmission d'office du jugement de divorce au juge des assurances sociales pour qu'il exécute le partage des prestations de sortie, il convient d'admettre que cette disposition contient également l'obligation implicite pour le juge des assurances sociales de renvoyer d'office la cause à la juridiction civile, comme objet de sa compétence, lorsqu'il constate l'impossibilité d'exécuter le mandat qui lui a été confié par le juge du divorce. Le renvoi d'office au juge du divorce est la conséquence logique et nécessaire du système particulier mis en place par le législateur à l'art. 142 al. 2 CC ([ATF 136 V 225](#) consid. 5.3.2 et 5.3.3 p. 228 s.).

803 Action en complément d'un jugement de divorce étranger, prestation compensatoire du droit français

(Référence à un arrêt du TF du 1^{er} juin 2011, 5A_835/2010 ; arrêt en français)

(Art. 122 CC, art. 6 et 15 LDIP))

Les époux X. sont tous deux français et domiciliés en France. Pendant toute la durée du mariage, Monsieur X. a travaillé à Genève et a été affilié auprès d'une caisse de pensions en Suisse.

En 2008, le juge aux Affaires Familiales du Tribunal de Grande Instance de Thonon-les-Bains (France) a prononcé le divorce des époux. Il a notamment condamné Monsieur X. à payer à son ex-épouse la somme de 60'000 euros à titre de prestation compensatoire.

En 2009, Madame X. a déposé devant le Tribunal de première instance du canton de Genève une action en complément du jugement de divorce à l'encontre de Monsieur X. Elle concluait notamment à ce que la juridiction saisie complète le jugement de divorce rendu le 10 avril 2008 en ce sens que le partage par moitié des avoirs de prévoyance professionnelle accumulés par son ex-mari pendant la durée du mariage soit ordonné.

Par jugement du 15 avril 2010, le Tribunal de première instance a déclaré la demande irrecevable en se fondant sur le principe de l'autorité de la chose jugée. Statuant sur appel de l'ex-épouse le 22 octobre 2010, la Cour de justice a confirmé le jugement de première instance pour les mêmes motifs. Madame X. a alors recouru au TF.

La Cour de justice a considéré que c'était à juste titre que le Tribunal de première instance avait admis sa compétence (art. 6 LDIP) et déclaré le droit suisse applicable (art. 15 LDIP). Ces questions n'ont fait l'objet d'aucune discussion entre les parties devant les instances cantonales.

Le TF a déjà eu l'occasion de se prononcer sur la question du complément d'un jugement de divorce français quant au partage des avoirs de prévoyance professionnelle de l'un des époux ayant exercé une activité lucrative en Suisse durant le mariage ([ATF 131 III 289](#) ; [134 III 661](#)).

Aux termes de l'art. 270 CCF, l'un des époux peut être tenu de verser à l'autre une prestation destinée à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives. Cette prestation correspond autant à un dédommagement qu'à une indemnité d'entretien ([ATF 131 III 289](#) consid. 2.8). Il existe une différence de nature entre la prestation compensatoire du droit civil français et le partage des avoirs de prévoyance prévu par les art. 122 ss. CC, institution que la législation française ne connaît pas comme telle ([ATF 131 III 289](#) consid. 2.8 s.; [134 III 661](#) consid. 3.3). La comparaison entre ces deux institutions juridiques montre en effet des différences fondamentales en ce qui concerne le but politico-juridique, la justification de la prétention et l'aménagement de détail ([ATF 131 III 289](#) consid. 2.8 s.).

Il s'ensuit que, dans la mesure où la prestation compensatoire n'a pas été fixée en tenant compte des avoirs de libre passage de l'époux débiteur ([ATF 134 III 661](#) consid. 3.3), l'époux créancier doit pouvoir

prétendre à l'une comme à l'autre: l'octroi d'une prestation compensatoire n'exclut pas le droit au partage des avoirs de prévoyance.

En l'espèce, le jugement de divorce ne contient aucune référence expresse à la prestation de prévoyance de l'ex-mari. La cour cantonale remarque certes que le montant de la prestation compensatoire a été déterminé en tenant compte de la retraite des parties, sur la base d'une simulation de leurs pensions. Il n'empêche qu'aucune attestation de la caisse de prévoyance de l'ex-mari quant aux montants des avoirs accumulés auprès d'elle n'a été produite devant le juge français. Il faut par conséquent en conclure que ladite simulation a été effectuée sans disposer de cet élément essentiel, la production de fiches de salaires, de surcroît devant un juge qui ne connaît pas l'institution de la prévoyance, ne suffisant pas, à elle seule, à déterminer le montant de ces avoirs. La Cour de justice ne pouvait donc, sans arbitraire, en déduire que le juge du divorce les aurait indirectement pris en considération dans la mesure où il ne disposait pas des éléments propres à en déterminer le montant, et refuser ainsi d'entrer en matière sur le complément sollicité par la recourante. Le TF a donc admis le recours pour ce motif.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 121

Prise de position

775 Travailleurs âgés : questions-réponses en relation avec les nouveaux art. 33a et 33b LPP en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2011.

1. Des rachats sont-ils possibles en cas de maintien de la prévoyance selon l'art. 33b LPP?

Sur la base du nouvel art. 33b LPP, les institutions de prévoyance peuvent donner à leurs assurés la possibilité de continuer à verser des cotisations en cas de poursuite du travail au-delà de l'âge réglementaire ordinaire de la retraite, c.-à-d. au-delà de la durée du plan³² de prévoyance de l'institution en question. Il a été demandé à l'OFAS s'il était aussi possible d'effectuer des rachats durant cette période.

Les rachats servent, par définition, à combler des lacunes de prévoyance d'un assuré déterminé par comparaison avec les prestations prévues par le plan de son institution de prévoyance. Si cette personne a une possibilité de rachat au moment de l'âge réglementaire ordinaire de la retraite, elle pourra aussi combler ces lacunes durant la période de maintien de la prévoyance selon l'art. 33b LPP si et dans la mesure où cette lacune n'a pas encore été comblée au moment du rachat, en tenant compte des autres cotisations, respectivement des bonifications, des rendements crédités durant la période de maintien de la prévoyance, etc. La poursuite de la prévoyance au-delà de l'âge réglementaire ordinaire de la retraite réduit la lacune de prévoyance qui existait par rapport au plan prenant fin à l'âge réglementaire ordinaire de la retraite ainsi que les possibilités de rachat (elle ne l'accroît donc pas).

Une condition pour tous les rachats est bien évidemment que le règlement de l'institution de prévoyance admette encore des rachats à ce moment-là.³³

³² L'âge réglementaire ordinaire de la retraite est un élément fondamental du plan de prévoyance et de la définition de ses prestations, par exemple lors de l'examen de l'adéquation.

³³ Le droit légal à une possibilité de rachat existe seulement au moment de l'entrée dans l'institution de prévoyance (cf. art. 9 al. 2 LFLP). Les institutions de prévoyance peuvent prévoir dans leurs règlements d'autres possibilités de rachats ultérieurement mais elles n'y sont pas obligées.

Exemple:

Situation au moment de l'âge réglementaire ordinaire de la retraite (par exemple 65 ans) :

Avoir maximum prévu : 1 Mio

Avoir effectif : Fr. 800'000.-

Possibilité de rachat : Fr. 200'000.-

Poursuite du travail et maintien de la prévoyance selon l'art. 33b LPP ; situation à un moment ultérieur:

Avoir : Fr. 870'000.-

Possibilité restante de rachat par rapport à l'avoir maximum prévu à l'âge réglementaire ordinaire de la retraite (1 Mio – Fr. 870'000) : Fr. 130'000.-

En cas de tels rachats, il faut aussi respecter les différentes dispositions de loi et d'ordonnance, en particulier celle régissant les versements en capital après des rachats³⁴.

2. *Salaires assurés en cas de maintien de la prévoyance après l'âge ordinaire de la retraite?*

Le maintien de la prévoyance selon l'art. 33b LPP permet la poursuite de la prévoyance vieillesse comme auparavant. Il ne peut donc pas y avoir une amélioration de l'assurance pour le même revenu que précédemment. Il n'est pas possible, après l'âge ordinaire de la retraite, d'augmenter tout d'un coup les bonifications de vieillesse, ni de réduire ou de supprimer la déduction de coordination appliquée jusqu'alors. Une personne assurée peut se prévaloir d'un salaire assuré plus élevé seulement si elle a effectivement obtenu une hausse de son revenu professionnel après avoir atteint l'âge ordinaire de la retraite.

Le montant exonéré des cotisations AVS pour les retraités n'a pas d'influence sur la détermination du salaire assuré; ce montant exonéré peut être assuré (cf. message du 15 juin 2007 sur la réforme structurelle et les mesures en faveur d'une participation facilitée des travailleurs âgés au marché du travail : [FF 2007 p. 5435](#)).

3. *Jusqu'à quand un versement en espèces est-il autorisé ?*

Comme actuellement, le versement en espèces (art. 5 LFLP) sera admissible tant que la personne n'a pas encore atteint l'âge réglementaire ordinaire de la retraite (si le règlement ne fixe pas d'âge ordinaire de la retraite, l'art. 13, al. 1, LPP s'applique pour la détermination de cet âge ; cf. art. 2, al. 1bis, LFLP). Si la personne poursuit son activité lucrative et sa prévoyance un certain temps au-delà de l'âge ordinaire de la retraite (art. 33b LPP) et qu'elle arrête ensuite de travailler, elle aura alors droit à une prestation de vieillesse et non plus à une prestation de sortie. Avec des cotisations supplémentaires selon l'art. 33b LPP, il n'y a pas de changement en ce qui concerne cette question. (des solutions avec un report de la prestation de vieillesse au-delà de l'âge réglementaire ordinaire de la retraite, basées sur l'art. 13, al. 2, LPP, sont déjà possibles actuellement)³⁵.

4. *Qu'en est-il des risques invalidité et décès en cas de continuation de la prévoyance après l'âge ordinaire de la retraite (selon l'art. 33b LPP) ?*

Si la personne continue son activité professionnelle et sa prévoyance au-delà de l'âge ordinaire de la retraite (art. 33b LPP) puis arrête de travailler, notamment pour raisons de santé, elle aura alors droit exclusivement à des prestations de vieillesse et non plus à des prestations d'invalidité. En effet, avec l'art. 33b LPP, on présuppose que le règlement permette le report de la prestation de vieillesse. « En plus des intérêts supplémentaires et de l'augmentation du taux de conversion liés au report, le règlement peut aussi prévoir la poursuite des cotisations » (cf. message du 15 juin 2007 sur la réforme structurelle

³⁴ Cf. arrêt 2C_658/2009 résumé dans le présent Bulletin sous ch. 776.

³⁵ En ce qui concerne le versement en espèces et les prestations en capital, cf. également arrêt 2C_658/2009 résumé dans le présent Bulletin sous ch. 776.

et les mesures en faveur d'une participation facilitée des travailleurs âgés au marché du travail : [FF 2007 p. 5434](#)).

En cas de décès durant la période de report de la prestation de vieillesse, le calcul des prestations de survivants ne sera plus basé sur la prestation d'invalidité mais sur la prestation de vieillesse à laquelle la personne assurée aurait déjà eu droit à ce moment-là.

De ce point de vue, il paraît justifié de faire une exception au principe d'assurance en ce qui concerne les cotisations selon l'art. 33b LPP. Cela ne veut toutefois pas dire qu'une institution de prévoyance ne **peut** pas percevoir de cotisations de risque pour les assurés en question : des cotisations de risque peuvent être fixées pour tout un collectif d'assurés, dans lequel il y a des personnes qui ne recevront probablement aucune prestation au vu de leur situation effective mais elles paient quand même des cotisations solidairement (par exemple les célibataires sans enfant).

5. *Il y a-t-il encore un partage du 2^e pilier lors d'un divorce en cas de continuation de la prévoyance après l'âge ordinaire de la retraite selon l'art. 33b LPP ?*

Conformément aux art. 122 CC et 22 LFLP qui demeurent inchangés, les prestations de libre passage devront aussi être partagées entre les ex-conjoints lorsqu'il y a eu application de l'art. 33b LPP, cela tant qu'un cas de prévoyance n'est pas encore survenu. En effet, d'après la jurisprudence, la survenance du cas de prévoyance « vieillesse » se produit au moment où la personne assurée perçoit effectivement des prestations de vieillesse de son institution de prévoyance (cf. [Bulletins de la prévoyance professionnelle n° 74 ch. 437 p. 10](#) et [n° 85 ch. 496 p. 7](#), résumés de jurisprudence). Par conséquent, si une personne continue son activité lucrative et sa prévoyance professionnelle au-delà de l'âge ordinaire de la retraite, elle devra procéder au partage de son 2^e pilier avec son conjoint en cas de divorce, cela tant qu'elle ne perçoit pas encore de prestation de vieillesse.

6. *Le versement des cotisations est-il encore paritaire en cas de continuation de la prévoyance après l'âge ordinaire de la retraite selon l'art. 33b LPP ?*

En cas de poursuite de la prévoyance après l'âge ordinaire de la retraite selon l'art. 33b LPP, il faut continuer d'appliquer les mêmes conditions que précédemment. Par conséquent, le salarié et l'employeur devront continuer de verser leur part respective de cotisations. L'art. 33b LPP ne contient en effet aucune disposition qui permettrait de déroger au principe du financement paritaire des cotisations (à la différence de l'art. 33a, al. 3, LPP). Une exception au financement paritaire se justifie dans le cas de l'art. 33a LPP, car il s'agit là d'assurer des parts de salaire hypothétiques (cf. [FF 2007 p. 5434](#)). Par contre, dans le cas de l'art. 33b LPP, il y a poursuite de la prévoyance sur la base du salaire effectif de la personne assurée.

7. *Peut-on bénéficier à la fois d'une retraite anticipée partielle et de la continuation de l'assurance du salaire perçu avant la retraite partielle ?*

L'art. 33a LPP permet le **maintien** de la prévoyance au même niveau qu'auparavant malgré la réduction du salaire AVS. En revanche, si un assuré opte pour l'anticipation partielle de sa prestation de vieillesse, prévue par le règlement, le cas de prévoyance est réalisé pour cette partie de sa prévoyance. En conséquence, seule la partie de la prévoyance qui n'a pas été touchée par le cas de prévoyance peut être maintenue en tant que prévoyance active.

Exemple:

Salaire AVS annuel avant la retraite partielle : Fr. 100'000.-

Anticipation de la demi-rente et baisse du salaire AVS à Fr. 50'000.-

Il n'est pas possible de maintenir la prévoyance sur le niveau de l'ancien salaire AVS de Fr. 100'000.-. Seul le salaire AVS actuel de Fr. 50'000.- pourrait à l'avenir faire l'objet d'un maintien de la prévoyance selon l'art. 33a LPP.

8. *Quelle est la relation entre l'art. 33a LPP et la réglementation sur la surindemnisation après l'âge ordinaire de la retraite ?*

Si une personne assurée tombe en incapacité de travail pendant la période de maintien de la prévoyance et acquiert finalement - encore avant l'âge de la retraite - le droit à une prestation d'invalidité, se pose alors la question de la réglementation applicable en matière de surindemnisation avant et après l'âge de la retraite.

L'art. 24 OPP 2, en tant que disposition d'application de la LPP, précise les dispositions légales minimales dans une situation particulière, à savoir en cas de versement simultané d'autres prestations. Par contre, l'art. 33a LPP ne définit pas un droit (légal) à une prestation pour les assurés mais prévoit une possibilité pour les institutions de prévoyance de s'écarter du principe de l'art. 1, al. 2, LPP qui exclut d'assurer dans la prévoyance professionnelle un revenu professionnel supérieur au salaire AVS. Si une institution de prévoyance prévoit dans son règlement une prévoyance plus étendue que le minimum légal, elle devrait aussi examiner si elle a besoin d'une disposition réglementaire spéciale sur la surindemnisation, afin d'élaborer ses solutions de prévoyance réglementaires de manière cohérente. En d'autres termes, elle devrait préciser dans son règlement si elle base son calcul de surindemnisation avant et/ou après l'âge de la retraite soit sur le revenu effectif après la réduction, soit sur le niveau de salaire avant la réduction et qui était déterminant pour le maintien de la prévoyance au sens de l'art. 33a LPP. (cf. également le commentaire de l'art. 24, al. 2^{bis}, OPP 2, dernier paragraphe, dans le [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 120 ch. 765](#)).

Nota bene:

Il faut faire la distinction entre l'application de l'art. 33b LPP et les plans de prévoyance qui fixent un âge réglementaire ordinaire de la retraite plus élevé que l'âge de la retraite dans l'AVS : dans ce second cas, des bonifications de vieillesse ordinaires sont prévues jusqu'à l'âge réglementaire ordinaire de la retraite et l'assuré ne peut choisir de maintenir ou pas la prévoyance jusqu'à cet âge-là. L'adéquation des prestations est également examinée à ce même âge-terme. (exemple actuel d'âge réglementaire de la retraite plus élevé: les règlements qui prévoient un âge ordinaire de la retraite de 65 ans pour les hommes et les femmes).

Nous publions ci-après encore une fois le texte de ces nouvelles dispositions légales (seule fait foi la version publiée dans le [RO 2010 4427](#). Cf. également les [Bulletins de la prévoyance professionnelle n° 117 ch. 731](#) et [n° 120 ch. 763](#)):

Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité

(LPP)

(Mesures destinées à faciliter la participation des travailleurs âgés au marché de l'emploi)

Modification du 11 décembre 2009

L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse,
vu le message du Conseil fédéral du 15 juin 2007.¹,
arrête:

I

La loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité² est modifiée comme suit:

Chapitre 5a

Participation facilitée des travailleurs âgés au marché de l'emploi

Art. 33a Maintien de la prévoyance au niveau du dernier gain
 assuré

¹ L'institution de prévoyance peut prévoir dans son règlement la possibilité, pour les assurés ayant atteint l'âge de 58 ans et dont le salaire diminue de la moitié au plus, de demander le maintien de leur prévoyance au niveau du dernier gain assuré.

² La prévoyance peut être maintenue au niveau du dernier gain assuré au plus tard jusqu'à l'âge réglementaire ordinaire de la retraite.

³ La parité des cotisations prévue à l'art. 66, al. 1, de la présente loi et à l'art. 331, al. 3, du code des obligations³ ne s'applique pas aux cotisations destinées à maintenir la prévoyance au niveau du dernier gain assuré. Le règlement ne peut prévoir des cotisations de l'employeur visant le même but qu'avec l'assentiment de ce dernier.

Art. 33b Activité lucrative après l'âge ordinaire de la retraite

L'institution de prévoyance peut prévoir dans son règlement la possibilité pour les assurés de demander le maintien de leur prévoyance jusqu'à cessation de leur activité lucrative, mais au plus tard jusqu'à l'âge de 70 ans.

Art. 49, al. 2, ch. 1

² Lorsqu'une institution de prévoyance étend la prévoyance au-delà des prestations minimales, seules s'appliquent à la prévoyance plus étendue les dispositions régissant:

1. la définition et les principes de la prévoyance professionnelle et le salaire ou le revenu assuré (art. 1, 33a et 33b),

II

Les actes normatifs mentionnés ci-après sont modifiés comme suit:

¹ FF 2007 5381

² RS 831.40

³ RS 220

1. Code civil⁴

Art. 89^{bis}⁵, al. 6, ch. 1

⁶ Les fondations de prévoyance en faveur du personnel dont l'activité s'étend au domaine de la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité sont en outre régies par les dispositions suivantes de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité⁶ sur:

1. la définition et les principes de la prévoyance professionnelle et le salaire ou le revenu assuré (art. 1, 33a et 33b),

2. Loi du 17 décembre 1993 sur le libre passage⁷

Art. 17, al. 6

⁶ La majoration de 4 % par année d'âge suivant la 20^e année, prévue par l'al. 1, ne s'applique pas aux cotisations visées à l'art. 33a LPP.

III

Disposition transitoire relative à la modification du 11 décembre 2009

Coordination de l'âge de la retraite

¹ Si la 11^e révision de l'AVS⁸ n'entre pas en vigueur avant ou en même temps que la présente modification, le Conseil fédéral procède aux adaptations nécessaires concernant l'âge de la retraite et le versement anticipé ou l'ajournement de la prestation de vieillesse.

² Si la modification du 19 décembre 2008 de la présente loi (Taux de conversion minimal)⁹ n'entre pas en vigueur avant ou en même temps que la présente modification, le Conseil fédéral procède aux adaptations nécessaires concernant l'âge de la retraite.

IV

¹ La présente loi est sujette au référendum.

² Le Conseil fédéral fixe la date de l'entrée en vigueur.

Conseil des Etats, 11 décembre 2009

Conseil national, 11 décembre 2009

La présidente: Erika Forster-Vannini
Le secrétaire: Philippe Schwab

La présidente: Pascale Bruderer
Wyss
Le secrétaire: Pierre-Hervé
Freléchoz

Expiration du délai référendaire et entrée en vigueur

¹ Le délai référendaire s'appliquant à la présente loi a expiré le 1^{er} avril 2010 sans avoir été utilisé.¹⁰

² La présente loi entre en vigueur le 1^{er} janvier 2011.

24 septembre 2010

Au nom du Conseil fédéral suisse:

La présidente de la Confédération, Doris
Leuthard
La chancelière de la Confédération, Corina
Casanova

⁴ RS 210

⁵ A l'entrée en vigueur de la modification du CC du 19 décembre 2008 (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation, FF 2009 139), l'art. 89^{bis} devient art. 89a).

⁶ RS 831.40

⁷ RS 831.42

⁸ Nouvelle version, premier message, FF 2006 1917

⁹ FF 2009 19

¹⁰ FF 2009 7939

Jurisprudence

780 Divorce : règle du partage par moitié de l'avoir de prévoyance en tant que règle ; refus du partage ; abus de droit

(Référence à un arrêt du TF du 27 août 2010, 5A_304/2010 ; publication ATF prévue ; arrêt en allemand)

(Art. 2 al. 2, 122 al. 1, 123 al. 2 et 124 al. 1 CC)

X. et Y. se sont mariés le 29 octobre 2004. Ils vivent séparés depuis le 7 mars 2005.

En l'espèce, le litige porte notamment sur le partage de la prévoyance professionnelle. Pour autant qu'aucun cas de prévoyance ne soit survenu pour l'un ou l'autre des époux, chacun d'eux a droit, selon l'art. 122 al. 1 CC, à la moitié de la prestation de sortie de son conjoint, calculée pour la durée entière du mariage selon les dispositions de la loi sur le libre passage. En revanche, une indemnité équitable est due lorsqu'un cas de prévoyance est déjà survenu pour l'un des époux ou pour les deux.

Dans un premier temps, il s'agit donc d'examiner la question de la survenance d'un cas de prévoyance.

Le tribunal cantonal a retenu qu'un cas de prévoyance était survenu pour la recourante à la date de son 64^e anniversaire, le 1^{er} juillet 2006, c'est-à-dire pendant la durée du mariage. A cette date, sa rente d'invalidité avait en effet été convertie en une rente de vieillesse (AVS). C'est pourquoi, il a statué sur le partage de la prévoyance en se basant sur l'art. 124 al. 1 CC.

Il est incontesté que l'intimé a acquis pendant la durée du mariage un avoir de prévoyance de 134'003 fr. 85 auprès d'une institution du deuxième pilier et que la recourante touche une rente de l'AVS depuis le 1^{er} juillet 2006, mais qu'elle ne dispose elle-même d'aucune prévoyance professionnelle.

Pour exclure l'application de l'art. 122 al. 1 CC, il suffit, selon la teneur de la loi, qu'un cas de prévoyance soit survenu pour l'un des conjoints. Il faut toutefois qu'un cas de prévoyance soit survenu pour le conjoint qui a une prévoyance professionnelle ou en tout cas qui en avait une pendant le mariage. Comme l'ancien Tribunal fédéral des assurances l'avait retenu dans son arrêt B 19/03 du 30 janvier 2004, consid. 5.1, le droit d'un conjoint à une rente de vieillesse ou d'invalidité (comme en l'espèce selon la LAVS ou la LAI) ne constitue pas un cas de prévoyance si ce conjoint n'a jamais travaillé ou n'a jamais été affilié à une institution de prévoyance professionnelle.

Le tribunal cantonal est faussement parti de l'idée qu'un cas de prévoyance était survenu pour la recourante, qui ne dispose d'aucune prévoyance professionnelle, parce qu'elle avait atteint l'âge de la retraite et que sa rente d'invalidité avait été remplacée par une rente de vieillesse (voir art. 30 LAI et art. 33^{bis} LAVS). C'est pourquoi, il a ensuite procédé à tort au partage de la prévoyance non pas selon l'art. 122 CC, mais selon l'art. 124 CC.

Selon l'art. 123 al. 2 CC, le tribunal peut refuser le partage, en tout ou en partie, lorsque celui-ci s'avère manifestement inéquitable pour des motifs tenant à la liquidation du régime matrimonial ou à la situation économique des époux après le divorce.

Dans un deuxième temps, il faut examiner si la manière de juger du tribunal cantonal a des conséquences également dans le résultat. Le tribunal cantonal s'est en effet aussi basé, en application de l'art. 124 al. 1 CC, sur le partage par moitié de la prestation de libre passage de l'intimé en considérant que la recourante avait en principe droit à 67'001 fr. 95. Toutefois, il lui a refusé ce montant en se fondant sur l'art. 123 al. 2 CC (qu'il faut prendre en considération également dans le cadre de l'art. 124 CC). Il a considéré qu'un partage par moitié était injuste, inéquitable et inapproprié compte tenu de l'ensemble des faits. Il a estimé que la répartition de la prévoyance doit se faire en fonction de

la durée effective de la vie conjugale commune et non pas sans autre en fonction de la durée formelle totale du mariage. Selon lui, l'ampleur du besoin d'assistance justifie de refuser partiellement le partage. C'est pourquoi, il a alloué à la recourante seulement 20'000 francs.

Le droit au partage a pour but de compenser les inconvénients du droit de la prévoyance liés à la répartition des tâches pendant le mariage et sert à l'indépendance économique de chaque conjoint après le divorce. Il est l'expression de la communauté de sort liée au mariage. Si, pendant le mariage, un conjoint s'est consacré à la tenue du ménage et à l'éducation des enfants et s'il a, pour ce motif, renoncé totalement ou partiellement à une activité lucrative, il doit, au moment du divorce, recevoir de l'institution de prévoyance professionnelle de son partenaire une partie de la prévoyance constituée par celui-ci pendant le mariage. Le partage de la prestation de sortie a pour but de compenser sa lacune de prévoyance et lui permet de faire des rachats dans sa propre institution de prévoyance. Il vise également à favoriser son indépendance économique après le divorce. Cette formulation ne saurait toutefois être comprise dans le sens qu'un droit au partage de la prévoyance n'existe que dans les cas où la répartition des tâches pendant le mariage a généré un inconvénient sous l'angle du droit de la prévoyance et où ainsi une sorte de préjudice de prévoyance dû au mariage est prouvé. Au contraire, le droit au partage en tant que conséquence de la communauté de sort ne dépend pas de la manière dont les époux ont partagé leurs tâches pendant le mariage. En d'autres termes, le partage de la prévoyance – comme celui des acquêts par moitié – a lieu sans conditions ; le partage par moitié des prestations se fonde sur le critère abstrait de la durée formelle du mariage (jusqu'à l'entrée en force du jugement de divorce) et non pas sur la durée effective de la communauté de vie des conjoints.

Le motif légal de refus de l'art. 123 al. 2 CC exige d'une part que le partage s'avère manifestement inéquitable et d'autre part qu'il le soit pour des motifs tenant à la liquidation du régime matrimonial ou à la situation économique des époux après le divorce. Cette disposition doit être appliquée restrictivement pour ne pas vider de sa substance le principe du partage par moitié de l'avois de prévoyance. L'examen du caractère manifestement inéquitable du partage relève du pouvoir d'appréciation du juge du fond. C'est pourquoi, le TF s'impose une certaine retenue lorsqu'il est appelé à contrôler des décisions sur ce point.

En ce sens, le partage par moitié peut notamment être manifestement inéquitable lorsque la femme est vendeuse et que le mari est avocat ou médecin à titre indépendant (sans 2^e pilier, mais avec un bon 3^e pilier). Autres exemples types, le cas de la femme qui exerce déjà une activité lucrative et qui finance les études de son mari, lesquelles permettront à celui-ci d'obtenir par la suite un haut revenu et de se constituer une meilleure prévoyance (Message du 15 novembre 1995 sur la modification du CC, FF 1996 I 105, ch. 233.432), ou le cas où un conjoint a déjà droit à une rente et où l'autre, proche de l'âge de la retraite, ne touchera probablement qu'une rente moindre.

En revanche, le partage n'est pas manifestement inéquitable si le conjoint ayant droit au partage a une fortune élevée ou s'il s'installe dans une nouvelle communauté de vie avec une tierce personne.

Le tribunal cantonal ne démontre pas en quoi le partage par moitié serait manifestement inéquitable pour des motifs tenant à la liquidation du régime matrimonial ou à la situation économique des époux après le mariage. Il ne se prononce pas sur cette deuxième condition. On ne voit pas non plus, au vu de la jurisprudence susmentionnée au sujet du motif légal de refus, dans quelle mesure le caractère manifestement inéquitable au sens de l'art. 123 al. 2 CC pourrait être donné. La liquidation du régime matrimonial est entrée en force sans que le tribunal de district ne reconnaisse aucune prétention aux parties à ce titre. En ce qui concerne la situation économique des époux après le divorce, la recourante perçoit une rente AVS et percevra probablement des prestations complémentaires, alors que l'intimé se trouve dans une situation nettement meilleure sur ce point. Le partage par moitié n'est par conséquent pas manifestement inéquitable.

Un refus (partiel) entre également en considération lorsque, dans le cas concret, les faits se présentent de manière comparable ou semblable à ceux décrits à l'art. 123 al. 2 CC et que l'indemnité est contraire à l'interdiction de l'abus de droit manifeste (art. 2 al. 2 CC). Le refus pour abus de droit ne doit toutefois être prononcé qu'avec beaucoup de retenue et il ne subsiste aucun espace pour d'autres motifs de refus.

Ainsi, selon le TF, une faute constituant une violation des devoirs du mariage et les motifs ayant conduit au divorce ne suffisent pas en règle générale pour admettre un abus de droit. En revanche, il y a un tel abus en cas de mariage blanc ou lorsque le mariage n'a pas du tout été vécu comme tel, c'est-à-dire qu'il n'y a jamais eu de ménage commun.

Dans la mesure où le tribunal cantonal retient qu'on ne peut pas sans autre se fonder sur la durée formelle du mariage car le partage de la prévoyance doit être considéré comme la conséquence de la communauté conjugale effectivement vécue, il se met en contradiction avec la conception légale et la jurisprudence du TF, selon lesquelles il faut se baser précisément et seulement sur la durée formelle du mariage (plus de quatre ans et demi) et selon lesquelles le partage par moitié a lieu en principe sans conditions. C'est pourquoi on ne saurait retenir un abus de droit du seul fait de la durée effective de la communauté conjugale (un peu plus de quatre mois).

Le tribunal cantonal a jugé qu'un partage par moitié heurterait de manière fondamentale le sentiment de justice, mais le droit matériel ne connaît pas ce motif de refus. Certes, une grave violation de l'idée de justice (entre autres) peut conduire à l'admission de l'abus de droit manifeste. Toutefois, le jugement attaqué ne fait pas ressortir dans quelle mesure cela serait le cas en l'espèce. L'indication faite par le tribunal cantonal que la recourante disposerait, au vu du dossier, de moyens suffisants pour maintenir son niveau de vie habituel antérieur sans restrictions n'est pas suffisante et pas non plus déterminante.

Comme il n'existe ainsi pas de motif de refus, la recourante a droit au partage par moitié de l'avoir de prévoyance acquis par l'intimé pendant le mariage à raison de 134'003 fr. 85, soit à 67'001 fr. 95. La cause doit être renvoyée au tribunal cantonal pour l'exécution du partage de l'avoir de prévoyance. Ce tribunal devra notamment examiner si les conditions d'un paiement en espèces sont données (voir art. 22 al. 1 LFLP en relation avec l'art. 5 LFLP).

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 120

indication

770 Code de procédure civile suisse en vigueur dès le 1^{er} janvier 2011 : extraits concernant le partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce ou de dissolution judiciaire du partenariat enregistré

Nous publions ci-après les extraits du Code de procédure civile suisse concernant le partage du 2^e pilier en cas de divorce ou de dissolution judiciaire du partenariat enregistré (seule fait foi la version publiée dans le [RO 2010 1739](#)):

L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse,

vu l'art. 122, al. 1, de la Constitution¹¹,

vu le message du Conseil fédéral du 28 juin 2006¹²,

arrête:

(...)

Art. 280 Convention de partage des prestations de sortie

¹ Le tribunal ratifie la convention de partage des prestations de sortie prévues par la prévoyance professionnelle aux conditions suivantes:

- a. les époux se sont entendus sur le partage et les modalités de son exécution;
- b. les institutions de prévoyance professionnelle concernées confirment le montant des prestations de sortie à partager et attestent que l'accord est réalisable;
- c. le tribunal est convaincu que la convention est conforme à la loi.

² Le tribunal communique aux institutions de prévoyance professionnelle les dispositions de la décision entrée en force qui les concernent, y compris les indications nécessaires au transfert du montant prévu. La décision est contraignante pour les institutions de prévoyance.

³ Si la convention précise que l'un des époux renonce en tout ou en partie à son droit, le tribunal vérifie d'office qu'il bénéficie d'une prévoyance vieillesse et invalidité équivalente.

Art. 281 Désaccord sur le partage des prestations de sortie

¹ En l'absence de convention et si le montant des prestations de sortie est fixé, le tribunal statue sur le partage conformément aux dispositions du CC (art. 122 et 123 CC, en relation avec les art. 22 et 22a de la loi du 17 déc. 1993 sur le libre passage), établit le montant à transférer et demande aux institutions de prévoyance professionnelle concernées, en leur fixant un délai à cet effet, une attestation du caractère réalisable du régime envisagé.

² L'art. 280, al. 2 est applicable par analogie.

³ Dans les autres cas, le tribunal, à l'entrée en force de la décision sur le partage, défère d'office l'affaire au tribunal compétent en vertu de la loi du 17 décembre 1993 sur le libre passage et lui communique en particulier:

- a. la décision relative au partage;
- b. la date du mariage et celle du divorce;
- c. le nom des institutions de prévoyance professionnelle auprès desquelles les conjoints ont vraisemblablement des avoirs;
- d. le montant des avoirs des époux déclarés par ces institutions.

(...)

Art. 307

Les dispositions relatives à la procédure de divorce s'appliquent par analogie à la dissolution et à l'annulation du partenariat enregistré.

II. Modification du droit en vigueur

Les lois mentionnées ci-après sont modifiées comme suit: (...)

¹¹ RS 101

¹² [FF 2006 6841](#).

3. Code civil

(...)

Chapitre IV (art. 135 à 149)

Abrogé

4. Loi fédérale du 18 juin 2004 sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe

Section 3 (art. 35)

Abrogée

5. Code des obligations

(...)

Art. 331e, al. 6

⁶ Lorsque les époux divorcent avant la survenance d'un cas de prévoyance, le versement anticipé est considéré comme une prestation de libre passage; il est partagé conformément aux art. 122 et 123 du code civil, à l'art. 280 CPC et à l'art. 22 de la loi du 17 décembre 1993 sur le libre passage. Cette disposition est applicable en cas de dissolution judiciaire du partenariat enregistré.

29. Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité

Art. 30c, al. 6

⁶ Si les époux divorcent avant la survenance d'un cas de prévoyance, le versement anticipé est considéré comme une prestation de libre passage; il est partagé conformément aux art. 122 et 123 du code civil, à l'art. 280 du code de procédure civile du 19 décembre 2008 et à l'art. 22 LFLP.

30. Loi fédérale du 17 décembre 1993 sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité

Art. 22, al. 1

¹ En cas de divorce, les prestations de sortie acquises durant le mariage sont partagées conformément aux art. 122 et 123 du code civil (CC) et des art. 280 et 281 du code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC); les art. 3 à 5 de la présente loi s'appliquent par analogie au montant à transférer.

Art. 25a, al. 1

¹ En cas de désaccord des conjoints sur la prestation de sortie à partager en cas de divorce (art. 122 et 123 CC), le juge du lieu du divorce compétent au sens de l'art. 73, al. 1, LPP doit, après que l'affaire lui a été transmise (art. 281, al. 3, CPC), exécuter d'office le partage sur la base de la clé de répartition déterminée par le juge du divorce.

Extrait du message ([FF 2006 pp. 6968-6969](#) ; les art. 275 et 276 du projet sont devenus les art. 280 et 281 ZPO dans la version définitive) :

« Les art. 141 et 142 CC traitent de la prévoyance professionnelle et distinguent deux situations de procédure:

- Si la *convention* conclue par les époux est conforme aux prescriptions légales et peut être réalisée, la décision sur les prestations de sortie peut être directement prise dans la procédure de divorce (voir art. 141 CC), conformément au droit matériel (art. 122 ss CC ainsi que 22 LFLP).
- En cas de *désaccord* entre les époux, le tribunal du divorce doit en revanche transmettre la question de la prévoyance professionnelle au *tribunal des assurances sociales* du for du divorce (art. 142 CC; art. 25a LFLP).

Le projet reprend pratiquement telle quelle l'idée de l'art. 141 CC (*accord des conjoints*; art. 275). Seul l'al. 1 a été remanié afin de préciser les conditions nécessaires à la ratification:

- Les époux doivent tout d'abord s'être entendus sur le partage et les modalités de son exécution (art. --275, al. 1, let. a). Il s'agit du montant de la prestation et du maintien du droit (voir art. 122 CC, art. 22, al. 1, et 22b LFLP).
- En deuxième lieu, une attestation des institutions de prévoyance concernées confirmant le montant des prestations de sortie et le caractère réalisable de l'accord doit être présentée (art. 275, al. 1, let. b).
- Troisièmement, le tribunal doit être convaincu que la convention est conforme à la loi (art. 275, al. 1, let. c). Cette condition n'est pas mentionnée expressément dans le droit en vigueur. Elle établit avant tout le lien avec le droit matériel (art. 122 ss CC). Le tribunal ne se limite pas en matière de prévoyance professionnelle à l'examen du caractère manifestement inéquitable. C'est bien plus la maxime inquisitoire qui s'applique (voir par contre art. 274). Par conséquent, la règle de partage des art. 122 ss CC n'est pas de droit dispositif, que la convention repose sur un divorce sur requête commune ou sur un divorce prononcé en vertu des art. 114 ou 115 CC. Les conditions générales de ratification doivent bien entendu être remplies également (voir art. 274, al. 1).

En revanche, l'art. 276, al. 1 modifie le droit actuel (art. 142 CC) en cas de désaccord des époux. Il a été dit, à juste titre, en procédure de consultation que le renvoi au tribunal des assurances sociales compétent ne se justifiait pas vraiment lorsque le *montant des prestations de sortie était fixé*. Dans ce cas, le tribunal du divorce doit pouvoir statuer directement sur les questions relatives à la prévoyance professionnelle, même si les époux ne sont pas d'accord sur le mode de partage. Une seconde procédure devant le tribunal des assurances sociales s'avérerait peu économique et disproportionnée au vu de la question à trancher. La décision du tribunal du divorce doit toutefois pouvoir être exécutée par les institutions de prévoyance concernées, ces dernières n'étant pas parties au procès. C'est pourquoi des *attestations du caractère réalisable* doivent être demandées, dans ce cas, d'office (art. 276, al. 1 et 2).

