

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/15522/2008

ACJC/1374/2009

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile
statuant par voie de procédure ordinaire

AUDIENCE DU VENDREDI 13 NOVEMBRE 2009

Entre

Monsieur L_____, domicilié à Genève, appelant d'un jugement rendu par la 2ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 28 mai 2009, comparant par Me B_____, avocat, en l'étude duquel il fait élection de domicile aux fins des présentes,

et

Madame L_____, domiciliée à Nyon (Vaud), intimée, comparant par Me R_____, avocat, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 18.11.2009.

EN FAIT

A. Par acte déposé le 2 juillet 2009 au greffe de la Cour de justice, Monsieur L_____ appelle du jugement rendu par le Tribunal de première instance le 28 mai 2009, notifié le 2 juin 2009, qui a prononcé le divorce des époux L_____ (ch. 1), attribué à cette dernière l'autorité parentale et la garde sur A_____ et B_____ (ch. 2), réservé au père un droit de visite d'un dimanche sur deux, d'une après-midi par semaine et de deux semaines en hiver et deux semaines en été (ch. 3), fixé les contributions d'entretien, en faveur des deux enfants, soumises à indexation et échelonnées en fonction de leur âge, entre 600 fr. et 1'000 fr. par mois (ch. 4 et 5), donné acte aux parties qu'elles s'engageaient à vendre la voiture de marque KIA et de s'en partager le produit (ch. 6), dit que le régime matrimonial était liquidé (ch. 7), donné acte aux parties de leur renonciation à se réclamer une contribution à leur entretien (ch. 8), dit que les avoirs de prévoyance professionnelle accumulés pendant le mariage n'étaient pas partagés (ch. 9) et compensé les dépens (ch. 10). Monsieur L_____ conclut à l'annulation du jugement et à la constatation qu'il ne doit pas contribuer à l'entretien de ses enfants, sa capacité de contribution étant actuellement nulle, ainsi qu'au prononcé du partage des avoirs de prévoyance constitués par les parties pendant le mariage.

Madame L_____ conclut à l'irrecevabilité, respectivement au rejet de l'appel. Préalablement, elle demande l'ouverture d'enquêtes afin de déterminer les conditions de la reprise du restaurant exploité par Monsieur L_____ ainsi que l'audition de sa mère pour apprécier la volonté de ce dernier de s'occuper personnellement de ses enfants lors de l'exercice de son droit de visite.

B. Les faits suivants ressortent du dossier :

a) Monsieur L_____, né en 1976 au Népal, ressortissant népalais, et Madame L_____, née en 1965, ressortissante suisse, ont contracté mariage à Nyon en 2002.

Deux enfants sont issus de cette union, tous deux nés à Nyon, A_____, en 2002 et B_____, en 2005.

Les époux L_____ n'ont pas conclu de contrat de mariage.

b) Les parties sont séparées depuis le mois de janvier 2006, date à laquelle Monsieur L_____ a quitté le domicile conjugal.

c) Le 23 janvier 2006, le Président du Tribunal d'arrondissement de La Côte à Nyon a homologué une convention en mesures protectrices de l'union conjugale, autorisant les parties à vivre séparées pour une durée de six mois, soit jusqu'au 31 juillet 2006, confiant la garde sur les enfants à leur mère, le père bénéficiant

d'un libre exercice du droit de visite, ou, à défaut d'entente, un week-end sur deux et tant qu'il ne bénéficiait pas d'un logement susceptible de les accueillir convenablement, un jour par semaine, le week-end. Les parties ont également convenu que la jouissance du domicile conjugal serait attribuée à Madame L_____ et que Monsieur L_____ verserait une contribution à l'entretien de la famille de 1'300 fr. par mois. Les parties se sont encore engagées à entreprendre une thérapie de famille.

d) Par assignation déposée le 10 juillet 2008, Madame L_____ a demandé le prononcé du divorce, l'attribution en sa faveur de l'ensemble des droits parentaux sur les enfants, la fixation d'un droit de visite usuel en faveur de Monsieur L_____, la condamnation de ce dernier au versement d'une contribution mensuelle indexée oscillant, en fonction de leur âge, entre 1'054 fr. et 1'600 fr. pour A_____ et entre 796 fr. et 1'600 fr. pour B_____. Elle a refusé le partage des avoirs de prévoyance professionnelle des parties et a conclu à la liquidation du régime matrimonial.

