

BGer, 11. Dezember 2019, 5A_130/2019

Arbeitgeberbeitragsreserve und Vorsorgeausgleich bei Scheidung

Arbeitgeberbeitragsreserven betreffen nicht die bei Einleitung des Scheidungsverfahrens bestehende Austrittsleistung gemäss Art. 122 ZGB. Freie Mittel und damit auch Arbeitgeberbeitragsreserven unterliegen im Rahmen einer Scheidung in vollem Umfang der Teilung, sofern die Auszahlung dieser Mittel während der Dauer der Ehe erfolgt ist.

IN KÜRZE

In güterrechtlicher Hinsicht darf der Verkehrswert eines Aktienpakets nach der Praktikermethode, basierend auf Steuerwerten, berechnet werden.

Mit Urteil vom 5. Oktober 2017 schied das Zivilgericht die im Jahr 1993 geschlossene Ehe von A und von B. Nach dem Weiterzug an das kantonale Obergericht gelangte A mit Beschwerde in zivilrechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht.

Der hier interessierende Streitgegenstand entspinnt sich um Folgendes: B ist Angestellter der C AG. Er ist einer von drei Verwaltungsräten der C AG und hält 42 Aktien der Gesellschaft (wovon er 7 während der Ehe erwarb). Die C AG bildete in den vergangenen Jahren erhebliche Arbeitgeberbeitragsreserven. A verlangt die Berücksichtigung der Arbeitgeberbeitragsreserve entweder im Rahmen des Vorsorgeausgleichs oder der güterrechtlichen Auseinandersetzung.

A argumentiert, dass der Gesetzgeber die Möglichkeit nicht in Betracht gezogen habe, dass durch das «Parkieren» von Mitteln in den Arbeitgeberbeitragsreserven bei der Pensionskasse der Wert der Aktien eines Unternehmens geschmälert werden könne, ohne umgekehrt den Vorsorgeausgleich bei Scheidung zu erhöhen. Dieses Missbrauchspotenzial, das vor allem bei kleinen Gesellschaften bestehe, begründe einen Regelungsbedarf. Falls eine Berücksichtigung der Arbeitgeberbeitragsreserve beim Vorsorgeausgleich nicht zulässig sei, wäre sie bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung als eine während des Güterstands vorgenommene Vermögensentäusserung zur Schmälderung des Anspruchs einzubeziehen.

Zeitpunkt der Einleitung des Scheidungsverfahrens erworbenen Ansprüche aus der beruflichen Vorsorge ausgeglichen. Die erworbenen Austrittsleistungen samt Freizügigkeitsguthaben und Vorbezüge für Wohneigentum werden nach Art. 123 ZGB hälftig geteilt. Zur Berechnung der Austrittsleistung verweist Art. 123 Abs. 3 ZGB auf die Bestimmungen von Art. 15 bis 17 sowie 22a oder 22b FZG. Es sind diejenigen Vorsorgeansprüche auszugleichen, die zwischen dem Eheschluss und der Einleitung des Scheidungsverfahrens akkumuliert worden sind.¹

Das Bundesgericht verneinte die Berücksichtigung der Arbeitgeberbeitragsreserven im Rahmen des Vorsorgeausgleichs. Es hielt fest, dass diese aus Geldern gebildet werden, die ein Arbeitgeber über seine gesetzlichen, reglementarischen und vertraglichen Pflichten hinaus der Vorsorgeeinrichtung auf Anrechnung an seine künftige Beitragspflicht bezahlt.² Sie dienen dem Zweck der künftigen Beitragszahlung. Der Arbeitgeber bezahlt nach Art. 331 Abs. 3 OR seine Beiträge entweder aus eigenen Mitteln oder aus den vorgängig von ihm geäufteten Beitragsreserven. Damit betreffen die bei Einleitung des Scheidungsverfahrens bestehenden Arbeitgeberbeitragsreserven nicht die bis zu diesem Zeitpunkt vom Arbeitnehmer erworbenen Ansprüche im Sinne von Art. 122 ZGB. Sie haben des-



Elisabeth Ruff Rudin
Advokatin, Dufour
Advokatur, Basel

Erwägungen des Bundesgerichts

Nach Art. 122 ZGB werden bei der Scheidung die während der Ehe bis zum

¹ BGE 145 III 169 E. 3.1.