Si les conditions de l'art. 276, al. 1, ne sont pas réalisées, la cause est renvoyée, comme aujourd'hui, au tribunal des assurances sociales compétent (art. 276, al. 3). »

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 119

Jurisprudence

758 Renvoi d'office au juge du divorce lorsque le juge des assurances constate que le partage des prestations de sortie est impossible

(Référence à un arrêt du TF du 10 mai 2010, cause 9C_388/2009, publication ATF prévue ; arrêt en français)

(Art. 122, 124 et 142 CC)

Par jugement du 16 décembre 2008, le Tribunal de première instance de la République et canton de Genève a prononcé le divorce des époux X. Sous chiffre 5 du dispositif, il a pris acte que les ex-conjoints avaient convenu de partager par moitié la totalité de leurs avoirs de prévoyance professionnelle accumulée pendant le mariage, et transmis le dossier au Tribunal cantonal des assurances sociales afin d'établir le montant respectif des avoirs de prévoyance et d'exécuter le partage de la différence entre les deux créances. Constatant que M. X. était bénéficiaire depuis le mois de janvier 2008 de prestations provisoires de la Caisse de prévoyance C., le Tribunal cantonal des assurances sociales a,

par jugement du 12 mars 2009, considéré que le partage des avoirs de prévoyance professionnelle ordonné par le juge du divorce était impossible, invité les ex-époux à saisir le juge du divorce d'une demande d'indemnité équitable et rayé la cause du rôle.

Lorsque le juge des assurances sociales constate que le partage des prestations de sortie ordonné par le juge du divorce est impossible et que cette impossibilité correspond à un motif d'allouer une indemnité équitable au sens de l'art. 124 al. 1 CC, il ne doit, en principe, pas entrer en matière sur la requête de partage.

La jurisprudence du TF relative à la procédure à suivre dans ces circonstances n'est pas uniforme. Des arrêts indiquent qu'il convient de renvoyer l'affaire au juge du divorce comme objet de sa compétence, sans toutefois donner plus de détails sur la procédure à suivre (arrêt B 107/06 du 7 mai 2007 consid. 4.2.2, in SVR 2007 BVG n° 42 p. 151; voir également arrêt B 104/05 du 21 mars 2007 et [ATF 129 V 444](#) consid. 5.4 in fine p. 449; voir également RJB 143/2007 p. 644 ss). D'autres arrêts, plus récents, précisent que le jugement de divorce doit faire en principe l'objet d'une demande de révision (arrêts 9C_691/2009 du 24 novembre 2009 consid. 2, non publié in [ATF 135 V 436](#), et 9C_899/2007 du 28 mars 2008 consid. 5.2, in FamPra.ch 2008 p. 654; voir également [ATF 134 V 384](#) consid. 4.1 in initio p. 388 et [132 III 401](#) consid. 2.1 p. 402). Cependant dans une jurisprudence plus ancienne, le TF a également évoqué la possibilité de demander le complètement du jugement de divorce ([ATF 129 III 481](#) consid. 3.6.3 p. 492).

A l'occasion de leur séance commune du 23 avril 2010, la I^{le} Cour de droit civil et la II^e Cour de droit social ont examiné cette question et sont arrivées aux conclusions suivantes:

La garantie d'une prévoyance vieillesse, survivants et invalidité appropriée est d'intérêt public. Il appartient donc, en principe, au juge du divorce de statuer d'office sur les aspects liés à la prévoyance professionnelle, conformément aux règles des art. 122 à 124 CC. Contrairement aux autres effets accessoires du divorce, la question des aspects liés à la prévoyance professionnelle n'est pas toujours réglée de façon définitive dans le jugement de divorce. Selon les circonstances, le juge du divorce peut être tenu de transférer le dossier au juge des assurances sociales compétent en vertu de la LFLP pour que celui-ci exécute le partage ordonné par le premier (art. 142 al. 2 CC; voir également l'art. 281 al. 3 du code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008, en vigueur à compter du 1^{er} janvier 2011). Autrement dit, la procédure de divorce comporte une phase ultérieure, prévue par le droit matériel, qui stipule l'intervention d'une autre autorité judiciaire chargée de fixer le montant à transférer. Dans cette situation, l'examen matériel du litige ne se termine pas par le jugement de divorce, mais se poursuit au-delà de celui-ci. L'intervention du juge des assurances sociales est destinée à parfaire le jugement de divorce.

Le système bicéphale voulu et adopté par le législateur peut cependant engendrer deux décisions contradictoires, lorsque le juge des assurances sociales constate que le partage des prestations de sortie ordonné par le juge du divorce est impossible. En s'opposant à l'exécution du jugement de divorce, le juge des assurances sociales met en même temps en évidence l'existence d'une imperfection dans ledit jugement, puisque celui-ci ne permet pas de régler une question, à savoir le sort de la prévoyance professionnelle constituée pendant la durée du mariage, qui doit l'être nécessairement en vertu du droit fédéral (cf. [ATF 104 II 289](#)). Or, le jugement de divorce n'est complet que s'il est entièrement exécutable, ce qui n'est pas le cas lorsque la question des aspects liés à la prévoyance professionnelle demeure indécise. Le juge des assurances sociales n'ayant pas la faculté de statuer sur l'octroi d'une indemnité équitable au sens de l'art. 124 CC ([ATF 129 V 444](#) consid. 5.4), il revient au juge du divorce de compléter le jugement de divorce.

La procédure prévue à l'art. 142 al. 2 CC et dans la LFLP cantonne les conjoints divorcés dans un rôle passif, puisqu'ils n'ont aucune prise sur la transmission du dossier au juge des assurances sociales ou sur la décision de celui-ci de ne pas exécuter le partage. Dans ce contexte, exiger de leur part un acte matériel, tel que le dépôt d'un acte introductif d'instance, ne semble guère rationnel. D'ailleurs, la correction du jugement de divorce par le biais des actions prévues par le droit civil (révision, complètement ou modification du jugement de divorce) n'apparaît pas souhaitable, puisque cela permettrait aux parties de décider si elles entendent agir ou non. Or, en cas d'inaction des parties, le risque existe qu'une question que le législateur exige de régler impérativement dans le contexte d'un divorce, à savoir le sort de la prévoyance professionnelle constituée pendant la durée du mariage, demeure sans réponse. Pareille situation ne serait alors pas conforme à la volonté du législateur fédéral. Dans ces conditions, en tant que l'art. 142 al. 2 CC impose la transmission d'office du jugement de divorce au juge des assurances sociales pour qu'il exécute le partage des prestations de sortie, il convient d'admettre que cette disposition contient également l'obligation implicite pour le juge des assurances sociales de renvoyer d'office la cause à la juridiction civile, comme objet de sa compétence, lorsqu'il constate l'impossibilité d'exécuter le mandat qui lui a été confié par le juge du divorce. Le renvoi d'office au juge du divorce est la conséquence logique et nécessaire du système particulier mis en place par le législateur à l'art. 142 al. 2 CC.

Dans la cause ayant donné lieu à l'arrêt publié aux [ATF 134 V 384](#), le TF a considéré que rien ne s'opposait à ce que le juge des assurances sociales exécute un jugement de divorce prescrivant le partage (par moitié) de la prestation de sortie fondé à tort sur l'art. 122 CC, lorsque les conditions pour imputer une partie de la prestation de sortie sur l'indemnité équitable au sens de l'art. 22b LFLP étaient réalisées. Dans ce précédent, le fait que l'institution de prévoyance avait attesté à plusieurs reprises et en pleine connaissance de cause le caractère réalisable du partage constituait une circonstance exceptionnelle qui permettait - dans le cas particulier - au juge des assurances sociales d'exécuter le partage. En l'absence notamment d'une confirmation de l'institution de prévoyance du caractère réalisable du partage - comme c'est le cas en l'espèce -, il convient de se montrer restrictif et de dénier le droit au juge des assurances sociales de prescrire qu'une partie de la prestation de sortie peut être imputée sur l'indemnité équitable. De façon générale, il n'appartient pas au juge des assurances sociales de se substituer au juge du divorce et d'examiner lui-même la question de l'indemnité équitable selon l'art. 124 CC (voir également le texte de l'art. 22b LFLP). Seul le juge du divorce dispose d'une vision d'ensemble de la situation économique concrète des parties et de leurs besoins de prévoyance respectifs.

Il suit de là que la cause doit être transmise d'office au Tribunal de première instance de la République et canton de Genève afin qu'elle reprenne l'instruction de la cause sur la question de la prévoyance professionnelle constituée pendant la durée du mariage et rende, après avoir entendu les parties, un nouveau jugement sur ce point. Dans ces conditions, il convient d'annuler le chiffre 2 du jugement attaqué invitant les parties à saisir le juge du divorce d'une demande d'indemnité équitable.

759 Divorce: pas de partage du pilier 3a (prévoyance individuelle liée) selon l'art. 122 CC

(Référence à un arrêt du TF du 31 mai 2010, cause 9C_19/2010 ; arrêt en français)

(Art. 122 CC, 22 al. 2 LFLP et 10 OLP)

La compagnie d'assurance recourante considère que le Tribunal cantonal des assurances sociales de la République et canton de Genève a violé l'art. 122 du Code civil (CC) et l'autorité de chose jugée du jugement de divorce en procédant, dans le cadre du litige dont il était saisi, au partage d'une prestation relevant du 3^e pilier.

D'après l'art. 122 al. 1 CC, lorsque l'un des époux au moins est affilié à une institution de prévoyance professionnelle et qu'aucun cas de prévoyance n'est survenu, chaque époux a droit à la moitié de la prestation de sortie de son conjoint calculée pour la durée du mariage selon les dispositions de la loi sur le libre passage (LFLP). Le partage des prestations de sortie en cas de divorce porte sur toutes les prétentions issues de rapports de prévoyance soumis à la LFLP, ce qui comprend tant les avoirs de la prévoyance obligatoire que ceux de la prévoyance surobligatoire, ainsi que les prestations de prévoyance maintenues au moyen d'une police de libre passage ou d'un compte de libre passage ("avoirs de libre passage" [art. 22 al. 2 LFLP]) au sens de l'art. 10 de l'ordonnance du 10 octobre 1994 sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle (OLP), soit l'ensemble des prétentions issues des piliers 2a et 2b. Ne sont pas concernées par le partage des prestations de sortie au sens de l'art. 122 CC les prétentions relevant du 1^{er} et du 3^e pilier ([ATF 130 V 111](#) consid. 3.2.2 p. 114).

Selon le TF, on ne peut en l'espèce que donner raison à la recourante. Une lecture attentive du jugement de divorce ainsi que des pièces remises par la recourante au cours de la procédure cantonale (en particulier de son courrier du 8 juillet 2009) permettait d'établir que la prestation d'assurance reçue par l'époux X. résultait de la résiliation d'une police de prévoyance liée 3a. Le montant de cette police (valeur de rachat) a d'ailleurs été pris en considération comme acquêt de l'époux dans le cadre de la liquidation du régime matrimonial. Dans ces conditions, le Tribunal cantonal des assurances sociales n'était pas légitimé à tenir compte de cette prestation dans le cadre de l'exécution du partage ordonné par le juge du divorce, puisque celle-ci ne relevait pas du 2^e pilier. Le recours doit donc être admis.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 118

Jurisprudence

748 Procédure de divorce, suicide et rente de conjoint survivant

(Référence à un arrêt du TF du 15 mars 2010, cause 9C_811/2009 ; en français)

(Art. 19 LPP)

X. et Y. ont contracté mariage le 29 décembre 1997. Leur divorce a été prononcé par « judicatum » du 21 janvier 2008 (art. 211 du Code de procédure civile du canton du Valais). L'époux X. a expressément renoncé à exiger une expédition complète du jugement et à recourir; il sollicitait l'entrée en force du « judicatum ». L'épouse Y. s'est suicidée le 1^{er} février 2008. Elle n'a manifesté aucune intention quant aux suites de la procédure de divorce. Le procès a été déclaré sans objet. X. a requis le versement de prestations réglementaires pour conjoint survivant de la part de la caisse de prévoyance Z., où était assurée Y. Il a été informé qu'il était en droit de bénéficier d'une rente mensuelle d'un montant de 1401 fr. dès le 1^{er} mars 2008, mais que le versement en était provisoirement bloqué à la demande des héritiers de l'épouse.

X. a ouvert action contre la caisse auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal valaisan, concluant à l'octroi d'une rente mensuelle de 1401 fr. avec intérêt à 5 % à chaque échéance.

La juridiction cantonale a accédé aux conclusions de l'époux par jugement du 17 août 2009. Elle constatait que le mariage avait été dissous par le décès de l'épouse - non par le divorce - et estimait que le comportement de X. - qui avait explicitement renoncé à recourir contre le « judicatum » et sollicité immédiatement après l'octroi d'une rente de veuf - ne constituait pas un abus de droit contrairement à ce que soutenait la caisse, qui a recouru au TF.

En l'espèce, le TF a considéré que les premiers juges ont fait usage de leur pouvoir d'appréciation et n'en ont pas mésusé, contrairement à ce que soutient l'institution de prévoyance. Ils ont expliqué de

manière détaillée pourquoi ils n'entendaient pas donner suite aux moyens de preuve requis en exposant, notamment, que les problèmes personnels ayant conduit les conjoints à introduire une action en divorce n'étaient pas déterminants pour l'issue du litige, du moment que le juge des assurances sociales n'avait pas à s'ériger en juge moral dans de tels cas et qu'il n'avait jamais été allégué que l'intimé portait une responsabilité pénale dans la mort de sa femme. L'acte attaqué ne viole donc pas le droit d'être entendu de la caisse recourante, ni ne consacre une appréciation manifestement inexacte des preuves. Au contraire, il est solidement motivé et ne saurait en aucun cas être remis en question par le seul fait que l'étude des dossiers civils et pénaux mentionnés prouverait l'existence d'une circonstance particulière (le comportement qualifié de contradictoire et d'abusif par l'institution de prévoyance) que l'autorité de première instance connaissait d'ailleurs parfaitement, qu'elle a examinée dès lors qu'elle constituait le point central du litige et qu'elle a finalement écartée.

Le TF ajoute que la caisse recourante ne développe aucun nouvel argument qui démontrerait ou, du moins, rendrait vraisemblable que la juridiction cantonale se serait trompée dans l'analyse du caractère abusif ou non du comportement de l'intimé. Elle s'est bornée à reprendre l'argumentation développée précédemment de manière certes plus étoffée, mais fondamentalement identique. Or, les premiers juges ont déjà concrètement expliqué que la mort de l'épouse avait eu pour conséquence, sur le plan judiciaire, le classement sans suite de la procédure de divorce, au niveau de l'état civil, la constatation de la dissolution du mariage par le décès et, dans la prévoyance professionnelle, la reconnaissance de la qualité de bénéficiaire de rente désigné par la loi et les dispositions réglementaires. Le TF relève enfin que la procédure de divorce a été initiée par requête unilatérale de l'épouse, même si l'époux a fini par y acquiescer, ce qui relativise le seul argument de la recourante pour illustrer l'un des pans du comportement soi-disant contradictoire de l'intimé, que, si celui-ci a effectivement sollicité l'entrée en force anticipée du jugement de divorce, il n'a fait qu'utiliser un des instruments procéduraux à disposition dont l'objectif n'est en tout cas pas de qualifier ou de quantifier la volonté des parties et que la déclaration de renonciation à recourir adressée au juge du divorce ne saurait être interprétée comme une renonciation à faire valoir ses droits adressée à l'institution de prévoyance dans l'hypothèse où un cas de prévoyance survenait avant l'entrée en force du jugement de divorce. Le recours est donc entièrement mal fondé.

749 Principe du partage par moitié du 2^e pilier en cas de divorce et motifs de refus du partage

(Référence à un arrêt de la 2^e Cour de droit civil du TF du 3 mars 2010, cause 5A_701/2009; en français)

(Art. 122 et 123 CC)

Les prestations de sortie des époux doivent en principe être partagées entre eux par moitié (art. 122 CC). Le TF a souligné la nature inconditionnelle de la prétention, relevant qu'elle est indépendante de la répartition des tâches entre les conjoints durant le mariage, tout comme l'est le partage par moitié des acquêts (arrêts 5A_79/2009 du 28 mai 2009 consid. 2.1; 5A_623/2007 du 4 février 2008 consid. 5.2, in FamPra.ch 2008 p. 384; Message concernant la révision du code civil du 15 novembre 1995, FF 1996 I 101 ss, p. 102, ch. 233.41).

Exceptionnellement, le juge peut refuser le partage, en tout ou en partie, lorsque celui-ci s'avère manifestement inéquitable pour des motifs tenant à la liquidation du régime matrimonial ou à la situation économique des époux après le divorce (art. 123 al. 2 CC). L'art. 123 al. 2 CC doit être appliqué de manière restrictive, afin d'éviter que le principe du partage par moitié des avoirs de prévoyance ne soit vidé de son contenu. S'agissant des motifs de refus du partage total ou partiel, le TF a jugé que ce refus est par exemple justifié lorsque les époux sont séparés de biens et que l'un d'entre eux, salarié, a accumulé obligatoirement un 2^e pilier alors que l'autre, qui exerce une activité indépendante, s'est constitué un 3^e pilier d'un certain montant. Dans ce cas, il serait inéquitable de partager le compte de

prévoyance de l'époux salarié alors que le conjoint qui travaille de manière indépendante pourrait conserver sa prévoyance privée (arrêt 5A_214/2009 du 27 juillet 2009 consid. 2.3). Outre les circonstances économiques postérieures au divorce ou les motifs tenant à la liquidation du régime matrimonial, le juge peut également refuser le partage si celui-ci contrevient à l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC; [ATF 133 III 497](#) consid. 4). Cette dernière circonstance ne doit être appliquée qu'avec une grande réserve (ATF 133 III 497 consid. 4.4).

Selon les constatations du Tribunal cantonal, la recourante, pendant le mariage, a toujours travaillé à temps complet auprès d'une banque, ce qui lui a permis de se constituer une prévoyance professionnelle de 218'718 fr. 15, entièrement acquise pendant le mariage. Son salaire actuel est de 5'400 fr. net. Âgée de 47 ans au moment du jugement cantonal, elle disposera de plus de quinze ans pour compléter sa prévoyance professionnelle. Elle est propriétaire de la maison familiale ainsi que de terres agricoles grevées de dettes d'un montant supérieur à la valeur officielle de ces immeubles. Elle est créancière d'un montant de 32'000 fr. pour des prêts consentis durant le mariage à son époux. Parallèlement à son emploi, elle a assumé la tenue du ménage et l'éducation de leur fils. A raison de quatre heures par semaine, elle a contribué à l'entreprise de son époux par des travaux administratifs et de gestion, sans qu'elle perçoive de salaire. De son côté, le mari, qui est indépendant, ne s'est pas constitué un 2^e pilier; il a en revanche accumulé un 3^e pilier composé d'un montant de 36'929 fr. (3^e pilier A) et de 2'021 fr. (3^e pilier B). A l'instar de son épouse, il travaillera encore une quinzaine d'années, ce qui lui permettra d'accroître sa prévoyance vieillesse. Les juges cantonaux ont retenu qu'il disposait d'une capacité de gain similaire à celle de son épouse et qu'il était débiteur d'un montant extrêmement élevé.

Dans le cas d'espèce, un partage en vertu de l'art. 122 CC aurait pour résultat que seul l'avoir de prévoyance professionnelle accumulé par l'épouse durant le mariage (218'718 fr. 15) serait partagé alors que l'époux conserverait le 3^e pilier qu'il s'est constitué (38'950 fr.) en raison du régime de la séparation de biens. Au vu des circonstances, il n'en découlerait toutefois pas une disproportion manifeste dans la prévoyance globale des parties. On ne saurait donc y voir un motif justifiant de faire exception au partage.

La recourante tente également de tirer argument du fait qu'elle a, durant le mariage, contribué aux besoins de la famille de manière plus importante que son mari alors que celui-ci, de son côté, a profité du travail de l'épouse et de l'argent prêté par celle-ci pour l'entreprise. Une telle argumentation est irrelevante puisque le droit au partage ne dépend pas de la répartition des tâches convenue durant le mariage.

Les circonstances ne laissent ainsi apparaître aucun motif qui justifierait de s'écarter du principe du partage par moitié des avoirs de prévoyance professionnelle. Selon le TF, le Tribunal cantonal a donc correctement appliqué le droit fédéral en refusant de faire une exception à ce principe.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 116

Indication

721 Partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce : ouverture de la consultation

Le Conseil fédéral a mis en consultation le 16 décembre 2009, à la demande du Département fédéral de justice et police, un avant-projet et son rapport explicatif en consultation jusqu'au 31 mars 2010. Le Conseil fédéral entend améliorer la réglementation relative au partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce par la voie d'une révision du code civil et d'autres lois (LPP et LFLP). Le but est

notamment d'améliorer la protection des couples qui divorcent après la survenance d'un cas de prévoyance.

Le lien suivant permet de consulter le projet mis en consultation :

<http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=30713>

Jurisprudence

727 Divorce: conditions permettant de déroger au partage par moitié des avoirs du 2^e pilier

(Référence à un arrêt de la 2^e Cour de droit civil du TF du 20 novembre 2009, 5A_458/2009 ; arrêt en français)

(Art. 123 al. 2 CC)

Le Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel a ordonné le partage des avoirs de prévoyance professionnelle accumulés durant le mariage à raison d'un quart en faveur du mari et de trois quarts en faveur de l'épouse. Le mari a déposé un recours en matière civile au TF.

Le TF commence par rappeler que les prestations de sortie de la prévoyance professionnelle des époux doivent en principe être partagées entre eux par moitié (art. 122 CC). Le principe du partage par moitié connaît toutefois des exceptions, prévues par l'art. 123 al. 2 CC. Aux termes de cette disposition, le juge peut, exceptionnellement, refuser le partage, en tout ou en partie, lorsque celui-ci s'avère manifestement inéquitable pour des motifs tenant à la liquidation du régime matrimonial ou à la situation économique des époux après le divorce. L'art. 123 al. 2 CC doit être appliqué de manière restrictive (ATF 135 III 153 consid. 6.1, résumé dans le [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 111 ch. 689](#)). S'agissant des motifs de refus liés à la situation économique des époux après le divorce, le TF a jugé que le refus du partage total ou partiel est par exemple justifié lorsque les époux sont séparés de biens et que l'un d'entre eux, salarié, a accumulé obligatoirement un 2^e pilier alors que l'autre, qui exerce une activité à titre indépendant, s'est constitué un troisième pilier d'un certain montant. Dans ce cas, il serait inéquitable de partager le compte de prévoyance de l'époux salarié alors que le conjoint qui travaille de manière indépendante pourrait conserver sa prévoyance privée (arrêt 5A_214/2009 du 27 juillet 2009 consid. 2.3). A titre d'exemple de refus de partage justifié, il faut encore mentionner le cas de l'épouse qui, exerçant une activité lucrative, a financé les études du mari, lui donnant ainsi la possibilité de se constituer à l'avenir une meilleure prévoyance que la sienne (FF 1996 I 101 ss, spéc. 107).

Un simple déséquilibre entre les situations financières des parties n'est toutefois pas suffisant pour déroger au droit au partage par moitié, qui dépend de ce qui a été acquis pendant le mariage et exprime la communauté de destin liée au mariage. Pour y déroger, encore faut-il que le partage par moitié entraîne une disproportion manifeste dans la prévoyance globale des parties.

Il n'apparaît pas que tel soit le cas en l'espèce.

Les époux X ont tous deux travaillé à plein temps pendant la durée du mariage célébré en septembre 1990. Au moment du divorce, l'épouse était âgée de 63 ans; elle travaillait comme expert-comptable pour un salaire mensuel brut de 10'000 fr., versé treize fois par an. Son avoir de 2^e pilier s'élevait au 1^{er} janvier 2008 à 760'363 fr., dont un montant de 119'765 fr. a été constitué avant le mariage. Pendant les années de mariage, elle a, par des prélèvements effectués sur son salaire, racheté des cotisations auprès de son institution de prévoyance. Au moment de sa retraite, sa rente annuelle serait, en l'absence de partage, de 56'423 fr. (4'701 fr. par mois). Elle peut également compter sur un montant de 159'123 fr. provenant de la liquidation du régime matrimonial. Le mari, âgé de 48 ans, dispose d'un avoir de libre passage de 80'392 fr. 65, dont un montant de 13'749 fr. 15 a été acquis avant le mariage. Cet avoir correspondrait à une rente probable à l'âge de 65 ans de 28'332 fr. par année (2'361 fr. par mois). Au terme de la liquidation du régime matrimonial, il obtiendra un montant de 87'220 fr.

A la suite du partage par moitié du 2^e pilier des parties, la prévoyance globale de l'épouse se composerait de sa rente AVS, du montant de 159'123 fr. provenant de la liquidation du régime matrimonial et d'un avoir de prévoyance professionnelle légèrement supérieur à 353'755 fr. 75 $[(760'363 \text{ fr.} - 119'765 \text{ fr.}) : 2] + [(80'392 \text{ fr.} 65 - 13'479 \text{ fr.} 15) : 2]$. Quant au mari, il disposerait de sa rente AVS, du solde éventuel de sa fortune (87'220 fr. + 75'000 fr.) et de son avoir de prévoyance professionnelle. Contrairement à son épouse, il aura la possibilité d'augmenter le montant de 353'755 fr. 75 issu du partage par moitié d'ici à l'âge de sa retraite. Cela étant, au vu du montant de son salaire (environ 5'200 fr. net) et du nombre d'années de cotisations qui lui restent (17 ans depuis le jugement de divorce), cette augmentation ne sera pas significative. A titre indicatif, on peut relever que, pendant les 18 ans de mariage, le mari a accumulé un 2^e pilier de 66'913 fr. 50. On ne saurait donc considérer que la prévoyance globale respective des parties présente une disproportion manifeste. Il faut encore observer que le montant élevé de la prévoyance professionnelle accumulée pendant les 18 ans de mariage par l'épouse (640'598 fr.) s'explique non seulement par le montant de ses revenus (10'000 fr. brut par mois) mais aussi par les rachats de cotisations qu'elle a effectués par des prélèvements sur son salaire. En 2002, elle a par exemple versé 25'488 fr. de cotisations LPP sur un salaire de 123'175 fr. A défaut de rachats, ces montants seraient entrés dans le compte d'acquêts de l'épouse (art. 197 al. 2 ch. 1 CC) et auraient ainsi été partagés par moitié dans le cadre de la liquidation du régime matrimonial (art. 215 al. 1 CC). Sous cet angle, le partage par moitié n'apparaît pas manifestement choquant, absolument inique ni encore, complètement insoutenable.

En définitive, le TF considère que la Cour cantonale a abusé de son pouvoir d'appréciation en admettant que les conditions de l'art. 123 al. 2 CC étaient réalisées. L'arrêt attaqué doit par conséquent être réformé en ce sens que les prestations de sortie LPP accumulées par les parties durant le mariage doivent être partagées par moitié.

728 Participation de l'institution de prévoyance à la procédure devant l'autorité précédente selon l'art. 25a LFLP en tant que condition de la qualité pour recourir dans la procédure devant le TF

(Référence à un arrêt du TF du 29 octobre 2009 en la cause Caisse de pensions des sociétés Hewlett-Packard en Suisse contre P., 9C_14/2009 ; arrêt en allemand)

(Art. 25a LFLP en relation avec l'art. 73 LPP, art. 89 al. 1 LTF)

Après l'entrée en force du jugement de divorce des époux P., le juge du divorce a transmis la cause au tribunal cantonal compétent en vertu de l'art. 25a LFLP en relation avec l'art. 73 LPP pour le partage des prestations de sortie. Ce tribunal a partiellement admis la demande de partage par moitié de l'avoir de l'époux et a astreint la caisse de pensions au versement de 22'014 fr. 95 (plus intérêts) sur un compte de prévoyance ou de libre passage de P. encore à déterminer. La caisse de pensions interjette un recours en matière de droit public au TF contre ce jugement de l'instance précédente en concluant à son annulation.

Le TF examine la qualité pour recourir de la caisse de pensions en s'appuyant sur les critères fixés par l'art. 89 al. 1 LTF, selon lesquels a qualité pour former un recours en matière de droit public quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire (let. a), est particulièrement atteint par la décision ou l'acte normatif attaqué (let. b) et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (let. c). Il retient que, selon des constatations qui lient le TF dans le jugement attaqué (art. 105 al. 2 LTF), la caisse de pensions a été invitée à prendre position par l'instance précédente mais qu'elle n'a pas fait usage de la possibilité qui lui avait été offerte de faire valoir son point de vue. Elle ne conteste du reste pas non plus ne pas avoir pris part à la procédure

devant l'instance précédente. De plus, selon les considérants du TF, c'est également à juste titre qu'elle n'invoque pas n'avoir bénéficié d'aucune possibilité de prendre part à la procédure cantonale.

Au vu de ces faits, la caisse de pensions, qui n'a pas participé à la procédure antérieure, ne remplit pas les conditions de recevabilité selon l'art. 89 al. 1 let. a LTF, raison pour laquelle le TF n'entre pas en matière sur son recours.

729 Répartition de la perte d'intérêts sur un versement anticipé intervenu pendant la durée du mariage pour l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle

(Référence à un arrêt du TF du 24 novembre 2009 en la cause M. contre W. et Caisse de pensions P. en tant que co-intéressée, 9C_691/2009, publication ATF prévue ; arrêt en allemand)

(Art. 22 al. 2 LFLP)

Dans cette procédure, le litige soumis au TF comprend notamment le point de savoir si et comment la perte d'intérêts consécutive à un versement anticipé effectué pendant le mariage doit être prise en considération dans le cadre du partage de la prévoyance professionnelle.

Le TF relève qu'il faut partir de la réglementation légale de l'art. 22 al. 2 LFLP selon laquelle la prestation de sortie existant au moment de la conclusion du mariage doit être augmentée des intérêts. En raison du choix opéré par la loi que l'avoir de prévoyance antérieur au mariage doit conserver sa valeur pendant le mariage ([ATF 132 V 332 consid. 4.3](#)), il convient ainsi d'entreprendre un calcul d'intérêts au moins dans la mesure où l'avoir de prévoyance existant avant le mariage n'a pas été touché par le versement anticipé.

L'instance précédant le TF a procédé selon cette méthode (prise en compte des intérêts sur la prestation de sortie existant lors de la conclusion du mariage jusqu'au moment du versement anticipé, puis seulement sur le montant résiduel en mains de l'institution de prévoyance). Le TF n'a pas besoin de vérifier en l'espèce si une méthode plus favorable au recourant serait correcte : comme le montant calculé par l'instance précédente selon le droit du partage de la prévoyance a dû être corrigé par le TF (en raison de la perte résultant de la vente de l'immeuble, l'obligation de rembourser du recourant s'est réduite, selon l'art. 30d al. 5 LPP, au produit réalisé ; la perte a déjà été prise en compte dans la liquidation du régime matrimonial intervenue dans la procédure de divorce), il s'ensuit que l'intimée a un droit correspondant exactement au montant voulu par le recourant (Fr. 268'697.80 [prestation de sortie au moment du divorce] – Fr. 134'303.80 [prestation de sortie au moment de la conclusion du mariage, augmentée des intérêts jusqu'au moment du versement anticipé] – Fr. 8'784.10 [intérêts sur l'avoir restant après le versement anticipé, jusqu'au moment du divorce] = Fr. 126'609.90, divisé par 2 = Fr. 62'804.95). Comme le TF ne peut aller au-delà des conclusions des parties (art. 107 al. 1 LTF), l'application d'une méthode de calcul plus favorable au recourant est d'emblée exclue.

730 Obligation de l'institution de prévoyance d'exiger le jugement de divorce avant de procéder à un versement anticipé à un conjoint divorcé et de contrôler l'exécution du partage de la prévoyance éventuellement ordonné ?

(Référence à un arrêt du TF du 24 novembre 2009 en la cause Fondation de libre passage 2^e pilier de la Neuen Aargauer Bank (NAB-2) contre P. et T. (cointéressé), 9C_593/2009, publication ATF prévue ; arrêt en allemand)

(Art. 25a LFLP, 122 CC)

Le mariage de P. (épouse) et T. (époux) a été dissout le 13 mars 2004 en Italie (jugement de divorce entré en force le 16 mars 2004). Pendant la durée de leur mariage, les époux avaient vécu temporairement en Suisse où le mari exerçait une activité lucrative assurée en prévoyance professionnelle. Selon le jugement de divorce, cette prestation de sortie du mari devait être répartie « in parti uguali », ce qui n'a toutefois pas été fait par la suite. A fin mai 2005, T. est sorti de son ancienne institution de prévoyance, sur quoi sa prestation de sortie d'un montant de Fr. 44'647.85 a été virée à la Fondation de libre passage de la Neuen Aargauer Bank (NAB-2). Sur demande de T., la NAB-2 lui a versé le 2 septembre 2005 la totalité de l'avoir de libre passage en tant que versement anticipé dans le cadre de l'accession à la propriété du logement. P. a agi le 5 décembre 2007 devant le Tribunal cantonal des assurances en exécution du partage de la prévoyance. Le Tribunal cantonal a admis l'action, sur quoi la NAB-2 a interjeté un recours en matière de droit public au TF en concluant à l'annulation du jugement cantonal et au rejet de l'action.

Dans cette procédure devant le TF, le litige porte sur la question de savoir si, comme l'admet l'instance précédente, la NAB-2 est tenue de verser à l'intimée P. sa part dans le cadre du partage de la prévoyance bien que la fondation de libre passage ait déjà fourni à l'ex-mari la totalité de l'avoir de libre passage en tant que versement anticipé.

Le TF commence par relever que le droit au partage de la prévoyance se dirige contre le conjoint obligé. Pour autant que la masse à partager se trouve auprès d'une institution de prévoyance ou de libre passage, ce droit est satisfait si la fondation de prévoyance ou de libre passage du conjoint débiteur transmet le montant correspondant à celle du créancier. Dans la mesure toutefois où, à la suite d'un versement anticipé, il ne subsiste plus assez de fonds auprès de l'institution de prévoyance ou de libre passage du conjoint débiteur pour satisfaire au droit de l'autre conjoint (et où le conjoint débiteur ne procure pas à nouveau ces fonds à son institution par le remboursement du versement anticipé selon l'art. 30d LPP), le droit au partage ne peut pas se diriger contre l'institution sous réserve d'une éventuelle obligation de dédommagement ; au contraire, il appartient au conjoint débiteur de s'acquitter du montant dû en mains de l'institution de prévoyance ou de libre passage du conjoint créancier ([ATF 135 V 324 consid. 5.2.2](#)).

Le TF examine si les faits établis permettent de conclure que le versement anticipé était illicite ou que la fondation recourante a failli à son devoir de diligence. Le versement anticipé n'est pas illicite notamment parce que l'assuré était déjà divorcé au moment de la demande et que, dès lors, le consentement du conjoint n'était plus nécessaire (art. 30c al. 5 LPP, respectivement art. 331e al. 5 CO). En outre, le versement anticipé intervenu seulement après la date de référence (entrée en force du jugement de divorce) ne pouvait d'emblée plus avoir d'influence sur le montant de la prétention revenant à l'intimée (calculée à la valeur de la date du divorce). Le versement anticipé porte atteinte non pas au droit de l'intimée mais tout au plus au substrat d'exécution pour ce droit. Un fait juridique ne saurait être qualifié d'illicite parce qu'il est possible qu'il ait pour effet que le débiteur n'ait plus suffisamment de moyens pour s'acquitter de ses dettes (demeurent réservées les possibilités d'agir selon les art. 285 ss LP). C'est dire que le versement anticipé n'était pas illicite. En outre, il n'y a pas non plus de violation par la fondation de libre passage de son obligation de diligence. Il n'existe pas de base légale expresse exigeant une vérification du jugement de divorce dans l'optique de l'exécution du partage de la prévoyance éventuellement ordonné par ce jugement, dans les cas où un assuré divorcé demande un versement anticipé de son institution de prévoyance professionnelle. Une telle obligation des institutions de prévoyance ne se justifie pas non plus au nom des principes généraux du droit, du moins pas en l'absence d'indices concrets que le versement anticipé empêcherait l'exécution de la compensation de la prévoyance. Ce qui est ainsi exigé, c'est une vérification de l'état civil et des indications données sur le formulaire de demande, ce que la fondation recourante a fait en l'espèce, mais pas de plus amples recherches sur toutes les situations envisageables qui pourraient

éventuellement se présenter en rapport avec le versement. En outre, dans le cadre de la procédure de divorce (art. 137 al. 2 CC) ou de la procédure selon l'art. 25a LFLP, les conjoints peuvent empêcher, par le biais de mesures provisoires, une décision illicite sur l'avoir de prévoyance entre le moment du divorce et l'exécution du partage (en l'espèce, cela n'était guère possible parce que la procédure de divorce a eu lieu à l'étranger et que la procédure selon l'art. 25a LFLP a été introduite seulement après le paiement du versement anticipé). Globalement, on ne voit pas d'indices qui, selon les règles de la bonne foi, auraient dû amener la recourante à envisager un examen plus approfondi. Dans ces conditions, une violation de son devoir de diligence par la recourante ne pourrait être admise que s'il existait en général une obligation de vérifier, dans tous les cas d'assurés divorcés, l'exécution d'une éventuelle décision ordonnant le partage de la prévoyance, ce qui n'est toutefois pas le cas.

Le paiement du versement anticipé à l'ex-mari de l'intimée n'était dès lors pas contraire au droit, ce qui entraîne le rejet de l'action intentée contre la recourante. Cela ne change rien au fait que l'intimée a une créance contre son ex-mari. L'instance précédente aurait ainsi également dû, après l'introduction de la procédure selon l'art. 25a LFLP, examiner une prétention de l'intimée contre son ex-mari et se prononcer sur cette prétention même si la demande ne portait que sur une obligation de la recourante de verser le montant résultant du partage du 2^e pilier. La cause doit donc être renvoyée à l'instance précédente pour qu'elle procède dans ce sens.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 115

Jurisprudence

718 Partage des prestations de sortie en cas de divorce et versement anticipé dans le cadre de l'encouragement à la propriété du logement : quid lorsque la prestation de sortie ne couvre pas la créance de compensation au sens de l'art. 122 CC ?

(Référence à un arrêt du TF du 3 septembre 2009, 9C_1051/2008, 9C_10/2009, [ATF 135 V 324](#) ; arrêt en français)

(Art. 122 CC et 30c LPP)

La juridiction cantonale a condamné l'institution de prévoyance de l'ex-époux à transférer un montant sur le compte de libre passage de l'ex-épouse, en tenant compte, dans le calcul de la prestation de sortie de l'ex-époux, du versement anticipé qu'il avait antérieurement obtenu de son institution de prévoyance de l'époque dans le cadre de l'encouragement à la propriété du logement.

