

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/23896/2013

ACJC/336/2016

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU VENDREDI 11 MARS 2016

Entre

Madame A_____, domiciliée _____, Genève, appelante d'une ordonnance rendue par la 8ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 26 octobre 2015, comparant par Me Anne Reiser, avocate, rue De-Candolle 11, 1205 Genève, en l'étude de laquelle elle fait élection de domicile aux fins des présentes,

et

Monsieur B_____, domicilié _____, Genève, intimé, comparant par Me Philippe Grumbach, avocat, rue Bovy-Lysberg 2, case postale 5824, 1211 Genève 11, en l'étude duquel il fait élection de domicile aux fins des présentes.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 14 mars 2016.

EN FAIT

A. Par ordonnance OTPI/619/2015 du 26 octobre 2015, reçue par les parties le 28 octobre 2015, le Tribunal de première instance, statuant sur mesures provisionnelles, a débouté A_____ des fins de sa requête en restriction du pouvoir de disposer (chiffre 1 du dispositif), réservé la décision finale quant au sort des frais judiciaires (ch. 2), dit qu'il n'était pas alloué de dépens (ch. 3) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 4).

B. a. Par acte déposé le 9 novembre 2015 au greffe de la Cour de justice, A_____ appelle de cette ordonnance, dont elle sollicite l'annulation. Cela fait, elle conclut, préalablement, à l'apport de la procédure de divorce C/23896/2013, principalement, à ce que la Cour interdise à son époux, B_____, sous la menace de la peine prévue à l'art. 292 CP, de retirer, d'emprunter, de grever de droits réels ou personnels ou de disposer de toute autre manière, sans son accord ou celui du juge, de ses avoirs de prévoyance professionnelle obligatoires et surobligatoires, accumulés durant leur mariage, jusqu'à ce qu'un jugement exécutif et exécutoire statuant sur le sort desdits avoirs soit rendu et interdise également à la Fondation de libre passage 2^{ème} pilier du C_____, ainsi qu'à la Fondation de prévoyance D_____, sous la menace de la peine prévue à l'art. 292 CPC, de donner suite à une quelconque requête de B_____ formulée sans son accord ou celui du juge tendant à disposer de ses avoirs de prévoyance professionnelle, sous suite de frais et dépens.

Elle produit plusieurs pièces nouvelles.

b. Dans sa réponse du 14 décembre 2015, B_____ conclut au rejet de l'appel et à la confirmation de l'ordonnance entreprise, sous suite de frais et dépens.

Il produit plusieurs pièces nouvelles.

c. Par réplique du 28 décembre 2015 et duplique du 18 janvier 2016, les parties ont persisté dans leurs conclusions et produit de nouvelles pièces.

C. Les éléments pertinents suivants ressortent de la procédure :

a. A_____ et B_____, né le _____ 1957 et de nationalité espagnole, ont contracté mariage le _____ 1992 à Genève.

Ils sont les parents de E_____, né le _____ 1995 à Genève.

b. Par contrat de mariage du 6 avril 1992, ils ont adopté le régime de la séparation de biens. Ce contrat prévoyait à son art. 7 al. 1 que les futurs époux A_____ et B_____ s'engageaient « *en cas de divorce, à ne pas se réclamer de pension, rente ou indemnité à quelque titre que ce soit.* ». L'art. 7 al. 3 du contrat stipulait

aussi qu'« *en cas de divorce, tous les biens qui auraient revêtis le caractère d'acquêts, au sens des articles 181 et suivants du Code Civil Suisse, se partageront par égales parts entre eux.* ».

c. Les époux A_____ et B_____ se sont séparés en septembre 2011, les modalités de leur vie séparée ont été réglées sur mesures protectrices de l'union conjugale.

d. Le 15 novembre 2013, B_____ a saisi le Tribunal d'une demande unilatérale en divorce.

e. Par ordonnance OTPI/1209/2014, le Tribunal a limité la procédure à la question de la validité ou de la nullité partielle de la convention de séparation de biens du 6 avril 1992 et ordonné un échange d'écritures sur cette question.

f. Par réplique du 17 octobre 2014, B_____ a conclu à la ratification de cette convention, à l'exception de son art. 7 al. 3, et par conséquent au refus du partage de la prévoyance professionnelle accumulée par les parties durant leur mariage.

