UNIVERSITÉ DE GENÈVE

Archive ouverte UNIGE
https://archive-ouverte.unige.ch

Chapitre de livre 2012 Published version Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Le partage de la prévoyance professionnelle dans le cadre d'un divorce comportant des éléments d'extranéité

Leuba, Audrey

How to cite

LEUBA, Audrey. Le partage de la prévoyance professionnelle dans le cadre d'un divorce comportant des éléments d'extranéité. In: Le droit civil dans le contexte international : Journée de droit civil 2011. Baddeley, Margareta, Foëx, Bénédict, Leuba, Audrey, Papaux van Delden, Marie-Laure (Ed.). Genève. Genève : Schulthess, 2012. p. 109–131. (Collection genevoise)

This publication URL: https://archive-ouverte.unige.ch/unige:23561

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Le partage de la prévoyance professionnelle dans le cadre d'un divorce comportant des éléments d'extranéité

AUDREY LEUBA[1]

I. Introduction

Le partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce pose de délicats problèmes dans un contexte international. Or, comme le montrent les statistiques, les divorces internationaux sont de plus en plus fréquents. Il n'est alors pas rare que l'un des époux ou les deux aient des avoirs de prévoyance dans un autre Etat que l'Etat dans lequel la procédure est pendante. Il est donc important que les règles de droit international privé soient aussi claires que possible et qu'elles protègent la confiance des époux, tout particulièrement celle de l'époux créancier qui compte sur le partage de ces avoirs au moment du divorce.

Dans le cadre de la présente contribution, nous commencerons par rappeler, dans une première partie, les différentes règles de conflit applicables en matière de divorce international, en mettant l'accent sur le sort des avoirs de prévoyance professionnelle. Dans une deuxième partie, nous mettrons ensuite en évidence différents cas qui posent problème, en distinguant entre les procédures pendantes devant les tribunaux suisses et les jugements de divorce rendus à l'étranger. Enfin, dans une troisième partie, nous porterons un regard critique sur les modifications proposées par le Département fédéral de justice et police (DFJP) dans un avant-projet de décembre 2009.

[1] Je remercie très chaleureusement mon collègue le Professeur Gian Paolo Romano, de l'Université de Genève, pour les discussions très stimulantes sur le sujet et Mmes Laurence Humbert et Tania Silva, assistantes, pour leur aide précieuse dans la mise en forme et la relecture du texte.

Cette contribution a fait l'objet d'une publication dans la revue Jusletter du 25 juin 2012.

II. Les règles de droit international privé applicables en matière de divorce

A) Compétence

La compétence internationale des tribunaux suisses en matière de divorce se fonde exclusivement sur la loi sur le droit international privé (LDIP). Il n'y a en la matière ni traité bilatéral ni convention multilatérale[2]. Cela vaut également pour la plupart des effets accessoires[3], notamment pour le partage des avoirs de prévoyance professionnelle accumulés durant le mariage. Selon la LDIP, le juge suisse compétent pour prononcer le divorce l'est également pour régler les effets accessoires (art. 63 al. 1 LDIP), y compris le partage de la prévoyance professionnelle ; la réserve de l'art. 63 al. 2, 2e phr. LDIP ne concerne en effet que le droit applicable[4]. Le législateur reprend ici au niveau des règles de conflit le principe de droit interne de l'unité du jugement de divorce[5].

La loi prévoit en droit du divorce un for principal découlant du domicile et un for subsidiaire au lieu d'origine en Suisse, pour les Suisses résidant à l'étranger. En vertu de l'art. 59 *lit.* a LDIP, la compétence primaire des tribunaux suisses est une compétence alternative. Elle appartient au juge suisse du domicile du défendeur (art. 59 *lit.* a LDIP) ou au juge suisse du domicile du demandeur, si celui-ci réside en Suisse depuis au moins un an ou s'il est suisse (art. 59 *lit.* b LDIP). Le législateur suisse reconnaît donc le for du domicile du défendeur qui est un for très bien accepté au niveau international et ne pose en principe aucun problème de reconnaissance[6]. Il admet également, mais à des conditions plus strictes, un for au domicile du demandeur, montrant par là une certaine retenue à l'égard de ce for[7] ; il s'agit en effet d'éviter le tourisme du divorce[8]. Ainsi, lorsque le demandeur n'a pas la nationalité suisse, il ne peut ouvrir action contre le défendeur domicilié à l'étranger que s'il réside lui-même en Suisse depuis une année au moins ; une

---

2 JAMETTI GREINER, FamKom, Anh. IPR N. 5 ; BOPP, BSK IPRG, Art. 59 IPRG N. 3.

3 JAMETTI GREINER, FamKom, Anh. IPR N. 51 ; BOPP, BSK IPRG, Art. 63 IPRG N. 4 et 12. En matière de contribution d'entretien, sont réservées toutefois les dispositions de la convention de Lugano (art. 5 ch. 2 CLug). Tout comme les prétentions relevant des régimes matrimoniaux ou du droit des successions, les droits en matière de prévoyance professionnelle en cas de divorce ne tombent pas sous le coup de la Convention de Lugano (art. 1 al. 2 Conv. Lugano ; BUCHER, Art. 63 LDIP N. 21 ; cf. également JAMETTI GREINER, FamKom, Anh. IPR N. 84, 78-79).

4 BOPP, BSK IPRG, Art. 63 N. 4 ; contra : BUCHER, RSDIE 1999, p. 324.

5 BOPP, BSK IPRG, Art. 63 N. 1.

6 BOPP, BSK IPRG, Art. 59 N. 12.

7 BOPP, BSK IPRG, Art. 59 N. 14.

8 Message, du 10 novembre 1982, FF 1983 I 347 ; ATF 119 II 64, JdT 1996 I 66 ; BOPP, BSK IPRG, Art. 59 N. 15.

résidence habituelle n'est toutefois pas exigée et un séjour, plus que passager[9], suffit. Par contre, si le demandeur est suisse, le fait qu'il soit domicilié en Suisse est suffisant ; l'on n'exigera pas ici qu'il y réside depuis une année au moins. Il importe peu à cet égard qu'il soit double national. L'on donnera la préférence à la nationalité suisse, en cas de double nationalité, par une application par analogie de l'art. 23 al. 1 LDIP[10]. L'art. 59 *lit.* b LDIP *in fine* donne la possibilité aux ressortissants suisses d'ouvrir action en divorce à leur domicile en Suisse à l'encontre de leur conjoint domicilié à l'étranger[11] ; cette disposition est aussi utile aux Suisses de l'étranger qui ne souhaitent pas se soumettre à la juridiction d'un Etat étranger[12].

Il faut que la condition du domicile soit réalisée au moment de l'ouverture de l'action[13]. Il s'agit en effet d'éviter que les éventuels déménagements des parties en cours de procédure aient une influence sur la compétence des tribunaux. La condition d'une résidence en Suisse depuis une année pour le demandeur exige tout particulièrement cette interprétation de la loi si l'on veut éviter que l'art. 59 *lit.* b LDIP ne reste lettre morte[14]. Par domicile au sens de l'art. 20 al. 1 *lit. a* LDIP, l'on entend le centre de vie de la personne[15]. Si l'époux n'a de domicile ni en Suisse ni à l'étranger, l'on retiendra la résidence habituelle au sens de l'art. 20 al. 2 LDIP. Cette dernière notion doit toutefois être interprétée de manière restrictive, afin qu'elle soit en harmonie avec le concept de résidence habituelle employé tant par la Convention de La Haye sur la reconnaissance des divorces[16] que dans un certain nombre de droits étrangers pour la reconnaissance des décisions étrangères de divorce[17].

Subsidiairement, un for est reconnu devant les tribunaux suisses du lieu d'origine de l'un des époux, mais uniquement si les conjoints sont tous deux domiciliés à l'étranger ou, lorsqu'ils n'ont pas de domicile, si leur résidence habituelle n'est pas en Suisse[18]. Il faut de plus que l'action ne puisse être

---

9 BUCHER, Le couple, N. 276 ; VOLKEN, ZK zum IPRG, Art. 59 N. 29 ; BOPP, BSK IPRG, Art. 59 N. 15 ; *contra* : DUTOIT, Art. 59 LDIP N. 7 ; CANDRIAN, p. 54. Un domicile ou selon les circonstances une résidence habituelle au sens de l'art. 20 al. 2 LDIP doit toutefois exister en Suisse au plus tard au bout de cette année (BOPP, BSK IPRG, Art. 59 N. 15).

10 DUTOIT, Art. 59 LDIP N. 8 ; BUCHER, Le couple, N. 276.

11 Si l'époux n'a de domicile ni en Suisse ni à l'étranger, l'on retiendra la résidence habituelle au sens de l'art. 20 al. 2 LDIP (DUTOIT, Art. 59 LDIP N. 4).