Le partage des prestations de sortie en cas de divorce porte sur toutes les prétentions issues de rapports de prévoyance soumis à la LFLP, ce qui comprend tant les avoirs de la prévoyance obligatoire, que ceux de la prévoyance subobligatoire, ainsi que les prestations de prévoyance maintenues au moyen d'une police de libre passage ou d'un compte de libre passage, soit l'ensemble des prétentions issues des piliers 2a et 2b. En font aussi partie les avoirs de libre passage utilisés pour acquérir un logement à titre d'encouragement à l'accession de la propriété aux conditions prévues par les art. 30c ss LPP et l'Ordonnance sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle (OEPL ; RS 831.411), puisqu'ils demeurent liés à un but de prévoyance. En cas de divorce, et si aucun cas de prévoyance n'est encore survenu pour le preneur d'assurance, ces fonds liés investis dans le logement doivent être partagés selon les art. 122 et 123 CC (art. 30c al. 6 LPP).

En l'espèce, l'ex-époux a été bénéficiaire d'un versement anticipé investi dans le logement, mais les avoirs auprès de son institution de prévoyance ne suffisent pas à couvrir le montant de la créance de compensation au sens de l'art. 122 CC reconnue à l'ex-épouse par la juridiction cantonale. Il se pose la question de savoir de quelle manière cette créance doit être exécutée, plus particulièrement si

l'institution de prévoyance de l'ex-époux peut être tenue de verser la différence entre les deux montants déterminés sur le compte de libre passage de l'ex-épouse, comme l'a ordonné l'autorité cantonale.

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a donné raison à l'institution de prévoyance de l'ex-époux en ce sens qu'il a reconnu que, si le partage des prestations de sortie est en soi possible et réalisable, le versement de la créance en compensation dévolue à l'ex-épouse ne peut être exécuté à la charge de l'institution de prévoyance de l'ex-époux que dans les limites du fonds effectivement à disposition de celle-ci. Pour le reste, il incombe à l'ex-époux, qui a profité du versement anticipé, de s'acquitter lui-même du solde restant en faveur de l'ex-épouse auprès de l'institution de prévoyance ou de libre passage de la créancière.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 113

Prise de position

702 Précisions au sujet du bulletin n° 112 ch. 697 : versements dans une institution de libre passage

Il y a lieu d'apporter une précision à la prise de position publiée dans le Bulletin n° 112 ch. 697 concernant les versements dans des institutions de libre passage : Une personne divorcée qui a dû partager son avoir du 2^e pilier ne peut pas effectuer de rachat dans une institution de libre passage. Le rachat est donc seulement possible dans une institution de prévoyance (caisse de pensions). En effet, l'art. 22c de la loi sur le libre passage (LFLP) se réfère à l'« institution de prévoyance » et non pas à l'institution de libre passage (cf. Jacques-André Schneider/Christian Bruchez, « La prévoyance professionnelle et le divorce », in : Le nouveau droit du divorce, publication CEDIDAC 41, Lausanne 2000, p. 261). En cas de divorce, on applique donc aussi le principe général selon lequel le rachat est exclu dans les institutions de libre passage.

Par ailleurs, il convient également de préciser qu'il n'est pas possible d'effectuer un transfert de capital depuis une institution du pilier 3a vers une institution de libre passage, car l'art. 3, al. 2, let. b OPP 3 se réfère à l'institution de prévoyance et à l'institution du pilier 3a (« autre forme reconnue de prévoyance » au sens de l'art. 82 LPP) mais pas à l'institution de libre passage (cf. [circulaire n° 18 de l'Administration fédérale des contributions « Imposition des cotisations et des prestations du pilier 3a », en particulier ch. 6.2 et 6.3](#)). Par conséquent, il faut remplacer la phrase « En effet, une institution de libre passage ne peut accepter de versement que d'une institution de prévoyance, d'une autre institution de libre passage ou d'une institution de prévoyance liée » par la phrase suivante : « En effet, une institution de libre passage ne peut accepter de versement que d'une institution de prévoyance ou d'une autre institution de libre passage ».

Jurisprudence

703 Divorce: compétence du tribunal de la prévoyance professionnelle pour des prétentions en dommages-intérêts en cas de versement en espèces de la prestation de sortie intervenu de manière contraire au droit

(Référence à un arrêt du TF du 26 mai 2009 en la cause Fondation de libre passage X. contre P., 9C_1060/2008 ; publication ATF prévue ; arrêt en allemand)

(Art. 141 s. CC; art. 73 LPP ; art. 22, al. 2, et 25a, al. 2, LFLP)

En l'espèce, le litige porte uniquement sur la compétence du tribunal à raison du lieu pour juger de la prétention de la femme divorcée à l'encontre de la fondation de libre passage fondée sur le versement en espèces d'un avoir de libre passage à son conjoint avant le divorce.

Lorsqu'une prestation de libre passage a été versée en espèces de manière irrégulière à une personne mariée, le conjoint divorcé au bénéfice d'une prétention en partage constatée judiciairement (art. 141 s. CC), tout comme la veuve ou le veuf, peut faire valoir une créance en dommages-intérêts. Le conjoint (encore) marié peut en revanche faire constater l'irrégularité du versement en espèces (ATF 128 V 41, consid. 3, p. 48 s.). La créance en dommages-intérêts du conjoint divorcé est limitée à la part de la prestation de sortie calculée selon l'art. 22, al. 2, LFLP, telle qu'elle a été fixée par le juge du divorce. Dans le calcul du dommage, il faut toutefois également tenir compte d'office (art. 73, al. 2, LPP) des expectatives qui existent – sur la base du droit au partage du droit de la famille – face à d'autres institutions de prévoyance ou de libre passage impliquées (voir art. 25a, al. 2, LFLP). Dans cette situation, les prétentions en dommages-intérêts et en partage des prestations de sortie sont indissociablement liées les unes aux autres. Dès lors, une fois que le juge du divorce lui a transféré l'affaire, le tribunal de la prévoyance professionnelle du lieu du divorce est impérativement compétent également pour se prononcer à titre préjudiciel sur le versement en espèces d'une prestation de libre passage intervenu pendant le mariage et sur une prétention en dommages-intérêts découlant de ce versement. Il s'ensuit qu'il doit fixer le montant des prestations de sortie à prendre en considération et procéder au partage.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 111

Jurisprudence:

689 Divorce: refus d'un partage manifestement inéquitable

(Référence à un arrêt du TF du 14 novembre 2008, 5A_25/2008, publication ATF prévue ; arrêt en français)

(A rt. 123 al. 2 CC)

En l'espèce, l'épouse recourante prétend qu'il y a lieu, en application de l'art. 123 al. 2 CC, de déroger au partage par moitié des avoirs de prévoyance professionnelle qu'elle a accumulés durant le mariage. Les prestations de sortie de la prévoyance professionnelle des époux doivent en principe être partagées entre eux par moitié (art. 122 CC). Exceptionnellement, le juge peut refuser le partage, en tout ou en partie, lorsque celui-ci s'avère manifestement inéquitable pour des motifs tenant à la liquidation du régime matrimonial ou à la situation économique des époux après le divorce (art. 123 al. 2 CC). L'art. 123 al. 2 CC doit être appliqué de manière restrictive, afin d'éviter que le principe du partage par moitié des avoirs de prévoyance ne soit vidé de son contenu. Outre les circonstances économiques postérieures au divorce ou des motifs tenant à la liquidation du régime matrimonial, le juge peut également refuser le partage si celui-ci contrevient à l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC; [ATF 133 III 497](#) consid. 4). Cette dernière circonstance ne doit être appliquée qu'avec une grande réserve ([ATF 133 III 497](#) consid. 4.4).

Si l'on compare la prévoyance globale des parties, on constate que la recourante sera mise dès sa retraite au bénéfice d'une rente AVS et d'une rente LPP dont les montants ne ressortent pas du jugement cantonal. En tous les cas, au vu du court laps de temps qui la sépare de l'âge légal de la retraite (qu'elle atteindra en 2010), elle n'aura guère le temps d'accroître son avoir de prévoyance professionnelle qui était de 172'862 fr. en date du 18 septembre 2006. Pour faire face à ses charges mensuelles de 2'581 fr. qui ne devraient guère évoluer d'ici à la retraite, la recourante pourra encore compter sur le revenu locatif d'un appartement (750 fr.). En revanche, son droit à la contribution d'entretien prendra fin. Quant au mari, il n'a pas accumulé de prestation de sortie et il a cessé son activité d'agriculteur indépendant depuis plusieurs années. Toutefois, il bénéficie, outre sa fortune dont on ne peut cerner les contours exacts ni par conséquent le rendement qu'elle lui procure, d'un revenu

mensuel de 8'600 fr. En tous les cas, ses ressources lui permettent de continuer à jouir d'un niveau de vie élevé. Tel n'est pas le cas de la recourante qui voit son train de vie réduit drastiquement même en conservant l'entier de sa prévoyance professionnelle. La rente LPP constitue en l'occurrence l'essentiel du revenu de l'épouse - hormis la rente AVS - au moment de sa retraite alors que le recourant peut compter sur une situation économique très confortable. Dans ces conditions, le partage par moitié de l'avoir de libre passage accumulé par l'épouse accroîtrait la disproportion déjà considérable entre les situations des parties, ce qui conduirait à un résultat manifestement inéquitable. Il convient par conséquent d'admettre le recours sur ce point et de refuser le partage en application de l'art. 123 al. 2 CC.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 108

Jurisprudence

672 Cas de prévoyance : partage par moitié confirmé malgré la survenance d'un cas de prévoyance professionnelle

(Référence à un arrêt du TF du 24 juillet 2008 dans la cause H. contre S., Caisse de pensions E. et Fondation R., 9C_185/2008, publication ATF prévue; arrêt en allemand)

Art. 122/124 CC et art. 22b LFLP

L'époux a touché au moment du divorce une rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle en raison d'une incapacité de gain de 20 %. Dans son jugement – entré en force par la suite sans avoir été contesté – le juge du divorce a ordonné le partage par moitié des prestations de sortie acquises durant le mariage ainsi que le transfert de la cause litigieuse au tribunal cantonal compétent en matière de prévoyance professionnelle. Ce dernier a rejeté l'action au motif que le partage des prestations de sortie selon l'art. 122 CC n'était pas possible en raison de la survenance du cas de prévoyance invalidité chez l'époux avant le divorce, mais qu'au contraire, le partage de la prévoyance professionnelle devait être effectué globalement selon l'art. 124 CC, ce qui relève de la compétence exclusive du juge du divorce.

Le TF constate tout d'abord que le tribunal cantonal aurait du rendre une décision d'irrecevabilité et renvoyer la cause au juge du divorce pour déterminer une indemnité équitable selon l'art. 124 CC. Cependant reste à savoir si le juge du divorce pouvait réviser son jugement en se référant au partage de la prévoyance professionnelle, puisque la survenance de l'invalidité était connue du juge du divorce. En outre, dans le cadre de la procédure de divorce, la Caisse de pension E. a confirmé deux fois l'exécutabilité, un partage par moitié n'ayant aucune répercussion sur la rente. Dans ces conditions, la divisibilité de la prestation de sortie subsiste encore et la possibilité d'exécuter le partage, vu le caractère exécutoire du jugement de divorce, doit être considérée comme obligatoire également vis-à-vis de la Caisse de pensions E.

Le jugement de divorce est exécutoire et, comme tel, il est également contraignant pour le tribunal en matière de prévoyance professionnelle. Peu importe à cet égard que le juge du divorce ait fondé à tort le partage de la prévoyance sur l'art. 122 au lieu de l'art. 124 CC. On ne sait pourquoi il l'a fait alors que toutes les conditions effectives et juridiques pour une procédure conforme à l'art. 124 CC étaient remplies; c'est toutefois sans importance, car cela ne change rien au résultat.

Le partage par moitié de la prestation de sortie correspond en outre à la volonté claire et concordante des parties. Lors du règlement du partage de la prévoyance, que ce soit sur la base de l'art. 122 CC ou dans le cadre de l'art. 124 CC, la situation financière après la liquidation du régime matrimonial ainsi que la situation économique des parties après le divorce doivent être prises en considération. Si les

conditions de l'art. 22b LFLP sont remplies, comme dans le cas présent, rien ne s'oppose à ce que le tribunal en matière de prévoyance professionnelle exécute le partage par moitié de la prestation de sortie ordonné par le juge du divorce en se basant à tort sur l'art. 122 CC.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 107

Jurisprudence

657 Divorce, cas de prévoyance et droit au maintien du salaire

(Référence à l'arrêt du TF du 28 mars 2008 en la cause M. et C. contre Caisse de prévoyance en faveur du personnel/Caisse de prévoyance complémentaire S. SA, 9C_899/2007 et 9C_900/2007; arrêt en allemand)

Art. 122/124 et art. 141/142 CC ; art. 26 LPP

Le litige soumis au TF porte sur le point de savoir si la répartition entre les époux divorcés en matière de prévoyance doit se faire selon l'art. 122 ou selon l'art. 124 CC ainsi que sur la question de la compétence du juge du divorce ou de celui de la prévoyance professionnelle.

Le TF retient notamment que l'instance inférieure a admis à tort qu'à la date déterminante (entrée en force du jugement de divorce : 13 juin 2007), un cas de prévoyance du mari était clairement prévisible parce qu'il touchait des indemnités journalières de l'assurance-accidents obligatoire en présentant une capacité de travail de 30 %, que pour ladite capacité de travail son employeur l'avait libéré, jusqu'au moment de sa retraite ordinaire et qu'il s'était annoncé à l'assurance-invalidité pour toucher des prestations, ce qui signifiait, avec une vraisemblance confinante à la certitude, l'obligation pour l'institution de prévoyance de fournir des prestations.

Le TF relève que la naissance du droit à des prestations d'invalidité dans la prévoyance professionnelle peut être différée aussi longtemps que l'assuré reçoit un salaire entier (art. 26, al. 2, LPP). Ainsi, l'instance inférieure commet une erreur de droit en admettant sans autre qu'avec l'octroi attendu d'une rente de l'AI avec effet rétroactif, prendra également naissance un cas de prévoyance au sens de la prévoyance professionnelle ; la question décisive est au contraire celle de savoir si l'assuré a un droit au maintien du salaire. La cause doit dès lors être renvoyée à l'instance inférieure pour qu'elle détermine au sens des considérants s'il y a un cas de prévoyance. S'il existait encore, à la date déterminante (13 juin 2007), un droit au maintien du salaire, le cas de prévoyance n'aurait alors pas pris naissance et il faudrait procéder au partage au sens de l'art. 122 CC selon le jugement du divorce. Sinon, il conviendrait d'admettre que le cas de prévoyance serait déjà survenu et l'instance inférieure devrait transmettre la cause au tribunal civil compétent pour qu'il fixe une indemnité équitable selon l'art. 124 CC.

658 Droit de la femme divorcée en cas de perte de soutien

(Référence à l'arrêt du TF du 17 avril 2008 en la cause canton de St-Gall contre G., 9C_589/2007, ATF 134 V 208 ; arrêt en allemand)

Art. 46 VVK SG / art. 20 OPP 2

G. et L. se sont mariés en 1966. Dans le jugement de divorce de décembre 1990, L. s'est engagé à verser une rente viagère indexée de 1200 francs par mois selon l'art. 151 aCC. Par la suite, il s'avère qu'il a payé un montant mensuel de 1400 francs. Depuis novembre 2002, L. a touché de la caisse d'assurances en faveur du personnel de l'Etat du canton de St-Gall une rente de vieillesse dépassant le montant obligatoire. De son côté, G. est depuis juillet 2004 au bénéfice d'une rente ordinaire de vieillesse de l'AVS de 1739 francs par mois. Après le décès de L. survenu en août 2004, G. a demandé

à la caisse d'assurances de lui accorder une rente de survivante. L'institution de prévoyance a admis un droit de la femme divorcée à une rente selon l'art. 20, al. 1, OPP 2 et lui a accordé une rente mensuelle de 787 fr. 45, calculée selon les critères des prestations obligatoires de la LPP.

Le Tribunal cantonal a admis l'action interjetée par la suite par G. contre la caisse d'assurances en paiement d'une rente mensuelle d'un montant égal à la pension alimentaire du droit du divorce touchée précédemment de 1400 francs par mois, augmentée à 1530 fr. 40 (en raison de l'indexation à 2004 de la pension alimentaire du droit du divorce) et a condamné la caisse à payer à G. une rente mensuelle de 1530 fr. 40 plus intérêts à 5 % depuis le 11 avril 2006. Le canton de St-Gall interjette un recours au TF contre ce jugement.

Il n'est pas contesté qu'en vertu de l'art. 20 OPP 2 (dans sa version en vigueur jusqu'à fin 2004), G. a droit à des prestations pour survivante de la prévoyance obligatoire. En revanche, le litige porte sur la question de savoir s'il existe éventuellement un droit à des prestations de la prévoyance plus étendue sur la base de l'art. 46 de l'ordonnance saint-galloise sur la caisse d'assurances en faveur du personnel de l'Etat (VVK). Or, en cas de grief qualifié, le TF examine librement l'interprétation du droit cantonal public en matière de prévoyance.

Le TF considère que la systématique de la VVK plaide pour une inégalité de traitement voulue par l'auteur de cette ordonnance entre les conjoints veufs et les conjoints divorcés au niveau du montant des rentes de survivants. Une telle inégalité de traitement n'est contraire ni à la loi ni à la Constitution. Il n'est pas inhabituel qu'un règlement limite les droits des survivants divorcés au minimum LPP, même si, par ailleurs, des prestations plus étendues sont accordées. En interprétant l'art. 46 VVK, le TF décide que cette disposition ne confère aux conjoints divorcés aucun droit à une rente dépassant les dispositions minimales de la LPP régissant les prestations en faveur de survivants.

L'existence de la rente AVS de vieillesse de G. pose la question de l'étendue de la réduction possible selon l'art. 46 VVK, respectivement l'art. 20, al. 2, OPP 2. A ce propos, le TF considère, en confirmant la jurisprudence de son arrêt B 6/99, que la prestation à laquelle se réfère l'art. 20, al. 2, OPP 2 sert à compenser la perte de soutien, raison pour laquelle il est conforme au système de ne pas porter en compte la rente AVS de vieillesse du conjoint divorcé ayant droit, respectivement de n'en tenir compte que dans la mesure où son montant est influencé par la survenance de l'événement assuré ; la rente AVS de vieillesse – contrairement à la rente AVS de survivant – ne compense pas la disparition du droit à l'entretien, mais la perte du propre gain de l'assuré en raison de son âge et la personne divorcée y a droit même si elle n'a aucun droit à un entretien selon le droit du divorce. Toutefois, comme la rente de vieillesse ne remplace pas la perte de soutien, ladite perte doit être couverte par les prestations de survivants de la prévoyance professionnelle.

En résumé, il s'avère que le recourant doit à l'intimée une rente correspondant au minimum LPP obligatoire, mais au plus 1530 fr. 40 par mois, dont il ne faut pas déduire la rente AVS de vieillesse de l'intimée.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 106

Jurisprudence

647 Rachats suivis d'un divorce

(Référence à l'arrêt du TF du 4 mars 2008 en la cause M. contre W. et Fondation de prévoyance X, 9C_865/2007 ; arrêt en français)

(Art. 22, al. 3, LFLP et 198 CC)

La Cour de Justice du canton de Genève a ordonné le partage par moitié des avoirs de prévoyance professionnelle accumulés par l'époux M. pendant la durée du mariage et transmis le dossier au Tribunal cantonal des assurances sociales pour fixer le montant des prestations de sortie et procéder au partage. La Fondation de prévoyance X. a précisé que les prestations accumulées par M. entre le 17 février 1979 et le 2 septembre 2005 s'élevaient à 2'775'178 fr., lesquelles avaient été rachetées pour partie entre 1997 et 2004 par 359'075 fr. M. a interjeté un recours en matière de droit public contre le jugement du Tribunal cantonal des assurances sociales, en demandant l'annulation de celui-ci et le renvoi de la cause aux premiers juges afin qu'ils fixent la prestation de sortie à partager en soustrayant les montants rachetés entre 1997 et 2004 ainsi que les intérêts courus sur ces sommes.

Les parties d'un versement unique financé durant le mariage par l'un des conjoints au moyen de biens qui, dans le régime matrimonial de la participation aux acquêts entreraient de par la loi dans les biens propres (art. 198 CC) doivent être déduits, y compris les intérêts, de la prestation de sortie à partager (art. 22 al. 3 LFLP).

En l'espèce, le jugement cantonal a retenu à titre de prestations à partager de M. le montant de 2'775'178 fr., soit l'intégralité des avoirs accumulés par celui-ci durant le mariage, et ne s'est pas prononcé sur les rachats effectués entre 1997 et 2004. Dès lors qu'ils n'ont pas examiné ce point, ni procédé aux constatations de faits nécessaires, les premiers juges ont violé le droit fédéral, sans que le Tribunal fédéral puisse trancher la question ou compléter l'état de faits à cette fin.

S'il est établi, sur la base du dossier, que des rachats ont été effectués à hauteur de 359'075 fr., celui-ci ne permet pas de retenir qu'ils ont été financés au moyen de biens qui, dans le régime matrimonial de la participation aux acquêts, entreraient de par la loi dans les biens propres, le régime matrimonial des conjoints sur ce point n'étant pas déterminant. Par conséquent, le recours est admis en ce sens que le jugement cantonal est annulé et la cause renvoyée à l'autorité judiciaire de première instance pour complément d'instruction au sens des considérants et nouveau jugement.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 104

Jurisprudence

630 Divorce, prise en compte des avoirs de prévoyance effectivement constitués pendant la durée du mariage et non pas des éventuels avoirs supplémentaires qu'un conjoint aurait dû accumuler, compétences respectives du juge du divorce et du tribunal des assurances

(Référence à l'arrêt du TF du 16 octobre 2007, cause M. X contre Mme X., Fonds de prévoyance E. et Caisse de pension G., 9C_96/2007 ; arrêt en français)

(Art. 122 et 142 CC, 22 et 25a LFLP)

La compétence du juge du divorce d'examiner le droit des ex-conjoints à des prestations de sortie à l'égard d'une institution de prévoyance dans la procédure de divorce ne limite pas celle du tribunal des assurances d'examiner, en présence d'indices sérieux, s'il existe d'autres avoirs de prévoyance susceptibles d'être partagés dont le juge civil n'aurait pas tenu compte (ATF 133 V 147).

En l'espèce, le recourant estime que les avoirs de prévoyance de son ex-épouse seraient plus importants que ceux pris en compte par le tribunal cantonal des assurances. Il fait valoir, comme déjà invoqué en procédure cantonale, que des cotisations de prévoyance professionnelle auraient dû être prélevées sur le salaire que son ex-femme a réalisé en travaillant dans un dancing durant les premières années du mariage. Selon les constatations de la juridiction cantonale, qui lient en principe le Tribunal fédéral (art. 105 LTF), l'activité lucrative exercée par l'ex-épouse comme artiste de cabaret n'a pas été soumise à cotisations pour le deuxième pilier. Il ressort des documents se trouvant au dossier et des

recherches effectuées par le tribunal cantonal que l'ex-femme n'a pas été affiliée à une institution de prévoyance pour l'activité susmentionnée. Dans ces circonstances, le tribunal cantonal a retenu qu'il n'y avait pas lieu de donner suite à la réquisition de l'ex-mari tendant à ce que l'ex-épouse produise les fiches de salaire et les certificats de prévoyance relatifs à la durée du mariage. S'il incombe au tribunal des assurances de partager tous les avoirs de prévoyance qui ont effectivement été épargnés pendant la durée du mariage, celui-ci n'est en revanche pas compétent pour élucider la question de savoir si l'un ou l'autre des époux aurait dû accumuler plus d'avoirs de prévoyance. Si l'un des conjoints soupçonne l'autre d'avoir travaillé au noir ou l'employeur de celui-ci de ne pas l'avoir affilié à une institution de prévoyance, respectivement de ne pas avoir annoncé ou décompté suffisamment de salaire, il y a lieu pour l'époux qui se sent lésé de s'opposer, dans la procédure de divorce, au partage par moitié ou de demander une indemnité équitable selon l'art. 124 CC. En aucun cas, le tribunal des assurances chargé de l'exécution du partage selon l'art. 142 al. 2 CC ne peut, après que l'affaire lui a été transmise par le juge du divorce, être appelé à reconstruire après coup des rapports de prévoyance qui n'existaient pas. Le recourant ne peut pas non plus se prévaloir d'un déni de justice ou d'une violation du droit d'être entendu, voire d'une application arbitraire des dispositions sur le devoir de renseigner des conjoints, dans le fait que la juridiction cantonale a écarté la demande du recourant tendant à ce que son ex-femme produise les fiches de salaire et les certificats de prévoyance relatifs à la durée du mariage. En effet, la motivation de la décision attaquée était suffisante : le tribunal cantonal a dûment mentionné, bien que brièvement, les motifs qui l'ont guidés et sur lesquels il a fondé sa décision.

631 Divorce et découverte d'un avoir de prévoyance postérieurement au jugement du tribunal cantonal des assurances (changement de jurisprudence)

(Référence à l'arrêt du TF du 13 novembre 2007, cause D. contre L., Caisse de pensions de F. SA et Fondation de libre passage de la Banque X., B 98/06 ; arrêt en français)

(Art. 122, 142 CC, 22 et 25a LFLP)

Par jugement de divorce du 15 décembre 2005, le Tribunal de première instance du canton C. a ordonné le partage par moitié des avoirs de prévoyance professionnelle acquis par l'époux D. durant le mariage, après avoir considéré que l'épouse L. n'avait cotisé à aucun fonds de prévoyance professionnelle. Par jugement du 4 juillet 2006, le Tribunal cantonal des assurances sociales a invité la Caisse de pensions de F. SA à transférer du compte de D. la somme de 79'177 fr. 20 à la Fondation de libre passage de la Banque X. en faveur de l'épouse L. L'époux D. a recouru au TF contre ce même jugement, en indiquant qu'il a découvert, suite à un avis de taxation fiscale du 10 août 2006, que son ex-épouse disposait d'un avoir de prévoyance professionnelle et que, selon lui, ledit avoir devrait être aussi partagé.

Il résulte du système prévu par le législateur à l'art. 142 CC en relation avec l'art. 122 al. 1 CC et l'art. 25a LFLP que si le juge du divorce est seul compétent pour fixer les proportions dans lesquelles les prestations de sortie des conjoints doivent être partagées, il appartient au juge des assurances sociales d'établir les prétentions dont peuvent se prévaloir ceux-ci à l'encontre des institutions de prévoyance. Cela implique de déterminer précisément les rapports de prévoyance en cause et, partant, les institutions de prévoyance concernées, ainsi que le montant des avoirs de prévoyance soumis au partage ordonné par le juge du divorce. Par conséquent, l'examen préalable par le juge civil du droit des ex-conjoints à des prestations de sortie ne limite pas la compétence du juge des assurances sociales de déterminer auprès de quelles institutions de prévoyance les ex-époux se sont constitués des avoirs de prévoyance. S'il dispose de sérieux indices que l'un ou l'autre des conjoints a droit à des expectatives de prévoyance qui n'ont pas été prises en compte par le juge du divorce lorsque celui-ci a fixé la clé de répartition du partage au sens de l'art. 122 CC, le juge administratif doit instruire ce point. Il exécutera ensuite le partage prévu avec, cas échéant, des prestations plus importantes que celles

prises en considération dans la procédure de divorce (ATF 133 V 147 consid. 5.3.4 p. 152). Ces principes, qui s'écartent de ce qui avait été admis précédemment dans l'arrêt B 108/04 du 3 avril 2006 (résumé dans le Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 93 ch. 543), s'appliquent au cas d'espèce. En définitive, la découverte, postérieurement au jugement attaqué, d'un avoir de prévoyance professionnelle dont la juridiction cantonale ignorait l'existence, justifie un renvoi de la cause à cette autorité afin qu'elle complète l'instruction sur ce point et statue à nouveau.

632 Droit à la prestation de survivant LPP pour l'ex-conjoint seulement en cas de perte de soutien

(Référence à l'arrêt du TF du 9 novembre 2007, cause M. contre Caisse de pensions P., B 135/06 ; arrêt en français)

(Art. 19 al. 3 LPP et 20 OPP 2)

L'art. 19 al. 3 LPP délègue au Conseil fédéral la compétence de définir le droit du conjoint divorcé à des prestations pour survivants. Selon l'art. 20 al. 1 OPP 2, le conjoint divorcé est assimilé au veuf ou à la veuve en cas de décès de son ancien conjoint à la condition que son mariage ait duré dix ans au moins (let. a), et qu'il ait bénéficié, en vertu du jugement de divorce, d'une rente ou d'une indemnité en capital en lieu et place d'une rente viagère (let. b). En vertu de l'art. 20 al. 2 OPP 2, l'institution de prévoyance peut néanmoins réduire ses prestations dans la mesure où, ajoutées à celles des autres assurances, en particulier celles de l'AVS ou de l'AI, elles dépassent le montant des prétentions découlant du jugement de divorce.

L'art. 34 al. 6 du plan de prévoyance de la Caisse de pensions P. dispose que le conjoint divorcé est assimilé au conjoint veuf si le mariage a duré au moins dix ans et si, en vertu du jugement de divorce, il a perçu une rente ou une indemnité en capital en lieu et place d'une rente viagère. Les prestations de la Caisse de pensions P. sont égales aux prestations minimales selon la LPP et se limitent à la part de contribution à l'entretien qui dépasse les prestations octroyées selon la LAVS ou la LAI.

L'art. 20 OPP 2 vise à indemniser le conjoint divorcé pour la perte de soutien qu'il subit ensuite du décès de son ex-époux (arrêt B 30/93 du 21 avril 1994, in RSAS 1995 p. 137 s consid. 3a p. 139). Le droit à une prestation pour survivants selon la LPP n'existe que dans la mesure où il y a perte de soutien, l'institution de prévoyance ne devant assumer que l'éventuel dommage restant afférent à la disparition des contributions d'entretien (arrêt B 6/99 du 11 juin 2001, in RSAS 2003 p. 52 ; arrêt B 1/06 du 2 juin 2006). Cela correspond d'ailleurs au contenu de l'art. 34 al. 6 du plan de prévoyance de la Caisse de pensions P.

Dans le cas particulier, il n'est pas démontré que la recourante M. ait subit une perte de soutien suite au décès de son ex-mari. En effet, celle-ci continue de bénéficier de la somme de 30'000 fr. octroyée à titre d'équitable indemnité par le jugement de divorce du 7 février 1990, sur la base de l'ancien art. 151 CC. Cette indemnité ne lui a pas été versée directement en espèces mais était comprise dans la valeur de l'appartement que possédait son ex-époux à Grimentz. Selon le ch. 5.2 du jugement de divorce, cet appartement a été cédé à la recourante à titre de participation aux acquêts, et selon le ch. 5.3, l'épouse reconnaissait qu'elle n'avait plus aucune prétention à faire valoir dans la liquidation du régime matrimonial. Lors du décès de son ancien conjoint, la recourante était propriétaire de l'appartement susmentionné. En ce qui la concerne, cet événement n'a pas eu pour conséquence la disparition de contributions d'entretien.

En définitive, la recourante n'a pas droit à une rente de survivant, car les conditions de l'art. 20 OPP 2 et de l'art. 34 al. 6 du plan de la caisse intimée ne sont pas remplies.

Jurisprudence

622 Divorce: pas de partage en cas d'abus de droit

(Référence à l'arrêt du TF du 14 mai 2007, cause B. contre K., 5C.224/2006 (ATF 133 III 497); arrêt en allemand)

(Art. 2, al. 2, art. 122 et 123, al. 2, CC ; art. 63, al. 2, OJ)

Selon la teneur de l'art. 123, al. 2, CC, le partage par moitié des prestations de sortie peut être refusé à la condition que – premièrement – le partage soit manifestement inéquitable et que – deuxièmement – ce caractère manifestement inéquitable relève de motifs tenant à la liquidation du régime matrimonial ou à la situation économique des époux après le divorce.

Dans la mesure où, en cas d'abus manifeste d'un droit, le juge peut aussi bien refuser le partage du bénéficiaire de l'union conjugale que ne pas allouer ou réduire une contribution d'entretien, il n'y a pas de motif de ne pas prendre en compte l'interdiction de l'abus de droit également dans le partage des prestations de sortie. L'art. 123, al. 2, CC n'exclut ainsi pas en soi l'application autonome de l'art. 2, al. 2, CC.

Le juge peut refuser le partage des prestations de sortie, en tout ou en partie, non seulement lorsque celui-ci s'avérerait manifestement inéquitable pour des motifs tenant à la liquidation du régime matrimonial ou à la situation économique des époux après le divorce (art. 123, al. 2, CC), mais il peut également envisager un refus dans un cas concret présentant une situation de fait comparable ou analogue à l'hypothèse légale s'il considère que le partage violerait l'interdiction de l'abus manifeste d'un droit (art. 2, al. 2, CC). Il n'y a en revanche pas de place pour d'autres motifs de refus.

Une application de ces considérants au cas présent aboutit aux conclusions suivantes:

Le motif légal de refus n'est pas réalisé en l'espèce d'autant plus qu'il n'en va pas de la situation économique des époux après le divorce. Contrairement à l'opinion de l'instance cantonale, le droit matériel ne connaît pas, comme motif de refus, la violation fondamentale du sentiment de justice. Seule peut ainsi se poser la question de savoir si le partage des prestations de sortie peut être refusé sur la base du comportement du défendeur pendant le mariage. En effet, toute instance doit tenir compte d'office de l'abus de droit au sens de l'art. 2, al. 2, CC lorsque les conditions de fait en ont été exposées par une partie de la manière prescrite par le droit de procédure et qu'elles sont constantes. Il n'est point besoin que la partie soulève une exception particulière.

Selon les constatations de la dernière instance cantonale, qui lient le Tribunal fédéral (art. 63, al. 2, OJ), force est d'admettre que la demanderesse a assuré la base financière de la famille en travaillant à plein temps et a assumé les tâches ménagères. La garde des enfants a été assumée par les parents de la demanderesse, qui ont également exécuté certaines autres tâches lors de leurs visites de fin de semaine. Par contre, le défendeur n'a pas fourni d'efforts suffisants pour trouver une place de travail afin de contribuer au moins en partie à la charge financière du ménage ; il n'a ni expliqué son inactivité ni allégué de motifs compréhensibles. Il ne s'est guère non plus occupé des tâches ménagères et de la prise en charge des enfants, bien que son inactivité lui eût permis de le faire pendant que la demanderesse travaillait. La demanderesse n'a pas approuvé et encore moins voulu cet état de fait. Toutefois, elle n'a jamais requis de mesures protectrices de l'union conjugale afin de faire intimer judiciairement au défendeur de se conformer à l'art. 163 CC et de participer également aux charges de l'union conjugale.

Le comportement du défendeur ne permet globalement pas de conclure qu'il a assumé sa part de tâches dans la famille et qu'il a voulu vivre un mariage de partenariat. Reste à examiner si ce comportement du défendeur réalise les éléments constitutifs d'un abus manifeste d'un droit dans la mesure où le droit au partage vise à compenser les inconvénients du droit de la prévoyance liés à la répartition des tâches pendant le mariage et sert à l'indépendance économique de chaque conjoint après le divorce.

A la lumière des principes exposés ci-dessus, il faut donner une réponse négative à la question posée. Le partage de la prestation de sortie peut être ressenti comme contraire au sentiment de justice compte tenu du comportement du défendeur peu conforme aux devoirs du mariage. S'il est vrai que l'abus de droit manifeste comporte toujours une grave violation de l'idée de justice, cela ne signifie pas à l'inverse que toute violation grave de l'idée de justice constitue un abus manifeste d'un droit. Dans les relations entre particuliers, l'abus manifeste d'un droit présente la caractéristique qu'une partie incite l'autre à se comporter d'une manière déterminée afin de tirer de ce comportement des avantages en abusant de sa confiance, que ce soit en faisant valoir des prétentions ou en soulevant des exceptions. Dans le contexte du partage des prestations de sortie, il pourrait y avoir un abus manifeste d'un droit par exemple dans un mariage de complaisance ou si le mariage n'a jamais été réellement vécu comme tel ou qu'il n'y a jamais eu de ménage commun et qu'un conjoint entend néanmoins réclamer le partage. Il est toutefois de règle qu'un comportement contraire aux devoirs du mariage ne réalise pas les éléments constitutifs de l'abus manifeste d'un droit et ne peut avoir pour conséquence le refus du partage. Il s'agit en particulier de relever que le législateur n'a pas repris, dans le domaine du partage des prestations de sortie, la règle de l'art. 125, al. 3, ch. 1, CC selon laquelle une grave violation de l'obligation d'entretien peut justifier le refus de contributions d'entretien.

Pour les motifs exposés, le jugement attaqué doit être annulé dans la mesure où le Tribunal supérieur a refusé le partage des prestations de sortie acquises pendant le mariage. Les prestations de sortie doivent être partagées selon l'art. 122 CC.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 101

Jurisprudence

601 Divorce, partage de la prévoyance professionnelle, rachat après la date fixée pour le partage

(Référence à l'arrêt du TF du 1^{er} mars 2007, cause E. contre B.E. et Fondation de libre passage X. SA, B 26/06 ; arrêt en français)

(Art. 122 CC, 22 et 22c LFLP)

La période déterminante pour le partage des prestations de sortie est la durée du mariage. Celle-ci commence au jour du mariage et se termine par la dissolution de l'union conjugale au moment de l'entrée en force du jugement de divorce. Il n'est cependant pas exclu que les parties déclarent par convention ou par accord en cours de procédure qu'une date antérieure à l'entrée en force du jugement est déterminante afin de permettre un calcul pendant la procédure de divorce (ATF 132 V 236 consid. 2.3 p. 239).

Les ex-époux E. ont fixé par convention la date du partage des prestations de sortie au 15 décembre 2003. Par jugement du 28 juillet 2004, le juge du divorce a ratifié cette convention qui est devenue partie intégrante de sa décision (ch. II du dispositif). Aussi, le ch. III du jugement de divorce, selon lequel le dossier est transféré au Tribunal des assurances «en vue du partage par moitié de l'avoir de prévoyance professionnelle acquis par les époux durant le mariage», doit être interprété en relation avec le ch. II de ladite convention, aux termes duquel les parties requièrent du Tribunal «de donner ordre à la caisse de prévoyance de l'employeur de E. de verser la moitié des fonds épargnés pendant

la durée du mariage, soit du 1^{er} octobre 1997 au 15 décembre 2003 (soit sur les salaires usuels et 13^e salaire pro rata jusqu'à fin novembre 2003), sur le compte de prévoyance de B.E. à désigner». On peut en déduire que la période déterminante pour le partage des prestations de sortie, telle que fixée par les parties et ratifiée par le juge du divorce, s'étend du 1^{er} octobre 1997 au 15 décembre 2003 et ne concerne que la prestation de sortie du recourant, l'ex-épouse n'ayant pour sa part jamais été affiliée à une institution de prévoyance.

