



Master

2024

Open Access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

---

Les enjeux du partage de la prévoyance professionnelle dans le cadre de  
la négociation du divorce et ses impacts sur les inégalités de genre au sein  
de l'ex-couple

---

Grandjean, Valentine Eléa

**How to cite**

GRANDJEAN, Valentine Eléa. Les enjeux du partage de la prévoyance professionnelle dans le cadre de la négociation du divorce et ses impacts sur les inégalités de genre au sein de l'ex-couple. Master, 2024.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:178650>

Travail de mémoire

**Les enjeux du partage de la prévoyance professionnelle dans le cadre de la négociation du divorce et ses impacts sur les inégalités de genre au sein de l'ex-couple**

Professeure : Audrey LEUBA

Assistante : Marion BAQUÉ

Date de reddition : le 8 janvier 2024

Année académique 2023-2024

<b>A.</b>	<b>INTRODUCTION.....</b>	<b>3</b>
<b>B.</b>	<b>DE LA PRÉVOYANCE PROFESSIONNELLE .....</b>	<b>5</b>
<b>C.</b>	<b>DU PARTAGE DE LA PRÉVOYANCE PROFESSIONNELLE DANS LE CADRE DU DIVORCE</b>	<b>8</b>
1.	LA RÈGLE .....	9
2.	LES CAS PARTICULIERS DE L'INVALIDITÉ ET DE LA RETRAITE.....	13
a.	<i>L'invalidité</i> .....	13
b.	<i>La retraite</i> .....	14
<b>D.</b>	<b>DE SON ENJEU DANS LA NÉGOCIATION DE LA CONVENTION DE DIVORCE.....</b>	<b>15</b>
1.	LES EXCEPTIONS AU PARTAGE PAR MOITIÉ .....	15
a.	<i>La marge de manœuvre du juge</i> .....	17
b.	<i>Le choix des parties</i> .....	20
2.	<i>EXCURSUS : L'AVIS DES PRATICIENS</i> .....	22
<b>E.</b>	<b>DE SON IMPACT SUR LES INÉGALITÉS DE GENRE .....</b>	<b>25</b>
1.	SELON LE MODÈLE FAMILIAL .....	25
2.	AU VU DE LA RÉALITÉ DU MARCHÉ DU TRAVAIL.....	27
3.	<i>EXCURSUS : L'AVIS DES PRATICIENS</i> .....	29
<b>F.</b>	<b>CONCLUSION .....</b>	<b>30</b>
<b>G.</b>	<b>BIBLIOGRAPHIE.....</b>	<b>33</b>
<b>H.</b>	<b>LEXIQUE .....</b>	<b>38</b>
<b>I.</b>	<b>ANNEXES .....</b>	<b>39</b>
1.	QUESTIONNAIRE DE BASE .....	39
2.	ENTRETIEN AVEC ME DONATI, AVOCATE .....	40
3.	ENTRETIEN AVEC M. BALMER, MÉDIATEUR.....	44
4.	ENTRETIEN AVEC ME MAULINI, AVOCATE .....	47
5.	ENTRETIEN AVEC ME LA SPADA-ODIER, AVOCATE.....	51

## A. Introduction

« *Je n'ai toujours pas entendu d'hommes demander de conseils sur la manière d'allier le travail et la vie de famille* »<sup>1</sup>. Bien que la société ait fortement évolué en ce qui concerne les droits des femmes ces cinquante dernières années, le domaine familial garde de fortes consonances féminines. La mère et l'épouse sont certes devenues salariées, cheffes d'entreprises, indépendantes et volent de leurs propres ailes mais elles doivent continuer de s'occuper du nid et de veiller sur les petits. Elles ne font pas différemment, elles font plus. Dans le mariage, la répartition des tâches est souvent inégale, d'autant plus si le couple a des enfants : même si les deux parents travaillent, la mère porte le plus souvent la charge mentale de la famille et effectue l'écrasante majorité des tâches ménagères, par choix ou parce que leur conjoint ne le fait pas et, parfois, peut-être, un peu pour ces deux raisons. Probablement à l'origine de quelques frictions durant la vie commune, cette répartition des tâches devient une vive source de conflit au moment du divorce puisque, si elle est prise en compte dans la contribution d'entretien à l'ex-époux (art. 125 CC), elle est entièrement évincée de la question du partage de la prévoyance professionnelle (art. 122 ss CC).

La prévoyance professionnelle est le deuxième pilier de la prévoyance en Suisse. Bien que les premiers syndicats, mettant en place une forme d'assurance professionnelle pour les salariés, aient vu le jour dès la deuxième partie du XIX<sup>e</sup> siècle, elle a été instaurée par la Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle du 25 juin 1982 qui est entrée en vigueur en 1985<sup>2</sup>. Dès lors, la question du partage des prétentions de prévoyance professionnelle dans le divorce s'est posée. Avant la réforme du droit du divorce du 1<sup>er</sup> janvier 2000, le droit à une indemnité pour compenser la perte d'expectatives de prévoyance dépendait fortement de la « faute ». En effet, il fallait déterminer quel conjoint était responsable du divorce. Le droit du divorce de 2000 a introduit le partage par moitié des prestations de sortie acquises durant le mariage et le versement d'une indemnité équitable dans les cas où le partage s'avérait impossible<sup>3</sup>.

Cette réglementation, qui était déjà un progrès, a fait l'objet de fortes critiques, notamment de la doctrine et du Parlement. Cette solution défavorisait les femmes qui avaient assumé toutes les tâches familiales et n'avaient pas pu se constituer une prévoyance professionnelle adéquate mais surtout celles qu'on appelait les « veuves divorcées » qui voyaient leur droit à une indemnité, sous forme de rente, enterré en même temps que leur ex-époux et qui se retrouvaient, ainsi, sans moyen de subsistance<sup>4</sup>. Nombreux étaient les auteurs qui demandaient un système légal plus simple et plus souple. En effet, les tribunaux et les parties n'avaient qu'une petite marge de manœuvre et l'insécurité juridique quant au montant qui

---

<sup>1</sup> Gloria STEINEM, journaliste américaine et féministe.

<sup>2</sup> GNAEGI, p. 79 et 80 ; DUPONT, *Réflexions décousues*, p. 115.

<sup>3</sup> CR CC I-PICHONNAZ, art. 122 CC, N 10.

<sup>4</sup> LEUBA, p. 4 ; RUMO-JUNGO, p. 27.

allait être perçu régnait. Par ailleurs, le fait que les prétentions de prévoyance professionnelle ne puissent faire l'objet d'un partage lorsqu'une éventualité (vieillesse ou invalidité) s'était réalisée pour l'un des époux était fortement décrié. Enfin, on critiquait le fait que la date retenue pour arrêter le calcul des prestations de sortie était celle du jugement de divorce, ce qui entraînait des erreurs et des incertitudes et poussait les parties à faire traîner les procédures de divorce en longueur car, plus la procédure était longue, plus la prestation de sortie était élevée<sup>5</sup>.

Le nouveau droit de la prévoyance professionnelle, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2017, a pris en compte ces critiques. Depuis, il est possible de partager la rente d'un époux retraité (art. 124a CC), au même titre que la prestation de sortie (hypothétique) d'un époux invalide (art. 124 CC). De plus, les versements se font dans la plupart des cas sous forme liée, ce qui signifie que l'argent qui est versé dans le cadre du partage reste affecté à un but de prévoyance. Le moment déterminant pour arrêter le calcul des avoirs de prévoyance professionnelle est désormais l'introduction de la demande de divorce (art. 114 CC), qui s'avère être aussi le moment déterminant pour la dissolution et la liquidation du régime matrimonial (art. 204 al. 2 CC). Enfin, le nouveau droit n'impose plus la garantie d'une prévoyance « équivalente » mais celle d'une prévoyance « adéquate », qui est une notion moins étroite et qui doit ainsi laisser une plus grande liberté tant aux parties qu'au juge lorsqu'ils s'écartent du partage par moitié.

Cela fait maintenant sept ans que le nouveau droit est entré en vigueur, ce qui nous permet d'avoir un peu plus de recul sur la question du partage de la prévoyance professionnelle dans le cadre du divorce. Nous avons décidé de nous interroger en particulier, au vu des modifications précédemment énumérées, sur les enjeux du partage de la prévoyance professionnelle dans le cadre de la négociation du divorce et sur son impact sur les inégalités de genre. Pour ce faire, nous exposerons brièvement le système suisse des assurances sociales afin de situer la prévoyance professionnelle dans son contexte et expliquerons, dans les grandes lignes, son but et son fonctionnement (B.). Nous détaillerons ensuite le sort que le législateur a réservé à la prévoyance professionnelle dans le divorce (C.), avec la règle du partage par moitié (C. 1.) et les particularités de l'invalidité (C. 2. a.) et de la retraite (C. 2. b.). Dans un deuxième temps, nous nous pencherons sur le rôle du partage de la prévoyance professionnelle dans la négociation de la convention sur les effets accessoires du divorce (D.), en examinant les exceptions au partage par moitié (D. 1.), par le juge (D. 1. a.) et par les parties (D. 1. b.). Dans ce cadre, nous analyserons l'avis des praticiens sur la force de négociation du partage de la prévoyance professionnelle dans le divorce (D. 2.). Ensuite, nous nous interrogerons sur l'impact du partage des avoirs de prévoyance professionnelle sur les inégalités de genre, en fonction du modèle familial (E. 1.) et au vu de la réalité

---

<sup>5</sup> CR CC I-PICHONNAZ, art. 122 CC, N 12 et 13.

du marché du travail actuel (E. 2.). Enfin, avant de conclure (F.), nous nous intéresserons à l'avis des praticiens sur la question de son impact sur les inégalités de genre au sein de l'ex-couple (E. 3.)<sup>6</sup>.

## B. De la prévoyance professionnelle

L'art. 111 Cst. impose à la Confédération d'assurer une prévoyance vieillesse, survivants et invalidité suffisante et fait reposer cette prévoyance sur trois piliers. L'assurance-vieillesse et survivants (AVS) et l'assurance-invalidité (AI) constituent le premier pilier, la prévoyance professionnelle le second et, enfin, la prévoyance individuelle constitue le troisième pilier. Chaque pilier concerne un cercle d'assurés différent et peut être obligatoire ou facultatif. En effet, alors que le premier pilier (AVS/AI) est obligatoire et concerne toute personne résidant ou travaillant en Suisse (art. 1a al. 1 let. a et b LAVS)<sup>7</sup> et que la prévoyance individuelle est purement facultative, la prévoyance professionnelle n'est obligatoire que pour certains travailleurs salariés<sup>8</sup>.

Si on divise la prévoyance en trois piliers, c'est parce qu'ils n'ont pas les mêmes buts. Tandis que les assurances AVS/AI sont supposées couvrir les besoins vitaux (art. 112 al. 2 let. b Cst.), la prévoyance professionnelle a pour vocation de permettre le maintien du niveau de vie antérieur (art. 113 al. 2 let. a Cst. *cum* art. 1 al. 1 LPP)<sup>9</sup>. La prévoyance individuelle est un peu la cerise sur le gâteau, en ce sens qu'elle permet, en théorie, d'améliorer son niveau de vie. Elle relève uniquement de la volonté de l'assuré car il n'y a aucune obligation légale, contrairement à ce qui prévaut pour l'AVS/AI et à la prévoyance professionnelle, de se constituer une épargne privée. De manière générale, on distingue les troisièmes piliers A, qui constituent une épargne liée avec des privilèges fiscaux, et les troisièmes piliers B qui s'avèrent être une simple épargne que l'assuré est libre d'utiliser<sup>10</sup>. Pour les besoins de ce travail, nous nous concentrerons sur la prévoyance professionnelle obligatoire et ne décrirons que les grandes lignes de son fonctionnement.

La prévoyance professionnelle obligatoire est régie par la LPP, la LFLP et par leurs différentes ordonnances d'application<sup>11</sup>. La prévoyance professionnelle surobligatoire, elle, est avant tout régie par les règlements des institutions de prévoyance qui jouissent d'une grande liberté (art. 49 LPP)<sup>12</sup>.

---

<sup>6</sup> Pour les besoins de ce travail, nous nous concentrerons sur les divorces de personnes de genres opposés. Il est également lieu de préciser que tous les termes utilisés au masculin (le juge, l'avocat, l'époux, etc.) s'entendent également au féminin.

<sup>7</sup> Le cercle de personnes assurées est plus complexe mais, pour les besoins de ce travail, nous nous arrêterons aux personnes domiciliées ou travaillant en Suisse.

<sup>8</sup> CR CC I-PICHONNAZ, art. 122 CC, N 3.

<sup>9</sup> GREBER/MOLO, N 4.

<sup>10</sup> GEISER, 3<sup>e</sup> piliers, p. 146 et 147.

<sup>11</sup> Cf. not. OLP, OPP 2, OEPL ; LAFFELY MAILLARD, p. 190 ; GREBER/MOLO, N 2.

<sup>12</sup> GREBER/MOLO, N 9 et 12.

Comme nous l'avons déjà noté ci-dessus, la prévoyance professionnelle concerne avant tout les salariés, bien que les travailleurs indépendants puissent se constituer un deuxième pilier sur une base volontaire (art. 44 al. 1 LPP)<sup>13</sup>. En effet, les salariés âgés de plus de 17 ans sont obligatoirement assurés s'ils sont soumis au régime de l'AVS/AI, soit s'ils ont leur domicile en Suisse ou travaillent en Suisse (art. 1a al. 1 let. a et b LAVS). Il faut également que leur salaire annuel atteigne le montant minimal (art. 3a OPP 2), soit CHF 22'050.- (depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2023), auprès d'un même employeur (art. 2 al. 1 LPP). De plus, les rapports de travail doivent durer au moins trois mois (art. 1j al. 1 let. b OPP 2). Seule la partie du salaire comprise entre CHF 25'725.- et CHF 88'200.- est assurée : il s'agit du salaire coordonné (art. 8 LPP *cum* art. 5 OPP 2). La différence entre le salaire minimal pour être assuré et la limite inférieure du salaire coordonné, soit CHF 3'675.-, est appelée déduction de coordination. Si le salaire assuré est inférieur à la déduction de coordination, il est arrondi à cette somme. Les employés sont assurés auprès d'une institution de prévoyance par le biais de leur employeur, qui a l'obligation de s'affilier (art. 11 al. 1 LPP). Toutefois, si l'employeur faillit à son obligation, l'institution de prévoyance supplétive verse les prestations qui sont dues à l'employé dans l'hypothèse où un cas de prévoyance se produit<sup>14</sup>. Les cotisations sont financées paritairement par l'employé et l'employeur<sup>15</sup>. Il faut ici souligner que ce système défavorise considérablement les personnes travaillant à temps partiel et celles qui cumulent plusieurs emplois car elles atteignent difficilement le salaire minimum de CHF 22'050.-<sup>16</sup>.

Les éventualités assurées par la prévoyance professionnelle sont la vieillesse, l'invalidité et le décès. Il s'agit des mêmes éventualités assurées par le premier pilier, toujours dans l'idée que la prévoyance professionnelle doit compléter les prestations de l'AVS/AI afin de permettre à l'assuré de maintenir son niveau de vie antérieur<sup>17</sup>. Le « risque » de la vieillesse correspond en réalité à l'arrivée à l'âge de la retraite, soit 65 ans (art. 13 al. 1 LPP *cum* art. 21 al. 1 LAVS). La notion d'invalidité se fonde sur les art. 7 et 8 LPG (art. 4 et 5 LAI) et la prévoyance professionnelle (art. 23 et 26 al. 1 LPP) renvoie au régime de l'AI (art. 4 et 29 LAI)<sup>18</sup>. Des prestations de la prévoyance professionnelle seront versées en sus de celles de l'AI seulement si l'incapacité de travail qui a mené à l'invalidité est survenue alors que la personne était assurée au sens de la LPP (art. 23 let. a LPP *cum* art. 28 ss LAI). À l'inverse, il est possible que l'assuré n'ait pas droit à une rente de l'AI (invalidité à moins de 40%, au sens de l'art. 28 al. 1 let. b LAI) mais que son institution de prévoyance lui verse une rente – dans le régime de la prévoyance surobligatoire (art. 49 LPP)<sup>19</sup>. Enfin, l'éventualité « survivants » concerne les proches de l'assuré, notamment son conjoint, son partenaire enregistré et ses enfants. Ce sont eux qui toucheront une rente

---

<sup>13</sup> GREBER/MOLO, N 16.

<sup>14</sup> GREBER/MOLO, N 21 ss.

<sup>15</sup> GUILLOD/BURGAT, N 724 ; CR CC I-PICHONNAZ, art. 122 CC, N 2.

<sup>16</sup> DUPONT, Réflexions décousues, p. 129.

<sup>17</sup> GREBER/MOLO, N 29.

<sup>18</sup> LEUBA/MEIER/PAPAUX VAN DELDEN, N 389.

<sup>19</sup> CR CC I-PICHONNAZ, art. 124 CC, N 6 ; LEUBA/MEIER/PAPAUX VAN DELDEN, N 39.

de veuf/veuve ou une rente d'orphelin si l'assuré décède. Notons que l'institution de prévoyance peut élargir le cercle des bénéficiaires dans son règlement (art. 19 ss LPP).

En somme, si les conditions légales sont remplies, lorsque l'assuré atteint ses 65 ans, devient invalide ou décède, l'institution de prévoyance verse des rentes à l'assuré ou à ses proches, en principe en complément des prestations versées par l'AVS/AI. Ces rentes sont calculées sur la base de l'avoir vieillesse qui comprend les avoirs accumulés durant la vie professionnelle de l'assuré, augmentés des intérêts (1% annuel depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2017, 1,25% dès le 1<sup>er</sup> janvier 2024, au sens de l'art. 12 OPP 2) et des bonifications de vieillesse, qui correspondent à un pourcentage du salaire coordonné en fonction de l'âge de l'assuré (art. 16 LPP). Cet avoir vieillesse est converti, au moyen d'un taux de conversion fixé dans le règlement de l'institution de prévoyance, en rente. Le taux de conversion minimal est de 6,8% pour la rente de vieillesse (art. 14 al. 2 LPP). En pratique, les institutions de prévoyance prévoient dans leur règlement ou leur plan de prévoyance le montant des prestations et des cotisations, dans le respect du cadre légal<sup>20</sup>.

Précisons encore que le régime de la prévoyance professionnelle prévoit certains aménagements particuliers comme la possibilité de rachats (art. 79b LPP), de versements anticipés pour acquérir un logement (art. 30a ss LPP *cum* OEPL) ou de paiements en espèces, notamment pour créer une entreprise (art. 5 al. 1 let. b LFLP).

Le rachat vise à combler des lacunes de prévoyance : l'assuré peut, à certaines conditions légales et réglementaires (art. 79b LPP), verser une cotisation extraordinaire pour combler des lacunes passées ou à venir, en cas de retraite anticipée par exemple<sup>21</sup>.

