

Office fédéral de la justice  
Bundesrain 20  
3003 Berne

Aarau, le 10 mars 2010

## **Partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce**

Madame la conseillère fédérale,  
Mesdames et Messieurs,

La Conférence suisse des déléguées à l'égalité entre femmes et hommes (CSDE), qui regroupe tous les bureaux de l'égalité officiels de Suisse, profite avec plaisir de la consultation pour vous communiquer son avis sur la révision des dispositions applicables au partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce.

L'autonomie des femmes dans le domaine des assurances sociales est depuis longtemps un objectif de l'égalité. Le principe du partage par moitié de l'avoir de prévoyance professionnelle en cas de divorce constitue un progrès important à cet égard. La Conférence salue donc les propositions qui vont dans le sens de ce principe et qui en prévoient l'application aussi après la survenance d'un cas de prévoyance. En revanche, la Conférence rejette les propositions qui entraînent un assouplissement des conditions auxquelles il est possible de déroger au principe du partage par moitié des fonds de prévoyance acquis durant le mariage.

### **1. Points de la proposition de révision que la CSDE approuve**

La CSDE **salue** spécialement les modifications ci-dessous parce qu'elles fondent et développent des droits individuels des femmes ou qu'elles permettent ou facilitent la mise en oeuvre de ces droits.

- 1.1 Principe selon lequel les prestations acquises durant le mariage à l'encontre d'une institution de prévoyance professionnelle sont partagées par moitié même lorsque le cas de prévoyance (invalidité ou retraite) est déjà survenu au moment du divorce (art. 122, al. 1, AP-CC).
- 1.2 Extension modérée de l'exclusion par le juge du partage par moitié dans les cas où il est inéquitable (art. 122, al. 3, AP-CC). La CSDE fait toutefois remarquer qu'elle n'est pas d'accord avec tous les exemples proposés dans le rapport explicatif, cf. point 3.2.
- 1.3 Principe selon lequel l'institution supplétive est tenue d'accepter les fonds de prévoyance reçus par un conjoint ou une conjointe suite à un partage et de les convertir en rente (art. 22f AP-LFLP). Concernant la portée de l'obligation, cf. point 4.3.

- 1.4 Proposition selon laquelle l'institution de prévoyance ne peut effectuer le versement des indemnités en capital dans quelque cas que ce soit que lorsque le conjoint ou la conjointe de la personne assurée a consenti à ce versement (art. 37a et 49 al. 2 ch. 5a AP-LPP).
- 1.5 Mode de calcul prévu pour le partage de la réserve mathématique après la survenance du cas de prévoyance invalidité (art. 22d AP-LFLP).
- 1.6 Procédure de partage de la perte d'intérêts lorsque les fonds de prévoyance sont investis dans la propriété d'un logement (art. 22a, al. 3, AP-LFLP).
- 1.7 Obligation faite aux institutions de prévoyance d'annoncer tous leurs avoirs de prévoyance à la Centrale du 2<sup>e</sup> pilier (art. 24a AP-LFLP).
- 1.8 Clarification des conditions dans lesquelles un jugement prononcé à l'étranger peut être complété en Suisse eu égard au partage de la prévoyance professionnelle (art. 64, al. 1bis, AP-LDIP).

## 2. Points critiques de la proposition de révision

La Conférence des déléguées à l'égalité estime qu'il convient de **ne pas soutenir** les propositions de révision suivantes parce qu'elles réduisent voire suppriment des droits individuels des femmes sans motif objectif ou sur la base de considérations sujettes à caution :

### 2.1 Assouplissement des conditions à remplir pour que les époux puissent déroger au principe du partage par moitié des avoirs de prévoyance acquis pendant le mariage (art. 122 al. 3 AP-CC)

Le partage par moitié de la prévoyance constitue une norme impérative. Il n'est possible d'y renoncer qu'à la condition de pouvoir « bénéficier d'une autre manière d'une prévoyance vieillesse et invalidité équivalente ». Et pourtant, les conventions de divorce prévoient souvent une renonciation partielle ou totale à ce droit. Or, la question de savoir comment il faut comprendre les conditions de renonciation instaurées par la loi, qui avait donné lieu à un vif débat lors de l'introduction du partage de la prévoyance professionnelle, ne préoccupe dans la pratique ni les parties ni les juges. La prévoyance doit-elle équivaloir au montant auquel le conjoint ou la conjointe aurait droit en vertu de la loi ? Suffit-il que la prévoyance soit « suffisante » ? Comme cet aspect est réglé par la voie conventionnelle, le Tribunal fédéral ne sera jamais appelé à répondre à ces questions.