En ce qui concerne le rachat effectué par le recourant le 22 décembre 2003, il s'agit d'un versement à l'institution de prévoyance qui a eu lieu après la date déterminante du 15 décembre 2003. Contrairement à ce qu'ont retenu les premiers juges, ce rachat n'a pas à être pris en considération pour le partage des prestations de sortie au sens des art. 122 CC et 22 LFLP, puisqu'il a été effectué à une date ultérieure à celle fixée pour ledit partage. La situation est ici identique à celle du conjoint débiteur qui fait usage de la possibilité prévue à l'art. 22c LFLP et rachète la prestation de sortie transférée immédiatement après l'entrée en vigueur du jugement de divorce. Lorsque les parties ont, comme en l'espèce, fixé avec l'accord du juge du divorce la période déterminante pour le partage à une date antérieure à la dissolution du mariage, le conjoint débiteur a la possibilité d'effectuer un rachat au sens de l'art. 22c LFLP après cette date, la prestation versée n'entrant alors plus en compte pour le partage. Pour la prévoyance professionnelle, la provenance des moyens financiers avec lesquels le conjoint débiteur, tel le recourant, effectue alors le rachat ne joue pas de rôle, contrairement à l'avis de la juridiction cantonale, puisque ce versement ne concerne pas la période déterminante. Il en irait en revanche différemment si le rachat avait été effectué pendant celle-ci. En effet, conformément à l'art. 22 al. 3 LFLP, les parties d'un versement unique financé par l'un des conjoints pendant le mariage (respectivement la période déterminante) au moyen de biens qui, dans le régime matrimonial de la participation aux acquêts entreraient de par la loi dans les biens propres, doivent être déduites, avec les intérêts, de la prestation de sortie à partager.

En définitive, le calcul de la prestation de sortie ne comprend pas le montant du rachat effectué par le recourant après le 15 décembre 2003.

602 Divorce, prestation de sortie ou prestation de vieillesse ?

(Référence à l'arrêt du TF du 9 mai 2007, cause G. contre Fondation P., B 60/06 ; arrêt en français ; ATF 133 V 288)

(Art. 122 et 124 CC, art. 5 LFLP et art. 37 LPP dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2004)

Le divorce des époux E. et G. a été prononcé en novembre 2004. Le juge du divorce a ordonné que la moitié de la prestation de sortie de l'époux E. soit transférée sur le compte de libre passage de l'épouse G. auprès de la Fondation X. Il a encore jugé que E. était débiteur de G. de la somme de 100'000 fr. à titre d'indemnité équitable à la condition suspensive que le versement de cette somme due par la Fondation de E. à celle de G. fût impossible. Après l'entrée en force du jugement de divorce et transmission de l'affaire au Tribunal des assurances du canton de Vaud, celui-ci a procédé à des mesures d'instruction qui ont mis en évidence les faits suivants : la Fondation P. à laquelle E. avait été affilié depuis septembre 1976 jusqu'en janvier 2002 a indiqué qu'elle avait reçu un formulaire «annonce de sortie», daté du 14 octobre 2002 et signé par E. et son employeur, l'informant de la fin des rapports de travail au 31 janvier 2002. E. a rempli ce formulaire en mentionnant qu'il était soi-disant déjà divorcé. La Fondation P. a ensuite versé à E. le montant de 159'229 fr. 15 au titre de paiement de l'avoir de vieillesse en capital en raison de la retraite anticipée à 61 ans. Ce montant correspondait aux prestations dues, d'une part, sous forme de rente sur la base d'un premier contrat de prévoyance (145'008 fr. 80) et, d'autre part, sous forme de capital sur la base d'un second contrat (14'220 fr. 35). Le Tribunal des

assurances du canton de Vaud a jugé qu'il ne pouvait être procédé au partage. L'épouse G. a recouru contre ce jugement.

Selon le TF, c'est à juste titre que les premiers juges ont retenu que E. (âgé alors de 61 ans), en déclarant vouloir recevoir des prestations de la part de la Fondation P. au moyen du formulaire « annonce de sortie », a fait usage de la possibilité prévue par les règlements de P. de demander le versement de prestations de vieillesse. Certes, il apparaît qu'avec les indications données dans le formulaire, l'assuré visait à bénéficier d'une prestation de sortie au sens de l'art. 5 LFLP (en évitant, par la mention « divorcé », que l'institution ne requière le consentement de la recourante). La fondation intimée a toutefois considéré au vu des circonstances concrètes du cas (âge de l'assuré et fin des rapports de travail) que la demande ne pouvait concerner que le cas de la retraite anticipée et le versement de prestations de vieillesse, ce que l'assuré n'a pas contesté; à cet égard, la correspondance échangée entre l'intimée et l'assuré se réfère aux prestations de vieillesse ensuite d'une retraite anticipée au 1^{er} février 2002. Outre l'âge de l'assuré et la cessation des rapports de travail (au 31 janvier 2002), la déclaration de E. constituait une condition suffisante au regard des dispositions légales et réglementaires applicables pour entraîner la survenance du cas de prévoyance et, partant, ouvrir le droit aux prestations de vieillesse, sous forme de rente ou, si les conditions en étaient remplies, de capital. Toujours selon le TF, le fait que E. ait donné de fausses informations sur son état civil et sur le commencement d'une activité indépendante ne porte pas à conséquence quant à la naissance du droit aux prestations de vieillesse, puisque ce droit ne dépend ni de l'état civil de l'ayant droit, ni de l'absence de toute activité lucrative (indépendante ou salariée auprès d'un nouvel employeur). Le TF estime qu'on ne saurait reprocher à la fondation P. de n'avoir pas bloqué les avoirs de vieillesse de son assuré. Dès lors que les conditions du droit aux prestations de vieillesse étaient remplies et que le cas de prévoyance était survenu, l'institution de prévoyance n'avait pas à différer le versement de celles-ci, du moins pas en l'absence de mesures judiciaires lui interdisant le versement, sous une forme ou une autre. Selon le TF, on ne voit pas quelle obligation de diligence aurait imposé à l'intimée de vérifier l'indication de l'assuré sur son état civil, puisque ni la loi alors en vigueur, ni les dispositions réglementaires ne font du consentement du conjoint une condition de la naissance du droit aux prestations de vieillesse.

En définitive, le TF a rejeté le recours de G. Il a considéré que c'est à juste titre que le Tribunal cantonal des assurances a nié le droit de G. au versement en sa faveur de la moitié de la prestation de sortie de son ex-époux, tandis qu'elle a droit à une indemnité équitable au sens de l'art. 124 CC, fixée à 100'000 fr. par le juge du divorce.

603 Partage de prestations en cas de séparation de corps ; survenance du cas de prévoyance

(Référence à l'arrêt du TF du 14 mai 2007, cause X. contre Y., 5C. 238/2006 ; arrêt en allemand)

(Art. 122 et 124 CC)

Il ressort du dossier de la juridiction cantonale que le juge de première instance, se fondant sur l'art. 122 CC, avait ordonné le partage par moitiés de la prestation de sortie le 14 octobre 2004. Le divorce n'était toutefois devenu juridiquement effectif que le 23 mai 2005, lorsque la demanderesse avait déposé sa demande auprès de la juridiction d'appel. Dans l'intervalle, à savoir le 1^{er} mai 2005, le cas de prévoyance était survenu pour le défendeur. Or, le fait qu'un partage de la prestation de sortie au sens de l'art. 122 CC n'était ainsi plus possible était dû à une circonstance fortuite, c'est-à-dire au temps relativement long qu'a mis l'autorité de première instance pour motiver son jugement.

Partant du principe selon lequel l'indemnisation prévue à l'art. 124 CC doit se fonder sur toute la durée de l'union conjugale, période de séparation de corps comprise, on ne voit pas en quoi le tribunal d'appel aurait tranché en l'espèce de manière inéquitable et contraire au droit fédéral en accordant à la demanderesse une indemnité dont le montant correspond à la moitié de la prestation de sortie.

En doctrine également, il est admis qu'une indemnisation équitable peut et éventuellement doit, dans le cas concret, conduire au même résultat que le partage par moitiés de la prestation de sortie, notamment lorsque le cas de prévoyance est survenu immédiatement avant le divorce.

604 Restitution d'une prestation de sortie versée sans le consentement de l'épouse

(Référence à l'arrêt du TF du 22 janvier 2007 dans l'affaire L. contre l'institution de prévoyance du groupe d'assurance X., B 93/06 (ATF 133 V 205); arrêt en allemand)

(Art. 5 al. 1 et 2, art. 22 LFLP; art. 122 et 142 CC; art. 62 ss CO)

(situation juridique avant l'entrée en vigueur, le 1er janvier 2005, de l'art.35a LPP)

Le simple fait que le paiement en espèces de la prestation de sortie est intervenu sans que les conditions de l'art. 5 al. 1 LFLP soient remplies ne permet pas à l'institution de prévoyance d'en demander la restitution.

Lorsque le conjoint n'a pas consenti au paiement en espèces de la prestation de sortie au sens de l'art. 5 al. 2 LFLP et que l'institution de prévoyance doit lui transférer la part de la prestation de sortie lui revenant suite au divorce, celle-ci peut en demander, sous réserve de l'art. 64 CO, la restitution à l'autre conjoint.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 98

Prises de position de l'OFAS

578 Principe de la rémunération continue de la prestation de sortie à transférer en cas de divorce

(Précision par rapport au Bulletin de la prévoyance professionnelle No 90 ch. 520)

La question suivante a été posée à l'OFAS :

Selon le Bulletin de la prévoyance professionnelle No 93 ch. 550, la prestation de sortie à partager en cas de divorce doit être calculée au moment de l'entrée en force formelle du jugement de divorce (cf. ATF 132 V 236). Quelle est la relation entre ce Bulletin et le principe de la rémunération continue de la prestation de sortie à transférer en cas de divorce selon le Bulletin N° 90 ch. 520 (en relation avec l'ATF 129 V 251) ?

L'arrêt mentionné par le Bulletin N° 90 ch. 520 a confirmé le principe que la prestation de sortie doit être rémunérée de manière continue « également lorsque la prestation de sortie est divisée à une date antérieure à celle du jugement de divorce ». Par conséquent, la prestation de sortie revenant en cas de divorce au conjoint qui a droit à une compensation doit être rémunérée à partir du jour déterminant pour le partage jusqu'à la date du transfert ou du début de l'obligation de payer un intérêt moratoire (ATF 129 V 251 consid. 3.2 et 3.3). D'après le considérant 5 de cet arrêt, les intérêts étaient aussi fixés à partir du jour déterminant qui correspondait dans le cas d'espèce (comme dans la plupart des cas) à celui de l'entrée en force du jugement de divorce. A notre avis, ce principe doit s'appliquer de manière générale, y compris en cas de convention de divorce approuvée par le juge ; le juge du divorce ou le juge des assurances sociales devrait tenir compte du principe de la rémunération continue lorsqu'il fixe la prestation de sortie à transférer en cas de divorce.

Avec sa prise de position du Bulletin N° 90 ch. 520, l'OFAS voulait rendre les institutions de prévoyance attentives au fait qu'elles ne doivent pas calculer les intérêts à partir de la date d'entrée en force du jugement de divorce lorsque le jugement a fixé une autre date déterminante pour les intérêts.

Par contre, s'il y a des doutes sur le bien-fondé du jugement lui-même, il incombe alors aux parties de faire examiner cette question par le juge et de faire corriger ou compléter le jugement le cas échéant. Cette prise de position n'avait nullement pour but d'inciter les institutions de prévoyance à modifier elles-mêmes des jugements de divorce entrés en force en ce qui concerne les intérêts sur la prestation de sortie.

Jurisprudence

583 Jugement notifié directement à une partie sans passer par son avocat, bonne foi, compétence du tribunal des assurances au sujet d'éventuels avoirs non pris en compte par le juge du divorce

(Référence à l'arrêt du 9 janvier 2007 du TF, II^e Cour de droit social, cause Mme X. contre Caisse de retraite P., M. X. et B. Compagnie d'Assurances, ATF 133 V 147 [B 142/05] ; arrêt en français)

(Art. 29 al. 2 Cst, 11 al. 3 PA, 142 CC)

Le Tribunal de première instance de Genève a prononcé le divorce des époux X. et ordonné le partage de leurs prestations de sortie. Les époux étaient tous deux représentés par des avocats. Le Tribunal de première instance a transmis l'affaire au Tribunal cantonal des assurances sociales (TASS) le 21 juin 2005. Appliquant une nouvelle pratique, le TASS s'est alors adressé directement aux parties et non plus à leurs avocats. Le TASS a notifié une première communication aux parties le 21 juin 2005 les informant de l'enregistrement de la procédure au rôle du tribunal.

Comme premier grief, la recourante Mme X. se plaint d'une violation de son droit d'être entendue du fait qu'elle a été privée de la possibilité de se déterminer et de participer à l'administration des preuves par l'intermédiaire de son avocat. Le droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst comprend notamment le droit d'être représenté et assisté en procédure (ATF 119 la 261 consid. 6a). Par ailleurs, selon l'art. 11 al. 3 de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA), l'autorité adresse ses communications au mandataire tant que la partie ne révoque pas la procuration. Selon la jurisprudence (arrêt H 201/92 du 17 mai 1993), cette règle, qui exprime un principe général du droit fédéral, vaut aussi pour les autorités judiciaires. La notification à la seule partie représentée est irrégulière (cf. ATF 99 V 182 ; RCC 1991 p. 393 consid. 2a, 1977 p. 170 ss). Demeure toutefois réservé un comportement contraire à la bonne foi de la partie ou de son mandataire (cf. RCC 1991 p. 391).

Selon le TF, la manière de procéder du TASS, qui a modifié sans avertissement une pratique de procédure établie depuis près de deux ans, apparaît certes discutable au regard du principe de la bonne foi. Toutefois, le TF considère que Mme X. n'a pas fait preuve de la diligence requise par les circonstances : en effet, informée de la saisine du TASS en juin 2005, c'est seulement en décembre 2005 (c.-à-d. après la notification du jugement du TASS) qu'elle a réagi et qu'elle s'est plainte que le TASS n'avait pas tenu compte du fait qu'elle était représentée par un avocat. Après avoir pris connaissance de l'avis du TASS du 21 juin 2005, sur lequel ne figurait ni la mention « copie », ni l'indication qu'elle était représentée par un avocat, Mme X. aurait dû s'assurer rapidement, si ce n'est auprès du TASS, du moins auprès de son avocat que celui-ci avait bien été averti de l'ouverture de la procédure de droit administratif. Après avoir reçu la demande d'information du TASS du 18 juillet 2005 (à laquelle elle a répondu personnellement le 10 août 2005), Mme X. aurait dû se renseigner auprès de son mandataire sur la suite à donner à son affaire. Par ailleurs, l'avocat de Mme X. a pris connaissance le 3 octobre 2005 de l'avis de transmission au TASS et a laissé écouler plus de deux mois avant de se renseigner auprès du Tribunal. Par conséquent, compte tenu des règles de la bonne foi qui imposent une limitation à l'invocation de vices de forme, le premier grief de la recourante doit être rejeté.

Comme second grief, Mme X. reproche au TASS d'avoir violé l'art. 142 al. 2 CC en omettant de déterminer d'office le montant précis des avoirs de prévoyance revenant à chacun des époux.

Elle soutient que pendant le mariage son ex-conjoint aurait aussi été affilié auprès d'une autre institution de prévoyance que la Caisse de retraite P. et que le TASS aurait dû instruire ce point. Dans un arrêt A. du 3 avril 2006 (B 108/04), le TFA a retenu qu'il n'appartenait pas au juge des assurances sociales de modifier un jugement de divorce sur les points visés par l'art. 142 al. 2 CC. Lorsqu'un des époux découvre après coup qu'une autre prestation de sortie déposée sur un compte de libre passage n'a pas été prise en considération, il doit alors s'adresser au juge du divorce en requérant un complètement ou une modification de son jugement. Toutefois, selon un arrêt R. du 9 mai 2006 (B 118/05), lorsqu'il existe de sérieux indices que l'ex-conjoint a bénéficié d'une autre prestation de sortie qui n'a pas été prise en compte par le jugement de divorce, le juge des assurances sociales doit alors instruire ce point. En l'espèce, le TASS a certes interpellé les ex-conjoints sur l'existence éventuelle d'autres rapports de prévoyance que ceux pris en compte par le juge du divorce. Cependant, comme l'ex-époux a répondu de manière évasive à cette question, le TASS aurait dû se renseigner plus précisément. En définitive, le recours est admis et l'affaire renvoyée au TASS pour complément d'instruction et nouveau jugement.

584 Réduction d'une rente de survivants au conjoint divorcé au bénéfice d'une rente de vieillesse dans le cadre de la prévoyance plus étendue

(Référence à l'arrêt du TFA du 22 décembre 2006 dans la cause caisse de pensions de la Fédération de la Croix-Rouge contre A., B 112/05 ; arrêt en français)

(Art. 19 al. 3 LPP, 20 OPP2)

Le règlement de la caisse de pension recourante contient à son article 46 une réglementation analogue à celle de l'article 20 OPP2. Elle prévoit notamment que le montant annuel de la rente de conjoint divorcé servie est égal à la prestation d'entretien à laquelle était tenu l'ex-conjoint, sous déduction de la rente éventuellement servie par d'autres assurances, en particulier par l'AVS/AI, mais au maximum au montant annuel de la rente de veuve découlant des exigences minima de la LPP (al.3).

L'institution de prévoyance en cause soutient que la disposition litigieuse (al.3) entend plafonner aux seules prestations légales obligatoires la rente annuelle pour survivants servie à l'ex-épouse d'un assuré défunt, ce qui est conforme à la loi et correspond à la réglementation de la plupart des institutions de prévoyance, tandis que l'intimée prétend que les termes «...mais au maximum au montant de la rente de veuve découlant des exigences minima de la LPP ...» se rapporte à la déduction, qui ne peut dépasser le montant de la rente de veuve découlant de la LPP.

Dans ses considérants, le TFA rappelle qu'il a déjà jugé qu'une disposition réglementaire en tout point identique était incontestablement un texte clair, dans la mesure où il disposait que le montant annuel maximum de la pension servie au conjoint divorcé survivant ne devait pas dépasser le montant annuel de la rente de veuve découlant de la LPP, et qu'il n'était pas contraire à la loi, ni aux principes de l'égalité de traitement, de l'interdiction de l'arbitraire ou de la proportionnalité (cf. SZS 2006 p. 361, B 85/04 ; arrêt non publié A. du 21 décembre 2005, B 87/04).

Il ne fait donc aucun doute que la dernière partie de l'art. 46 al. 3 du règlement se rapporte au montant annuel de la rente servie et non à la déduction qu'il est possible d'opérer sur ledit montant, contrairement à ce que soutient l'intimée.

On notera également que la juridiction cantonale écarte, à tort, l'art. 46 al. 3 du règlement en raison de sa non-conformité à la loi. En effet, l'art. 20 al. 2 OPP 2 participe du système de la prévoyance professionnelle obligatoire, en tant qu'il règle les conditions du droit aux prestations de survivant du conjoint divorcé et en définit les modalités, conformément au mandat de l'art. 19 al. 3 LPP. Or, l'art. 20 al. 2 OPP 2 autorise expressément les institutions de prévoyance à descendre en dessous des

exigences minimales de la LPP touchant aux rentes de veuve, lorsqu'elles versent une rente de survivant à la femme divorcée de l'assuré décédé et que la somme de celle-ci et d'une éventuelle rente de l'AVS ou de l'AI dépasse le montant de la contribution d'entretien fixée lors du divorce. On notera enfin que le but de l'art. 20 al. 2 OPP 2 est la couverture de la perte de soutien que la femme divorcée subit en raison de la fin du versement de la contribution d'entretien qui découle du décès de son ex-époux (RSAS 1995 p. 139 consid. 3a et les références), ce qui n'a rien de comparable avec la situation d'une personne dont l'époux subvenait aux besoins en vertu du devoir d'assistance et d'entretien entre conjoints.

Il apparaît donc qu'une institution de prévoyance peut réduire ses prestations, même si elles correspondent déjà au minimum légal relatif à une rente de veuve, dans la mesure où la loi le lui permet et qu'il n'appartient pas à une telle institution de contribuer à l'amélioration de la situation financière de la femme divorcée, relativement à la situation régnant avant le décès de l'ex-conjoint.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 97

Jurisprudence:

572 Divorce et refus du partage des prestations de sortie

(Référence à l'arrêt du TF du 27 octobre 2006, cause Dame X. contre X., 5C.176/2006 ; arrêt en français)

(Art. 122 et 123 al. 2 CC)

Les prestations de sortie de la prévoyance professionnelle doivent en principe être partagées par moitié entre les époux en l'absence de survenance d'un cas de prévoyance d'après l'art. 122 CC. Par la survenance d'un cas de prévoyance, il faut entendre la naissance d'un droit concret à des prestations de la prévoyance professionnelle, qui rend impossible le partage des avoirs de prévoyance. Ainsi, la survenance de l'âge de la retraite ou du droit à des prestations d'invalidité d'un conjoint qui n'a jamais travaillé ou qui n'a jamais été affilié à la prévoyance professionnelle, dans la mesure où il n'entraîne aucun droit à des prestations d'une institution de prévoyance, permet encore le partage des avoirs de la prévoyance professionnelle de l'autre conjoint en sa faveur (arrêt du TFA, B 19/03 du 30 janvier 2004, consid. 5, résumé dans la RSAS 2004 p. 572 et dans le Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 74 ch. 440). En l'espèce, aucun cas de prévoyance n'est réalisé, puisque l'épouse est rentière AI, que son invalidité est antérieure au mariage et qu'elle n'a pas acquis de prétentions en matière de prévoyance professionnelle durant le mariage.

Exceptionnellement, le juge peut refuser le partage, en tout ou en partie, lorsque celui-ci s'avère manifestement inéquitable pour des motifs tenant à la liquidation du régime matrimonial ou à la situation économique des époux après le divorce (art. 123 al. 2 CC). L'art. 123 al. 2 CC doit être appliqué de manière restrictive, afin d'éviter que le principe du partage par moitié des avoirs de prévoyance ne soit vidé de son contenu. Seules des circonstances économiques postérieures au divorce peuvent justifier le refus du partage, circonstances que le juge doit apprécier en appliquant les règles du droit et de l'équité (ATF 129 III 577 consid. 4.2.1 et 4.2.2 p. 578). En l'espèce, le refus du partage n'apparaît pas manifestement inéquitable, puisque le mari n'a pas de fortune et qu'à sa retraite, sa rente (1'534 francs par mois au total avec l'AVS et la LPP) sera inférieure à la rente AI de l'épouse (1'823 francs par mois), qui continuera d'être versée à celle-ci après l'âge de la retraite.

Jurisprudence

557 Réduction de la rente de survivant de l'ex-épouse

(Référence à l'arrêt du TFA du 2 juin 2006, cause H. contre Fonds de prévoyance en faveur du personnel de l'entreprise X., B 1/06 ; arrêt en français)

(Art. 19 al. 3 LPP, 20 OPP 2, 23 al. 2 et 24b LAVS, 43 LAI)

L'assuré A. a atteint l'âge de la retraite en 1986 et il est décédé en octobre 1991. Il était marié avec H. depuis 1961 avant de divorcer en 1988 puis de se remarier en 1990. La contribution d'entretien en faveur de H. s'élevait à 853 francs selon le jugement de divorce. L'ex-épouse H. percevait une rente simple de l'assurance-invalidité (AI) de 745 francs, qui a été augmentée à 1'600 francs dès octobre 1991 avant d'être remplacée par une rente de vieillesse de l'AVS de 2'010 francs à partir de 1999. En 2002, H. a demandé au fonds de prévoyance de son ex-mari de lui verser une rente de veuve à partir de la date du décès de celui-ci. Le fonds de prévoyance a estimé que H. n'avait pas droit à une telle prestation dans la mesure où le montant de la rente AI de H., recalculée après le décès de son ex-mari, dépassait celui de la contribution d'entretien convenue dans le cadre du divorce.

D'après l'art. 20 al. 1, let. a et b, OPP 2, le conjoint divorcé est assimilé au veuf ou à la veuve en cas de décès de son ancien conjoint à la condition que son mariage ait duré dix ans au moins et qu'il ait bénéficié, en vertu du jugement de divorce, d'une rente ou d'indemnité en capital en lieu et place d'une rente viagère. Selon l'art. 20 al. 2 OPP 2, l'institution de prévoyance peut néanmoins réduire ses prestations dans la mesure où, ajoutées à celles des autres assurances, en particulier celles de l'AVS ou de l'AI, elles dépassent le montant des prétentions découlant du jugement de divorce. Cette disposition vise à indemniser la femme divorcée pour la perte de soutien qu'elle subit ensuite du décès de son ex-mari (RSAS 1995 p.139 consid. 3a). Le droit à la rente de veuve de la LPP n'existe donc que dans la mesure où il y a perte de soutien. En cas de versement d'une rente de veuve de l'AVS à la femme divorcée, l'institution de prévoyance ne doit assumer que l'éventuel dommage lié à la disparition de la contribution d'entretien (RSAS 2003 p. 52). En ce qui concerne la prévoyance plus étendue, l'art. 53 al. 1 et 2 du règlement du fonds dispose que le montant annuel de la rente de veuve, respectivement de la femme divorcée assimilée à une veuve, est égal à celui découlant des exigences minimales de la LPP, sous déduction de la rente éventuellement servie par l'AVS/AI, mais au maximum à la prestation d'entretien à laquelle était tenu l'ex-mari. Par conséquent, c'est à bon droit que le fonds de prévoyance a tenu compte de l'augmentation de 855 francs de la rente AI dès octobre 1991 en application des art. 23 al. 2 LAVS et 43 LAI (dans leur teneur en vigueur au moment des faits déterminants), selon lesquels les veuves, respectivement les femmes divorcées assimilées aux veuves, et les orphelins qui ont droit simultanément à une rente de survivants de l'assurance-vieillesse et survivants et à une rente de l'assurance-invalidité reçoivent seulement la rente d'invalidité, celle-ci étant cependant servie toujours sous la forme d'une rente entière et son montant devant atteindre au moins celui de la rente de survivants. Le fonds de prévoyance pouvait aussi prendre en compte la rente de vieillesse AVS versée à H. à partir de 1999 (d'après l'art. 24b LAVS, en cas de concours entre des rentes de veuves et des rentes de vieillesse ou d'invalidité, seule la rente la plus élevée est versée). En définitive, comme la contribution d'entretien s'élevait à 853 francs, la réduction opérée par le fonds de prévoyance est bien fondée.

Jurisprudence

542 Divorce: partage possible en cas de retraite anticipée après l'entrée en force de la décision de partage

(Référence à l'arrêt du TF du 16 février 2006, cause X. contre Dame X, 5C.118/2005 ; arrêt en français)

(Art. 122, 123, al. 2, et 124 CC, 25a LFLP)

Par jugement du 27 novembre 2003, le Tribunal de première instance du canton C. a prononcé le divorce des époux X., ordonné le partage par moitié des prestations de sortie des époux et transmis l'affaire au Tribunal cantonal de assurances. Le 19 janvier 2004, Dame X. a fait appel contre ce jugement en concluant à son annulation partielle et au versement par X. d'une certaine somme au titre de la liquidation du régime matrimonial et d'une contribution d'entretien mensuelle d'un certain montant. Par réponse du 10 mars 2004, X. a conclu au rejet de l'appel et à la confirmation du jugement de première instance. La Cour de justice du canton C. a constaté, sur la base des pièces nouvelles produites par les parties, que X. (né en 1942) prendrait dès le 1er avril 2004 une retraite anticipée pour des raisons médicales et qu'il percevrait une rente d'invalidité de sa caisse de pensions. Ladite Cour s'est saisie de la question du partage de la prévoyance professionnelle, nonobstant l'absence de contestation du jugement de première instance à ce sujet. La Cour de justice a annulé le jugement de première instance en ce qui concerne la liquidation du régime matrimonial et fixé un nouveau montant à ce titre. En revanche, le jugement de première instance est resté inchangé en ce qui concerne la prévoyance professionnelle. X. a recouru au TF contre l'arrêt de la Cour de justice en demandant à ce qu'aucune indemnité fondée sur l'art. 122 ou 124 CC ne soit accordée à Dame X. A titre subsidiaire, X. demande qu'il soit condamné à verser une indemnité symbolique selon l'art. 124 CC et demande le partage par moitié de la prestation de sortie acquise par Dame X. durant le mariage.

Selon le TF, le moment déterminant pour décider si un cas de prévoyance est survenu est la date de l'entrée en force du prononcé du divorce. Si, à ce moment-là, un cas de prévoyance futur est prévisible, le juge peut en tenir compte dans le cadre de l'art. 123, al. 2, CC. Mais la survenance d'un cas de prévoyance postérieurement à la décision de partage entrée en force ne peut entraîner une reconsidération de celle-ci. Il importe peu que l'institution de prévoyance - le cas échéant sans savoir que la prestation de sortie est soumise au partage selon l'art. 122 CC - ait déjà versé une rente calculée sur la base de la prestation de sortie non partagée. En l'occurrence, à la date de l'entrée en force du prononcé du divorce le 10 mars 2004, celui-ci n'avait pas encore pris de retraite anticipée. A cette date-là, aucun cas de prévoyance n'était survenu pour l'un ou l'autre des époux. Le Tribunal de première instance a ordonné le partage et sa décision est entrée en force à cette même date. Le fait que le demandeur ait été mis à la retraite anticipée pour des raisons médicales à compter du 1^{er} avril 2004 - date à laquelle le montant des avoirs LPP à transférer n'avait pas encore été fixé par le Tribunal cantonal des assurances - ne peut donc avoir une incidence sur la décision de partage entrée en force. En définitive, le recours de X. s'avère mal fondé et l'affaire peut être transmise au juge des assurances compétent pour exécuter le partage (art. 25a, al. 1, LFLP).

543 Seconde prestation de sortie annoncée après l'entrée en force du jugement de divorce

(Référence à l'arrêt du TFA du 3 avril 2006, cause A. contre caisse de prévoyance X., B 108/04 ; arrêt en français)

(Art. 122, 142 CC, 22 LFLP)

Par jugement de divorce du 6 avril 2004, le Tribunal de première instance du canton C. a ordonné le partage par moitié de la prestation de sortie acquise durant le mariage par l'épouse B. assurée, en tant qu'employée de l'hôpital H., auprès de la caisse de prévoyance X., tandis que l'époux A. n'était affilié à aucune institution de prévoyance. Par jugement du 7 septembre 2004, le Tribunal cantonal des assurances a invité la caisse X. à transférer du compte de B. un montant de 31'763 francs sur un compte de libre passage en faveur de A. L'époux A. a recouru contre le jugement du Tribunal des assurances en demandant le partage de la prestation de sortie acquise par l'épouse B. auprès de la caisse de prévoyance Z., alors qu'elle travaillait à l'hôpital Y. dans un autre canton. Selon la communication de Z. du 7 novembre 2005, B. a été affiliée à cette caisse jusqu'au 31 juillet 1995 et sa prestation de sortie s'élevait à 4'408 francs au moment du mariage et à 11'614 francs au 31 juillet 1995. Cette prestation de sortie a ensuite été versée sur un compte bloqué auprès de la banque W.

Le TFA constate tout d'abord que le jugement du Tribunal des assurances du 7 septembre 2004 est conforme au jugement de divorce du 6 avril 2004, lequel est muet sur la prestation de sortie de B. auprès de la caisse de prévoyance Z. Si le recourant A. entend demander le partage de la prestation de sortie acquise par B. durant le mariage auprès de la caisse Z., il doit s'adresser au juge du divorce en requérant un complètement ou une modification du jugement du 6 avril 2004. En effet, en l'absence de convention, le juge du divorce communique au juge compétent en vertu de la LFLP, la décision relative au partage, la date du mariage et celle du divorce, les institutions de prévoyance professionnelle auprès desquelles les conjoints ont probablement des avoirs et le montant des avoirs des époux déclarés par ces institutions (art. 142, al. 2, CC). C'est donc au juge du divorce d'examiner à titre préjudiciel si l'époux dispose d'un droit à une prestation de sortie à l'encontre de son institution de prévoyance (ATF 130 III 299 consid. 3.3, 128 V 49 consid. 3b). Ce n'est pas au juge des assurances sociales de modifier sur ces points le jugement de divorce entré en force (RSAS 2004 p. 464 : arrêt S. du 2 février 2004, B 45/00).

545 Paiement en espèces de la prestation de libre passage sans l'accord du conjoint avant un divorce ; montant des dommages-intérêts à verser

(Référence à l'arrêt du TFA du 20 mars 2006 en la cause A-Compagnie d'assurance-vie contre S. ; B 126/04 ; arrêt en allemand)

(Art. 97, al. 1, CO, art. 5, al. 2, et 22 ss LFLP, art. 122, al. 1, et 142 CC)

G. et S. ont divorcé le 31 mai 1999. Au début de septembre 1995, G. avait résilié deux polices de libre passage sans le consentement de son épouse S.

Le législateur n'a pas réglé expressément les conséquences d'un paiement en espèces intervenu sans le consentement du conjoint. L'art. 5, al. 2, LFLP prévoit simplement que si l'assuré est marié, le paiement en espèces « ne peut » intervenir qu'avec le consentement écrit de son conjoint.

Avec la résiliation des deux polices de libre passage et le paiement en espèces au début de septembre 1995 à l'ex-époux de S. sans le consentement de cette dernière, la compagnie d'assurance A. n'a pas versé correctement la prestation de sortie. Basées sur un contrat de prévoyance de droit privé dans le cadre du pilier 2b, les deux polices de libre passage doivent, du point de vue de la dogmatique juridique, être qualifiés de contrats innommés (ATF 129 III 307 avec renvoi aux ATF 118 V 232 cons. 4b et

ATF 122 V 145 cons. 4b). En cas d'exécution imparfaite d'un tel contrat de prévoyance, il s'agit, comme l'a jugé le Tribunal fédéral des assurances dans l'ATF 130 V 103, de faire application des règles fixées dans les art. 97 ss CO. Une institution de prévoyance professionnelle doit ainsi, selon l'art. 97, al. 1, CO, réparer le dommage causé du fait de son paiement irrégulier en espèces, à moins qu'elle ne prouve qu'aucune faute, ni même une négligence légère, ne lui est imputable. La question de savoir si une institution de prévoyance professionnelle peut se voir reprocher une violation de son devoir de diligence parce qu'elle n'a pas vérifié la signature (falsifiée) ou d'autres indications figurant sur le formulaire de paiement, doit être appréciée sur la base des circonstances concrètes du cas particulier.

Le paiement a eu lieu pendant le mariage sans le consentement correspondant de l'autre conjoint, de sorte qu'il n'était pas admissible à la lumière de l'art. 5, al. 2, LFLP et qu'il constituait, dans les circonstances du cas d'espèce, une violation du devoir de diligence de l'institution de prévoyance professionnelle. Le divorce intervenu après le paiement en espèces ne change rien à ce caractère inadmissible, parce que le juge du divorce a expressément ordonné le partage de l'avoir de prévoyance. Il s'ensuit que même s'il avait eu lieu après le divorce, le paiement en espèces serait demeuré inadmissible à concurrence du partage par moitié ordonné par le juge du divorce, d'autant plus qu'en l'espèce, le risque d'un paiement en espèces entre l'entrée en force du divorce et le règlement du litige sur les effets accessoires du divorce aurait été empêché par une mesure provisoire selon l'art. 137, al. 2, CC.

Est en outre litigieux le montant des dommages-intérêts à fournir par la compagnie A. Il s'agit de partir du principe de l'art. 122, al. 1, CC, selon lequel chaque conjoint a droit, en cas de divorce, à la moitié de la prestation de sortie du conjoint calculée selon les art. 22 ss LFLP pour la durée du mariage et que le partage des prestations de sortie est intervenu dans la procédure de l'art. 142 CC sans la participation de l'institution de prévoyance professionnelle. Pour ce dernier motif déjà, le jugement du juge du divorce ne lie pas la compagnie A. à l'exception de la clé de répartition (ATF 130 III 341 cons. 2.5, 128 V 46 cons. 2c, chacun avec les références citées). Le jugement de divorce a ordonné le partage par moitié de trois avoirs de libre passage payés en espèces pendant le mariage. Cette injonction ne déploie en outre des effets que si le tribunal des assurances constate une violation du devoir de diligence de l'institution de prévoyance professionnelle et la condamne à verser des dommages-intérêts. Quant au montant des dommages-intérêts, il ne peut, de prime abord, se rapporter qu'aux sommes de prévoyance constituées pendant le mariage, mais pas aux droits acquis avant le mariage. La cause est donc renvoyée au tribunal cantonal pour qu'il détermine la part de l'avoir de prévoyance acquise auprès de la compagnie A. pendant le mariage et qu'il en attribue la moitié à S. Le montant à rembourser par l'époux sera réduit en conséquence.

550 La prestation de sortie à partager en cas de divorce doit être calculée pour le moment de l'entrée en force du jugement de divorce

(Référence à deux arrêts du TFA du 28 mars 2006 en la cause X. et Y. contre Publica ; B 16/05 et B 17/05 ; arrêts en allemand)

(Art. 122 CC, art. 22 LFLP)

Selon la définition légale, la période déterminante pour le partage de la prestation de sortie est celle de la durée du mariage. La loi fixe ainsi les valeurs de référence. Le mariage commence au jour de sa conclusion et se termine avec sa dissolution par le jugement de divorce. Or, le moment déterminant du divorce n'est pas la date du jugement de divorce, mais, conformément à l'art. 122 CC et à l'art. 22 LFLP pour la fin du mariage, celle de l'entrée en force formelle de ce jugement.

Il n'est toutefois pas exclu que, dans une convention ou une transaction judiciaire, les parties déclarent comme déterminante une date antérieure à celle de l'entrée en force du jugement de divorce pour permettre un calcul dans la procédure de divorce.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 91

Jurisprudence

532 Divorce, critères de fixation de l'indemnité équitable et versement d'une rente directement entre les mains de l'ex-conjoint

(Référence à l'arrêt du TF du 2 février 2006, cause X. contre Dame X., 5C.155/2005 et 5C.156/2005 ; arrêts en français)

(Art. 124 CC)

Une indemnité équitable est due lorsqu'un cas de prévoyance est déjà survenu pour l'un des époux ou pour les deux ou que les prétentions en matière de prévoyance professionnelle acquises durant le mariage ne peuvent être partagées pour d'autres motifs (art. 124, al. 1, CC). Dès qu'un époux touche des prestations, un partage n'est plus possible et seule une indemnité équitable peut être fixée (ATF 130 III 297 consid. 3.3.1). En l'espèce, l'ex-époux, né en 1943, reçoit une rente d'invalidité de l'AI et du 2e pilier, tandis que l'ex-épouse, née en 1948, travaille à mi-temps et est affiliée auprès d'une institution de prévoyance.

