



Article scientifique

Article

2017

Accepted version

Open Access

This is an author manuscript post-peer-reviewing (accepted version) of the original publication. The layout of the published version may differ .

---

## Aspects de droit international privé de la réforme de la prévoyance professionnelle

---

Romano, Gian Paolo

### How to cite

ROMANO, Gian Paolo. Aspects de droit international privé de la réforme de la prévoyance professionnelle. In: La pratique du droit de la famille, 2017, n° 1, p. 57–78.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:135059>

# Aspects de droit international privé de la réforme de la prévoyance professionnelle

Gian Paolo Romano<sup>1</sup>

---

**Mots-clé** : partage de la prévoyance professionnelle, divorce, effets accessoires, droit international privé, compétence exclusive, clause d'exception.

---

Le thème dont j'ai été chargé a pour objet les aspects de droit international privé de la réforme.<sup>2</sup> Or pour mieux comprendre ce qui change (III), il est utile de rappeler d'abord ce qui est, de faire le point sur le régime actuel qui, dans moins de deux mois, sera le régime passé, car dépassé par le régime réformé (II). Mais avant de se pencher sur les relations privées internationales, je vous propose de se risquer à une brève incursion sur le terrain du droit comparé, histoire de se familiariser avec les divergences d'approches, et de solutions, que retiennent les Etats à l'égard de la question qui nous occupe : à savoir, en un mot, le sort post-conjugal des avoirs de prévoyance professionnelle – ou expectatives de retraite assimilables – accumulés par les époux au cours du mariage (I).

## I. Eléments de droit comparé

### 1. La participation aux « acquêts » de prévoyance : un régime minoritaire

Selon une définition courante, le droit international privé vise à « gérer » les différences entre les lois de manière à éviter qu'elles se muent en conflits dont les particuliers seraient les premières victimes : conflits de *lois*, résultant parfois des conflits de *juridictions* et de *décisions*. Il est donc bon de prendre conscience de ces disparités, du moins les plus saillantes. Cela est d'autant plus justifié en cette matière que la mise en œuvre de certaines des nouvelles règles suisses dépend, on le verra,<sup>3</sup> de la teneur du droit étranger, plus exactement du droit du pays « co-intéressé », avec la Suisse, à garantir la résolution, et si possible, la prévention, du conflit pouvant surgir entre ex-époux au sujet des avoirs de retraite qu'ils ont acquis au cours du mariage. Si bien qu'il est utile de connaître du moins la philosophie et les grands axes de certains régimes étrangers, en tout cas : utile pour les premiers intéressés, qui sont, bien entendu, les époux, et partant pour leurs conseils, mais aussi, d'évidence, pour les juges et les institutions de prévoyance elles-mêmes.

Le principe, en Suisse, est, on l'a vu,<sup>4</sup> le partage des fonds LPP accumulés par les époux au cours du mariage : une espèce de *participation mutuelle* de chacun aux expectatives acquises par l'autre, à l'instar de la participation aux *acquêts* sous l'angle du régime matrimonial. Partage *égalitaire*, avec une série de correctifs ; partage en *nature*, en ce sens qu'il a pour objet les *avoirs eux-*

<sup>1</sup> Professeur à l'Université de Genève.

<sup>2</sup> Le texte reproduit, avec quelques adjonctions, celui que j'ai prononcé le 8 novembre 2016 lors de la Journée d'études organisée par les Professeures Audrey Leuba et Michelle Cottier à l'Université de Genève. Le style oral a été maintenu.

<sup>3</sup> *Infra* III.1.b).

<sup>4</sup> V. contribution d'AUDREY LEUBA, dans ce même fascicule.

*mêmess* et s'opère moyennant leur transfert de la caisse du débiteur à celle du créancier, là aussi avec des dérogations, en faveur d'un mode de répartition en *valeur*, que l'on peut appeler par *équivalent*, se réalisant par le versement d'un capital ou d'une rente.

Force est de constater que le régime du partage égalitaire en nature est largement minoritaire à l'échelle européenne et mondiale. Y souscrivent notamment l'Allemagne, pionnière dans ce domaine – depuis l'adoption du *Versorgungsausgleichgesetz* datant de 1976 et remanié en 2009<sup>6</sup> –, les Pays-Bas depuis une loi de 1994,<sup>7</sup> l'Afrique du Sud dès 2007,<sup>8</sup> tout comme la législation fédérale du Canada mais aussi celle de bien des provinces qui s'en sont inspirées (Ontario, Québec, Manitoba).<sup>9</sup> Quelques différences se constatent dans l'aménagement de ce principe :<sup>10</sup> la liberté des époux de s'écarter du partage en faveur de ce qu'il est tentant de qualifier de régime de *séparation des biens de prévoyance* est admise sans restrictions aux Pays-Bas – car les époux peuvent exclure le régime ordinaire participatif dès la célébration du mariage – alors qu'en Suisse, y compris après la réforme, une telle autonomie des époux rencontre des limites assez sévères ; le pouvoir discrétionnaire laissé au juge est plus important au Canada que chez nous ; quant aux modalités techniques du partage, le procédé dit d'« *earmarking* » – qui consiste à reporter le versement jusqu'à la réalisation de ce qu'on appelle, par un germanisme entré dans les mœurs, un « cas de prévoyance », sans transfert d'un compte à l'autre au moment de la séparation – est inconnu du droit suisse alors qu'il est au courant aux Pays-Bas ; en Afrique du Sud, l'époux créancier peut toujours choisir entre un partage en nature, qui est exempt d'impôts, ou le versement d'un capital, qui est imposable ; enfin, quant à la « surface » du capital à répartir, celui-ci englobe, en Allemagne, les cotisations résultant d'un contrat de prévoyance *non obligatoire*<sup>11</sup> – l'équivalent de notre troisième pilier – alors qu'en Suisse, ce n'est que le deuxième qui est soumis au partage.

## 2. *La séparation des biens de prévoyance et ses correctifs*

Mais c'est surtout entre ce premier bloc de pays et l'écrasante majorité des autres que se rencontrent les écarts les plus significatifs : que l'on pense à la France, à l'Italie, à l'Espagne ou au Portugal, pour ne citer que les communautés étatiques avec lesquels la Suisse et ses ressortissants entretiennent les relations les plus denses et nombreuses. Or, pour ces Etats, les prétentions de retraite restent, en général, en cas de démariage, dans la titularité de l'époux qui les a acquises. On peut alors penser qu'ils sont *séparatistes*, pour emprunter une fois de plus la terminologie des régimes matrimoniaux, car ils consacrent la séparation des biens de prévoyance. Mais une telle présentation serait trop catégorique. Car une certaine solidarité post-conjugale est pratiquée également par ces pays, ou certains d'entre eux en tout cas. Seulement, elle ne se déploie pas en nature, mais sous d'autres formes.

<sup>5</sup> Je me suis attardé sur cette terminologie dans un article paru il y a quelques années auquel je me permets de renvoyer (ROMANO, Le sort international des avoirs de prévoyance professionnelle à la suite du démariage : Réflexions à l'occasion d'une réforme, RSDIE 2013, 351, 354 s.).

<sup>6</sup> Versorgungsausgleichgesetz (VersAusglG), du 3.04.2009.

<sup>7</sup> Wet Verevening Pensionenrecht bij Schiding: WVPS, du 28.04.1994.

<sup>8</sup> Depuis une modification du Pension Funds Act de 1956.

<sup>9</sup> Pour quelques détails, v. KODAR, Pensions and Unpaid Work: A Reflection on Four Decades of Feminist Debate, Can. J. Women & L. 2012, 180.

<sup>10</sup> Pour les références législatives, ainsi que pour quelques informations supplémentaires sur de telles différences, v. RSDIE 2013, 351, 362 s.

<sup>11</sup> Et d'ailleurs aussi ce qui relève chez nous du 1<sup>er</sup> pilier : v. FRANK, Schweizer Rentenanwartschaften und deutscher Versorgungsausgleich, AJP 2016, 1141, 1142 ; CARDINAUX, Le partage des prétentions de prévoyance en cas de « divorce international », in FOUNTOLAKIS / JUNGO (éds.), Patrimoine de la famille, régimes matrimoniaux, deuxième pilier, aspects fiscaux, Zurich 2016, 97, 99.