² BGer, 8. Februar 2010, 9C_756/2009, E. 8.3.1; Streiff/von Kaenel/Rudolph: Arbeitsvertrag, Praxiskommentar, 7. Aufl. 2012, Art. 331 OR N 6.

halb keinen Einfluss auf die während der Dauer der Ehe geäußerte Austrittsleistung und den Vorsorgeausgleich bei Scheidung, sondern sind wie freie Mittel zu behandeln. Erst bei einer Gesamtliquidation der Vorsorgeeinrichtung stellt sich die Frage des Einbezugs dieser Mittel in den Vorsorgeausgleich.

Ganz generell weist das Bundesgericht darauf hin, dass ein Arbeitgeber nicht mehr über die Arbeitgeberbeitragsreserven verfügen kann, auch wenn er über diese Mittel mitbestimmen kann. Die Arbeitgeberbeitragsreserve ist in das Vermögen der Pensionskasse übergegangen und darf nur noch für Zwecke der beruflichen Vorsorge verwendet werden. Als Verwaltungsrat der C AG habe zwar B die Bildung von Reserven veranlassen können. Eine Rückführung an den Arbeitgeber indessen ist ausgeschlossen. B könnte somit keine Ausschüttung an sich oder an die C AG veranlassen.

Das Bundesgericht verneint zusammenfassend eine Gesetzeslücke bei den Bestimmungen über den Vorsorgeausgleich. Die Frage einer missbräuchlichen Reservenbildung betreffe vielmehr das Güterrecht. Dem Ehegatten kann auch keine «hypothetische Austrittsleistung» angerechnet werden – wie von A geltend gemacht wurde –, denn einerseits sind die bestehenden Arbeitgeberbeitragsreserven nicht der Austrittsleistung zuzurechnen, andererseits setzt im Scheidungsrecht die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens bei Unterhaltsansprüchen nicht nur voraus, dass der betroffenen Person die Erzielung eines solchen Einkommens möglich und zumutbar ist, sondern dass der ausgewiesene Bedarf nicht gedeckt ist. Ein Defizit in den Vorsorgeansprüchen des anderen Ehegatten wurde aber nicht geltend gemacht.

Das Bundesgericht verneint auch die zweite Argumentationslinie von A in Bezug auf das Güterrecht. Als Errungenschaft gelten nach Art. 197 Abs. 1 ZGB diejenigen Vermögenswerte, die ein Ehegatte während der Dauer des Güterstands entgeltlich erwirbt. Nach Art. 208 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB werden der Errungenschaft zudem Vermögensentäusserungen hinzugerechnet, die ein Ehegatte während der Dauer des Güterstands vorgenommen hat, um den Beteiligungsanspruch des anderen zu

schmälern. Damit werden gewisse illoyale Vermögensverminderungen sanktioniert. Nochmals erinnert das Bundesgericht daran, dass sich eine Arbeitgeberbeitragsreserve nicht aus Geldern eines Ehegatten, sondern aus Mitteln des Arbeitgebers zusammensetzt. Im konkreten Sachverhalt fanden sich zudem keine Anhaltspunkte, wonach sich B missbräuchlich auf die juristische Selbständigkeit der C AG berufe, sodass diese ausnahmsweise zu ignorieren wäre (wie beim Durchgriff bei einer offenbar zweckwidrigen, missbräuchlichen Verwendung der juristischen Person durch die beherrschende Person).³ Allein der Umstand, dass B als Verwaltungsratsmitglied der C AG beim Entscheid, Arbeitgeberbeitragsreserven zu öffnen, möglicherweise einen massgeblichen Einfluss ausübte, genügt nicht.

Im Übrigen befand das Bundesgericht, dass bei der Methode der Aktienbewertung keine Willkür vorliege. Der Verkehrswert der Aktien sei zulässigerweise ausgehend vom Steuerwert anhand der Praktikermethode ermittelt worden. Es verwies auf die Wegleitung der Schweizerischen Steuerkonferenz zur Bewertung von Wertpapieren ohne Kurswert für die Vermögenssteuer vom 28. August 2008, Fassung vom 26. März 2018, wonach Vorauszahlungen und andere ausserordentliche Zuwendungen an Personalvorsorgeeinrichtungen bei der Berechnung des Ertragswerts eines Unternehmens zu berücksichtigen sind. Das Bundesgericht wies die Berufung somit ab.

Verwendung der Arbeitgeberbeitragsreserven bei Gesamt- oder Teilliquidation?

Arbeitgeberbeitragsreserven werden bei einer Gesamtliquidation nicht an den Arbeitgeber zurückbezahlt. Dies ergibt sich aus dem Verbot der Rückgewähr von Stiftungsmitteln an den Arbeitgeber. Im Falle der Liquidation des Arbeitgebers und einer Gesamtliquidation der Vorsorgeeinrichtung werden sie vielmehr in die freien Mittel aufgelöst und kommen den Versicherten zugute.⁴ Bei Weiterbestehen des Arbeitgebers und Liquidation der Vorsorgeeinrichtung dient die Arbeitgeberbeitragsreserve dem

Arbeitgeber für künftige Beitragszahlungen beim neuen Vorsorgeträger.