Selon la jurisprudence, il faut fixer l'indemnité équitable en prenant en considération l'option de base du législateur à l'art. 122 CC, à savoir que les avoirs de prévoyance accumulés pendant le mariage doivent en principe être partagés par moitié entre les époux. Toutefois, il ne saurait être question de fixer schématiquement une indemnité qui corresponde à un partage par moitié des avoirs de prévoyance, sans tenir compte de la situation économique concrète des parties. Il convient au contraire de tenir compte de façon adéquate de la situation patrimoniale après la liquidation du régime matrimonial, ainsi que des autres éléments de la situation économique concrète des époux divorcés (ATF 131 III 1 consid. 4.2; 129 III 481 consid. 3.4.1; 127 III 433 consid. 3). On peut procéder en deux étapes : le tribunal calcule d'abord le montant de la prestation de sortie au moment du divorce — respectivement au moment de la survenance du cas de prévoyance — et partant la moitié de ce montant hypothétique selon l'art. 122 CC ; il adapte ensuite le résultat de ce calcul aux besoins concrets des parties en matière de prévoyance (ATF 131 III 1 consid. 4.2; 129 III 481 consid. 3.4.1). Si le cas de prévoyance est survenu de nombreuses années avant le divorce, il ne faut pas fixer le montant de la rente en se fondant sur les principes de l'art. 122 CC (partage par moitié d'un avoir de prévoyance hypothétique). Dans un tel cas, ce sont surtout les besoins concrets de prévoyance des deux époux qui sont déterminants (ATF 131 III 1 consid. 5 et 6). Lorsque l'époux pour lequel un cas de prévoyance est déjà survenu a comme seul actif une rente, l'indemnité équitable due à l'autre doit prendre la forme d'une rente, et non d'un capital (ATF 131 III 1 consid. 4).

L'ex-épouse reproche aux juges cantonaux d'avoir violé l'art. 124 CC en décidant que la rente viagère allouée à titre d'indemnité équitable soit versée à son institution de prévoyance plutôt qu'à elle-même, et cela même lorsqu'elle aura atteint l'âge de la retraite.

En cas d'octroi d'une indemnité équitable selon l'art. 124 CC, le législateur n'a pas prévu — sous réserve de l'art. 22b LFLP, qui présuppose qu'aucun cas de prévoyance ne soit survenu pour l'époux débiteur — que cette indemnité puisse être versée sous une forme liée. En l'absence d'une base légale prévoyant le versement de l'indemnité équitable sous une forme liée, le juge ne peut pas ordonner qu'une indemnité équitable dont le conjoint débiteur doit s'acquitter au moyen de son patrimoine libre

(en l'occurrence la rente d'invalidité qu'il reçoit de sa caisse de pensions) soit versée à l'institution de prévoyance du conjoint créancier, ni qu'elle soit versée sur un compte de libre passage ou une police de libre passage au nom du conjoint créancier. Cela dit, rien n'empêche le juge d'entériner un éventuel accord des parties en ce sens, lorsqu'il est établi que l'accord conclu peut être exécuté sur le plan du droit de la prévoyance.

En définitive, la rente due à la défenderesse à titre d'indemnité équitable doit être versée directement entre les mains de l'ex-épouse, et non pas à l'institution de prévoyance de cette dernière. Il incombe à l'institution de prévoyance de l'ex-époux de prélever le montant correspondant sur la rente LPP de l'ex-époux et de le verser à l'ex-épouse.

534 Divorce, indemnité équitable, compétences respectives du juge du divorce et du juge des assurances, pas de compensation de la prestation de sortie avec d'autres créances

(Référence à l'arrêt du TFA du 23 février 2006, cause B 131/04 ; arrêt en français)

(Art. 124 CC et art. 22b, al. 1, LFLP)

En l'espèce, l'ex-épouse a été reconnue invalide à 100 %. A ce titre, elle a perçu son avoir de prévoyance acquis durant le mariage sous forme d'une prestation en capital. La prestation de sortie acquise par l'ex-époux durant le mariage s'élevait à 134'481 francs. Comme un cas de prévoyance était déjà survenu pour l'un des conjoints, le juge du divorce a décidé l'octroi d'une indemnité équitable en faveur de l'ex-épouse, correspondant à la moitié de la prestation de sortie acquise par l'ex-époux durant le mariage. Le Tribunal cantonal des assurances a ordonné à l'institution de prévoyance de l'ex-mari de prélever un montant de 67'240 francs sur la prestation de libre passage de l'ex-époux et de le transférer sur le compte de prévoyance de l'ex-épouse auprès de la Banque B. L'ex-mari prétend compenser la prestation de sortie due à son ex-épouse avec d'autres créances qu'il détiendrait contre celle-ci.

Pour faciliter le paiement de l'indemnité équitable due à l'un des conjoints en vertu de l'art. 124 CC, le jugement de divorce peut prescrire qu'une partie de la prestation de sortie de l'époux débiteur sera imputée sur cette indemnité (art. 22b, al. 1, LFLP). Ce sera le cas lorsqu'en raison de la situation financière serrée de l'époux débiteur, l'attribution d'une rente ou d'un capital n'entre pas en considération. Cette possibilité suppose toutefois qu'aucun cas de prévoyance n'est encore survenu pour l'époux débiteur (ATF 129 III 488).

Lorsqu'un cas de prévoyance est déjà survenu pour l'un des époux et que ceux-ci ne parviennent pas à se mettre d'accord sur la nature et le montant précis de l'indemnité équitable, il appartient au juge du divorce d'en déterminer les modalités d'exécution. Ainsi, si le jugement de divorce prévoit la cession d'une partie de la prestation de sortie selon l'art. 22b, al. 1, LFLP, le juge du divorce n'a pas le pouvoir de déterminer quel montant exact doit être transféré sur le compte de prévoyance du conjoint bénéficiaire. L'affaire doit être transmise au juge des assurances à qui il incombera d'exécuter le partage selon les proportions fixées par le juge du divorce et de déterminer le montant précis revenant à l'époux bénéficiaire.

Il n'est pas possible de compenser la prestation de sortie due à l'autre conjoint selon l'art. 122 CC ou l'indemnité équitable due à l'autre époux selon l'art. 124 CC avec d'autres créances dans le cadre d'une procédure de divorce. En effet, les art. 3 à 5 LFLP, auxquels renvoie l'art. 22, al. 1, LFLP, expriment le principe fondamental du maintien de la prévoyance et interdisent la compensation de la prestation de sortie avec d'autres créances du conjoint (cf. arrêt B 18/01 du 14 mai 2002, publié in FamPra.ch 2002 p. 568). Les prestations de sortie acquises durant le mariage doivent être soit transférées à l'institution de prévoyance de l'époux bénéficiaire (art. 3), soit maintenues dans la prévoyance sous une autre forme (art. 4), dans la mesure où les conditions du paiement en espèces ne sont pas données (art. 5 LFLP).

Le capital de prévoyance et le droit aux prestations non exigibles ne sauraient être ni cédés ni mis en gage (art. 17 OLP). Le droit au partage des avoirs de prévoyance professionnelle ne saurait dépendre ni des régimes matrimoniaux et de leur liquidation, ni de la solution adoptée en matière d'entretien après le divorce (cf. Message du Conseil fédéral concernant la révision du code civil suisse du 15 novembre 1995, Feuille fédérale 1996 I 102). Il en va de même lorsqu'une indemnité équitable est accordée après la survenance d'un cas de prévoyance ou en cas d'impossibilité du partage, à défaut de quoi le but de la réglementation ne serait plus réalisé.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 90

Prises de position de l'OFAS

520 Principe de la rémunération continue de la prestation de sortie à transférer en cas de divorce

(art. 2, al. 3, LFLP)

L'OFAS a appris que, bien qu'elles connaissent l'existence de jugements de divorce de première instance ayant force obligatoire, certaines institutions de prévoyance ne respectaient pas le principe de la rémunération continue, à partir d'une certaine date, de la prestation de sortie à transférer à une autre institution de prévoyance.

L'OFAS a donc arrêté à ce propos sa position, qui est la suivante :

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances (TFA) relative à l'art. 2, al. 3, LFLP (ATF 129 V 251 consid. 3.2 p. 255 et arrêt du 8 avril 2003, B 94/02), le principe de la rémunération immédiate et continue de la prestation de sortie dès que survient le cas de libre passage s'applique aussi en cas de divorce, lorsque le partage de la prestation de sortie est différé pour des raisons de procédure. En d'autres termes, la prestation de sortie doit être rémunérée de manière continue également lorsque la prestation de sortie est divisée à une date antérieure à celle du jugement de divorce. Par conséquent, selon le TFA, la prestation de sortie revenant en cas de divorce au conjoint qui a droit à une compensation doit être rémunérée à partir du jour déterminant du partage jusqu'à la date du transfert ou du début de l'obligation de payer un intérêt moratoire. Selon la version de l'art. 2, al. 3, LFLP en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2005, le taux d'intérêt minimal LPP doit être appliqué au moins (ce taux est fixé actuellement à 2,5 %). Si le règlement de l'institution de prévoyance prévoit un intérêt plus élevé pour rémunérer l'avoir de vieillesse, c'est ce taux qui s'applique.

Si une institution de prévoyance néglige systématiquement la jurisprudence mentionnée concernant l'art. 2, al. 3, LFLP dans les cas de divorce, il y a selon la pratique de la surveillance de la prévoyance professionnelle de l'OFAS une carence en matière d'organisation nécessitant chaque fois une intervention. L'autorité de surveillance peut imposer une règle de conduite à l'institution en faute, la sommer ou sommer son organe paritaire, lui adresser un avertissement ou même, lorsque certaines conditions sont remplies, lui infliger une amende d'ordre (cf. art. 79, al. 1, LPP).

Si l'institution de prévoyance en question – qui viole constamment le principe de la rémunération continue alors qu'elle a connaissance des extraits de jugements de divorce qui lui ont été remis – est une institution collective d'un assureur active dans toute la Suisse ou une institution commune d'une association professionnelle, son cas peut être annoncé à l'OFAS (adresse: Office fédéral des assurances sociales, Surveillance prévoyance professionnelle, Effingerstrasse 20, 3003 Berne). Pour les autres institutions, ce sont les autorités de surveillance LPP des cantons qui sont compétentes, le critère étant le lieu du siège de l'institution.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 87

Jurisprudence

509 **Problématique concernant la réglementation de la prévoyance professionnelle dans le cadre de jugements de divorce étrangers**

(Référence à l'arrêt du TF du 11 mars 2004, 5P.330/2003; arrêt en allemand)

(Art. 122 à 124, 141 et 142 CC et art. 22, 22a et 25a LFLP, art. 73 al. 1 LPP, art. 25, 27 et 65 LDIP)

Des jugements des tribunaux de divorce étrangers peuvent être reconnus et exécutés en Suisse conformément aux règles à la LDIP également en ce qui concerne la réglementation de la prévoyance professionnelle. Toutefois, ils devront être compatibles avec l'ordre public qui demeure réservé. Des jugements étrangers incompatibles avec la réglementation relative au libre passage ou au divorce ne sont pas exécutoires. Tel n'est pas le cas si les parties conviennent d'une solution calquée sur les art. 122 ss. CC et sur le 2ème pilier.

Si l'institution de prévoyance n'a pas confirmé le caractère réalisable du partage, la cour étrangère ne peut fixer que le principe et l'étendue du partage. Le calcul de la prestation doit être effectué par le tribunal compétent en Suisse.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 85

Jurisprudence

496 **Le fait que l'un des conjoints ait atteint l'âge à partir duquel il peut prendre une retraite anticipée en vertu des dispositions réglementaires de son institution de prévoyance n'empêche pas le partage de la prestation de sortie en cas de divorce**

(Référence à l'arrêt du TFA du 28 juin 2005 dans l'affaire Caisse de pensions de l'Etat de Vaud contre A. et B., B 19/05; arrêt en français)

(Art. 122, al. 1 et 124, al. 1 CC; art. 47, al. 1, LCP-VD)

Lorsqu'un assuré quitte son institution de prévoyance avant la survenance d'un cas de prévoyance (cas de libre passage), il a droit à une prestation de sortie. En règle générale, le cas de prévoyance « vieillesse » se produit, pour les hommes, dès qu'ils ont atteint l'âge de 65 ans et, pour les femmes, dès qu'elles ont atteint l'âge de 64 ans. Les dispositions réglementaires de l'institution de prévoyance peuvent toutefois prévoir que le droit aux prestations de vieillesse prend naissance dès le jour où l'activité lucrative prend fin. L'assuré n'a ainsi droit à la prestation de sortie que s'il quitte l'institution de prévoyance avant d'avoir atteint l'âge réglementaire pour prendre une retraite anticipée.

En cas de divorce, la situation est toutefois différente. Le fait que l'un des conjoints ait atteint l'âge à partir duquel il peut prendre une retraite anticipée, selon les dispositions de son institution de prévoyance, n'empêche pas le partage de la prestation de sortie en cas de divorce. Par la survenance d'un cas de prévoyance au sens des art. 122 et 124 CC, il faut entendre la naissance d'un droit concret à des prestations de la prévoyance professionnelle qui rend ainsi impossible le partage des avoirs de prévoyance.

Un conjoint ne saurait en effet être privé de la moitié des avoirs de prévoyance à laquelle il a droit en cas de divorce en vertu de l'art. 122 al. 1 CC. Selon la volonté du législateur, chaque époux a un droit inconditionnel à la moitié des expectatives de prévoyance constituées pendant le mariage. En cas de divorce, la survenance du cas de prévoyance « vieillesse » se produit au moment où l'assuré perçoit

réellement des prestations de vieillesse de son institution de prévoyance professionnelle, et non pas dès l'instant où il pourrait prendre une retraite anticipée en vertu des dispositions réglementaires de son institution de prévoyance.

499 Encouragement à la propriété du logement et divorce: prise en compte du versement anticipé dans le partage de la prestation de sortie

(Référence à l'arrêt du 22.07.05 en la cause OFAS contre P., B 18/04 ; arrêt rendu en français)

(Art. 22, al. 1 et 2 LFLP, 30c, al. 6, et 30d LPP)

Dans le cas d'espèce, les ex-époux ont tous deux obtenu un versement anticipé pour acquérir ensemble un appartement en copropriété. Ils ont par la suite acheté une maison, qu'ils ont habité durant quelques années et qu'ils ont été contraints de vendre aux enchères sans pouvoir désintéresser tous leurs créanciers.

Saisi d'un litige concernant la prestation de libre passage à partager suite au divorce, le tribunal cantonal a estimé qu'il convenait de prendre en compte les versements anticipés obtenus par chacun des ex-époux.

Le recourant conteste ce point de vue. Selon lui, les versements en question auraient été transférés sur la maison et auraient servi de manière indirecte au financement du second immeuble, de sorte qu'ils devraient être considérés comme faisant «partie de la masse en faillite» liée à la vente aux enchères de cet immeuble. Comme la réalisation de celui-ci n'aurait pas permis de rembourser les versements anticipés, ceux-ci ne pourraient plus être partagés.

Le TFA a rejeté ce moyen, jugeant que le dossier de la cause ne permettait pas de conclure que les montants versés par les institutions de prévoyance avaient été réinvestis dans le second immeuble, vendu aux enchères. D'autre part, il a considéré que si l'on suivait le raisonnement du recourant, cela reviendrait à admettre que l'assuré peut soustraire le versement anticipé du circuit de la prévoyance à l'insu et, partant, sans l'accord de l'institution de prévoyance. Dans la constellation évoquée par le recourant - affilié contractant des dettes hypothécaires pour un premier logement, les amortissant en partie grâce au versement anticipé, puis augmentant le montant de l'hypothèque et utilisant l'argent pour l'acquisition d'un second immeuble -, l'affilié aurait la possibilité d'éviter l'annotation de la restriction du droit d'aliéner et les règles sur le remboursement du versement anticipé. Une telle opération permettrait d'utiliser le capital de prévoyance à des fins autres que l'accès à la propriété et ne serait donc pas compatible avec l'exigence que le versement anticipé reste lié à la prévoyance professionnelle et serve à son maintien. Le montant anticipé est d'ailleurs versé au vendeur ou au prêteur sans que l'assuré puisse en bénéficier librement (cf. art. 6, al. 2, OEPL). Si aucune disposition légale n'interdit à l'assuré qui a bénéficié d'un versement pour amortir un prêt hypothécaire de convenir avec sa banque d'augmenter ce prêt et d'utiliser les fonds ainsi libérés pour acquérir des biens mobiliers, cette opération n'a pas, du point de vue de la prévoyance professionnelle, d'effet sur le versement anticipé effectué précédemment, qui reste lié à l'immeuble acquis (consid. 3).

Le TFA a également rappelé que si l'utilisation du logement «pour ses propres besoins» (art. 30c, al. 1, LPP et 4, al. 1, OEPL) était une condition du droit au versement anticipé, le fait que cette exigence ne soit plus remplie par la suite n'entraînait en revanche pas une obligation de remboursement du montant versé (cf. également à ce sujet le bulletin de la prévoyance professionnelle n° 55, p. 12).

Prises de position de l'OFAS

487 Article 79b, alinéas 3 et 4, LPP (rachat)

Le 3^e paquet de la 1^{re} révision de la LPP entrera en vigueur le 1.1.2006. Dès cette date, l'actuelle limitation du rachat de l'art. 79a LPP sera abrogée et l'art. 79b de la LPP révisée entrera alors en application.¹³ Interrogé à plusieurs reprises au sujet de cette nouvelle disposition, l'OFAS exprime la position suivante, sous réserves d'autres questions actuellement encore à l'examen :

1. Est-ce que la nouvelle réglementation sur le versement des prestations en capital s'applique aux assurés qui ont effectué des rachats avant le 1.1.2006 ?

L'art. 79b s'appliquera à tous les rachats effectués à partir de son entrée en vigueur. Par conséquent, il ne s'applique pas aux rachats effectués jusqu'au 31.12.2005, qui sont actuellement soumis à limitation. Pour les rachats antérieurs à l'entrée en vigueur de cet article, le versement sous forme de capital n'est donc pas exclu.

2. Est-ce que le délai de 3 ans pendant lequel il ne peut y avoir de versement en capital s'applique aussi aux versements anticipés pour l'encouragement à la propriété du logement ?

Oui. Les prestations résultant de rachats ne peuvent pas non plus être retirées de la prévoyance en effectuant un versement anticipé pour le logement, car il s'agit là d'un retrait du capital de prévoyance.

3. Est-ce que le versement des prestations en capital et les versements anticipés pour le logement sont aussi exclus pendant 3 ans lorsqu'une personne a racheté la prestation de sortie transférée lors d'un divorce ?

Non. L'art. 79b, al. 4, LPP prévoit expressément une exception pour ce cas particulier de rachat (cf. art. 22c LFLP).

4. A partir du 1.1.2006, est-ce qu'il faudra rembourser tous les versements anticipés pour le logement avant de pouvoir effectuer d'autres rachats ou bien seulement les versements anticipés effectués dès cette date ?

Pour tous les rachats effectués à partir du 1.1.2006, il faudra d'abord rembourser tous les versements anticipés pour le logement qui ne le sont pas encore, indépendamment du fait que ces versements soient antérieurs ou postérieurs à cette date (l'actuelle disposition de l'art. 14, al. 1, OEPL sur la coordination entre les versements anticipés et les rachats sera abrogée dès le 1.1.2006). Le montant minimal pour le remboursement d'un versement anticipé est de 20'000 francs, sauf lorsque le solde du versement anticipé à rembourser est inférieur à cette somme (cf. art. 7 OEPL).

Pour les personnes qui ne peuvent plus rembourser des versements anticipés pour le logement en raison de leur âge (cf. art. 30d, al.3, let. a, LPP), l'art. 60d OPP 2 prévoit une exception afin qu'elles puissent effectuer des rachats pour combler d'autres lacunes de prévoyance, dans la mesure où le règlement admet encore de tels rachats.

¹³ D'après le nouvel art. 79a LPP, le champ d'application de cette réglementation s'étend à tous les rapports de prévoyance et vise l'ensemble des rachats sans distinction entre les institutions de prévoyance enregistrées et non-enregistrées.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 82

Jurisprudence

483 Divorce - partage de la prestation de sortie lors de la réalisation du risque - droit applicable

(Référence à l'arrêt du TFA du 30 mars 2005, en la cause Pax contre F., B 107/03 ; arrêt en italien)

(art. 23, LPP; art. 22a LFLP)

Suite à un jugement de divorce entré en force le 21 octobre 1999, le juge du divorce a ordonné à l'institution de libre passage de verser une partie de la prestation de sortie à l'assuré. La caisse a refusé d'obtempérer au motif que son assuré présentait une incapacité de travail suite à un accident. Saisi d'une action, le Tribunal cantonal a ordonné le versement au motif que le cas de prévoyance n'était pas réalisé, car l'AI n'avait pas accordé de prestation et la caisse, de son côté, n'avait pas admis le cas. Saisi à son tour par la caisse, le Tribunal fédéral a admis le recours.

Les questions auxquelles le TFA a répondu portent sur le droit applicable (l'ancien droit du divorce ou le nouveau droit, entré en vigueur entre temps) et sur la réalisation du risque invalidité qui empêche le versement de la prestation.

S'agissant du droit applicable, le TFA a rappelé sa jurisprudence du 28 janvier 2003 (B 96/00, cons. 3.2) aux termes de laquelle lorsque le jugement de divorce est passé en force, il y a lieu d'appliquer le droit en vigueur à ce moment. En l'occurrence, il s'agit ici de l'ancien droit.

Pour ce qui est de la réalisation du cas d'assurance et donc du versement ou non de la prestation de libre passage, le TFA a rappelé que le cas d'assurance est réalisé si l'assuré présente une incapacité permanente de gain de 50% au moins ou s'il est victime d'une incapacité de travail moyenne de 50% au moins sur une période d'une année, sans interruptions notables et qu'il ait bénéficié d'une rente d'invalidité ou d'un capital de l'institution de prévoyance. Lorsque la caisse fonde sa décision sur la base de l'AI, le droit naît en même temps que la rente AI ; tandis que si la caisse a sa propre définition de l'invalidité, il lui appartient de fixer le début de celle-ci.

Dans le cas d'espèces, à la date d'entrée en force du jugement du divorce, l'assuré présentait une incapacité totale de travail ; il y a donc lieu d'admettre que le cas d'assurance était réalisé et, partant, que la prestation ne pouvait être versée en espèces.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 76

Jurisprudence

455 Divorce et partage de la prévoyance

(Référence à l'arrêt du TFA du 3 juin 2004 en la cause JL et S. M., B 115/03; arrêt rendu en français)

(Art. 22 LFLP ; art. 122, 123, 141 et 142 CC ; art. 7 OLP ; art. 12 OPP2)

Conformément à l'art. 122, al. 1 CC, les prestations de sorties acquises par chaque époux durant le mariage sont partagées par moitié, lorsqu'aucun cas de prévoyance n'est survenu. Chaque époux a droit à la moitié des avoirs de l'autre, tandis que, lorsque les deux conjoints ont des créances réciproques, seule la différence entre ces deux créances est partagée (art. 122 al. 2 CC).

Le TFA rappelle que pour chaque conjoint, on calcule la prestation à partager en déduisant la prestation de sortie existant avant le mariage et on rajoute les intérêts. En revanche, lorsque des sommes ont été

transférées au titre de mesures spéciales ou de fortune libre à l'un des époux, avant le mariage, on ne doit pas les prendre en considération dans le calcul de la prestation à partager.

A cette occasion, le TFA rappelle que le calcul de la somme à partager doit s'opérer non pas en additionnant les montants respectifs des époux avant le partage et diviser par deux la somme obtenue, comme le préconisent certains actuaires, puis de transférer le résultat de ce partage, mais bien de déduire du montant le plus élevé des deux avoirs le montant le moins élevé et de partager en deux le montant y résultant. Cette somme ainsi obtenue sera ensuite transférée à l'institution de prévoyance de l'époux créancier (cf. ATF 129 V 254 cons. 2.3). D'autre part, sur la somme de la prestation de sortie à transférer, l'institution de prévoyance débitrice doit verser à la fois des intérêts compensatoires et moratoires. L'intérêt compensatoire est dû dès l'entrée en force du jugement de divorce, au taux fixé par son règlement, ou, à tout le moins, à celui correspondant au taux légal LPP. A cela s'ajoute un intérêt moratoire éventuel dès le 31^{ème} jour après l'entrée en force du jugement de divorce, du jugement du tribunal LPP compétent, respectivement du jugement du TFA. Le taux de l'intérêt moratoire correspond à l'art. 7 OLP en corrélation avec l'art. 12 OPP2.

456 Compensation de la créance en dommages-intérêts contre le mari divorcé avec la créance de l'épouse divorcée

(Référence à l'arrêt du TFA du 28 juin 2004, en la cause W., B 76/03 ; arrêt en allemand)

(art. 120 CO)

L'institution de prévoyance a fait valoir une créance en dommages-intérêts contre le mari divorcé dans le cadre de la faillite privée de celui-ci. Il y a lieu d'examiner si l'institution de prévoyance peut compenser sa créance en dommages-intérêts avec le droit de l'épouse divorcée à une part de la prestation de sortie selon le jugement de divorce.

La compensation de créances réciproques constitue selon la doctrine et la jurisprudence un principe général du droit qui est ancré aux art. 120 ss CO en ce qui concerne le droit civil, mais qui s'applique aussi au droit administratif. Le principe de compensation s'applique également au droit des assurances sociales, même lorsqu'il n'est pas prévu expressément. Dans le domaine de la prévoyance professionnelle, la loi régit (de manière restrictive) uniquement le cas de la compensation des créances que l'employeur a cédées à l'institution de prévoyance. La réciprocité des créances constitue une des conditions positives de la compensation d'après l'art. 120, al. 1, CO, ainsi qu'en droit administratif. Il y a réciprocité au sens de cette disposition lorsqu'il y a deux obligations et que deux personnes sont simultanément créancières et débitrices l'une envers l'autre pour chacune des obligations.

L'épouse divorcée dispose, sur la base du jugement de divorce, d'un droit direct sur une part de la prestation de sortie. Dans le cas d'espèce, ce n'est pas la femme divorcée qui est débitrice de la créance à compenser, mais l'époux divorcé, de sorte qu'il n'y a pas de réciprocité, qui est l'exigence fondamentale pour la compensation.

La déclaration de compensation de l'institution de prévoyance à l'égard de l'époux divorcé est sans importance dans le présent cas, car la question litigieuse est de savoir si le jugement de divorce confère à l'épouse divorcée le droit de faire transférer une partie de la prestation de sortie de son ex-mari. Par conséquent, c'est uniquement la déclaration de compensation à l'égard de l'épouse divorcée qui entre en considération, laquelle s'avère inadmissible en l'absence de réciprocité des créances.

Edition spéciale

444 Entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2005 de la 2^{ème} étape de la révision de la LPP

Modification de l'Ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2) du 01.07.04 (version non officielle), extrait concernant le divorce :

Art. 20 titre médian, et al. 1 Droit du conjoint divorcé à des prestations de survivants (art. 19, al. 3, LPP)

¹ Le conjoint divorcé est assimilé au veuf ou à la veuve en cas de décès de son ancien conjoint à la condition

- a. que son mariage ait duré 10 ans au moins, et*
- b. qu'il ait bénéficié, en vertu du jugement de divorce, d'une rente ou d'une indemnité en capital en lieu et place d'une rente viagère.*

Commentaire concernant la modification de l'OPP 2 (extrait) :

Art. 20, titre médian et al. 1 Droit du conjoint divorcé

La question de savoir si, malgré le nouveau droit du divorce, le droit du conjoint divorcé à une rente de conjoint survivant doit être maintenu a été examinée plus en détail. Sur la base des réflexions suivantes, il a été décidé de maintenir l'art. 19, al. 3, LPP :

- Même si le nombre de veuves et de veufs divorcés qui ont droit à une contribution d'entretien jusqu'à la mort de la personne assurée est **très limité**, ce cas de prévoyance a encore tendance à diminuer étant donné que le nouveau droit du divorce tend à fixer des contributions d'entretien limitées dans le temps.
- Le transfert d'une prestation de sortie conformément au nouveau droit du divorce n'est pas toujours possible, en particulier si les cas d'assurance se sont déjà réalisés. De plus, les tribunaux ne transfèrent pas de manière optimale les avoirs de prévoyance.
- Le versement d'une indemnité équitable selon l'art. 124, al. 1, CC n'est pas toujours possible, surtout lorsque les époux sont dans une situation financière précaire.
- La suppression des rentes de conjoints divorcés risquerait de placer certaines familles dans une situation financière difficile, notamment les familles monoparentales qui présentent le taux le plus élevé de «working poor» (29 %, soit 27 000 familles monoparentales selon l'annuaire statistique de la Suisse 2002).

L'art. 20, al. 1, OPP2 doit ainsi être adapté à l'art. 19 LPP, qui introduit la rente de veuf.

La pension alimentaire est fixée en fonction des revenus du conjoint divorcé débiteur de cette prestation. Pour les petits revenus, la pension alimentaire ne satisfait pas au besoin de l'autre conjoint, notamment pour les femmes divorcées. L'al. 2 actuel ne fait qu'amplifier cet effet. On peut donc se poser la question si cette disposition doit également être maintenue.

La Commission LPP avait conscience de ce problème pour les petits revenus mais elle s'est tout de même prononcée en faveur de la formulation actuelle qui ne prend en compte que la perte financière que le conjoint séparé subit par le décès de son ancien conjoint. Il n'y a aucune raison de s'écarter de ce principe étant donné que le nouveau droit du divorce (cf. en particulier l'art. 125, al. 1, CC) renforce

l'idée que, dans la mesure du possible, chaque conjoint doit acquérir son indépendance économique et subvenir à ses propres besoins après le divorce.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 74

Jurisprudence

437 Divorce et prévoyance professionnelle : confirmation par le Tribunal fédéral de la prise de position de l'OFAS citée sous chiffre 401 dans le bulletin de la prévoyance professionnelle no 66, du 17 janvier 2003

(Référence à l'arrêt du TF, du 18 décembre 2003 en la cause A., 5C.108/2003 ; arrêt en langue française)

(Art. 2 al. 1 et 2 et art. 22 al. 1, LFLP ; art. 122 et 124 CC)

Dans notre bulletin de la prévoyance professionnelle cité en exergue notre office a précisé qu'à la suite de l'arrêt du TFA du 24 juin 2002 (résumé dans le bulletin no 64, chiffre 390), il y a lieu de partir du principe que si l'assuré ne prend pas de retraite anticipée et qu'il a donc toujours droit à une prestation de sortie, il faudra par conséquent, en cas de divorce, procéder au partage, conformément à l'art. 122 CC, car il n'y a encore aucun cas de prévoyance vieillesse. Par contre, si l'assuré a déjà pris sa retraite anticipée, le juge de divorce accordera une indemnité équitable sur la base de l'art. 124 CC.

Le TFA a par ailleurs rendu un jugement dans le même sens (B 81/01 du 2 décembre 2002).

Le Tribunal fédéral de Lausanne, dans l'arrêt susmentionné, ne s'est pas écarté de ces principes. Dans un premier temps, il a tranché une question de procédure en rappelant que dans le cadre de l'application de l'art. 122 al. 1 CC, la question de savoir si l'un des époux dispose d'un droit à une prestation de sortie est un point qui découle du rapport de prévoyance et qui relève donc de la compétence matérielle du juge des assurances sociales. Toutefois, le juge de divorce, qui doit régler le sort de la prévoyance professionnelle des époux, doit examiner ce problème à titre préjudiciel (ATF 128 V 41 consid. 1b, 2c et 3b).

Quant au partage de la prestation de sortie conformément à l'art. 122 al. 1 CC, le TF a porté l'accent sur le fait que selon la volonté du législateur, chaque époux, a un droit inconditionnel à la moitié des expectatives de prévoyance constituée pendant le mariage. En cas de divorce, la survenance du cas de prévoyance «vieillesse» se produit donc au moment où l'assuré perçoit réellement des prestations de vieillesse de son institution de prévoyance. Dans la procédure de divorce tant que l'assuré ne reçoit pas de telles prestations, il dispose donc d'une prestation de sortie et le partage est possible. Inversement, dès que l'assuré touche des prestations, le droit à la prestation de sortie s'éteint et seule une indemnité équitable peut être fixée selon l'art. 124 al. 1 CC.

439 Dans le cadre de la procédure de divorce, la voie de droit selon art. 73 LPP est également ouverte pour les litiges avec une institution de libre passage.

(Référence à deux arrêts du TFA du 6 janvier 2004, dans l'affaire G.S., B 92/02 et dans l'affaire B.+ P.S., B 102/108/02, arrêts en langue allemande)

(Art. 122 et 142 CC, 22 et 25a LFLP)

Selon la jurisprudence du TFA la voie judiciaire selon l'art. 73 LPP n'est pas ouverte en cas de litige entre un assuré et une institution de libre passage (fondation bancaire, institution d'assurance) lorsque ce litige est en relation avec une police de libre passage ou un compte de libre passage et qu'il porte comme par exemple sur l'étendue et le moment de la prétention. Le TFA a toutefois confirmé la

compétence du juge de la prévoyance pour la mise en œuvre du partage des prestations de sortie dans le cadre d'une procédure de divorce.

Avec l'entrée en vigueur du nouveau droit du divorce le 1^{er} janvier 2000, le partage des prétentions de la prévoyance professionnelle entre les conjoints et la procédure y afférente, notamment la compétence du juge du divorce et du juge de la prévoyance, ont été nouvellement réglés. Conformément au nouveau droit du divorce (art. 122 al. 1 CC), toutes les prétentions découlant de rapports de prévoyance doivent en principe être partagées, qu'il s'agisse de rapports soumis à la LFLP, de polices ou de comptes de libre passage au sens de l'art. 10 LFLP.

En présence d'un cas d'application de l'art. 122 CC et si les conjoints n'ont rien convenu au sujet du partage des prestations de sorties ni sur la manière dont le partage sera exécuté, le juge du divorce fixe, conformément à l'art. 142 al. 1 CC, les proportions dans lesquelles les prestations de sortie doivent être partagées. Dès que cette décision est entrée en force, le juge du divorce transmet d'office le litige au tribunal compétent selon la LFLP (art. 142 al. 2 CC). L'art. 25a LFLP, introduit avec la révision du droit du divorce, prévoit qu'en cas de désaccord des conjoints sur la prestation de sortie à partager, le juge du lieu du divorce compétent au sens de l'art. 73 LPP doit, après que l'affaire lui a été transmise, exécuter d'office le partage sur la base de la clé de répartition déterminée.

Avec l'introduction du nouveau droit du divorce dans les art. 141/142 CC et 25a LFLP, le législateur a - s'agissant des prestations de sortie provenant de la prévoyance professionnelle à partager selon l'art. 122 CC - coordonné la procédure de divorce avec la procédure sur les prétentions découlant de la prévoyance professionnelle et l'a placée sur une nouvelle base. Il n'a pas voulu uniquement englober les institutions de prévoyance dans cette coordination mais également les institutions de libre passage. Au vu des efforts législatifs de coordination, il ne fait pas de sens de diviser la procédure se rapportant à l'art. 142 CC selon qu'une institution de prévoyance ou une institution de libre passage (société d'assurance-vie ou banque) gère pour une des parties au divorce un avoir de prévoyance ou une police de libre passage. À côté de la séparation entre tribunal du divorce et le tribunal des assurances, le législateur n'a pas voulu d'autre morcellement de la compétence juridique pour le partage des prestations de sortie.

440 Versement en espèces sans le consentement du conjoint, suivi d'un divorce

(Référence à l'arrêt du TFA du 30 janvier 2004, en la cause A., B 19/03 ; arrêt en français)

(art. 5 et 22 LFLP, art. 122 CC)

L'examen de la validité du versement d'une prestation de sortie en espèces à un assuré, pendant la durée du mariage, est de la compétence du juge des assurances (ATF 128 V 41 consid. 2d).

Pour les personnes mariées, le versement de la prestation de sortie en espèces constitue un acte juridique soumis à la condition du consentement du conjoint (art. 5, al. 2, LFLP et arrêt du TFA du 10 octobre 2003, cause H., B 19/01). Seule l'institution de prévoyance, à qui une violation de son devoir de diligence ne peut être reprochée dans le versement de la prestation en espèces, s'acquitte valablement de son obligation et ne s'expose pas à devoir verser à nouveau la prestation de sortie. En l'espèce, la fondation W. a violé son devoir de diligence en accordant à son assuré un versement en espèces sans avoir requis le consentement de son épouse A. Par conséquent, W. reste tenue de fournir la prestation de sortie, qui peut dès lors être partagée en cas de divorce, conformément à l'art. 122 CC. C'est donc à tort que le tribunal cantonal des assurances a retenu qu'il était impossible d'effectuer ce partage.

Née le 30 septembre 1938, A. n'a jamais été assurée à la LPP. Le 30 septembre 2000, elle a atteint l'âge de 62 ans, donnant droit à des prestations de vieillesse de la prévoyance professionnelle

(art. 13, al. 1, lit. b, LPP). Cet élément à lui seul ne permet pas d'exclure le partage des avoirs de prévoyance (art. 22 LFLP et 122 CC) et d'imposer le versement d'une indemnité équitable (art. 124, al. 1, CC). Ainsi, la survenance de l'âge de la retraite ou du droit à des prestations d'invalidité d'un conjoint qui n'a jamais travaillé ou qui n'a jamais été affilié à la prévoyance professionnelle, dans la mesure où il n'entraîne aucun droit à des prestations d'une institution de prévoyance, permet encore le partage des avoirs de la prévoyance professionnelle de l'autre conjoint en sa faveur.

441 Une institution de prévoyance doit réparer le dommage résultant d'un paiement en espèces effectué à tort, à moins qu'elle ne prouve qu'aucune faute ne peut lui être imputable ; à cet égard, une négligence, même légère, est assimilée à une faute

(Référence à un arrêt du TFA du 2 février 2004 en la cause C. S., B 45/00 ; arrêt rendu en allemand)

(Art. 5, al. 2, et 22 LFLP ; art. 122 CC ; art. 97ss CO et art. 64, al. 1, LDIP)

Lorsqu'un jugement de divorce rendu à l'étranger est reconnu en Suisse, mais que la question des avoirs de prévoyance n'a pas été tranchée, la jurisprudence du TF donne la compétence internationale au juge suisse du divorce de compléter ledit jugement quant à la question de la répartition compensatoire de la prévoyance ; cette jurisprudence se fonde sur l'art. 64, al. 1, LDIP. Il appartient au juge du divorce – et non à celui des assurances sociales – de se prononcer sur le partage de la prévoyance dans le cadre du complément à apporter à un jugement de divorce. Le TFA a laissé ouverte la question de la compétence internationale du tribunal suisse dans le cas où le juge du divorce étranger aurait procédé à un partage de la prévoyance, mais sans se référer expressément à l'avoir de prévoyance suisse, alors que le juge du divorce aurait dû trancher cette question.

Le juge de la prévoyance professionnelle est en revanche compétent pour se prononcer sur la validité d'un paiement en espèces selon l'art. 5, al. 2, LFLP. Afin qu'un jugement du tribunal du divorce fixant une clé de répartition conformément à l'art. 122 CC puisse être rendu exécutoire à l'égard de l'institution de prévoyance, le conjoint ayant droit a un intérêt juridique notable à ce que le juge des assurances sociales déclare - avant le prononcé du divorce et de façon à lier l'institution de prévoyance - que le versement en espèces est nul en raison du défaut de consentement du conjoint selon l'art. 5, al. 2, LFLP. Cela vaut également lorsque la procédure de divorce a été menée devant un tribunal étranger.