Prenons quelques exemples. Commençons par la France, proximité oblige. L'un des facteurs que le juge doit prendre en compte pour chiffrer la « *prestation compensatoire* » – aux termes de l'art. 271 du Code civil français – est l'absence d'une prévoyance adéquate sur laquelle pourrait compter le bénéficiaire ou en tout cas la disparité entre « *la situation respective [des époux] en matière de pension de retraite* ». Mais le montant d'une telle prestation est rarement équivalent à celui qui résulterait d'un partage par moitié des avoirs de pension. En témoigne une décision française rendue dans une affaire franco-suisse : l'épouse a dû se contenter d'un versement en capital de 160.000 Euro, équivalent à un peu plus d'un quart des avoirs de pension (plus de 600.000 CHF) auxquels elle pouvait vraisemblablement prétendre en vertu du partage en nature et par moitié connu du droit suisse.<sup>12</sup>

Qu'en est-il de l'Italie ? L'*assegno divorzile* – ce « chèque de divorce » qu'un juge met à la charge du conjoint le plus aisé au profit du conjoint le plus faible<sup>13</sup> – est déterminé par la jurisprudence en tenant compte également des attentes de retraite. Un certain rééquilibrage s'opère donc, comme en France, sur le plan de l'entretien. Ajoutons que le droit italien accorde également à l'ex-époux le 40% de ce que l'on appelle, par un acronyme dont les Italiens sont familiers, « TFR », *trattamento di fine rapporto*, dénommé également *liquidazione*, « mûri » au cours du mariage : il s'agit d'une prestation en argent, souvent importante – équivalent à plusieurs années de salaire – que le travailleur touche la retraite venue, et qui s'ajoute aux prestations fournies par l'Institut national de prévoyance sociale, le fameux « INPS ». Notons encore qu'en cas de décès, la « pension de réversion » (*pensione di reversibilità*) peut, en Italie, profiter au conjoint divorcé survivant. Et si le *de cuius* s'était remarié après le divorce, la pension est alors partagée entre l'épouse survivante et l'ex-épouse survivante. Enfin, une prestation périodique en faveur du conjoint divorcé qui est dans le besoin peut être mise à la charge de la « masse successorale » : c'est l'*assegno successorio*.<sup>14</sup>

On le voit, la conception de la justice intra-conjugale et les formes par lesquelles elle se réalise varient d'un pays à l'autre. Passons donc à ce droit de « gestion des différences » qu'est le droit international privé. Et d'abord, en bonne méthode, au catalogue des sources pertinentes.

## II. Le régime actuel (jusqu'au 31 décembre 2016)

### 1. La domination des sources internes

Rappelons que la Convention de Lugano se désintéresse de la prévoyance tout comme d'ailleurs du droit de la famille, à l'exception notable de l'obligation alimentaire. Deux règlements de l'Union européenne visant la sécurité sociale ont cours en Suisse en vertu de l'accord entre celle-ci et celle-là sur la libre circulation des personnes.<sup>15</sup> Ils ne touchent cependant pas directement la matière qui nous occupe ; ils ne permettraient par exemple pas au juge civil d'un Etat partie, la Suisse notamment, d'ordonner le partage des cotisations versées par les époux aux institutions de prévoyance d'un autre Etat, la France par exemple, pas plus qu'ils n'organisent, en le prescrivant le cas échéant, le transfert international consécutif au divorce des avoirs de la caisse d'un époux, ayant par hypothèse son siège d'un Etat, à celle de l'autre époux, ayant son siège dans un autre Etat. L'« intégration » des systèmes de sécurité sociale à laquelle travaillent de tels instruments ne va

<sup>12</sup> Cour d'appel de Chambéry, 1.02.2005, confirmé par Cass., 16.03.2006, cités par ATF 134 III 661.

<sup>13</sup> Art. 5, al. 6, de la Loi n. 898 (Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio) du 1.12.1970.

<sup>14</sup> Art. 9bis de la Loi n. 898 du 1.12.1970.

<sup>15</sup> Règlements (CE) n° 833/2004 et 987/2009 qui ont remplacé – pour la Suisse, à partir du 1.04.2012 – les Règlements (CEE) n° 1408/71 et 574/72.

pour l'instant pas jusque-là.<sup>16</sup>

C'est donc aux sources internes, « mono-nationales » pour ainsi dire, qu'incombe la responsabilité de rechercher la coordination entre les Etats, y compris de l'Union européenne et de l'AELE, au sujet du sort post-conjugal des avoirs de prévoyance déposés dans les institutions qu'ils organisent. Or le législateur de la LDIP n'avait pas pu, en 1987, prévoir des dispositions spécifiques car la Loi fédérale sur le « libre passage » lui est postérieure. Le législateur de 1993-1999 aurait pu adapter la LDIP. Mais il a choisi le silence. C'est justement ce silence qu'est venu rompre la réforme de 2015 laquelle a inséré dans la LDIP deux dispositions visant spécialement les fonds LPP, encore que sous l'angle de la compétence uniquement, aux arts. 63 et 64 LDIP. D'autres ont été modifiées, au premier rang desquelles l'art. 61. Pour compléter l'énumération, citons quelques nouvelles dispositions qui, bien que visant explicitement les relations transfrontalières, ont été « noyées » dans le Code civil – notamment l'art. 124e, al. 2 – et dans le Code de procédure civile – notamment les arts. 283, al. 3 et 284, al. 1er. C'est à elles que revient surtout la tâche de rechercher la coordination inter-étatique quant à la distribution du capital de prévoyance.<sup>17</sup>

Mais avant d'étudier ces nouvelles règles, rendons compte du régime actuel, bientôt obsolète.

## 2. Compétence internationale : for du divorce et for de l'action « en complément »

Pas de dispositions spéciales, ai-je rappelé, dans la LDIP. La jurisprudence a dû suppléer à une telle lacune, et ce tout à la fois sur le plan de la compétence, du droit applicable, et de la reconnaissance en Suisse des décisions étrangères. Le Tribunal fédéral s'est tiré d'affaire en qualifiant la destinée post-conjugale de la prévoyance comme relevant des *effets accessoires* (*Nebenwirkungen*) du divorce.<sup>18</sup> Pour clarifier les choses, je vous propose de distinguer entre divorce sollicité *en Suisse* et divorce demandé *à l'étranger*.

Le juge suisse compétent pour le divorce l'est également pour statuer sur les effets accessoires, sauf exclusions ponctuelles. C'est l'art. 63, al. 1er LDIP qui l'affirme. La compétence du juge suisse du divorce s'étend par conséquent également aux avoirs de prévoyance. Mais lesquels ? D'abord, évidemment, ceux qui se trouvent auprès des caisses suisses. Quant aux crédits équivalant à notre deuxième pilier se trouvant *à l'étranger*, l'état du droit positif, tel du moins qu'il se dégage des décisions du Tribunal fédéral, est moins net car il ne semble pas que dans aucune des affaires dont eut à connaître celui-ci, il était question d'autre chose que des avoirs situés en Suisse.<sup>19</sup> Nous verrons

<sup>16</sup> Pour un compte rendu des cas de figure où peut se réaliser un tel transfert par-delà les frontières du capital prévoyance, v. CARDINAUX, Der grenzüberschreitende Transfer von Vorsorgekapital und andere internationale Sachverhalte in der beruflichen Vorsorge, BVG-Tagung 2012, Saint-Gall 2013, 55 s. ; LAZZARINI, Transfert international d'avoirs de prévoyance, *Prévoyance professionnelle suisse* 2012, 70 s.

<sup>17</sup> Ce qu'on peut regretter, une telle tâche incombant aux règles de droit international privé davantage qu'aux règles de droit interne. Cf. GEISER, Scheidung und das Recht der beruflichen Vorsorge – Was bringt das neue Recht ?, *AJP* 2015, 1371, 1385 (« ... hat sich eine solche internationale Koordinationsbestimmung ins materielle Recht verirrt »).

<sup>18</sup> V. notamment ATF 131 III 289 (affaire franco-suisse) ; TF, 8.03.2007, 5C.297/2006 (affaire hispano-suisse) et ATF 134 III 661 (affaire franco-suisse) ; ATF 135 V 425 (affaire italo-suisse) ; TF, 28.04.2008, 5A\_83/2008 (affaire helvético-canado-brésilienne : avoirs litigieux déposés auprès de la caisse de pension de l'OMC) ; TF, 19.08.2008, 5A\_49/2008 (affaire franco-suisse) ; TF, 5.03.2010, 5A\_691/2009 (affaire helvético-russe, avoirs litigieux déposés auprès de la caisse des pensions du personnel des Nations Unies) ; TF, 19.03.2013, 5A\_874/2012 (affaire helvético-portugaise).