12 BOPP, BSK IPRG, Art. 59 N. 15 ; DUTOIT, Art. 59 LDIP N. 8.

13 BOPP, BSK IPRG, Art. 59 N. 21 ; DUTOIT, Art. 59 LDIP N. 5. Pour le demandeur uniquement : également BUCHER, Le couple, N. 281 ; JAMETTI GREINER, FamKom, Anh. IPRG N. 7. Ces deux derniers auteurs sont d'avis que pour le défendeur, la condition peut encore se réaliser en cours de procès, jusqu'au moment de la décision au fond.

14 BOPP, BSK IPRG, Art. 59N. 21 ; BUCHER, Le couple, N. 281.

15 BUCHER, Le couple, N. 275. Sur la définition du domicile pour la compétence selon l'art. 59 LDIP, cf. ATF du 28 avril 2008, 5A_398/2007 c. 3.2.

16 RS 0.211.212.3 ; BUCHER, Le couple, N. 275 ; DUTOIT, Art. 59 LDIP N. 4.

17 BUCHER, Le couple, N. 275.

18 BUCHER, Art. 60 LDIP N. 1-2.

intentée au domicile de l'un d'eux, respectivement que l'on ne puisse attendre qu'elle le soit (art. 60 LDIP). Ce for concrétise un principe général prévu pour les Suisses de l'étranger, et que l'on trouve également dans d'autres domaines du droit de la famille[19]. Si les époux vivent dans des Etats différents, il suffit que la condition de domicile, respectivement de la résidence soit réalisée dans le pays de l'un d'eux[20]. Si les époux ont plusieurs lieux d'origine, les tribunaux de chacun de ces lieux sont compétents[21]. Le for du lieu d'origine est également donné à celui des conjoints qui n'est pas suisse[22]. Les conditions doivent être remplies au moment de l'ouverture de l'action, de sorte qu'un changement de domicile en cours de procédure reste sans influence[23].

Un tribunal suisse compétent pour prononcer le divorce, en vertu de l'art. 59 ou 60 LDIP, l'est aussi pour connaître d'une action en complément ou en modification du jugement de divorce (art. 64 al. 1 LDIP). Le droit suisse suit ainsi, jusqu'à un certain point, le principe de la *perpetuatio fori*, permettant au juge suisse qui a prononcé le jugement de divorce de rester compétent pour la modification de celui-ci, même si les parties ont depuis lors quitté la Suisse[24]. Les tribunaux suisses sont, en outre, toujours compétents pour modifier un jugement, lorsqu'au moment de l'introduction de la demande en complément, ils sont, au regard de la LDIP, aussi compétents pour prononcer un divorce[25]. Il faut, enfin, admettre un for de nécessité (art. 3 LDIP) lorsqu'aucun des rattachements des art. 59 et 60 LDIP ne permet d'agir en Suisse et qu'il convient d'éviter un déni de justice[26]. Ce sera notamment le cas lorsque des avoirs de prévoyance sont situés dans une institution suisse, mais que les art. 59 et 60 LDIP ne reconnaissent pas de compétence aux tribunaux suisses[27]. On peut ici citer, comme exemple, la situation d'époux étrangers, travaillant en Suisse, mais domiciliés en France, dont le divorce prononcé en France ne tient pas compte des avoirs accumulés en Suisse. On reconnaîtra un tel for au siège de l'institution de prévoyance[28]. A noter que la compétence des tribunaux suisses doit être examinée indépendamment de l'existence dans le cas d'espèce

19 BUCHER, Art. 60 LDIP N. 2.

20 BOPP, BSK IPRG, Art. 60 N. 5 ; JAMETTI GREINER, FamKom, Anh. IPR N. 14 ; *contra :* BUCHER, Le couple, N. 293 et Art. 60 N. 6, qui exige que le conjoint ouvre action au domicile de l'autre époux si c'est possible.

21 JAMETTI GREINER, FamKom, Anh. IPR N. 12 ; BOPP, BSK IPRG, Art. 60 N. 9.

22 JAMETTI GREINER, FamKom, Anh. IPRG N. 12 ; BOPP, BSK IPRG, Art. 60 N. 1 ; BUCHER, Art. 60 LDIP N. 2.

23 ATF 126 III 327ss, 328 s. ; BUCHER, Art. 60 LDIP N. 2 ; BOPP, BSK IPRG, Art. 60 N. 4.

24 BOPP, BSK IPRG, Art. 64 N. 2 ; DUTOIT, Art. 64 LDIP N. 2 ; SCHWANDER, FamPra.ch 2009, p. 861 ; contra : BUCHER, Art. 64 LDIP N. 1.

25 ATF 128 III 343, 345, JdT 2003 I 66 ; BOPP, BSK IPRG, Art. 64 N. 2 ; VOLKEN, ZK zum IPRG, Art. 64 N. 22.

26 BUCHER, Art. 60 LDIP N. 4.

27 SCHWANDER, PJA 1999, p. 1652 ; BUCHER, Art. 64 LDIP N. 17 ; DUTOIT, Art. 64 LDIP N. 2 *bis.*

28 JAMETTI GREINER, FamKom, Anh. IPRG N. 65.

d'un droit au complément, cette seconde question relevant d'une décision au fond[29].

Dans la mesure où la procédure a trait à une matière patrimoniale, une élection de for est admissible (art. 5 et 6 LDIP)[30]. Elle est toutefois sans effet si elle conduit à priver d'une manière abusive l'une des parties de la protection que lui assure un for prévu par le droit suisse (art. 5 al. 2 LDIP).

B) Droit applicable

Le divorce est en principe soumis au droit suisse (art. 61 al. 1 LDIP). L'art. 61 LDIP incorpore le principe de la *lex fori in foro proprio*[31]. Il y a ici un certain parallélisme entre les règles de compétence et le droit applicable, de sorte qu'en règle générale, les tribunaux suisses compétents appliquent le droit suisse, à une exception près, qui est celle de l'art. 61 al. 2 LDIP[32]. Le moment déterminant pour fixer le droit applicable est, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le moment de l'ouverture de l'action. Cela permet en effet d'éviter que le déplacement du domicile ait une influence sur le droit applicable ; cette manière de faire est, de plus, conforme à l'idée d'économie de procédure, puisque cela permet d'éviter des situations dans lesquelles une partie des étapes de la procédure devrait être répétée dans le cours de celle-ci pour que les faits allégués et prouvés soient en harmonie avec le droit appliqué. La doctrine conteste toutefois majoritairement cette jurisprudence du Tribunal fédéral, considérant qu'elle n'est pas cohérente avec la possibilité d'invoquer des faits nouveaux jusqu'à un stade avancé du procès[33].

Lorsque les époux ont une nationalité étrangère commune, l'on applique leur droit national commun si l'un des époux est domicilié à l'étranger et l'autre en Suisse (art. 61 al. 2 LDIP). Cela vaut même si l'un des époux ou les deux ont plusieurs nationalités, tant que la nationalité commune est la nationalité effective de l'un et l'autre (art. 23 al. 2 LDIP)[34]. Ce rattachement au critère de la nationalité commune met l'accent sur le lien étroit qui subsiste entre les époux à un moment où le domicile commun n'en est plus un[35]. Il a l'avantage d'avoir en principe la même valeur pour chacun des époux et

---

29 ATF du 19.10.2001 5C.173/2001, c. 2b ; BOPP, BSK IPRG, Art. 64 N. 5 ; BOPP/GROLIMUND, FamPra.ch 2003, p. 504-505.

30 BUCHER, Le couple, N. 351 ; BUCHER, Art. 63 LDIP N. 2 ; BOPP, BSK IPRG, Art. 63 N. 5.

31 BOPP, BSK IPRG, Art. 61 N. 8.

32 BOPP, BSK IPRG, Art. 61 N. 8.

33 BUCHER, Le couple, N. 313 ; BOPP, BSK IPRG, Art. 61 N. 21 ; SCHWANDER, PJA 1996, p. 100, 102 ; CANDRIAN, p. 143.

34 DUTOIT, Art. 61 LDIP N. 13 ; BUCHER, Le couple, N. 315 ss. ; BUCHER, IPR II N. 525 ; BOPP, BSK IPRG, Art. 61 N. 13 ; VOLKEN, ZK zum IPRG, Art. 61 N. 19.

35 BOPP, BSK IPRG, Art. 61 N. 14 ; BUCHER, Le couple, N. 315.

réalise ainsi l'idée d'égalité entre les époux[36] ; il a pour désavantage de rendre l'application du droit parfois plus difficile pour les tribunaux suisses qui, en cette matière, seront quelquefois tenus d'appliquer également des principes de procédure étroitement liés au droit de fond[37]. L'application du droit étranger prévue à l'art. 61 al. 2 LDIP est une norme qui renvoie aux règles de conflit de ce droit et admet ainsi le renvoi au droit suisse au sens de l'art. 14 al. 2 LDIP[38]. Le renvoi au droit d'un Etat tiers n'est, par contre, pas toléré[39].