Un versement en espèces intervenu dans le cadre de la prévoyance surobligatoire sans l'accord du conjoint prévu à l'art. 5, al. 2, LFLP constitue une exécution imparfaite du contrat de prévoyance et doit, à ce titre, être traité en application des art. 97 ss CO. L'institution de prévoyance est donc tenue de réparer le dommage résultant d'un versement en espèces effectué à tort, à moins qu'elle ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable ; à cet égard, une négligence, même légère, est assimilée à une faute. Il faut en outre juger sur la base des circonstances du cas particulier si l'institution peut se voir reprocher une violation de son devoir de diligence parce qu'elle n'a pas examiné la signature (falsifiée) figurant sur la demande de versement en espèces.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 70

Jurisprudence

414 Invalidité partielle et divorce

(Référence à l'arrêt du TF du 15.5.2003 en la cause K. et B., 5C66/2002 ; en langue allemande)

(Art. 122 et 124 CC, art. 22b al. 1 LFLP)

La prestation de sortie ne peut pas être partagée selon l'article 122 CC dans une procédure de divorce lorsque le cas de prévoyance est déjà survenu chez un des conjoints. Dans le contexte du divorce, par cas de prévoyance, il y a lieu d'entendre l'invalidité et la réalisation de l'âge limite de la retraite. A cet égard, une invalidité partielle suffit.

Le cas de prévoyance « invalidité » est survenu lorsqu'un conjoint est devenu – sous réserve de dispositions réglementaires plus étendues – durablement incapable de travailler à raison d'au moins 50% ou a été incapable de travailler à 50% au moins pendant une année sans interruption notable et qu'il touche une rente d'invalidité de l'institution de prévoyance professionnelle ou a touché d'elle une indemnité en capital.

Lorsque l'assuré touche une demi-rente d'invalidité, l'institution de prévoyance répartit l'avoir de vieillesse en deux parts égales. La moitié qui n'est pas « transformée » en une rente a le même sort que l'avoir de vieillesse d'un assuré ayant une pleine capacité de travail. En cas d'invalidité partielle, il subsiste ainsi une prestation de sortie dont le partage est « techniquement possible ». A la teneur claire de l'art. 122 al. 1 et de l'art. 124 al. 1 CC, la réalisation d'un ou de plusieurs cas de prévoyance excluent le partage selon l'art. 122 al. 1. Les travaux préparatoires ne permettent pas d'interprétation restrictive selon laquelle seul est visé le cas de prévoyance qui « transforme » toute la prestation de sortie en rente.

Pour des motifs également de praticabilité, le Tribunal fédéral refuse de partager selon l'art. 122 CC une prestation de sortie encore existante et d'accorder selon l'art. 124 CC une indemnité équitable pour le solde des prétentions découlant de la prévoyance professionnelle. Se pose la question de savoir comment procéder lorsque le risque invalidité est seulement probable au moment de la procédure de divorce mais qu'il ne s'est pas encore réalisé ou lorsqu'il survient au cours de la procédure de divorce. S'il existe déjà une invalidité partielle, il existe un risque accru que l'invalidité s'aggrave pendant la procédure de divorce. C'est pourquoi, les prétentions découlant de la prévoyance professionnelle en cas d'invalidité partielle ayant conduit à des prestations de l'institution de prévoyance ne doivent pas être basées sur l'art. 122 al. 1 CC ; il s'agit au contraire de régler ce cas exclusivement par le biais de l'indemnité équitable de l'art. 124 CC.

Lorsqu'un conjoint se voit allouer une indemnité équitable selon l'art. 124 CC, il peut être précisé dans le jugement de divorce conformément à l'art. 22b al. 1 LFLP qu'une partie de la prestation de sortie est transférée en imputation sur l'indemnité équitable. Cette forme de paiement ne peut cependant être ordonnée que s'il existe une prestation de sortie mais indépendamment du fait qu'un cas de prévoyance soit ou non survenu. Il suffit qu'il existe une prestation de sortie. C'est pourquoi, en cas d'invalidité partielle, l'indemnité équitable peut être payée selon l'art. 124 CC, en application de l'art. 22b al. 1 LFLP. Lorsqu'il est incertain qu'une incapacité de travail fasse naître une prestation d'invalidité de nature à empêcher le transfert d'une partie de la prestation de sortie, le juge peut – sur demande de la partie intéressée – imposer l'obligation à fournir une prestation de remplacement.

En cas de transfert selon l'art. 22b al. 1 LFLP, la décision du juge civil lie la caisse de pension lorsque celle-ci a confirmé non seulement le montant de la prestation de sortie mais encore la possibilité de procéder au partage et au transfert. Si elle n'a pas confirmé ces points, le jugement pourrait éventuellement ne pas être exécuté à son encontre.

417 Versement de la prestation de sortie en cas de divorce

La prestation de sortie à transférer dans le cadre d'une procédure de divorce doit être en principe versée à l'institution de prévoyance de l'autre conjoint. Si l'ayant droit n'est affilié à aucune institution de prévoyance ou s'il n'a pas besoin du montant en question pour combler des lacunes en vue des

prestations réglementaires, sa part sur la prestation de sortie peut être versée sur deux comptes de libre passage au maximum.

(Référence à l'arrêt du TFA du 17 mars 2003 en la cause W. + M.F., B 87/01 ; en langue allemande)

(Art. 122 et 142 CC, art. 3 al. 1, art. 4 al. 1 et art. 22 LFLP, art. 12 al. 1 OLP)

Le tribunal prévu à l'art. 73 LPP, respectivement aux art. 25 et 25a LFLP doit veiller à l'application correcte du droit fédéral dans le domaine de la prévoyance professionnelle. Il doit se saisir d'office du litige qui lui a été transmis par le tribunal du divorce et procéder au partage de la prestation de sortie en se basant sur la clé de répartition définie par le jugement de divorce.

Dès que le jugement de divorce est devenu exécutoire, le tribunal cantonal des assurances sociales doit se prononcer d'office sur l'existence et le montant des prestations de sortie à transférer et sur l'exécution du partage, c'est-à-dire fixer les modalités à quelle institution (caisse de pension, institution de libre passage de l'ayant droit) doit être transféré le montant de la différence à déterminer entre les prestations de sortie.

La prestation de sortie à partager doit servir à maintenir la protection de prévoyance de la personne y ayant droit. Il s'ensuit que la part de la prestation de sortie à transférer doit en principe être versée à l'institution de prévoyance de l'autre conjoint. Le bénéficiaire a le droit de combler des lacunes avec sa part de la prestation de sortie à transférer jusqu'aux prestations réglementaires complètes et ainsi d'augmenter les prestations en cas d'invalidité ou de retraite mais aussi d'éventuelles prestations en faveur des survivants.

Si l'ayant droit n'est affilié à aucune institution de prévoyance ou s'il n'a pas besoin de la somme totale pour combler ses lacunes dans son institution de prévoyance, il doit communiquer à l'institution de prévoyance de l'autre conjoint sous quelle forme il veut recevoir (le solde de) la protection de prévoyance. Celle-ci sera reçue par le biais d'une police de libre passage ou sur un compte de libre passage. La prestation de sortie à transférer peut versée à deux institutions de libre passage au maximum (art. 12 al. 1 OLP).

420 En cas de divorce, le juge de l'art. 73 est compétent pour connaître d'un litige issu de l'impossibilité de transfert de la moitié de la PLP de l'un des conjoints à l'institution de l'autre pourtant décidé par le tribunal civil

(Référence à l'arrêt du TFA du 28.01.03 en la cause F.C., B 96/00 ; arrêt en langue italienne)

(Art. 73 LPP, 22 al. 2 LFLP version en vigueur jusqu'au 31.12.99)

Le TFA a été appelé à juger d'un recours de la femme divorcée qui demandait à la caisse de pensions de son mari de transférer la moitié de l'avoir LPP de ce dernier, conformément à ce qui avait été ordonné par le jugement du divorce. Devant le refus de cette dernière, en raison du fait que l'assuré était en incapacité totale de travail et avait réalisé le cas de prévoyance, elle a porté l'affaire devant la juridiction cantonale de l'art. 73 LPP (canton du Tessin). Ce tribunal s'étant déclaré incompétent pour connaître du sort du litige, l'intéressée a recouru devant le TFA qui lui a donné raison, pour les motifs suivants.

Tout d'abord le TFA relève qu'il est incontestable que le litige concerne un ayant droit et une institution de prévoyance et que la recourante était légitimée à agir en procédure administrative à l'encontre de l'institution du conjoint, étant donné qu'elle devenait cessionnaire légale de la créance contestée sur la base de la décision de transfert émise par le juge civil (art. 166 CO) – cons. 3.1.

Le TFA rappelle ensuite que, sous l'ancien droit, le jugement civil n'a autorité de chose jugée qu'à l'égard des parties (les conjoints) qui ont participé à la procédure ; dès lors, l'institution de prévoyance

qui n'a pas participé à la procédure devrait aussi avoir la possibilité de contester un transfert devant le juge de la prévoyance professionnelle compétent. Bien plus faut-il distinguer entre les rapports internes entre conjoints de ceux avec l'institution de prévoyance. Si le conjoint, lié par le jugement de divorce ne peut s'opposer au transfert, en revanche, le tribunal de l'art. 73 LPP doit, d'un autre côté, décider si l'assureur est en mesure d'exécuter ledit jugement, en vérifiant l'existence et la cessibilité du transfert.

Note : cet arrêt prévoit que le tribunal de l'art. 73 LPP est compétent en matière de transfert de la PLP et notamment lorsque la caisse refuse le transfert car les conditions ne sont pas ou plus données, comme par exemple lors de la réalisation du cas d'assurance. Ce jugement concerne le droit en vigueur avant l'application des nouvelles dispositions du droit du divorce. On peut toutefois se poser la question de son application mutatis mutandis au nouveau droit, vu que l'art. 141 CC prévoit certes que le juge du divorce notifie le jugement à l'institution de prévoyance, mais toutefois n'accorde pas à celle-ci la qualité de partie. Cela ressort aussi de l'ATF 128 V 41.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 66

Prises de position de l'OFAS

401 Divorce et prévoyance professionnelle

1. Retraite anticipée

Suite à l'arrêt du TFA du 24 juin 2002 (résumé dans le bulletin n° 64), l'OFAS est amené à préciser la position exprimée dans le bulletin n° 63 dans le sens suivant : le cas de prévoyance vieillesse (qui exclut le paiement de la prestation de sortie conformément à l'art. 2 al. 1, LFLP) n'est pas automatiquement réalisé lorsque l'assuré a déjà atteint l'âge réglementaire de la retraite anticipée. Le cas de prévoyance vieillesse ne survient que lorsque l'assuré a **fait effectivement usage** de son droit à la retraite anticipée conformément aux dispositions réglementaires. Si l'assuré n'exerce pas son droit à la retraite anticipée, il a toujours droit à une prestation de sortie dans le cas où les rapports de travail seraient résiliés. Encore faut-il, selon cette nouvelle jurisprudence, que l'assuré ait effectivement la possibilité de choisir de prendre ou non une retraite anticipée. Tel sera, par exemple, le cas lorsque le règlement de l'institution de prévoyance stipule expressément que l'assuré **peut** prendre une retraite anticipée à partir de 60 ans. L'assuré aura alors le choix entre la prestation de vieillesse anticipée ou la prestation de sortie. Le Tribunal fédéral a toutefois laissé la question ouverte de savoir si la précédente jurisprudence, selon laquelle il n'y a pas de prestation de sortie dans les autres cas, est maintenue.

En résumé, si l'assuré ne prend pas de retraite anticipée et qu'il a donc toujours droit à une prestation de sortie, il faudra, en cas de divorce, procéder au partage conformément à l'art. 122 CC, car il n'y a pas encore eu survenance d'un cas de prévoyance. Par contre, si l'assuré a déjà pris sa retraite anticipée, le juge du divorce accordera une indemnité équitable sur la base de l'art. 124 CC.

(Après la rédaction de la présente prise de position, le TFA a rendu un jugement allant dans le même sens que l'arrêt susmentionné : arrêt du 2.12.2002, B 81/01, publié sur le site internet du TF, arrêts dès 2000 nouveautés, décisions du 27.12.2002 : <http://www.bger.ch/fr/juridiction-recht>).

2. Invalidité

Dans les trois cas suivants, le juge devra fixer une **indemnité équitable** conformément à l'art. 124 CC (au lieu du partage des prestations de sortie selon l'art. 122 CC), car il y a survenance d'un cas de prévoyance pour l'un des époux :

- un des conjoints n'est pas assuré à la LPP et devient invalide (totalement ou partiellement) ;
- les deux conjoints sont invalides (totalement ou partiellement) et l'un au moins est assuré à la LPP ;

- les deux conjoints sont assurés à la LPP et l'un des deux devient invalide (totalement ou partiellement).

Il peut également arriver que le cas d'invalidité survienne **en cours de procédure** :

a Durant la procédure avec accord entre les conjoints :

Si les conjoints apprennent un cas d'invalidité pendant la période de réflexion de 2 mois de l'art. 111 al. 2 CC, ils devront alors soit établir une nouvelle convention, soit présenter des nouvelles conclusions en vue de l'application de l'art. 124 CC. Si le cas de prévoyance est survenu **avant** l'entrée en force du jugement de divorce mais que les époux en ont connaissance seulement **après** l'entrée en force du jugement, ils peuvent soit demander la révision de la convention de divorce entrée en force (art. 148 al. 2 CC), soit intenter un recours ordinaire contre le jugement de divorce sur requête commune (art. 149 CC) pour vices du consentement. Par contre, le jugement de divorce ne pourra plus être révisé si le cas de prévoyance survient après l'entrée en force de celui-ci.

b. Durant la procédure devant le juge du divorce, en l'absence d'accord entre les conjoints :

Lorsqu'un des époux annonce un cas d'invalidité et que l'institution de prévoyance s'est déjà prononcée, le juge du divorce doit renoncer au partage des prestations de sortie (art. 122 CC) et fixer une indemnité équitable (art. 124 CC). Par contre, si l'institution de prévoyance ne s'est pas encore prononcée sur le cas d'invalidité, il serait opportun que le juge du divorce suspende temporairement l'instruction du divorce sur cette question avant de décider de faire application de l'art. 122 CC ou de l'art. 124 CC.

c. Durant la procédure devant le juge des assurances :

Lorsque le cas de prévoyance survient ou est annoncé par l'un des conjoints en cours de procédure devant le juge des assurances, celui-ci doit refuser d'exécuter le partage des prestations de sortie et renvoyer la cause devant le juge du divorce pour qu'il statue d'office sur l'application de l'art. 124 CC en procédant soit à la *révision* du jugement de divorce si le cas de prévoyance est survenu **avant** le transfert de la cause au juge des assurances, soit à la *modification* de ce même jugement si le cas de prévoyance est survenu **au cours** de la procédure devant le juge des assurances.

d. Survenance du cas d'invalidité après l'entrée en force du jugement de partage consécutif au divorce :

Il peut arriver que les ex-conjoints apprennent – **après** l'entrée en force du partage – qu'un cas de prévoyance est déjà survenu antérieurement. Dans ce cas, les ex-époux peuvent demander soit la *révision*, soit la *modification* du jugement de divorce et conclure à l'octroi d'une indemnité équitable en lieu et place du partage des prestations de sortie.

Il serait aussi envisageable que les ex-conjoints apprennent – après l'exécution du partage qu'un cas de prévoyance est survenu pour l'un des ex-conjoints avant l'entrée en force du jugement de partage, alors que celui devrait en principe partager sa prestation de sortie en vertu de ce même jugement. Cependant, si l'ex-conjoint invalide devait transférer une partie de sa prestation de sortie, il subirait une réduction de ses prestations d'invalidité. C'est pourquoi, la part de la prestation de sortie qui a déjà été transférée doit, dans ce cas, être restituée à l'institution de prévoyance de l'ex-époux invalide. Comme l'autre ex-conjoint (valide) sera défavorisé par cette restitution, il pourra demander soit la *révision*, soit la *modification* du jugement de divorce pour demander l'octroi d'une indemnité équitable.

Par contre, il ne sera pas possible de modifier le jugement de divorce si le cas de prévoyance se produit **après** l'entrée en force du jugement de partage, même si l'exécution du partage n'a pas encore eu lieu.

e. Admission de l'invalidité avec effet rétroactif :

Il peut arriver qu'une institution de prévoyance admette que le cas de prévoyance est survenu **avant** l'entrée en force du jugement de divorce ou du jugement du tribunal des assurances. Par exemple, un jugement du tribunal cantonal des assurances condamne l'institution de prévoyance de Monsieur X à transférer une partie de la prestation de sortie dans l'institution de prévoyance de Madame X. Ce jugement est entré en force le 1^{er} septembre 2002. Or, en date du 1^{er} décembre 2002, l'institution de Monsieur X a reconnu l'invalidité de celui-ci à partir du 1^{er} juillet 2001. Dans ce cas, les conjoints peuvent demander soit la *révision* du jugement de divorce si l'invalidité a débuté **avant** le transfert de la cause au juge des assurances, soit la *modification* de ce même jugement si l'invalidité a commencé **au cours** de la procédure devant le juge des assurances. Dans ce genre de situation, il faut en effet accorder une indemnité équitable en lieu et place du partage des prestations de sortie.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 64

Prises de position de l'OFAS

387 Compensation de la lacune résultant d'un versement anticipé pour la propriété du logement, sans remboursement de ce dernier

L'OFAS a été invité à se prononcer sur deux questions. Il s'agit d'abord de savoir si la part à la prestation de sortie, reçue à l'occasion du divorce, peut servir au remboursement d'un versement anticipé pour la propriété du logement. Ensuite de déterminer si le remboursement du versement anticipé - au moyen d'un avoir de prévoyance devenu libre à la suite d'une réduction du degré d'occupation ou au moyen de fonds transférés spécialement à cet effet d'un compte de libre passage à l'institution de prévoyance – est autorisé.

Ces fonds peuvent servir à compenser une lacune résultant d'un versement anticipé. Ni le législateur, ni la jurisprudence, ni la doctrine ne se prononcent à vrai dire sur cette question. Il serait cependant inéquitable – du point de vue du droit de la prévoyance – qu'une personne assurée ayant déjà racheté les prestations réglementaires complètes ne puisse utiliser ces fonds pour remédier à la lacune provenant du versement anticipé et rétablir ainsi son droit aux prestations réglementaires complètes auprès de son institution de prévoyance, mais doive les placer auprès d'une institution de libre passage.

Comme les fonds utilisés pour combler la lacune étaient déjà liés pour la prévoyance, une telle transaction ne constitue évidemment pas un remboursement du versement anticipé au sens de la loi. C'est pour cette raison que la mention au registre foncier de la restriction du droit d'aliéner ne peut être radiée (art. 30^e, al. 3 LPP), que le remboursement de l'impôt payé lors du versement anticipé ne peut être exigé (art. 83a, al. 2 LPP) et qu'il n'y a pour l'institution de prévoyance aucune obligation d'annoncer à l'Administration fédérale des contributions (art. 13, al. 1 OEPL). La mention au registre foncier ne peut être alors radiée que lorsqu'il est établi que le montant investi dans la propriété du logement et provenant de fonds qui n'étaient pas encore liés à des buts de prévoyance, a été transféré à l'institution de prévoyance de l'assuré ou à une institution de libre passage (art. 30e, al. 3, let. d LPP). La personne assurée doit, pour cette raison, conserver le droit d'effectuer le remboursement du versement anticipé à l'institution de prévoyance ou à une institution de libre passage et de demander ensuite le remboursement de l'impôt payé (art. 83a, al. 2 LPP, art. 14 OEPL).

Pour le pilier 3a, le problème ne se pose pas, un remboursement du versement anticipé n'étant pas possible en l'occurrence (cf. art. 3, al. 3-5 OPP 3 et Circulaire n° 23 de l'Administration fédérale des contributions du 5 mai 1995 sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle, ch. III.)

Prises de position de l'OFAS

379 Divorce et retraite

1. Introduction

L'OFAS a eu l'occasion d'examiner les deux questions suivantes :

- Comment traiter la retraite partielle en cas de divorce ?
- Le fait d'atteindre l'âge réglementaire de la retraite (anticipée) constitue-t-il un cas de prévoyance ?

2. Retraite partielle

Selon le règlement de certaines institutions de prévoyance, l'assuré a la possibilité de prendre une retraite partielle à partir de 55 ans, en réduisant simultanément son taux d'activité professionnelle. Il subsiste alors une prestation de libre passage réduite.

Le principe est le suivant en cas de divorce : tant qu'un cas de prévoyance (âge de la retraite, invalidité et décès) n'est pas encore survenu, chaque époux a droit à la moitié de la prestation de libre passage de l'autre conjoint, conformément à l'art. 122 du Code civil (CC) et à l'art. 22 de la loi fédérale sur le libre passage (LFLP).

Lorsqu'un cas de prévoyance est déjà survenu au moment du divorce, par exemple, si l'un des conjoints est déjà à la retraite, il n'y aura alors plus de partage de la prestation de libre passage, mais par contre, le juge du divorce fixera une indemnité équitable, conformément à l'art. 124 CC. Lorsqu'un époux reçoit une rente de vieillesse, l'indemnité équitable se basera sur la valeur capitalisée de la rente : la rente périodique sera convertie en un certain capital à partager entre les époux.

La retraite partielle, avec le maintien simultané d'une prestation de libre passage réduite, constitue un cas-limite. L'OFAS est d'avis que la retraite partielle constitue un cas de prévoyance. Il ne sera donc plus possible de procéder au partage selon l'art. 122 CC. Le juge du divorce fixera alors une indemnité équitable (art. 124 CC) en disposant d'un certain pouvoir d'appréciation. Le juge tiendra compte de la valeur capitalisée de la rente partielle, du montant de la prestation de libre passage restante et de la situation de prévoyance de l'autre conjoint. Pour le paiement de cette indemnité, le juge de divorce pourra ordonner le transfert d'une partie de la prestation de libre passage restante (art. 22b LFLP).

3. Age réglementaire de la retraite

Il s'agit de déterminer quelles sont les conséquences liées au fait que l'assuré a atteint l'âge minimum réglementaire pour la retraite (anticipée), mais il n'a pas pris effectivement sa retraite. S'agit-il là d'un cas de prévoyance ?

Le Message du Conseil fédéral du 15 novembre 1995 concernant la révision du Code civil suisse mentionne « *l'âge de la retraite* » comme étant un cas de prévoyance (FF 1996 I 1 ss, ch. 233.433.1).

De plus, le partage de la prestation de sortie entre les époux présuppose l'existence du droit à une prestation de sortie selon l'art. 2 LFLP. Or, selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, il n'existe plus de droit à une prestation de sortie lorsque l'assuré a déjà atteint l'âge minimum fixé par le règlement de prévoyance à partir duquel l'assuré peut demander des prestations de vieillesse, en particulier une retraite anticipée (ATF 120 V 306, ATF 126 V 89 ; dans ce dernier arrêt, l'âge minimum réglementaire pour la retraite anticipée était fixé à 60 ans).

Selon l'OFAS, le fait d'atteindre l'âge minimum réglementaire de la retraite constitue un cas de prévoyance, même si l'assuré n'a pas encore pris effectivement sa retraite. Il n'est dès lors plus possible de procéder au partage de la prestation de sortie selon l'art. 122 CC. Par contre, le juge du divorce accordera une indemnité équitable à l'autre époux, conformément à l'art. 124 CC.

Jurisprudence

380 Partage de la prestation de sortie en cas de divorce lorsque le lieu de résidence du conjoint bénéficiaire est inconnu

(Note sur un arrêt du TFA du 14.5.2002 en la cause P.K., B 18/01; arrêt en langue allemande)

(Art. 22 LFLP, art. 122 CC)

Le TFA retient ce qui suit: lorsqu'il s'agit d'appliquer l'article 122 CC et que les conjoints ne sont pas parvenus à un accord quant au partage des prestations de sortie et aux modalités de son exécution (voir art. 141 al. 1 CC), c'est le juge du divorce qui fixe, en vertu de l'article 142 alinéa 1 CC, les proportions dans lesquelles les prestations de sortie doivent être partagées. Dès que ce jugement est entré en force, il transmet d'office le litige au tribunal du lieu du divorce, qui est compétent selon l'article 73 alinéa 1 LPP et qui doit procéder au partage (art. 142 al. 2 CC; art. 25a LFLP).

Le recourant demande que, au cas où son épouse divorcée, dont le lieu de résidence est inconnu, ne s'annonce pas dans un certain délai à fixer, la part de la prestation de sortie lui revenant soit à nouveau créditée sur son avoir à lui auprès de sa caisse de pension. Le TFA argumente de la manière suivante: selon l'article 22 alinéa 1 LFLP, les articles 3 à 5 LFLP sont applicables par analogie à la prestation de sortie à transférer. Ainsi, celle-ci doit soit être transférée à l'institution de prévoyance du conjoint bénéficiaire (art. 3 LFLP) soit servir à maintenir une prévoyance sous une autre forme (art. 4 LFLP). Le capital de prévoyance et le droit aux prestations non exigibles ne peuvent alors être ni cédés ni mis en gage (art. 17 OLP). Ces dispositions, qui sont l'expression du principe du maintien de la prévoyance, interdisent autant une compensation de la prestation de sortie revenant à l'épouse par d'éventuelles créances du recourant établies par le jugement du divorce (telles que des émoluments de justice ou des primes d'assurance pour un véhicule) que le retour, après un certain délai, de la prestation de sortie de l'épouse divorcée, dont le lieu de résidence est inconnu, à l'autre conjoint (voir art. 24 a-f LFLP et art. 19 a-f OLP concernant les avoirs oubliés).

381 Encouragement à la propriété du logement et divorce : sort du versement anticipé effectué antérieurement au mariage

(Référence à l'arrêt du 13.05.02 en les causes C. P. BCV et J.-C. T., B 1+4/01 ; arrêt rendu en français)

(Art. 30c, al. 6, LPP, 22 LFLP, 122, 123 et 141 CC)

Interprété conformément à la lettre, au but et au sens de la loi, l'art. 30c, al. 6, LPP s'applique aussi dans les cas où les fonds de la prévoyance professionnelle ont servi au versement anticipé avant le mariage. En effet, ces fonds demeurant liés à un but de prévoyance, ils n'entrent pas dans le patrimoine à partager selon les règles du régime matrimonial (Thomas Geiser, in : De l'ancien au nouveau droit du divorce, Le nouveau droit du divorce et les droits en matière de prévoyance professionnelle, p. 73). Autrement dit, lorsqu'il y a divorce avant la survenance d'un cas de prévoyance, le versement anticipé antérieur au mariage est également considéré comme une prestation de libre passage et doit être partagé conformément aux art. 122, 123 et 141 CC et à l'art. 22 LFLP (consid. 2c).

En vertu du renvoi de l'art. 30c, al. 6, LPP aux art. 122 CC et 22 LFLP, le versement anticipé ne saurait être partagé séparément mais doit être pris en compte dans le calcul de la prestation de sortie à partager. Dans ce calcul, le montant du versement anticipé qui fait encore l'objet d'une obligation de

remboursement au moment du divorce est à comptabiliser dans la prestation de sortie au moment du divorce (Thomas Geiser, in op. cit., p. 73 ; Jacques-André Schneider / Christian Bruchez, in : Le nouveau droit du divorce, La prévoyance professionnelle et le divorce, Travaux de la Journée d'étude organisée le 8 septembre 1999 à l'université de Lausanne, publication CEDIDAC 41, pp. 229 sv.) De la même manière, et conformément à l'art. 22, al. 2, LFLP, le versement anticipé considéré comme prestation de libre passage aux termes de l'art. 30c, al. 6, LPP est ajouté à la prestation de sortie existant au moment de la conclusion du mariage (consid. 3b).

A la différence de la prestation de sortie, le versement anticipé pour l'acquisition d'un logement conserve sa valeur nominale jusqu'au divorce (Thomas Geiser, in op. cit., p. 73 ; Jacques-André Schneider / Christian Bruchez, in op. cit., p. 230). Il ne produit donc pas d'intérêts au sens de l'art. 22, al. 2, 2^{ème} phrase, LFLP. En effet, ces intérêts, échus durant le mariage et qui profitent au conjoint affilié à l'institution de prévoyance, sont destinés à compenser l'inflation (message du Conseil fédéral du 15 novembre 1995 concernant la révision du CC ; FF 1996 I 110) ; voir aussi Rolf Brunner, die Berücksichtigung von Vorbezügen für Wohneigentum bei der Teilung der Austrittsleistung nach Art. 122 ZGB, ZBJV 136/2000, pp. 536 sv.) (consid. 3c).

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 61

Jurisprudence

376 Constatation de la nullité du paiement en espèces

(Référence à l'arrêt du TFA du 29 janvier 2002 dans la cause R.S.P.R, B 1/00, en allemand)

(Art. 122 ss CC, art. 5 al. 2 LFLP en relation avec l'art. 25 LFLP et l'art. 73 LPP)

Un conjoint a le droit de faire constater par le tribunal des assurances que l'autre conjoint a obtenu indûment le paiement en espèces de la prestation de sortie durant le mariage en falsifiant sa signature valant consentement pour le paiement en espèces (art. 5 al. 2 LFLP).

Le TFA a admis que le conjoint a un intérêt digne de protection à une telle constatation par le tribunal des assurances, car le juge du divorce peut certes examiner la nullité du versement en espèces en tant que question préjudicielle, mais l'institution de prévoyance ne sera pas liée par cette décision judiciaire. Cette dernière pourrait s'opposer à un nouveau paiement, étant donné qu'elle n'est pas partie à la procédure de divorce. Par conséquent, l'intérêt à la constatation ne peut être dénié au conjoint, en renvoyant celui-ci à la procédure de divorce.

Une telle décision du tribunal des assurances sera déterminante pour le juge du divorce qui doit examiner si les avoirs de prévoyance peuvent être partagés conformément à l'art. 122 CC ou si une autre voie doit être trouvée (art. 124 CC).

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 57

Jurisprudence

352 Nullité du paiement en espèces lorsque la signature du conjoint manque ou qu'elle a été falsifiée

A relever : un arrêt cardinal du Tribunal des assurances sociales du canton de Zurich du 24 janvier 2001 dans la cause M.H. et al. (cette décision a été portée par l'institution de prévoyance devant le TFA qui ne s'est pas encore prononcé.)

Selon l'art. 5, al. 2, de la LFLP, le paiement en espèces de la prestation de sortie à l'ayant droit marié n'est admissible que si son conjoint y consent par écrit. Cette disposition est destinée à protéger la famille, car la décision relative au paiement en espèces concerne les deux époux et déploie des effets sur leurs enfants. Au cas où le consentement de l'autre conjoint ne pourrait être obtenu ou s'il est refusé sans motif légitime, l'assuré peut en appeler au tribunal (art. 5, al. 3, LFLP. Cette disposition est calquée sur le droit du bail et vise à empêcher que le conjoint ayant droit qui désire recevoir le paiement en espèces soit totalement livré à l'arbitraire de l'autre conjoint. Dans de pareils cas, le consentement de l'autre conjoint peut être remplacé par celui du juge.

La demande de paiement en espèces de la prestation de sortie n'est pas soumise à une forme écrite spécifique et peut donc être effectuée sans observer de forme. En revanche, le consentement du conjoint au paiement en espèces doit revêtir la forme écrite ; la forme écrite simple suffit. Le fait que la validité d'un contrat (cf. art. 11, al. 2, CO) dépend de l'observation d'une forme prescrite par la loi permet de déduire que les contrats ne respectant pas la forme prescrite sont en principe nuls. Néanmoins, la conséquence de la nullité est notablement limitée par l'interdiction d'abus de droit (art. 2, al. 2, CC). Si le contrat inefficace quant à sa forme a été complètement exécuté, il faut considérer l'invocation du vice de forme comme un abus de droit. Par conséquent, l'assuré avantagé par le paiement en espèces ne peut ultérieurement se prévaloir de la nullité formelle. Bien au contraire, il revient au conjoint extérieur à la relation de prévoyance d'invoquer ce vice, dans la mesure où l'on n'est en présence d'aucun consentement au paiement en espèces ou seulement d'un consentement frappé d'invalidité (p.ex. signature falsifiée). Dans ce cas, l'institution de prévoyance risque de devoir effectuer un paiement supplémentaire à l'autre conjoint dans la mesure où elle ne peut, à son égard, se prévaloir d'une exécution valable, respectivement dans la mesure où elle ne peut apporter la preuve d'une exécution correcte (Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 51 du 22 juin 2000, ch. 302). A cet égard, le principe du degré de preuve de la vraisemblance prépondérante qui prévaut habituellement dans le droit des assurances sociales n'est que d'un maigre secours pour l'institution de prévoyance.

La question de savoir si l'institution de prévoyance a violé son devoir de diligence en versant la prestation de libre passage n'est pas déterminante. C'est de toute manière l'institution de prévoyance qui supporte le risque d'une signature falsifiée du conjoint appelé à donner son consentement. C'est pourquoi, il est recommandé, en cas de doute, de faire examiner l'authenticité de la signature du conjoint consentant.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 56

Jurisprudence

338 Droit applicable en cas de divorce

(Référence à l'arrêt du 17.7.98 en la cause A. G., B 44/97; arrêt rendu en français)

(LFLP, en partic. art. 22)

La LFLP - in casu son art. 22 - ne fonde aucun droit lorsqu'un jugement de divorce est entré en force antérieurement au 1er janvier 1995.

342 Prestations de survivants de femme divorcée

(Référence à l'arrêt du 30.10.97 en la cause M. S., B 45/96; arrêt rendu en français)

(Art.19 al. 3 LPP, 20 al. 1 OPP 2)

L'art. 20 al. 1 OPP 2 garantit un droit à des prestations de survivants à la femme divorcée au bénéfice, en vertu du jugement de divorce, d'une indemnité en capital allouée en lieu et place d'une rente viagère.

En l'espèce, le TFA a constaté qu'à teneur du jugement de divorce, l'ex-épouse a bénéficié d'un versement de Fr. 1'000.- à titre d'indemnité au sens de l'art. 151 al. 1 CC, cela pour solde de tout compte, et que cette indemnité n'a donc pas été allouée en lieu et place d'une rente viagère. Dès lors, l'intéressée ne remplit pas les conditions de l'art. 20 al. 1 OPP 2, de sorte qu'elle ne saurait être assimilée à une veuve.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 53

Jurisprudence

313 Calcul de la prestation de sortie au moment de la conclusion du mariage

Le nouveau droit du divorce a donné lieu à de nombreuses demandes de précisions quant à l'application, notamment, des tableaux du Département fédéral de l'intérieur (DFI). L'OFAS publiera au fur et à mesure ses prises de positions pouvant intéresser la pratique, dans le bulletin.

Cas d'un assuré d'abord affilié à une première institution de prévoyance (IP) qui s'est ensuite marié avant de changer d'IP et qui est toujours affilié à la seconde institution de prévoyance, alors qu'il est en instance de divorce.

Comment calculer la prestation de sortie au moment de la conclusion du mariage à l'aide des tableaux du DFI?

Deux hypothèses sont envisageables:

- Le montant de la prestation de sortie au moment du mariage est connu. La prestation de sortie à partager entre les époux correspondra alors à la différence entre la prestation de sortie, augmentée des avoirs de libre passage existant éventuellement au moment du divorce, et la prestation de sortie, augmentée des avoirs de libre passage existant éventuellement au moment de la conclusion du mariage, conformément à l'article 22 alinéa 2 LFLP.
- Le montant de la prestation de sortie au moment du mariage est inconnu, soit que la première IP n'a jamais calculé une telle valeur, soit que l'assuré ne dispose pas de décompte de libre passage au moment du mariage.

Dans ce second cas, le calcul au moyen des tableaux du DFI doit être basé sur la **dernière** prestation de sortie connue **avant** la date du mariage et la **première** prestation de sortie connue **après** la date du mariage. Il faut donc prendre les montants connus des prestations de sortie aux dates les plus proches possibles avant et après la célébration du mariage.

Si on connaît le montant de la prestation de sortie à une date antérieure au mariage, c'est ce montant qui servira de base de calcul. Il pourra s'agir soit du montant à la date d'entrée dans la première IP, soit du montant de la prestation de sortie à une date située entre l'entrée dans la première IP et le mariage. L'autre montant déterminant sera la valeur de la prestation de sortie à une date postérieure au mariage. Il faudra rechercher le montant de la prestation de sortie à la date la plus proche de celle du mariage, qui pourra correspondre le cas échéant à la date de la sortie de la première IP ou celle de l'entrée dans la nouvelle IP (voir **exemple 1**)

Si aucune prestation de sortie n'est connue entre la date d'entrée dans la première IP et la date du mariage, il faut effectuer le calcul en se basant sur une prestation égale à **zéro lors de la date d'entrée dans la première IP**. Les deux données du calcul seront, d'une part, zéro à la date d'entrée

dans la première IP et, d'autre part, le montant de la première prestation de sortie connue après la date du mariage (voir exemple 2).

Si l'assuré fournit la preuve que la prestation de sortie s'élevait à tel montant déterminé à telle ou telle date, ce sont ce montant et cette date qui seront déterminants pour le calcul, et non pas la valeur zéro.

Il pourrait aussi arriver que l'on ne connaisse **que la date du mariage, mais pas celle de l'entrée dans la première institution** (avant le mariage). Dans ce cas-là, il faudrait se baser sur une valeur nulle à la date du mariage. Le calcul reviendrait alors à partager le montant de la prestation de sortie au moment du divorce.

Exemple 1	Date	Montant (fr.)	Montants (fr.) y compris intérêts		
			jusqu'au 15.8.1994	jusqu'au 1.7.1990	jusqu'au 15.9.2000
Dernière prestation de sortie connue avant le mariage (entrée dans la 1ère IP) [1]	9.3.1988	10'000.-	[5] - 12'871.-	[8] 10'948.-	
Mariage [2]	1.7.1990				
1ère prestation de sortie connue après le mariage (sortie de la 1ère IP, entrée dans la 2e IP) [3]	15.8.1994	80'000.-	[5] 80'000.-		
			[5] 67'129.- 26 % de ce montant [7] 17'454.-	[8] 17'454.-	
Prestation de sortie au moment du mariage				[8] 28'402.-	
Intérêts 4 % du 1.7.1990 (mariage) au 15.9.2000 (divorce) sur la prestation de sortie au moment du mariage					13'989.-
Prestation de sortie au moment du mariage avec les intérêts					42'391.-
Prestation de sortie au moment du divorce (15.9.2000)				150'000.-	
Prestation de sortie à partager					107'609.-

Exemple 1: application du tableau [6]:

1. Détermination des paramètres-durée nécessaires:
 - 1.1 Nombre d'années de cotisations entre la dernière prestation de sortie connue (9.3.1988) avant le mariage et la 1ere prestation de sortie connue (15.8.1994) après le mariage: 6.436 **6**
 - 1.2 Nombre d'années de mariage contenues dans la période 1.1 précédente (1.7.1990-15.8.1994): 4.126 **4**
2. Valeur du tableau: **26%**

Exemple 2	Date	Montant (fr.)	Montants (fr.) y compris intérêts		
			jusqu'au 15.8.1994	jusqu'au 1.7.1990	jusqu'au 15.9.2000
Dernière prestation de sortie connue avant le mariage (entrée dans la 1ère IP) [1]	9.3.1988	0.-	[5] 0.-	[8] 0.-	
Mariage [2]	1.7.1990				
1ère prestation de sortie connue après le mariage (sortie de la 1ère IP, entrée dans la 2e IP) [3]	15.8.1994	80'000.-	[5] 80'000.-		
			[5] 80'000.- 26 % de ce montant [7] 20'800.-	[8] 20'800.-	
Prestation de sortie au moment du mariage				[8] 20'800.-	
Intérêts 4 % du 1.7.1990 (mariage) au 15.9.2000 (divorce) sur la prestation de sortie au moment du mariage					10'245.-
Prestation de sortie au moment du mariage avec les intérêts					31'045.-
Prestation de sortie au moment du divorce (15.9.2000)				150'000.-	
Prestation de sortie à partager					118'955.-

Exemple 2: application du tableau [6]:

1. Détermination des paramètres-durée nécessaires:
 - 1.1 Nombre d'années de cotisations entre la dernière prestation de sortie connue (9.3.1988) avant le mariage et la 1ère prestation de sortie connue (15.8.1994) après le mariage: 6.436 **6**
 - 1.2 Nombre d'années de mariage contenues dans la période 1.1 précédente (1.7.1990-15.8.1994): 4.126 **4**
2. Valeur du tableau: **26%**

Indications

302 Divorce et prétentions à l'égard des institutions de prévoyance

En cas de divorce - c'est une nouveauté - chacun des conjoints a son propre droit envers l'institution de prévoyance de l'autre conjoint. Lorsque, pendant le mariage, un paiement en espèces a été effectué, il peut s'avérer plus difficile de faire valoir ce droit.