<sup>19</sup> Dans deux affaires cependant, le capital prévoyance litigieux résultait d'une activité professionnelle effectuée en Suisse ou au départ de la Suisse mais au bénéfice d'organisations internationales (OMC : TF, 28.04.2008, 5A\_83/2008 ; ONU : TF, 5.03.2010, 5A\_691/2009) et un tel capital se trouvait donc auprès des caisses de pensions des fonctionnaires internationaux échappant à la législation suisse.

que la réforme a précisé ce point.<sup>20</sup> Quant aux circonstances dans lesquelles le divorce peut être demandé en Suisse, ce sont le domicile en Suisse ou la nationalité suisse des époux ou de l'un d'eux qui les définissent, selon les combinaisons prévues aux arts. 59 et 60 de la LDIP. Je ne m'y attarderai pas, d'autant que la réforme les a laissés intacts.

Qu'en est-il en revanche si la demande en divorce est déposée à l'étranger et que des fonds LPP se trouvent en Suisse ? Aussi longtemps que la procédure étrangère est pendante, une action parallèle en Suisse est bloquée du fait de la litispendance inscrite à l'art. 9 LDIP. Mais si la procédure étrangère n'a pas pour objet les fonds suisses, une action chez nous, dite parfois « en complément », devrait demeurer possible, car il n'y aurait évidemment, sur ce point, pas d'identité de litiges. Si la procédure étrangère s'est soldée par une décision qui vise également les avoirs suisses, et que cette décision peut être reconnue en Suisse, une action ici devient impossible en raison de la force jugée étrangère, si l'on veut, du principe du *ne bis in idem* international. En revanche, si le juge étranger a négligé les avoirs en question, l'action qui en viserait le partage – l'action « en complément » – reste ouverte.

Prenons, pour illustrer ce dernier point, une affaire franco-suisse, montée jusqu'au Tribunal fédéral.<sup>21</sup> Le divorce avait été demandé en France, lieu du dernier domicile conjugal. Le mari, qui avait travaillé chez Petroplus, détenait des fonds LPP auprès d'une caisse bâloise. Ces avoirs n'avaient pas été pris en compte dans le calcul effectué par le juge français qui avait débouché sur une prestation compensatoire que Madame jugeait insuffisante. Rien ne s'opposait donc à ce que Madame s'adresse aux autorités suisses.

Quel est le juge suisse *localement* compétent pour connaître d'une telle action en complément ? Il s'agit, en vertu de l'art. 64, al. 1<sup>er</sup> LDIP, du *for virtuel du divorce*, aux conditions fixées par les arts. 59 et 60. A défaut de *for de divorce*, il faut constater une *lacune*. On s'accorde pour la combler en attribuant compétence au juge du siège de la caisse de prévoyance via le *for de nécessité*. Le lieu de situation des avoirs atteste de l'exercice en Suisse d'une activité professionnelle, celle qui est à l'origine du capital de prévoyance objet du litige – et constitue sans doute un « lien suffisant » aux termes de l'art. 3 LDIP. Ainsi, dans un cas semblable à l'affaire franco-bâloise à peine évoquée, si l'un des époux a son domicile en France et l'autre à Zurich, c'est à Zurich que l'action en complément devra être intentée. Si les deux époux sont domiciliés en France – comme c'était le cas en l'espèce – c'est le tribunal de Bâle, siège de la caisse détenant les fonds concernés, que Madame devra saisir.

La question de savoir si une telle action serait couronnée de succès dépend en revanche du droit applicable, vers lequel il convient alors de se tourner.

### 3. *Droit applicable : de la loi régissant le divorce à la clause échappatoire*

C'est surtout cela qui intéresse les particuliers. L'époux moins bien doté tentera de se prévaloir du *droit suisse* pour participer aux « acquêts de prévoyance » de son ex-conjoint. L'époux mieux doté plaidera pour le *droit étranger* car il consacrera le plus souvent le régime de la séparation des biens de prévoyance, quoiqu'avec des correctifs, parfois importants. Comment donc trancher ce conflit de lois, et le conflit de prétentions individuelles que sont susceptibles d'avancer les intéressés ?

L'art. 63, al. 1<sup>er</sup> LDIP soumet à la *loi applicable au divorce* les effets accessoires pour lesquels aucune règle de conflit de lois expresse n'est posée par la LDIP. Le sort de la prévoyance se trouve

<sup>20</sup> *Infra*, III.1.

<sup>21</sup> ATF 131 III 289.

donc dans la dépendance de la loi du divorce, à la remorque de celle-ci. Comment cette loi est-elle déterminée ? Si le divorce est demandé en Suisse, c'est l'art. 61 LDIP qui s'en charge. Or cet article est, aujourd'hui, structuré d'une manière passablement sophistiquée. Rappelons-la, car c'est ce qui nous permettra de mesurer l'incidence qu'aura la réforme sur ce point.<sup>22</sup> L'art. 61 pose donc un principe (premier alinéa), puis (au deuxième alinéa) une exception, enfin (au troisième) une exception de l'exception, qui ramène à la règle. Le *principe*, c'est l'application de la loi suisse, l'*exception*, c'est l'application de la loi étrangère de la nationalité commune des époux, laquelle n'a cours cependant que lorsqu'un seul des époux a son domicile en Suisse et que – c'est là l'exception de l'exception – le droit étranger n'ignore pas le divorce pas plus qu'il ne le soumet à des « conditions extraordinairement sévères ». Pour être rares, les situations où un droit étranger est désigné ne sont pas pour autant exceptionnelles.

C'est précisément l'une de ces affaires qui a inauguré la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de droit international privé de la prévoyance.<sup>23</sup> Le mari, citoyen espagnol, a travaillé plus de vingt ans en Suisse. Egalement espagnole, l'épouse n'a jamais vécu en Suisse avec lui. Elle est restée au pays, en Espagne, avec les deux enfants. Une crise conjugale éclate. La séparation est prononcée par un juge espagnol. Le divorce est sollicité quelques temps après par Monsieur à Genève. Nationalité espagnole commune, l'épouse est domiciliée en Espagne... Bref, les conditions de l'art. 61, al. 2 sont remplies. C'est le droit espagnol qui est déclaré applicable aux *motifs* du divorce tout autant qu'aux *effets accessoires* de celui-ci, dont la prévoyance. Or le droit espagnol est de type « séparatiste » en ce sens qu'il ne prévoit pas de répartition des expectatives de pension. Madame s'en irait les mains vides. Une telle conséquence est jugée inacceptable par le Tribunal fédéral, lequel en appelle alors à la « clause d'exception » de l'art. 15 LDIP, en prenant appui sur le rattachement significatif que le ménage avait noué avec la Suisse. En conséquence de quoi la loi suisse devient applicable et Madame peut accéder à la moitié du deuxième pilier de Monsieur.

Le dénouement de l'affaire a reçu l'approbation quasi-unanime des commentateurs. La méthode pour l'atteindre a été en revanche critiquée. Car la clause d'exception suppose un « lien très lâche » avec l'Etat désigné. Or l'Espagne était le siège du foyer conjugal et le centre de la vie familiale.<sup>24</sup> Il semble alors que le Tribunal fédéral s'est livré à une interprétation *contra litteram legis*. Ne vaudrait-il pas mieux consacrer directement la règle selon laquelle le droit suisse régit les avoirs déposés auprès des caisses suisses en faisant de la sorte l'économie du double détour par la loi du divorce et par la clause d'exception ? C'est ce qu'ont pensé bien des auteurs, parmi les plus prestigieux, ANDREAS BUCHER et BERNARD DUTOIT en tête, mais aussi des moins prestigieux, votre serviteur notamment.<sup>25</sup>

Mais l'inconvénient de la soumission de la prévoyance à la loi du divorce est plus visible encore lorsque le divorce est prononcé à l'étranger. C'est alors la loi retenue par le juge étranger qui gouverne les effets accessoires. Cette loi est souvent la loi étrangère du pays du juge ayant prononcé

<sup>22</sup> En voici le texte : « 1. Le divorce et la séparation de corps sont régis par le droit suisse. 2. Toutefois, lorsque les époux ont une nationalité étrangère commune et qu'un seul est domicilié en Suisse, leur droit national commun est applicable. 3. Lorsque le droit national étranger commun ne permet pas la dissolution du mariage ou la soumet à des conditions extraordinairement sévères, le droit suisse est applicable si l'un des époux est également suisse ou si l'un d'eux réside depuis deux ans en Suisse. 4. Lorsque les tribunaux suisses du lieu d'origine sont compétents en vertu de l'art. 60, ils appliquent le droit suisse ».

<sup>23</sup> TF, 8.03.2007, 5C.297/2006.

<sup>24</sup> Cf. BUCHER, Divorce international et prévoyance professionnelle, in FOUNTOULAKIS / RUMO-JUNGO (éds.), La famille dans les relations transfrontalières. Actualités en droit suisse et dans les rapports internationaux. Symposium en droit de la famille, Genève/Zurich/Bâle 2013, 97, 99.