Une exception à la règle du droit national commun est prévue à l'art. 61 al. 3 LDIP. Elle concerne uniquement le principe du divorce. Si le droit étranger ne permet pas la dissolution du mariage ou la soumet à des conditions particulièrement sévères, le droit suisse est alors applicable, à la condition toutefois que l'un des époux soit également suisse ou que l'un d'eux réside en Suisse depuis deux ans. Dans un tel cas, le sort des avoirs de prévoyance professionnelle relèvera également du droit suisse.

Une autre exception à la règle du droit national commun découle de l'art. 15 LDIP. Selon cette disposition, le droit étranger applicable selon les règles de la LDIP peut exceptionnellement être écarté si, au regard de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la cause ne présente qu'un lien très lâche avec ce droit et qu'elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit (art. 15 al. 1 LDIP)[40]. L'application de la clause d'exception intervient d'office, elle ne dépend pas de l'appréciation du juge[41]. Selon la jurisprudence, il convient de recourir à cette norme de manière restrictive[42] ; il ne saurait être question d'éviter de cette manière les conséquences indésirables du droit matériel[43]. Nous reprendrons ce point de manière plus détaillée dans le chapitre III.A.1.

Enfin, lorsque les tribunaux suisses du lieu d'origine sont compétents (art. 60 LDIP), ils appliquent le droit suisse (art. 61 al. 4 LDIP). L'on notera encore que la Suisse est liée par une Convention bilatérale de 1934 avec l'Iran

36 BUCHER, Le couple, N. 316.

37 Dans le même sens : BOPP, BSK IPRG, Art. 61 N. 9.

38 BUCHER, Le couple, N. 319 ; DUTOIT, Art. 61 LDIP N. 5 ; BOPP, BSK IPRG, Art. 61 N. 19 ; JAMETTI GREINER, FamKom, Anh. IPR N. 21.

39 BUCHER, Le couple, N. 319 ; DUTOIT, Art. 61 N. 5 ; BOPP, BSK IPRG, Art. 61 N. 19 ; JAMETTI GREINER, FamKom, Anh. IPR N. 21.

40 Pour un exemple : ATF 118 II 79, 81, JdT 1995 I 60 ; par contre refusé : ATF 121 III 246, JdT 1997 I 680.

41 ATF 131 III 289, 292, JdT 2006 I 74 ; ATF du 8 mars 2007, 5C.297/2006 ; BOPP, BSK IPRG, Art. 63 N. 28.

42 ATF 131 III 289, JdT 2006 I 74, ATF 121 III 246, JdT 1997 I 680 et ATF 118 II 79, JdT 1995 I 60 ; BUCHER, Art. 15 LDIP N. 3.

43 ATF 131 III 289, 292, JdT 2006 I 74 ; ATF du 8 mars 2007, 5C.297/2006.

qui prévoit que si les parties sont toutes les deux exclusivement de nationalité iranienne, le droit applicable est celui de leur nationalité commune[44].

Pour les effets accessoires, l'art. 63 al. 2 LDIP pose le principe selon lequel le droit applicable au divorce régit aussi les effets accessoires ; il réserve toutefois, dans une 2e phrase, un régime spécifique pour la plupart d'entre eux. Le sort des avoirs de la prévoyance professionnelle n'est pas mentionné. Cela n'est pas étonnant puisque le nouveau droit du divorce n'était pas encore en vigueur au moment de l'adoption de la loi, en 1987. Se pose donc la question du droit qu'il convient d'appliquer à cet effet accessoire. Il n'est pas contesté que le partage des avoirs de prévoyance professionnelle ne relève pas des règles sur les régimes matrimoniaux, ni des dispositions sur l'entretien après divorce. Le partage de ces avoirs est en effet une institution *sui generis* du droit suisse, distincte des autres effets accessoires du divorce et ce sous l'angle du droit international privé également[45]. Selon certains auteurs, l'art. 63 al. 2 LDIP comporte donc une lacune, qu'il convient de combler en soumettant le partage de la prévoyance professionnelle au droit applicable à l'institution de prévoyance, respectivement au rapport de prévoyance[46]. En effet, « il serait artificiel de fixer le sort des avoirs selon le droit suisse alors qu'il n'existe aucun dépôt dans une caisse suisse et que, dans le cas particulier, il s'agit de décider uniquement de répartir des prétentions à l'égard d'une institution [étrangère]. On ne saurait imposer un tel partage « suisse » de droits de prévoyance à une institution de prévoyance étrangère qui est à l'origine de tels droits et qui ne reconnaît pas, par hypothèse, une telle répartition, voire aucune répartition. Inversement, lorsque le divorce est régi par une loi étrangère, il ne serait pas justifié (…) de refuser l'application de l'art. 122 CC à des époux affiliés à une institution suisse de prévoyance et de les priver d'une participation pour laquelle ils ont payé des cotisations, et cela dans le cas tout au moins où la loi étrangère ne connaît pas une compensation des droits de pension ou qu'il y existe un mécanisme impossible à appliquer par rapport aux prestations de sortie de type suisse »[47].

Le Tribunal fédéral a préféré suivre l'opinion d'une autre partie de la doctrine[48]. Dans son raisonnement, il s'est appuyé sur la clause générale de l'art. 63 al. 2, 1e phrase qui soumet les effets accessoires au droit applicable au divorce[49]. A défaut de dispositions spéciales soumettant le partage de la prévoyance professionnelle à un régime particulier, c'est donc le droit relatif

---

44 BOPP, BSK IPRG, Art. 63 N. 3.

45 ATF 131 III 289ss, 291, JdT 2006 I 74 ; ATF du 10 août 2008, 5A_49/2008 c. 6.2.1 ; BUCHER, Art. 63 LDIP N. 22 ; BOPP/GROLIMUND, FamPra.ch 2003, p. 513-514 ; CANDRIAN, p. 148-149.

46 BUCHER, Le couple, N. 381 ; VOLKEN, ZK zum IPRG, Art. 63 N. 32 ; GEISER, p. 67 ss.

47 BUCHER, Art. 63 LDIP N. 26-27 ; cf. également BUCHER, Le couple, N. 381.

48 BOPP/GROLIMUND, FamPra.ch 2003, p. 513 ss ; BOPP, BSK IPRG, Art. 63 N. 27 ; JAMETTI GREINER, FamKom, Anh. IPR N. 55 ; SUTTER/FREIBURGHAUS, Vor Art. 122-124/141-142 ZGB N. 20.

49 ATF 131 III 289/290, JdT 2006 I 74.

au divorce qu'il convient d'appliquer, sous réserve bien sûr de la clause d'exception de l'art. 15 LDIP susmentionné et sur laquelle nous reviendrons.

III. Quelques cas en particulier

A) Lorsque l'action en divorce est pendante devant les tribunaux suisses

1) Le divorce est soumis au droit étranger et les avoirs de prévoyance sont situés en tout ou en partie en Suisse

Tel est le cas lorsque le droit national commun des époux est applicable, que les époux ont une nationalité étrangère commune et qu'un seul est domicilié en Suisse (art. 61 al. 2 LDIP). Une telle situation pose de délicats problèmes, car la plupart des pays ne connaissent pas de régime de partage de la prévoyance en cas de divorce comparable au partage prévu aux art. 122 ss CC. Seuls quelques pays font exception ; c'est le cas par exemple de l'Allemagne, des Pays-Bas, du Royaume-Uni, de l'Irlande, du Canada et de certains Etats des Etats-Unis.

Le Tribunal fédéral a choisi, à plusieurs reprises, d'appliquer la clause d'exception de l'art. 15 LDIP à une telle situation. Selon cette disposition, le droit désigné par la LDIP n'est exceptionnellement pas applicable si la cause n'a manifestement qu'un lien très lâche avec ce droit et qu'elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec le droit suisse. L'on constate que, dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral examine les conditions d'application de l'art. 15 LDIP non pas au regard de la cause prise dans son ensemble, mais sous l'angle de la prévoyance uniquement, ce qui peut surprendre. C'est toutefois, à notre avis, possible. En droit international privé, les différents effets du divorce sont pour la plupart soumis à un statut qui leur est propre. Il est donc, à notre avis, normal de se poser la question de l'application de l'art. 15 LDIP pour un effet accessoire en particulier.

Dans l'examen concret des conditions posées par l'art. 15 LDIP, le Tribunal fédéral se demande si les avoirs de prévoyance des époux sont *déterminants* pour eux en matière de prévoyance[50]. Pour ce faire, il se fonde sur les circonstances suivantes : 1) la durée relativement longue du mariage, 2) le travail en Suisse de l'un des époux depuis de longues années, 3) l'obligation afférente d'affiliation à une caisse de pension, 4) le fait que l'un des époux se soit occupé de l'éducation des enfants et de la tenue du ménage, de sorte qu'il

[50] ATF 131 III 289, JdT 2006 I 74 ; nié dans l'ATF du 19 août 2008, 5A_49/2008.

n'a pas exercé d'activité lucrative et, enfin, 5) l'absence de constitution d'un capital de prévoyance approprié pour l'autre époux[51].