g. Par duplique du 8 décembre 2014, A_____ a conclu à la ratification de la convention et par conséquent au partage par moitié des avoirs de prévoyance.

h. Par requête du 17 août 2015, A_____ a sollicité le prononcé de mesures provisionnelles concluant à ce que le Tribunal fasse interdiction à son époux de retirer, d'emprunter, dégrever de droits réels ou personnels, ou de disposer de tous autre manière, sans son accord ou celui du juge, de ses avoirs de prévoyance professionnelle accumulés pendant le mariage jusqu'à ce qu'un jugement définitif et exécutoire statuant sur le sort desdits avoirs soit rendu et fasse interdiction à la Fondation de libre passage 2^{ème} pilier du C_____, ainsi qu'à la Fondation de prévoyance D_____, de donner suite à une quelconque requête de B_____, formulée sans son accord ou celui d'un juge, tendant à disposer de ses avoirs de prévoyance accumulés pendant le mariage sur son compte individuel de prévoyance, jusqu'à ce qu'un jugement définitif et exécutoire statuant sur le sort desdits avoirs soit rendu.

Elle a requis que les injonctions précitées soient prononcées sous la menace de la peine prévue à l'art. 292 CP.

i. Dans sa réponse du 1^{er} octobre 2015, B_____ a conclu au rejet des mesures provisionnelles sollicitées par son épouse.

j. Par ordonnance du 7 octobre 2015, les parties ont été informées de ce que la cause était gardée à juger sur mesures provisionnelles.

D. Les faits suivants ressortent encore du dossier soumis à la Cour :

a. B_____ est gynécologue de profession et habite actuellement dans le canton du Tessin. Jusqu'au 31 décembre 2010, il a exercé son activité en qualité d'indépendant.

A ce titre, il était volontairement affilié auprès de la fondation de prévoyance F_____. Sa prestation de libre passage s'élevait à 942'779 fr. 80 au 31 décembre 2011. Celle-ci a été transférée sur un compte de libre passage auprès de la Fondation 2ème pilier du C_____.

b. Depuis le 1^{er} janvier 2011, B_____ exerce son activité en tant que salarié de la société G_____, dont il est l'administrateur président avec signature individuelle. A ce titre, il est obligatoirement affilié auprès de la caisse de prévoyance D_____. Ses avoirs de prévoyance se montaient à 36'216 fr. au 31 août 2013.

c. Il ressort d'un courrier de la Caisse interprofessionnelle AVS de la Fédération des Entreprises Romandes du 22 décembre 2015, que A_____ ne percevra plus les allocations familiales versées pour E_____ dès le 1^{er} février 2016, en raison de la « *fin d'attestation d'études* » de ce dernier.

EN DROIT

1. 1.1 L'appel est dirigé contre une décision prise sur mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b CPC), dont la valeur litigieuse dépasse les 10'000 fr., compte tenu du montant total des avoirs de prévoyance professionnelle de l'intimé, dont le partage est contesté au dernier état des conclusions de première instance (art. 308 al. 2 et 92 al. 2 CPC).

1.2 Interjeté dans le délai de dix jours (art. 248 let. d, 271, 276 al. 1 et 314 al. 1 CPC) et selon la forme prescrite par la loi (art. 130, 131, 252 et 311 CPC), l'appel est recevable.

2. La Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC) et établit les faits d'office (art. 276 al. 1 et 272 CPC).

Sa cognition est cependant limitée à la simple vraisemblance des faits et à un examen sommaire du droit, dans la mesure où les mesures provisionnelles sont soumises à la procédure sommaire, avec administration restreinte des moyens de preuve (art. 254 CPC; ATF 127 III 474 consid. 2b/bb; arrêt du Tribunal fédéral 5A_442/2013 du 24 juillet 2013 consid. 2.1 et 5.1). Les moyens de preuve sont limités à ceux qui sont immédiatement disponibles (arrêt du Tribunal fédéral 5A_12/2013 du 8 mars 2013 consid. 2.2; HOHL, Procédure civile, 2010, n° 1556 et 1900 et ss., p. 283 et 349). L'exigence de célérité est privilégiée par rapport à celle de sécurité (arrêt du Tribunal fédéral 5A_442/2013 précité consid. 2.1 et 5.1).