Bei einer Teilliquidation sind Arbeitgeberbeitragsreserven grundsätzlich nicht aufzuteilen. Es handelt sich um eine Reserve, die der Arbeitgeber bei der Vorsorgeeinrichtung zur Finanzierung seiner Beiträge öffnen kann und die somit weiterhin den künftigen Beitragszahlungen des Arbeitgebers dient.⁵ Eine Auflösung und Aufteilung kann sich allerdings bei einer Teilliquidation dann aufdrängen, wenn die Arbeitgeberbeitragsreserven so bedeutend sind, dass sie innert nützlicher Frist nicht für die verbleibenden Arbeitnehmer verwendet werden können.⁶ Dasselbe muss im Falle einer Gesamtliquidation einer Vorsorgeeinrichtung gelten, bei der der Arbeitgeber weiterbesteht (insbesondere bei einer organisatorischen Aufhebung).

Aufteilung von freien Mitteln im Rahmen des Vorsorgeausgleichs?

Sind im Rahmen einer Liquidation die Arbeitgeberbeitragsreserven in die freien Mittel aufzulösen, stellt sich die Frage nach der Berücksichtigung im Rahmen des Vorsorgeausgleichs. Bei einer Teil- oder einer Gesamtliquidation besteht nach Art. 18a Abs. 1 FZG neben dem Anspruch auf eine Austrittsleistung ein kollektiver Anspruch auf die freien Mittel. Realisieren sich die freien Mittel während der Dauer der Ehe, profitieren grundsätzlich beide Ehegatten hälftig von diesen Mitteln. Eine Aufteilung auf die Zeit vor und während der Ehe wäre kaum möglich, da ein Verteilungsplan die Beitragsdauer nicht berücksichtigen muss. Vielmehr unterliegen die dem Ehegatten während der Dauer der Ehe ausbezahlten freien Mittel in vollem Umfang der Teilung.⁷ Massgebend ist einzig, dass die Realisierung während der Dauer der Ehe erfolgt. Insoweit sind somit im Falle einer Liquidation der Pensionskasse und des Arbeitgebers verteilte freie Mittel oder Arbeitgeberbeitragsreserven im Rahmen des Vorsorgeausgleichs zu berücksichtigen. |

⁵ Art. 331 Abs. 3 OR; OFK-Vetter-Schreiber, Art. 53d BVG N 24; BGE 131 II 514 E. 6.4.2.

⁶ BGE 130 V 518 E. 5.3; OFK-BVG-Vetter-Schreiber, Art. 53d N 24.

⁷ BGE 133 V 25 E. 3.3.2. ff. in einem altrechtlichen Fall gestützt auf aArt. 23 Abs. 1 FZG.

³ BGE 144 III 541 E. 8.3.

⁴ BGE 130 V 518 E. 5.3. f.

TF, 11 décembre 2019, 5A_130/2019

Réserve de cotisations de l'employeur et partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce

Les réserves de cotisations de l'employeur ne concernent pas la prestation de sortie selon l'art. 122 CC acquise lorsque la procédure de divorce est engagée. Dans le cadre d'un divorce, les fonds libres et donc aussi les réserves de cotisations de l'employeur sont intégralement soumis au partage, pour autant que le versement de ces fonds soit intervenu pendant la durée du mariage.

Par jugement du 5 octobre 2017, le tribunal civil a prononcé le divorce du mariage conclu en 1993 entre A et B. Après un pourvoi devant le Tribunal cantonal, A a formé un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral.

L'objet du litige qui nous intéresse ici tourne autour des aspects suivants: B est employé de C SA. Il est l'un des trois membres du conseil d'administration de C SA et détient 42 actions de la société (dont 7 acquises pendant le mariage). Ces dernières années, la C SA a constitué d'importantes réserves de cotisations de l'employeur. A exige la prise en compte de la réserve de cotisations de l'employeur, dans le cadre soit du partage de la prévoyance professionnelle, soit de la liquidation du régime matrimonial.