<sup>25</sup> BUCHER, Commentaire romand, LDIP et CL, ad art. 63, n° 29; DUTOIT, Droit international privé suisse, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, n° 7 ; ROMANO (n. 5), 351, 377 s.

le divorce. C'est ce qu'illustre notre affaire franco-bâloise. Le mari avait travaillé chez Petroplus – avons-nous dit – mais son deuxième pilier avait été ignoré par le juge français. D'où la recevabilité de l'action en complément de Madame. Seulement, puisque le divorce a été prononcé d'après la loi française, c'est bien la loi française qui devrait régir le sort des fonds de prévoyance. Suivant le Code civil français, Madame aurait probablement le droit à un supplément de prestation compensatoire *en espèces*, ou tout au plus sous la forme de rente, mais non pas au partage *par moitié* et *en nature* des avoirs litigieux. Un tel résultat serait toutefois peu équitable. Voilà que la loi française est évincée en faveur de la loi suisse. Ici de nouveau, c'est en « manipulant » la clause d'exception que le juge rhénan, approuvé par le Tribunal fédéral, a pu parvenir à faire bénéficier Madame de la répartition égalitaire prévue par le Code civil.

Il se peut que le juge étranger tienne compte, dans les déterminations patrimoniales qu'il prend, des avoirs de prévoyance, voire en prescrive lui-même le partage. C'est ce qui me conduit au troisième volet de ce compte rendu du régime existant : la reconnaissance des décisions étrangères.

#### 4. Accueil des décisions étrangères : un régime favorable

Pour illustrer un tel volet et les questions qu'il soulève, je voudrais citer deux autres affaires.

Dans la première, helvético-américaine, il y allait du divorce d'un diplomate de la Confédération, affilié à Publica.<sup>26</sup> En 2002, alors qu'il était domicilié aux Etats Unis, il avait conclu avec son épouse un accord de séparation en réglant les effets de celle-ci, y compris sur le plan de la prévoyance. Une Cour fédérale américaine avait peu après prononcé le divorce. Estimant valable une telle convention patrimoniale, elle avait énoncé comme suit : « *It is ordered that the Pension Fund of the Swiss Confederation shall transfer to Plaintiff Fifty Percent of the accumulated value in Defendant's Pension Fund of the Swiss Confederation...* ». Or Publica invita Madame à solliciter l'exequatur auprès de la Cour cantonale bernoise, laquelle le refusa au motif de l'ordre public en invoquant rien de moins – et de moins grave – qu'une atteinte à la souveraineté de la Suisse.<sup>27</sup> Il est vrai qu'il peut paraître curieux qu'un juge étranger « ordonne » à une caisse helvétique, Publica de surcroît, ce qu'elle devrait faire. Le Tribunal fédéral n'en a pas moins, de manière pragmatique, et dépassant la maladresse des formules employées par son collègue d'outre-Atlantique, constaté que celui-ci n'avait pas entendu aller au-delà de la fixation de la clé de répartition des fonds litigieux. Il n'y a donc pas de raison – estiment les hauts magistrats – de refuser l'exequatur. Si bien que la décision étrangère, ainsi « helvétisée » par la grâce de la reconnaissance, lie le tribunal des assurances sociales, tout comme le lierait la décision du juge suisse du divorce.

Mais il se peut que le juge étranger englobe les avoirs suisses dans son calcul tout en s'accommodant, quant aux modalités de versement, d'une attribution *par équivalent* ou en *valeur*. C'est bien ce qui est arrivé dans une affaire franco-genevoise.<sup>28</sup> Deux époux ayant la double nationalité française et suisse ont vécu à Genève puis à Thonon-les-Bains. Ayant toujours été employé à Genève, Monsieur s'est constitué un deuxième pilier à hauteur de 1.200.000 CHF. C'est aux juges de Haute Savoie que les intéressés s'adressent pour dissoudre leur union. Madame leur demande également de statuer sur le deuxième pilier du mari dont elle réclame la moitié. L'affaire monte jusqu'à Paris, en passant par Chambéry, où s'est nouée l'instance d'appel. La Cour de cassation prononce en substance la répartition *par équivalent* selon une clé de répartition d'environ 80% pour Monsieur et

<sup>26</sup> ATF 130 III 336.

<sup>27</sup> « In seinen weiteren Erwägungen hat der Appellationshof befunden, nach allgemeinem Völkerrechtsverständnis könne ein Scheidungsrichter einer ausländischen Vorsorgeeinrichtung, zumal der Publica als öffentlich-rechtlicher Anstalt des Bundes, keine Anweisungen erteilen » (ATF 130 III 336, 338).

<sup>28</sup> ATF 134 III 661.

20% pour Madame, laquelle, s'estimant lésée, ouvre à Genève une action en complément requérant le partage en nature. Monsieur excipe de la chose jugée française. Pour tenter de s'opposer à l'accueil de celle-ci, Madame invoque l'ordre public. Mais en vain, disent la Cour de justice de Genève puis le Tribunal fédéral : « *le fait – je cite – que l'épouse perçoit moins de la moitié de la prestation de sortie du mari n'autorise pas* » à conclure que la décision française est « *contraire à l'ordre public matériel suisse* ».

Une telle décision a été réprouvée par certains. D'une part, a-t-on observé, il est injuste de priver l'ex-conjointe, qui était suisse en l'occurrence, de la participation qu'organise le Code civil au capital de prévoyance que son mari a accumulé en Suisse. D'autre part, si le divorce avait été demandé en Suisse, Madame aurait eu des chances sérieuses d'obtenir quatre fois plus de ce qu'elle a reçu du juge français. Or faire varier le dénouement du contentieux du for où l'action du divorce est portée diminue la prévisibilité du droit pour les justiciables et stimule la « course de vitesse » vers un tribunal, le fameux *forum shopping*.<sup>29</sup>

Une telle conséquence serait conjurée si les avoirs suisses étaient toujours soumis à la compétence de nos tribunaux. C'est bien ce qui nous invite enfin à considérer la réforme.

### **III. Le régime réformé (en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2017)**

#### *1. Compétence exclusive et concurrente des autorités suisses*

##### a) A l'égard des avoirs suisses

La compétence suisse y est désormais qualifiée d'*exclusive* pour ce qui est des avoirs déposés auprès des caisses helvétiques. C'est là la première grande innovation.<sup>30</sup> Les alinéas *1bis* des arts. 63 et 64 LDIP énoncent le nouveau principe avec insistance, redondance même : « *pour connaître du partage des prétentions de prévoyance professionnelle envers une institution suisse de prévoyance professionnelle, la compétence des tribunaux suisses est exclusive* ». Il s'ensuit, d'une part, que les intéressés ne pourraient pas, en dérogeant au for suisse, convenir, pour connaître de tout litige relatif aux fonds LPP, d'un tribunal étranger moyennant une clause d'élection de for en vertu de l'art. 5 LDIP. Il s'ensuit, d'autre part et surtout, que les décisions étrangères visant de tels avoirs suisses ne seront plus reconnues en Suisse. Je reviendrai dans un instant sur ce dernier point.<sup>31</sup> Toujours au chapitre de la compétence, signalons d'emblée une autre nouveauté, plus de forme que de substance celle-là. La réforme a introduit à l'art. 64 un alinéa *1bis*, qui stipule qu'« *en l'absence de compétence au sens de l'al. 1, les tribunaux suisses du siège de l'institution de prévoyance sont compétents* ». Si aucun des époux n'a son domicile en Suisse, c'est au siège de la caisse que l'action en complément devra être introduite. Il n'est plus besoin de mobiliser à cet effet le for exceptionnel de nécessité. Ce qui, du point de vue de la technique législative, marque un progrès. Si les avoirs se trouvent auprès de plusieurs institutions, le demandeur pourra – c'est ce que suggère le Message – saisir le for du siège de l'une de celles-ci.

<sup>29</sup> LEUBA, Le partage de la prévoyance professionnelle dans le cadre d'un divorce comportant des éléments d'extranéité, Le droit civil dans le contexte international, Journée de droit civil 2011, Zurich, 2012, 109 ; SCHMID BODENSCHATZ, Der grenzüberschreitende Familienrechtsfall (Schweiz-Frankreich), FamPra.ch 2013, 78, 101 ; TRACHSEL, Der Vorsorgeausgleich im internationalen Verhältnis, FamPra.ch 2010, 241, 261 ; BUCHER, AJP 2009, 1.

<sup>30</sup> « modification fondamentale » selon CARDINAUX (n. 11), 107.