Monsieur L_____ a acquiescé au principe du divorce, conclu à l'exercice conjoint de l'autorité parentale, l'attribution en faveur de son épouse de la garde sur les enfants, un droit de visite lui étant réservé à raison d'un week-end sur deux et de deux semaines en été et d'une semaine pendant les vacances de Noël, au partage par moitié des avoirs LPP ainsi que du produit de la réalisation de la vente du véhicule du couple. Il s'est engagé à verser des contributions mensuelles d'entretien en faveur de chaque enfant oscillant entre 500 fr. et 700 fr.

e) Au terme d'une analyse détaillée, établie le 22 janvier 2009, le Service de protection des mineurs (SPMi), a considéré qu'il était conforme aux intérêts des enfants d'attribuer les droits parentaux à leur mère et de réserver au père un droit de visite d'un week-end sur deux et de la moitié des vacances scolaires, précisant que, pour l'instant, le père prendrait ses fils deux semaines en été et une semaine en hiver.

f) Lors de l'audience de comparution personnelle du 12 mars 2009, Madame L_____ s'est, notamment, déclarée préoccupée par l'accueil des enfants chez son époux et sa compagne, Monsieur L_____ semblant les laisser à cette dernière pendant qu'il dormait. Monsieur L_____ a déclaré qu'il travaillait dans son restaurant de 10h00 à 15h00 et 19h00 à 23h00, le dimanche étant jour de congé. Il a confirmé que sa compagne s'occupait des enfants le samedi.

Par la suite, les parties ont souhaité que le droit de visite s'exerce un dimanche sur deux, de 11h. à 19h., un après-midi, soit le mardi, soit le mercredi, dès la sortie de l'école à 17h., deux semaines pendant les vacances scolaires d'été et une semaine pendant les vacances en fin d'année.

g) Madame L_____ réalise en travaillant à 80% auprès du C_____ des revenus mensuels moyens de 5'915 fr. 60. Les allocations familiales ainsi qu'une participation de son employeur aux primes d'assurance maladie de 203 fr. sont comprises dans le salaire.

Elle a confirmé que son époux s'acquittait régulièrement de la contribution mensuelle de 1'300 fr. qu'il s'était engagé à lui verser.

Le Tribunal a arrêté ses charges incompressibles mensuelles à 3'358 fr. 55 fr., soit 1'250 fr. de minimum vital, 989 fr. 80 de loyer (70%), 143 fr. 20 d'assurance maladie, 195 fr. de frais de transport, 160 fr. de frais de repas de midi et 620 fr. 55 d'impôts.

Pendant le mariage, elle a accumulé des avoirs de prévoyance professionnelle de 68'356 fr. 65 au 31 décembre 2008. Ses avoirs se trouvent auprès de la Caisse de pension du C_____ (no d'employée xxxxxx).

h) Les charges incompressibles de A_____ ont été fixées par le premier juge, allocations familiales de 200 fr. déduites, à 1'400 fr. par mois (350 fr. minimum vital de base OP, 86 fr. 90 assurance maladie, 951 fr. 05 frais de crèche et de garde, 212 fr. 10 participation au loyer (15%)). Les besoins de B_____, allocations familiales de 200 fr. également déduites, ont été arrêtés à 821 fr. 50 par mois (250 fr. minimum vital de base OP, 83 fr. 90 assurance maladie, 475 fr. 50 frais de crèche, 212 fr. 10 participation au loyer (15%)).

i) Jusqu'au 31 janvier 2009, Monsieur L_____ travaillait en qualité d'aide soignant au sein de Z_____, à l'entière satisfaction de son employeur, pour un salaire mensuel moyen net de 4'888 fr. 50. Son employeur participait au paiement des primes d'assurance-maladie à hauteur de 30 fr. par mois.