L'assuré a également la possibilité de demander à l'institution de prévoyance un versement anticipé pour acheter un bien immobilier pour ses besoins propres : il doit prouver que les conditions spécifiques y relatives, que nous n'explicitons pas dans ce travail, sont remplies (art. 30a ss LPP *cum* OEPL). Précisons simplement qu'il ne peut s'agir d'une résidence secondaire mais exclusivement de son domicile<sup>22</sup>. L'institution de prévoyance ne verse pas la somme à l'assuré mais directement au vendeur, au constructeur ou au prêteur afin de s'assurer que l'argent sera bien affecté à un but de prévoyance, soit la propriété du logement<sup>23</sup>. Si le logement est vendu ou aliéné de toute autre manière et qu'il ne remplit plus une fonction de prévoyance, la somme doit être remboursée à l'institution de prévoyance (art. 30d

---

<sup>20</sup> GREBER/MOLO, N 48.

<sup>21</sup> KoSS-SCHNEIDER/MERLINO/MANGE, art. 79b BVG, N 9 et 10.

<sup>22</sup> VUILLEUMIER, p. 466.

<sup>23</sup> KoSS-STAUFFER, art. 30c BVG, N 1 ss et 16 ss.

al. 1 let. a et b et art. 30e LPP) : l'argent est contrôlé et ne peut donc, théoriquement, jamais sortir du circuit de la prévoyance professionnelle.

Pour ce qui est du paiement en espèces pour la fondation d'une entreprise, le contrôle est moindre : si l'assuré doit fournir des pièces qui prouvent la création de sa propre entreprise, la qualité et la viabilité de son projet ne sont pas examinées, à l'instar de l'utilisation effective du capital qu'il reçoit<sup>24</sup>. En conséquence, l'assuré dont l'entreprise fait faillite se retrouvera, *a priori*, sans revenu et sans prévoyance professionnelle.

Il faut encore préciser que, lorsque l'assuré qui demande un versement anticipé ou un paiement en espèces est marié, il doit obtenir le consentement écrit de son conjoint (art. 30c al. 5 LPP et art. 5 al. 2 LFLP). Il s'agit là d'une nouveauté du droit de la prévoyance professionnelle de 2017. L'ancien droit ne prévoyait pas le consentement du conjoint pour les versements qui péjoraient la qualité de la prévoyance professionnelle, ce qui faisait l'objet de fortes critiques<sup>25</sup>.

Dans le cadre du divorce, les trois piliers de la prévoyance sont soumis à des régimes différents. En effet, tandis que la prévoyance professionnelle fait l'objet d'une réglementation spécifique aux art. 122 ss CC, les éventuels troisièmes piliers sont « partagés » dans la liquidation du régime matrimonial<sup>26</sup>. Concernant l'AVS/AI, les revenus des époux acquis durant le mariage sont répartis par moitié lors du divorce (art. 29<sup>quinquies</sup> al. 3 let. c LAVS) : cette mesure s'appelle le *splitting* et a pour vocation, comme le partage des avoirs de prévoyance professionnelle, d'assurer l'égalité entre les hommes et les femmes<sup>27</sup>. Pour les besoins de notre travail, nous nous concentrerons sur le sort de la prévoyance professionnelle mais il est important de garder à l'esprit que toute la prévoyance, soit les trois piliers susmentionnés, est impactée par le divorce.

## C. Du partage de la prévoyance professionnelle dans le cadre du divorce

L'art. 122 CC pose le principe du partage des prétentions de prévoyance professionnelle acquises entre le mariage et l'introduction de la demande de divorce. Toutefois, lorsque des époux divorcent, il faut avant tout faire la différence entre les situations dans lesquelles aucun cas de prévoyance n'est réalisé (art. 123 CC) (C. 1.), c'est-à-dire qu'aucun des époux n'est invalide ou n'a atteint l'âge de la retraite, et les cas dans lesquels un cas de prévoyance s'est réalisé chez l'un des époux, voire chez les deux époux.

---

<sup>24</sup> KoSS-GEISER/SENTI, art. 5 FZG, N 43 ss.

<sup>25</sup> LEUBA, p. 6 ; GRÜTTER/VETTERLI, p. 230.

<sup>26</sup> LAFFELY MAILLARD, p. 200 et 201 ; CR CC I-PICHONNAZ, art. 122 CC, N 7.

<sup>27</sup> DUPONT, Divorce et assurances sociales, p. 43 ; CR CC I-PICHONNAZ, art. 122 CC, N 6 ; CR CC I-PICHONNAZ, art. 123 CC, N 4 ; FF 2013 4341, 4359.

Dans cette seconde hypothèse, on règle encore différemment les situations dans lesquelles un époux a atteint l'âge de la retraite (art. 124a CC) (C. 2. b.) de celles dans lesquelles les époux sont âgés de moins de 65 ans (art. 124 CC) (C. 2. a.)<sup>28</sup>. En effet, lorsqu'un cas de prévoyance est réalisé, les prétentions de prévoyance ne peuvent être « simplement » partagées car les avoirs sont entamés par la rente invalidité ou la rente vieillesse. Par ailleurs, même si la règle est le partage par moitié des prétentions de prévoyance, des exceptions sont possibles : tant les parties que le juge peuvent décider de s'écarter de cette règle pour renoncer entièrement au partage ou choisir une clé de répartition différente.

## 1. La règle

Prenons, pour commencer, le cas simple dans lequel aucun cas de prévoyance (invalidité ou vieillesse) ne s'est réalisé pour aucun des deux époux. Lors du divorce, au sens de l'art. 123 al. 1 CC, les prétentions de prévoyance professionnelles, soit les prestations de sortie, les avoirs de libre passage, tous deux augmentés des intérêts, et les versements anticipés pour la propriété au logement, doivent être partagés par moitié entre les époux.

La prestation de sortie est la somme qui serait due à l'assuré s'il quittait l'institution de prévoyance (en raison d'un changement d'institution de prévoyance, car les conditions légales ne sont plus remplies<sup>29</sup> ou pour tout autre cas de libre passage) (art. 2 al. 1 LFLP). En cas de divorce, seuls les avoirs accumulés durant la vie commune doivent être partagés. En effet, le but de la loi est de partager uniquement la prévoyance professionnelle acquise durant le mariage, notamment du fait de la répartition des tâches au sein du couple (art. 163 ss CC). La somme à partager correspond donc à la soustraction aux avoirs accumulés au jour de l'introduction de la procédure de divorce des avoirs au jour du mariage : l'art. 123 al. 3 CC renvoie aux art. 15 à 17 et 22a ss LFLP qui précisent quelles sommes sont prises en compte dans les calculs<sup>30</sup>. Ces calculs sont effectués par l'institution de prévoyance : elle a l'obligation de renseigner les parties et le juge sur les montants des prestations de sortie au moment du mariage et au moment de l'introduction de la demande de divorce (art. 24 al. 2 et 3 LFLP). Lorsqu'un assuré se marie, l'employeur doit en informer l'institution de prévoyance qui calcule sa prestation de sortie au jour du mariage : cette donnée doit être transmise à une éventuelle nouvelle institution de prévoyance ou à l'institution supplétive (art. 1 al. 3 OLP *cum* art. 2 al. 1 OLP et art. 24 al. 2 phr. 2 LFLP)<sup>31</sup>. Ce système ne vaut que pour les mariages conclus après le 1<sup>er</sup> janvier 1995, date de l'entrée en vigueur de l'OLP. Pour calculer la prestation de sortie des assurés qui se sont mariés avant cette date, on utilise les tableaux établis par le Département fédéral de l'intérieur (art. 22b LFLP). Nous n'analyserons pas cette dernière méthode dans le cadre de notre travail.

---

<sup>28</sup> GUILLOD/BURGAT, N 730.

<sup>29</sup> Cf. *supra* B.

<sup>30</sup> STAUFFER, N 1658.

<sup>31</sup> CR CC-I PICHONNAZ, art. 123 CC, N 10 et 11.

À ce montant s'ajoutent les avoirs de libre passage, c'est-à-dire les avoirs de prévoyance professionnelle d'un assuré qui n'est momentanément ou durablement plus affilié à une institution de prévoyance car il ne remplit plus les conditions légales d'assujettissement à la LPP vues ci-dessus. Ces avoirs gardent une fonction de prévoyance et constituent des avoirs de libre passage. Précisons encore qu'il se peut qu'un assuré possède des comptes (ou polices) de libre passage dans plusieurs institutions de prévoyance : il faut ainsi vérifier que tous les avoirs sont pris en compte dans le calcul<sup>32</sup>. Ce dernier est ensuite similaire à celui de la prestation de sortie : on soustrait aux avoirs de libre passage au moment de l'introduction de la demande de divorce les avoirs de libre passage au jour du mariage (art. 22a al. 1 LFLP).

Par ailleurs, les sommes qui sont confiées aux institutions de prévoyance sont créditées d'intérêts (art. 12 OPP2). Ces intérêts doivent également être pris en compte dans le partage ou, plutôt, être exclus du partage afin que les intérêts portés par les avoirs accumulés avant le mariage ne profitent qu'à l'assuré. Il faut ainsi soustraire au résultat précédent les intérêts dus au jour de l'introduction de la demande de divorce (art. 22a al. 1 LFLP)<sup>33</sup>.

La loi précise encore que les versements anticipés pour l'acquisition de la propriété au logement sont également partagés (art. 123 al. 1 CC et art. 22a al. 1 LFLP). Comme expliqué ci-dessus<sup>34</sup>, il est possible de demander un versement anticipé à l'institution de prévoyance pour acheter un bien immobilier pour besoins propres. Le logement assure une fonction de prévoyance<sup>35</sup>, sa valeur doit donc être prise en compte au même titre que les avoirs de libre passage dans le partage des prétentions de prévoyance tant qu'aucune éventualité assurée ne s'est réalisée. Si un cas de prévoyance est survenu, le versement anticipé pour l'encouragement à la propriété du logement est considéré comme un paiement en espèces, réglé dans la liquidation du régime matrimonial (art. 197 al. 2 ch. 2 cum art. 207 al. 2 CC) et seule une indemnité équitable, au sens de l'art. 124e CC, reste envisageable<sup>36</sup>. Lorsqu'aucun cas de prévoyance n'est réalisé, il faut garder à l'esprit que, bien que le versement anticipé soit traité comme des avoirs de libre passage, il ne porte aucun intérêt puisqu'il n'est plus entre les mains de l'institution de prévoyance : cette lacune d'intérêts n'est supportée proportionnellement par les deux conjoints que si le versement est intervenu après le mariage, avec le consentement du conjoint (art. 30c al. 5 LPP). Il en va de même si l'immeuble perd de la valeur (art. 22a al. 3 LFLP). En revanche, s'il prend de la valeur, la plus-value est répartie entre les époux dans le cadre de la liquidation du régime matrimonial (art. 206 CC).

---

<sup>32</sup> CR CC I-PICHONNAZ, art. 123 CC, N 12 ss.

<sup>33</sup> CR CC I- PICHONNAZ, art. 123 CC, N 36.

<sup>34</sup> Cf. *supra* B.

<sup>35</sup> VUILLEUMIER, p. 467 ; FF 2013 4341, 4388 ; ATF 135 V 436, 440 (consid. 3.3).

<sup>36</sup> CR CC I-PICHONNAZ, art. 123 CC, N 16 ss.

Concernant les rachats, il faut d'abord préciser que seuls les rachats effectués durant le mariage et par un versement unique sont déterminants dans le calcul des prétentions de prévoyance à partager, à l'exclusion des versements de primes supplémentaires en sus des cotisations<sup>37</sup>. Ensuite, il faut distinguer les rachats au moyen de biens propres, qui sont exclus du partage, à l'instar des intérêts portés par le rachat, des rachats au moyen d'acquêts qui, eux, sont pris en compte dans le calcul de la prestation de sortie à partager (art. 123 al. 2 CC *cum* art. 22a al. 2 LFLP) et ce, indépendamment du régime matrimonial auquel sont soumis les époux. En effet, ce qui est déterminant est le fait que les fonds qui ont financé le rachat soient des biens qui auraient été considérés comme des biens propres légaux dans le régime de la participation aux acquêts (art. 198 CC)<sup>38</sup>.

Enfin, l'art. 22a al. 1 *in fine* LFLP précise que les versements en capital et les paiements en espèces (notamment lorsque l'un des conjoints se met à son compte<sup>39</sup>) ne sont pas partagés. Comme nous l'avons souligné ci-dessus, le paiement en espèces de la prestation de sortie pour l'établissement d'une entreprise sort du circuit de la prévoyance. Bien que le conjoint doive donner son accord (art. 5 al. 2 LFLP), il s'expose à un risque considérable puisque, certes, une indemnité en capital pourrait être versée (art. 124e CC) mais uniquement à condition qu'un capital soit effectivement disponible, ce qui est peu probable si l'entreprise du conjoint a fait faillite ou s'il est endetté.

Si nous résumons ce système à une équation mathématique, nous pouvons écrire :

(prestation de sortie au jour de l'introduction de la demande de divorce + avoirs de libre passage au jour de l'introduction de la demande de divorce + éventuels versements anticipés pour l'encouragement à la propriété au logement)	—	(prestation de sortie au moment du mariage + avoirs de libre passage au moment du mariage + intérêts dus au jour de l'introduction de la demande de divorce + éventuels rachats au moyen de biens propres légaux + éventuels paiements en espèces)	=	Montant à partager
---	---	--	---	--------------------

Nous pouvons encore souligner dans ce cadre la date retenue pour arrêter le calcul des avoirs accumulés durant le mariage. Comme nous l'avons déjà précisé précédemment, c'est désormais la date d'introduction de la demande de divorce qui est retenue pour le calcul des prétentions à partager et non plus la date du jugement de divorce (art. 122 CC)<sup>40</sup>. Cette solution est nettement plus juste car elle arrête le montant des avoirs au moment où l'époux, ou les époux, expriment le désir de se séparer mais aussi car elle n'incite plus les parties à faire traîner en longueur les procédures pour gagner plus d'argent<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> CR CC I-PICHONNAZ, art. 123 CC, N 28.

<sup>38</sup> CR CC I-PICHONNAZ, art. 123 CC, N 28 et 30 ss.

<sup>39</sup> Cf. *supra* B.

<sup>40</sup> CR CC I-PICHONNAZ, art. 122 CC, N 38 ; STAUFFER, N 1661.

<sup>41</sup> FF 2013 4341, 4359 ; ATF 145 III 169, 172 (consid. 3.4), JdT 2021 II 127.

Bien qu'il soit possible de « choisir » une date antérieure au moment du dépôt de la requête, en cas d'accord complet ou d'accord partiel comprenant la question de la prévoyance professionnelle, la marge de manœuvre des parties reste très mince. La date retenue ne doit pas être trop éloignée du dépôt effectif de la requête selon la doctrine, qui retient un maximum de trois mois<sup>42</sup>. Toutefois, il est des cas dans lesquels cette marge de manœuvre est insuffisante. On pense notamment aux couples qui divorcent après de nombreuses années de séparation mais, à tout le moins, après deux ans, faute d'accord sur le principe du divorce (art. 114 CC).

À ce sujet, il est ressorti de nos discussions avec les praticiens, lorsque nous leur avons demandé ce qu'ils pensaient de l'idée de retenir la date de la séparation de fait comme date déterminante, des avis très divergents qu'il paraît pertinent d'aborder d'ores et déjà ici. Me DONATI serait tout à fait favorable à une telle solution : les parties savent, dès leur séparation, qu'elles travaillent pour leur propre avenir. De plus, elle pense que cela pourrait encourager le conjoint qui ne travaille pas, ou qui travaille moins, à reprendre plus rapidement une activité professionnelle qui lui sera dans tous les cas imputée sous forme de revenu hypothétique dans le cadre de la procédure de divorce (contribution d'entretien : art. 125 ss CC et 285 ss CC). En revanche, Me MAULINI n'est pas favorable à une telle modification : la loi actuelle protège l'époux économiquement plus faible, soit la femme dans l'écrasante majorité des cas, et réduire son droit au partage de la prévoyance professionnelle ne paraîtrait pas juste. Les contributions d'entretien à l'ex-époux sont de plus en plus maigres, voire inexistantes, et on demande au conjoint qui s'occupait du ménage et des enfants de reprendre une activité professionnelle très rapidement. Le mécanisme du partage de la prévoyance professionnelle permet de rééquilibrer un peu la balance mais ne garantit pas l'égalité hommes-femmes. Selon elle, une telle solution serait effectivement plus juste dans une société idéale. Enfin, Me LA SPADA-ODIER est plus partagée : elle explique que, dans sa pratique, c'est le plus souvent la date du début des négociations qui est retenue. Elle pense que cette question doit être examinée au cas par cas à l'aune des situations financières des parties, de leurs fortunes respectives, ainsi que de la répartition des tâches durant la vie commune (ce qui n'est actuellement pas le cas)<sup>43</sup>. En somme, la solution du droit de la prévoyance professionnelle de 2017 est certes plus satisfaisante que celle retenue par le droit du divorce de 2000 en ce sens qu'elle retient une date connue et permet de faire des calculs plus précis mais elle contient tout de même quelques écueils.

Enfin, nous ne nous attarderons pas sur la question de l'exécution du partage mais il convient toutefois de préciser que les créances sont compensées entre elles (art. 124c al. 1 CC) si elles sont de même nature (prestations de sortie, rente viagère) et sont ensuite versées à l'institution de prévoyance ou de libre

---

<sup>42</sup> CR CC I-PICHONNAZ, art. 122 CC, N 41.

<sup>43</sup> Cf. *supra* D. 1. a.

passage (art. 3 à 5 LFLP sur renvoi de l'art. 22 al. 1 LFLP), sous la forme d'une prestation de libre passage, et restent ainsi affectées à un but de prévoyance<sup>44</sup>.

## 2. Les cas particuliers de l'invalidité et de la retraite

Comme nous l'avons déjà mentionné précédemment, lorsque l'un des époux, voire les deux époux, sont invalides ou ont atteint l'âge de la retraite, le partage de la prévoyance professionnelle n'est plus régi par les mêmes règles car les avoirs sont « entamés » par la rente versée pour l'éventualité réalisée. La loi prévoit des modalités de calcul différentes pour chaque situation même si le principe du partage, *a priori* par moitié, reste applicable (sauf exceptions : art. 124b CC)<sup>45</sup>.