On peut se demander si ces critères sont bien choisis. Le recours à l'art. 15 LDIP exclut en effet que l'on écarte par ce biais-là le droit auquel la LDIP renvoie, dans le but de donner la préférence à un droit qui donne un résultat plus satisfaisant dans le cas d'espèce[52]. Or, s'il est vrai que l'examen effectué par la Tribunal fédéral intervient sur la base des faits du cas d'espèce, et non du droit qui est appliqué, l'on constate que, selon l'idée qui sous-tend l'examen, le droit suisse permet le partage des avoirs de prévoyance professionnelle, à la différence du droit étranger. En effet, c'est bien parce que l'on a un mariage de longue durée, une solidarité intense entre les époux, un avoir de prévoyance professionnelle partageable en droit suisse – et donc important pour le créancier – que l'on admet un lien lâche avec le droit étranger qui ne connaît pas le partage et un lien étroit avec le droit suisse qui, au contraire, le prévoit. L'on est donc très proche d'une application de l'art. 15 LDIP qui cherche à écarter un droit matériel insatisfaisant. Par ailleurs, la plupart des critères retenus par le Tribunal fédéral, en particulier ceux de la durée du mariage ou du partage traditionnel des tâches au sein du couple, sont des critères qui, en droit suisse, sont sans pertinence en matière de partage de la prévoyance en cas de divorce, que ce soit au regard de l'art. 122, de l'art. 123[53] ou de l'art. 124 CC. Il apparaît dès lors artificiel de les utiliser dans l'application de l'art. 15 LDIP. Alors, le Tribunal fédéral aurait-il dû poser d'autres critères dans ce domaine de la prévoyance ?

Reprenons le contenu de l'art. 15 LDIP. Il pose deux conditions : 1) des liens manifestement très lâches avec le droit désigné par la LDIP, et 2) une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit[54]. En limitant l'application de cette disposition à un effet accessoire du divorce, comme le préconise le Tribunal fédéral, c'est uniquement sous l'angle de la prévoyance que l'on examine ces deux conditions. Pour savoir s'il y a des liens manifestement très lâches, respectivement beaucoup plus étroits, avec l'un ou l'autre des ordres juridiques concernés, il semble juste, comme le fait la Haute Cour, de regarder si, dans le cas d'espèce, les avoirs accumulés par les époux durant le mariage sont déterminants pour eux au moment du divorce. Selon nous, sur ce point, l'on doit alors nécessairement tenir compte du sort des expectatives acquises par les époux durant le mariage selon le droit de la nationalité commune, respectivement le droit suisse. Ne pas en tenir compte aurait en effet pour conséquence d'écarter l'un des principaux éléments d'appréciation du

51 ATF 131 III 289, 293, JdT 2006 I 74 ; ATF du 19 août 2008, 5A_49/2008 ; ATF du 8 mars 2007, 5C.297/2006.

52 BUCHER, Art. 15 LDIP N. 11.

53 ATF 136 III 449, JdT 2011 II 352 et ATF 136 III 455, JdT 2011 II 276, résumés in LEUBA, Colloque de la FSA 2011, p. 148.

54 BUCHER, Art. 15 LDIP N. 2.

caractère déterminant ou non des avoirs pour la prévoyance des époux au moment du divorce. Le fait que le droit suisse connaisse en la matière un instrument juridique spécifique qui permet le partage de la prévoyance professionnelle, instrument qui n'existe pas dans le droit de la nationalité commune, et qu'une partie importante, respectivement très importante, des avoirs accumulés par les époux durant le mariage l'a été auprès d'une institution relevant de ce premier ordre juridique, est ici très important. Cela met en évidence le fait que les avoirs, s'ils sont soumis à partage, permettront d'assurer directement, par le biais d'une prestation de sortie, la prévoyance des époux, en particulier celle de l'époux dont la prévoyance accumulée durant le mariage est défaillante. Cet instrument du droit suisse – le partage – doit donc nécessairement être comparé avec celui connu du droit étranger. C'est dans le cadre de cette comparaison du sort réservé à la prévoyance par l'un et l'autre des ordres juridiques que l'on pourra apprécier le caractère déterminant de la prévoyance pour les époux au moment du divorce.

Cette manière de comprendre l'art. 15 LDIP ne permet pas d'écarter, comme on le voit, le reproche d'une application de la disposition qui tient compte du contenu du droit étranger. Elle permet toutefois d'éviter que l'on passe sous silence l'importance, pour la prévoyance des époux, de la possibilité de retirer un avantage direct et peu sujet à appréciation des avoirs accumulés durant le mariage. Le caractère déterminant de la prévoyance tient en effet en grande partie à cela. De plus, elle s'abstient de faire usage de critères qui ne sont pas pertinents dans notre ordre juridique pour le partage de la prévoyance.

Il subsistera cependant toujours des situations dans lesquelles, comme aujourd'hui[55], l'art. 15 LDIP n'est pas applicable bien qu'il existe des avoirs de prévoyance en Suisse. Pensons par exemple au cas d'époux étrangers ayant accumulé une grande partie de leurs avoirs de prévoyance professionnelle dans le pays de leur nationalité commune et une plus petite partie en Suisse, lorsque l'art. 61 al. 2 LDIP désigne leur droit étranger commun comme applicable (art. 61 al. 2 LDIP). Une intervention du législateur est, sur ce point, fort souhaitable. Nous y reviendrons dans le cadre du chapitre IV.

2) Le divorce est soumis au droit suisse et les avoirs de prévoyance sont situés uniquement auprès d'institutions de prévoyance non soumises à la Loi fédérale sur le libre passage (LFLP)

L'art. 122 CC prévoit le partage de la prestation de sortie, calculée selon les dispositions de la LFLP, et ne permet dès lors pas le partage d'avoirs de prévoyance professionnelle qui ne sont pas soumis à la LFLP. Or, seuls les avoirs déposés auprès d'une institution de prévoyance professionnelle suisse

[55] L'actuelle jurisprudence relative à l'art. 15 LDIP pose d'ailleurs le même problème : BUCHER, Art. 63 LDIP N. 28.

sont soumis à la LFLP. Ce n'est pas le cas des prétentions acquises auprès d'institutions étrangères, que ces prétentions soient partageables ou non, ni d'ailleurs des droits accumulés auprès des caisses des organisations internationales. Il n'est, de plus, pas envisageable d'appliquer l'art. 122 CC par analogie, même si les avoirs sont partageables en vertu du droit étranger, car l'art. 124 CC règle précisément le sort d'avoirs pour lesquels un partage au sens de l'art. 122 CC n'est pas possible. Seule une indemnité équitable au sens de l'art. 124 CC est, dès lors, envisageable.

Au demeurant, un partage d'avoirs étrangers en vertu du droit suisse pourrait poser des problèmes d'exécution. Les décisions relatives au partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce ne sont soumises ni à la Convention de Lugano ni à la Convention de La Haye sur la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires du 2 octobre 1973. Il est, au surplus, loin d'être certain qu'une institution de prévoyance étrangère, qui sera en règle générale de droit public, accepte de se soumettre à l'exécution d'un jugement suisse auquel elle n'était pas partie[56].

Toutefois, lorsque l'Etat étranger admet une action en complément, comme c'est le cas du droit allemand, qui permet d'agir en Allemagne même si l'action en divorce est encore pendante à l'étranger[57], on peut, à notre avis, conseiller au juge suisse de suspendre la procédure jusqu'à droit connu à l'étranger[58]. Une telle suspension devrait intervenir avec l'accord des époux. Il est en effet délicat de prolonger la procédure de plusieurs mois dans une action d'état sans leur accord. A défaut d'accord des époux, ou lorsque la procédure à l'étranger ne peut être ouverte qu'après le prononcé du divorce en Suisse, il faut envisager de renvoyer la question à un règlement *ad separatum* (art. 283 CPC)[59], en exception au principe de l'unité du jugement de divorce[60]. Les questions de contribution d'entretien et de partage du 2e pilier étant étroitement liées, il n'est toutefois pas exclu qu'une révision du jugement de divorce sur la question de la contribution d'entretien doive ensuite être envisagée.

Dans les autres cas, c'est-à-dire lorsque les avoirs ne sont pas partageables à l'étranger, l'on appliquera l'art. 124 CC et le juge fixera une indemnité équitable. La difficulté rencontrée, alors, est bien entendu celle d'établir la valeur de l'avoir accumulé durant le mariage. Il n'est pas rare que la

---

56 Dans le même sens : BUCHER, Art. 64 LDIP N. 36.

57 WINKLER VON MOHRENFELS, Münchener Kommentar, Art. 17 EGBGB N. 244-246.

58 Dans le même sens : BUCHER, Art. 64 LDIP N. 36.

59 L'on admet que l'art 283 CPC permet de renvoyer *ad separatum* en cas de justes motifs d'autres questions patrimoniales encore que celles de liquidation du régime matrimonial mentionnées dans le texte de l'alinéa 2, comme par exemple le partage des avoirs de prévoyance professionnelle, à condition toutefois qu'elles soient bien distinctes et que leur résultat n'influence pas le règlement du reste des effets du divorce (VOUILLOZ, SJ 2010 p. 69 ; TAPPY, Art. 283 CPC N. 17).