Il a quitté son travail et a ouvert, le 1er février 2009, avec son associé, un café-restaurant à l'enseigne E_____. La reprise du fonds de commerce a coûté 128'000 fr., financée pour moitié par deux prêts personnels, octroyés par la compagne de Monsieur L_____ et Monsieur T_____, l'autre moitié ayant été payée par son associé.

Monsieur L_____ s'octroie chaque mois un revenu brut de 2'000 fr., soit 1'814 fr. 25 nets. Il a, cependant, déclaré en audience qu'il pourrait se verser un salaire oscillant entre 3'000 fr. et 4'000 fr. par mois.

En appel, il allègue les charges incompressibles suivantes: minimum vital de 1'250 fr., loyer de 1'323 fr. 85, assurance maladie de 329 fr. 70, assurance ménage et RC de 28 fr. 65, frais médicaux non couverts de 43 fr. et transports publics de 70 fr., soit un total mensuel de 3'045 fr. 20.

Il produit également un certificat médical faisant état de lombalgies liées à une affection rhumatologique chronique et à une spondylarthrite ankylosante et exposant que l'activité de restaurateur serait mieux adaptée que celle d'aide-soignant.

Selon une attestation établie par Swisslife (contrat 6xxxx, Fondation collective LPP Swiss Life, assurance 01-xxx.xx.xxx), produite en appel, il a accumulé pendant le mariage, au 28 février 2009, des avoirs de prévoyance professionnelle de 28'207 fr.

Sa compagne, avec laquelle il vit, travaille dans le nettoyage et participe aux charges du couple.

j) Le véhicule du couple a été récemment vendu pour 1'200 fr., chaque partie ayant perçu 600 fr.

- C. Le Tribunal a suivi les recommandations du SPMi quant aux droits parentaux et fixé le droit de visite conformément au souhait des parties. Il a ensuite déterminé leurs charges incompressibles ainsi que celles des enfants. Relevant que le père avait choisi de réorienter sa carrière professionnelle à un moment particulièrement inopportun, quittant un poste sûr où il était apprécié, le premier juge a estimé que les enfants de celui-ci n'avaient pas à pâtir des conséquences de ce choix et lui a ainsi imputé un revenu hypothétique de 4'500 fr. par mois, correspondant au dernier salaire en tant qu'employé. Compte tenu de son solde de 2'626 fr. 80 et des besoins des enfants, le Tribunal a fixé les contributions échelonnées en fonction de l'âge des garçons entre 600 fr. et 1'000 fr. par mois par enfant. Le régime matrimonial pouvait être considéré comme étant liquidé moyennant la vente de la voiture du couple et le partage par moitié du bénéfice de celle-ci. Compte tenu de l'âge des parties et du fait que le mari n'était plus affilié à une caisse de prévoyance, le partage de leurs avoirs de prévoyance accumulés pendant le mariage n'était pas équitable.

Lors de l'audience de plaidoiries, qui s'est tenue devant la Cour le 29 septembre 2009, l'appelant a précisé ne pas demander l'annulation du jugement, mais uniquement des points se rapportant à la contribution d'entretien et au partage par moitié des avoirs de prévoyance des parties accumulés durant le mariage. L'intimée a indiqué qu'elle acceptait le chargé complémentaire du 24 septembre 2009 de sa partie adverse et renonçait à ses conclusions préalables en production de pièces concernant la reprise de commerce de son ex-mari. Elle s'est ensuite déterminée quant aux pièces nouvellement produites et a souligné qu'elle vivait actuellement dans la précarité.

Pour le surplus, les parties ont persisté dans leurs conclusions d'appel. Leurs arguments seront repris ci-après dans la mesure utile à la solution du litige.