<sup>31</sup> *Infra* III.4.

b) A l'égard des avoirs étrangers

La compétence exclusive – ai-je dit – ne se rapporte qu'aux avoirs déposés auprès de nos caisses. *Quid* du capital de prévoyance accumulé ailleurs ? C'est là que les choses se compliquent. Car si l'action du divorce est introduite en Suisse, la compétence de nos juges s'étend en principe aux avoirs étrangers.<sup>32</sup> Je dis bien « en principe », car il y a des exceptions.

La première est suggérée par le Message, qui note que les parties peuvent « transférer préalablement » la compétence au juge étranger.<sup>33</sup> Si l'expression « sonne » un peu maladroitement, l'idée est heureuse. Il s'agit d'habiliter les époux à convenir d'un « for étranger » qui serait alors seul compétent pour les avoirs accumulés en dehors de Suisse. C'est en substance ce que l'art. 5 LDIP, déjà cité et auquel renvoie en effet le Message, appelle une « élection de for ».<sup>34</sup> De tels accords se répandent dans la pratique internationale. Dans une affaire soumise à l'Institut suisse de droit comparé, deux époux allemands avaient conclu par devant notaire un « *Ehevertrag* », lequel entre autres fixait le for allemand comme compétent pour connaître du contentieux patrimonial du divorce, y compris la *berufliche Vorsorge*. Le juge suisse devrait donc semble-t-il respecter un tel choix à tout le moins pour ce qui est des avoirs allemands. Cette marge d'autonomie accordée aux époux est salutaire. On peut cependant regretter que le principe de l'admission du choix du for se trouve timidement avancé dans le Message au lieu d'être énoncé en toutes lettres par la loi.

Une élection de for étranger peut bien-sûr manquer. Le juge suisse est-il, dans de tels cas, toujours compétent à l'égard des avoirs étrangers ? Il semble bien que si l'Etat étranger revendique lui aussi une compétence exclusive, il serait opportun que le juge suisse s'abstienne de statuer sur de tels avoirs. Voilà qui, d'une part, obéirait à un sain pragmatisme : à quoi bon trancher leur sort si l'Etat en question refuserait de reconnaître la décision suisse ? Voilà qui, d'autre part et surtout, serait conforme à un principe universel de justice, vieux comme l'Ancien Testament, et repris par l'impératif catégorique kantien : « *Ne fais pas à autrui ce que tu ne voudrais pas qu'on te fasse à toi-même* ». C'est là l'un des principes fondateurs du droit international privé tout entier.<sup>35</sup> Or si la Suisse réclame une compétence exclusive sur les avoirs en Suisse, c'est qu'elle exige des autres Etats qu'ils s'abstiennent de toute immixtion à leur égard. Elle devrait alors respecter le même désir que formuleraient ses homologues étrangers. Il est malheureux qu'un tel respect n'ait pas été expressément prévu. Des modèles ne manquaient pourtant pas. On aurait, par exemple, pu ajouter, à l'art. 63 LDIP, un alinéa, semblable à l'art. 86, al. 2 en matière de succession, de la teneur suivante : « *Est réservée la compétence exclusive revendiquée par l'Etat de situation des avoirs de prévoyance* ».

Mais je pense qu'une telle « réserve » pourrait, en l'état des textes, se déduire d'une autre disposition, inscrite non pas dans la LDIP, mais dans le Code de procédure civile, et notamment l'art. 283, al. 3. Cet article ne laisse d'intriguer. Il prévoit deux choses, il organise deux étapes. La première est la possibilité que le juge suisse du divorce renvoie la décision sur le partage à une « *procédure séparée* ». En quelles circonstances ? Lorsque – citons le texte – « *des prétentions de prévoyance à l'étranger sont concernées et qu'une décision relative au partage de celles-ci peut être obtenue* » dans l'Etat en question. Or de telles formules ne sont pas exemptes de difficultés. Je m'arrêterai sur trois d'entre elles.

D'abord, est-ce que la « *procédure séparée* » vise uniquement les avoirs étrangers ? La lettre –

<sup>32</sup> Message concernant la modification du code civil suisse (Partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce), 29.05.2013, FF 2013, 4383.

<sup>33</sup> Message (n. 32), 4381.

<sup>34</sup> BUCHER, Commentaire romand, LDIP / CL, mise à jour 14.9.2016, n° 37/10.

<sup>35</sup> ROMANO, Le droit international privé à l'épreuve de la théorie kantienne de la justice, Festschrift I. Schwander, Saint-Gall 2011, 613 s. = Clunet 2012, n° 1.

en ce qu'elle énonce que « le partage de prétentions de prévoyance professionnelle peut être renvoyé *dans son ensemble* à une procédure séparée » – laisse penser qu'une telle procédure peut bien avoir pour objet *toutes* les prétentions de prévoyance, suisses et étrangères. Mais le Message indique quant à lui que « [c]et alinéa concerne le partage de prétentions de prévoyance à l'étranger ». S'il en est ainsi, le juge suisse du divorce devrait statuer toujours lui-même sur le sort des fonds se trouvant en Suisse, le renvoi *ad separatum* étant réservé aux avoirs étrangers. C'est là un premier élément d'incertitude.

Ensuite, est-ce qu'il faut que l'action à l'étranger ait déjà été engagée au moment de la décision suisse voire – même si cela semble peu réaliste – qu'elle l'ait été avant l'engagement de la procédure suisse de divorce ? D'une part, il ne semble pas que l'art. 283, al. 3 comporte de règle de litispendance internationale classique, c'est-à-dire fondée sur l'antériorité de la saisine étrangère. Si l'action étrangère visant les biens étrangers a été exercée avant l'action en Suisse – à supposer que le droit étranger autorise une telle action, qui est, à l'époque où elle est déposée, *préventive* en quelque sorte car une demande de divorce ne l'a pas encore été – rien ne devrait empêcher le jeu de la litispendance, auquel cas le juge suisse du divorce devrait « suspendre la cause » au sens de l'art. 9 LDIP. D'autre part, le fait que la procédure étrangère soit déjà en cours au moment où le juge suisse se penche sur la question n'est pas moins un élément à prendre en compte dans l'exercice de la discrétion qui lui est accordée. J'y reviendrai dans un instant.

Enfin et surtout, comment interpréter le terme « *partage* » ? La question se pose car le droit étranger peut, on l'a vu, ne pas prévoir un « partage » au sens du droit suisse, qui est un partage en principe en nature. Ainsi, lorsque des avoirs de pension se trouvent, par exemple, en France ou en Italie, faut-il conclure qu'une « *décision relative au partage... ne peut pas être obtenue dans l'Etat en question* » ? C'est la lecture qui semble résulter du Message, pour qui « [c]ette règle est pertinente lorsque le tribunal étranger compétent peut procéder à un véritable partage des avoirs de prévoyance ».36 Si l'on y souscrit, force serait de constater que le renvoi à une procédure séparée ne pourra être prononcé que très rarement : car la condition à laquelle il est subordonné – c'est-à-dire que l'Etat étranger connaisse un partage *en nature* – ne sera en substance remplie que lorsque les avoirs sont en Allemagne, aux Pays-Bas, en Afrique du Sud ou au Canada...

Quoiqu'il en soit, lorsque le renvoi est possible, il a lieu d'abord au profit d'une autre procédure en Suisse. Mais le tribunal en charge de cette autre procédure, « *peut [la] suspendre jusqu'à ce que la décision étrangère ait été rendue* ». C'est la deuxième étape que prescrit l'art. 283, al. 3 : la première, c'est le *renvoi* à une procédure séparée, la deuxième, c'est la *suspension* de la procédure séparée au profit d'une procédure étrangère. Une telle suspension semble être une *faculté* pour le juge : non pas une *obligation*, contrairement à la « suspension de la cause » à laquelle est astreint un tribunal suisse en cas de litispendance au sens de l'art. 9 LDIP. Une telle discrétion rappelle cet autre mécanisme de coordination juridictionnelle qu'est le *forum non conveniens* connu des Etats anglo-américains. Quels sont donc les critères pouvant conduire le juge responsable de la procédure séparée à la suspendre ? C'est là que peut entrer en jeu la compétence exclusive revendiquée par l'Etat étranger. On peut aussi citer l'existence d'une procédure déjà engagée à l'étranger, son degré d'avancement, sa durée probable... *et cetera*. Il semble bien que si la décision au sujet des avoirs suisses a été elle aussi – à supposer que cela soit autorisé – renvoyée *ad separatum*, le juge responsable de la procédure séparée pourrait statuer de manière définitive sur de tels avoirs et la suspendre pour les avoirs étrangers.<sup>37</sup>

<sup>36</sup> Message (n. 32), 4378.

<sup>37</sup> Auquel cas, « il ne lui sera toutefois pas possible de revenir sur sa décision en fonction de la décision étrangère » : CARDINAUX (n. 11), 110.