### a. L'invalidité

Dans l'hypothèse où l'un des époux est invalide mais n'a pas atteint l'âge de la retraite, l'art. 124 al. 1 CC prévoit le partage de la prestation de sortie hypothétique (art. 2 al. 1<sup>er</sup> LFLP) selon les modalités de l'art. 123 CC (art. 124 al. 2 CC). L'époux invalide doit avoir le droit à une rente de la prévoyance professionnelle et donc être assuré au moment de l'incapacité de travail qui a causé l'invalidité : le fait qu'il soit ou non bénéficiaire d'une rente de l'AI n'est pas déterminant. C'est bien le droit à la rente, et non l'invalidité, au moment de l'introduction de la procédure de divorce qui est déterminant pour l'application de l'art. 124 CC<sup>46</sup>. En somme, si l'un des époux a droit à une rente d'invalide de la prévoyance professionnelle, le partage se fait selon les modalités de l'art. 123 CC<sup>47</sup> mais la base du calcul est la prestation de sortie hypothétique, soit les avoirs de prévoyance auxquels l'assuré aurait droit à l'arrivée à la retraite s'il n'était plus invalide<sup>48</sup>. Toutefois, il faut préciser que les versements anticipés pour l'encouragement à la propriété au logement ne sont pas pris en compte dans cette hypothèse (art. 30c al. 6 LPP *a contrario*). En effet, comme un cas de prévoyance est réalisé, le versement anticipé est considéré comme un paiement en espèces et est ainsi sorti du circuit de la prévoyance<sup>49</sup>. Ce montant doit être pris en compte dans la liquidation du régime matrimonial. Si ce n'est pas possible, une indemnité équitable au sens de l'art. 124e CC est envisageable<sup>50</sup>. Enfin, soulignons encore que, lorsque la prestation de sortie hypothétique est partagée dans le cadre du divorce, l'ex-conjoint invalide aura des chances de voir sa rente de prévoyance professionnelle diminuer (art. 19 OPP2)<sup>51</sup>, notamment dans les cas où le conjoint invalide est aussi le conjoint économiquement fort<sup>52</sup>. Concernant l'exécution du

---

<sup>44</sup> CR CC I-PICHONNAZ, art. 123 CC, N 39 ; GEISER, *Scheidung*, p. 1373.

<sup>45</sup> Cf. *infra* D. 1.

<sup>46</sup> CR CC I-PICHONNAZ, art. 124 CC, N 5 ss ; LEUBA/UDRY, p. 7 ; CARDINAUX, p. 120

<sup>47</sup> Cf. *supra* C. 1.

<sup>48</sup> DUPONT, *Les nouvelles règles*, N 31 ss ; CR CC I-PICHONNAZ, art. 124 CC, N 4 et 23.

<sup>49</sup> Cf. *supra* C. 1. ; DUPONT, *Les nouvelles règles*, N 36 ; LEUBA/UDRY, p. 6.

<sup>50</sup> LEUBA/UDRY, p. 6.

<sup>51</sup> Pour plus de détails sur la réduction de la rente après le partage de la prévoyance professionnelle, cf. *Commentaire de l'OFAS*, p. 7 à 9.

<sup>52</sup> DUPONT, *Les nouvelles règles*, N 37 ; *Commentaire de l'OFAS*, p. 7.

partage, si aucun cas de prévoyance n'est encore survenu pour l'époux créancier, le montant est transféré directement à l'institution de prévoyance sous forme de prestation de libre passage et est ainsi obligatoirement affecté à un but de prévoyance<sup>53</sup>. Enfin, si l'un des époux obtient un droit à un rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle en cours de procédure de divorce, les prestations de sortie sont partagées selon le système de l'art. 123 CC, comme s'il s'agissait d'un cas « simple ». L'institution de prévoyance pourra ensuite réduire la rente de l'époux invalide (art. 19 al. 1 et 2 OPP2 par analogie)<sup>54</sup>.

#### b. La retraite

Lorsqu'un époux ayant atteint l'âge de la retraite divorce, il n'est plus possible de prendre en considération une éventuelle prestation de sortie hypothétique car, que l'époux soit invalide ou non, il ne retravaillera plus. L'art. 124a CC prévoit alors un partage de la rente. Dans ce contexte également, c'est le fait que l'assuré touche effectivement une rente qui est déterminant, non le fait qu'il pourrait y avoir droit<sup>55</sup>. Si l'un des époux est au bénéfice d'une rente de vieillesse ou d'une rente invalidité et a atteint l'âge de la retraite, la rente est partagée par le juge. Comme nous l'avons déjà mentionné précédemment, il s'agit là d'une des nouveautés les plus importantes du droit de la prévoyance professionnelle de 2017 : il était avant impossible de partager une rente et, lorsqu'un cas de prévoyance était réalisé, seule une indemnité équitable au sens de l'art. 124e CC était envisageable<sup>56</sup>. Même si le juge doit garder à l'esprit le principe du partage par moitié, il doit partager la rente en prenant en compte les circonstances du cas d'espèce, notamment la durée du mariage et les besoins de prévoyance des époux (art. 124a al. 1 CC)<sup>57</sup>. Il doit en premier lieu déterminer la part de la rente qui a été acquise pendant la vie commune<sup>58</sup>, au même titre que l'on détermine la part de la prestation de sortie acquise durant le mariage, pour ensuite partager la rente en équité et en fonction des circonstances du cas d'espèce, en prenant notamment en compte les éventuels rachats au moyen de biens propres et les versements anticipés<sup>59</sup>. Ajoutons encore que, si l'un des époux atteint l'âge de la retraite durant la procédure de divorce, l'art. 19g al. 1 OLP prévoit que l'institution de prévoyance peut réduire la prestation de sortie à partager ainsi que la rente vieillesse. La réduction, qui ne doit pas dépasser le montant dont les prestations auraient été amputées jusqu'au jugement de divorce si leur calcul s'était basé sur l'avoir diminué de la part transférée de la prestation de sortie (art. 19g al. 1 phr. 2 OLP), est supportée par les deux époux<sup>60</sup>. La part de rente qui est versée à l'époux créancier est convertie en rente viagère par l'institution de prévoyance du conjoint débiteur (art. 124a al. 2 CC *cum* art. 19h al. 1 OLP)

---

<sup>53</sup> CR CC I-PICHONNAZ, art. 124 CC, N 39.

<sup>54</sup> CARDINAUX, p. 124 et 125.

<sup>55</sup> CR CC I-PICHONNAZ, art. 124a CC, N 4 ; DUPONT, Les nouvelles règles, N 45.

<sup>56</sup> GEISER, Vorsorgeausgleichs, p. 368.

<sup>57</sup> LEUBA/UDRY, p. 7 ; GEISER, Vereinbarungen, N 25.

<sup>58</sup> Le Conseil fédéral a édicté une table pour calculer cette part, il faut toutefois l'utiliser avec retenue selon la doctrine (FF 2013 4341, 4406).

<sup>59</sup> LEUBA/UDRY, p. 7.

<sup>60</sup> CARDINAUX, p. 121.

et est ensuite versée directement au conjoint créancier si un cas de prévoyance s'est réalisé pour lui. À défaut, la rente est versée à son institution de prévoyance (ou de libre passage) (art. 124a al. 2 phr. 2 CC *cum* art. 22c al. 1 LFLP). Cette nouvelle solution est bien plus sûre pour le conjoint créancier : l'ancien droit ne permettait pas de partager une rente et prévoyait uniquement le versement d'une indemnité, qui n'était pas nécessairement affectée à un but de prévoyance<sup>61</sup>.

Dans toutes les hypothèses que nous avons analysées, les calculs sont effectués par l'institution de prévoyance (art. 2 al. 2 LFLP ; art. 19g ss OLP), à l'instar du transfert de la prestation de sortie, réelle ou hypothétique, et de la rente viagère (art. 22c LFLP ; art. 19j OLP). Le régime légal de partage (art. 123, 124 ou 124a CC) dépend de la situation de l'époux dont la prévoyance professionnelle doit être partagée : si l'un des époux est retraité et que l'autre est encore actif et valide, la rente du premier sera partagée à l'aune des principes de l'art. 124a CC, alors que la prestation de sortie du second le sera selon les principes de l'art. 123 CC<sup>62</sup>.

## D. De son enjeu dans la négociation de la convention de divorce

Nous avons décrit ci-dessus les régimes légaux de partage de la prévoyance professionnelle (art. 122 à 124a CC). Par la clause générale d'exception de l'art. 124b CC, le législateur offre toutefois aux parties, mais également au juge, la possibilité de renoncer au partage ou de choisir une autre clé de répartition des avoirs de prévoyance. Les parties ont ainsi le choix (art. 124b al. 1 CC) et peuvent utiliser le partage de prévoyance professionnelle comme levier dans les négociations de la convention de divorce (art. 111 et 112 CC) (D. 1. b.). Nous verrons qu'à certaines conditions, le juge peut également se départir du partage par moitié (art. 124b al. 2 et 3 CC) (D. 1. a.). Nous nous intéresserons enfin à l'avis des praticiens sur la question du partage de la prévoyance professionnelle dans le cadre de leur pratique, notamment dans la négociation du divorce (D. 2.).

### 1. Les exceptions au partage par moitié

Il faut commencer par rappeler que le partage par moitié de la prévoyance professionnelle doit rester la règle<sup>63</sup> : il faut ainsi interpréter restrictivement l'art. 124b CC afin de ne pas vider les art. 122 ss CC de leur substance. Cette disposition offre la possibilité aux parties et au juge, à certaines conditions spécifiques, de renoncer au partage, de partager plus de la moitié ou de partager moins de la moitié des prétentions de prévoyance professionnelle. Le droit antérieur prévoyait également certaines exceptions (art. 123 aCC<sup>64</sup>) mais le droit de la prévoyance professionnelle de 2017 devait offrir plus de liberté aux

---

<sup>61</sup> LEUBA/UDRY, p. 9.

<sup>62</sup> CR CC I-PICHONNAZ, art. 124b CC, N 39.

<sup>63</sup> LEUBA/UDRY, p. 15.

<sup>64</sup> L'abréviation « aCC » fait référence au Code civil suisse du 10 décembre 1907 dans sa teneur au 31 décembre 2016.

parties et une plus grande marge de manœuvre au juge du divorce<sup>65</sup>. L'idée qui a guidé cette modification est que les époux sont les plus à même de choisir une solution adaptée à leur propre situation<sup>66</sup>. À défaut, le juge doit pouvoir adapter la règle pour de justes motifs (art. 124*b* al. 2 et 3 CC). Par ailleurs, il faut garder à l'esprit que le but du partage de la prévoyance professionnelle est d'éviter que les ex-époux ne se voient obligés de solliciter l'aide sociale et finissent à la charge des pouvoirs publics<sup>67</sup>. Cet objectif limite la liberté des parties puisque les exceptions conventionnelles au partage par moitié ne sont admises qu'à « [...] condition qu'une prévoyance vieillesse et invalidité adéquate reste assurée » (art. 124*b* al. 1 CC).

Avant d'analyser les conditions auxquelles le juge peut se départir du partage par moitié (D. 1. a.) et les règles qui régissent la dérogation conventionnelle au partage de la prévoyance professionnelle par les parties (D. 1. b.), il nous faut brièvement aborder les art. 124*d* et 124*e* CC. En effet, ces dispositions ne sont pas des exceptions proprement dites mais interviennent lorsque l'exécution du partage ne peut être raisonnablement exigée ou est impossible.

L'art. 124*d* CC prévoit le versement d'une prestation en capital si l'exécution du partage, bien que possible, ne peut être raisonnablement exigée, par exemple si le conjoint débiteur est au bénéfice d'une rente, qui se verra diminuée du fait du partage, et ne peut de ce fait plus effectuer de rachat<sup>68</sup>. Cette solution peut également être choisie par les parties : le juge aura alors l'obligation de vérifier que ce choix repose uniquement sur des considérations ayant trait à la prévoyance professionnelle<sup>69</sup>. Ce versement peut désormais être effectué auprès de l'institution de prévoyance ou de libre passage du conjoint créancier afin que cette somme reste affectée à un but de prévoyance (art. 22*f* al. 3 LFLP).

Dans les cas où l'exécution du partage ne serait pas seulement difficilement exigible mais tout simplement impossible, l'art. 124*e* al. 1 CC prévoit le versement d'une indemnité équitable, sous la forme d'une prestation en capital ou d'une rente. Cette indemnité est calculée en fonction de la durée du mariage et des besoins de prévoyance de chaque époux en prenant en considération leur situation économique et la liquidation du régime matrimonial<sup>70</sup>. L'exécution du partage est réputée impossible notamment lorsque le versement anticipé est sorti du circuit de la prévoyance suite à la réalisation d'une éventualité ou lorsque la prestation de sortie ne peut être partagée en cas de surindemnisation durable, cas que nous n'explicitons pas dans ce travail (art. 26*a* al. 1 OPP 2)<sup>71</sup>.

---

<sup>65</sup> Cf. *supra* A. ; CR CC I-PICHONNAZ, art. 124*b* CC, N 13.

<sup>66</sup> LEUBA, p. 22.

<sup>67</sup> GEISER, Vereinbarungen, N 24 ; GUILLOD/BURGAT, N 735 ; FF 2013 4341, 4369.

<sup>68</sup> DUPONT, Les nouvelles règles, N 109 et 113.

<sup>69</sup> DUPONT, Les nouvelles règles, N 112.

<sup>70</sup> DUPONT, Les nouvelles règles, N 116 et 117.

<sup>71</sup> LEUBA/UDRY, p. 25.

Ces deux solutions ne sont toutefois envisageables qu'à condition que des fonds libres soient effectivement disponibles chez le conjoint débiteur, ce qui limite les cas d'application.

#### a. La marge de manœuvre du juge

Le juge peut déroger au principe du partage par moitié exposé ci-dessus et refuser de partager la prévoyance professionnelle ou attribuer moins de la moitié de la prestation de sortie à l'autre conjoint pour de justes motifs (art. 124*b* al. 2 CC). Il existe de justes motifs lorsque le partage par moitié aboutit à un résultat inéquitable, notamment en raison de la liquidation du régime matrimonial, de la situation économique des époux après le divorce (art. 124*b* al. 2 ch. 1 CC) ou en raison des besoins de prévoyance des époux au vu de leur différence d'âge (art. 124*b* al. 2 ch. 2 CC). Le chiffre 1 fait référence à des cas dans lesquels la différence entre la situation économique des parties est significative et que la partie la moins argentée devrait partager le peu de prévoyance professionnelle qu'elle s'est constituée<sup>72</sup>. Par ailleurs, la loi mentionne explicitement la différence d'âge, en lien avec les besoins de prévoyance de chaque époux, notamment pour appréhender les cas dans lesquels les époux ont des revenus similaires et auront, à terme, des rentes comparables mais qui, lors du divorce, ont des prestations de sortie considérablement différentes au vu de leur différence d'âge<sup>73</sup>. Cette différence d'âge doit être conséquente : la doctrine parle d'une différence de 20 ans<sup>74</sup> ou, à tout le moins, de 10 ans<sup>75</sup>.

La loi ne donne pas une liste exhaustive des justes motifs admissibles. Le Conseil fédéral précise à cet égard que le juge peut renoncer au partage par moitié lorsque celui-ci est inéquitable et que son résultat, lorsque l'on compare la situation des deux époux, est choquant. Une simple inégalité n'est ainsi pas considérée comme un juste motif : le but n'est pas d'égaliser la situation économique des ex-époux, ni de leur assurer le maintien de leur niveau de vie antérieur, c'est la contribution d'entretien qui remédie à ces éventuels problèmes<sup>76</sup>. À titre d'exemple, nous pouvons mentionner le cas dans lequel, dans le régime matrimonial de la séparation de biens (art. 247 ss CC), l'un des époux s'est constitué une prévoyance sous la forme d'un troisième pilier A alors que son conjoint, salarié et économiquement plus faible, n'a qu'une prévoyance professionnelle très modeste. Dans un tel scénario, le partage paraîtrait inéquitable et choquant<sup>77</sup>. Le refus du partage est également indiqué dans les cas dans lesquels l'un des époux est invalide et verrait sa rente considérablement diminuer si sa prestation de sortie hypothétique était partagée par moitié<sup>78</sup>. Le versement d'une prestation en capital, au sens de l'art. 124*d* CC, peut être

---

<sup>72</sup> CR CC I-PICHONNAZ, art. 124*b* CC, N 29.

<sup>73</sup> CR CC I-PICHONNAZ, art. 124*b* CC, N 34.

<sup>74</sup> CR CC I-PICHONNAZ, art. 124*b* CC, N 35.

<sup>75</sup> FamKomm Scheidung-JUNGO/GRÜTTER, art. 124*b* ZGB, N 16.

<sup>76</sup> LEUBA/UDRY, p. 15 ; LEUBA, p. 27 ; FF 2013 4341, 4371.

<sup>77</sup> LEUBA, p. 25.

<sup>78</sup> LEUBA/UDRY, p. 16 ; GRÜTTER, p. 140.

ordonné si les conditions sont remplies<sup>79</sup>. L'abus de droit (art. 2 al. 2 CC), déjà reconnu sous l'ancien droit, peut également constituer un juste motif : le fait de contracter un mariage blanc ou de commettre une infraction pénale grave causant des lésions corporelles graves à l'autre conjoint sont des exemples de situations dans lesquelles la demande du partage des avoirs de prévoyance professionnelle serait constitutive d'un abus de droit<sup>80</sup>.

Le Conseil fédéral donne également l'exemple de l'époux qui ne satisfait pas à son obligation d'entretien et explique qu'il ne paraît pas équitable qu'il puisse prétendre au partage de la prestation de sortie de son conjoint<sup>81</sup>. Toutefois, nous devons préciser ici que ni la répartition des tâches ni le comportement des conjoints durant la vie commune ne peuvent être pris en considération par le juge dans le partage de la prévoyance professionnelle<sup>82</sup>. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral et une partie de la doctrine, seule la violation grave de l'obligation d'entretien de la famille, au sens de l'art. 163 CC, peut être un motif de refus du partage par moitié mais il ne doit être admis que très restrictivement si on ne veut pas réintroduire le concept de « faute » dans le divorce<sup>83</sup>. Cependant, GEISER souligne que le Conseil fédéral, dans son Message concernant la révision du Code civil suisse en lien avec le partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce, se réfère à un ATF 133 III 497 (publié au JdT 2008 I 184 et à la SJ 2007 I 59) pour affirmer que, sous l'ancien droit, la violation grave de l'obligation d'entretien était un juste motif alors que cet arrêt rejette justement ce motif. Cet auteur soutient que la violation de l'obligation d'entretien ne devrait ainsi, pour éviter de réintroduire le principe de la faute dans le divorce, être considéré comme un juste motif que si elle est aussi constitutive d'un abus de droit<sup>84</sup>. D'autres auteurs sont moins radicaux et prônent une application restrictive de ce motif<sup>85</sup>.

Il convient de préciser que l'art. 124b al. 2 CC ne s'applique qu'aux partages de prestations de sortie, réelles ou hypothétiques, soit aux art. 123 et 124 CC. En effet, l'art. 124a CC offre déjà au juge une marge de manœuvre plus large car il ne mentionne pas expressément le partage par moitié et laisse au tribunal le soin d'apprécier les modalités du partage<sup>86</sup>.

Contrairement à ce qui prévaut généralement en droit de la famille, la protection du minimum vital du débiteur n'est pas garantie dans le cadre de l'art. 124b al. 2 CC<sup>87</sup>. En effet, cette exception ressort non

---

<sup>79</sup> Cf. *supra* D. 1.