60 Dans le même sens : BUCHER, Art. 64 LDIP N. 36.

prévoyance en question comprenne également une prévoyance de type 1er pilier, comme c'est le cas pour les fonctionnaires internationaux. Dans un tel cas, il convient de déduire la part de l'avoir qui constitue, au regard du droit suisse, un 1er pilier. Cela peut se faire en établissant la rente à laquelle l'époux aurait droit au titre de 1er pilier en Suisse, compte tenu de ses années de cotisations, puis, sur cette base-là, en calculant les proportions respectives des 1er et 2e piliers[61]. Dans bien des situations, les informations données par les institutions de prévoyance seront très sommaires. Le cas échéant, il ne faut pas hésiter à avoir recours à un expert.

En tout état de cause il est important de bien mettre en évidence l'étendue des avoirs pris en compte dans le règlement de la prévoyance professionnelle étrangère, de manière à éviter une action en complément.

3) Le divorce est soumis au droit suisse et les avoirs de prévoyance sont situés non seulement en Suisse, mais aussi auprès d'institutions de prévoyance non soumises à la LFLP

Il n'est pas possible d'appliquer cumulativement les art. 122 et 124 CC. Si le partage est impossible pour une partie seulement des avoirs des époux, l'on appliquera en principe l'art. 124 CC à l'ensemble de leurs avoirs[62]. Il faut toutefois, à notre avis, réserver le cas dans lequel l'un des époux ou les deux ont des avoirs dans un pays qui admet un partage complémentaire. Les avoirs partageables en Suisse doivent alors être soumis à l'art. 122 CC, si le conjoint créancier le demande. Il n'y a en effet pas de raison de s'écarter du principe du partage des avoirs situés en Suisse, puisque les avoirs situés à l'étranger sont également partageables dans une procédure séparée.

Lorsque le partage prend la forme d'une indemnité équitable au sens de l'art. 124 CC, le juge doit, pour en fixer le montant, tenir compte des avoirs situés à l'étranger. Si une prestation de sortie existe encore auprès de la caisse de compensation, l'art. 22b LFLP offre la possibilité de régler le versement de l'indemnité équitable par un transfert de tout ou partie de cette prestation auprès de l'institution de prévoyance du créancier. Il faut toutefois pour cela que la situation du débiteur soit serrée, c'est-à-dire que ses revenus et sa fortune ne lui permettent pas de régler la créance sous la forme d'une rente ou d'un versement en capital non lié[63]. Un transfert de plus de la moitié de l'avoir accumulé en Suisse pourrait, dans une telle hypothèse, permettre de tenir compte des expectatives non partagées à l'étranger.

---

61 Selon la méthode utilisée par la Cour de justice du canton de Genève : arrêt de la Cour de justice ACJC/468/2008 c. 5.2 du 18 avril 2008 publié sur le site internet du pouvoir judiciaire, et arrêts de la Cour de justice ACJC/707/2005 du 10 juin 2005, ACJC/1576/2007 du 14 décembre 2007 ou encore JTPI/5592/2010 du 4 mai 2010 non publiés. Le Tribunal fédéral n'a pas considéré cette méthode comme arbitraire dans l'ATF du 28 avril 2008, 5A_83/2008 c. 4 et 5.4.

62 ATF 127 III 433, JdT 2002 I 346.

63 ATF 129 III 481, c. 3.5.2, JdT 2003 I 760.

B) Lorsque le jugement de divorce a été rendu à l'étranger

1) Reconnaissance et exécution

Pour être reconnu, un jugement étranger doit remplir les conditions posées par les articles 25 ss LDIP. Il faut que la décision ait été rendue par une autorité compétente, qu'elle ne soit plus susceptible de recours ordinaire, respectivement qu'elle soit définitive, et enfin, qu'il n'y ait pas de motifs de refus au sens de l'art. 27 LDIP, notamment qu'elle ne soit pas manifestement contraire à l'ordre public suisse.

Selon certains auteurs, le jugement étranger tenant compte des avoirs de prévoyance professionnelle autrement que dans le cadre d'un partage au sens du droit suisse peut heurter l'ordre public matériel. C'est le cas en particulier si la répartition faite par le juge étranger est manifestement inéquitable au regard des avoirs qui ont été accumulés par les époux en Suisse durant le mariage. Une telle décision est, dans ces circonstances, incompatible avec l'art. 122 CC qui est d'ordre public[64]. L'ordre public matériel tend à sauvegarder les valeurs essentielles de justice qui sont à la base de l'ordre juridique[65]. Il vise à écarter le droit étranger qui « heurterait de manière intolérable le sentiment du droit tel qu'il existe généralement en Suisse et violerait les règles fondamentales de l'ordre juridique suisse »[66]. En tant que clause d'exception, la réserve d'ordre public doit être interprétée de manière restrictive, tout spécialement en matière de reconnaissance de jugements étrangers[67]. Sur la question du partage des avoirs de prévoyance professionnelle, l'on soulignera tout d'abord que l'on a affaire à une institution de notre ordre juridique qui est récente ; elle n'a été introduite qu'en 2000. Il est dès lors difficile de considérer qu'elle a déjà acquis la force d'une règle d'ordre public[68]. De plus, il faut rappeler que, jusque là, l'ordre juridique suisse tenait aussi compte des expectatives de prévoyance professionnelle dans le cadre de la fixation de la contribution d'entretien, d'une manière comparable à celle du droit français, avec un résultat qui était également plus avantageux pour le débiteur que pour le créancier. Dès lors, il nous semble difficile de dire – au surplus dans un domaine qui est de nature patrimoniale – qu'un droit comparable au droit qui était le nôtre il y a encore quelques années

64 BUCHER, Art. 64 LDIP N. 21.

65 BUCHER, Art. 17 LDIP N. 8.

66 ATF 102 Ia 574 ss, 581.

67 ATF 134 III 661, 665, c. 4.1, JdT 2009 I 179 ; ATF 122 III 344, JdT 1997 I 296 ; 120 II 87 s., JdT 1997 I 646 ; JAMETTI GREINER, FamKom, Anh. IPR N. 29.

68 VOLKEN, ZK zum IPRG, Art. 64 N. 38 ; *contra* : BUCHER, Art. 64 LDIP N. 21.

est contraire à l'ordre public. Le Tribunal fédéral est également d'avis qu'il n'y a pas d'atteinte à l'ordre public[69].

Le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir si l'art. 65 LDIP devait s'appliquer en plus des art. 25ss LDIP[70]. La doctrine dominante y est favorable[71]. Nous sommes du même avis. Si, en vertu de l'art. 63 al. 2 LDIP, le droit applicable au divorce régit le partage de la prévoyance professionnelle, il est normal d'appliquer également l'art. 65 LDIP qui a pour objet la reconnaissance des décisions de divorce. Selon l'art. 65 al. 1 LDIP, la décision est reconnue lorsqu'elle a été rendue dans l'Etat du domicile ou de la résidence habituelle de l'un des époux, ou si elle est reconnue dans l'un de ces Etats. Avec la reconnaissance d'une décision reconnue dans l'Etat de domicile ou de la résidence habituelle, le législateur suisse a choisi une règle ayant la nature d'une règle de conflit. Cette règle est extraordinairement large, puisqu'il n'est pas exigé que la décision ait été rendue dans l'Etat de domicile, de séjour ou de la nationalité d'un des époux. Il est donc envisageable que la décision soit rendue dans un Etat avec lequel aucun des époux n'a de liens étroits, décision qui, par hypothèse, serait reconnue dans l'Etat de séjour de l'un des époux.

L'art. 65 al. 2 LDIP apporte toutefois une restriction à cette reconnaissance très large. Lorsque la décision n'a pas été rendue dans l'Etat de la nationalité commune des époux ou de la nationalité du défendeur, il faut qu'au moment de l'introduction de la demande, l'un des époux au moins soit domicilié ou ait sa résidence habituelle dans cet Etat et que l'époux défendeur n'ait pas de domicile en Suisse. Alternativement, la reconnaissance est donnée si l'époux défendeur s'est soumis sans faire de réserve à la compétence du tribunal étranger ou lorsqu'il a expressément consenti à la reconnaissance de la décision en Suisse (art. 65 al. 2 *lit.* b et c LDIP). Cette restriction empêche que le conjoint domicilié en Suisse soit contraint de reconnaître un jugement de divorce rendu dans un Etat dont il n'a pas la nationalité.