La signification du passage final de l'art. 283, al. 3 ne va pas de soi. Le tribunal « *peut déjà statuer sur le partage* ». Sont visés les avoirs suisses ? Il ne semble pas. Mais s'il s'agit de fonds étrangers, à quoi bon surseoir à statuer en attendant le jugement étranger et, en même temps, établir la manière dont ces fonds devraient être répartis à l'étranger ?<sup>38</sup> Si cet autre Etat réclame une compétence exclusive, une telle détermination risque en tout cas d'être vaine.

Concluons donc au sujet de la compétence. Constatons que la réforme confère aux autorités suisses une compétence très large : *exclusive* sur les avoirs suisses ; *concurrente* sur les avoirs étrangers, avec les quelques exceptions et les quelques incertitudes signalées. Il en résulte que le juge suisse du divorce devra souvent s'occuper également des expectatives acquises à l'étranger. Je ne m'attarderai pas sur les difficultés qu'il pourrait rencontrer, ou que pourrait rencontrer l'époux s'estimant créancier, ou l'époux s'estimant débiteur et désireux de voir diminuer le montant qu'il est tenu de transférer à l'époux créancier,<sup>39</sup> s'agissant de prouver l'existence ou l'étendue de ces avoirs ; le recours aux commissions rogatoires internationales selon le schéma de la Convention de La Haye de 1970 en matière d'obtention transfrontalière de preuves devrait demeurer possible encore que la qualification de « civile » au profit de la matière qui nous occupe puisse prêter à controverse.<sup>40</sup> Je n'insisterai pas non plus sur la difficulté de distinguer, au sein du régime étranger, ce qui ressortit à la prévoyance professionnelle et ce qui est analogue à notre AVS et, en conséquence, devrait rester en dehors du champ d'intervention du juge suisse du divorce.

Je préfère consacrer le temps qui me reste au droit applicable.

## 2. Application généralisée du droit suisse et le risque de conflits d'ordres juridiques

Le principe qui place la prévoyance sous l'empire de la loi du divorce est maintenu. Ce qui change, c'est la méthode de désignation de cette loi. L'art. 61 LDIP a été considérablement simplifié. Des quatre alinéas qui le composent, il n'en restera qu'un seul, qui énonce de manière péremptoire : « *Le divorce et la séparation de corps sont régis par le droit suisse* ». Les assouplissements auxquels consentaient les alinéas 2 et 3 ont disparu. Table rase.<sup>41</sup> Il s'ensuit que le sort des avoirs de prévoyance sera lui aussi toujours soumis au droit suisse. Seulement, cela vaut en principe pour *tous* les avoirs, suisses et étrangers, sur lesquels s'exerce la compétence suisse. Or pour ce qui est des avoirs *suisses*, on peut bien le comprendre : l'application exclusive du *droit* suisse à leur égard est le complément logique de la compétence exclusive du *juge* suisse. Je signalerai comme effet heureux de la réforme que la clause d'exception ne devra plus être sollicitée. Souvenons-nous de l'affaire hispano-suisse. Et bien, si elle devait se présenter à partir de 2017, le droit suisse sera directement applicable au divorce, et donc à la prévoyance, malgré la nationalité espagnole commune des époux. Pas besoin de forcer la lettre de l'art. 15 LDIP.

Or les avoirs suisses seront souvent partagés en nature et par moitié, avec cependant les correctifs dont la Professeure Audrey Leuba nous a entretenus.<sup>42</sup> Ce qui est plus problématique, ce

<sup>38</sup> Cf. pour BUCHER, Commentaire romand, LDIP / CL, mise à jour 14.9.2016, n° 7/10, le principe consacré à l'art. 283, al. 3, phr. 3 « ne semble pas devenir la règle tant que [le juge suisse] ignore le résultat du partage s'opérant à l'étranger » ; v. ég. BUCHER (n. 24), 97, 121 : « Cela serait aléatoire et sans effets à l'étranger, si l'institution procède différemment selon son propre droit ».

<sup>39</sup> Dans TF, 19.08.2008, 5A\_49/2008, l'ex-époux débiteur avait invoqué l'existence en France d'avoirs de prévoyance de l'ex-épouse créancière mais sans parvenir à l'établir à la satisfaction des juridictions genevoises.

<sup>40</sup> Car il s'agirait de solliciter des informations auprès d'organismes souvent de droit public.

<sup>41</sup> Il y aurait beaucoup de choses à redire sur cette manière de procéder, qui consiste à modifier le mode de détermination de la loi du divorce en vue essentiellement d'influer sur la loi applicable à un effet de celui-ci. Ayant déjà pris position sur le sujet (RSDIE 2013, 375 s.), je m'abstiendrai ici de tout autre commentaire.

<sup>42</sup> V. sa contribution dans ce même fascicule.

sont ici de nouveau les avoirs étrangers. Car, d'après la réforme, le juge suisse est aussi tenu de les distribuer conformément au droit suisse. Le Message laisse peu de doutes à ce sujet. Dans le passage relatif au nouvel art. 63 LDIP, on lit que « *le partage dans son ensemble demeurera néanmoins de la compétence du tribunal suisse et restera soumis au droit suisse* ». En conséquence, y compris pour ce qui est du sort du capital de prévoyance se trouvant à l'étranger, « *le tribunal suisse devra veiller à ce que le résultat final corresponde aux principes du Code civil* ».43 Dans le passage relatif à l'art. 283, al. 1<sup>er</sup> les rédacteurs s'empressent d'observer que la suspension de la procédure séparée ne porte aucunement atteinte à « *l'applicabilité du droit suisse à l'ensemble du partage de la prévoyance* » ni au « *principe du partage par moitié* ». A plus forte raison, cela devrait valoir lorsque le renvoi *ad separatum* n'a pas lieu. On a l'impression que le législateur a pensé que, comme le droit suisse est le meilleur, qu'il renferme une conception plus élevée de la justice, il faut essayer d'en imposer l'observation le plus largement possible. Voilà qui ressemble à de l'impérialisme juridique, peu habituel pour ce pays : la Suisse prétend appliquer son droit aux avoirs suisses, quel que soit le juge du divorce, suisse ou étranger, et elle prétend l'appliquer également aux avoirs étrangers lorsque le divorce est prononcé en Suisse. Si les autres Etats avancent la même prétention, les fonds litigieux seront dans bien des cas frappés d'un conflit international de lois, d'un conflit de prétentions étatiques au sujet du sort qu'il convient de leur imprimer. Deux Etats – de situation et du divorce – voudront chacun les soumettre à sa propre idée du juste, par hypothèse différente de celle qu'entretient l'autre. Les particuliers risquent alors d'être plongés dans l'insécurité et dans le désordre.

Comment, en tout cas, le partage des avoirs étrangers se fera-t-il ? S'agissant des Etats à régime séparatiste, il ne pourra vraisemblablement pas être effectué *en nature*. Le juge suisse ne saurait, par exemple, prescrire aux organismes de la Sécurité sociale française de partager en parts égales les cotisations que les époux leur ont versées ; de même, on le voit mal ordonner à l'INPS italien de répartir les « *contributi* » dont se sont acquittés les époux au cours du mariage... Comment alors devra-t-il s'y prendre ? La première interrogation qui vient à l'esprit consiste à savoir si le juge suisse aura le loisir d'attribuer « *plus de la moitié* » de la prévoyance suisse à un époux en vue de compenser la titularité exclusive des expectatives étrangères accumulées par l'autre époux. L'art. 124b, al. 3 autorise une attribution dépassant la moitié mais il envisage expressément d'autres cas de figure.44 D'après le Message, cependant, qui s'en rapporte à l'article 22f de la Loi sur le libre passage, le juge « *pourra... attribuer au conjoint créancier une part plus élevée de l'avoir de prévoyance* ».45 C'est donc là une option. Il n'en demeure pas moins que la manière la plus naturelle de partager les fonds étrangers semble être au moyen d'une « *prestation en capital ou une rente* » selon l'art. 124e. C'est bien la conclusion à laquelle parviennent les artisans de la réforme.46

Tâchons de fixer les idées à l'aide d'un exemple. Et supposons qu'au cours de leur mariage, Monsieur ait cotisé à hauteur de 140.000 Euros en France et Madame de 50.000 Euros également en France. 90.000 Euros d'écart, c'est-à-dire à peu près 100.000 CHF. Le ménage s'est ensuite installé à Genève où Monsieur a pu se constituer, jusqu'au jour « J », un deuxième pilier de 100.000 CHF alors que Madame a cessé de travailler, pour s'occuper des enfants notamment. Après vingt ans de

43 Message (n. 32), 4381.

44 C'est-à-dire lorsque le conjoint créancier « prend en charge des enfants communs après le divorce et que le conjoint débiteur dispose encore d'une prévoyance vieillesse et invalidité adéquate ».