<sup>80</sup> CR CC I-PICHONNAZ, art. 124b CC, N 43 ss ; LEUBA/UDRY, p. 17 ; MOSER, p. 121.

<sup>81</sup> FF 2013 4341, 4371.

<sup>82</sup> AEBI-MÜLLER, p. 608.

<sup>83</sup> CR CC I-PICHONNAZ, art. 124b CC, N 56 ; ATF 145 III 56, 61 (consid. 5.3.2) ; TF, 5A\_694/2018, 11 novembre 2019, consid. 3.1 ; Arrêt de la Cour de justice GE, ACJC/1526/2019, 15 octobre 2019, consid. 5.1 et 5.2.

<sup>84</sup> BSK ZGB I-GEISER, art. 124b ZGB, N 23 et 23a.

<sup>85</sup> CR CC I-PICHONNAZ, art. 124b CC, N 57.

<sup>86</sup> DUPONT, Les nouvelles règles, N 85 ; LEUBA/UDRY, p. 14.

<sup>87</sup> CR CC I-PICHONNAZ, art. 124b CC, N 61 ; ATF 145 III 56, 63 (consid. 6) ; TF, 5A\_500/2020, 12 février 2021, consid. 5.4.

seulement de la lettre de la loi, puisque l'alinéa 2 ne mentionne pas la nécessité de garantir une prévoyance adéquate, mais aussi du but de la disposition. S'il y a un juste motif qui permet de s'écarter de la règle du partage par moitié, il ne serait pas justifié de protéger le conjoint qui aurait, par exemple, commis une infraction pénale grave à l'encontre de son époux. Selon la doctrine, cette solution est certes compréhensible mais peut se retourner contre le but même de la loi<sup>88</sup> et du partage de la prévoyance professionnelle en mettant, *in fine*, un époux, voire les deux époux, à la charge de l'État<sup>89</sup>.

De manière générale, au vu de la jurisprudence, le tribunal ne refuse le partage de la prévoyance professionnelle que dans les cas relativement « extrêmes ». L'exception au partage a été admise dans la situation d'un époux violent avec sa femme et ses enfants, qui ne travaillait pas, qui dilapidait l'argent de la famille dans les jeux et qui ne s'occupait ni du foyer, ni des enfants. Le Tribunal fédéral a confirmé la décision des tribunaux cantonaux vaudois et a refusé de partager la prévoyance professionnelle de l'épouse au motif que l'époux avait gravement violé son obligation de contribuer à l'entretien de la famille<sup>90</sup>. Il affirme dans cet arrêt que même si le comportement des époux durant la vie commune ne doit pas être pris en compte dans le partage de la prévoyance professionnelle, une violation crasse du devoir d'entretien justifie de renoncer au partage<sup>91</sup>. Les tribunaux ont refusé d'appliquer l'art. 124b al. 2 CC dans le cas d'un époux qui était déjà marié car les circonstances attestaient de la volonté des époux de former une communauté de vie réelle, contrairement aux époux qui contractent un mariage blanc et auxquels s'applique l'exception au partage<sup>92</sup>. Les tribunaux refusent également de renoncer au partage lorsque l'un des époux a d'importantes expectatives successorales car elles ne sont justement que des expectatives et ne sont pas certaines<sup>93</sup>. Le Message du Conseil fédéral est passé clairement : l'art. 124b al. 2 CC ne doit être appliqué que de manière restrictive. Les tribunaux ne font donc usage de leur pouvoir d'appréciation que dans les situations révélant des inégalités choquantes. Nous analyserons, ci-après (D. 2.), l'avis des praticiens sur la question.

À l'inverse, le juge peut aussi attribuer plus de la moitié de la prestation de sortie au conjoint qui prend en charge les enfants communs après le divorce (art. 124b al. 3 CC). Comme le partage par moitié vise à combler les lacunes passées du conjoint qui s'est consacré au foyer et à l'éducation des enfants et qui, pour ce faire, a mis de côté sa carrière, le fait d'attribuer au conjoint qui prendra en charge les enfants plus de la moitié de la prestation de sortie tend à combler des lacunes futures, dues à la prise en charge des enfants communs<sup>94</sup>. Il faut toutefois que le conjoint qui voit plus de la moitié de sa prestation de

---

<sup>88</sup> WISMER, N 77.

<sup>89</sup> LEUBA/UDRY, p. 18 ; CR CC I-PICHONNAZ, art. 124b CC, N 62 ; GEISER, Gestaltungsmöglichkeiten, p. 10.

<sup>90</sup> ATF 145 III 56, 63 (consid. 6).

<sup>91</sup> ATF 145 III 56, 61 ss (consid. 5.4).

<sup>92</sup> TF, 5F\_11/2015, 2 février 2016, consid. 4.1, rendu sous l'ancien droit mais toujours valable sous l'angle de l'art. 2 al. 2 CC.

<sup>93</sup> OGer ZH, LC160041, 23 juin 2017, consid. 13.5 et 13.6.

<sup>94</sup> LEUBA/UDRY, p. 19.

sortie attribuée à son ex-époux ait encore une prévoyance vieillesse et invalidité adéquate (art. 124*b* al. 3 CC). Le juge apprécie le caractère adéquat de la prévoyance de l'époux débiteur à l'aune de toutes les circonstances du cas d'espèce. Il doit en particulier prendre en compte les revenus, la fortune, la prévoyance vieillesse et invalidité dont disposent les époux, leur situation personnelle et leur âge, la durée du mariage et la présence ou non d'enfants à charge<sup>95</sup>. La prévoyance dont dispose l'époux débiteur doit être adéquate d'un point de vue tant quantitatif que qualitatif, en ce sens que le juge doit pouvoir considérer que les avoirs qui lui permettent d'affirmer que la prévoyance est adéquate (quantitativement) seront encore disponibles lorsque l'époux renonçant arrivera à la retraite (ou deviendra invalide)<sup>96</sup>.

Précisons encore que ce sont les enfants communs qui doivent être la cause d'une future lacune de prévoyance : si un ex-conjoint prend en charge ses enfants en plus des enfants communs, il faut que ce soit la prise en charge des enfants communs qui l'empêche de travailler à plein temps<sup>97</sup>. La notion de « prise en charge » est très large et comprend aussi bien des situations de garde alternée, de droit de visite élargi que des situations de garde exclusive. Dans tous les cas, il faut que cette prise en charge, quelle qu'elle soit, impacte la prévoyance professionnelle du parent gardien, plus que celle de l'autre parent, soit que l'éducation des enfants pèjore la capacité de gain de l'époux gardien<sup>98</sup>. Notons ici que la proportion du partage ordonnée lors du jugement de divorce ne peut plus être revue même en cas de changement dans l'organisation de la prise en charge des enfants<sup>99</sup>. Par ailleurs, l'art. 124*b* al. 3 CC a pour objectif de combler des lacunes de prévoyance professionnelle après le divorce, au même titre que la contribution d'entretien à l'ex-époux (art. 125 al. 2 ch. 8 CC). Le juge doit en premier lieu compenser ces lacunes futures par le mécanisme de l'art. 124*b* al. 3 CC pour ensuite, si nécessaire, fixer une contribution d'entretien pour combler les lacunes restantes, étant précisé que les contributions d'entretien à l'ex-époux sont de plus en plus rarement ordonnées par les tribunaux<sup>100</sup>.

#### b. Le choix des parties

Les possibilités offertes au juge du divorce que nous avons énumérées ci-dessus ne sont pertinentes que dans les cas où les parties ne tombent pas d'accord sur le partage de la prévoyance professionnelle. En effet, les époux peuvent, par convention (art. 111 et 112 CC), décider de renoncer au partage de leurs avoirs de prévoyance professionnelle mais aussi de partager plus ou moins de la moitié de ceux-ci (art. 124*b* al. 1 CC). En somme, les possibilités qui s'offrent à eux sont les mêmes que celles offertes au juge. La différence qu'il faut souligner est qu'il n'est pas nécessaire que le conjoint créancier de plus de la

---

<sup>95</sup> CR CC I-PICHONNAZ, art. 124*b* CC, N 13 et 14.

<sup>96</sup> LEUBA/UDRY, p. 11 ; LEUBA, p. 23.

<sup>97</sup> CR CC I-PICHONNAZ, art. 124*b* CC, N 66 ; LEUBA/UDRY, p. 19.

<sup>98</sup> CR CC I-PICHONNAZ, art. 124*b* CC, N 67 ; LEUBA/UDRY, p. 20.

<sup>99</sup> CR CC I-PICHONNAZ, art. 124*b* CC, N 68 et 69 ; LEUBA/UDRY, p. 20.

<sup>100</sup> CR CC I-PICHONNAZ, art. 124*b* CC, N 70 ; LEUBA/UDRY, p. 21 ; GRÜTTER, p. 142.

moitié de la prestation de sortie ait des enfants communs à charge. Les parties peuvent ainsi s'écarter du partage par moitié pour autant qu'une prévoyance vieillesse et invalidité adéquate reste assurée au conjoint renonçant (art. 124b al. 1 *in fine* CC), ce que le juge doit vérifier d'office (art. 280 al. 3 CPC). À défaut, le juge devrait refuser de ratifier la convention (art. 280 al. 1 let. c CPC). Le caractère adéquat de la prévoyance s'examine à l'aune des mêmes critères que ceux énumérés ci-dessus dans le cadre de l'art. 124b al. 3 CC<sup>101</sup>. Le Conseil fédéral précise qu'il s'agit avant tout de s'assurer que le conjoint renonçant ne finisse pas à la charge des pouvoirs publics si une éventualité se réalise<sup>102</sup>. Ce n'est, selon la doctrine, pas la seule limite : au sens de l'art. 279 al. 1 CPC, un juge ne devrait pas pouvoir ratifier une convention manifestement inéquitable, bien que les règles sur la prévoyance professionnelle soient réservées, même si le conjoint renonçant devait ne pas tomber à la charge des pouvoirs publics<sup>103</sup>. DUPONT pense que le juge doit également tenir compte, dans son appréciation des circonstances, de la prévoyance du premier pilier : elle peut être améliorée par le *splitting* et par l'attribution des bonifications pour tâches éducatives (art. 29<sup>sexies</sup> LAVS *cum* art. 52f<sup>bis</sup> RAVS). Elle ajoute que le caractère adéquat de la prévoyance devrait être examiné à l'aune du but même de la prévoyance professionnelle, à savoir le maintien du niveau de vie antérieur (art. 113 al. 2 let. a Cst.)<sup>104</sup>. Enfin, il va sans dire que le minimum vital du conjoint débiteur doit être préservé, à moins que la situation de prévoyance du conjoint créancier n'exige de l'entamer<sup>105</sup>.

Précisons encore que la convention ne peut être adoptée qu'en vue d'un divorce concret et non au moment du mariage : il est impossible de renoncer à l'avance au partage de la prévoyance professionnelle<sup>106</sup>.

Pour résumer, il faut retenir que la prévoyance professionnelle fait l'objet d'un régime spécifique dans le divorce. Bien que les régimes légaux soient relativement exhaustifs quant aux situations qu'ils appréhendent, des exceptions sont possibles et tant les parties que le juge peuvent déroger au système légal et au principe du partage par moitié. Il faut toutefois garder à l'esprit que ce partage par moitié reste la règle, même si le nouveau droit de la prévoyance professionnelle de 2017 est censé offrir une plus grande marge de manœuvre au juge et davantage de liberté aux parties. Le but de ce système est à la fois d'éviter que les ex-époux finissent à la charge des pouvoirs publics mais aussi de combler les lacunes de prévoyance professionnelle dues à la répartition des tâches durant la vie commune, notamment dans le cadre d'un mariage traditionnel.

---

<sup>101</sup> Cf. *supra* D. 1. a.

<sup>102</sup> FF 2013 4341, 4369.

<sup>103</sup> LEUBA/UDRY, p. 13.

<sup>104</sup> DUPONT, Les nouvelles règles, N 77 ; DUPONT, Divorce et assurances sociales, p. 46.

<sup>105</sup> LEUBA/UDRY, p. 12.

<sup>106</sup> BSK Berufliche Vorsorge-STAUFFER/BAUD, art. 124b ZGB, N 6.

## 2. *Excursus* : l'avis des praticiens

Prenons désormais un peu de recul pour regarder la situation d'un divorce dans son ensemble et examiner la place du partage de la prévoyance professionnelle dans ce cadre.

Concernant les questions patrimoniales, le juge doit en premier lieu liquider le régime matrimonial (art. 204 ss, 236 ss et 251 CC), pour ensuite partager la prévoyance professionnelle (art. 122 ss CC) et enfin fixer d'éventuelles contributions d'entretien (art. 125 ss CC)<sup>107</sup>. Le régime du partage de la prévoyance professionnelle est indépendant des autres institutions, il est par conséquent interdit de compenser l'absence de prévoyance adéquate par une liquidation du régime matrimonial plus avantageuse ou par une contribution d'entretien à l'ex-époux plus généreuse (sauf dans le cadre de l'art. 124b al. 3 CC vu précédemment)<sup>108</sup>. Toutefois, à l'inverse, la liquidation du régime matrimonial peut avoir un impact sur le partage de la prévoyance professionnelle : le fait qu'un époux dispose d'un troisième pilier, d'un bien immobilier ayant une fonction de prévoyance ou même d'une épargne conséquente est un élément déterminant dans le cadre de la renonciation au partage (art. 124b al. 1 et 2 CC) ou du versement d'une indemnité en capital (art. 124d et 124e CC)<sup>109</sup>. De la même manière, le partage de la prévoyance professionnelle peut avoir un impact sur la contribution d'entretien à l'ex-époux (art. 125 al. 2 ch. 8 CC) puisque les expectatives de prévoyance au sens large, y compris la prévoyance professionnelle, font partie des critères déterminants pour accorder une contribution d'entretien et, cas échéant, pour en fixer la quotité et la durée<sup>110</sup>. Précisons, par ailleurs, que le juge doit également régler la question très sensible droits parentaux, si le couple a des enfants (art. 133 ss CC), question que nous n'aborderons pas dans ce travail.

Nous devons essayer de garder à l'esprit que les procédures de droit de la famille ne sont pas de simples procédures civiles ; elles viennent toucher les sphères privée et intime des parties et sont souvent longues et douloureuses. Elles touchent des questions patrimoniales empreintes de ressentis et d'émotions. Conscients de cela, nous avons vite compris que, en matière de divorce, la doctrine et la jurisprudence ne pourraient apporter toutes les réponses. Seuls les praticiens, qui travaillent au quotidien avec les familles et les ex-couples, peuvent apporter des réponses aux questions pratiques de la réalité du terrain.

Nous avons donc interrogé différents praticiens du droit de la famille sur les problématiques du divorce et plus particulièrement sur les enjeux liés à la prévoyance professionnelle. Nous avons mené des entretiens semi-directifs au moyen d'un questionnaire préétabli<sup>111</sup>, sans pour autant se limiter à ces

---

<sup>107</sup> ATF 130 III 537, 545 (consid. 4), JdT 2005 I 111, SJ 2004 I 529 ; FF 2013 4341, 4365.

<sup>108</sup> LEUBA/UDRY, p. 12 ; CR CC I-PICHONNAZ, art. 124b CC, N 68 ; cas de l'art. 124b al. 3 CC, cf. *supra* D. 1. a.

<sup>109</sup> OBERSON/WAELTI, p. 123.

<sup>110</sup> TF, 5A\_748/2012, 15 mai 2013, consid. 6.3.3.

<sup>111</sup> Cf. *infra* I. 1.

seules questions au cours de nos discussions. Nous avons synthétisé l'essentiel de leurs propos dans les annexes ci-après<sup>112</sup>. C'est en partie à l'aune de leurs réponses que nous analyserons la question de l'enjeu de la prévoyance professionnelle dans le cadre des négociations de la convention sur les effets du divorce et celle de son impact sur les inégalités de genre au sein de l'ex-couple<sup>113</sup>.

Bien que tous aient des approches différentes face au divorce, ils s'accordent à dire que les questions concernant les enfants sont les plus conflictuelles. C'est généralement le premier point qu'ils traitent avec leurs clients/patients. En effet, même si les questions patrimoniales peuvent être une source de conflit, c'est généralement autour de la question de la prise en charge des enfants (art. 133 CC) que le conflit se cristallise. Rappelons toutefois que, dans la procédure de divorce, il est très fréquent que la question de la prise en charge des enfants ait déjà été réglée dans une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale (ci-après : MPUC) (art. 171 ss CC). M. BALMER, médiateur, explique que son but est de se concentrer en premier lieu sur le sort des enfants afin de « défocaliser » et d'apaiser le conflit parental. Il précise que l'argent est aussi source de conflit, parfois pour lui-même mais aussi parce que l'argent vient rembourser des dettes de toutes sortes, qu'elles soient pécuniaires ou émotionnelles. La prévoyance professionnelle subit le même sort et a un enjeu symbolique fort. Cependant, aucun ne pense que la question du partage de la prévoyance professionnelle ne soit très conflictuelle, même si elle peut le devenir dans certains cas. Me DONATI explique que, si ce point est peu litigieux, c'est parce que le conflit a eu le temps de s'apaiser depuis le jugement des MPUC : à l'inverse, si le partage de la prévoyance professionnelle était traité à ce stade, il serait probablement source de conflit. Elle ajoute même qu'il « sert plus souvent à trouver des solutions qu'il ne pose de problèmes »<sup>114</sup>. Cela en fait ainsi un bon levier de négociation que la grande majorité des praticiens utilisent régulièrement.

Comme nous l'avons expliqué ci-dessus, l'institution du partage de la prévoyance est indépendante des autres aspects du divorce et ne devrait en aucun cas être influencée ou influencer la liquidation du régime ou l'attribution des contributions d'entretien. Cependant, nous découvrons que, dans la pratique, les solutions sont toutes autres. Ils sont plusieurs à nous rapporter des cas dans lesquels un accord sur le partage de la prévoyance professionnelle leur a permis de trouver un accord sur la contribution d'entretien ou sur un point litigieux de la liquidation du régime matrimonial<sup>115</sup>. Me LA SPADA-ODIER précise que, comme le partage de la prévoyance professionnelle est effectivement indépendant de la liquidation du régime matrimonial et d'éventuelles contributions d'entretien, il faut tout de même pouvoir expliquer au juge en quoi le choix des parties est équitable.

---

<sup>112</sup> Cf. *infra* I.

<sup>113</sup> Nous les remercions sincèrement pour le temps qu'ils nous ont accordé.

<sup>114</sup> Cf. *infra* I. 2.

<sup>115</sup> Cf. *infra* I. 2., I. 3. Et I. 5.