EN DROIT

1. L'appel a été déposé dans le délai prescrit par la loi (art. 394 al. 1 LPC).

Les conclusions d'appel tendent à l'annulation du jugement. L'on comprend cependant aisément à la lecture de celui-ci que l'appelant demande uniquement que les points relatifs à la contribution d'entretien en faveur des enfants et au partage des avoirs de prévoyance professionnelle soient réformés et ne conteste pas les autres dispositions prises par le Tribunal. L'intimée l'a d'ailleurs parfaitement compris puisqu'elle s'est déterminée, de manière circonstanciée, uniquement sur les deux points sus-évoqués. L'appel est ainsi également recevable à la forme (art. 300 LPC).

Vu la nature du différend, le Tribunal a statué en premier ressort (art. 387 LPC). S'agissant d'un appel ordinaire, la Cour revoit donc la cause avec un plein pouvoir d'examen (art. 291 LPC; SJ 1984 p. 466 consid. 1). Les pièces nouvelles produites par les parties avec leurs écritures d'appel sont ainsi recevables (art. 306A LPC), comme le sont celles déposées le 24 septembre 2009, qui ont été acceptées par l'intimée, qui s'est déterminée lors de l'audience de plaidoiries à leur égard.

2. Le dépôt d'un appel ne suspend l'entrée en force du jugement de divorce que dans la mesure des conclusions prises (art. 148 al. 1 CC). Partant, les chiffres 1 à 3, 6 à 8 et 10 du dispositif du jugement querellé sont entrés en force.

Il n'y a ainsi pas lieu de donner suite à la requête de l'intimée d'entendre sa mère afin qu'elle se détermine sur l'aptitude de l'appelant à s'occuper personnellement de ses enfants, l'attribution des droits parentaux et l'étendue du droit de visite n'étant pas litigieux en appel.

3. Le droit suisse est applicable, ce qui n'est pas contesté.
4. L'appelant fait en premier lieu valoir que la contribution d'entretien fixée par le premier juge entame son minimum vital. Sa relation avec son amie n'est pas stable et celle-ci est lasse de contribuer à l'entretien des enfants de son compagnon. En outre, il a dû changer de profession en raison de ses problèmes dorsaux. Exiger qu'il fasse un effort supplémentaire pour augmenter sa capacité contributive alors qu'il travaille plus de 14 heures par jour est déraisonnable.

4.1. L'intimée relève que son ex-mari s'est acheté récemment une AUDI A3 ainsi que du matériel multimédia hautement sophistiqué, ce qui démontre qu'il ne déclare pas l'intégralité de ses revenus.

4.2. Les père et mère doivent pourvoir à l'entretien de l'enfant et assumer, par conséquent, les frais de son éducation, de sa formation et des mesures prises pour

le protéger (art. 276 al. 1 CC). L'entretien est assuré par les soins et l'éducation ou, lorsque l'enfant n'est pas sous la garde de ses père et mère, par des prestations pécuniaires (art. 276 al. 2 CC).

La contribution d'entretien en faveur d'un enfant doit correspondre à ses besoins ainsi qu'à la situation et aux ressources des père et mère; il est tenu compte de la fortune et des revenus de cet enfant ainsi que de la participation de celui des parents qui n'en a pas la garde à sa prise en charge (art. 285 al. 1 CC). Le juge doit d'abord déterminer quels sont lesdits besoins de l'enfant, puis quelles sont les ressources (revenus, fortune) des père et mère. Si les parents vivent séparés, les contributions d'entretien à fournir par chacun d'eux doivent se fonder sur leur niveau de vie respectif (ATF 120 II 285 consid. 3a/cc; 116 II 110 consid. 3b). Dans tous les cas, il convient de prendre en compte les particularités de chaque situation, sans faire preuve d'un schématisme aveugle, le juge disposant d'un large pouvoir d'appréciation des faits (ATF 128 III 161 consid. 2).