L'on soulignera encore que les art. 280 et 281 CPC sont applicables au jugement étranger. Ainsi, pour qu'un jugement étranger puisse être contraignant envers les institutions de prévoyance suisses concernées, il faut qu'une attestation du caractère réalisable du partage prévu par les époux dans leur convention ou ordonné par le juge ait été établie par lesdites institutions et produite dans le cadre de la procédure étrangère. A défaut, le juge étranger ne peut que fixer la clé de répartition des avoirs entre les époux. C'est ensuite devant le tribunal suisse des assurances sociales, qu'il faudra introduire action pour faire fixer le montant exact de la prestation de sortie à transférer, de manière contraignante pour les institutions concernées. Il est toutefois

69 ATF 134 III 661 ss, JdT 2009 I 179 ; cf. à ce propos le commentaire critique de BUCHER, PJA 2009, p. 1 ss.

70 ATF 130 III 336, 342 ; 134 III 661 ss, JdT 2009 I 179.

71 JAMETTI GREINER, FamKom, Anh. IPR N. 62 ; BUCHER, Art. 65 LDIP N. 37.

conseillé de regarder, au préalable, si l'institution concernée n'accepte pas de se soumettre directement au jugement étranger, ce qui n'est pas rare, semble-t-il[72].

Pour cette action, le for ne peut être au lieu du divorce (art. 25a LFLP) qui est à l'étranger ; comblant une lacune, le Tribunal fédéral a admis un for au domicile du défendeur au moment de l'introduction de la demande, en application de l'art. 73 al. 3 LPP[73].

2) Complément

Il est possible, à certaines conditions, de compléter un jugement de divorce qui se révèle incomplet (art. 64 LDIP), lorsque les juridictions suisses sont compétentes au regard des art. 59 et 60 LDIP[74]. La révision au fond est toutefois prohibée (art. 27 al. 3 LDIP), ce qui n'est pas le cas si le jugement présente une lacune.

Une lacune existe lorsque le juge, par erreur, omission ou ignorance, n'a pas réglé une question qui devait nécessairement être tranchée dans le cadre du divorce[75]. Tel n'est pas le cas s'il est établi que la partie réclamant le complément a renoncé à ses droits[76]. C'est sur la base du droit matériel que l'on examine la question d'une éventuelle lacune[77]. On la soumet au même droit que le complément lui-même, c'est-à-dire le droit applicable au divorce (art. 64 al. 2 LDIP)[78]. Il ne peut y avoir lacune que si le jugement étranger ne tient pas compte des avoirs de prévoyance, ou pas suffisamment[79], au regard du droit applicable au complément du jugement de divorce (art. 61, 63 al. 2 et 64 al. 2 LDIP). Si, par contre, le droit applicable au complément ne connaît pas le partage, il n'y aura pas de lacune.

C'est au demandeur d'établir que le jugement est incomplet[80]. S'il n'y arrive pas ou si l'on constate qu'au regard du droit applicable au complément, le jugement étranger tient suffisamment compte des avoirs de prévoyance, celui-ci doit, dans les limites de l'ordre public, être respecté ; c'est le cas, même si le partage prend une autre forme que celle qui aurait été prévue par le droit

---

72 TRACHSEL, FamPra.ch 2010, p. 241 ss, 255.

73 ATF 135 V 425, 426, JdT 2010 I 188.

74 Le principe de l'unité du jugement de divorce – qui fondait la pratique rendue sous l'ancien droit international privé - ne fait désormais plus obstacle au complément par les juridictions suisses (ATF 128 III 343, 345, JdT 2003 I 66 ; ATF du 19 octobre 2001, 5C.173/2001, résumé in FamPra.ch 2002, p. 166 ; BUCHER, Art. 64 LDIP N. 1 et 2).

75 BOPP, BSK IPRG, Art. 64 N. 7.

76 BUCHER, Art. 64 LDIP N. 7.

77 BOPP, BSK IPRG, Art. 64 N. 5, 7.

78 ATF du 10 octobre 2001, 5C.173/2001 c. 2b ; BOPP, BSK IPRG, Art. 64 N. 8.

79 Dans le même sens : BUCHER, Art. 64 LDIP N. 14.

80 JAMETTI GREINER, FamKom, Anh. IPR N. 63.

applicable au complément[81]. L'on ne peut plus, alors, parler de lacune ; ce serait contraire à l'interdiction de revoir le jugement au fond (art. 27 al. 3 LDIP).

Pour savoir s'il y a lacune dans le cas d'espèce, il faut examiner le contenu du jugement étranger. La situation est claire lorsqu'il n'est fait aucune mention des avoirs de prévoyance[82]. Elle est plus délicate lorsque le jugement étranger y fait référence, sans procéder toutefois à un partage au sens du droit suisse. Une attestation des institutions de prévoyance concernées doit avoir été produite dans le cadre de la procédure ; une simulation des pensions de retraite des époux effectuée sur la base d'une fiche de salaire ne suffit pas[83]. Selon le Tribunal fédéral, il n'est toutefois pas nécessaire que le juge étranger procède à un partage des avoirs de prévoyance *stricto sensu*[84]. Il peut tenir compte desdits avoirs par le biais d'une institution juridique qui est totalement différente du partage prévu dans le droit applicable au complément[85]. Le fait qu'il y ait, dans le résultat, une grande différence entre le montant octroyé dans le jugement étranger et le montant auquel le créancier aurait pu prétendre en vertu du droit applicable à l'action en complément n'y change rien. Ainsi, dans une affaire française dans le cadre de laquelle le juge avait octroyé à l'épouse une prestation compensatoire de Fr. 160'000, bien que la prestation de sortie accumulée durant le mariage en Suisse se montât à Fr. 600'000, le Tribunal fédéral a refusé le complément[86].

A notre avis, le Tribunal fédéral admet ici trop restrictivement le complément. Il n'est pas suffisant que le juge étranger ait seulement mentionné les avoirs de prévoyance dans son jugement. Le juge suisse doit faire une comparaison attentive de l'institution juridique du droit étranger et de celle prévue dans le droit applicable au complément. Les deux institutions doivent présenter suffisamment de traits communs pour que tout complément soit exclu. Tel n'est pas le cas si l'instrument appliqué par le juge étranger sert un autre but, présente des caractéristiques différentes ou aboutit en règle générale à un résultat qui n'est pas comparable. L'on relèvera d'ailleurs que c'est la voie qui a été suivie par le droit allemand, qui connaît un partage des avoirs de prévoyance comparable à celui du droit suisse et admet le complément – même partiel – d'un jugement étranger ayant pris en compte de manière incomplète les avoirs de prévoyance accumulés en Allemagne[87].

---

81 Dans le même sens : JAMETTI GREINER, FamKom, Anh. IPR N. 63.

82 Sur la question de l'identité d'action, cf. VOGEL/SPÜHLER, p. 214 s.

83 ATF du 1er juin 2011 5A_835/2010.

84 ATF 134 III 661, 664-665, c. 3.3, JdT 2009 I 179.

85 ATF 134 662, 665, JdT 2009 I 179.

86 ATF 134 III 661ss, JdT 2009 I 179 ; cf. à ce propos le commentaire critique de BUCHER, PJA 2009, p. 1 ss.

87 Münchener Kommentar, Art. 17 EGBGB N. 245 ; THORN, PALANDT, Kurz Kommentar, Art. 17 EGBGB N. 26.

La question se pose notamment avec la prestation compensatoire du droit français (art. 270 ss CCfr). Selon les mots du Tribunal fédéral : « La comparaison entre la prestation compensatoire du droit français et le partage du droit suisse montre des différences fondamentales en ce qui concerne le but politico-juridique, la justification de la prétention et l'aménagement de détail ». De par sa nature alimentaire et, dans une certaine mesure, indemnitaire également[88], la prestation compensatoire est plus proche de la contribution d'entretien de l'art. 125 CC. Elle vise ainsi à « compenser autant que possible la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives » des époux, comme l'indique clairement le texte de la loi (art. 270 al. 1 CCfr). Comme la contribution d'entretien du droit suisse, la prestation compensatoire du droit français est fixée en tenant compte des besoins du créancier et des ressources du débiteur (art. 279 al. 2 CCfr.).

Le partage de l'art. 122 CC est différent à bien des égards. Il n'a tout d'abord pas la nature d'une contribution d'entretien, ni même celle des régimes matrimoniaux d'ailleurs[89]. Il vise à accorder à la partie économiquement plus faible un droit au partage par moitié des avoirs de prévoyance accumulés durant le mariage[90]. Le partage est l'expression même de la communauté de destin qui, avec le mariage, se crée entre les conjoints. Il n'est en particulier soumis à aucune condition[91]. Le partage par moitié des expectatives de prévoyance accumulées par l'autre époux durant le mariage vient souvent compenser les lacunes de prévoyance[92] qui se sont formées durant le mariage, mais il n'est pas soumis à une telle condition ; il sera effectué même si les époux n'étaient pas organisés de manière traditionnelle durant le mariage[93] ou s'il n'y a aucun dommage de prévoyance[94]. A la différence d'une contribution d'entretien et en particulier de la prestation compensatoire du droit français[95], le partage du droit suisse n'a pas pour fondement une solidarité post-mariage et ne vise pas à pallier les conséquences économiques du divorce[96]. Il vise à un partage en principe par moitié de ce qui a été accumulé au titre de prévoyance professionnelle durant le mariage.

