

## **CIRCULAIRE D'INFORMATION No 14**

### **Nouveau droit du divorce : obligations des institutions de prévoyance**

Les modifications résultant de la révision du droit du divorce entrent en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2000. La réglementation de l'art. 22 LFLP sur le partage de la prestation de sortie acquise pendant la durée du mariage appliquée depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1995 a été modifiée sur plusieurs points. Les art. 122 à 124 du Code Civil (CC) introduisent une nouvelle conception dans la manière de compenser les prétentions en matière de prévoyance professionnelle en cas de divorce.

#### **1. Les principes fixés dans le droit du divorce**

##### **1.1. Avant la survenance d'un cas de prévoyance**

L'art. 122 CC stipule que :

Lorsque l'un des époux au moins est affiliés 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 LFLP. Lorsque les conjoints ont des créances réciproques, seule la différence entre ces deux créances doit être partagée.

L'art. 123 CC traite des exceptions au principe du partage par moitié . Un époux peut renoncer en tout ou en partie à son droit, à condition qu'il puisse bénéficier d'une autre manière d'une prévoyance vieillesse et invalidité équivalente. D'autre part, le juge du divorce peut refuser le partage, en tout ou en partie, lorsque celui-ci s'avère manifestement inéquitable.

## **1.2. Après la survenance d'un cas de prévoyance**

L'art. 124 CC a la teneur suivante :

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.

Selon l'art. 22b LFLP le jugement de divorce peut prescrire, lorsqu'une indemnité équitable est attribuée à l'un des époux, qu'une partie de la prestation de sortie soit imputée sur l'indemnité équitable. Le juge notifie d'office à l'institution de prévoyance le montant à transférer et lui fournit les indications nécessaires au maintien de la prévoyance.

## **1.3. Modalités de la prestation**

Lorsque en vertu des dispositions légales citées ci-dessus il faut procéder au transfert de parties de la prestation de libre passage, les art. 3 à 5 LFLP sont applicables par analogie. En d'autres mots, les transferts ne se font en principe que sous forme liée. Le paiement en espèces n'est envisageable que si les conditions de l'art. 5 LFLP sont remplies au moment du divorce et que l'époux ayant droit a exigé cette forme de paiement. La prestation due est transférée à l'institution de prévoyance à laquelle est affilié le conjoint créancier. Si ce dernier n'est pas affilié à une institution de prévoyance, le montant sera transféré sur un compte ou une police de libre passage.

## **2. Les obligations des institutions de prévoyance**

Les obligations du juge du divorce et des institutions de prévoyance sont très différentes :

Il est de la compétence du juge de déterminer, lorsque les époux disposent de prestations de sortie auprès d'une institution de prévoyance, les montants à partager et la clef de répartition, et de donner les instructions précises aux institutions de prévoyance au sujet des versements qu'elles ont à effectuer. Il incombe aussi au juge de constater l'existence d'une exception à la règle du partage par moitié.

Les obligations de l'institution de prévoyance sont énoncées dans le nouvel art. 24 al. 3 LFLP. En cas de divorce, elle est tenue à renseigner, sur demande, l'assuré ou le juge du divorce sur le montant des avoirs déterminants pour le calcul de prestations de sortie à partager. En d'autres termes : l'institution de prévoyance doit uniquement effectuer le calcul et ne doit pas faire le partage. Dans une deuxième phase, enfin, elle exécutera les décisions prises par le juge.

### **3. Les obligations des institutions de prévoyance**

#### **3.1. Au moment du mariage**

L'al. 3 de l'art. 1 OLP, selon lequel l'employeur doit communiquer à l'institution de prévoyance le nom des assurés qui se sont mariés, reste en vigueur.

En vertu du nouveau art. 24 al. 2 LFLP, l'institution de prévoyance n'a pas seulement l'obligation de calculer la prestation de sortie à la date de la conclusion du mariage. Elle doit également la communiquer à l'assuré. Elle est aussi tenue de conserver cette donnée et de la transmettre à toute nouvelle institution de prévoyance de l'assuré.

