

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/19660/2008

ACJC/1358/2010

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile
statuant par voie de procédure ordinaire

AUDIENCE DU VENDREDI 19 NOVEMBRE 2010

Entre

Madame Z_____ (précédemment Madame X_____), domiciliée _____, appelante d'un jugement rendu par la 6ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 27 mai 2010, comparant par Me Pierre Siegrist, avocat, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

et

Monsieur X_____, domicilié c/o _____, intimé, comparant par Me Michel Celi Vegas, avocat, en l'étude duquel il fait élection de domicile,

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 24.11.2010.

EN FAIT

A. Monsieur X_____, né le _____ 1967 à A_____, de nationalité b_____, et Madame X_____, née Z _____ le _____ 1955 à Genève, originaire de C_____, se sont mariés à D_____ le _____ 2007 sous le régime de la séparation de biens.

Aucun enfant n'est issu de cette union.

B. Les parties vivent séparées depuis le mois d'avril 2008.

C. a) Par assignation déposée le 5 septembre 2008, Madame X_____ a formé une requête unilatérale en divorce fondée sur l'art. 115 CC, faisant valoir que Monsieur X_____, qui s'était montré insultant et violent à son égard et avait commis un adultère, l'avait épousée dans l'unique but de régulariser sa situation en Suisse.

b) Par jugement du 20 mai 2009, le Tribunal de première instance a débouté Madame X_____ des fins de sa requête en divorce, retenant que cette dernière connaissait la situation irrégulière de son époux avant le mariage, qu'elle avait accepté le mariage pour la régulariser et qu'il n'était pas établi que le mari ait contracté mariage dans l'unique but d'obtenir une autorisation de séjour, sans avoir l'intention d'établir une véritable communauté conjugale. Il a également relevé que l'adultère ne constituait pas une cause de divorce et a considéré qu'il n'était pas établi que le mari était l'auteur des coups portés contre l'épouse et qu'au demeurant, les épisodes évoqués étaient isolés et n'étaient pas constitutifs d'infractions pénales graves justifiant l'application de l'art. 115 CC.

c) Par arrêt du 13 novembre 2009, la Cour de justice a fait droit aux conclusions de Madame X_____. Elle a prononcé le divorce et renvoyé la cause au Tribunal de première instance afin qu'il statue sur les effets accessoires, notamment le partage de la prévoyance professionnelle.

La Cour de justice a retenu qu'en octobre 2006, Monsieur X_____ était déjà sous le coup d'une expulsion, cette dernière devant être mise à exécution le 8 janvier 2007, lorsqu'il a rencontré Madame Z_____ qui est tombée sous son charme. Elle a constaté que les parties avaient formé une véritable communauté de toit et de lit les premiers mois du mariage mais que Monsieur X_____ avait changé d'attitude envers Madame Z_____, se désintéressant d'elle, et que ce changement avait quasiment coïncidé avec la régularisation de la situation administrative de Monsieur X_____. En effet, les démarches tendant à la régularisation de la situation de Monsieur X_____ avaient été entamées immédiatement après le mariage au mois de mars 2007, le 12 juin 2007, l'Office cantonal de la population avait préavisé en faveur d'une autorisation de séjour et le 19 juin 2007, l'Office

fédéral des migrations avait levé la mesure d'éloignement prononcée contre l'intimé. La Cour de justice a ainsi retenu que l'attitude de Monsieur X_____, qui avait notamment noué une relation adultérine lors de laquelle un enfant avait été conçu, et la chronologie des événements permettaient de douter sérieusement de la volonté de celui-ci de se marier dans l'intention de créer une communauté de vie avec Madame Z_____. Il apparaissait, au contraire, hautement vraisemblable que Monsieur X_____ n'avait séduit Madame Z_____ qu'en vue de pouvoir, au travers du mariage, obtenir une autorisation de séjour. Enfin, la Cour a estimé que les conditions de l'art. 115 CC étaient également réalisées au vu des violences perpétrées par Monsieur X_____ à l'encontre de Madame X_____ en juin 2008.