Le droit du divorce révisé, qui est entré en vigueur le 1er janvier 2000, présente la nouveauté de garantir au conjoint le droit à la moitié de la prestation de sortie de son conjoint calculée pour la durée du mariage (art. 122 à 124 CC, art. 22 à 22c LFLP). Ce n'est donc pas seulement la personne assurée qui a une créance envers l'institution de prévoyance, mais également son conjoint.

Les assurés peuvent exiger, à certaines conditions, le paiement en espèces de leur avoir de prévoyance. Pour protéger la famille, l'accord écrit du conjoint est exigé lorsque l'assuré est marié. S'il n'est pas possible de recueillir ce consentement ou si le conjoint le refuse sans motif légitime, l'assuré peut en appeler au tribunal (art. 5 al. 2 et 3 LFLP).

Lorsqu'un versement en espèces est déjà intervenu durant le mariage, valablement ou non, il convient de procéder à un règlement dans le cadre des dispositions relatives au régime matrimonial ou d'examiner l'octroi d'une indemnité équitable au sens de l'article 124 CC (nouveau). Le droit acquis par le conjoint en matière de prévoyance peut ainsi généralement être compensé pour autant qu'il existe encore des biens matériels ou pécuniers chez l'autre conjoint.

En l'absence de biens ou de fortune, un tel règlement n'est cependant pas possible. Ces derniers temps, notre office s'est vu soumettre plusieurs cas où le mari avait falsifié la signature de son épouse sur le formulaire de demande de versement en espèces adressé à l'institution de prévoyance. Le défaut de fortune qui s'en est suivi a rendu impossible un règlement au moment du divorce. Par conséquent les époux concernés ont dû introduire une action en justice pour faire valoir leur créance envers l'institution de prévoyance.

La loi sur le libre passage se borne à exiger l'accord écrit du conjoint lors d'un paiement en espèces. Il n'existe pas de directive ou d'instruction précisant cette prescription. A ce jour, aucun tribunal ne s'est prononcé non plus sur le devoir de diligence exigé d'une institution de prévoyance. Il incombe par conséquent aux institutions de prévoyance elles-mêmes de déterminer de quelle manière et sous quelle forme elles entendent demander la signature de l'autre conjoint et la vérifier.

En l'absence d'exigences de forme plus précises, on peut en principe présumer que la relation des époux est fondée sur une certaine confiance. Une prudence particulière est toutefois de mise lorsqu'apparaissent des signes avant-coureurs de séparation ou de divorce. Un extrait du registre de l'état civil ou d'autres preuves peuvent être exigés au besoin (en cas de versement en espèces lorsque l'assuré s'établit à son propre compte, les institutions de prévoyance exigent par exemple une preuve des autorités AVS ou un extrait du registre du commerce).

Lorsqu'un conjoint a l'intention de s'établir à son propre compte ou de quitter définitivement la Suisse, l'autre conjoint - ou son avocat(e) - fera bien de communiquer par écrit à l'institution de prévoyance (de préférence par lettre recommandée) qu'il ne donnera pas son consentement en raison d'une séparation ou d'un divorce imminents.

En cas de litige, le tribunal visé à l'art. 73 LPP établit si l'institution de prévoyance a violé son devoir de diligence. Si l'institution prétend que le paiement a eu lieu valablement, c'est à elle qu'incombe le fardeau

de la preuve, et non au conjoint ayant droit. Lorsqu'elle ne procède pas aux recherches qui s'imposent, l'institution de prévoyance encourt le risque d'un double paiement. Elle peut, par la suite, faire valoir son droit à restitution auprès des bénéficiaires. L'institution de prévoyance assume le risque d'une éventuelle insolvabilité en l'absence d'un accord écrit valable.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 49

Prises de position de l'OFAS

292 Divorce - prestation de libre passage à partager

Le nouveau droit du divorce est entré en vigueur le 1er janvier 2000. L'OFAS reçoit déjà des demandes d'informations. Comme pour le libre passage et la propriété du logement, nous publierons dans le bulletin les prises de position d'intérêt général.

Quelle prestation de sortie fait l'objet du partage : s'agit-il de la prestation réglementaire ou au contraire de la prestation minimale au sens de la LPP? La prestation de sortie à partager correspond à la prestation de sortie réglementaire acquise durant le mariage (art. 22 LFLP). Cette prestation doit être calculée conformément aux règles des articles 15 à 18 LFLP. Si la prestation de sortie réglementaire est inférieure à l'avoir de vieillesse au sens de la LPP, c'est sur la base de cet avoir de vieillesse qu'il faut effectuer le calcul (art. 18 LFLP).

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 48

Jurisprudence

287 Versement de la prestation de vieillesse sous forme de capital en lieu et place de la rente - consentement du conjoint - compétence du tribunal institué par l'article 73 LPP

(Référence à l'arrêt du 21.4.99 en la cause OFAS c. Fondation de prévoyance X, B 38/98; arrêt rendu en français)

(Art. 73 LPP, 5 LFLP)

Résumé des faits

L'assurée a demandé le versement en capital de ses prestations de vieillesse. L'institution de prévoyance, dont le règlement prévoit la possibilité d'un tel versement, a exigé le consentement du mari pour y procéder.

L'assurée a saisi le tribunal cantonal compétent d'une action tendant à l'obtention d'une dispense du consentement de son mari. Elle a fait valoir qu'elle était séparée de ce dernier depuis 20 ans, qu'elle ne connaissait pas son domicile et qu'elle se trouvait donc dans l'impossibilité d'obtenir le consentement requis.

La cour cantonale a décliné sa compétence et a déclaré la demande irrecevable. Elle a considéré, en bref, que l'assurée devait en appeler au juge civil pour obtenir la dispense en question.

L'OFAS a interjeté recours de droit administratif en concluant à l'annulation du jugement cantonal et au renvoi de la cause à l'autorité cantonale afin qu'elle statue sur la demande de l'assurée.

En droit

L'OFAS a qualité pour recourir en vertu de l'art. 4a OPP 1 (consid. 1).

Pour exiger le consentement du mari de l'assurée, l'institution de prévoyance a invoqué, par analogie, l'art. 5, al. 2, LFLP, qui concerne le paiement en espèces de la prestation de sortie. Les premiers juges, quant à eux, se sont déclarés incompétents en se fondant sur l'al. 3 de la même disposition, d'après lequel l'assuré peut en appeler au tribunal s'il n'est pas possible de recueillir ce consentement ou si le conjoint le refuse sans motif légitime. L'autorité cantonale, implicitement, considère que cette disposition est aussi applicable en l'espèce et que, par tribunal, il faut entendre le juge civil (consid. 3a).

La LFLP ne précise pas ce qu'il faut entendre par tribunal au sens de l'art. 5, al. 3, LFLP. La jurisprudence n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur ce point. On peut néanmoins concevoir qu'il s'agisse de la juridiction compétente au sens de l'art. 73 LPP (auquel renvoie l'art. 25 LFLP) ou du juge civil, spécialement le juge compétent pour prendre les mesures protectrices de l'union conjugale selon l'art. 180 CC. Il n'est toutefois pas nécessaire, en l'occurrence, de trancher ce problème. En effet, l'art. 5 LFLP n'est pas applicable ici dès lors que le litige porte non sur la prestation de sortie mais sur le droit de l'assuré de recevoir, au titre de prestations de vieillesse, un versement en capital en lieu et place d'une rente. Pour cette éventualité, ni la loi ni le règlement n'exigent le consentement du conjoint.

L'autorité cantonale aurait donc dû examiner, en premier lieu, si l'institution de prévoyance, malgré l'absence de base légale et réglementaire, était en droit, par une application analogique de l'art. 5, al. 2, LFLP, de subordonner le versement du montant en capital au consentement du mari de l'assurée. C'est la question principale que soulève le présent litige au fond. Ainsi posée, elle relève incontestablement du droit de la prévoyance professionnelle et il appartenait donc au tribunal administratif de la trancher. Il n'est pas concevable, en effet, d'en appeler au juge civil pour obtenir une dispense du consentement de l'époux, alors que la nécessité de ce consentement n'est pas tirée au clair sous l'angle de la prévoyance professionnelle (consid. 3b).

Dans ces conditions, il convient, selon le TFA, d'annuler le jugement attaqué et de renvoyer la cause à l'autorité cantonale pour qu'elle procède à cet examen et rende un nouveau jugement. Si elle parvient à la conclusion que l'autorisation du mari est nécessaire, il lui appartiendra aussi de se prononcer sur la dispense sollicitée par l'assurée. Car, même si l'on admettait que cette dispense, prise isolément, relève de la compétence du juge civil, il faudrait de toute façon considérer que l'autorité désignée par l'art. 73, al. 1, LPP est habilitée à trancher la question à titre préjudiciel quand le litige soulève principalement, comme en l'espèce, un problème spécifique de la prévoyance professionnelle. A cela s'ajoutent des considérations tirées de l'économie de la procédure. Il serait en effet disproportionné d'imposer à l'assurée de mener successivement deux procédures pour faire valoir sa prétention (consid. 3c).

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 47

Edition spéciale

270 Modification de l'ordonnance sur le libre passage

- adaptation au nouveau droit du divorce
- nouveaux taux d'intérêt moratoire pour les prestations de sortie

Ordonnance

sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (Ordonnance sur le libre passage, OLP)

Modification du

Le Conseil fédéral suisse

arrête :

I

L'ordonnance du 3 octobre 1994 sur le libre passage¹⁴ est modifiée comme suit :

Art. 7 Taux d'intérêt moratoire

Le taux d'intérêt moratoire correspond au taux d'intérêt minimal fixé dans la LPP, augmenté de 1/4%.

Art. 8a Taux d'intérêt en cas de partage de la prestation de sortie à la suite d'un divorce(nouveau)

¹ Lors du partage de la prestation de sortie opéré par suite d'un divorce, en vertu de l'art. 22 LFLP, le taux d'intérêt applicable aux prestations de sortie et de libre passage qui sont acquises au moment de la conclusion du mariage et aux versements uniques effectués jusqu'au moment du divorce correspond au taux minimal fixé à l'art. 12 OPP 2, applicable à la période considérée.

² Le taux de 4 % s'applique à la période antérieure au 1er janvier 1985.

II

La présente modification entre en vigueur le 1er janvier 2000.

..... Au nom du Conseil fédéral suisse :

La Présidente de la Confédération, Ruth Dreifuss

Le Chancelier de la Confédération, François Couchevin

Commentaire concernant l'Ordonnance sur le libre passage

1. Ad art. 7 Taux de l'intérêt moratoire

Aux termes de l'art. 2, al. 1, LFLP, si l'assuré quitte l'institution de prévoyance avant la survenance d'un cas de prévoyance (cas de libre passage), il a droit à une prestation de sortie. Conformément à l'al. 3 de la même disposition, la prestation de sortie est exigible lorsque l'assuré quitte l'institution de prévoyance et elle est affectée d'intérêts moratoires à partir de ce moment. En vertu de l'art. 26, al. 2, LFLP, c'est le Conseil fédéral qui a la compétence de fixer le taux desdits intérêts et il l'a fait à l'art. 7 OLP. Ce taux est actuellement fixé à 5%.

Selon la nouvelle teneur de l'art. 7 OLP, le taux de l'intérêt moratoire est non plus d'un pour-cent mais d'un quart pour-cent plus élevé que le taux d'intérêt minimal fixé dans la LPP. Ce dernier se montant actuellement à 4 pour-cent (art. 15, al. 2, LPP; art. 12 OPP 2), le taux de l'intérêt moratoire passe donc de 5 à 4 1/4 pour-cent. Cette réduction tient ainsi compte des situations où les assurés changent fréquemment d'institutions de prévoyance, dans certaines branches économiques et dans certaines professions et permet d'éviter de pénaliser les assurés par la multiplication des frais, lors de chaque nouveau versement. Par la même occasion, il incitera les institutions de prévoyance à garder plus

¹⁴ RS 831.425, RO 1999 1773

longtemps les prestations de sortie avant leur transfert à l'institution supplétive, faute d'annonce de l'assuré.

2. Ad art. 8a Taux d'intérêt en cas de partage de la prestation de sortie à la suite d'un divorce (nouveau)

L'art. 22, al. 1, LFLP, dispose qu'en cas de divorce, les prestations de sortie acquises durant le mariage sont partagées entre les époux. Aux termes de l'art. 22, al. 2, LFLP, la prestation de sortie à partager correspond à la différence entre la prestation de sortie, augmentée des avoirs de libre passage existant éventuellement au moment du divorce, et la prestation de sortie, augmentée des avoirs de libre passage existant éventuellement au moment de la conclusion du mariage. Pour ce calcul, on ajoute à la prestation de sortie et à l'avoir de libre passage existant au moment de la conclusion du mariage *les intérêts* dus au moment du divorce.

Les parties d'un versement unique financé durant le mariage par l'un des conjoints avec des biens qui, dans le régime matrimonial de la participation aux acquêts entreraient de par la loi dans les biens propres (art 198 CC) doivent être déduits, y compris *les intérêts*, de la prestation de sortie à partager (art. 22, al. 3, LFLP).

L'art. 26, al. 3, LFLP, délègue au Conseil fédéral la compétence de fixer le taux des intérêts dont il est question ci-dessus. C'est la raison de la présente modification de l'OLP, laquelle consiste dans l'adjonction d'un art. 8a.

Les montants augmentés des intérêts découlant des art. 22 et 22a LFLP doivent être considérés en principe comme des fonds liés d'une institution de prévoyance ou d'une institution de libre passage. Ces fonds portent intérêt soit au taux technique pour les institutions sous forme d'assurance ou au taux d'intérêt pour les institutions d'épargne. C'est pourquoi, il semble approprié d'établir de manière correspondante le taux à fixer conformément à l'art. 22, LFLP. Il peut cependant en résulter des frais administratifs supplémentaires, voire d'éventuels litiges: on peut par exemple se demander à quel moment une institution a modifié son taux technique ou avant tout à quel moment une institution d'épargne a changé son taux d'intérêt.

Aujourd'hui d'une part, en vertu des art. 26, al. 2, LFLP et 8 OLP, le taux technique peut osciller entre 3,5 et 4,5 pour cent. D'autre part, depuis l'entrée en vigueur de la LPP, le taux d'intérêt minimal est toujours fixé à 4 pour cent. C'est la raison pour laquelle, selon l'al. 1, le taux d'intérêt au sens de l'art. 22, LFLP correspond au taux minimum fixé à l'art. 12 OPP 2. Ce procédé constitue pour le moins une simplification administrative en vue du calcul de la prestation de sortie acquise durant le mariage. Par ailleurs, la règle veut que le taux d'intérêt qui est appliqué correspond à celui qui était en vigueur durant la période donnée.

Ainsi, par cette mesure, le taux d'intérêt LPP minimum fixé à partir de 1985 vaut également pour la période antérieure à cette date comme si l'on procédait en quelque sorte à une extrapolation définitive.

**Ordonnance 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**

du...

Le Département fédéral de l'intérieur

vu l'art. 22a de la loi fédérale du 17 décembre 1993 sur le libre passage (LFLP).¹⁵

arrête :

Art. 1

¹ La prestation de sortie existant au moment de la conclusion du mariage est calculée sur la base du tableau en annexe.

² Le tableau indique quel pourcentage du montant calculé selon l'art. 22a, al. 2, LFLP vaut comme prestation de sortie existant au moment de la conclusion du mariage.

³ Le pourcentage est déterminé sur la base:

- a. de la durée de cotisation entre la prestation d'entrée fournie selon l'art. 22a al. 2, let. b, LFLP et la prestation de sortie selon l'art. 22a, al. 2, let. a, LFLP; et
- b. de la durée du mariage durant la période de la lettre a.

⁴ Ces deux durées de cotisation de l'al. 3 sont arrondies à l'année entière. Lorsque les deux durées de cotisation se montent à moins de 3,05 ans, elles sont arrondies à 0,1 année exactement.

Art. 2

La présente ordonnance entre en vigueur le 1^{er} janvier 2000.

... Département fédéral de l'intérieur :
Ruth Dreifuss

Annexe (art. 1)

Tableaux pour le calcul de la prestation de sortie au moment du mariage selon l'art. 22a LFLP

Nombre d'années de cotisations entre la prestation d'entrée avant le mariage et la prestation de sortie après le mariage										
	Nombre d'années de mariage contenues dans la période ci-dessus									
	0.1	0.2	0.3	0.4	0.5	0.6	0.7	0.8	0.9	1.0
0.1	0									
0.2	50	0								
0.3	66	33	0							
0.4	75	49	25	0						
0.5	80	59	39	20	0					
0.6	83	66	49	33	16	0				
0.7	85	71	56	42	28	14	0			
0.8	87	74	61	49	36	24	12	0		
0.9	88	77	66	54	43	32	21	11	0	
1.0	89	79	69	59	49	39	29	19	9	0

¹⁵ RS 831.42

1.1	90	81	71	62	53	44	35	26	17	9
1.2	91	82	74	65	57	48	40	32	24	16
1.3	92	84	76	68	60	52	44	37	29	22
1.4	92	85	77	70	62	55	48	41	34	27
1.5	93	86	79	72	65	58	51	45	38	31
1.6	93	86	80	73	67	60	54	48	42	35
1.7	94	87	81	75	69	62	56	51	45	39
1.8	94	88	82	76	70	64	59	53	47	42
1.9	94	88	83	77	72	66	61	55	50	45
2.0	94	89	84	78	73	68	62	57	52	47
2.1	95	89	84	79	74	69	64	59	54	49
2.2	95	90	85	80	75	70	65	61	56	51
2.3	95	90	85	81	76	71	67	62	58	53
2.4	95	91	86	81	77	72	68	64	59	55
2.5	95	91	86	82	78	73	69	65	61	57
2.6	96	91	87	83	78	74	70	66	62	58
2.7	96	92	87	83	79	75	71	67	63	59
2.8	96	92	88	84	80	76	72	68	64	61
2.9	96	92	88	84	80	77	73	69	65	62
3.0	96	92	88	85	81	77	74	70	66	63

Nombre d'années de cotisations entre la prestation d'entrée avant le mariage et la prestation de sortie après le mariage										
	Nombre d'années de mariage contenues dans la période ci-dessus									
	1.1	1.2	1.3	1.4	1.5	1.6	1.7	1.8	1.9	2.0
1.1	0									
1.2	8	0								
1.3	14	7	0							
1.4	20	13	7	0						
1.5	25	19	12	6	0					
1.6	29	23	17	12	6	0				
1.7	33	27	22	16	11	5	0			
1.8	36	31	26	20	15	10	5	0		
1.9	39	34	29	24	19	14	10	5	0	
2.0	42	37	32	28	23	18	14	9	4	0
2.1	45	40	35	31	26	22	17	13	9	4
2.2	47	42	38	34	29	25	21	16	12	8
2.3	49	45	40	36	32	28	24	20	16	12
2.4	51	47	42	38	34	30	26	23	19	15
2.5	53	48	44	41	37	33	29	25	21	18
2.6	54	50	46	43	39	35	31	28	24	21
2.7	56	52	48	44	41	37	34	30	27	23
2.8	57	53	50	46	43	39	36	32	29	25
2.9	58	55	51	48	44	41	37	34	31	28
3.0	59	56	53	49	46	43	39	36	33	30

Nombre d'années de cotisations entre la prestation d'entrée avant le mariage et la prestation de sortie après le mariage

	Nombre d'années de mariage contenues dans la période ci-dessus									
	2.1	2.2	2.3	2.4	2.5	2.6	2.7	2.8	2.9	3.0
2.1	0									
2.2	4	0								
2.3	8	4	0							
2.4	11	7	4	0						
2.5	14	11	7	3	0					
2.6	17	14	10	7	3	0				
2.7	20	16	13	10	6	3	0			
2.8	22	19	16	12	9	6	3	0		
2.9	24	21	18	15	12	9	6	3	0	
3.0	27	23	20	17	14	11	9	6	3	0

Nombre d'années de cotisations entre la prestation d'entrée avant le mariage et la prestation de sortie après le mariage

	Nombre d'années de mariage contenues dans la période ci-dessus								
	1	2	3	4	5	6	7	8	9
1	0								
2	47	0							
3	63	30	0						
4	71	44	21	0					
5	75	53	34	16	0				
6	79	59	42	26	12	0			
7	81	64	48	34	21	10	0		
8	82	67	52	40	28	18	8	0	
9	84	69	56	44	33	23	15	7	0
10	85	71	59	47	37	28	20	12	6
11	86	73	61	50	41	32	24	17	11
12	86	74	63	53	43	35	28	21	15
13	87	75	64	55	46	38	30	24	18
14	87	76	66	56	48	40	33	27	21
15	88	77	67	58	49	42	35	29	23
16	88	78	68	59	51	44	37	31	26
17	89	78	69	60	52	45	39	33	28
18	89	79	70	61	54	47	40	34	29
19	89	79	70	62	55	48	42	36	31
20	89	80	71	63	56	49	43	37	32
21	90	80	72	64	56	50	44	38	33
22	90	81	72	64	57	51	45	39	34
23	90	81	72	65	58	51	46	40	35
24	90	81	73	65	58	52	46	41	36
25	90	81	73	66	59	53	47	42	37
26	90	82	74	66	60	53	48	43	38
27	91	82	74	67	60	54	48	43	39
28	91	82	74	67	61	54	49	44	39
29	91	82	75	67	61	55	49	44	40
30	91	83	75	68	61	55	50	45	40

31	91	83	75	68	62	56	50	45	41
32	91	83	75	68	62	56	51	46	41
33	91	83	76	69	62	57	51	46	42
34	91	83	76	69	63	57	52	47	42
35	91	83	76	69	63	57	52	47	43
36	91	83	76	69	63	57	52	47	43
37	91	84	76	70	63	58	53	48	43
38	91	84	76	70	64	58	53	48	44
39	92	84	77	70	64	58	53	48	44
40	92	84	77	70	64	58	53	49	44
41	92	84	77	70	64	59	54	49	45
42	92	84	77	70	64	59	54	49	45
43	92	84	77	71	65	59	54	49	45
44	92	84	77	71	65	59	54	50	45
45	92	84	77	71	65	59	54	50	45

Nombre d'années de cotisations entre la prestation d'entrée avant le mariage et la prestation de sortie après le mariage									
	Nombre d'années de mariage contenues dans la période ci-dessus								
	10	11	12	13	14	15	16	17	18
10	0								
11	5	0							
12	9	4	0						
13	13	8	4	0					
14	16	11	7	3	0				
15	18	14	10	6	3	0			
16	21	16	12	9	5	3	0		
17	23	18	14	11	8	5	2	0	
18	24	20	16	13	10	7	4	2	0
19	26	22	18	15	11	9	6	4	2
20	27	23	20	16	13	10	8	5	3
21	29	25	21	18	14	12	9	7	5
22	30	26	22	19	16	13	10	8	6
23	31	27	23	20	17	14	12	9	7
24	32	28	24	21	18	15	13	11	9
25	33	29	25	22	19	16	14	12	10
26	34	30	26	23	20	17	15	12	10
27	34	30	27	24	21	18	16	13	11
28	35	31	28	24	21	19	16	14	12
29	36	32	28	25	22	19	17	15	13
30	36	32	29	26	23	20	18	15	13
31	37	33	29	26	23	21	18	16	14
32	37	33	30	27	24	21	19	17	15
33	38	34	31	27	24	22	19	17	15
34	38	34	31	28	25	22	20	18	16
35	39	35	31	28	25	23	20	18	16
36	39	35	32	29	26	23	21	19	17
37	39	36	32	29	26	24	21	19	17
38	40	36	33	29	27	24	22	19	17

39	40	36	33	30	27	24	22	20	18
40	40	37	33	30	27	25	22	20	18
41	41	37	34	30	28	25	23	20	18
42	41	37	34	31	28	25	23	21	19
43	41	37	34	31	28	26	23	21	19
44	41	38	34	31	28	26	24	21	19
45	42	38	35	32	29	26	24	22	20

Nombre d'années de cotisations entre la prestation d'entrée avant le mariage et la prestation de sortie après le mariage									
	Nombre d'années de mariage contenues dans la période ci-dessus								
	19	20	21	22	23	24	25	26	27
19	0								
20	2	0							
21	3	1	0						
22	4	3	1	0					
23	6	4	2	1	0				
24	7	5	4	2	1	0			
25	8	6	5	3	2	1	0		
26	9	7	5	4	3	2	1	0	
27	9	8	6	5	4	3	2	1	0
28	10	9	7	6	4	3	2	2	1
29	11	9	8	6	5	4	3	2	1
30	12	10	8	7	6	5	4	3	2
31	12	11	9	8	6	5	4	3	3
32	13	11	10	8	7	6	5	4	3
33	13	12	10	9	8	6	5	4	4
34	14	12	11	9	8	7	6	5	4
35	14	13	11	10	8	7	6	5	4
36	15	13	12	10	9	8	7	6	5
37	15	14	12	11	9	8	7	6	5
38	16	14	12	11	10	8	7	6	6
39	16	14	13	11	10	9	8	7	6
40	16	15	13	12	10	9	8	7	6
41	17	15	13	12	11	9	8	7	7
42	17	15	14	12	11	10	9	8	7
43	17	16	14	13	11	10	9	8	7
44	17	16	14	13	12	10	9	8	7
45	18	16	14	13	12	11	9	8	8

Nombre d'années de cotisations entre la prestation d'entrée avant le mariage et la prestation de sortie après le mariage									
	Nombre d'années de mariage contenues dans la période ci-dessus								
	28	29	30	31	32	33	34	35	36
28	0								
29	1	0							
30	1	1	0						
31	2	1	1	0					
32	2	2	1	0	0				

33	3	2	1	1	0	0			
34	3	3	2	1	1	0	0		
35	4	3	2	2	1	1	0	0	
36	4	3	3	2	2	1	1	0	0
37	4	4	3	2	2	1	1	1	0
38	5	4	3	3	2	2	1	1	1
39	5	4	4	3	3	2	2	1	1
40	5	5	4	3	3	2	2	1	1
41	6	5	4	4	3	3	2	2	1
42	6	5	5	4	3	3	2	2	2
43	6	5	5	4	4	3	3	2	2
44	6	6	5	4	4	3	3	2	2
45	7	6	5	5	4	4	3	3	2

Nombre d'années de cotisations entre la prestation d'entrée avant le mariage et la prestation de sortie après le mariage									
	Nombre d'années de mariage contenues dans la période ci-dessus								
	37	38	39	40	41	42	43	44	45
37	0								
38	0	0							
39	1	0	0						
40	1	1	0	0					
41	1	1	0	0	0				
42	1	1	1	0	0	0			
43	1	1	1	1	0	0	0		
44	2	1	1	1	1	0	0	0	
45	2	2	1	1	1	1	0	0	0

Commentaire de l'ordonnance 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

I. Généralités

Lorsque les époux qui divorcent se sont mariés avant le 1er janvier 1995, il convient de déterminer, si c'est possible, le montant de la prestation de sortie existant au moment de la conclusion du mariage conformément à la LFLP. Selon l'art. 22a, al. 1, 2e phrase, ce montant est déterminant pour le calcul de la prestation de sortie acquise pendant la durée du mariage (art. 22, al. 2, LFLP), si le conjoint assuré n'a jamais changé d'institution de prévoyance entre la date du mariage et le 1er janvier 1995.

Il n'est en revanche pas possible de procéder ainsi lorsque le conjoint assuré a changé d'institution durant cette période. En règle générale, dans les cas de ce genre, les documents ne sont plus complets, de sorte que l'on ne peut pas calculer exactement quelle aurait été la prestation de sortie au moment du mariage selon le nouveau droit. Pour faciliter l'application du partage, il convient donc de partir de valeurs qui se rapprochent de la valeur réelle; celles-ci devront être calculées à l'aide d'un tableau établi par le Département fédéral de l'intérieur conformément à l'art. 22a, al. 1, 1ère phrase, LFLP et sur la base des principes énoncés aux al. 2 et 3 de la même disposition.

Ces valeurs sont des valeurs moyennes qui pourront s'écarter dans les cas concrets des valeurs réelles. Les tentatives d'apporter la preuve de divergences pourraient donner lieu à des difficultés considérables sans permettre, dans bien des cas, d'aboutir à des résultats clairs. La LFLP exclut dès lors la faculté des intéressés d'apporter la preuve que la prestation de libre passage réelle est plus ou moins élevée

que celle obtenue à l'aide du tableau. Autrement dit, l'utilisation du tableau est obligatoire lorsque le conjoint assuré a changé d'institution de prévoyance entre la date du mariage et le 1^{er} janvier 1995 (art. 22a, al. 1, 1^{ère} phrase, LFLP).

Cette méthode de calcul s'applique également aux avoirs de libre passage acquis avant le 1^{er} janvier 1995 (art. 22a, al. 4, LFLP).

II. Commentaire concernant l'art. 1

L'al. 1 renvoie au tableau figurant en annexe de l'ordonnance. Ce tableau contient chaque valeur (pourcentage) permettant de déterminer la part de la prestation de sortie existant au moment de la conclusion du mariage en fonction du montant obtenu conformément à l'art. 22a, al. 2. Les bases de ce tableau sont expliquées au ch. III. Les exemples figurant au ch. IV nous indiquent la manière d'utiliser ce tableau.

Les al. 2 et 3 fixent pour principe que le choix de la valeur précise de la tablette dépend de deux paramètres bien définis. L'un des paramètres est la durée de cotisations entre la prestation d'entrée fournie lors de l'entrée dans l'institution de prévoyance et la prestation de sortie devenue exigible ou versée. Le second paramètre est la durée du mariage contenue dans cette durée de cotisations. Le choix de ces deux paramètres correspond à ceux définis conformément à l'art. 22a, al. 3, LFLP, en tant que prescription minimale.

Les deux paramètres de ce tableau représentent des durées. Pour une durée de 45 ans que l'on peut considérer comme suffisante, on obtient $45 \times 365 = 16'425$ jours et, par conséquent, les valeurs possibles pour ces deux paramètres. Afin de limiter l'étendue du tableau, **l'al. 4** prescrit d'arrondir ces deux paramètres à des années entières. Ce procédé peut paraître trop grossier lorsque les deux paramètres sont peu élevés. C'est pourquoi, il y a lieu d'arrondir précisément à $1/10 = 0.1$ si ces deux paramètres ont une valeur de 0 à 3 années. La moitié d'un dixième d'année est arrondie à la dizaine supérieure (ainsi par ex. 2.05 années deviennent 2.1 années).

III. Base de calcul du tableau

Le tableau qui permet de calculer la prestation de sortie au moment du mariage selon la manière de l'art. 22a LFLP part du principe qu'à n'importe quel moment (d'avant) avant la conclusion du mariage (si possible la date la plus proche du mariage), une prestation d'entrée est connue (art. 22a, al. 2, let. b). Une telle prestation d'entrée marque l'entrée dans la caisse de pension. Ce montant s'accroît par la suite (en général des cotisations périodiques). De plus, on part du principe que pendant la durée du mariage, à un certain moment (d'après), une prestation de sortie est définie, soit parce qu'elle était exigible, soit parce qu'elle a été calculée selon la loi fédérale sur le libre passage (art. 22a, al. 2, let. a).

On ne peut pas décrire de manière générale le processus d'accroissement entre le moment d'avant et d'après. Hormis les cotisations périodiques, différentes causes d'accroissement sont possibles comme la méthode de calcul de la prestation de libre passage, les rachats suite à des augmentations de salaire, des modifications des bases techniques ou du plan de prévoyance, la répartition de moyens libres etc.

Pour la fiabilité de la prestation de sortie à déterminer au moment du mariage, c'est préférable de considérer les accroissements non réguliers de manière spéciale. Il s'agit avant tout des versements uniques; selon l'art. 22a, al. 2, LFLP, ils doivent d'ailleurs être considérés séparément.

Même si les apports non continus sont éliminés du processus d'accumulation et considérés séparément, il n'est pas garanti que le processus d'accumulation restant se passe dans tous les cas de manière régulière et continue. Une réglementation générale, comme celle qui sert à définir le tableau, ne peut

pas prendre cela en considération. C'est pour cette raison que les hypothèses en général appropriées, partent du principe d'un processus d'accumulation restant régulier et continu.

Afin de limiter l'étendue du tableau, on a supposé le processus d'accumulation d'un plan de prévoyance d'un fonds d'épargne avec un taux de cotisations indépendant de l'âge de l'assuré. Ainsi, les valeurs du tableau pour déterminer la prestation de sortie à la conclusion du mariage découle de la formule suivante :

$$\frac{(1+j)^m - (1+i)^m}{(1+j)^n - (1+i)^n}$$

avec

- i : taux d'intérêt annuel moyen dans le période de t_{avant} jusqu'à $t_{\text{après}}$.
- j : taux de croissance annuel moyen des "cotisations" périodiques dans la période de l'avant bis l'après (par ex. le taux de croissance du salaire de la personne assurée).
- m : durée de la période de l'avant jusqu'à la conclusion du mariage
- n : durée de la période de l'avant jusqu'à l'après.

Pour le **taux d'intérêt** i , une valeur constante de 4 pour-cent est considérée pour toute la durée de capitalisation.

Pour déterminer le **taux de croissance** moyen j des "cotisations" périodiques, on se base sur l'analyse des taux de croissance de l'évolution générale de salaire de la période 1950 -1995 :

Taux de croissance moyen annuel du salaire calculé pour une période de	intervalle des taux de croissance annuels moyens du salaire observés dans la période 1950 - 1995	milieu de l'intervalle
1 année	1.34 % - 12.6%	6.95%
5 ans	2.49% - 11.4%	6.96%
10 ans	3.28% - 8.90%	6.09%
15 ans	3.88% - 8.31%	6.10%
20 ans	3.77% - 7.21%	5.49%
25 ans	5.18% - 6.61%	5.89%
30 ans	5.45% - 6.10%	5.77%
35 ans	5.55% - 5.86%	5.70%
40 ans	5.37% - 5.51%	5.44%
45 ans	5.15%	5.15%

Pour tenir compte du taux d'accroissement général du salaire, en examinant les valeurs précédentes, on peut calculer avec un taux de croissance annuel de 6 pour-cent.

Un facteur principal qui influence le processus d'accumulation est la méthode de calcul de la prestation de libre passage. Il faut en effet considérer beaucoup de possibilités : la réglementation du libre passage avant le 1.1.1995 et celle selon la LFLP (art. 15, 16, 17, 18 et 19 LFLP). Outre l'évolution générale du salaire, l'évolution individuelle du salaire influence également le processus d'accumulation. Afin de tenir compte de ce facteur, **le taux de croissance des "cotisations" périodiques** moyen j a été fixé à **8 pour-cent**, ce qui signifie que le taux d'évolution de salaire général de 6% est augmenté de 2 point

de pourcentage. Ainsi, les valeurs du tableau permettant de définir la prestation de sortie à la conclusion du mariage sont calculées à l'aide de la formule suivante:

$$\frac{1.08^m - 1.04^m}{1.08^n - 1.04^n}$$

Les valeurs du tableau considèrent ainsi uniquement les durées de cotisations. Selon le modèle de l'art. 22a, al. 3, LFLP, ce sont d'une part la durée de cotisations entre l'apport de la prestation d'entrée selon l'al. 2, let. b et la prestation de sortie selon l'al. 2, let. a (= **n** dans ce qui précède) et d'autre part, la durée du mariage comprise dans cette durée de cotisations (= **n-m** dans ce qui précède). Ces deux durées sont en général arrondies en années entières. Une demie année est arrondie à l'année supérieure (par ex. des durées de 5.24, 12.5 ou 9.71 ans deviennent pour l'utilisation du tableau des durées de 5, 13 et 10 ans). Une subdivision plus fine de ces durées n'a pas de sens en vertu des bases de calculs des valeurs du tableau et peut mener à une fausse idée de précision. Toutefois, en cas de durées très courtes, jusqu'à trois ans, les arrondis doivent être faits à une décimale, soit à 0.1 année exactement (par ex. des durées de 0.24, 1.55 ou 2.78 deviennent pour l'utilisation du tableau des durées de 0.2, 1.6 resp. 2.8 années).

IV. Exemples d'application

Tous les exemples sont basés sur le même schéma de calcul prévu par l'art. 22a, al. 2, LFLP et utilisent les données suivantes:

[1] Date et montant de la dernière prestation d'entrée, connue et antérieure au mariage, dans un nouveau rapport de prévoyance (art. 22a, al. 2, let. b, LFLP).

[2] Moment de la conclusion du mariage.

[3] Date et montant de la première prestation de sortie communiquée d'office conformément à l'art. 24 LFLP. Lorsqu'une prestation de sortie est échue entre le moment de la conclusion du mariage et celui de la communication de la prestation de sortie, le montant de la prestation échue et la date de son échéance sont déterminants pour le calcul (art. 22a, al. 2, let. a, LFLP).

[4] Date et montant de tous les versements uniques effectués entre les dates selon [1] et [3].

La prestation de sortie existant au moment de la conclusion du mariage est calculée sur la base de ces données et à l'aide du tableau. Les intérêts doivent être compris dans le calcul (art. 22a, al. 2, LFLP). Le taux d'intérêt à utiliser se monte à 4 pour-cent selon l'art. 8a OLP.

[5] La prestation d'entrée (selon [1]) et tous les versements uniques (selon [4]) portent intérêt jusqu'à la date selon [3]. Ces montants et leurs intérêts sont déduits de la prestation de sortie selon [3].

[6] Le

- nombre d'années de cotisations entre la date de la *prestation d'entrée existant avant le mariage* et la date de la *prestation de sortie existant après le mariage* (durée de cotisations entre les dates selon [1] et [3])
- *nombre d'années de mariage contenues dans la période ci-dessus* (durée de cotisations entre les dates selon [2] et [3])

déterminent le taux de répartition du tableau.

[7] La part déterminée selon [6] du montant calculé conformément à [5] constitue la prestation de sortie existant au moment de la conclusion du mariage.

[8] La prestation de sortie (selon [1]) et tous les versements uniques effectués avant la conclusion du mariage (selon [4]) portent intérêt jusqu'à la date selon [2]. Ces montants et leurs intérêts sont ajoutés à la prestation de sortie existant au moment de la conclusion du mariage selon [7]. Le montant ainsi obtenu constitue la **prestation de sortie totale au moment de la conclusion du mariage**.