Au fil de nos entretiens, nous nous sommes rendus compte que ce n'était pas le seul point sur lequel la pratique s'éloignait de la théorie. L'ordre établi par la jurisprudence, exposé ci-dessus, n'est pas suivi en pratique : les questions de prises en charge des enfants et des contributions d'entretien sont souvent discutées et négociées avant celles de la liquidation du régime matrimonial et de la prévoyance professionnelle. Par ailleurs, bien que, comme nous l'avons souligné, le nouveau droit offre une plus grande liberté au juge et aux parties, il semblerait que les exceptions (art. 124b al. 2 et 3 CC) soient très peu appliquées en pratique, ce que Me MAULINI déplore. Elle explique que, même dans des situations choquantes, empreintes de fortes inégalités et des schémas de violence, le partage par moitié est ordonné si les parties ne trouvent pas d'accord. Pour ce qui est du contrôle judiciaire (art. 280 al. 3 CC), il ressort de nos entretiens que les juges ratifient presque toujours les conventions des parties : aucun des praticiens que nous avons interrogés n'a vu une convention refusée sur le point de la prévoyance professionnelle. Il est probable que lorsque les parties ne sont pas accompagnées dans la procédure de divorce, que ce soit par des avocats ou des médiateurs, les juges soient plus regardants. Me DONATI estime que certains cas mériteraient de plus amples investigations et remarque que, dans d'autres cantons, le contrôle est plus rigoureux. Elle explique que les juges ont tendance, à Genève, à défaut d'accord, à partager la prévoyance professionnelle par moitié ou à renoncer au partage, peut-être car le temps leur fait défaut pour investiguer chaque cas. Les autres clés de répartition ne sont que rarement, voire jamais, ordonnées. M. BALMER précise que, même lorsque les parties s'accordent sur le partage de la prévoyance professionnelle dans une convention, il est très rare qu'une clé de répartition différente soit choisie, probablement car les parties n'envisagent même pas ces solutions.

Au cours de nos entretiens, nous avons également appris que la modification dans le droit de 2017 consistant à n'exiger la garantie d'une prévoyance qu'« adéquate » et non plus d'une prévoyance « équivalente », ce qui devait offrir une plus grande liberté aux parties et au juge, n'était finalement qu'un « dépoussiérage » qui permet à la loi de mieux correspondre à la réalité. En effet, ni les avocates ni le médiateur que nous avons interrogés n'ont remarqué de changement dans leur pratique. Il n'est ainsi pas certain que le nouveau droit soit plus souple que le droit de 2000 dans son application même si telle était la volonté du législateur. On peut toutefois imaginer que cette volonté sera prise en compte dans l'interprétation de la loi et il semble qu'elle fasse déjà partie intégrante de la jurisprudence<sup>116</sup>.

Enfin, les praticiens nous ont également appris que l'attribution des bonifications pour tâches éducatives n'étaient pas réellement un outil de négociation. Même si le montant peut paraître conséquent lorsqu'il est ajouté au revenu annuel (afin de calculer le revenu annuel moyen (art. 30 LAVS) qui détermine le montant de la rente (art. 34 LAVS)), la différence du montant de la rente est insignifiante. Il faut donc

---

<sup>116</sup> ATF 145 III 56, 61 (consid. 5. 3. 2).

relativiser l'importance de cet élément lorsque l'on réfléchit au partage de la prévoyance professionnelle, bien que la doctrine préconise de le prendre en compte<sup>117</sup>.

## E. De son impact sur les inégalités de genre

Enfin, nous analyserons ci-dessous l'impact du partage de la prévoyance professionnelle sur les inégalités de genre au sein de l'ex-couple. Nous réfléchirons à ces inégalités tant sous l'angle du modèle familial (E. 1.) que sous celui de la réalité du monde du travail (E. 2.). Nous nous pencherons pour terminer sur l'avis des praticiens sur la question (E. 3.).

Rappelons ici que le but du partage des prétentions de prévoyance professionnelle dans le divorce est de rétablir, tant que possible, l'équilibre entre le conjoint qui s'est voué à l'éducation des enfants et aux tâches domestiques et celui qui a exercé une activité lucrative<sup>118</sup>. Nous verrons que ce but est parfois desservi par la loi elle-même en fonction, notamment, du modèle familial choisi par les époux.

Bien que toutes les inégalités formelles, ou presque, aient été supprimées par le législateur, des inégalités matérielles subsistent dans le régime de la prévoyance au sens large, tout particulièrement dans celui de la prévoyance professionnelle. On parle d'inégalités matérielles lorsque la loi ne fait aucune différence entre les sexes mais que le résultat de celle-ci désavantage un genre : il s'agit d'une discrimination indirecte qui n'est objectivement pas justifiée<sup>119</sup>. En effet, selon l'Office fédéral de la statistique, les rentes servies par la prévoyance professionnelle aux femmes étaient inférieures de 45,7% à celles versées aux hommes en 2021<sup>120</sup>. L'inégalité n'est donc pas minime, elle est même choquante : elle s'explique tant par le type d'emplois que les femmes occupent, leur taux d'activité, que par leurs interruptions de travail.

### 1. Selon le modèle familial

Les assurances sociales ont été réfléchies selon le modèle matrimonial de la fin du XX<sup>e</sup> siècle, soit un modèle patriarcal dans lequel la femme s'occupe du foyer, des enfants et des tâches ménagères pendant que le mari travaille à temps plein pour faire vivre la famille. La femme est ainsi économiquement dépendante de son mari. Bien que la société ait évolué, le modèle traditionnel est majoritaire et reste ancré dans les mentalités ainsi que dans la loi et conduit à des inégalités dans la vie économique et sociale<sup>121</sup>. En effet, dans 60% des ménages, c'est la femme qui assume principalement les tâches

---

<sup>117</sup> DUPONT, Les nouvelles règles, N 77.

<sup>118</sup> KoSS-GEISER/SENTI, art. 22c FZG, N 4.

<sup>119</sup> PERRENOUD, p. 2.

<sup>120</sup> OFS, « Rentes annuelles moyennes de l'AVS et de la PP, selon le sexe ».

<sup>121</sup> GNAEGI, p. 204.

ménagères, contre 6% des hommes<sup>122</sup>. Dans un mariage traditionnel, au sein duquel la répartition des tâches est très complémentaire, alors qu'un époux reste au foyer et que l'autre travaille à temps plein, le partage par moitié des avoirs de prévoyance professionnelle remet une certaine égalité car il permet de répartir les avoirs entre les conjoints, comme si le travail au foyer était rémunéré (et donc assuré). Le partage vient ainsi combler les lacunes de prévoyance professionnelle dues à la répartition des tâches au sein de l'ex-couple. Cependant, il faut souligner que le partage ne comble que les lacunes passées, durant la vie commune, mais en aucun cas les lacunes futures qui seraient dues à la répartition des tâches pendant le mariage. Par exemple, une femme qui a cessé toute activité professionnelle pour se consacrer aux enfants communs et aux tâches ménagères pendant trente ans de mariage n'a pour ainsi dire aucune chance de se réinsérer sur le marché du travail à plus de 50 ans. Les chances qu'elle se constitue une prévoyance professionnelle avant l'âge réglementaire de la retraite (art. 21 al. 1 LAVS) sont presque nulles. Ces lacunes futures peuvent certes être compensées en partie par une contribution d'entretien (art. 125 al. 2 ch. 8 CC) mais cet argent ne sera pas affecté à un but de prévoyance et son versement est le plus souvent limité dans le temps. Un éventuel partage de plus de la moitié des avoirs pourrait être envisagé dans une telle situation (art. 124b al. 1 et 3 CC). Étant donné que la loi se base sur ce modèle familial, les solutions sont multiples et les résultats paraissent, pour la plupart, assez satisfaisants.

Cependant, la loi peut se retourner contre son but lorsque le couple ne s'organise pas selon un modèle traditionnel. Dans un mariage où les deux époux travaillent et touchent un salaire similaire, le partage est presque insignifiant car, s'ils ont le même âge (ou presque), leurs avoirs avoisinent les mêmes montants. Dans ce cas, les époux pourraient renoncer au partage dans une convention de divorce qui serait probablement ratifiée par le juge (art. 280 al. 3 CPC). La situation qui pose le plus de problèmes est celle dans laquelle un époux porte à la fois la charge du ménage et celle des finances de la famille. Par exemple, si une femme s'occupe des enfants, des tâches ménagères et travaille en plus à plein temps pour subvenir aux besoins de la famille, alors que le mari ne fait, pour ainsi dire, rien pour la famille, il paraît très injuste de partager les avoirs de prévoyance professionnelle de la femme. Dans les cas extrêmes, lorsque l'un des époux faillit gravement à son obligation d'entretien de la famille, le Tribunal fédéral admet que le juge renonce au partage par moitié au sens de l'art. 124b al. 2 CC<sup>123</sup>. Cependant, dans des cas moins graves, et certainement plus fréquents, où l'un des époux aurait par hypothèse failli à son obligation d'entretien mais seulement pendant une partie de la vie commune ou dans une moindre mesure, le partage par moitié devrait rester la règle. Cette solution aboutit à un résultat qui peut paraître choquant, dans lequel l'intérêt public à ce que les ex-époux ne finissent pas à la charge des pouvoirs publics prime sur l'intérêt privé de l'époux qui a travaillé et s'est occupé du foyer à conserver ses avoirs de prévoyance et à ne pas les partager avec son ex-conjoint qui ne s'est pas investi dans la vie de famille.

---

<sup>122</sup> OFS, « Part des ménages de couples dans lesquels les tâches domestiques sont principalement accomplies par la femme, en 2018 ».

<sup>123</sup> ATF 145 III 56, 60 (consid. 5. 3. 2).

En effet, comme nous l'avons déjà expliqué précédemment<sup>124</sup>, le partage ne dépend pas de la répartition des tâches durant le mariage<sup>125</sup>. Nous pensons que cet aspect devrait être pris en compte dans la mesure où le partage de la prévoyance professionnelle a précisément pour but de combler les lacunes dues à cette répartition. Cette solution permettrait probablement d'aboutir à des résultats plus justes et de garantir une meilleure égalité.

Par ailleurs, la loi ne prévoit le partage des avoirs de prévoyance professionnelle qu'en cas de divorce. La société a évolué et nombreuses sont les personnes qui préfèrent le concubinage au modèle traditionnel : en effet, un bon tiers de la population suisse ne se marie jamais<sup>126</sup>. La loi ne prévoit pas de régime de séparation pour les couples non mariés, en dehors de l'application des règles de la liquidation de la société simple (art. 545 ss CO) pour autant qu'un tel contrat ait effectivement été conclu, au moins tacitement. Aucun partage des avoirs de prévoyance professionnelle n'est envisageable dans ces cas.

Il ressort de notre analyse que le partage de la prévoyance professionnelle ne rétablit un équilibre que dans l'hypothèse du mariage traditionnel qui représente encore une part importante des cas mais la loi ne prend pas en compte les autres modèles familiaux plus modernes. On constate ainsi des inégalités dans ces autres modèles, de plus en plus en répandus. Nous verrons ci-après quelles solutions proposent les praticiens que nous avons interrogés.

## 2. Au vu de la réalité du marché du travail

Les inégalités entre les hommes et les femmes sont également largement dues à la réalité du marché du travail.

Commençons par illustrer nos propos par quelques chiffres. En 2022, les hommes gagnent encore, dans le secteur privé, 13,8% de plus que les femmes<sup>127</sup>. Toujours en 2022, les femmes occupent des postes moins élevés que les hommes : 14,1% exercent une fonction de cheffe, contre 20,5% des hommes et elles sont moitié moins nombreuses que les hommes à être nommées membre de la direction mais elles sont 64,5% à être salariées, sans fonction de cheffe, contre 49,5% des hommes<sup>128</sup>. De plus, les femmes sont plus susceptibles de travailler à temps partiel, en partie parce qu'elles tentent de concilier leur rôle de mère et leur carrière dans un monde encore fortement empreint de patriarcat<sup>129</sup>. En effet, le taux d'activité des femmes, exprimé en plein temps, est de 60,7% en 2023, contre 84,1% pour les hommes<sup>130</sup>.

---

<sup>124</sup> Cf. *infra* D. 1. a.

<sup>125</sup> ATF 145 III 56, 61 (consid. 5. 3. 2).

<sup>126</sup> OFS, « Indicateur conjoncturel de primo-nuptialité ».

<sup>127</sup> OFS, « Disparités salariales selon le sexe ».

<sup>128</sup> OFS, « Situation dans la profession, en 2022 ».

<sup>129</sup> PERRENOUD, p. 133.

<sup>130</sup> OFS, « Taux d'activité professionnelle des femmes ».

En revanche, il est plus difficile pour un homme de trouver un emploi à temps partiel, ce qui peut pousser les couples plus modernes qui auraient souhaité répartir les tâches différemment à choisir un modèle plus traditionnel. Étant donné que les avoirs de prévoyance dépendent du salaire, les femmes qui touchent des salaires plus bas, que ce soit du fait de leur fonction ou du fait de leur taux d'activité, ont également une moins bonne prévoyance professionnelle.

Il ressort également des statistiques que la « multiactivité », soit le cumul d'emplois, concerne principalement les femmes : 10% des femmes actives occupent plus d'un emploi en 2022, contre 5,7% des hommes<sup>131</sup>. Comme nous l'avons précédemment expliqué<sup>132</sup>, le système de la prévoyance professionnelle désavantage en premier lieu les personnes qui touchent de bas revenus et les personnes qui cumulent plusieurs emplois. Le salaire minimal, soit CHF 22'050.-, exigé pour accéder à la prévoyance professionnelle obligatoire ne permet pas toujours aux personnes qui occupent des postes à temps partiel d'être assurées. De plus, les personnes qui sont assurées obligatoirement à la prévoyance professionnelle pour plusieurs emplois se voient déduire, sur chaque salaire, la déduction de coordination<sup>133</sup>, alors que si la totalité de leurs salaires était versée par un seul employeur, cette déduction ne leur serait imputée qu'une seule fois. Le salaire coordonné, soit le salaire assuré, est donc moins élevé du fait qu'elles cumulent plusieurs emplois. Pour pallier ce problème, le législateur n'a prévu une solution que dans les cas où le salarié ne perçoit aucun salaire ne lui permettant d'être assuré obligatoirement mais dont la totalité dépasse le seuil de CHF 22'050.- : celui-ci peut s'assurer facultativement à la prévoyance professionnelle (art. 46 al. 1 LPP) et ne se voit imputer la déduction de coordination qu'une seule fois<sup>134</sup>.

Enfin, les femmes sont plus susceptibles d'interrompre leur carrière, pour des raisons afférentes à la maternité, ce qui crée des lacunes de prévoyance car elles cessent de cotiser pendant un certain temps. De plus, lorsqu'elles reprennent une activité lucrative, elles peuvent rarement prétendre au salaire qu'elles auraient touché si elles n'avaient pas mis leur carrière en pause. Comme la LPP n'assure que le travail rémunéré, le fait de s'occuper des enfants et de tenir un ménage n'est pas assuré<sup>135</sup>.

En somme, que ce soit parce qu'elles travaillent à un pourcentage moins élevé, parce qu'elles cumulent plusieurs emplois ou parce qu'elles occupent des fonctions moins prestigieuses, les femmes ont une moins bonne prévoyance professionnelle que les hommes. Il faut souligner ici que ce sont les femmes

---

<sup>131</sup> OFS, « Personnes actives occupées avec plus d'un emploi ».

<sup>132</sup> Cf. *infra* B.

<sup>133</sup> Cf. *infra* B. ; PERRENOUD, p. 14.

<sup>134</sup> PERRENOUD, p. 14.

<sup>135</sup> PERRENOUD, p. 136 et 137.

mères de famille et/ou les femmes mariées qui sont le plus désavantagées : on remarque que les femmes célibataires suivent généralement le même parcours que leurs homologues masculins<sup>136</sup>.

Le partage de la prévoyance au sens des art. 122 ss CC en cas de divorce avantage donc *a priori* les femmes, sauf dans les situations que nous avons décrites ci-dessus, situations dans lesquelles elles assument l'entretien de la famille à elles seules, ou presque. Les inégalités ne ressortent ainsi pas de la loi mais de la société elle-même et il est peu probable, à notre avis, qu'une simple réforme du droit de la famille remédie à elle seule à ces injustices. La loi, par le partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce, tente de rétablir une certaine égalité. Cependant, nous pensons que ce système reste trop rigide car il ne permet pas de prendre en compte toutes les spécificités du cas d'espèce.

### 3. *Excursus* : l'avis des praticiens

Les praticiens que nous avons interviewés sont également de cet avis. Me DONATI souligne que la loi a été pensée selon un modèle traditionnel : dans ces cas, elle trouve très juste que les femmes qui ont sacrifié une partie de leur carrière pour le bien de la famille puissent bénéficier des avoirs de prévoyance de leur ex-conjoint. Concernant les cas, certes moins fréquents, dans lesquels les femmes cotisent plus sur une base volontaire ou dans lesquels elles portent toutes les charges de la famille, Me DONATI explique que la loi aboutit à une certaine inégalité et à un fort sentiment d'injustice. De son côté, Me MAULINI souligne une forte inégalité dans les couples qui divorcent jeunes, après un mariage court et avec des enfants en bas âge car les avoirs à partager sont maigres et ne compensent en aucun cas le sacrifice de la carrière d'un époux au nom du bien de la famille. Dans ces cas, l'impact sur la carrière et, par conséquent, sur la prévoyance professionnelle de l'époux qui s'est voué à l'éducation des enfants, généralement la femme, est durable et ne peut être compensé par le simple partage par moitié qui ne concerne que les avoirs accumulés durant le mariage, une somme assez dérisoire en fin de compte. Ces situations ne correspondent pas non plus au mariage très traditionnel sur lequel la loi s'est construite et le résultat est donc inégalitaire, au même titre que dans les divorces des couples qui n'étaient pas organisés selon un modèle traditionnel. Me MAULINI pense que les juges devraient admettre plus facilement les exceptions afin de rétablir une certaine égalité. Me DONATI, à cet égard, ajoute que les juges restent des êtres humains qui abordent les cas qui leurs sont présentés avec leurs propres valeurs, qui sont souvent assez traditionnelles. Les avocates sont plusieurs à penser, et nous les rejoignons sur ce point, que le juge devrait pouvoir prendre en compte l'âge des enfants, l'impact réel sur la carrière du parent qui prend en charge les enfants ou encore la répartition des tâches entre les époux<sup>137</sup>.

---

<sup>136</sup> PERRENOUD, p. 132.

<sup>137</sup> Cf. *infra* I. 4. et I. 5.

De manière générale, Me LA SPADA-ODIER pense qu'en ce qui concerne les droits parentaux on tend vers une certaine égalité mais que, pour ce qui est des aspects financiers dans le divorce, on est encore très loin de l'égalité. Il faudrait que la société évolue afin de garantir l'égalité salariale et l'égalité des chances. Elle ajoute qu'il est parfois difficile pour les mères, qui se sont occupées des enfants durant la vie commune, d'accepter que leur conjoint prenne aussi en charge les enfants. M. BALMER ajoute même que certaines mères surinvestissent un rôle traditionnel en écartant le père de la vie de leurs enfants ce qui instaure une certaine violence dans le divorce. Me DONATI précise qu'il faut souvent un temps d'adaptation aux ex-époux : ils doivent réapprendre à vivre séparément, à être parent séparément et certains manquent de patience. Nous comprenons donc que les femmes ne subissent pas nécessairement le modèle traditionnel, instauré par la société et par le monde du travail, mais peuvent le choisir et/ou ont parfois du mal à s'en départir. M. BALMER précise que ces cas se font plus rares et que les modèles plus modernes commencent à se faire une place dans les mentalités et au sein de la société.