Pour apprécier les besoins concrets de l'enfant, la jurisprudence admet, comme l'une des méthodes possibles celle dite du "minimum vital", selon laquelle les besoins de l'enfant mineur et la capacité contributive du débirentier sont déterminés en ajoutant à leurs montants de base admis par le droit des poursuites, leurs charges incompressibles respectives telles que loyer, assurance maladie, etc. (ATF np 5C.107/2005 du 13 avril 2006 consid. 4.2.1).

Une majoration de 20% du montant de base du droit des poursuites est admissible (ATF np 5A_62/2007 du 24 août 2007, consid. 5; 5C.107/2005 du 13 avril 2006 consid. 4.2.1; ATF 129 III 385 consid. 5.2.2). Cependant dans l'hypothèse où les besoins de l'enfant ne sont pas couverts, il n'est pas contraire au droit fédéral de ne pas tenir compte de cette majoration (ATF 126 III 353 consid. 1a/aa; 127 III 68 consid. 2c; 123 III 1 consid. 3b/bb). Dans tous les cas cependant, le minimum vital du débirentier doit être préservé (ATF 135 III 66 consid. 10).

Selon la jurisprudence, le débiteur d'aliments peut se voir imputer un revenu hypothétique supérieur à celui qu'il obtient effectivement, pour autant qu'une telle augmentation soit possible et qu'elle puisse raisonnablement être exigée de lui; peu importe, en principe, le motif pour lequel il a renoncé au revenu supérieur pris en compte. La prise en considération d'un revenu hypothétique ne revêt pas un caractère pénal; il s'agit simplement d'inciter le débiteur à réaliser le revenu qu'il est à même de se procurer en faisant preuve de bonne volonté et dont on peut attendre de lui qu'il l'obtienne afin de remplir ses obligations. Les critères permettant de déterminer le montant du revenu hypothétique sont l'âge, l'état de santé et la situation du marché du travail (ATF np 5A_170/2007 du 27 juin 2007, consid. 3.1; ATF 129 III 577 consid. 2.1.1; 128 III 4 consid. 4 et les réf. citées).

Dans les litiges relatifs à l'obligation d'entretien envers l'enfant, le juge doit en outre examiner d'office les faits pertinents et apprécier librement les preuves (ATF 126 III 353 consid. 2b et 3b; ATF np 5A_62/2007 du 24 août 2008, consid. 6.1).

4.3. Les allégations de l'appelant quant aux revenus qu'il tire de sa nouvelle activité ne sont pas crédibles. En effet, alors qu'il a déclaré en audience le 12 mars 2009 qu'il s'octroyait un salaire mensuel entre 3'000 fr. et 4'000 fr., il a ensuite produit une attestation de sa fiduciaire du 15 avril 2009 selon laquelle il ne percevait qu'un salaire brut de 2'000 fr. par mois. Dans ses conclusions après enquêtes du 28 avril 2009, il a néanmoins proposé de verser 1'100 fr. par mois pour l'entretien de ses deux enfants, tout en alléguant des charges de plus de 3'500 fr. par mois. Certes, le restaurant qu'il exploite avec son associé n'a ouvert que le 1er février 2009, de sorte qu'il est possible que les revenus de l'appelant soient variables. Ce dernier n'a toutefois produit aucune pièce permettant de connaître la situation financière de son commerce. Au vu de ses allégations contradictoires, il sera ainsi retenu qu'il réalise un salaire net d'en tout cas 4'000 fr. par mois.

Par ailleurs, quand bien même l'appelant ne serait pas en mesure de tirer un revenu net de 4'000 fr. par mois de sa nouvelle activité, il conviendrait qu'il se réoriente pour exercer une activité lui permettant de réaliser un tel revenu, ne serait-ce qu'en travaillant en tant qu'employé dans la restauration. En effet, selon la Convention collective de travail applicable aux cafetiers et restaurateurs, l'appelant pourrait prétendre, compte tenu de son expérience professionnelle, à un salaire d'en tout cas 4'000 fr. nets par mois.