A argumente que le législateur n'a pas envisagé le fait que le «parcage» de fonds dans les réserves de cotisations de l'employeur à la caisse de pension permettait de réduire la valeur des actions d'une entreprise, sans augmenter à l'inverse le partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce. Ce potentiel d'abus qui existe notamment dans les petites sociétés requiert une réglementation. Au cas où la prise en compte de la réserve de cotisations de l'employeur ne serait pas recevable lors du partage de la prévoyance professionnelle, elle devrait être prise en compte lors de la liquidation du régime matrimonial comme une aliénation de la fortune visant à réduire le droit.

Considéranants du Tribunal fédéral

Selon l'art. 122 CC, les prétentions de prévoyance professionnelle acquises durant le mariage et jusqu'à l'introduction de la procédure de divorce sont partagées entre les époux. Les prestations de sortie acquises, y compris les avoirs de libre passage et les versements anticipés pour la propriété du logement, sont partagées par moitié selon l'art. 123 CC. Pour le calcul de la prestation de sortie, l'art. 123 al. 3 CC renvoie aux dispositions des art. 15 à 17 ainsi que 22a ou 22b LFLP. Les droits à la prévoyance accumulés entre la conclusion du mariage et l'introduction de la procédure de divorce doivent être compensés.¹

Le Tribunal fédéral a dénié la prise en compte des réserves de cotisations de l'employeur dans le cadre du partage de la prévoyance professionnelle. Il a retenu qu'elles étaient constituées de fonds qu'un employeur verse à l'institution de prévoyance au-delà de ses obligations légales, réglementaires et contractuelles, en imputation sur sa future obligation de cotiser.² Elles visent le paiement de cotisations futures. Selon l'art. 331 al. 3 CO, l'employeur finance sa contribution par ses moyens propres ou à l'aide

EN BREF

Dans la perspective du régime matrimonial, la valeur vénale d'un paquet d'actions peut être calculée selon la méthode des praticiens, en se basant sur les valeurs fiscales.

de réserves de cotisations accumulées préalablement. Les réserves de cotisations de l'employeur constituées lors de l'introduction de la procédure de divorce ne concernent pas les droits acquis par le salarié à cette date dans le sens de l'art. 122 CC. Elles n'ont donc pas d'influence sur la prestation de sortie accumulée pendant la durée du mariage et le partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce et doivent être traitées comme des fonds libres. Ce n'est qu'en cas de liquidation totale de l'institution de prévoyance que se pose la question de

¹ ATF 145 III 169 consid. 3.1.

² TF, 8 février 2010, 9C_756/2009, consid. 8.3.1; Streiff/von Kaenel/Rudolph: Arbeitsvertrag, Praxiskommentar, 7e éd., 2012, Art. 331 OR N 6.

la prise en compte de ces fonds dans le partage de la prévoyance professionnelle.

De façon générale, le Tribunal fédéral rappelle qu'un employeur ne peut plus disposer des réserves de cotisations de l'employeur, même s'il dispose d'un pouvoir de codécision concernant ces fonds. La réserve de cotisations de l'employeur a été transférée dans le patrimoine de la caisse de pension et ne doit plus être utilisée qu'aux fins de la prévoyance professionnelle. En tant que membre du conseil d'administration de C SA, B a certes pu ordonner la constitution de réserves. Une restitution à l'employeur est cependant exclue. Ainsi, B ne pourrait pas ordonner de distribution à lui-même ou à la C SA.

En conclusion, le Tribunal fédéral dénie l'existence d'une faille législative dans les dispositions sur le partage de la prévoyance professionnelle. La question d'une constitution abusive de réserve concernerait plutôt le régime matrimonial. Il n'est pas non possible d'imputer au conjoint une «prestation de sortie hypothétique», comme A l'a fait valoir, car d'une part les réserves de cotisations de l'employeur existantes ne sont pas imputables à la prestation de sortie. D'autre part, la prise en compte d'un revenu hypothétique en cas de créances alimentaires dans le droit du divorce suppose non seulement que la personne concernée soit en mesure de réaliser un tel revenu et que l'on puisse raisonnablement l'exiger d'elle, mais aussi que le besoin affiché ne soit pas couvert. Or, un déficit dans les droits de prévoyance de l'autre conjoint n'a pas été invoqué.