---

88 MALAURIE/ FULCHIRON, p. 324.

89 Message, du 15 novembre 1995, FF 1996 I 102 ; BAUMANN/LAUTERBURG, FamKomm, Vorbem. zu Art. 122-124 N. 8 ; GEISER, p. 63.

90 BAUMANN/LAUTERBURG, FamKomm, Vorb. zu Art. 122-124 ZGB, N. 1.

91 BAUMANN/LAUTERBURG, FamKomm, Vorb. zu Art. 122-124 ZGB, N. 2.

92 ATF 136 III 449, JdT 2011 II 352 et ATF 136 III 455, JdT 2011 II 276, résumés in LEUBA, Colloque de la FSA 2011, p. 148.

93 ATF 136 III 449, JdT 2011 II 352 et ATF 136 III 455, JdT 2011 II 276, résumés in LEUBA, Colloque de la FSA 2011, p. 148.

94 ATF 136 III 449, JdT 2011 II 352 et ATF 136 III 455, JdT 2011 II 276, résumés in LEUBA, Colloque de la FSA 2011, p. 148.

95 MALAURIE/FULCHIRON, p. 320 ss.

96 BAUMANN/LAUTERBURG, FamKomm, Vorb. zu Art. 122-124 ZGB, N. 14.

Les traits caractéristiques mis en évidence ci-dessus ne sont pas réservés au partage de l'art. 122 CC. Ils sont tout aussi pertinents pour l'indemnité équitable de l'art. 124 CC[97]. Le législateur a conçu cette institution comme un tout, distinct de la contribution d'entretien, comme le montrent les notes marginales. Dans les deux cas, il s'agit bien d'un partage de la prévoyance ; l'indemnité équitable de l'art. 124 CC n'est qu'une modalité de partage, différente de celle de l'art. 122 CC ; elle a les mêmes fondements et vise le même objectif. Dans les deux situations, le partage par moitié des avoirs accumulés durant le mariage est le point de départ du raisonnement du juge et l'on ne peut s'en écarter qu'à des conditions strictes.

Comme on le voit, la prestation compensatoire du droit français est très différente du partage de la prévoyance du droit suisse (art. 122 – 124 CC). Elle ne lui correspond dès lors pas suffisamment pour que l'on puisse exclure une action en complément devant les tribunaux suisses même si le juge français a tenu compte des avoirs situés en Suisse dans le cadre de la fixation de la prestation compensatoire. Le caractère alimentaire et indemnitaire de cette prestation y fait obstacle. Il faut donc, à notre avis, admettre, sur la base du droit suisse, un complément total ou partiel du jugement français devant les juridictions suisses.

La question ne se pose d'ailleurs pas seulement pour la prestation compensatoire du droit français, mais pour tous les ordres juridiques qui ne connaissent pas de partage comparable à celui du droit suisse.

IV. L'avant-projet de révision de décembre 2009

Dans un avant-projet, mis en consultation en décembre 2009, le Département fédéral de justice et police (DFJP) propose de réformer les dispositions relatives au partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce.

L'avant-projet prévoit l'introduction en droit matériel suisse d'un partage des avoirs existant auprès des institutions de prévoyance, non seulement avant mais aussi après la survenance d'un cas de prévoyance (art. 122 al. 1 AP-CC[98] en relation avec les art. 22d et 22e LFLP)[99]. C'est l'une des innovations majeures de l'avant-projet. Le principe d'un partage par moitié s'appliquera aussi aux avoirs non soumis à la LFLP, en particulier aux avoirs accumulés auprès des institutions des organisations internationales ou auprès

97 BAUMANN/LAUTERBURG, FamKomm, Vorb. zu Art. 122-124 ZGB, N. 14.

98 L'article 122 al. 1 AP-CC est mal formulé. Il serait préférable de rédiger cela ainsi : Les prétentions acquises durant le mariage envers une institution de prévoyance professionnelle sont partagées par moitié (partage de la prévoyance).

99 Pour plus de détails, cf. Département fédéral de justice et police, Rapport explicatif de l'avant-projet de modification du Code civil et de différents textes législatifs en matière de partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce, Décembre 2009, p. 10-11.

d'institutions étrangères (art. 122 al. 1 AP-CC). Toutefois, comme aujourd'hui, ils donneront lieu à une indemnisation ; celle-ci prendra la forme d'un capital ou – et c'est nouveau – d'une rente d'entretien[100] (art. 124 al. 2 AP-CC)[101]. Le rapport du DFJP n'est cependant pas très détaillé sur l'application du droit suisse aux situations internationales et c'est dommage. Qu'en est-il par exemple lorsque les époux ont des avoirs tant en Suisse qu'à l'étranger. L'idée est-elle de prévoir, comme aujourd'hui, une indemnisation globale pour l'ensemble des avoirs situés en Suisse et à l'étranger sur la base de l'art. 124 al. 2 AP-CC ou le législateur admettra-t-il désormais l'application conjointe des art. 122 al. 1 respectivement 123 AP-CC, d'une part, pour les avoirs situés en Suisse, et de l'art. 124 al. 2 AP-CC pour les avoirs situés à l'étranger, d'autre part ?

En droit international privé, l'avant-projet propose quelques modifications. Il prévoit tout d'abord de soumettre le divorce exclusivement au droit suisse (art. 61 AP-LDIP). C'est un choix de politique législative qui étonne. Le droit du divorce fait, en effet, l'objet au niveau européen d'efforts importants d'harmonisation qui se sont maintenant traduits par un règlement du Conseil de l'Union européenne, qui entrera en vigueur le 21 juin 2012, règlement qui met en œuvre une coopération renforcée entre 14 Etats dans le domaine de la loi applicable. Les Etats concernés sont notamment l'Allemagne, la France, l'Italie, l'Autriche, le Portugal et l'Espagne. Ce règlement représente une étape importante dans l'harmonisation progressive des droits internes en Europe. Il ne prévoit cependant aucunement d'appliquer exclusivement la loi du for. Il est donc difficile de comprendre la position adoptée par le DFJP sur ce point.

Sur la question du sort des avoirs de prévoyance professionnelle, l'avant-projet n'introduit aucune règle nouvelle. Ce partage restera donc soumis au droit du divorce[102]. Réserver le droit suisse au sort des avoirs de prévoyance en cas de divorce en Suisse est une bonne solution. Comme déjà vu, peu d'Etats connaissent un partage du 2e pilier comparable à celui du droit suisse. Le législateur suisse s'est en effet doté d'un instrument encore fort peu répandu. Il s'agit toutefois d'une institution importante de notre ordre juridique, puisqu'elle contribue à réaliser le principe d'égalité de traitement entre l'homme et la femme, dans un domaine où les femmes sont traditionnellement désavantagées. Cet instrument sera d'ailleurs encore amélioré avec l'avant-projet puisque, désormais, le partage de l'avoir de prévoyance professionnelle interviendra même si un cas de prévoyance est

---

100 La version française du texte utilise de manière erronée les mots « contribution d'entretien » ; c'est la rente qui est ici visée (allemand : Unterhaltsrente ; italien : rendita di mantenimento), le capital étant déjà mentionné.

101 Département fédéral de justice et police, Rapport explicatif p. 16. Le rapport ne mentionne que l'exemple des régimes de retraite. On aurait pu attendre d'autres exemples, notamment celui des avoirs auprès d'institutions étrangères.

102 Département fédéral de justice et police, Rapport explicatif p. 9 et 17.

déjà survenu ! Compte tenu tant de l'importance que du caractère novateur et peu répandu de cette institution de notre ordre juridique, il n'est pas choquant de soumettre exclusivement au droit suisse le partage des avoirs de prévoyance professionnelle sis en Suisse en cas de divorce demandé en Suisse. Le droit allemand, qui connaît une institution juridique comparable, a d'ailleurs, en matière de droit international privé, un régime juridique qui aboutit normalement à l'application du droit allemand au sort des avoirs sis en Allemagne (art. 17 al. 3 EGBGB)[103]. Ce mécanisme éviterait de devoir appliquer aux avoirs situés en Suisse un droit étranger qui ne connaît pas le partage de la prévoyance professionnelle. S'agissant des avoirs situés à l'étranger, le juge suisse devrait pouvoir conserver, quoiqu'il en soit, la possibilité de renvoyer *ad separatum* la question du partage de ces avoirs (comme le prévoit, dans la sphère purement interne, l'art. 283 CPC)[104], c'est-à-dire d'inviter les parties à saisir le juge étranger de l'Etat de ces avoirs. Un tel renvoi peut, à notre avis, être envisagé lorsque le droit applicable au rapport de prévoyance connaît un système de partage comparable à celui du droit suisse et qu'il apparaît plus facile de réaliser celui-ci et d'en obtenir l'exécution dans cet Etat-là. Il est toutefois soumis à la condition que le droit du rapport de prévoyance connaisse l'action en complément et que le règlement *ad separatum* de cette question n'ait pas d'influence sur le sort des autres effets accessoires du divorce.