- D. a)** A l'audience de comparution personnelle des parties qui s'est tenue devant le Tribunal de première instance le 1er mars 2010, Madame X_____ a indiqué que le seul effet accessoire du divorce restant à régler consistait dans le partage des avoirs de prévoyance professionnelle, à laquelle elle s'opposait.

Monsieur X_____ a indiqué qu'il ne travaillait pas pour le moment. Il a ajouté n'avoir jamais cotisé à la LPP, hormis de juin à décembre 2009, période pendant laquelle il avait travaillé à la E_____. Pour le surplus, il a expliqué qu'il donnait des concerts de musique salsa mais que cette activité n'était pas soumise à la LPP.

Les deux parties se sont engagées à produire un certificat LPP mentionnant les avoirs cotisés à fin octobre 2009.

b) Selon les indications fournies par la F_____, les avoirs de prévoyance professionnelle accumulés par Z_____ auprès d'elle du 1er juillet 2006 au 31 octobre 2009 étaient de 155'955 fr., cette somme comprenant deux apports de libre passage de 90'180 fr. 70 et 2'295 fr. 70 versés par G_____ à la F_____ le 12 avril 2007. La F_____ a également indiqué que le 10 mars 2007, la prestation de libre passage de Z_____ auprès d'elle s'élevait à 8'433 fr., montant porté à 8'987 fr. 15 une fois majoré des intérêts composés dus pendant la période du 10 mars 2007 au 31 octobre 2009.

Monsieur X_____, hormis sa période de travail de juin à décembre 2009 auprès de la E_____, n'a occupé que des activités non déclarées ou donné des concerts à des conditions financières trop faibles pour être soumises aux assurances sociales. Il n'a pas cotisé avant le mariage et ses avoirs de prévoyance professionnelle étaient de 1'304 fr. 80 au 31 décembre 2009.

c) Dans ses conclusions motivées du 26 avril 2010, Madame X_____ a conclu, préalablement, à ce qu'il soit procédé à la rectification des qualités de parties. Elle a produit à ce titre un extrait de son certificat individuel d'état civil démontrant qu'elle avait repris son nom de jeune fille, Z_____, suite au prononcé du divorce. Elle a ensuite rappelé que l'unique point à régler, les époux étant séparés de biens,

était la question du partage de leurs avoirs de prévoyance professionnelle et a conclu à ce que le Tribunal le refuse pour des raisons d'équité.

d) Par conclusions motivées du même jour, Monsieur X_____ a conclu, quant à lui, au partage ordinaire des avoirs de prévoyance professionnelle des époux au sens de l'art. 122 CC.

e) Par jugement du 27 mai 2010, le Tribunal, après avoir rectifié la qualité de la demanderesse en Z_____ (ch. 1 du dispositif), a ordonné à la F_____, rue _____, de transférer du compte de prévoyance de Z_____ (anciennement Madame X_____) la somme de 26'593 fr. 30 sur le compte de libre passage de Monsieur X_____, no compte 1..., E_____-PENSIONSKASSE, _____ (ch. 2). Il a, pour le surplus, compensé les dépens (ch. 3) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch.4).

En substance, il a retenu qu'aucune des deux hypothèses ressortant de l'art. 123 al. 2 CC permettant au juge de refuser le partage n'était réalisée en l'espèce et que selon la jurisprudence, même si l'attitude du défendeur est choquante et contraire aux devoirs du mariage, le comportement des conjoints durant cette période ne joue aucun rôle dans le partage des avoirs de prévoyance professionnelle.