Le Tribunal fédéral dénie également la deuxième ligne d'argumentation de A concernant le régime matrimonial. Selon l'art. 197 al. 1 CC, sont acquêts les biens acquis par un époux à titre onéreux pendant le régime. Selon l'art. 208 al. 1 ch. 2 CC, les aliénations de biens d'acquêts qu'un époux a faites pendant le régime dans l'intention de compromettre la participation de son conjoint sont en outre réunies aux acquêts, en valeur. Certaines réductions déloyales de la fortune sont ainsi sanctionnées. Le Tribunal fédéral rappelle une nouvelle fois qu'une réserve de cotisations de l'employeur n'est pas constituée de fonds d'un conjoint, mais de fonds de l'employeur. Dans la situation concrète, il n'y avait par ailleurs aucun indice selon lequel B invoquerait

abusivement l'indépendance juridique de la C SA, de sorte que celle-ci aurait dû être exceptionnellement ignorée (comme dans le concept de transparence en cas d'utilisation visiblement abusive et inopportune de la personne morale par la personne qui en a le contrôle).³ Le seul fait que B en tant que membre du conseil d'administration de C SA ait peut-être exercé une influence déterminante sur la décision de constituer des réserves de cotisations de l'employeur ne suffit pas.

Le Tribunal fédéral a par ailleurs estimé qu'il n'y avait pas d'arbitraire dans la méthode d'évaluation des actions. La valeur vénale des actions aurait été déterminée de manière recevable grâce à la méthode des praticiens, en se basant sur la valeur fiscale. Il a renvoyé aux Instructions de la Conférence suisse des impôts du 28 août 2008 concernant l'estimation des titres non cotés en vue de l'impôt sur la fortune, version du 26 mars 2018, selon laquelle les paiements anticipés et autres attributions extraordinaires à des institutions de prévoyance en faveur du personnel doivent être pris en compte dans le calcul de la valeur de rendement d'une entreprise. Le Tribunal fédéral a donc rejeté l'appel.

Utilisation des réserves de cotisations de l'employeur en cas de liquidation totale ou partielle?

Les réserves de cotisations de l'employeur ne sont pas remboursées à l'employeur en cas de liquidation totale. C'est ce qui ressort de l'interdiction de restitution des moyens de la fondation à l'employeur. En cas de liquidation de l'employeur et de liquidation totale de l'institution de prévoyance, elles sont dissoutes dans les fonds libres et bénéficient aux assurés.⁴ Si l'employeur continue son activité et que l'institution de prévoyance est liquidée, la réserve de cotisations de l'employeur est utilisée par l'employeur pour les paiements futurs de cotisations dans la nouvelle institution de prévoyance.

En cas de liquidation partielle, les réserves de cotisations de l'employeur ne doivent en principe pas être réparties. Il s'agit d'une réserve que l'employeur peut accumuler dans l'institution de pré-

voyance pour le financement de ses cotisations et qui continue donc de servir pour les paiements futurs de cotisations de l'employeur.⁵ Une dissolution et distribution peut en revanche s'imposer en cas de liquidation partielle, lorsque les réserves de cotisations de l'employeur sont si importantes qu'elles ne peuvent pas être utilisées en temps utile pour les salariés restants.⁶ Il doit en être de même en cas de liquidation totale d'une institution de prévoyance, alors que l'employeur poursuit son activité (notamment en cas de dissolution organisationnelle).

Répartition des fonds libres dans le cadre du partage de la prévoyance professionnelle?

Lorsque les réserves de cotisations de l'employeur doivent être dissoutes dans les fonds libres dans le cadre d'une liquidation, la question de la prise en compte dans le cadre du partage de la prévoyance professionnelle se pose. En cas de liquidation partielle ou totale, l'art. 18a al. 1 LFLP dispose qu'un droit individuel ou collectif à des fonds libres s'ajoute au droit à la prestation de sortie. Si les fonds libres sont réalisés pendant la durée du mariage, les deux conjoints profitent en principe pour moitié de ces fonds. Une répartition entre la période avant et pendant le mariage serait difficilement réalisable, car un plan de répartition n'a pas besoin de tenir compte de la durée de cotisation. Les fonds libres versés au conjoint pendant la durée du mariage sont au contraire intégralement soumis au partage.⁷ Seul compte le fait que la réalisation intervienne pendant la durée du mariage. Les fonds libres ou réserves de cotisations de l'employeur distribués en cas de liquidation de la caisse de pension et de l'employeur doivent alors être pris en compte dans le cadre du partage de la prévoyance professionnelle. ■

Elisabeth Ruff Rudin

⁵ Art. 331 al. 3 CO; OFK-Vetter-Schreiber, Art. 53d LPP N 24; ATF 131 II 514, consid. 6.4.2.

⁶ ATF 130 V 518, consid. 5.3; OFK-BVG-Vetter-Schreiber, Art. 53d N 24

⁷ ATF 133 V 25, consid. 3.3.2. ss dans un cas selon l'ancien droit fondé sur l'ancien art. 23, al. 1 LFLP.

³ ATF 144 III 541, consid. 8.3.

⁴ ATF 130 V 518, consid. 5.3. s.