La prestation de sortie calculée au moment de la conclusion du mariage selon la méthode ci-dessus est utilisée pour déterminer la prestation de sortie à partager selon l'art. 22, al. 2, LFLP.

Exemple 1

	Date	Montant (fr.)	Montants (fr.) y compris	
			Intérêts jusqu'au 31.12.1985	Intérêts jusqu'au 15.4.1975
Entrée dans la nouvelle institution de prévoyance	1.5.1972			
Prestation de libre passage [1] apportée	1.5.1972	4'890.-	[5] -8'360.-	[8] 5'491.-
Versement unique [4]	30.11.1972	2'523.-	[5] -4'215.-	[8] 2'770.-
Mariage [2]	15.4.1975			
Sortie de l'institution de prévoyance	31.12.1985			
Prestation de sortie [3]	31.12.1985	92'988.-	[5] 92'988.-	
			[5] 80'413.- 11 % de ce montant	
			[7] 8'845.-	[8] 8'845.-
			[8]	17'106.-
			Prestation de sortie lors du mariage	

Application du tableau [6]

1. Détermination des paramètres-durée nécessaires
 - 1.1 Nombre d'années de cotisations entre
la prestation d'entrée (1.5.72) avant le mariage et
la prestation de sortie (31.12.85) après le mariage

	13.668	14
--	--------	-----------
 - 1.2 Nombre d'années de mariage contenues dans
la période 1.1 précédente (15.4.75-31.12.85)

	10.712	11
--	--------	-----------
2. Valeur du tableau

		11%
--	--	------------

Exemple 2

	Date	Montant (fr.)	Montants (fr.) y compris	
			Intérêts jusqu'au 31.12.1995	Intérêts jusqu'au 15.4.1975
Entrée dans la nouvelle institution de prévoyance	1.5.1972			
Prestation de libre passage [1] apportée	1.5.1972	4'890.-	[5] -12'375.-	[8] 5'491.-
Versement unique [4]	30.11.1972	2'523.-	[5] -6'240.-	[8] 2'770.-
Mariage [2]	15.4.1975			
Prestation de sortie [3] communiquée en vertu de l'art. 24 LFLP	31.12.1995	349'490.-	[5] 349'490.-	
			[5] 330'875.- 4 % de ce montant	
			[7] 13'235.-	[8] 13'235.-
				[8] 21'496.-
				Prestation de sortie lors du mariage

Application du tableau [6]

1. Détermination des paramètres-durée nécessaires
 - 1.1 Nombre d'années de cotisations entre
la prestation d'entrée (1.5.72) avant le mariage et
la prestation de sortie (31.12.95) après le mariage

23.668	24
--------	-----------
 - 1.2 Nombre d'années de mariage contenues dans
la période 1.1 précédente (15.4.75-31.12.95)

20.712	21
--------	-----------
2. Valeur du tableau

4%

Exemple 3

	Date	Montant (fr.)	Montants (fr.) y compris	
			Intérêts jusqu'au 31.12.1996	Intérêts jusqu'au 18.12.1992
Entrée dans la nouvelle institution de prévoyance	1.1.1985			
Prestation de libre passage [1] apportée	1.1.1985	0.-	[5] 0.-	[8] 0.-
Mariage [2]	18.12.1992			
Prestation de sortie [3] communiquée en vertu de l'art. 24 LFLP	31.12.1996	51'446.-	[5] 51'446.-	
			[5] 51'446.- 53 % de ce montant	
			[7] 27'266.-	[8] 27'266.-
				[8] 27'266.-
				Prestation de sortie lors du mariage

Application du tableau [6]

1.	Détermination des paramètres-durée nécessaires		
1.1	Nombre d'années de cotisations entre la prestation d'entrée (1.1.85) avant le mariage et la prestation de sortie (31.12.96) après le mariage	12.000	12
1.2	Nombre d'années de mariage contenues dans la période 1.1 précédente (18.12.92-31.12.96)	4.036	4
2.	Valeur du tableau		53%

Exemple 4

	Date	Montant (fr.)	Montants (fr.) y compris	
			Intérêts jusqu'au 15.9.1995	Intérêts jusqu'au 18.12.1992
Entrée dans la nouvelle institution de prévoyance	1.9.1992			
Prestation de libre passage [1] apportée	1.9.1992	26'784.-	[5] -30'175.-	[8] 27'101.-
Mariage [2]	18.12.1992			
Prestation de sortie [3] communiquée en vertu de l'art. 24 LFLP	15.9.1995	42'835.-	[5] 42'835.-	
			[5] 12'660.- 9 % de ce montant	
			[7] 1'139.-	[8] 1'139.-
				[8] 28'240.-
				Prestation de sortie lors du mariage

Application du tableau [6]

1. Détermination des paramètres-durée nécessaires
 - 1.1 Nombre d'années de cotisations entre
la prestation d'entrée (1.9.92) avant le mariage et
la prestation de sortie (15.9.95) après le mariage

	3.038	3.0
--	-------	------------
 - 1.2 Nombre d'années de mariage contenues dans
la période 1.1 précédente (18.12.92-15.9.95)

	2.742	2.7
--	-------	------------
2. Valeur du tableau

		9%
--	--	-----------

Exemple 5

	Date	Montant (fr.)	Montants (fr.) y compris	
			Intérêts jusqu'au 31.12.1997	Intérêts jusqu'au 13.5.1983
Entrée dans la nouvelle institution de prévoyance	1.3.1981			
Prestation de libre passage [1] apportée	1.3.1981	97'000.-	[5] -187'752.-	[8] 105'755.-
Versement unique [4]	31.12.1981	15'636.-	[5] -29'286.-	[8] 16'498.-
Versement unique [4]	31.12.1982	15'636.-	[5] -28'160.-	[8] 15'864.-
Mariage [2]	13.5.1983			
Versement unique [4]	31.12.1983	15'636.-	[5] -27'076.-	
Versement unique [4]	31.12.1984	15'636.-	[5] -26'035.-	
Versement unique [4]	31.12.1985	15'636.-	[5] -25'034.-	
Prestation de sortie [3] communiquée en vertu de l'art. 24 LFLP	31.12.1997	833'060.-	[5] 833'060.-	
			[5] 509'717.- 5 % de ce montant	
			[7] 25'486.-	[8] 25'486.-
				[8] 163'603.-
				Prestation de sortie lors du mariage

Application du tableau [6]

1. Détermination des paramètres-durée nécessaires
 - 1.1 Nombre d'années de cotisations entre
la prestation d'entrée (1.3.81) avant le mariage et
la prestation de sortie (31.12.97) après le mariage

16.836	17
--------	-----------
 - 1.2 Nombre d'années de mariage contenues dans
la période 1.1 précédente (13.5.83-31.12.97)

14.636	15
--------	-----------
2. Valeur du tableau

5%

Prises de position de l'OFAS

224 Effets du divorce sur les 2^e et 3^e piliers

1. Situation initiale

L'augmentation du nombre des divorces et celle des montants de la prévoyance liée pour les 2^e ou 3^e (a) piliers a conféré une plus grande actualité à la question de l'opportunité d'une répartition de ces avoirs. Qui plus est, ces créances en prestations futures représentent souvent les seuls actifs, ou du moins les plus importants, que le couple ait acquis durant le mariage. Vu l'interdiction de cession ou de mise en gage (voir art. 331c CO, art. 39 LPP, art. 4, 1^{er} al., OPP 3) qui était applicable précédemment aux 2^e et 3^e (a) piliers, la répartition, en cas de divorce, des droits aux prestations en découlant n'était en principe pas admissible. En d'autres termes, la personne assurée jouissait d'une couverture financière entière, ou tout au moins partielle, le jour où elle avait droit aux prestations de la prévoyance professionnelle. Son conjoint, non assuré par contre, n'avait aucune couverture propre, ni avant ni après le divorce; la femme divorcée ne se voyait ainsi attribuer qu'une prestation minimale (cf. art. 19 LPP, en relation avec l'art 20 OPP 2). Cette situation pouvait, selon les circonstances, se traduire par des préjudices graves pour l'ancien époux non assuré, dès que l'un des risques - vieillesse, décès, invalidité - le frappait lui-même ou la personne assurée.

La révision du droit du mariage (entrée en vigueur en 1988) n'a pas non plus amélioré la situation de l'époux non assuré pour ce qui est d'une couverture propre en matière de prévoyance. En effet, les créances en prévoyance susmentionnées qui n'étaient pas encore échues ne faisaient pas partie des acquêts (cf. par ex. art. 197, 2^e al., CC) et n'étaient par conséquent pas englobées, de par la loi, dans la liquidation des biens.

2. Modification de la situation juridique en 1995 et en 1997

2^e pilier

L'article 22 de la loi sur le libre passage (LFLP), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1995, constitue une sorte de réglementation transitoire dans la perspective de la révision prochaine du droit du divorce. Il autorise, à titre exceptionnel et sans que naissent de nouveaux droits, que dans le cas d'un divorce, une partie de la prestation de sortie acquise par un conjoint pendant la durée du mariage soit transférée à l'institution de prévoyance de l'autre conjoint ou versée sur un compte ou une police de libre passage au nom de ce dernier. Le juge peut fixer la part de la prestation de sortie devant être cédée à l'autre conjoint et ordonner son transfert dans la décision relative aux créances découlant du divorce. Cette disposition de cession peut toutefois aussi être incluse dans la convention de divorce (cf. Message du Conseil fédéral du 26.2.1992 concernant la loi sur le libre passage, ch. 635.3, pp. 67 s.).

Cette réglementation a pour objet de dédommager l'époux divorcé des attentes et des créances de pension alimentaire selon les articles 151 et 152 CC en transférant une partie des prestations de sortie acquises pendant la durée du mariage; il convient de préciser que ces créances de prestations demeurent liées dans le 2^e pilier. L'égalité entre les époux en rapport avec ces créances accumulées pendant le mariage n'en est pas pour autant réalisée. En fait, ce problème devra être réglé dans le cadre de la révision du droit du divorce actuellement en cours.

3^e pilier a

Le 3^e pilier, contrairement aux 1^{er} et 2^e piliers, est englobé dans le régime des biens matrimoniaux. En l'occurrence, le problème de la répartition des biens résidait jusqu'ici dans le fait que les montants

économisés dans le cadre du 3e pilier a ne pouvaient être partagés entre les époux vu l'interdiction de cession. Cet obstacle a été levé dans une large mesure avec la suppression de cette interdiction intervenue le 1er janvier 1997. Indépendamment de la forme de prévoyance, les **droits aux prestations de vieillesse** peuvent désormais être cédés entre conjoints dans le cas d'un divorce ou lors d'une modification du régime matrimonial (le cas du décès restant excepté), et être attribués par le tribunal (cf. art. 4, 3e al., OPP 3).

Cette réglementation signifie notamment que, dans le cas d'une dissolution du régime matrimonial, les avoirs, indépendamment de la forme de prévoyance (épargne bancaire, assurance), doivent être partagés conformément aux dispositions sur le régime des biens matrimoniaux. La cession de créances sur les prestations de vieillesse entre époux doit être possible lorsque le régime matrimonial est dissout pour des raisons autres que le décès. Dans ce dernier cas en revanche, c'est la réglementation spéciale de l'article 2 OPP 3 qui s'applique. La loi ne précise pas sur la base de quelles prétentions une cession est possible, aux fins de garantir une solution simple et praticable. Pour éviter les problèmes de délimitation, on a en particulier renoncé à distinguer entre les prétentions qui découlent du régime matrimonial et celles qui sont liées au droit du divorce. Ainsi, la possibilité de céder des créances ne dépend pas du motif juridique de la revendication.

L'article 4, 3e alinéa, OPP 3 révisé n'introduit pas de prétentions nouvelles au titre du droit du mariage ou du divorce. Il apporte simplement un assouplissement de l'interdiction de cession entre époux et permet ainsi des modalités de paiement supplémentaires. Concrètement cela signifie que d'autres créances entre conjoints peuvent être compensées par des prétentions sur le 3e pilier a. A noter qu'il est obligatoire de transférer les droits de prévoyance cédés à une institution selon l'OPP 3 ou à une institution de prévoyance du 2e pilier, pour autant que l'époux bénéficiaire ne remplisse pas une des conditions énoncées à l'article 3 OPP 3 pour un versement anticipé des prestations. Dès lors, la cession de créances désormais autorisée entre époux garantit que les fonds de la prévoyance restent réservés pour l'assurance vieillesse.

3. Présentation schématique

Les effets des actes juridiques déterminants dans le mariage sur les 2 e et 3 e piliers sont les suivants:

Acte juridique	2 ^e pilier		3 ^e pilier a	
	avant	après	avant	après
	Cas d'assurance (vieillesse, décès, invalidité)		Cas d'assurance (vieillesse, décès, invalidité)	
Divorce	x	z	x	z
Déclaration de nullité du mariage	x	z	x	z
Séparation	y	z	x	z
Changement de régime matrimonial par contrat de mariage	y	z	x	z

x = répartition des créances de prestations (avoirs dans une institution de prévoyance ou fonds du 3e pilier a du conjoint assuré).

y = **pas** de répartition des créances de prestations (avoirs dans une institution de prévoyance ou fonds du 3e pilier a du conjoint assuré).

z = accord entre les époux, par jugement ou par convention, sur la répartition des prestations de vieillesse échues (par ex. en vertu des art. 151 et 152 CC).

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 37

Indications

213 Modification de l'OPP 3 : cession au conjoint de droits en matière de prévoyance

(art. 4 OPP 3)

1. Dans son message du 15 novembre 1995 concernant la révision du Code civil suisse dont notamment la révision totale du droit du divorce, le Conseil fédéral avait déjà signalé l'absence de possibilité de céder entre conjoints les droits aux prestations de vieillesse du pilier 3a. Il avait manifesté son intention de résoudre ce problème par le biais d'une modification prochaine de l'ordonnance, indépendamment de la révision du droit du divorce (FF 1996 I 105, chiff. 233.43).

La modification en question, décidée par le Conseil fédéral le 9 décembre 1996, avec effet au 1er janvier 1997, tient compte de cette demande, basée d'ailleurs sur un large consensus et appuyée par différentes interventions politiques.

2. Les biens acquis par l'un des conjoints dans le cadre du pilier 3a (prévoyance individuelle liée bénéficiant d'avantages fiscaux) ou du pilier 3b sont réglementés par le droit des régimes matrimoniaux (art. 196 ss CC). Ceci implique qu'en cas de dissolution du régime matrimonial, les biens existants doivent être partagés, indépendamment de la forme de prévoyance choisie (épargnes bancaires, épargnes sous forme d'assurance), conformément aux dispositions du droit des régimes matrimoniaux. L'article 2 OPP 3 prévoit cependant une réglementation spéciale en matière de droits de prévoyance qui s'applique en cas de dissolution du régime par suite du décès du preneur de prévoyance.

Bien que les calculs auxquels donne lieu la liquidation du régime matrimonial doivent tenir compte des montants ainsi épargnés, ceux-ci ne peuvent pas être cédés au conjoint en cas de liquidation d'un régime matrimonial du fait de la teneur actuelle de l'article 4 OPP3. Cette disposition interdit en effet, de manière générale, de céder, de mettre en gage ou de compenser les droits aux prestations (référence à l'art. 39 LPP). Cette situation peu satisfaisante implique que le conjoint débiteur qui ne dispose pas d'autres éléments de fortune doit solliciter des délais de paiement (cf. art. 218 CC) ou demander un prêt pour s'acquitter de sa dette. Il convient donc d'assouplir cette interdiction de cession prévue par l'article 4 OPP 3, d'autant plus que, selon l'article 3 OPP 3, le versement par anticipation des prestations de vieillesse est possible, par exemple lorsque le preneur de prévoyance entreprend une activité lucrative indépendante ou acquiert un logement en propriété. En cas de cession de droits entre conjoints, il faut cependant veiller à ce que ces droits soient maintenus dans la prévoyance vieillesse.

3. La rédaction du nouvel article 4, 3^e alinéa, OPP 3 est le fruit d'une étroite collaboration de l'Office fédéral des assurances sociales, de l'Office fédéral de la justice et de l'Administration fédérale des contributions. Le 9 septembre 1996, cet article a fait l'objet d'une discussion approfondie au sein de la Commission fédérale de la prévoyance professionnelle qui l'a approuvé à une large majorité. L'article en question ne débouche pas sur de nouvelles prérogatives afférentes au droit du mariage ou à celui du divorce. Il met simplement en jeu de nouvelles modalités de paiement en assouplissant l'interdiction de céder un bien entre époux. Cet article prescrit néanmoins de verser les fonds de la prévoyance qui ont été cédés à une institution conforme à l'OPP 3, pour autant qu'aucune des circonstances

mentionnées à l'article 3 OPP 3 ne justifie un versement anticipé des prestations de vieillesse à l'époux ayant droit.

La cession entre époux des droits aux prestations de vieillesse doit toujours être possible lorsque le régime matrimonial est dissous pour un autre motif que le décès. En cas de décès de l'un des conjoints en revanche, la solution particulière de l'article 2 OPP 3 garde toute sa validité. On n'a pas précisé, en vue d'une solution simple et réalisable, sur quels droits la cession pouvait porter. Ainsi, pour éviter que des questions difficiles en matière de délimitation ne se posent, on n'a justement pas fait la distinction entre les droits matrimoniaux et les droits relatifs au divorce. De cette manière, ce n'est pas le fondement juridique des droits qui permet de conclure à la cession.

Du point de vue de l'application pratique de la cession, les épargnes bancaires de par leur nature ne posent aucun problème particulier. Quant aux épargnes sous forme d'assurance, comme dans toute assurance formatrice de capital c'est la valeur calculable de rachat de la police qui est déterminante. A l'instar du retrait des fonds du pilier 3a pour acquérir un logement, l'application concrète de la cession peut s'inspirer pour les détails de la pratique de l'assurance. La Commission fédérale de la prévoyance professionnelle est également de cet avis. Il faut partir du principe que le montant cédé sera placé dans une nouvelle assurance ou une autre forme admise de prévoyance professionnelle liée (2^e pilier ou pilier 3a). Par ailleurs, on établira généralement pour celui qui a cédé ses droits une nouvelle police d'assurance dont le montant aura fait l'objet d'une réduction correspondante. Aucune forme particulière n'est requise pour la cession. On applique en l'espèce l'article 165, 1^{er} alinéa, CO qui suppose un accord écrit.

Prises de position de l'OFAS

216 Calcul de la surassurance lors d'un versement anticipé ou en cas de divorce

Si l'assuré a perçu un versement anticipé ou lorsqu'une partie de la prestation de libre passage acquise pendant le mariage est versée sur le compte du conjoint, lors de la réalisation du risque invalidité ou décès, comment doit-on calculer la prestation au regard de la surassurance:

- Doit-on prendre en considération lors du calcul de la surassurance la rente complète, c'est-à-dire sans réduction suite au versement anticipé ou au transfert en cas de divorce, et ensuite procéder à une éventuelle réduction proportionnelle à la rente effectivement réduite ou, au contraire
- Doit-on se fonder sur la rente réduite et comparer cette rente à l'ensemble des rentes versées par les autres assurances sociales?

L'OFAS est d'avis que le calcul doit se fonder sur la base des prestations effectives versées à l'assuré, c'est-à-dire la rente réduite à la suite d'un versement anticipé ou d'une ponction en cas de divorce, dans le cadre de la prévoyance minimale obligatoire; alors que, dans la prévoyance plus étendue, l'institution de prévoyance reste libre de faire le calcul comparatif comme elle l'entend.

En effet, l'art. 24 OPP2 prévoit que la compensation s'effectue sur des prestations de remplacement d'un but et d'un type analogues. Or, la prestation de libre passage ne peut être considérée comme telle. Le législateur n'a pas expressément mentionné la prestation de libre passage dans la disposition en cause, lors de l'introduction de la LFLP et de la loi sur l'encouragement à la propriété du logement c'est donc qu'il n'a pas voulu les y assimiler. Faute de base légale, le calcul ne peut donc être opéré selon la lettre a.

D'autre part, la méthode de calcul de la surassurance en se fondant sur la rente non réduite risquerait de léser deux fois l'assuré qui non seulement ne pourra percevoir qu'une prestation réduite, mais encore devra subir une nouvelle diminution due à la surassurance.

Edition spéciale

**Ordonnance
sur le libre passage dans la prévoyance
professionnelle vieillesse, survivants et invalidité
(Ordonnance sur le libre passage, OLP)**

(version non officielle)

Extrait concernant le divorce:

Article premier Obligation d'informer

¹ *L'employeur doit communiquer immédiatement à l'institution de prévoyance l'adresse, ou, à défaut de celle-ci, le numéro AVS de l'assuré dont les rapports de travail ont été résiliés ou dont le degré de l'activité lucrative a été modifié. Il lui indiquera également si la résiliation des rapports de travail ou la modification du degré de l'activité lucrative résulte d'une atteinte à la santé.*

² *Lorsqu'il quitte une institution de prévoyance, l'assuré lui indique à quelle nouvelle institution de prévoyance ou à quelle institution de libre passage elle doit transférer la prestation de sortie.*

³ *L'employeur doit communiquer à l'institution de prévoyance le nom des assurés qui se sont mariés.*

Art. 2 Obligation de constater et de communiquer

¹ *L'institution de prévoyance doit déterminer pour l'assuré qui a atteint l'âge de 50 ans après le 1^{er} janvier 1995 ou qui se marie après cette date, la prestation de sortie à laquelle il a droit à ce moment-là.*

² *Elle doit, en outre, déterminer pour chaque assuré:*

- a. le montant de la première prestation de sortie communiqué après le 1^{er} janvier 1995, conformément à l'article 24 LFLP, et la date à laquelle il a été communiqué; ou*
- b. le montant de la première prestation de sortie, échue après le 1^{er} janvier 1995, mais avant la première communication selon l'article 24 LFLP, ainsi que la date de son échéance.*

Art. 17 Cession et mise en gage

Le capital de prévoyance et le droit aux prestations non exigibles ne peuvent être ni cédés ni mis en gage. L'article 22 LFLP et les articles 30b LPP et 331 d CO sont réservés.

Commentaire concernant l'Ordonnance sur le libre passage (extrait)

Article 1

Cette disposition vise à ce que l'institution de prévoyance reçoive les informations qui lui sont nécessaires pour traiter le cas de prévoyance sans difficulté. Elle reprend dans les grandes lignes la réglementation analogue figurant à l'article 13, alinéas 1 et 4 de l'actuelle ordonnance sur le libre passage (le 2^e alinéa a déjà pu être intégré dans l'article 4, 1^{er} alinéa LFLP; le 3^e alinéa l'a été dans l'article 8, 3^e alinéa LFLP).

Le **premier alinéa** oblige l'employeur ou l'employeuse à annoncer sans retard à l'institution de prévoyance les assurés dont le contrat de travail a été résilié ou dont l'activité lucrative a été modifiée. L'institution de prévoyance devra également savoir si l'assuré concerné présente à ce moment-là une incapacité de travail résultant d'une maladie ou d'un accident. Cette information est importante pour l'institution dans la mesure où l'incapacité de travail peut éventuellement conduire plus tard à l'invalidité

ou au décès et que l'institution de prévoyance devra alors verser des prestations d'invalidité ou des prestations pour survivants même si l'assuré n'est plus affilié à cette institution (art. 18 et 23 LPP).

En vertu de l'**alinéa 2**, les assurés doivent communiquer l'adresse de la nouvelle institution de prévoyance ou, le cas échéant, de l'institution de libre passage (voir commentaire relatif à l'article 10 en ce qui concerne la notion d'institution de libre passage) à l'actuelle institution de prévoyance afin que celle-ci sache où verser la prestation de sortie. Si l'assuré omet de fournir ces informations, les dispositions de l'article 4, 2^e alinéa de la loi sur le libre passage s'appliquent: la prestation de sortie est transférée auprès de l'institution supplétive qui fait ici office d'institution de libre passage.

L'**alinéa 3** ne se réfère pas en premier lieu au cas de libre passage. L'institution de prévoyance doit connaître la date du mariage afin qu'elle puisse déterminer la prestation de sortie à ce moment-là (cf. art. 2).

Article 2

Cette disposition oblige les institutions de prévoyance à déterminer certaines données de référence nécessaires lorsque la personne assurée quitte l'institution et à les transmettre à la nouvelle institution de prévoyance ou de libre passage.

Selon le **premier alinéa**, font partie de ces données, d'une part, la prestation de sortie au moment de la conclusion d'un mariage pour le calcul de la prestation de sortie en cas de divorce (art. 22) et, d'autre part, la prestation de sortie lorsque la personne assurée atteint 50 ans pour définir le versement anticipé auquel celle-ci a droit dans le cadre de l'encouragement à la propriété du logement (art.30c, art. 331e CO).

Comme cette obligation de constater n'existait pas jusqu'à présent en raison du fait qu'elle n'avait pas d'importance, on doit en revanche se demander maintenant comment procéder dans les cas pour lesquels ces données de référence se situent dans le passé, autrement dit avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance sur le libre passage. Il va de soi que l'on ne peut plus déterminer ces données avec précision ou que l'on ne peut parfois même plus du tout les déterminer. C'est la raison pour laquelle on se fondera, en vertu de l'**alinéa 2**, sur les prestations de sortie communiquées après le 1^{er} janvier 1995; sur la base de ces dernières, il est ensuite possible de calculer approximativement, selon des principes actuariels, la prestation de sortie au moment de la conclusion du mariage ainsi que la prestation de sortie au moment où la personne assurée a atteint 50 ans. Cette réglementation ne vaut d'ailleurs pas seulement pour les institutions de prévoyance, mais également pour les institutions de libre passage.

Article 17

Par cette disposition de la présente ordonnance de même d'ailleurs que par l'article 8 de l'actuelle ordonnance sur le libre passage, l'interdiction générale de cession et de mise en gage est également appliquée au domaine du maintien de la prévoyance. Cette interdiction est valable en ce qui concerne le capital de prévoyance et les droits aux prestations en cours de formation. Les exceptions à cette réglementation sont les suivantes:

- En cas de divorce, le capital de prévoyance qui se trouve placé dans une forme admise de prévoyance peut être cédé à l'institution de prévoyance ou à l'institution de libre passage de l'autre conjoint conformément à l'article 22 LFLP.
- Le capital de prévoyance et les droits en cours de formation issus d'une forme admise du maintien de la prévoyance peuvent être mis en gage pour réaliser des buts de l'encouragement à la propriété du logement (art. 30b LPP, art. 331d CO).

sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle (OEPL)

Extrait concernant le divorce:

Art. 9 Consentement du créancier gagiste

¹ Le consentement écrit du créancier gagiste est nécessaire pour affecter le montant mis en gage:

- a. au paiement en espèces de la prestation de libre passage;
- b. au paiement de la prestation de prévoyance;
- c. au transfert, à la suite d'un divorce, d'une partie de la prestation de libre passage à l'institution de prévoyance de l'autre conjoint (art. 22 de la loi du 17 décembre 1993 sur le libre passage).

² Si le créancier gagiste refuse de donner son consentement, l'institution de prévoyance doit mettre le montant en sûreté.

³ Si la personne assurée change d'institution de prévoyance, l'ancienne institution doit indiquer au créancier gagiste à qui la prestation de libre passage a été transféré et à concurrence de quel montant.

Art. 14 Traitement fiscal

¹ Les rachats d'années de cotisation peuvent être déduits du revenu imposable dans la mesure où, ajoutés aux versements anticipés, ils ne dépassent pas les prestations de prévoyance maximales prévues par le règlement.

² En cas de remboursement du versement anticipé, le montant des impôts payés est restitué sans intérêts. Lorsque plusieurs versements anticipés ont été demandés puis remboursés, les montants des impôts payés sont restitués dans l'ordre où les versements anticipés ont été payés. Lorsque plusieurs cantons sont concernés, le même principe est applicable.

³ Pour obtenir le remboursement du montant des impôts payés, il est nécessaire d'adresser une demande écrite à l'autorité qui a prélevé ce montant. L'intéressé doit présenter une attestation concernant:

- a. le remboursement;
- b. le capital de prévoyance investi dans la propriété du logement;
- c. le montant des impôts payés à la Confédération, au canton et à la commune en raison du versement anticipé ou de la réalisation du gage.

Commentaire concernant l'Ordonnance sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle (extrait)

L'article 9 exige, à l'alinéa 1. le consentement écrit du créancier gagiste en cas de paiement en espèces de la prestation de prévoyance et de la prestation de libre passage ou du transfert de cette dernière selon l'article 22 de la loi sur le libre passage.

Cette réglementation correspond en substance à celle de l'article 10 OEPL 86 en vigueur, mais elle en étend l'application à différents égards. L'exigence du consentement du créancier gagiste concerne l'ensemble de la prévoyance professionnelle et tous les types de prestations de prévoyance. Ce consentement est également nécessaire, quand, dans une procédure de divorce, le juge, se fondant sur l'article 151 s. CC, en corrélation avec l'article 22 de la loi sur le libre passage, attribue une part du droit au libre passage acquis pendant le mariage à l'autre conjoint pour sa prévoyance professionnelle.

Si le créancier consent⁴⁰ à ce que cette part du droit de libre passage acquise durant le mariage soit transférée au conjoint divorcé de son débiteur, la question se pose de savoir si le droit de gage grevant la part en question doit aussi être accessoirement transférée. Comme il ne s'agit pas ici d'une sûreté de gage exclusivement réelle, mais qui se réfère bien à la personne du débiteur, il convient de dénier ce caractère accessoire. Le créancier doit donc prendre les précautions nécessaires contractuellement. Par le transfert d'une part du droit acquis durant le mariage au conjoint divorcé de la personne assurée, la substance de prévoyance de cette dernière est réduite d'autant et celle du conjoint augmentée dans la même proportion. La part acquise durant le mariage et transférée en faveur du conjoint de la personne assurée doit être à la disposition de ce conjoint pour lui permettre d'accéder à la propriété du logement, que ce soit par le versement anticipé ou par la mise en gage. Elle ne doit en aucun cas rester grevée de droits de gage de l'ex conjoint (= personne assurée).

L'**alinéa 2** oblige l'institution de prévoyance à mettre en sûreté le montant servant, selon l'**alinéa 1**, de substrat de gage au cas où le créancier gagiste s'oppose au paiement ou au transfert. L'institution de prévoyance peut à cet égard prévoir l'ouverture d'un compte bloqué en faveur de la personne assurée ou mettre le montant en dépôt conformément à l'article 906 alinéa 2 CC.

L'**alinéa 3** oblige l'ancienne institution de prévoyance à informer le créancier gagiste lors d'un changement d'institution de prévoyance. L'ancienne institution de prévoyance devra toujours connaître la nouvelle institution, que ce soit une institution de prévoyance, une institution de libre passage ou une institution supplétive⁴¹. En cas de versement en espèces il n'y a pas de nouvelle institution de prévoyance. En pareil cas, le créancier gagiste dispose de son droit de consentement⁴².

L'**article 14** comporte une autre disposition essentielle pour que l'encouragement à la propriété du logement soit efficace et appliqué de manière conforme.

Les rachats d'années de cotisations ou d'années d'assurance ne peuvent, selon l'**alinéa 1**, être déduits du revenu imposable de la personne assurée que dans la mesure où, ajoutés au montant des versements anticipés investis dans la propriété du logement, ils ne dépassent pas le cadre des prestations de prévoyance prévues par le règlement.

Le montant du remboursement correspond, selon l'**alinéa 2**, à la somme qui avait été payée à l'époque à titre d'impôt pour cette prestation en capital. Aucun intérêt n'est dû sur le montant à rembourser en raison du fait que la personne assurée, grâce au versement anticipé, a pu et peut bénéficier, d'une part, d'une plus-value et, d'autre part, d'avantages fiscaux - par rapport aux locataires - liés à la propriété du logement. Si des intérêts étaient dus sur le montant à rembourser, les personnes assurées seraient plus enclines à rembourser le versement anticipé, mais une telle mesure les avantagerait de manière injustifiée.

Lorsque plusieurs versements anticipés ont été octroyés à la même personne assurée, puis remboursés par elle, les montants payés à titre d'impôts sont restitués dans l'ordre où les versements anticipés ont été effectués. La même règle s'applique lorsque la personne a élu domicile dans différents cantons et y a demandé des versements anticipés.

Le remboursement du versement anticipé à une institution de prévoyance, imposé par la loi en raison de la vente du logement ou effectué volontairement, entraîne, selon l'**alinéa 3**, l'obligation pour l'autorité fiscale de rembourser les impôts prélevés à l'époque sur le versement anticipé. Ce même alinéa précise

⁴⁰ Dans une procédure de divorce, les parties feraient d'ailleurs bien d'envisager que le créancier gagiste ne sera éventuellement pas d'accord de consentir au transfert du droit correspondant de libre passage.

⁴¹ Cf. art. 4, al. 1 et 2 LLP.

⁴² Cf. art. 9, al. 1.

en outre les différentes attestations qu'il faut adresser à l'autorité fiscale compétente pour obtenir le remboursement des impôts payés à l'époque sur le versement anticipé.

Lorsque la personne assurée vend son logement, puis, dans les deux ans qui suivent la vente, rachète, grâce au produit de cette dernière, un logement qu'elle utilise pour ses propres besoins, elle a la possibilité de placer momentanément cette somme sur un compte de libre passage et de la transférer, dans les deux ans qui suivent, dans le nouveau-logement en propriété⁴⁹. Cette façon de faire est sans effet du point de vue fiscal, c'est-à-dire qu'il n'y a ni remboursement, ni annonce, ni imposition, etc. en raison du fait que la propriété du logement n'est abandonnée que momentanément et que l'avoir de prévoyance utilisé pour la propriété du logement concernée n'est pas retiré du circuit de la prévoyance professionnelle liée.

Lorsque le logement est vendu consécutivement au divorce des époux et que les droits de prévoyance acquis pendant le mariage seront - comme cela pourra se faire à l'avenir - répartis entre les conjoints divorcés⁵⁰, on peut se demander qui des deux conjoints divorcés pourra faire valoir le droit au remboursement des impôts en cas de transfert du capital de prévoyance correspondant auprès de leur institution de prévoyance respective. La réponse à cette question sera donnée dans le cadre de la discussion portant sur le régime des biens matrimoniaux ou de la loi sur les impôts, déterminante en l'espèce.

Cependant, il faut savoir qu'en vertu de l'article 30e, 1er alinéa, phrase 3 LPP, le fait de céder la propriété du logement à un bénéficiaire au sens du droit de la prévoyance n'est pas considérée comme une vente et que les conséquences en matière d'impôt et d'annonce n'ont pas à être respectées. Or, selon l'art. 19, 3e al. LPP en corrélation avec l'article 20 OPP 2⁵¹, l'épouse de l'assuré continue, après le divorce, d'être considérée comme le bénéficiaire de l'assuré en matière de prévoyance. Mais l'époux peut fort bien être considéré également comme personne bénéficiaire d'après le règlement de l'institution de prévoyance concernée. Dans de tels cas, la cession au conjoint divorcé d'un logement dont la personne assurée est l'unique propriétaire⁵² n'est pas considérée comme une vente et, partant, n'entraîne aucune obligation de remboursement.

Les futures dispositions du Code civil⁵³ traitant du divorce devraient cependant prévoir qu'en cas de divorce, on procédera au partage des droits de la prévoyance dans la mesure où chacun des deux conjoints fera porter au crédit de l'autre la moitié de sa fortune de prévoyance auprès d'un organisme de prévoyance lié e et, de ce fait, n'aura plus aucun droit à des prestations de prévoyance en tant que conjoint divorcé. Cette procédure entraînera également la conséquence correspondante pour l'encouragement à la propriété du logement.

⁴⁹ Art. 30d. al. 4, LPP. Si ce montant n'est pas réinvesti dans la propriété d'un logement dans les deux ans, les mêmes effets qu'en cas de vente normale sans rachat s'appliquent.

⁵⁰ Cf. Art. 22 LLP. Le nouveau droit du divorce du CC prévoit en substance - cette disposition n'est que provisoire pour l'instant - que les droits de prévoyance acquis durant le mariage seront partagés en deux.

⁵¹ Ordonnance du 18 avril 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité; AS 831.441.1

⁵² ou la cession de la part correspondante de copropriété au conjoint divorcé.

⁵³ Le message du Conseil fédéral s'y rapportant sera adopté cette année encore.

Indications

2 Prestations de survivants pour la femme divorcée

(art. 19, 3e al., LPP; art. 20 OPP2)

La femme divorcée est assimilée à la veuve si son mariage a duré dix ans au moins et si elle a reçu, de son ex-mari, des contributions d'entretien. Cela signifie, pour l'essentiel, que les prestations qu'elle touche en qualité de survivante sont calculées sur la même base que celles de la veuve (art. 19 et 21 LPP). Peu importe, à cet égard, que le mari décédé ait aussi laissé ou non une veuve ayant droit à la rente; en outre, les droits de la veuve ne seront pas amoindris par les prestations dues à la femme divorcée.

L'article 20 OPP 2 vise donc à compenser la perte de soutien que la femme divorcée a subie par suite de la suppression de ces contributions d'entretien. Si elle reçoit, en même temps, des prestations d'autres assurances, telles que des assurances sociales suisses ou étrangères (AVS, AI) ou des institutions de prévoyance au sens de l'article 24, 2e alinéa, OPP 2, la perte de soutien diminue en conséquence, si bien que l'institution de prévoyance ne doit compenser que la perte de soutien qui reste. Cette règle de l'article 20, 2e alinéa, OPP 2 vise à empêcher, comme les autres dispositions de la LPP prévoyant des réductions, une surindemnisation injustifiée.

En ce qui concerne l'application pratique, on peut faire les remarques suivantes:

- Si l'obligation d'entretien est limitée dans le temps selon le jugement de divorce, le droit de la femme divorcée aux prestations ne dure que jusqu'à l'expiration de ce délai. Si l'époux divorcé est décédé seulement après cette date, la femme n'a droit à aucune prestation, parce qu'il n'y a pas eu, dans ce cas, perte de soutien.
- Si le jugement de divorce prévoit des contributions d'entretien non pas sous forme de rente, mais sous forme d'indemnité en capital, la question déterminante est de savoir ce qui doit être compensé par ce versement. Il importe avant tout de savoir si la perte, consécutive au divorce, du droit d'expectative à une future rente de veuve a été prise en considération dans le calcul de cette indemnité. Si tel est le cas, la femme divorcée ne peut plus, ultérieurement, demander encore une fois une prestation de survivante, comme si elle était veuve.

Les prestations versées par d'autres assurances (art. 20, 2e al., OPP2), mentionnées ci-dessus, doivent l'être en corrélation avec le décès de l'époux divorcé, c'est-à-dire que leur octroi doit résulter de cet événement. Entre en ligne de compte, par exemple, la rente de veuve de l'AVS payable à la femme divorcée (art. 23, 2e al., LAVS). Si, en revanche la femme touche une rente simple de vieillesse de l'AVS, celle-ci ne peut être prise en compte, puisqu'elle a pris naissance par suite d'un autre événement assuré. Toutefois, si cette rente de vieillesse subit une augmentation par suite du décès de l'époux divorcé (art. 31, 3e al., LAVS), l'institution de prévoyance peut en tenir compte dans le calcul de ses prestations.