D. a) Par acte déposé au greffe de la Cour de justice le 25 juin 2010, Z_____ appelle de cette décision, qu'elle a reçue le 2 juin 2010, et conclut à l'annulation du jugement en tant qu'il prononce le partage par moitié des avoirs de prévoyance professionnelle des parties accumulés pendant le mariage. Elle fait valoir que Monsieur X_____ travaillait "au noir" lorsqu'elle l'avait connu. Elle lui avait alors demandé de cesser ce travail et d'attendre l'obtention de son autorisation de séjour pour entrer dans la légalité et cotiser aux assurances sociales. Toutefois, une fois en possession d'une autorisation de travailler, Monsieur X_____ avait renoncé à prendre un emploi stable pour se cantonner à des activités musicales épisodiques et peu rémunératrices, la contraignant à assumer entièrement les frais du ménage. Il avait notamment prétexté qu'il ne serait pas opportun qu'il trouve un emploi alors qu'un voyage de deux mois à A_____ était prévu du 1er novembre 2007 au 3 janvier 2008.

b) Monsieur X_____ conclut au rejet de l'appel et à la confirmation du jugement. Pour la première fois en appel, il fait valoir s'être occupé des tâches quotidiennes pour permettre à son épouse de continuer ses activités au sein de l'administration cantonale, qu'aucune protection d'un point de vue financier ne lui a été attribuée dans le cadre des effets accessoires du divorce et que les conditions de l'art. 123 CC ne sont pas réunies. En effet, il était dans une situation économique moins favorable que son ex-épouse, cette dernière s'étant opposée à toutes les activités qu'il souhaitait développer, hors du cadre musical, l'empêchant par là de cotiser à

des avoirs de prévoyance professionnelle. Il a relevé que son épouse avait approuvé son voyage à A_____, participant même à sa préparation.

EN DROIT

1. L'appel a été formé dans le délai et suivant la forme prescrits par la loi (art. 296, 300, 394 LPC). Il est dès lors recevable.

Le juge du divorce est compétent en la matière (art. 122, 123, 141 et 142 CC).

Le Tribunal a statué en premier ressort (art. 387 LPC), de sorte que la Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen (art. 291 LPC).

2. A juste titre, les parties ne remettent pas en cause la compétence des juridictions genevoises et l'application du droit suisse (art. 59 let. a et art. 61 al. 1 LDIP).
3. Seule demeure litigieuse la question de la détermination et du partage des avoirs de prévoyance professionnelle des parties, l'appelante prétendant qu'il y a lieu d'y déroger en application de l'art. 123 al. 2 CC.

3.1.1. Le partage des avoirs de prévoyance professionnelle des époux est, en principe, régi par l'art. 122 al. 1 CC, à teneur duquel lorsqu'un époux au moins est affilié à une institution de prévoyance professionnelle et qu'aucun cas de prévoyance n'est survenu, chaque époux a droit à la moitié de la prestation de sortie de son conjoint calculée pour la durée du mariage selon les dispositions de la loi du 17 décembre 1993 sur le libre passage (LFLP, RS 831.42).

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 d'eux 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 sa 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. Il s'ensuit que chaque époux a normalement un droit inconditionnel à la moitié des expectatives de prévoyance constituées pendant le mariage (Message concernant la révision du code civil suisse du 15 novembre 1995, FF 1996 I 101 ss n. 233.41; ATF 135 III 153 consid. 6.1 p. 154; 129 III 577 consid. 4.2.1 p. 578 et les références citées).

3.1.2. 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).

L'application de l'art. 123 al. 2 CC demeure toutefois réservée aux cas où l'époux bénéficiaire n'a et n'aura à l'évidence aucun besoin de prévoyance (SCHNEIDER/BRUCHEZ, La prévoyance professionnelle et le divorce, in *Le nouveau droit du divorce*, Lausanne 2000, n. 208, p. 240).

3.1.3. La jurisprudence admet, avec retenue, qu'outre les circonstances économiques postérieures au divorce ou des motifs tenant à la liquidation du régime matrimonial, le juge peut également refuser le partage si celui-ci contrevient à l'interdiction de l'abus de droit. En revanche il n'y a pas de place pour d'autres motifs de refus (art. 2 al. 2 CC; entre autres: ATF 135 III 153 consid. 6.1; 133 III 497 = JdT 2008 I 184, consid. 4.7).