Cette pratique – qui est contraire à la loi – se voit dotée d'une base légale par l'avant-projet. Celui-ci prévoit en effet la possibilité de renoncer au partage à condition qu'une « prévoyance vieillesse et invalidité équitable soit assurée » (art. 122, al. 3, AP-CC). A l'appui de ce changement, le rapport évoque l'autonomie des personnes privées et la marge de manœuvre qu'il est nécessaire de laisser aux époux en cours de divorce. Cette proposition néglige le fait que le partage de la prévoyance n'est pas une affaire purement privée, mais qu'il intimement lié à la protection de la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité. Ainsi, un partage insuffisant de la prévoyance porte atteinte à l'intérêt public. Du point de vue de l'égalité, force est de constater que les conventions comportent par nature le risque que la partie plus faible – c'est-à-dire souvent les femmes – s'incline.

**La Conférence des déléguées à l'égalité demande donc que les conventions soient interdites par principe en ce qui concerne le partage de la prévoyance, que le juge exerce un contrôle strict et que le partage soit effectué d'office. Il doit être possible de renoncer au partage uniquement si les conditions de l'exclusion judiciaire sont remplies (partage inéquitable).**

## 2.2 Absence de possibilité de déroger au principe du partage par moitié en faveur de la partie la plus faible

La présente révision prévoit une possibilité de déroger au principe du partage par moitié uniquement au détriment de la partie la plus faible du point de vue de l'avoir de prévoyance. Dans les cas où, faute de ressources de la personne débitrice d'aliments, une pension après le mariage ne peut être fixée et que, en raison de charges éducatives, on ne peut attendre de l'autre partie qu'elle travaille à plein temps, il doit être possible d'attribuer à celle-ci une part supérieure à la moitié de l'avoir de prévoyance professionnelle, que ce soit par le biais d'une décision judiciaire ou d'une convention soumise au juge pour ratification.

**La Conférence des déléguées demande dès lors que la loi prévoie la possibilité d'attribuer à la partie la plus faible du point de vue de la prévoyance professionnelle une part supérieure à la moitié de l'avoir disponible, que ce soit dans le cadre d'une convention ou d'un jugement.**

## 2.3 Modification des dispositions applicables au jour déterminant pour le calcul de l'avoir de prévoyance acquis durant le mariage (art. 22a, al. 1, AP-LFLP)

Selon le droit en vigueur, le jour déterminant est le jour de l'entrée en vigueur du jugement de divorce. Dans la pratique, les parties s'entendent souvent sur une date antérieure, ce que la jurisprudence considère comme admissible. La solution proposée dans l'avant-projet (la litispendance de la procédure de divorce est le jour déterminant pour le partage) défavorise la partie créancière dans le partage de la prestation de sortie (le montant à partager est moins élevé). En ce qui concerne le partage de la réserve mathématique (valeur capitalisée de la rente), par contre, l'avancement du jour déterminant augmente le montant à partager, ce qui défavorise la partie débitrice.

**La Conférence des déléguées à l'égalité estime qu'il est indispensable de réduire au minimum ces avantages et inconvénients, raison pour laquelle elle demande que le dispositif suivant soit inscrit dans la loi :**  
**« Le juge fixe pour le partage un jour déterminant (réaliste), sur lequel les institutions de prévoyance doivent se baser pour effectuer leurs calculs. Il procède à une actualisation lorsque l'écart entre le jour déterminant et l'entrée en force du jugement de divorce dépasse trois mois. »**

## 2.4 Pratique de taux de conversion différents par l'institution supplétive

Selon le rapport explicatif, l'institution supplétive est autorisée à pratiquer des taux de conversion différents pour les rentes à verser lorsque les risques à couvrir sont différents. L'expérience montre que la différenciation selon les risques comporte un potentiel élevé de discrimination.

**La Conférence des déléguées à l'égalité est donc opposée à la pratique de taux de**

**conversion différents, a fortiori compte tenu du problème que pose la définition des risques.**

### **3. Propositions de révision nécessitant une clarification ou une concrétisation**

Les propositions de révision suivantes apparaissent à la Conférence des déléguées à l'égalité comme insuffisamment claires dans leurs effets et donc comme **nécessitant une clarification ou une concrétisation** :

#### **3.1 Calcul du partage de la réserve mathématique après la survenance du cas de prévoyance vieillesse (art. 22e AP-LFLP)**

Il n'est pas possible de porter une appréciation sur cette réglementation si les bases de calcul ne sont pas connues. L'administration est donc priée de publier ces chiffres dans le rapport explicatif.

#### **3.2 Assouplissement des conditions dans lesquelles le juge peut déroger au principe du partage par moitié des fonds de prévoyance acquis durant le mariage (art. 122, al. 2, AP-CC)**

Selon le rapport explicatif, le partage de la prévoyance doit être effectué indépendamment de la situation économique des parties, comme c'est le cas aujourd'hui, hormis dans les cas – strictement réglementés – de partage inéquitable. La CSDE adhère à ce principe (cf. *point I*).