En outre et comme l'a relevé le premier juge, l'appelant a choisi de quitter un emploi qu'il exerçait à entière satisfaction de son employeur à un moment particulièrement inopportun, ce dont ses enfants n'ont pas à pâtir. En effet, il ne ressort pas du dossier et plus particulièrement pas du certificat médical produit en appel que l'état de santé de l'appelant l'empêcherait de continuer à exercer son activité précédente. Il n'apparaît pas non plus que l'appelant ait sollicité de son ancien employeur, qui le lui aurait refusé, un allègement dans certaines tâches afin de moins solliciter son dos. Pour ce motif également, il convient d'imputer à l'appelant un salaire mensuel net d'au moins 4'000 fr. par mois.

Partant, il sera retenu que l'appelant réalise ou peut réaliser, en faisant les efforts que l'on peut raisonnablement exiger de lui, un salaire d'au moins 4'000 fr. par mois.

L'appelant considère qu'il convient de ne pas tenir compte du fait qu'il habite avec sa compagne, la pérennité de sa relation n'étant pas assurée, celle-ci supportant mal de devoir, directement ou indirectement, contribuer à l'entretien des enfants. Le fait d'imputer la moitié du loyer et du minimum vital de base applicable à un

couple à la compagne de l'appelant ne revient nullement à faire supporter à celle-ci une part de l'entretien des enfants. L'appelant ne conteste d'ailleurs pas que sa compagne participe aux frais du ménage. Pour le surplus et comme cela vient d'être relevé, il appartient à l'appelant de s'organiser pour faire face à ses obligations d'entretien envers ses enfants, soit par le biais de l'activité qu'il exerce actuellement, soit en prenant un emploi mieux rémunéré. Il est manifeste que sa compagne n'a aucune obligation légale de l'aider à contribuer à l'entretien de ses enfants.

Les autres charges incompressibles de l'appelant ne sont pas contestées. Au total, elles se montent ainsi à 2'050 fr. par mois, comprenant 662 fr. de loyer (1/2), 930 fr. de minimum vital de base OP (1/2 de 1'550 fr. x 120%), 330 fr. d'assurance maladie, 15 fr. d'assurance ménage et responsabilité civile (1/2 de 29 fr.; obligatoire à Genève; art. 34 et 35 des règles et usages locatifs à Genève, annexe 1 au Règlement d'exécution de la loi générale sur le logement et la protection des locataires, I 4 05.01), 43 fr. de frais médicaux non couverts et 70 fr. de frais de transports publics.

Compte tenu du revenu de 4'000 fr. net par mois, le solde de l'appelant s'élève à 1'950 fr. par mois.

4.4. Le revenu de 5'915 fr. 60 par mois de l'intimée et ses charges de 3'358 fr. 55 ne sont pas contestés, de sorte que son disponible est de 2'557 fr. par mois. Il n'est pas contesté non plus que, allocations familiales déduites, les besoins financiers mensuels de A_____ s'élèvent actuellement à 1'400 fr. et ceux de B_____ à 821 fr. L'intimée contribue essentiellement en nature à l'entretien des enfants par les soins et l'éducation qu'elle leur prodigue. En fixant à 800 fr. par mois la contribution actuellement due par l'appelant pour A_____ et à 600 fr. par mois celle due pour B_____, puis en les augmentant progressivement jusqu'au maximum de 1'000 fr. dès l'âge de 12 ans, le premier juge a dûment tenu compte des capacités financières des parties et du coût des enfants. Il convient de relever que les contributions d'entretien cumulées n'atteindront la somme mensuelle de 2'000 fr. qu'en 2017, lorsque B_____ aura 12 ans. Le revenu net de 4'000 fr. retenu plus haut n'est toutefois qu'une estimation minimale du salaire imputé à l'appelant, d'une part. D'autre part, dès lors que la contribution ne couvre pas l'intégralité des besoins des enfants, il pourra être fait abstraction de l'augmentation de 20% du minimum vital de base OP. Compte tenu de ses charges incompressibles, ainsi de 1'895 fr. par mois, son disponible de 2'105 fr. lui permettra de s'acquitter des contributions fixées, sans entamer son minimum vital. Le grief n'est donc pas fondé.