#### **3.2. En cas de divorce**

Comme déjà indiqué, en cas de divorce l'institution de prévoyance est tenue de renseigner l'assuré ou le juge du divorce sur le montant des avoirs déterminant pour le calcul de la prestation de sortie à partager. Elle doit donc établir les prestations de sortie des avoirs de prévoyance de l'assuré à la date de la conclusion du mariage et au moment du divorce. Le calcul de la prestation de sortie à partager, effectué sur la base des éléments fournis par l'institution de prévoyance, ainsi que la clef de répartition sont de la compétence du juge. Puisque dans la pratique la plupart des conjoints qui entament une procédure de divorce arrivent au tribunal avec une convention dans laquelle figurent également les prestations de sortie à partager, on peut en déduire que les institutions de prévoyance assistent leurs assurés pour déterminer ces prestations, au delà de leur obligations légales au sens étroit du terme. En effet, on est en droit d'attendre de ces institutions qu'elles soient en mesure de communiquer

non seulement les deux valeurs déterminantes des avoirs à la conclusion du mariage et au moment du divorce, mais aussi la prestation de sortie à partager, tout au moins dans les cas où ce calcul n'est pas spécialement compliqué.

L'art. 24 al. 3 LFLP spécifie que les renseignements doivent être fournis à l'assuré ou au juge du divorce. Cela signifie que le conjoint de l'assuré, soit son représentant légal, **n'ont pas le droit** de recevoir ces informations directement de l'institution de prévoyance du conjoint. Celle-ci devrait se tenir à cette restriction et s'abstenir de donner des renseignements aux personnes non autorisées. Si le conjoint ne reçoit pas les données qu'il estime utiles directement, il pourra les obtenir par le tribunal.

### **3.3. Position des institutions de prévoyance dans la procédure de divorce**

Il y a lieu de faire une distinction entre les cas où les conjoints aboutissent, par l'intermédiaire du juge, à une solution à l'amiable pour le partage de la prestation de sortie et celles où ils n'arrivent pas à trouver un accord.

#### **3.3.1. En cas d'accord entre les conjoints**

Dans la plupart des procédures de divorce, les conjoints trouvent une solution pour le partage et les modalités de transfert des prestations de sortie, déjà avant ou pendant le procès. En s'adressant aux institutions de prévoyance respectives avant le divorce ils obtiennent sans autre les informations utiles et fixent la clef de répartition.

Les institutions de prévoyance n'ont pas à prendre position pour l'une ou l'autre partie au cours du procès. Le législateur a d'ailleurs introduit une clause en faveur des institutions de prévoyance à l'art. 141 CC. La convention sur le partage des prestations de sortie ne devient contraignante pour les institutions de prévoyance professionnelle que lorsque le juge leur communique les dispositions du jugement entré en force qui les concernent directement, soit la confirmation du caractère réalisable de l'accord et les montants des avoirs déterminants pour le calcul des prestations de sortie à partager. L'institution de prévoyance se limite donc à établir, d'une part, le montant de la prestation de sortie à la date de la conclusion du mariage et du

divorce et, d'autre part, à confirmer que la convention entre les parties est exécutable. Cette dernière est toujours exécutable lorsque le montant à partager ne dépasse pas la prestation de libre passage effectivement disponible au moment du divorce. Il ne faut pas oublier que les avoirs ne sont pas toujours partagés par moitié, car souvent il ne faut que procéder à la compensation entre les prestations acquises. On rappellera encore une fois qu'il n'est pas de la compétence des institutions de prévoyance de se prononcer sur l'opportunité de la solution choisie dans la convention.

Lorsque le jugement entre en force, le juge communique aux institutions de prévoyance professionnelle les dispositions du jugement qui les concernent, y compris les indications nécessaires au transfert du montant prévu.

### **3.3.2. Absence de convention**

La procédure se complique lorsqu'il n'y a pas de convention entre les parties sur les prestations de sortie, en raison d'un désaccord quant au montant de la somme à partager ou parce que l'institution de prévoyance ne peut pas confirmer le caractère réalisable de la convention.

Dans ce cas le juge se limite à fixer les proportions dans lesquelles les prestations de sortie doivent être partagées (art. 142 CC).

Dès que la décision de partage entre en force, le juge transfère d'office l'affaire au juge compétent en la matière en vertu de l'art. 73 LPP, en règle générale, le tribunal cantonal des assurances sociales ou le tribunal cantonal administratif. Le juge communiquera à cette instance :

- 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
- le montant des avoirs des époux annoncés par ces institutions.

Sur la base de la décision du juge du divorce sur le partage, le tribunal cantonal va procéder d'office à la répartition. Les conjoints et les institutions de prévoyance professionnelle étant ici parties à la procédure, le tribunal impartira à tous un délai de réponse raisonnable, même aux institutions de prévoyance.