Aux termes de l'art. 2 al. 2 CC, l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi. Le tribunal possède ainsi le pouvoir de corriger les effets de l'application (formelle) de la loi lorsque celle-ci se heurte aux impératifs (matériels) des intérêts à protéger selon la justice (notamment: ATF 107 Ia 206 consid. 3b; 134 III 52 consid. 2.1 p. 58; DESCHENAUX, *Le Titre préliminaire du code civil*, in *Traité de droit privé suisse*, tome II/1, 1969, p. 146; AMOOS, *La théorie de l'abus de droit en relation avec les droits absolus*, 2002, p. 49). Il appartient dès lors au juge de décider, au vu du cas concret, selon quelles modalités ce correctif doit être apporté et quelles conséquences il convient d'en tirer (STEINAUER, *Le Titre préliminaire du code civil*, in *Traité de droit privé suisse*, tome II/1, 2008, n. 426 et 480 ss). La fonction correctrice de l'abus de droit permet ainsi au juge non seulement de s'écarter de l'application formelle des règles légales lorsqu'il le juge nécessaire, mais également de restreindre l'exercice du droit invoqué. Il statue à cet égard en équité (art. 4 CC; STEINAUER, *op. cit.*, n. 426 et 482), de sorte que le Tribunal fédéral se montre particulièrement réservé: il n'intervient que si l'autorité cantonale a pris en considération des éléments qui ne jouent pas de rôle au sens de la loi ou a omis de tenir compte de facteurs essentiels, ou bien encore si, d'après l'expérience de la vie, les montants arrêtés apparaissent manifestement inéquitables au regard des circonstances (ATF 131 III 1 consid. 4.2 p. 4; arrêts 5A_63/2009 du 20 août 2009 consid. 6 publié in *FamPra* 2009 p. 1045; 5A_55/2007 du 14 août 2007 consid. 4.3 publié in *FamPra* 2008 p. 181; 133 III 497 = JdT 2008 I 184, consid. 4.6).

Sur le plan cantonal, il a été jugé que peut en particulier constituer un motif de refus au sens de l'art. 123 CC le fait que l'épouse ait contribué seule aux charges de la famille au moyen de son salaire, tout en s'occupant du ménage et des enfants, alors que son conjoint s'est abstenu de contribuer aux charges de la famille (*FamPra* 2006, p. 933; BAUMANN/LAUTERBURG, *Famkommentar Scheidung*, n. 55 ad art. 123 CC).

Selon le Conseil fédéral, on admet, par exemple, qu'il y a iniquité lorsqu'une femme exerçant une activité professionnelle a financé les études de son époux, lui donnant ainsi la possibilité de se constituer à l'avenir une meilleure prévoyance que la sienne (Message concernant la révision du code civil suisse du 15 novembre 1995, FF 1996 I p. 107).

Plusieurs cours cantonales ont refusé le partage des avoirs LPP lorsque les époux n'ont jamais fondé de communauté conjugale ou lorsqu'un conjoint n'a jamais voulu de la communauté conjugale (OGer Zürich, ZR 2002 N 95 consid. 2b; TC Fribourg FamPra 2004 p. 382 consid. 3c).

3.2.1. En l'espèce, les parties avaient adopté le régime de séparation de biens. Aucune d'elles n'a donc retiré un avantage de la liquidation du régime matrimonial qui justifierait de refuser le partage des avoirs de prévoyance accumulés par chacun d'eux pendant le mariage.

En outre, l'intimé, qui à ce jour possède en tout et pour tout un capital de prévoyance professionnelle d'environ 1'300 fr., ne possède pas de fortune lui permettant de faire abstraction de la constitution d'une prévoyance et il ne percevra pas de contribution d'entretien post-divorce. L'intimé étant âgé de 43 ans, il ne disposera pas du temps nécessaire pour se constituer une prévoyance suffisante après le divorce.

Au vu de ce qui précède, le premier juge a retenu, à juste titre, que l'intimé avait un besoin de prévoyance devant impliquer, en principe, le partage des avoirs de prévoyance professionnelle des parties.