Toutefois, plusieurs observations s'imposent. Aujourd'hui, l'indemnité équitable prévue à l'art. 124, al. 1, CC est calculée entre autres en tenant compte de la capacité de la partie débitrice et des besoins de la partie créancière. L'extension de la possibilité d'exclure le partage et la réalisation du partage avant et après la survenance du cas de prévoyance ne doivent cependant pas conduire à une extension à l'ensemble du partage de la prévoyance de la pratique à laquelle donne actuellement lieu l'art. 124 CC. On ne comprend pas pourquoi, par exemple, le partage de la prévoyance serait inéquitable lorsque le mariage a duré un petit nombre d'années, comme l'avance le rapport explicatif (p. 15) : la brièveté du mariage se reflétant dans la faiblesse des montants à partager, elle ne relève pas de l'absence d'équité. Une telle démarche viderait de sa substance le principe du partage par moitié. Les prestations de partage de la prévoyance ne sont pas des prestations d'entretien. Elles en ont la fonction tout au plus lorsque la partie créancière est déjà invalide ou à la retraite. La jurisprudence relative au partage du déficit dans le domaine de l'entretien ne peut pas être appliquée au partage de la prévoyance.

**La Conférence des déléguées à l'égalité propose que le rapport soit revu sur ces points et que les limites évoquées soient reprises dans le message.**

### **4. Points qui manquent dans la proposition de révision et qui devraient y figurer**

La proposition de révision n'apporte pas de solution ou pas de solution adéquate aux problèmes suivants :

#### 4.1 Art. 124, al. 2, AP-CC/art. 123, al. 2, CC

L'indemnité équitable prévue par le droit en vigueur à titre de réglementation subsidiaire est supprimée (cf. formulation de l'art. 124, al. 2, AP-CC). Selon l'art. 123, al. 2, AP-CC, le calcul doit tenir compte du paiement en espèces de la prestation de sortie et des prestations de prévoyance en capital allouées en lieu et place d'une rente acquis par un époux pendant le mariage. Le risque existe que, malgré l'art. 124, al. 2, AP-CC, d'autres éléments de la prévoyance constituée durant le mariage, qui sont actuellement indemnisés en vertu de l'art. 124, al. 1, CC (disposition supplétive), ne soient pas pris en compte lors du partage de la prévoyance.

**Une indemnité équitable doit pouvoir être accordée dans ce cas, comme le permet le droit en vigueur.**

#### 4.2 Art. 22c, al. 1, AP-LFLP

Selon l'art. 22c, al. 1, AP-LFLP, la prestation à transférer doit être prélevée proportionnellement sur la partie obligatoire et sur la partie surobligatoire de la prévoyance vieillesse de l'époux débiteur et répartie proportionnellement entre la prévoyance obligatoire et la prévoyance surobligatoire de l'époux créancier. Or, comme les femmes sont souvent assurées de manière très lacunaire dans le domaine obligatoire, mieux vaut d'abord combler ces lacunes avant de commencer à constituer une prévoyance surobligatoire.

**La Conférence des déléguées à l'égalité estime qu'il faut d'abord compléter la prévoyance obligatoire de l'époux débiteur avant d'affecter des montants à la prévoyance surobligatoire.**

#### 4.3 Art. 22f AP-CC

L'art. 22f AP-CC crée la possibilité pour le conjoint créancier de transférer la prestation de sortie à l'institution supplétive dans le but de recevoir en contrepartie une rente, immédiatement ou ultérieurement. L'institution supplétive peut verser la rente au plus tôt cinq ans avant l'âge de la retraite. Il n'est pas prévu de couverture en cas de décès ou d'invalidité.

**La CSDE suggère de prévoir une couverture d'assurance en cas d'invalidité.**

#### 4.4 Couverture d'assurance

La mauvaise protection de la femme divorcée après le décès de son ex-époux débiteur d'une contribution d'entretien est atténuée en partie seulement par le partage de la prévoyance.

**Pour protéger les veuves divorcées, il faut étendre la couverture d'assurance à la prévoyance LPP surobligatoire.**

#### 4.5 Risque lié au paiement en espèces

Dans le droit actuel, c'est le conjoint trompé – et non pas l'institution de prévoyance – qui supporte de fait le risque lié au paiement en espèces, qui peut être détourné frauduleusement en imitant une signature.

**Ce problème doit être réglé.**

#### 4.6 Perspective de genre

La Conférence des déléguées à l'égalité déplore que le rapport explicatif tienne insuffisamment compte de la perspective de genre. Les effets qu'il énumère se placent essentiellement dans la perspective de la partie ayant la couverture de prévoyance la plus solide, c'est-à-dire en général l'homme.

**Le rapport ne fournit en particulier pas d'exemples montrant quel effet les prestations de prévoyance ont sur la constitution de la prévoyance de la femme.**

Vous remerciant d'avance de l'attention que vous voudrez bien porter à nos observations, nous vous présentons, Madame la conseillère fédérale, Mesdames et Messieurs, l'assurance de notre considération respectueuse.

Pour la Conférence suisse des déléguées à l'égalité

Présidente

A handwritten signature in black ink that reads "Regula Strobel". The script is cursive and fluid, with the first letters of the first and last names being capitalized and prominent.

Regula Strobel, Leiterin der Fachstelle Familie und Gleichstellung des Kt. AG