Dans ces litiges, les institutions de prévoyance comparaissent aussi dans la procédure, bien évidemment non pas devant les tribunaux de divorce, mais devant les tribunaux compétents en matière de contestations en matière de prévoyance professionnelle.

### **3.4. Le droit au rachat**

Le nouvel art. 22c LFLP confirme la réglementation actuelle selon laquelle l'institution de prévoyance doit accorder, après le divorce, au conjoint débiteur la possibilité de racheter la prestation de sortie transférée. Les dispositions sur l'affiliation à l'institution de prévoyance sont applicables dans ce cas. Les rachats en cas de divorce ne sont pas soumis aux restrictions prévues dans le programme de stabilisation dès le 1<sup>er</sup> janvier 2001.

## **4. La détermination du partage de la prestation de sortie**

### **4.1. Principe**

La règle de base est énoncée de la manière suivante dans le nouvel art. 22 al. 2 et 3 LFLP :

Pour chaque conjoint, 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 paiements en espèces effectués durant le mariage ne sont pas pris en compte.

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 doivent être déduits, y compris les intérêts, de la prestation de sortie à partager.

Sur ce dernier point nous précisons qu'il n'incombe pas aux institutions de prévoyance de prouver qu'un des conjoints a financé un versement unique au moyen de ses biens propres. L'assuré qui veut faire valoir un tel versement doit le justifier auprès du juge du divorce, qui procédera à la correction correspondante sur la prestation de sortie à partager.

#### **4.2. Taux d'intérêt**

Selon les règles de partage, les prestations de sortie et de libre passage ainsi que les parties d'un versement unique financé au moyen de bien propres portent intérêt dès la date de la conclusion du mariage jusqu'au moment du divorce. Dans un nouvel art. 8a OLP le Conseil fédéral stipule que:

- en principe est applicable le taux d'intérêt minimal selon l'art. 12 OPP2 de la période correspondante, c'est-à-dire de 4 % dès le 1<sup>er</sup> janvier 1985.
- le même taux de 4 % est également applicable pour la période avant le 1<sup>er</sup> janvier 1985.

Le Conseil fédéral s'est décidé pour une solution schématique, sans faire intervenir le taux technique réellement appliqué ou le taux d'épargne de l'institution de prévoyance ou de libre passage. Les calculs en seront simplifiés d'autant.

#### **4.3. Le sort du versement anticipé en cas de divorce**

Lorsque les époux divorcent avant la survenance d'un cas de prévoyance, le versement anticipé pour l'acquisition d'un logement pour ses propres besoins est considéré comme une prestation de libre passage et est inclus dans le partage. Cette réglementation est prévue expressément dans les nouvelles dispositions des art. 30c al. 6 LPP et 331<sup>e</sup> al. 6 CO.

#### **4.4. La prestation de sortie au moment du divorce**

L'art. 22 LFLP s'appuie sur les deux valeurs correspondant à la prestation de sortie acquise au moment de la conclusion du mariage et à celle acquise au moment du divorce. Ce dernier

moment est déterminé par le jour de l'entrée en force du jugement de divorce. Les prestations de sortie doivent être calculées déjà avant ou pendant la procédure. Or, il va sans dire qu'il est peu probable de prévoir exactement le jour du jugement et que, en pratique, il faut convenir d'une date acceptable. On ose espérer que les conjoints, ainsi que les instances judiciaires, éviterons d'apporter des corrections pour un léger décalage. On suppose également que, dans les conventions de divorce ou de procédure les conjoints fixent la date de telle sorte que les calculs puissent s'effectuer de manière claire et précise. Dans les rares cas où le divorce se plaide par la voie contradictoire, la procédure peut devenir très longue; il faudra alors procéder à des ajustements.

#### **4.5. Mariage après le 1<sup>er</sup> janvier 1995**

Dans ce cas le calcul de la prestation de sortie à la date de la conclusion du mariage ne devrait pas poser de problème. En effet, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1995 les employeurs devaient annoncer à l'institution de prévoyance le mariage de leurs assurés. Les institutions de prévoyance, d'autre part, étaient tenues, en vertu de l'art. 24 LFLP, de conserver les premières données communiquées. Même si les mariages n'ont pas été annoncés correctement, les prestations de sortie peuvent ainsi être retrouvées avec une assez grande précision.