- 5.** En second lieu, l'appelant reproche au Tribunal d'avoir violé l'art. 122 CC en refusant le partage par moitié des avoirs de prévoyance professionnelle des parties. Contrairement à ce qu'avait retenu le premier juge, il était toujours affilié

auprès d'une caisse de prévoyance, ce dont attestaient les pièces produites en appel. Aucune raison d'équité ne s'opposerait audit partage. La situation financière saine de l'intimée lui permettait d'augmenter plus rapidement ses avoirs de prévoyance que l'appelant.

5.1. L'intimée rétorque que les parties n'ont vécu ensemble que trois ans et demi. Elle avait supporté à 98% les coûts et l'éducation des enfants. Depuis le 1er février 2009, l'appelant dissimulait ses gains et ne cotisait ainsi qu'à hauteur de 35 ou 70 ct. par mois, de sorte qu'il n'appartenait pas à l'intimée de combler le manque de cotisations adéquates. L'intimée s'était, en outre, pendant le mariage, acquittée d'une somme totale de 19'961 fr. en faveur de son ex-mari, comprenant des arriérés d'impôts de celui-ci, antérieurs à leur mariage, des frais du premier divorce de celui-ci ainsi que de versements réguliers de 330 fr. à la famille au Népal de l'appelant. Par ailleurs, lorsque l'appelant avait réalisé des revenus extraordinaires, tels ceux provenant du stand qu'il avait tenu au Paléofestival en 2005, il ne les avait pas consacrés à la famille. En outre, en requérant le partage, l'appelant cherchait à l'investir dans son restaurant et non à accroître ses avoirs de prévoyance. Enfin, compte tenu de la différence d'âge entre les parties, l'appelant pouvait encore largement continuer à constituer ses avoirs de prévoyance.

5.2. Les prestations de sortie de la prévoyance professionnelle des époux doivent en principe être partagées entre eux par moitié (art. 122 CC). Exceptionnellement, le juge peut refuser le partage, en tout ou en partie, lorsque celui-ci s'avère manifestement inéquitable pour des motifs tenant à la liquidation du régime matrimonial ou à la situation économique des époux après le divorce (art. 123 al. 2 CC).

Selon l'intention du législateur, la prévoyance professionnelle constituée pendant la durée du mariage doit profiter aux deux conjoints de manière égale. Ainsi, lorsque l'un des deux se consacre au ménage et à l'éducation des enfants et renonce, totalement ou partiellement, à exercer une activité lucrative, il a droit, en cas de divorce, à la moitié de la prévoyance que son conjoint s'est constituée durant le mariage. Le partage des prestations de sortie a pour but de compenser la perte de prévoyance et doit lui permettre d'effectuer un rachat auprès de sa propre institution de prévoyance. Il tend également à promouvoir son indépendance économique après le divorce. Récemment, le Tribunal fédéral a cependant souligné la nature inconditionnelle de la prétention, relevant qu'elle est indépendante de la répartition des tâches entre les conjoints durant le mariage et du partage par moitié des acquêts (ATF np 5A_79/2009 du 28 mai 2009, consid. 2.1; 5A_623/2007 du 4 février 2008, consid. 5.2 in FamPra.ch 2008 p. 384).