Tous s'accordent à dire que la loi réagit aux changements sociétaux, qu'elle ne peut imposer un système pour lequel les citoyens ne seraient pas prêts et qu'une évolution sociétale est nécessaire afin d'éradiquer, ou à tout le moins de lisser, les inégalités de genre de manière générale et au sein de l'ex-couple.

## F. Conclusion

Pour répondre à nos questions initiales, nous pouvons à notre avis affirmer que le partage de la prévoyance professionnelle est un bon outil de négociation, largement utilisé, et qui semble avoir fait ses preuves. Par ailleurs, nous avons vu que le partage de la prévoyance professionnelle avait un impact fort sur les inégalités de genre, notamment au sein de l'ex-couple. Dans ce cadre, nous avons découvert que cette institution avait une symbolique toute particulière. En effet, la prévoyance professionnelle est le fruit du travail fourni pendant des années et, lorsque la répartition des tâches n'est pas complémentaire ou égalitaire, la valeur des avoirs de prévoyance ne se calcule plus en francs. Pourtant, contre toute attente, il s'agit rarement d'une source de conflit, ce qui en fait d'ailleurs un bon outil de négociation, malgré le fait que l'institution du partage de la prévoyance professionnelle doive rester indépendante des autres aspects patrimoniaux du divorce, notamment de la liquidation du régime matrimonial et de la fixation des contributions d'entretien.

Rappelons, concernant les inégalités, que le partage de la prévoyance professionnelle permet de rétablir un équilibre au sein de l'ex-couple mais uniquement dans des situations familiales construites autour d'un modèle traditionnel. Néanmoins, *de facto*, ce dernier ne s'inscrit plus dans une réalité genevoise où l'émancipation de la femme et le coût de la vie en font un modèle dépassé. En effet, à moins que l'un

des conjoints ne gagne un salaire largement supérieur à la moyenne suisse<sup>138</sup>, il est impossible de nourrir une famille, de payer les primes d'assurance-maladie, le loyer et toutes les autres charges si seul un conjoint exerce une activité rémunérée. L'un des parents se retrouve ainsi avec la charge de la famille et celle d'un travail. On peut espérer que l'entretien de la famille soit assumé à parts égales par les époux, à côté de leurs emplois respectifs mais, selon les statistiques actuelles, c'est la femme qui supporte la plus grande partie des tâches familiales. Le partage de la prévoyance professionnelle, tel qu'il existe actuellement, soit selon le modèle traditionnel, n'est donc plus nécessairement indiqué et si, dans la majorité des cas, il avantage la femme pour les différentes raisons que nous avons exposées, il existe des situations dans lesquelles la loi ne fait que creuser les inégalités de genre et aboutit à des résultats profondément injustes. Bien que les inégalités entre hommes et femmes constituent un vaste sujet, il nous semble important de souligner ici que la prévoyance professionnelle est un domaine dans lequel les femmes, surtout les mères et les épouses, sont particulièrement défavorisées.

Force est de reconnaître que le nouveau droit de la prévoyance professionnelle de 2017 a tout de même considérablement amélioré la situation des femmes, notamment celles des « veuves divorcées ». Ce changement, comme celui de la possibilité du partage de la rente ou de la prestation de sortie hypothétique, a profondément changé et amélioré la pratique. Ce constat n'est toutefois pas applicable à toutes les modifications apportées par le droit de 2017 et il nous paraît important de souligner la grande différence qu'il peut y avoir entre les théories de la doctrine et la réalité. Qu'il s'agisse des grands espoirs de réforme ou des grands principes inflexibles, la pratique nous démontre que la quantité d'affaires que les juges genevois doivent traiter ne leur permet pas d'approfondir, dans chaque cas, les questions de prévoyance et que la prévoyance équivalente n'a pour ainsi dire jamais existé. La loi n'est pas nécessairement la solution, elle est écrite de manière réactionnaire et vient régler, souvent un peu tard, des problèmes qu'elle a parfois elle-même engendrés.

Nous pensons qu'il faut garder à l'esprit que le droit, et tout particulièrement le droit de la famille, ne peut être dissocié des personnes qui y sont soumises. En cours, dans les livres, nous apprenons à régler un divorce, à liquider des régimes matrimoniaux, à partager la prévoyance professionnelle, à calculer des contributions d'entretien mais il ne faut pas oublier que toutes ces questions touchent à la vie privée des époux qui traversent, alors, des épisodes difficiles et qui tentent de s'adapter à un nouveau mode de vie. Nous pensons que c'est l'une des raisons pour lesquelles la théorie diffère tant de la pratique, car la théorie ne parle que de principes et de chiffres, alors que la pratique, elle, tente de concilier ces chiffres et ces principes avec des histoires de vie, des vécus et des émotions.

---

<sup>138</sup> OFS, « Salaire mensuel brut (médiane) en 2020 ».

Nous proposerions, en conclusion, pour garantir une meilleure égalité au sein de l'ex-couple et, finalement, assurer une certaine justice, que la répartition des tâches durant le mariage soit prise en compte dans le partage de la prévoyance professionnelle et qu'un régime similaire soit accessible aux couples de concubins afin qu'ils ne soient pas complètement démunis lorsqu'ils se séparent, en particulier après des dizaines d'années de vie commune.

## G. Bibliographie

### Ouvrages doctrinaux

AEBI-MÜLLER Regina Elisabeth, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2017, *in* Revue de la société des juristes bernois (RJB/ZBJV) 154/2018, p. 602 ss.

CARDINAUX Basile, Divorce et prévoyance – Quelques aspects choisis, La prévoyance professionnelle et le divorce, *in* Symposium en droit de la famille - Famille et argent [FOUNTOULAKIS Christiana/JUNGO Alexandra, édit.], Genève, Zurich, Bâle (Schultess Éditions romandes) 2022.

DUPONT Anne-Sylvie, Les nouvelles règles de partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce et les autres régimes d'assurances sociales, *in* FamPra.ch 2017, p. 38 ss (cité : DUPONT, Divorce et assurances sociales).

DUPONT Anne-Sylvie, Les nouvelles règles sur le partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce, *in* Le nouveau droit de l'entretien de l'enfant et du partage de la prévoyance [BOHNET François/DUPONT Anne-Sylvie, édit.], Neuchâtel, Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2016 (cité : DUPONT, Les nouvelles règles).

DUPONT Anne-Sylvie, Réflexions décousues sur la viabilité de la prévoyance professionnelle dans le contexte de la numérisation du monde du travail, *in* Piliers du droit social, Mélanges en l'honneur de Jacques-André Schneider, Institut du droit des assurances et du travail (IDAT), [KAHIL-WOLFF HUMMER Bettina/WYLER Rémy, édit.], Berne (Stämpfli) 2019 (cité : DUPONT, Réflexions décousues).

GEISER Thomas, Gestaltungsmöglichkeiten beim Vorsorgeausgleich, *in* Revue de la société des juristes bernois (RJB/ZBJV) 153/2017, p. 1 ss (GEISER, Gestaltungsmöglichkeiten).

GEISER Thomas, Les 3<sup>ème</sup> pilier a et 3<sup>ème</sup> pilier b dans le divorce, *in* Symposium en droit de la famille – Deuxième pilier et épargne privée en droit du divorce [PICHONNAZ Pascal/RUMO-JUNGO Alexandra, édit.], Genève, Zurich, Bâle (Schultess Éditions romandes) 2010 (cité : GEISER, 3<sup>e</sup> piliers).

GEISER Thomas, Scheidung und das Recht der beruflichen Vorsorge, *in* Pratique Juridique Actuelle (AJP/PJA) 2015, p. 1371 ss (cité : GEISER, Scheidung).

GEISER Thomas, Vereinbarungen und Rechtswege im Vorsorgeausgleich : Wenn die Rechtswege sich scheiden, *in* Der Familienprozess, Beweis - Strategien - Durchsetzung [JUNGO Alexandra/FOUNTOULAKIS Christiana, édit.], Genève, Zurich, Bâle (Schultess) 2020 (cité : GEISER, Vereinbarungen).

GEISER Thomas, Zur Neugestaltung des Vorsorgeausgleichs, *in* Pratique Juridique Actuelle (AJP/PJA) 2014, p. 364 ss (cité : GEISER, Vorsorgeausgleichs).

GEISER Thomas/FOUNTOULAKIS Christiana (édit.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 7<sup>e</sup> éd., Bâle (Stämpfli) 2022 (cité : BSK ZGB I-AUTEUR).

GNAEGI Philippe, Histoire, structure et financement des assurances sociales suisses, 4<sup>e</sup> éd., Genève, Zurich, Bâle (Schultess Éditions romandes) 2017.

GREBER Pierre-Yves/MOLO Romolo, Partie IV : La prévoyance professionnelle, *in* Droit suisse de la sécurité sociale [GREBER Pierre-Yves/KAHIL-WOLFF Bettina/FRÉSARD-FELLAY Ghislaine/MOLO Romolo, édit.], vol. 1, Berne (Stämpfli) 2010.

GRÜTTER Myriam, Der neue Vorsorgeausgleich im Überblick, FamPra.ch 2017, p. 127 ss.

GRÜTTER Myriam/VETTERLI Rolf, Arbeitskreis 9: Vorsorgeausgleich – heute und morgen, *in* Siebte Familienrecht§Tage, 23./24. Januar 2014 in Basel [SCHWENZER Ingeborg/BÜCHLER Andrea/FANKHAUSER Roland, édit.], Berne (Stämpfli) 2014.

GUILLOD Olivier/BURGAT Sabrina, Droit des familles, 6<sup>e</sup> éd., Bâle, Neuchâtel (Helbing Lichtenhahn) 2022.

HÜRZELER Marc/STAUFFER Hans-Ulrich (édit.), Basler Kommentar, Berufliche Vorsorge, BVG, FZG und weitere einschlägige Bestimmungen, Bâle (Stämpfli) 2021 (cité : BSK Berufliche Vorsorge-AUTEUR).

RUMO-JUNGO Alexandra, Der Vorentwurf zur Revision des Vorsorgeausgleichs bei Scheidung: Lösungen für alte Probleme, FamPra.ch 2011, p. 1 ss.

LAFFELY MAILLARD Gladys, Le divorce et ses effets accessoires sous l'angle fiscal, *in* Patrimoine de la famille : Entretien, régimes matrimoniaux, deuxième pilier et aspects fiscaux [FOUNTOULAKIS Christiana/JUNGO Alexandra, édité.], Genève, Zurich, Bâle (Schulthess Éditions Romandes) 2016.

LEUBA Audrey, Le nouveau droit du partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce, *FamPra.ch* 2017, p. 3 ss.

LEUBA Audrey/MEIER Philippe/PAPAUX VAN DELDEN Marie-Laure, Droit du divorce : conditions – effets – procédure, Berne (Stämpfli) 2021.

LEUBA Audrey/UDRY Julie, Partage du 2<sup>e</sup> pilier : premières expériences, *in* Entretien de l'enfant et prévoyance professionnelle [FOUNTOULAKIS Christiana/JUNGO Alexandra, édité.], Genève, Zurich, Bâle (Schulthess Éditions Romandes) 2018.

MOSER Markus, Teilung mit Tücken – der Vorsorgeausgleich auf dem Prüfstand der anstehenden Scheidungsrechtsrevision, *in* Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle (SZS/RSAS) 2/2014, p. 100 ss.

OBERSON Francine/WAELTI Fabien, Nouvelles règles de partage de la prévoyance : les enjeux du point de vue judiciaire, *FamPra.ch* 2017, p. 100 ss.

PERRENOUD Stéphanie, Prévoyance professionnelle et égalité entre les sexes : état des lieux et perspectives (1<sup>e</sup> et 2<sup>e</sup> parties), *in* Revue du Centre du droit de la responsabilité civile, des assurances privées et sociales (HAVE/REAS) 2020, p. 3 ss et p. 131 ss.

PICHONNAZ Pascal/FOËX Bénédicte/FOUNTOULAKIS Christiana, Commentaire romand, Code civil I, 2<sup>e</sup> éd., Genève, Bâle, Munich (Helbing Lichtenhahn) 2023 (cité : CR CC I-AUTEUR).

SCHNEIDER Jacques-André/GEISER Thomas/GÄCHTER Thomas (édité.), Kommentar zum schweizerischen Sozialversicherungsrecht, BVG und FZG, 2<sup>e</sup> éd., Berne (Stämpfli) 2019 (cité : KoSS-AUTEUR).

SCHWENZER Ingeborg/FANKHAUSER Roland, Famkommentar : Scheidung, 3<sup>e</sup> éd., Berne (Stämpfli) 2021 (cité : FamKomm Scheidung-AUTEUR).

STAUFFER Hans-Ulrich, Berufliche Vorsorge, 3<sup>e</sup> éd., Genève, Zurich, Bâle (Schulthess) 2019.

VUILLEUMIER Frédéric, Pratiques et questions actuelles concernant le traitement fiscal de l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle, *in* 20 Jahre Wohneigentumsförderung mit Mitteln der beruflichen Vorsorge / 20 ans d'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle [CARDINAUX Basile, édit.], Berne (Stämpfli) 2014.

WISMER Katrin, Dispositionsbefugnisse der Ehegatten im Vorsorgeausgleich bei Scheidung, thèse Zurich, Genève, Zurich, Bâle (Schultess) 2017.

### Jurisprudence

Fédérale :

- ATF 130 III 537, JdT 2005 I 111, SJ 2004 I 529.
- ATF 133 III 497, JdT 2008 I 184, SJ 2007 I 595.
- ATF 135 V 436.
- ATF 145 III 56.
- ATF 145 III 169, JdT 2021 II 127.
- Arrêt du Tribunal fédéral 5A\_748/2012 du 15 mai 2013.
- Arrêt du Tribunal fédéral 5F\_11/2015 du 02 février 2016.
- Arrêt du Tribunal fédéral 5A\_694/2018 du 11 novembre 2019.
- Arrêt du Tribunal fédéral 5A\_500/2020 du 12 février 2021.

Cantonale :

- Arrêt de la Chambre civile de la Cour de Justice de Genève du 15 octobre 2019, ACJC/1526/2019.
- Arrêt du Tribunal supérieur de Zurich du 23 juin 2017, LC160041 (cité : OGer ZH LC160041).

### Matériel législatif

Commentaire de l'OFAS du 10 juin 2016 sur les modifications de l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2) dans le cadre de la révision du code civil relative au partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce du 10 juin 2016, *in* Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 142, du 7 juillet 2016, p. 10 ss (cité : Commentaire de l'OFAS).

Message du Conseil fédéral concernant la modification du code civil suisse (Partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce), FF 2013 4341.

Autres :

Office fédéral de la statistique (ci-après : OFS), « Rentes annuelles moyennes de l'AVS et de la PP, selon le sexe », publié le 27.06.23, consulté le 02.01.24,

<https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/situation-economique-sociale-population/egalite-femmes-hommes/revenu/ecart-rente.assetdetail.25665382.html>.

OFS, « Part des ménages de couples dans lesquels les tâches domestiques sont principalement accomplies par la femme, en 2018 », publié le 04.11.19, consulté le 02.01.24,

<https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/population/familles/activite-professionnelle-taches-domestiques-familiales.assetdetail.10507326.html>.

OFS, « Indicateur conjoncturel de primo-nuptialité », publié le 26.09.23, consulté le 02.01.24,

<https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/population/mariages-partenaires-divorces/nuptialite.assetdetail.27225328.html>.

OFS, « Disparités salariales selon le sexe », publié le 27.10.22, consulté le 02.01.24,

<https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/themes-transversaux/monitoring-programme-legislature/vue-transversale/egalite/ecart-salarial-sexe.assetdetail.23547999.html>.

OFS, « Situation dans la profession, en 2022 », publié le 02.03.23, consulté le 02.01.24,

<https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/situation-economique-sociale-population/egalite-femmes-hommes/activite-professionnelle/situation-profession.assetdetail.24065957.html>.

OFS, « Taux d'activité professionnelle des femmes », publié le 30.10.23, consulté le 04.02.24,

<https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/themes-transversaux/monitoring-programme-legislature/vue-transversale/egalite/taux-activite-professionnelle-femmes.assetdetail.28485573.html>.

OFS, « Personnes actives occupées avec plus d'un emploi », publié le 20.02.23, consulté le 04.01.24,

<https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/travail-remuneration/activite-professionnelle-temps-travail/caracteristiques-main-oeuvre/multiactivite.assetdetail.24045469.html>.

OFS, « Salaire mensuel brut (médiane) en 2020 », publié le 28.11.23, consulté le 05.01.24,

<https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/travail-remuneration/salaires-revenus-cout-travail.html>.

## H. Lexique

- Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101).
- Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC ; RS 210).
- Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS ; RS 831.10).
- Loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959 (LAI ; RS 831.20).
- Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA ; 830.1).
- Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982 (LPP ; RS 831.40).
- Ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 18 avril 1984 (OPP 2 ; RS 831.441.1).
- Loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 17 décembre 1993 (LFLP ; RS 831.42).
- Ordonnance sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 3 octobre 1994 (OLP ; RS 831.425).
- Ordonnance sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle du 3 octobre 1994 (OEPL ; RS 831.411).

# I. Annexes

## 1. Questionnaire de base

- a. Pourriez-vous expliquer votre activité professionnelle dans le cadre de votre travail avec les ex-couples (enjeux, buts, etc.) ?
- b. Quels sont, dans les divorces, les points les plus souvent conflictuels ? Diriez-vous que le partage de la PP en fait partie ?
- c. Pensez-vous que la PP peut être un outil de négociation ? L'utilisez-vous dans votre pratique ?
- d. Diriez-vous que les juges appliquent rigoureusement le droit en ratifiant les conventions ?
- e. Le nouveau droit de la PP a-t-il, selon vous, un impact sur les inégalités de genre au sein de l'ex-couple ?
- f. Comme le nouveau droit exige non plus les maintiens de prévoyances équivalentes mais d'une prévoyance adéquate, les inégalités entre hommes et femmes (dans un couple dit traditionnel) se creusent d'autant plus avec ce nouveau mode de partage
- g. De manière générale, dans les divorces, remarquez-vous des inégalités de genre ? dues à la loi ? dues à la société ?