#### **4.6. Mariage antérieur au 1<sup>er</sup> janvier 1995**

##### **4.6.1. Principes**

Déjà depuis l'introduction de l'ancien art. 22 LFLP, le 1<sup>er</sup> janvier 1995, le calcul de la prestation de sortie à la date de la conclusion du mariage posait problème pour la plupart des mariages contractés avant le 1<sup>er</sup> janvier 1995. Des questions devaient être résolues non seulement au sujet de la réglementation applicable en matière de libre passage, mais aussi au niveau de l'évaluation précise de cette prestation lorsque les données faisaient simplement défaut. Puisque le nouveau droit du divorce a introduit, à la différence des dispositions de la loi précédente, une règle de partage précise, le législateur a dû écarter ces incertitudes et



empêcher que des différends naissent entre les conjoints au sujet du montant de la prestation de sortie à la date de la conclusion du mariage.

Le nouvel art. 22a LFLP traite de cette question. Cette disposition part du principe déjà contenu dans l'art. 122 CC, selon lequel la prestation de sortie doit être calculée selon les dispositions de la LFLP. En d'autres termes, la prestation de sortie à la date de la conclusion du mariage doit aussi être déterminée selon la LFLP, comme celle au moment du divorce.

L'art. 22a LFLP stipule que la prestation de sortie existant au moment de la conclusion du mariage doit être calculée sur la base d'un tableau établi par le Département fédéral de l'intérieur. C'est donc l'application d'une règle schématique et obligatoire. Les assurés ne peuvent pas se soustraire à ce mode de faire, en invoquant par exemple que le calcul concret aboutirait à un autre résultat.

L'art. 22a LFLP ne connaît qu'une seule exception, soit lorsque le conjoint n'a pas changé d'institution de prévoyance entre la date du mariage et le 1<sup>er</sup> janvier 1995 et que le montant de sa prestation de sortie au moment du mariage, calculé selon le nouveau droit, est établi. Dans ces circonstances uniquement c'est ce montant qui est retenu.

#### **4.6.2. Les tableaux de calcul de la prestation de sortie au sens de l'art. 22a LFLP**

Les al. 2 et 3 de l'art. 22a LFLP constituent la base de ces tableaux. Nous mentionnons plus spécialement les points ci-dessous:

Pour le calcul de la prestation de sortie existant au moment de la conclusion du mariage, les données de départ sont les valeurs suivantes :

a) la date et le montant de la première prestation de sortie communiquée d'office conformément à l'art. 24; lorsqu'une prestation de sortie est échue entre la conclusion du mariage et la communication de la prestation de sortie, ce montant et la date de son échéance sont déterminants pour le calcul ;

b) la date et le montant de la dernière prestation d'entrée connue pour un nouveau rapport de prévoyance avant la conclusion du mariage; lorsqu'aucune prestation d'entrée de ce type n'est connue, la date du début du rapport de prévoyance et la valeur zéro.

De la valeur selon la lettre a) sont déduits la valeur obtenue selon la lettre b), avec les versements uniques payés éventuellement dans l'intervalle, y compris les intérêts jusqu'à la date prévue selon la lettre a). Le tableau indique quelle partie du montant calculé est considérée comme la prestation de sortie existant au moment du mariage. Au montant tiré de ce tableau doivent être ajoutés la prestation d'entrée déduite selon lettre b) ainsi que les versements uniques payés avant la conclusion du mariage, y compris les intérêts jusqu'à cette date.

Le tableau tient compte de la durée de cotisation entre la date du versement de la prestation d'entrée selon lettre b) et celle de la prestation de sortie selon lettre a), ainsi que de la période de cotisation pendant le mariage.

L'idée de base de ces tableaux réside dans la meilleure utilisation possible de valeurs connues à partir desquelles on peut reconstruire schématiquement la prestation de sortie existant au moment de la conclusion du mariage.

Le Département fédéral de l'intérieur a publié l'ordonnance concernant les tableaux de calcul de la prestation de sortie au sens de l'art. 22a LFLP le 25 novembre 1999. Nous en alléguons une copie à cette circulaire, ainsi que les commentaires et des exemples d'application fournis par le Département et renvoyons à cette documentation. La matière est sans aucune doute compliquée et très technique. Pour l'utilisation pratique il faudra en premier lieu essayer de se familiariser avec cette méthode. Il ne faut toutefois pas oublier que ces tableaux servent à simplifier les calculs pour l'évaluation des valeurs recherchées lorsque le mariage est antérieur au 1<sup>er</sup> janvier 1995. Ils constituent la référence en cette matière, mettant un terme définitif à toute discussion ou autres méthodes de calcul.