L'exception de l'art. 123 al. 2 CC doit être appliquée de manière restrictive, afin d'éviter que le principe du partage par moitié des avoirs de prévoyance ne soit vidé de son contenu. Outre les motifs énoncés par l'art. 123 al. 2 CC, le juge peut

également refuser le partage si celui-ci contrevient à l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC). Cette dernière circonstance ne doit être appliquée qu'avec une grande réserve. Seules des circonstances économiques postérieures au divorce peuvent justifier le refus total ou partiel du partage, circonstances que le juge doit apprécier selon les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC). La fortune considérable de l'époux créancier, séparé de biens, ne constitue pas un motif d'exclusion du partage par moitié. Celui-ci n'est inéquitable, au sens de l'art. 123 al. 2 CC, que s'il apparaît manifestement choquant, absolument inique, ou encore, complètement insoutenable. En effet, la compensation des lacunes de prévoyance est conçue comme une institution juridique indépendante, qui confère un droit et qui ne peut pas être transformée, au moyen de l'exclusion, en une prestation de besoin. Dès lors, il ne suffit pas que l'avenir de l'époux créancier soit économiquement assuré. Enfin, le caractère manifestement inéquitable du partage ne résulte pas non plus d'un simple déséquilibre entre les capacités financières des époux (ATF 135 III 153 consid. 6.1 et 6.2.3; 133 III 497 consid. 4; 129 III 577 consid. 4.; ATF np 5A_214/2009 du 27 juillet 2009 et les références citées).

5.3. En l'espèce, les parties n'ont retiré qu'un très faible bénéfice de la liquidation de leur régime matrimonial. Il n'est pas allégué qu'elles se seraient constituées des économies. L'avoir de prévoyance accumulé durant le mariage par l'appelant est de l'ordre de 28'000 fr., celui par l'intimée d'environ 68'000 fr. Les parties réalisent chacune un salaire leur permettant de subvenir à leurs besoins, le solde, après paiement de l'entretien dû aux enfants, étant plus élevé pour l'intimée. Aucune des parties n'a cessé d'exercer une activité lucrative pour s'occuper des enfants et tenir le ménage, l'intimée travaillant cependant à temps partiel (80%). Certes, cette dernière est de 10 ans l'aînée de l'appelant. Néanmoins, âgée aujourd'hui de 44 ans, l'intimée va pouvoir continuer à accroître son avoir de prévoyance professionnelle pendant près de 20 ans. Par ailleurs, les largesses - non contestées - dont elle a fait preuve à l'égard de son ex-mari en soldant des arriérés d'impôts de celui-ci ou en soutenant financièrement sa belle-famille, étaient antérieures au divorce. Elles n'entrent ainsi pas en considération, seule l'appréciation de la situation économique après le divorce étant déterminante. Au vu des circonstances et au regard des hautes exigences posées pour refuser la compensation de la prévoyance, il n'apparaît pas que le partage par moitié soit inéquitable au sens de l'art. 123 CC. L'appel est ainsi admis sur ce point et le partage par moitié des avoirs de prévoyance professionnel accumulés pendant le mariage sera ordonné.

- 6.** Au vu de la qualité des parties, les dépens d'appel seront compensés (art. 176 al. 3 et art. 313 LPC).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

LA COUR :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par Monsieur L._____ contre le jugement JTPI/6704/2009 rendu le 28 mai 2009 par le Tribunal de première instance dans la cause C/15522/2008-2.

Préalablement :

Constate l'entrée en force des chiffres 1 à 3, 6 à 8 et 10 du dispositif de ce jugement.

Au fond :

Admet l'appel et annule le chiffre 9 du dispositif précité.

Et, statuant à nouveau sur ce point :

9. Ordonne le partage par moitié des avoirs de prévoyance professionnelle accumulés par les parties durant le mariage.

Transmet la cause au Tribunal cantonal des assurances sociales, à charge pour lui d'actualiser les montants des prestations de sortie de la prévoyance professionnelle sujettes à partage et de procéder au partage effectif.

Confirme le jugement attaqué pour le surplus.

Compense les dépens d'appel.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant :

Monsieur Louis PEILA, président; Monsieur Christian MURBACH, Madame Florence KRAUSKOPF, juges; Madame Nathalie DESCHAMPS, greffière.

Le président :

Louis PEILA

La greffière :

Nathalie DESCHAMPS

Indication des voies de recours :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 30'000 fr.