## 2. Entretien avec Me DONATI, avocate

Entretien semi-directif en présentiel, à l'Étude d'avocats MING HALPÉRIN BURGER INAUDI, le 16 novembre 2023

*Pourriez-vous expliquer en quoi consiste votre travail avec les couples, notamment les buts et les enjeux de la première rencontre ?*

Me DONATI explique qu'elle essaye de connaître l'histoire de son client mais aussi l'histoire de son couple. Elle lui demande également quel est son avenir désirable : comment il se voit dans 5 ans, comment il voit (ou souhaite voir) évoluer sa relation avec son ex-partenaire.

*Quels sont, à votre avis et de manière générale, les points les plus conflictuels dans les procédures de divorce ?*

Me DONATI répond qu'il y a énormément de cristallisation du conflit autour de la prise en charge des enfants car les tâches éducatives et les rôles parentaux doivent être à nouveau répartis. Il peut y avoir une grande différence et un moment d'adaptation lors de la séparation car les parents ne sont plus complémentaires au sein du même foyer et doivent apprendre ou réapprendre à vivre séparément mais aussi à être parents séparément. Il est parfois compliqué pour certains parents de comprendre et d'accepter que l'autre a besoin d'un peu de temps pour reprendre pied. Selon elle, un autre point sensible est la question de l'argent. Il est souvent un support pour le conflit mais l'argent peut, en soi, devenir un conflit lors de la séparation car les moyens viennent à manquer. Les ex-conjoints se plaignent souvent du fait que la nouvelle situation financière n'est pas « équitable ».

*Diriez-vous que le partage de la prévoyance professionnelle a tendance à être conflictuel ?*

Me DONATI répond que c'est souvent un point qui se résout de lui-même et explique que le conflit porte rarement sur la LPP, à moins que le partage soit très compliqué. Les parties comprennent assez facilement que, sans accord, la règle du partage par moitié prévaut. La LPP est, selon elle, un levier dans le cadre des négociations par rapport, notamment, à la liquidation du régime matrimonial, bien que ces deux institutions ne servent pas le même but (ce que les gens ont de la peine à entrevoir). Les avocats ont tendance à jouer sur le partage de la LPP qui offre une bonne marge de manœuvre dans les négociations. D'expérience, elle pense que la LPP sert plus souvent à trouver des solutions qu'elle ne pose de problèmes.

*Vous expliquez que vous utilisez le partage de la prévoyance professionnelle comme outil de négociation, pouvez-vous préciser de quelle manière ?*

Me DONATI donne l'exemple d'un cas de divorce dans lequel elle représentait Monsieur. Son ex-épouse souhaitait reprendre l'appartement du couple mais ses revenus ne permettaient pas la reprise du prêt hypothécaire. Monsieur a donc versé une part plus importante de la LPP (env. 65%), alors qu'une part de ses avoirs avait été retirée pour financer le bien, ce qui a permis à Madame de ne pas rembourser à son ex-époux la part qu'il avait investi dans cet appartement, dans le cadre de la liquidation du régime, et donc de conserver ledit bien immobilier. Si les parties s'étaient cantonnées aux règles légales du partage par moitié des acquêts et des avoirs de prévoyance professionnelle, une telle solution n'aurait pas été envisageable. Elle explique, sur question, que le juge jouit d'une grande latitude de jugement dans le partage des avoirs de prévoyance professionnelle : il a même un devoir d'investigation sur cette question. Il peut donc opter pour une autre solution. Toutefois, Me DONATI souligne que, à Genève, le juge se départira rarement du partage par moitié ou de l'accord pris par les parties et, s'il le fait, ce sera généralement pour renoncer au partage. À son avis, dans d'autres cantons, notamment dans le Canton de Neuchâtel, les juges sont plus regardant et vont plus loin dans les investigations. Cela n'est pas toujours possible à Genève à vu du temps et de l'investissement que cela demande.

*Pensez-vous que les juges appliquent rigoureusement le droit lorsqu'ils ratifient les conventions des parties, notamment sur le point de savoir si une prévoyance adéquate est garantie ?*

Me DONATI répond que, dans sa pratique, elle remarque que les juges genevois vérifient les chiffres pour comprendre sur quels montants les parties se sont effectivement mises d'accord mais ne vérifie pas les conventions pour le surplus. Ils ne font notamment aucune projection pour savoir quels seront les rentes des ex-époux une fois à la retraite. Elle pense que, dans certaines situations, une vérification aussi poussée ne se justifierait pas mais que d'autres conventions mériteraient qu'on s'y attarde, notamment sur la question de la garantie d'une prévoyance adéquate. Les juges ont effectivement tendance, à défaut d'accord, à partager la prévoyance par moitié ou à renoncer au partage des avoirs. Dans sa pratique, elle n'a jamais vu de juges se départir d'un accord. Elle pense que si les parties ne sont pas représentées les juges sont plus regardant.

*À votre avis, le nouveau droit de 2017 sur le partage de la prévoyance professionnelle a-t-il eu un impact sur les inégalités de genre au sein de l'ex-couple ?*

Me DONATI répond que, sur le principe, la loi est bien faite et bien pensée. Toutefois, elle se base sur un paradigme qu'on souhaiterait voir changer mais qui est encore d'actualité. Dans les constellations familiales actuelles et dans les mariages traditionnels, c'est le plus souvent l'homme qui pourvoit aux

besoins financiers de la famille alors que la femme baisse son taux d'activité ou arrête de travailler pour s'occuper des enfants communs. Dans ce schéma, Me DONATI trouve très juste que ces femmes puissent bénéficier d'une aide à la retraite car elles ont sacrifié leur emploi et, par la même, leur prévoyance pour le bien de la famille. Il s'avère que, dans d'autres constellations, des femmes cotisent plus, sur une base volontaire, alors qu'elles ont baissé leur taux de travail pour la famille, et doivent ainsi partager leurs avoirs avec un sentiment fort d'injustice. Dans la majorité des divorces, probablement dans 9 cas sur 10, c'est la femme qui bénéficie du partage des avoirs de prévoyance. Ce sont toutefois des exceptions dans lesquelles la règle aboutit à une certaine inégalité et à un fort sentiment d'injustice. Finalement, le renoncement au partage serait, dans la majorité des cas, inégalitaire pour la femme dans les constellations familiales actuelles. Cette règle du partage par moitié ne se justifiera plus lorsque les deux parents auront une charge familiale égale, ce qui n'est pas près d'arriver.

*Est-ce que le changement, en 2017, de l'exigence d'une prévoyance « équivalente » à une prévoyance « adéquate » qui offre plus grande marge de manœuvre aux parties et au juge a, selon vous, contribué à creuser les inégalités de genre ?*

Me DONATI ne pense pas que ce changement de terme en soi signifie qu'il y ait eu un changement de fond. Il s'agirait plus de « dépeussierage ». Elle pense que cela n'a pas modifié la marge de manœuvre du juge ni celle des parties. Elle pense que ce partage des avoirs de prévoyance est aujourd'hui encore essentiel. Il est difficile de savoir avec certitude quelles rentes seront versées à la retraite et donc de savoir si une prévoyance adéquate est assurée : il est possible de faire des projections mais cela prend du temps et coûte cher en frais d'avocat. De plus, les gens divorcent de plus en plus jeune et il est d'autant plus difficile d'imaginer ou de prévoir les moyens dont les ex-conjoints disposeront à la retraite.

*Pensez-vous qu'il soit juste de renoncer au partage des avoirs de prévoyance lorsque les parties sont encore jeunes et que le mariage était relativement court ?*

Me DONATI pense que cela ne justifie pas en soi de se départir du partage par moitié mais certaines circonstances font que le partage n'est pas indiqué et fait peu sens. Il faut voir au cas par cas.

*Pensez-vous que l'attribution des bonifications pour tâches éducatives (ci-après : BTE) soient aussi un élément de négociation ?*

Me DONATI pense que l'enjeu est minime car cela représente, *in fine*, un montant dérisoire (soit une dizaine de CHF par mois sur la rente). Il est rare que les BTE soient négociées : elles sont réparties en fonction de la prise en charge effective des enfants.

*De manière générale, remarquez-vous dans les divorces des inégalités systématiques ?*

Me DONATI explique que le divorce intervient souvent comme un soulagement : le jugement de divorce dit aux parties quoi faire. Elle a rarement eu des clients qui reviennent pour faire part de frustrations dues à un jugement qui ne serait pas fonctionnel. Elle ajoute que les juges restent des êtres humains, qui abordent les situations avec leur prisme de vision, généralement avec une idée très traditionnelle de la famille. Elle souhaite, personnellement, que la garde alternée devienne plus systématique, voire la règle. Elle précise qu'il s'agit de son vécu et non du retour de ses clients.

*Les avoirs de prévoyance professionnelle à partager sont comptabilisés à partir du mariage jusqu'au dépôt de la requête de divorce : pensez-vous que, dans des situations où la séparation du couple intervient plusieurs années avant la requête de divorce, il serait plus juste de ne prendre en compte les avoirs accumulés jusqu'à la date de la séparation (afin de ne prendre en compte que les avoirs accumulés sur la vie commune effective) ?*

Me DONATI pense que c'est une très bonne remarque. Le droit a déjà changé et pose comme date de calcul le dépôt de la requête de divorce alors que l'ancien droit prévoyait que les avoirs accumulés jusqu'au jugement de divorce étaient partagés, ce qui poussait certaines parties à faire traîner en longueur les procédures afin de gagner plus. Dans l'absolu, ce serait juste d'arrêter le partage des avoirs au moment de la séparation car, à ce moment-là, les parties savent déjà qu'elles accomplissent leur travail pour leur propre avenir et non plus pour le couple. Elle pense même que cela encouragerait les parties à se réinsérer professionnellement plus rapidement ou à augmenter leur taux dès la séparation car, dans beaucoup de jugements de mesures protectrices de l'union conjugale (ci-après : MPUC), des revenus hypothétiques sont imputés à une des parties, souvent à la mère, qui arrive généralement au jugement de divorce avec une situation qui n'a pas évoluée. En effet, cette partie n'a pas de raison de changer son mode de vie si elle touche une contribution d'entretien et sait que les avoirs de prévoyance continuent à s'accumuler. Elle pense que ce changement est une bonne piste à creuser pour la suite.

Me DONATI pense que, si la question de la LPP est peu litigieuse, c'est parce qu'elle intervient plus tard. Le conflit est généralement très vif dans le cadre des MPUC mais ne l'est plus tant en instance de divorce. Si la question de la LPP était traitée dans le cadre des MPUC, elle serait certainement plus litigieuse : il faudrait donc veiller à ce que la question soit traitée dans le cadre du divorce même si le moment déterminant pour le calcul des avoirs de prévoyance devenait la séparation.

*Pensez-vous que les inégalités qui subsistent après la modification légale de 2017 sont dues à la loi, qui doit s'adapter, ou plutôt à la société, qui est encore imprégnée des idées traditionnelles du mariage ?*

Me DONATI répond que le droit est réactionnaire : on crée des lois lorsque le besoin s'en fait sentir. La société évolue plus vite que le droit qui a donc souvent un train de retard. La société n'a pas encore suffisamment évolué du point de vue des inégalités de genre pour que la loi sur le partage de la prévoyance soit modifiée. Dès qu'un enfant est pris en charge équitablement par ses deux parents il grandira avec ce modèle qu'il reproduira probablement dans sa vie d'adulte. On est encore dans un paradigme plus patriarcal : les pères (dans le mariage traditionnel) n'ont encore que deux semaines de congé paternité. La loi ne peut pas imposer des changements que la société n'est pas prête à accepter. Elle pense que c'est surtout la prise en charge des enfants qui doit changer.

### 3. Entretien avec M. BALMER, médiateur

Entretien semi-directif en présentiel, rendez-vous à l'extérieur, le 20 novembre 2023

*Pourriez-vous expliquer en quoi consiste votre travail avec les ex-couples, notamment les buts et les enjeux de la médiation ?*

M. BALMER explique qu'il travaille dans le cadre de la protection de l'enfance, il n'est donc confronté qu'à des ex-couples avec des enfants. En tant que médiateur, il intervient essentiellement sur mandat judiciaire ou administratif, avec un quart de situations qui viennent spontanément. Au sein de L'ASTURAL, ils accompagnent entre 200 et 230 familles par année. Toutes ces familles se présentent pour cause de transitions familiales et pas exclusivement pour des séparations/divorces. Contrairement au droit, la médiation part des relations et non des faits, ces derniers sont compris comme la production liée aux relations. Dans le cadre de la protection de l'enfance, tant les relations parents-enfants que les relations entre les deux parents doivent être travaillées car il n'est pas rare que, dans une séparation/divorce, l'enfant soit instrumentalisé dans le conflit parental. Les gens viennent généralement pour trouver un accord mais ils se rendent vite compte que cela représente bien plus de travail que de passer par un avocat et un juge car ils doivent mettre la main à la pâte. Le but est qu'ils puissent eux-mêmes négocier et prendre des décisions pour leurs propres destins : ces décisions sont de manière générale plus solides et tiennent plus longtemps car elles ont été co-construites. De plus, elles sont beaucoup moins coûteuses (une séance de médiation coûtant env. 200 CHF / h). Les juridictions ainsi que les instances administratives (SEASP, SPMI) financent toutes plusieurs heures de médiation si elles l'ordonnent. Dès le 1<sup>er</sup> janvier 2024, une loi prévoira la gratuité de la médiation pour 7,5 h, renouvelable 3 fois (30h au total). Le Bureau de la médiation pourra être saisi aussi bien en amont qu'en aval d'une

procédure judiciaire. Cela concerne tout conflit pouvant faire l'objet d'une procédure judiciaire. M. BALMER explique qu'il s'agit d'une solution innovante, y compris sur la scène internationale.

*Quels sont, à votre avis et de manière générale, les points les plus conflictuels dans les procédures de divorce ou les séparations ?*

M. BALMER explique qu'il part toujours de la répartition du temps que les enfants passent sous la responsabilité de chaque parent. Il ne parle pas du terme « garde » car il a tendance à attiser le conflit. En effet, celui qui n'a pas la « garde » n'a qu'un simple droit de visite. M. BALMER explique que le fait de commencer par ce point permet de défocaliser le conflit parental, d'apaiser les tensions, de désamorcer les « projections répulsives », soit le fait de rejeter sur l'autre la culpabilité de la situation dans laquelle on se trouve. Le fait de se concentrer sur les enfants mobilise les parents dans leurs responsabilités par rapport aux enfants et permet de retrouver un objectif ou une cause commune. M. BALMER ajoute que les questions d'argent sont souvent conflictuelles car l'argent vient rembourser des dettes de tout ordre (financières, charge mentale, culpabilité). L'argent est souvent utilisé pour compenser les blessures. Il y a des situations dans lesquelles l'argent est un réel problème, soit parce qu'il y en a trop, soit pas assez.

*Diriez-vous que le partage de la prévoyance professionnelle a tendance à être conflictuel ?*

M. BALMER répond qu'il est assez rare que le partage des avoirs de prévoyance soit conflictuel. Toutefois, il expose une situation avec une mère sous emprise et un père un peu abusif. Pour Madame, qui travaillait, contrairement à Monsieur qui ne travaillait que de manière très sporadique, le fait de se libérer de cette emprise et de garder sa prévoyance était un enjeu important. Il souligne ainsi l'importance que cette question peut avoir dans une situation concrète. Il s'agit d'une importance symbolique. Il explique que les gens pensent souvent que les juges feront un partage par moitié : avant 2017, il était très compliqué de déroger à la règle.

*Pensez-vous que le partage des avoirs de prévoyance professionnelle puisse être utilisé comme un outil de négociation ?*

M. BALMER répond que dans la situation qu'il décrivait ci-dessus, un terrain avec un chalet, des voitures et du mobilier étaient également en jeu : Monsieur a accepté de renoncer au partage de la prévoyance professionnelle à condition que Madame lui laisse le terrain avec le chalet. Sur question, il explique que, dans la pratique, les questions de la prise en charge des enfants et des contributions d'entretien sont souvent réglées avant la liquidation du régime et la question de la LPP. Il n'y a pas d'ordre établi.

*Pensez-vous que les juges appliquent rigoureusement le droit lorsqu'ils ratifient les conventions des parties, notamment sur le point de savoir si une prévoyance adéquate est garantie ?*

M. BALMER répond qu'il pense que les juges lisent les conventions de divorce avec un œil global et vérifient surtout que la sécurité et le développement des enfants sont garantis et que, à la retraite, les parties ne seront pas à l'assistance. Toutes les fois où il a dérogé au principe du partage par moitié, les juges ont toujours ratifié les conventions. Quand il déroge à ce principe, il laisse d'abord les ex-époux expliquer ce qui leur paraît juste et ce qu'ils souhaiteraient avant de leur exposer les solutions juridiques envisageables. Dans la médiation, il les accompagne afin de recréer une alliance pour apaiser le conflit. Cette alliance peut être reconstruite autour de leur parentalité ou autour de leur histoire commune. Dans certains cas, lorsque le conflit est trop important, la reprise de contact n'est pas possible et le but est alors d'apaiser le conflit pour préserver les enfants en réduisant au maximum les interactions entre parents.

Sur question, M. BALMER explique que la médiation n'aboutit pas toujours mais il pense que c'est souvent une question de temporalité. Une conciliation pourrait échouer pour qu'ensuite une médiation s'avère fructueuse et inversement.

*À votre avis, le nouveau droit de 2017 sur le partage de la prévoyance professionnelle a-t-il eu un impact sur les inégalités de genre au sein de l'ex-couple ?*

M. BALMER répond que cela dépend des situations et des volontés de chacun. Il est des situations dans lesquelles les mères surinvestissent un rôle traditionnel et génèrent une certaine violence en écartant le père mais il est des situations dans lesquelles on remarque la volonté des pères d'être présents pour leurs enfants et où les choses sont revendiquées dans une certaine équivalence. Il y a aussi des pères qui se satisfont très bien de la répartition traditionnelle des tâches au sein du couple. Sur question, M. BALMER explique qu'on tend vers une sorte d'équivalence : d'une part, parce que les juges se posent de plus en plus la question de la prise en charge alternée et, d'autre part, car les ex-couples, bien qu'ils soient en conflit, demandent une prise en charge égalitaire de leurs enfants. Ce modèle commence à se faire une place dans les mentalités. Il explique que, en Belgique, l'hébergement alterné est la règle, sauf exception liée à la sécurité et au développement des enfants. Il pense que depuis que l'autorité parentale conjointe est la règle en Suisse, les mentalités ont évolué.

*Est-ce que le changement, en 2017, de l'exigence d'une prévoyance « équivalente » à une prévoyance « adéquate » qui offre plus grande marge de manœuvre aux parties et au juge a, selon vous, contribué à creuser les inégalités de genre ?*

M. BALMER n'a remarqué aucun changement. Il souligne que les inégalités liées au statut antérieur au sein du couple et de la famille peuvent perdurer, notamment lorsqu'une mère au foyer doit se réinsérer ou s'insérer dans le monde du travail, sans formation ou avec une formation mais peu d'expérience professionnelle. Elle aura un plus petit revenu et une plus petite retraite. Il n'a jamais eu de situation dans lesquelles le partage des avoirs de prévoyance était supérieur à la moitié. De manière générale, les répartitions différentes sont peu communes, probablement car, dans les esprits, on partage la moitié ou on renonce au partage.