45 Message (n. 32), 4380 ; et la version allemande (p. 4928) précise qu'il s'agit d'un « éventuel avoir suisse de prévoyance » (« Zudem kann dem Ehegatten, der einen Ausgleichsanspruch hätte, gestützt auf Artikel 22f E-FZG zum Ausgleich ein höherer Anteil an einem allfälligen schweizerischen Vorsorgeguthaben des pflichtigen Ehegatten zugesprochen werden »).

46 « Le juge devra donc vraisemblablement s'appuyer de manière générale sur les arts. 124e p-CC et 283, al. 3 p-CPC s'agissant du partage d'avoirs étrangers » ; « seul un partage indirect en vertu de l'art. 124e p-CC devrait être possible dans la plupart des cas impliquant des avoirs de prévoyance étrangers », Message (n. 32), 4381.

vie commune, ils se séparent. Action en divorce à Genève. Le jour « J » est, à la suite de la réforme, celui du dépôt de l'action. Compétence du Tribunal de première instance pour statuer tout à la fois sur le sort des fonds LPP et des avoirs de pension français. Le renvoi à une procédure séparée n'est probablement pas envisageable car une décision de partage – au sens étroit du Message – ne pourra pas être prononcée en France. La compétence suisse devra donc être exercée à l'égard du capital de prévoyance situé en France. Le droit suisse est applicable aux avoirs suisses et français. Le deuxième pilier, 100.000 CHF, devra en principe être partagé par moitié : 50.000 CHF pour Monsieur et 50.000 CHF pour Madame. Mais Madame voudra plus. Elle voudra profiter de la loi suisse à l'égard des expectatives françaises également. Et la réforme lui dit : « *Vous en avez le droit, Madame* ». Plus exactement : « *Vous avez un droit subjectif au partage en principe par moitié à l'égard des avoirs accumulés en France également* ». En conséquence de quoi Madame pourrait être tentée de réclamer la *totalité du deuxième pilier* de Monsieur pour compenser la différence de 100.000 CHF qui sépare leurs situations respectives de pension du côté français, qui sont intangibles en nature. Elle pourrait s'appuyer sur les énonciations du Message qui, comme on vient de le constater, prévoient la possibilité pour le créancier d'obtenir une « part plus élevée » de l'avoir suisse. Difficile de dire aujourd'hui si Madame aurait, sur ce point, gain de cause. Si bien que, subsidiairement, elle aurait tout intérêt à demander une « *prestation en capital ou une rente* » visant à répartir par équivalent les cotisations françaises. Quel sera le montant de cette « prestation » ? C'est là, bien sûr, le nœud du problème. L'art. 124e, al. 1<sup>er</sup> nous dit qu'elle devra être « équitable ». Tout laisse penser qu'elle sera plus élevée que celle qui serait accordée en France à titre de prestation compensatoire. Le Message insiste, on l'a vu, sur le principe du « *partage par moitié* » y compris à l'égard des avoirs étrangers, sur l'exigence que le « *résultat final corresponde aux principes du Code civil* ». En obéissant à un tel principe, le juge genevois devrait prescrire à Monsieur – s'il est solvable – de verser 50.000 CHF à Madame, ou bien un montant mensuel, par exemple de 1.000 CHF, pendant quatre ans.

Mais ce n'est pas fini. Encore faut-il que le volet de la décision suisse qui concerne le partage des avoirs étrangers, y compris moyennant paiement d'un capital ou d'une rente, soit reconnu dans l'Etat étranger de situation. Car si le juge français estime que l'indemnité qui a paru *équitable* au juge suisse – lequel a fait application du droit suisse – est *inéquitable* du point de vue du droit français, notamment car trop élevée par rapport à une prestation compensatoire à la « sauce hexagonale », c'est-à-dire chiffrée selon le droit et la pratique françaises, rien ne l'empêche d'ordonner à l'époux qui, du point de vue suisse, est créancier de verser une *contre-indemnité* à l'époux qui, du point de vue suisse, est débiteur, notamment sur le fondement des principes l'enrichissement illégitime. Et – je me permets d'insister – si la Suisse veut imposer l'application de son droit, et sa propre conception de la justice intra-conjugale et post-conjugale, s'agissant du sort du capital suisse de prévoyance, elle devrait s'attendre à ce que l'Etat étranger puisse en vouloir de même sur le capital détenu par ses organismes. Ainsi, dans l'exemple, à l'instigation de Monsieur, le juge français pourrait refuser de reconnaître la chose jugée suisse à l'égard des avoirs français constatant que ce n'est pas là – pour reprendre le Message – « *résultant correspondant au Code civil* [ici français] » car injustement avantageux pour Madame et injustement défavorable à Monsieur. Il pourrait en conséquence prescrire à Madame de rembourser à Monsieur, par exemple, l'équivalent en Euro de 25.000 CHF, si la décision suisse avait ordonné à celui-ci de verser 50.000 CHF à celle-là, ou l'équivalent en Euro de 500 CHF par mois pendant quatre ans si Madame s'était vue accorder en Suisse le droit de recevoir de Monsieur, au cours d'une telle période, une somme, à titre de rente, de 1.000 CHF.

Cette espèce de bras de fer juridictionnel est bien malheureux. En refusant de se coordonner,

les Etats « co-intéressés » alimentent les conflits entre les particuliers au lieu de les apaiser. Pour éviter une telle dérive, il serait sans doute préférable que le juge suisse se détermine sur les avoirs étrangers au plus près de ce que ferait le juge du pays de situation, c'est-à-dire d'une manière qui serait acceptable pour celui-ci en le dissuadant de la remettre en cause par une « contre-décision ». Les multiples exceptions au principe du partage en nature et par moitié qu'organisent les articles 124b, 124d et 124e du Code civil devraient offrir à nos tribunaux toute la souplesse nécessaire.<sup>47</sup>

Il nous reste à dire un mot de la reconnaissance en Suisse des décisions étrangères.

### 3. Reconnaissance des décisions étrangères

#### a) Décisions étrangères visant des avoirs suisses

Dans la mesure où elles visent les avoirs suisses, l'accueil des décisions étrangères, y compris émanant du juge étranger responsable de la procédure du divorce, est désormais bloqué par la compétence exclusive que la LDIP fait peser sur nos tribunaux. Le Message répète à l'envi à quel point il est important que le juge du divorce puisse statuer sur le sort de l'« ensemble » des avoirs de prévoyance professionnelle quel que soit le lieu de leur accumulation. Mais les principes qu'on pourrait – par analogie avec les domaines des successions ou de l'insolvabilité – appeler de l'*universalité* et de l'*unité* de la compétence du juge du divorce à l'égard de la prévoyance ne valent que si le juge du divorce est le juge *suisse*. C'est là « deux poids, deux mesures ». Car si c'est le juge *étranger*, la Suisse souscrit désormais au principe, opposé, du *morcellement* juridictionnel, ou de la *scission*.<sup>48</sup> La réforme s'oppose en effet à ce que le sort des fonds suisses soit décidé par le juge étranger du divorce. Si le juge étranger du divorce prescrit le partage en nature des avoirs LPP, il faudra donc de toutes façons passer par une nouvelle procédure au fond devant le juge civil suisse, et ce alors même que la juridiction étrangère n'a fait que mettre en œuvre fidèlement les règles du Code civil suisse. Exit donc la jurisprudence stimulée par l'affaire des fonds Publica.<sup>49</sup>

Qu'en est-il lorsque le juge étranger a tenu compte des avoirs suisses – afin notamment de déterminer la pension d'entretien – en les partageant par équivalent ? Un tel cas de figure est plus délicat. On peut penser que l'esprit de la réforme est peu compatible avec la reconnaissance d'un tel volet de la décision étrangère, du moins s'il est séparable du reste. Mais une décision suisse de refus de reconnaissance suivie par une décision suisse de partage en nature et par moitié peut entraîner des conséquences qui sont inévitables selon tout à la fois le droit suisse et le droit étranger.

Reprenons l'une des affaires franco-suisse déjà citées.<sup>50</sup> Les tribunaux français avaient tenu compte du deuxième pilier accumulé en Suisse par le mari – 1.200.000 CHF environ – pour allouer à l'épouse une prestation compensatoire de 160.000 Euro. Madame réclamait le partage en nature des fonds suisses en s'opposant à la reconnaissance. Monsieur se réclamait de la force jugée étrangère et s'opposait au partage en nature. C'est, on le sait, à Monsieur que le Tribunal fédéral a donné raison. Que devrait-il faire sous le nouveau droit ? Il semble que c'est Madame qui devrait l'emporter ; il semble que le juge suisse devrait en principe refuser de reconnaître la décision française. Exit donc aussi la jurisprudence dont il est ici question. Fort bien. Mais *quid* des conséquences ? Ce qui semble certain, c'est que Madame aura le loisir d'introduire une action en partage en nature devant le juge genevois. Est-ce que celui-ci pourra tenir compte du fait que

<sup>47</sup> Cf. CARDINAUX (n. 11), 108.