Si l'avant-projet convainc sur la question du droit applicable au partage des avoirs de prévoyance, il déçoit sur la forme. Il est en effet difficile de comprendre pourquoi le législateur continue de soumettre cet effet accessoire au droit applicable au divorce, par un renvoi de l'art. 63 al. 2 LDIP, plutôt que de lui réserver un régime autonome qui prévoit expressément l'application du droit suisse. L'importance de ces questions pour les époux et les difficultés qu'elles posent en matière de droit international privé exigent une réglementation claire et expresse[105].

Sur la question du complément, l'avant-projet codifie la jurisprudence du Tribunal fédéral en la matière. C'est dommage, car la situation actuelle n'est pas satisfaisante, comme nous l'avons vu, et l'on aurait pu saisir cette occasion pour améliorer les choses. Nous sommes d'avis que le législateur devrait reconnaître l'action en complément partiel lorsque le jugement étranger ne tient pas suffisamment compte des avoirs de prévoyance professionnelle accumulés durant le mariage auprès d'une institution de prévoyance suisse. Espérons que la procédure législative donnera au législateur l'occasion d'aller dans ce sens-là.

---

103 EGBGB = Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch ; THORN, PALANDT, Kurz Kommentar, Art. 17 EGBGB, N. 19-23. Cf. également BUCHER, Art. 63 LDIP N. 28.

104 Cf. *supra* note 58.

105 Dans le même sens : BUCHER, prise de position sur l'avant-projet du DFJP de révision des dispositions relative au partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce, janvier 2010.

L'avant-projet introduit, enfin, un for subsidiaire au siège de l'institution de prévoyance (art. 64 al. 1bis AP-LDIP). A l'heure actuelle, un tel for est déjà admis par la doctrine et c'est une bonne chose de lui donner un ancrage dans la loi. Sont visées ici les situations dans lesquelles aucun tribunal n'est compétent au sens de l'art. 64 al. 1 LDIP pour connaître d'une action en complément de jugement, bien que des avoirs soient situés en Suisse.

V. Conclusion

La situation actuelle n'est pas satisfaisante. Le rattachement de l'art. 61 al. 2 LDIP n'est pas bon. Il conduit à l'application du droit étranger, alors que la plupart des Etats ne connaissent pas le partage de l'avoir de prévoyance professionnelle au moment du divorce. La jurisprudence du Tribunal fédéral a permis de remédier aux conséquences désavantageuses de cette situation, en recourant à l'art. 15 LDIP. Mais cette jurisprudence entraîne l'application (trop) large d'un instrument réservé à des cas exceptionnels ; de plus, elle ne permet pas de répondre adéquatement à toutes les situations comportant des éléments d'extranéité.

La jurisprudence du Tribunal fédéral est injuste. Notre Haute Cour admet trop restrictivement l'application de l'art. 64 LDIP, ne reconnaissant le complément qu'à la condition que le jugement étranger n'ait, en aucune manière, tenu compte des avoirs de prévoyance professionnelle accumulés en Suisse durant le mariage. Or, lorsque le droit étranger ne connaît pas de partage de la prévoyance comparable à celui du droit suisse, mais tient tout de même compte de la prévoyance, de manière très partielle, le résultat est inéquitable pour le conjoint créancier, qui ne peut obtenir de prise en compte complémentaire devant un juge suisse.

L'avant-projet de révision des dispositions relatives au partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce apporte quelques améliorations, notamment en supprimant l'art. 61 al. 2 LDIP pour régler la question du droit applicable au partage de la prévoyance professionnelle et en soumettant cette question exclusivement au droit suisse. Il déçoit toutefois sur la question de l'action en complément, se contentant de codifier la jurisprudence du Tribunal fédéral. Le droit allemand, qui connaît un partage de la prévoyance comparable à celui du droit suisse, admet, lui, l'action en complément partiel. Cela devrait aussi être le cas en droit suisse.

Bibliographie

BERTI Stephen/HONSELL Heinrich/SCHNYDER Anton/VOGT Nedim Peter, Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 2e éd., Bâle 2007 (cité : AUTEUR, BSK IPRG, Art.)

BOHNET François/HALDY Jacques/JEANDIN Nicolas/SCHWEIZER Philippe/ TAPPY Denis, Code de procédure civile commenté, Bâle 2011 (cité : AUTEUR, Art. CPC)

BOPP Lukas/GROLIMUND Pascal, Schweizerischer Vorsorgeausgleich bei ausländischen Scheidungsurteilen, in La pratique du droit de la famille, 2003, p. 497 ss (cité : BOPP/ GROLIMUND, FamPra.ch 2003)

BUCHER Andreas, Commentaire romand : Loi sur le droit international privé, Convention de Lugano, Bâle 2011 (cité : BUCHER, Art. LDIP)

BUCHER Andreas, Le couple en droit international privé, Bâle 2004 (cité : BUCHER, Le couple)

BUCHER Andreas, in Pratique juridique actuelle, n°/2009, p. 1 ss (cité : Bucher, PJA 2009)

BUCHER Andreas, in Revue suisse de droit international et européen, 1999 (cité : BUCHER, RSDIE 1999)

CANDRIAN Daniel, Scheidung und Trennung im internationalen Privatrecht der Schweiz, thèse St. Gallen, St. Gall 1994

DUTOIT Bernard, Droit international privé suisse, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, 5e éd., Bâle 2010 (cité : DUTOIT, Art. LDIP)

GEISER Thomas, Berufliche Vorsorge im neuen Scheidungsrecht, in Hauer, Vom alten zum neuen Scheidungsrecht, Berne 1999

GIRSBERGER Daniel/HEINI Anton/KELLER Max/KREN KOSTKIEWICZ Jolanta/ SIEHR Kurt/VISCHER Frank/VOLKEN Paul, Zürcher Kommentar zum IPRG, 2e éd., Zurich 2004 (cité : AUTEUR, ZK zum IPRG, Art)

LEUBA Audrey, Développements récents en droit de la famille, in Colloque de la FSA 2011 (cité : LEUBA, Colloque de la FSA 2011)

MALAURIE Philippe/FULCHIRON Hugues, La famille, 4e éd., Paris 2011

PALANDT Otto, Beckerlicher Kurz Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, vol. 7, Munich 2012 (cité : AUTEUR, Palandt Kurz Kommentar, Art.)

REBMANN Kurt/SÄCKER Franz-Jürgen, Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Internationales Privatrecht, vol. 10, Munich 2006 (cité : AUTEUR, Münchener Kommentar, Art.)

SCHWANDER Ivo, Anerkennung und Vollstreckbarerklärung ausländischer Scheidungsurteile, in La pratique du droit de la famille, 2009, p. 832 ss (cité : SCHWANDER, FamPra.ch 2009)

SCHWANDER Ivo, Die Anwendung des neuen Scheidungsrechts in internationaler und in intertemporaler Hinsicht, in Pratique juridique actuelle, n°12/1999, p. 1647 ss (cité : SCHWANDER, PJA 1999)

SCHWANDER Ivo, Ehescheidung, IPRG 61 II und III. Ausnahmeklausel, IPRG 15 I. Ordre public. Kognition des Bundesgerichts hinsichtlich des fremden Rechts, OG 43a, in Pratique juridique actuelle, n°1/1996, p. 100 ss (cité : SCHWANDER, PJA 1996)

SCHWENZER Ingeborg, FamKomm Scheidung, Band I: ZGB, 2e éd., Berne 2011 (cité : AUTEUR, FamKomm, Art. ZGB)

SCHWENZER Ingeborg, FamKomm Scheidung, Band II: Anhänge, 2e éd., Berne 2011 (cité : AUTEUR, FamKomm, Anh. Art.)

SUTTER Thomas/FREIBURGHAUS Dieter, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zurich 1999

TRACHSEL Daniel R., Der Vorsorgeausgleich im internationalen Verhältnis, in La pratique du droit de la famille, 2010, p. 241 ss (cité : TRACHSEL, FamPra.ch 2010)

VOGEL Oscar/SPÜHLER Karl, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 8e éd., Berne 2006

VOUILLOZ François, Le partage des prestations de sortie et l'allocation de l'indemnité équitable, in La semaine judiciaire, 2010, vol. II, p. 67 ss