*Pensez-vous que des inégalités subsistent dans le divorce des couples traditionnelles ?*

M. BALMER pense que dans les couples qui ont une division du travail très complémentaire, soit un modèle traditionnel, les inégalités sont très fortes. En effet, les pouvoirs sont clairement divisés : l'homme a un pouvoir financier alors que la femme a un pouvoir domestique. Ce dernier permet un certain ascendant sur les enfants. Il pense que la loi tend déjà à symétriser les rapports. Il faut une évolution globale de la société pour arriver à l'égalité au sein de la famille.

#### 4. Entretien avec Me MAULINI, avocate

Entretien semi-directif en présentiel, au COLLECTIF DE DÉFENSE, le 22 novembre 2023

*Pourriez-vous expliquer en quoi consiste votre travail avec les couples, notamment les buts et les enjeux de la première rencontre ?*

Me MAULINI explique qu'elle traite beaucoup de situations de violence. De manière générale, elle aborde la situation familiale par le biais de l'intérêt de l'enfant car tous les autres points en découlent. Elle aborde la question de la prise en charge des enfants, comment elle est organisée par les parents ou par les MPUC et regarde comment cela se passe. C'est seulement ensuite qu'elle aborde les questions financières. Dans un premier temps, elle demande aux conjoints de réunir les pièces nécessaires et leur explique les principes généraux du divorce. Pour ce qui est de la prévoyance professionnelle, elle la présente comme un fait qui n'est pas discutable. En effet, il est très compliqué d'obtenir une exception au partage de la prévoyance. Même dans les cas choquants, lorsque la prise en charge des enfants n'est pas égalitaire, lorsqu'il y a un schéma de violences familiales, si les époux ne trouvent pas d'accord le juge accorde rarement, voire jamais, une exception au partage des avoirs de prévoyance. Le plus souvent,

dans les faits, on a une mère qui a moins cotisé et qui s'inquiète d'un « non-partage » : Me MAULINI, dans les cas où le partage est justifié, explique à sa cliente que les avoirs de prévoyance sont partagés par le juge, notamment pour la rassurer.

*Quels sont, à votre avis et de manière générale, les points les plus conflictuels dans les procédures de divorce ?*

Me MAULINI répond que dans les divorces, sans situation particulière de violence, le point critique est souvent l'argent. Dans des situations de violence, la situation familiale et la prise en charge des enfants peuvent être extrêmement problématiques. Dans les divorces, la question la prise en charge des enfants a généralement déjà été réglée en MPUC, ce sont plutôt les questions financières qui sont conflictuelles. Le modèle mis en place par les MPUC est parfois remis en cause mais, de manière générale, elle observe plutôt la continuation de ce modèle. Les questions financières concernent surtout les contributions d'entretien. La prévoyance professionnelle n'est pas le point principal.

Me MAULINI explique qu'elle s'attarde sur la question de la prévoyance et sur les possibilités d'une exception au partage dans les cas de violences conjugales, dans des situations où Monsieur est indépendant ou ne travaille pas et dans celles où les fortunes des époux sont considérablement différentes.

Les procédures sont déjà extrêmement longues et se battre sur la question du partage des avoirs de prévoyance veut souvent dire rallonger la procédure en montant à la Cour de justice alors que les époux souhaitent être finalement divorcés. De plus, Me MAULINI souligne que les mariages sont de plus en plus courts : les avoirs à partager ne représentent plus toujours un enjeu considérable.

*Pensez-vous que le partage des avoirs de prévoyance professionnelle puisse être utilisé comme un outil de négociation ?*

Me MAULINI répond que c'est une possibilité mais, dans sa pratique, elle le fait très rarement. En effet, elle se trouve le plus souvent dans une situation dans laquelle sa cliente a droit au partage de la prévoyance de son ex-conjoint et refuse de négocier ce point. Elle n'a souvent aucune raison de négocier car sa cliente est dans son droit et qu'elle est sûre de gagner en justice.

*Pensez-vous que les juges appliquent rigoureusement le droit lorsqu'ils ratifient les conventions des parties, notamment sur le point de savoir si une prévoyance adéquate est garantie ?*

Me MAULINI répond par la négative. Elle explique que les juges ratifient souvent des conventions qui posent problème. Ils se questionneront peut-être si aucune contribution d'entretien n'est attribuée ou si les parties renoncent au partage de la prévoyance professionnelle.

Elle expose un cas dans lequel Monsieur avait payé une contribution d'entretien pendant 30 ans. Elle a plaidé le renoncement au partage de la prévoyance car cela lui paraissait plus juste mais Madame a renoncé aux avoirs de Monsieur en audience, elle ne sait donc pas ce que le juge aurait tranché.

*Les avoirs de prévoyance professionnelle à partager sont comptabilisés à partir du mariage jusqu'au dépôt de la requête de divorce : pensez-vous que, dans des situations où la séparation du couple intervient plusieurs années avant la requête de divorce, il serait plus juste de ne prendre en compte que les avoirs accumulés jusqu'à la date de la séparation (afin de ne prendre en compte que les avoirs accumulés sur la vie commune effective) ?*

Me MAULINI répond par la négative car, de manière générale, les familles sont construites selon un modèle traditionnel, dans lequel Madame ne travaille pas ou travaille moins et se constitue ainsi une moins bonne prévoyance. Le système actuel offre une protection supplémentaire à la femme. De plus, les contributions d'entretien à l'épouse sont de plus en plus basses et on lui demande de retrouver une capacité de travail de plus en plus vite. Elle serait contre une telle modification dans la société actuelle. Dans une société idéale, la question ne se poserait pas.

Me MAULINI souhaiterait une prise en charge équitable des enfants par les deux parents mais cette situation n'est pas la règle et elle ne peut pas servir de base à la législation. Pour les situations dans lesquelles un partage serait choquant, comme le cas exposé ci-dessus où des avoirs accumulés durant plus de 30 ans aurait dû être partagés alors que les conjoints étaient séparés depuis des dizaines d'années, la loi prévoit les exceptions au partage. Elle regrette que ces exceptions ne soient pas reconnues plus souvent : le problème est, selon elle, la jurisprudence liée à ces exceptions. Elle pense notamment à un cas dans lequel Madame travaillait et s'occupait des enfants, elle subissait des violences, confirmées par une condamnation pénale, et Monsieur n'avait jamais travaillé : le juge a ordonné le partage des avoirs de prévoyance professionnelle de Madame et a été confirmé par la Cour de justice. Ce cas est choquant et aurait dû, à son avis, entrer dans le cadre des exceptions au partage. À défaut d'accord, les juges partagent les avoirs de prévoyance par moitié. Dans ces cas, il y a un aspect symbolique non négligeable. C'est un acte de violence supplémentaire.

Un éventuel partage différent du partage par moitié, comme un partage à 30%, se plaide de plus en plus mais le tribunal tranche rarement dans ce sens.

Me MAULINI souligne la problématique des indépendants : dans un de ses cas, Madame travaillait en tant qu'employée et touchait un salaire moyen alors que Monsieur était indépendant mais gagnait très bien sa vie (près du triple du salaire de Madame). Si Monsieur avait voulu se constituer une prévoyance professionnelle, il l'aurait pu. Dans ces cas, un partage paraît choquant. Me MAULINI souligne que la société suisse et la loi suisse ne sont pas faites pour les indépendants.

Me MAULINI tient à mettre l'accent sur le but de la loi : selon elle, la loi sur le partage des avoirs de prévoyance professionnelle a été rédigée sur la base du modèle familial traditionnel. Elle protège donc le parent qui se voue à la famille, au couple, au foyer. Dans des situations comme celles décrites ci-dessus, la loi mène à un résultat contraire à son but, soit à de grandes injustices. Lorsque l'un des deux parents travaille et s'occupe des enfants et de tout ce qui concerne le foyer, le partage est profondément injuste. Me MAULINI souligne que ces situations sont fréquentes et que la jurisprudence ne reconnaît pas les exceptions pour ces cas.

*À votre avis, le nouveau droit de 2017 sur le partage de la prévoyance professionnelle a-t-il eu un impact sur les inégalités de genre au sein de l'ex-couple ?*

Me MAULINI répond que la modification se ressent surtout pour les rentiers AI ou AVS mais, dans les autres cas, elle n'a pas remarqué de différence. Elle trouve que la rente pour l'ex-femme qui perdure après le décès de Monsieur est également un changement positif.

*Est-ce que le changement, en 2017, de l'exigence d'une prévoyance « équivalente » à une prévoyance « adéquate » qui offre plus grande marge de manœuvre aux parties et au juge a, selon vous, contribué à creuser les inégalités de genre ?*

Me MAULINI n'a remarqué aucune différence pratique. Elle ne pense pas que ce changement ait fait une différence, la marge de manœuvre des parties étant, à son avis, restée la même. Les exceptions étaient déjà prévues avant mais c'est la jurisprudence qui doit évoluer.

*De manière générale, remarquez-vous, dans les divorces, des inégalités et pensez-vous qu'elles sont dues à la loi ou simplement à la société ?*

Me MAULINI explique qu'il y a souvent des divorces de personnes jeunes, dont le mariage était court, et dont les enfants sont encore petits. Le partage de la prévoyance professionnelle ne concerne que les

avoirs accumulés durant le mariage alors que la répercussion professionnelle perdure après le mariage (taux plus bas, frein dans l'avancée de sa carrière). Dans ces cas, la compensation n'est pas complète car les années post-divorce ne sont pas compensées dans le calcul. Encore une fois, la loi a été pensée sur un modèle traditionnel, avec des divorces qui interviennent dans des mariages de plus longue durée.

De manière générale, une prise en charge plus égalitaire des enfants, l'égalité des salaires et des chances sur le marché du travail ainsi que l'éducation à la volonté d'avoir une carrière pour les femmes seraient nécessaire dans une société idéale. Toutefois, Me MAULINI ne pense pas qu'un changement légal puisse remédier à ce problème de suite : il faudrait pouvoir prévoir un partage en fonction de l'âge des enfants et de l'impact sur la carrière. Les contributions d'entretien ainsi que les bonifications pour tâches éducatives (ci-après : BTE) sont censées compenser ce manque mais sans succès réel car les BTE n'ont qu'un effet minime sur la rente. Si la garde est attribuée à un parent, c'est ce parent qui bénéficie des BTE. Il faut que le divorce soit prononcé avant les 25 ans de l'enfant (ou du dernier enfant) pour qu'elles soient attribuées, dans le divorce, à un parent. Si les enfants sont plus âgés, les BTE sont partagées par moitié.

Enfin, Me MAULINI insiste sur le fait que la jurisprudence doit évoluer pour admettre les exceptions plus largement afin de garantir une meilleure égalité au sein de l'ex-couple.

## 5. Entretien avec Me LA SPADA-ODIER, avocate

Entretien semi-directif, par téléphone, le 29 novembre 2023

*Pourriez-vous expliquer votre activité professionnelle dans le cadre de votre travail avec les ex-couples (enjeux, buts, etc.) ?*

Me LA SPADA-ODIER explique que son but est avant tout de protéger les enfants. Ils sont forcément impactés par le divorce de leurs parents mais elle essaye de faire en sorte qu'ils le soient le moins possible. Pour ce faire, elle questionne son client/sa cliente à propos des points sur lesquels ils sont d'accord (s'il y en a) et tente d'apaiser le conflit. Cela permet également de réduire le temps et le coût de la procédure. Lorsque des couples sans enfants divorcent, la procédure est souvent moins lourde émotionnellement et donc plus facile mais c'est alors l'argent qui devient source de conflit. Toutefois, les négociations financières sont plus simples que les négociations sur la prise en charge des enfants communs.

*Quels sont, dans les divorces, les points les plus souvent conflictuels ?*

Me LA SPADA-ODIER répond que, de manière générale, ce sont les droits parentaux qui sont au centre des conflits, notamment la question de la prise en charge des enfants. Elle ajoute que, dans les situations plus aisées, l'argent est un enjeu important et peut également être source de conflit.

*Diriez-vous que le partage de la prévoyance professionnelle est un élément conflictuel ?*

Me LA SPADA-ODIER pense que le partage des avoirs de prévoyance professionnelle est plutôt facile dans la plupart des cas et ne pose pas nécessairement problème. Les cas dans lesquels un parent, souvent la femme, assume toutes les charges, soit la prise en charge des enfants ainsi qu'un emploi pour faire vivre la famille, sont toutefois plus complexes. En effet, le partage est ressenti comme injuste et crée des frustrations puisque ces mères, en plus de faire vivre la famille et de gérer tout ce qui a trait aux enfants, doivent partager ce qu'elles ont mis de côté pour leur prévoyance avec un père qui ne s'occupait pas de la famille. Me LA SPADA-ODIER ajoute que les hommes n'ont généralement aucun problème à partager leurs avoirs de prévoyance lorsque les tâches étaient réparties de manière traditionnelle pendant le mariage.

Me LA SPADA-ODIER explique à ses clients qu'ils ont peu de marge de manœuvre en ce qui concerne le partage de la prévoyance professionnelle. Il est possible de s'écarter du partage par moitié mais il faut convaincre le juge qu'une telle solution est équitable. Elle explique que le juge n'accepte que les parties renoncent au partage par moitié que si l'écart entre les avoirs des ex-époux est minime.

*Diriez-vous que les juges appliquent rigoureusement le droit en ratifiant les conventions ?*

Me LA SPADA-ODIER explique que le juge ratifie facilement les conventions sur les effets accessoires du divorce si les pièces nécessaires sont produites et que les solutions choisies lui sont expliquées. Les juges n'apprécient pas vraiment revenir sur un accord entre les parties.

*Les avoirs de prévoyance professionnelle à partager sont comptabilisés à partir du mariage jusqu'au dépôt de la requête de divorce : pensez-vous que, dans des situations où la séparation du couple intervient plusieurs années avant la requête de divorce, il serait plus juste de ne prendre en compte que les avoirs accumulés jusqu'à la date de la séparation (afin de ne prendre en compte que les avoirs accumulés sur la vie commune effective) ?*

Me LA SPADA-ODIER répond qu'il est possible de prendre une autre date que celle du dépôt de la requête de divorce pour autant que celle-ci soit justifiée : il est possible que la date prise en compte pour calculer

les avoirs à partager soit celle du début des négociations. Elle explique qu'il est difficile de répondre à cette question de manière abstraite, il faudrait l'examiner au cas par cas. Les situations financières des parties, leurs fortunes respectives, ainsi que la répartition des tâches devraient être prises en compte. Il est clair qu'il serait plus juste de prendre une date antérieure à celle du dépôt de la requête si le divorce intervient par exemple dix ans après la séparation. De manière générale, pour arrêter le calcul des avoirs de prévoyance à une date antérieure, il faut que les circonstances du cas d'espèce le justifient et que ce choix soit équitable. Il revient ensuite au juge, qui jouit d'un large pouvoir d'appréciation, de déterminer si cette solution est juste car ce point ne fait l'objet d'aucune base légale.

Me LA SPADA-ODIER précise que le juge revoit plus facilement les accords sur les questions d'ordre financier que sur celles qui concernent les enfants. Le but est ainsi de responsabiliser les ex-conjoints dans leur rôle de parent.

*Pensez-vous que la PP peut être un outil de négociation ? L'utilisez-vous dans votre pratique ?*

Me LA SPADA-ODIER répond par l'affirmative. Le partage de la prévoyance professionnelle est souvent un levier dans les négociations : on peut par exemple proposer de renoncer au partage des avoirs de prévoyance en échange d'une contribution d'entretien plus élevée et/ou versée sur une plus longue durée. C'est un outil de négociation important pour les enjeux de liquidation du régime matrimonial et des contributions d'entretien. Les contributions d'entretien dépendent fortement de la liquidation du régime matrimonial, notamment leur durée et leur montant. Le partage des avoirs de prévoyance est une question à part : si les parties y renoncent, le juge doit pouvoir comprendre en quoi ce choix est équitable. De plus, Me LA SPADA-ODIER souligne que les mariages sont de plus courte durée et que les ex-époux sont aussi plus jeunes qu'auparavant : les contributions d'entretien à l'ex-époux sont difficilement accordées et les avoirs de prévoyance à partager sont moins conséquents.

Me LA SPADA-ODIER explique que, de manière générale, elle observe une répartition traditionnelle des tâches pendant la vie commune. Toutefois, lors des séparations, les pères sont de plus en plus nombreux à revendiquer leurs droits parentaux : ils veulent s'investir dans la vie de leurs enfants. Il faut leur laisser un temps d'adaptation s'ils ne prenaient pas en charge les enfants pendant la vie commune, ce qui est parfois difficile à accepter pour les mères. Elle souligne que, même si la prise en charge effective des enfants est répartie de manière égale, les mères continuent à porter la charge émotionnelle et la charge mentale. Malgré tout, elle pense que l'on tend vers un système plus égalitaire.

*Le nouveau droit de la prévoyance professionnelle a-t-il, selon vous, un impact sur les inégalités de genre au sein de l'ex-couple ?*

Me LA SPADA-ODIER pense que le nouveau droit a le mérite de garantir une meilleure prévisibilité et une meilleure sécurité juridique. Lorsqu'un cas de prévoyance était réalisé pour l'un des ex-époux lors du divorce, il était difficile de rassurer l'autre car l'indemnité équitable qui lui était due était très incertaine et ne remplaçait jamais un partage. La possibilité de partager les rentes est, selon elle, un point très positif.

*Est-ce que le changement, en 2017, de l'exigence d'une prévoyance « équivalente » à une prévoyance « adéquate » qui offre plus grande marge de manœuvre aux parties et au juge a, selon vous, contribué à creuser les inégalités de genre ?*

Me LA SPADA-ODIER n'a remarqué aucun changement dans sa pratique. Elle pense que les prévoyances n'ont jamais été et ne pouvaient pas être équivalentes. Ce changement de terme permet simplement au droit de se conformer à la réalité de la pratique. Les réformes sont souvent pleines d'attentes mais, avec le recul, certains changements ne sont que théoriques et d'autres sont effectivement bénéfiques.

*De manière générale, remarquez-vous dans les divorces des inégalités et pensez-vous qu'elles sont dues à la loi ou simplement à la société ?*

Me LA SPADA-ODIER pense que, sur certains points, on tend vers l'égalité, notamment avec les droits parentaux. Le progrès pousse les parents à s'entendre sur les points concernant les enfants. En revanche, en ce qui concerne les aspects financiers, on est très loin de l'égalité : il faut une évolution sociétale pour arriver à l'égalité salariale et à l'égalité des chances. Me LA SPADA-ODIER souligne qu'il est parfois difficile pour les mères de donner une part de la garde aux pères, même si c'est plus juste pour les enfants, et de travailler/retravailler, bien qu'elle leur explique que de cette manière elles retrouveront du temps pour elles.