



CONSEIL D'ETAT

Château cantonal
1014 Lausanne

Madame la Conseillère fédérale
Eveline Widmer-Schlumpf
Cheffe du Département fédéral de justice
et police
Palais fédéral ouest
3003 Berne

Réf. : PM/15005968

Lausanne, le 17 mars 2010

Code civil (partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce) – Procédure de consultation

Madame la Conseillère fédérale,

Le Conseil d'Etat du canton de Vaud vous remercie de lui donner l'occasion de se prononcer sur l'objet mentionné en titre et vous adresse, ci-après, sa détermination.

Pour nous déterminer, nous avons consulté les services concernés de l'Etat de Vaud, ainsi que certains partenaires extérieurs directement impactés par les modifications contenues dans l'avant-projet. Dans l'ensemble, nous saluons les précisions apportées par l'avant-projet, relevant que celui-ci concrétise en particulier le principe d'égalité entre les hommes et les femmes (article 8 de la constitution fédérale) et clarifie sensiblement la situation des parties - débitrice et créancière - dans le cadre du partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce.

A cet égard, le Conseil d'Etat du canton de Vaud relève que les modifications proposées auront des incidences concrètes qui n'ont été que partiellement abordées dans le rapport explicatif (p. ex. s'agissant du partage du capital après la survenance du cas de prévoyance - point central de l'avant-projet - qu'en est-il de l'avantage potentiel de la situation de la veuve mariée par rapport à la veuve non mariée ou du risque d'anti-sélection en cas de divorce d'un assuré en mauvaise santé ?). S'agissant en outre des autorités judiciaires, nous observons que dans le cadre du partage des avoirs de prévoyance lorsqu'un cas de prévoyance est survenu avant le divorce, la multiplication des tâches de contrôle attribuées au juge du divorce aura probablement des conséquences sur la célérité de la procédure.

En termes de charge administrative des institutions de prévoyance, il sied de relever que celles-ci devront dorénavant obligatoirement effectuer le transfert de la prestation de libre passage des bénéficiaires de rentes, annoncer périodiquement les effectifs d'assurés à la Centrale du 2^{ème} pilier ou encore vérifier si le conjoint a donné son consentement au versement en capital ; nous observons au passage que ces mesures seront sans doute synonymes d'un surcroît de travail pour les institutions de prévoyance.

Cela étant, nous souhaitons relever les points suivants qui devraient à notre sens être revus :

- *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 ; art. 123, al.1, CC)*

Le partage par moitié de la prévoyance constitue une norme impérative ; le droit actuel permet d'y renoncer à la condition de pouvoir bénéficier d'une autre manière d'une prévoyance vieillesse et invalidité équivalente (article 123, al. 1^{er}, CC). L'avant-projet prévoit (art. 122, al. 3, AP-CC) pour sa part qu'il est possible de renoncer au partage à condition qu'une prévoyance vieillesse et invalidité équitable soit assurée. Considérant que le partage de la prévoyance est étroitement lié à la protection de la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité prévue par le droit suisse, il convient dès lors que l'assouplissement prévu par l'avant-projet soit plus clairement défini, tant au niveau de la base légale que du commentaire y relatif.

A cet égard, il conviendrait plutôt que le partage de la prévoyance ne puisse pas être traité par convention, mais qu'il soit réglé d'office par l'autorité judiciaire qui en exerce un contrôle rigoureux ; il devrait être possible de renoncer au partage uniquement si les conditions de l'exclusion judiciaire sont remplies, c'est-à-dire lorsque le partage s'avère manifestement inéquitable.

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

Selon le droit en vigueur, le jour déterminant pour le calcul est le jour de l'entrée en vigueur du jugement de divorce ; dans la pratique, les parties s'entendent fréquemment sur une date antérieure, ce que la jurisprudence a admis.