3.2.2. Reste à examiner si l'intimé commet un abus de droit à solliciter le partage.

En l'espèce, il convient de relever que lors du mariage, l'intimé n'exerçait pas une activité lucrative soumise aux assurances sociales et qu'aucun enfant n'est issu de cette union. Il n'apparaît donc pas que l'intimé ait dû renoncer, même partiellement, à une activité lucrative en raison de la tenue du ménage, et qu'il ait subi de ce fait une quelconque perte de prévoyance de par son mariage avec l'appelante.

Certes, l'appelante connaissait la situation de l'intimé. Elle savait que celui-ci n'avait jamais cotisé à une institution de prévoyance et que les concerts de musique dont il vivait n'étaient pas assez rémunérateurs pour qu'il puisse cotiser à une institution de prévoyance professionnelle. Il apparaît également que l'appelante a encouragé l'intimé à ne pas exercer de profession jusqu'à l'obtention de son autorisation de travailler et qu'elle ne s'est pas opposée à son voyage de deux mois en Colombie.

Toutefois, comme cela a été relevé dans la précédente décision de la Cour de justice, l'intimé, qui était sous le coup d'une expulsion imminente lors de sa rencontre avec l'appelante, n'avait formé une communauté de toit et de lit avec cette dernière que le temps nécessaire pour obtenir la régularisation de sa situation administrative. En effet, quelques mois seulement après le prononcé du mariage, soit dès l'obtention de son permis de séjour, l'intimé s'était totalement désintéressé de l'appelante, liant notamment une relation adultérine sérieuse. Par conséquent, les parties n'ont jamais réellement fondé de communauté conjugale, l'intimé ne l'ayant jamais envisagée.

Dans cette mesure, on ne saurait exiger de l'appelante le partage de ses avoirs de prévoyance professionnelle avec une personne qui n'a jamais eu la volonté de créer une communauté conjugale avec elle. Le partage selon l'art. 122 CC serait en effet dévié de son objectif, à savoir la compensation de la perte de prévoyance de l'un des époux, puisque l'intimé n'a jamais souhaité une véritable communauté de vie avec l'appelante, ce qui a d'ores et déjà été constaté dans l'arrêt du 13 novembre 2009 contre lequel l'intimé n'a pas recouru.

Au vu de ce qui précède, faisant usage de son pouvoir d'appréciation (art. 4 CC), la Cour retiendra que l'intimé abuse de son droit à réclamer une prestation découlant d'une communauté conjugale qu'il n'a jamais voulu, détournant ainsi de son but l'institution du mariage et de son corollaire, le partage de prévoyance professionnelle.

Il convient, par conséquent, d'admettre l'appel et, en application de l'art. 123 al. 2CC, de refuser le partage.

La décision du premier juge sera donc réformée en ce sens.

4. Vu 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 Z_____ contre le jugement JTPI/6764/2010 rendu le 27 mai 2010 par le Tribunal de première instance dans la cause C/19660/2008-6.

Au fond :

Annule le chiffre 2 du dispositif ce jugement.

Et, statuant à nouveau :

Déboute Monsieur X_____ de ses conclusions en partage des avoirs de prévoyance professionnelle accumulés par les époux durant le mariage.

Compense les dépens d'appel.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant :

Monsieur Louis PEILA, président; Madame Florence KRAUSKOPF, Monsieur Pierre CURTIN, juges; Madame Nathalie DESCHAMPS, greffière.

Le président :

Louis PEILA

La greffière :

Nathalie DESCHAMPS

Indication des voies de recours :

Le Tribunal fédéral connaît, comme juridiction ordinaire de recours, des recours en matière civile; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 72 à 77 et 90 ss de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110). Il connaît également des recours constitutionnels subsidiaires; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 113 à 119 et 90 ss LTF. Dans les deux cas, le recours motivé doit être formé dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète de l'arrêt attaqué. L'art. 119 al. 1 LTF prévoit que si une partie forme un recours ordinaire et un recours constitutionnel, elle doit déposer les deux recours dans un seul mémoire.

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

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