<sup>48</sup> Cf. BUCHER, Commentaire romand, LDIP / CL, mise à jour 14.9.2016, n° 37/18 : « le principe est celui de la *scission* du statut de prévoyance, ce qui place la Suisse en retrait par rapport à l'objectif de l'unité qu'il conviendrait d'atteindre ».

<sup>49</sup> ATF 130 III 336, *supra*, II.4.

<sup>50</sup> ATF 134 III 661, *supra*, II.4.

Madame a reçu – je supposerai qu'elle l'ait déjà reçu – une prestation en capital de 160.000 Euro et réduire à proportion le montant des avoirs LPP que Monsieur devra lui transférer ? Les exceptions au principe du partage par moitié pourraient bien s'appliquer ici.<sup>51</sup> Seulement, une telle démarche aboutirait à une sorte de reconnaissance, atténuée si l'on veut, de la chose jugée et exécutée à l'étranger. Si en revanche le juge suisse se tient au partage en nature par moitié des avoirs suisses, Monsieur devrait pouvoir lui demander – ou en tout cas demander au juge français – d'ordonner à Madame la restitution de la somme qu'elle a perçue en exécution de la décision française. A défaut Madame aura recueillie la moitié du capital de prévoyance en nature *plus* une importante part supplémentaire du reste en espèces, ce qui serait contraire à la conception du juste qu'entérinent en l'occurrence la France et la Suisse.

Pour réduire les complexités, les incertitudes, les ajustements et contre-ajustements qui pourraient résulter d'un défaut de reconnaissance, il vaudrait mieux que les époux attirent d'emblée l'attention du juge étranger sur la compétence exclusive que réclame désormais la LDIP s'agissant des fonds accumulés en Suisse. Il est vrai que le juge étranger pourrait encore tenir compte du sort probable que de tels fonds recevront en Suisse afin de déterminer en meilleure connaissance de cause celui que méritent de connaître les avoirs étrangers, notamment sous l'angle de l'étendue d'une prestation compensatoire ou de toute attribution financière, périodique ou en paiement unique, ayant une finalité équivalente. Mais peut-on compter sur la reconnaissance en Suisse d'une telle décision au moins ?

#### b) Décisions étrangères visant des avoirs étrangers

Quant aux avoirs étrangers, la compétence exclusive ne joue pas. Rien ne devrait donc s'opposer à la reconnaissance de la décision étrangère qui les vise, selon les règles générales de la LDIP et d'éventuels instruments internationaux,<sup>52</sup> compétence internationale indirecte comprise. L'effet *positif* d'une telle reconnaissance, c'est que le tribunal suisse devrait prêter main-forte à l'exécution en Suisse d'une décision étrangère accordant une prestation compensatoire lorsque l'époux débiteur n'a pas de biens saisissables à l'étranger et qu'il en possède en Suisse. Mais reconnaître signifie aussi et avant tout – et c'est ce qu'on peut appeler l'effet *négalif* de la reconnaissance, en analogie avec l'effet négatif de la chose jugée – empêcher que la question puisse être rejugée par les juridictions de l'Etat requis. Le juge suisse devrait s'abstenir de remettre en cause, au moyen d'une *contre-décision*, ce qui a été décidé à l'étranger à l'égard des *avoirs étrangers*. Il devrait notamment résister à la tentation d'allouer un *supplément* d'indemnité équitable qui s'ajouterait, par exemple, à la prestation compensatoire accordée à l'étranger alors même qu'au regard de la conception suisse, le montant d'une telle prestation serait insuffisant. Et une telle abstention est tout aussi désirable lorsque le juge étranger a partagé les avoirs étrangers *en nature* mais selon une clé de répartition s'éloignant, même de manière importante, du 50%-50% auquel souscrit en principe le droit suisse. S'il succombe à la tentation d'octroyer une prestation supplémentaire, en capital ou sous forme de rente, visant à atteindre en valeur la distribution égalitaire des expectatives étrangères de prévoyance, rien n'empêcherait l'époux débiteur de solliciter de l'Etat étranger d'origine une nouvelle décision neutralisant les effets de la contre-décision suisse – une « *contre-contre-décision* » étrangère, si j'ose m'exprimer ainsi – réduisant par

<sup>51</sup> Art. 124b CC. Cf. pour BUCHER, Commentaire romand, LDIP / CL, mise à jour 14.9.2016, n° 37/5 ; CARDINAUX (n. 11), 108.

<sup>52</sup> Parmi lesquels il faut citer la Convention de Lugano elle-même dans la mesure où la décision étrangère provient d'un Etat partie et porte sur l'obligation alimentaire mais en tenant compte aussi de la situation respective des époux en matière de pension.

exemple le montant initialement alloué ou prescrivant le remboursement des sommes versées en exécution de la décision étrangère originelle. Le litige entre les particuliers, destinataires de décisions contradictoires et mutuellement exclusives, ne serait alors pas résolu par les Etats ayant le devoir de le résoudre – c'est plutôt d'un conflit irrésolu de lois qu'il est question – mais bien par un mécanisme qui ramène à la loi du plus fort, du plus endurant, du plus teigneux, du plus rapide. Il se confirme que, pour ce qui est des avoirs étrangers, il vaut mieux accepter qu'ils soient distribués conformément à la conception étrangère de la justice et ne pas essayer d'imposer à tout prix, pas plus en nature qu'en valeur, le modèle suisse car une telle tentative pourrait non seulement être infructueuse, mais plonger les particuliers dans le désordre juridique international.

Il se peut qu'un jugement suisse ait partagé en valeur et par équivalent les avoirs étrangers en attribuant une prestation en capital ou une rente et qu'ensuite, le juge étranger en ordonne le partage en nature. Afin d'éviter une injustice du type déjà rencontré et résultant de ce que l'époux le mieux doté en prévoyance en vienne à être « ponctionné » deux fois – une fois son compte en banque et une fois son compte prévoyance –, l'art. 124e, al. 2 du Code civil permet au conjoint débiteur de solliciter une « adaptation » du jugement suisse originel. Une telle adaptation prendra en substance la forme d'un jugement remplaçant en tout ou en partie le jugement antérieur. Si c'était une prestation d'un capital qui avait été accordée, et que celui-ci a été versé, le juge suisse prescrira la restitution de tout ou partie de ces sommes. Si l'indemnité avait pris la forme d'une rente, il s'agira d'un jugement qui en réduit le montant ou bien la supprime.<sup>53</sup> Mais avant de procéder de la sorte, il est important de s'assurer que le juge étranger n'ait pas ajusté le partage en nature, et notamment la quotité que doit verser l'époux débiteur, au partage en valeur antérieurement prescrit par le juge suisse et le cas échéant déjà exécuté. Car si le point d'équilibre initialement atteint en Suisse en vient à être modifié par un nouveau point d'équilibre chez nous, la logique voudrait que le juge étranger puisse lui aussi « adapter » son jugement, qui se fondait sur l'équilibre helvétique initial par la suite modifié, en ordonnant, par un nouveau jugement, un nouveau transfert ; et ainsi de suite. Il faut bien empêcher l'enclenchement d'une spirale virtuellement infinie d'« adaptations » et « contre-adaptations », qui serait la négation du droit.

---

*La réforme de la prévoyance professionnelle a forgé de nouvelles règles de droit international privé. La compétence des autorités suisses pour statuer sur le sort des avoirs déposés auprès des caisses suisses est qualifiée d'exclusive, si bien qu'une décision étrangère ne sera plus reconnue. Si le juge suisse est compétent pour prononcer le divorce, sa compétence s'étend également aux avoirs étrangers. Les avoirs suisses seront partagés selon le droit suisse, en principe en nature ; quant aux avoirs étrangers, c'est également le droit suisse qui y est déclaré applicable et le partage se fera le plus souvent sous forme d'un capital ou d'une rente. Il reste à espérer que les autorités helvétiques exploiteront la souplesse que leur ouvrent certaines dispositions du Code civil et de procédure civile, pour rechercher la coordination, et non pas la confrontation, avec les pays étrangers co-intéressés, lesquels peuvent fort bien souscrire à d'autres conceptions de la justice post-conjugale.*

---

<sup>53</sup> Cf. GEISER (n. 17), 1385.