La solution proposée dans l'avant-projet, soit le jour de la litispendance, défavorise le conjoint créancier en ce qui concerne le partage de la prestation de sortie ; s'agissant par contre du partage de la réserve mathématique (valeur capitalisée de la rente), l'avancement du jour déterminant augmente le montant à partager, ce qui défavorise le conjoint débiteur. Dans le but de réduire ces avantages et inconvénients, nous proposons que l'avant-projet comporte la précision suivante : « Le juge fixe le jour déterminant pour le partage des prestations de prévoyance acquises durant le mariage, 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 ».

- *Taux de conversion pratiqué 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 ne sont pas équivalents. L'expérience montre que la différenciation selon les risques comporte un haut potentiel de discrimination. Dans cette perspective, la pratique de taux de conversion différents ne nous semble pas acceptable, a fortiori compte tenu du problème que pose la définition des risques en elle-même.

- *Rôle de l'institution supplétive*

L'avant-projet prévoit un renforcement du rôle de l'institution supplétive qui ne nous semble pas adéquat. Il conviendrait plutôt, dans la mesure où le principe du partage du capital après la survenance du cas de prévoyance est maintenu, d'offrir la possibilité aux institutions qui le souhaitent de verser des prestations au conjoint divorcé, l'institution supplétive intervenant à défaut ; par ailleurs, ce rôle subsidiaire semble bien être celui de l'institution supplétive.

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

En l'état, les bases de calcul ne sont pas connues ; ces chiffres doivent par conséquent être publiés dans le rapport explicatif.

- *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)*

Le rapport explicatif prévoit que le partage de la prévoyance doit être effectué indépendamment de la situation économique des parties, comme c'est le cas aujourd'hui, sauf dans les cas de partage inéquitable. A ce sujet il convient de préciser que l'indemnité équitable prévue par l'actuel article 124, alinéa 1^{er}, 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 toutefois pas conduire à une extension à l'ensemble du partage de la prévoyance de la pratique actuelle relative à l'article 124 CC. En particulier, on ne comprend pas en quoi le partage serait inéquitable lorsque, par exemple, le mariage a duré un petit nombre d'années (cf. p. 15 du rapport explicatif) : en effet la brièveté du mariage se reflétant dans la faiblesse des montants à partager, elle ne relève vraisemblablement pas de l'absence d'équité. A ce sujet, 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. Ainsi, la jurisprudence relative au partage du déficit dans le domaine de l'entretien ne peut être appliquée au partage de la prévoyance. Le rapport explicatif devrait être complété dans ce sens.

- *Article 124, al. 2, AP-CC ; article 123, al. 2, CC*

Selon l'avant-projet, l'indemnité équitable prévue par le droit en vigueur à titre de réglementation subsidiaire est supprimée (cf. formulation de l'article 124, al. 2, AP-CC). A teneur de l'article 123, alinéa 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 conjoint pendant le mariage. Le risque existe que, malgré l'article 124, alinéa 2, AP-CC, d'autres éléments de la prévoyance constituée durant le mariage, qui sont actuellement indemnisés en vertu de l'article 124, alinéa 1^{er}, CC, ne soient pas pris en compte lors du partage de la prévoyance. Dès lors, une indemnité équitable devrait pouvoir être accordée dans ce cas, comme le permet le droit en vigueur.

- *Article 22c, al. 1^{er}, AP-LFLP*

Selon la disposition susmentionnée, la prestation à transférer doit être prélevée proportionnellement sur la partie obligatoire et sur la partie surobligatoire de la prévoyance vieillesse du conjoint débiteur et répartie proportionnellement entre la prévoyance obligatoire et la prévoyance surobligatoire du conjoint créancier. A cet effet, il serait souhaitable de compléter d'abord la prévoyance obligatoire du conjoint débiteur avant d'affecter des montants à la prévoyance surobligatoire, étant par ailleurs précisé que les femmes sont souvent assurées de manière lacunaire s'agissant de la prévoyance obligatoire.

Nous vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, à l'assurance de notre considération distinguée.

AU NOM DU CONSEIL D'ETAT

LE PRESIDENT



Pascal Broulis

LE CHANCELIER



Vincent Grandjean

Copies

- Office des affaires extérieures
- Service des assurances sociales et de l'hébergement
- SG-DSAS