3. Les parties ont produit des pièces nouvelles à l'appui de leurs écritures d'appel.

3.1 Selon l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et les moyens de preuve nouveaux ne sont pris en considération en appel que s'ils sont invoqués ou produits sans retard (let. a) et s'ils ne pouvaient pas être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de diligence (let. b).

Ces deux conditions sont cumulatives (JEANDIN, in Code de procédure civile commenté, 2011, n° 6 ad art. 317). La Cour examine, d'office la recevabilité des faits et les moyens de preuve nouveaux en appel (REETZ/HILBER, in Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2013, n° 26 ad art. 317 CPC).

3.2 En l'espèce, seules les pièces portant sur des faits qui se sont produits postérieurement à la date où le premier juge a gardé la cause à juger, soit le 7 octobre 2015, sont recevables en l'absence d'explications sur les motifs qui auraient empêché les parties de les produire devant le premier juge.

Les pièces produites par l'appelante n° A (procuration) et 5 (copie de l'ordonnance attaquée) ne constituent pas des moyens de preuve et ne sont donc pas soumises au régime de l'art. 317 al. 1 CPC. Il en va de même des pièces n°s 6, 7, 9, 10, 11, 12, 13 et 14 qui ont déjà été soumises au premier juge ou qui constituent des actes ou des décisions de première instance : elles ne sont donc pas nouvelles. Quant aux pièces n°s 8, 15, 16, 17 et 20, soit elles ne comportent pas de dates, soit elles ont été établies à une date antérieure au 17 octobre 2015 et l'appelante ne justifie pas leur production tardive, de sorte qu'elles seront déclarées irrecevables. Celles produites sous n°s 18 et 19 ont été établies postérieurement au 17 octobre 2015, elles sont ainsi recevables.

Les pièces produites par l'intimé n°s 0 (procuration) et 10 (copie de l'ordonnance entreprise) ne constituent pas des moyens de preuve et ne sont donc pas soumises au régime de l'art. 317 al. 1 CPC. Les pièces n°s 6 et 7 ne sont pas nouvelles, car elles sont déjà présentes dans le dossier de première instance. Celles produites sous n°s 8 et 9 ne comportent pas de date, elles concernent des données sur le règlement interne de la fondation de libre passage 2^{ème} pilier du C_____ et de l'institution de prévoyance professionnelle D_____ et pouvaient donc être produites en première instance; elles ne sont ainsi pas recevables. En revanche, la pièce n° 11 a été établie postérieurement au 17 octobre 2015, de sorte qu'elle est recevable.

4. L'appelante conclut préalablement à l'apport de la procédure C/23896/2013, soit la procédure de divorce dans le cadre de laquelle les mesures provisionnelles litigieuses ont été sollicitées. La Cour détient déjà l'ensemble du dossier en ses mains, puisqu'il s'agit de la même cause.

-
5. L'appelante reproche au premier juge de ne pas avoir fait droit à sa requête en restriction du pouvoir de disposer.

5.1 Dans le cadre d'une procédure de divorce, le juge ordonne les mesures provisionnelles nécessaires en vertu de l'art. 276 al. 1 CPC. Celles-ci sont généralement des mesures de réglementation tendant à régler un rapport de droit durable entre les parties pendant le procès, pour lesquelles il est exigé ni urgence particulière, ni la menace d'une atteinte ou d'un préjudice difficilement réparable, nonobstant l'art. 261 al. 1 CPC (ATF 118 II 378 = JdT 1995 I 43; TAPPY, in Code de procédure civile commenté, 2011, n° 32 ad art. 276 CPC).

Selon l'art. 276 al. 1 CPC, le Tribunal n'ordonne des mesures provisionnelles que si elles sont nécessaires. Pour déterminer si les mesures sont nécessaires, le juge doit procéder à une balance des intérêts appliquant le principe de proportionnalité. Selon la jurisprudence, le contenu de mesures provisionnelles dans le cadre d'un divorce relève du droit matériel (ATF 123 III 1 consid. 3.a = JdT 1998 I 39).

5.2 L'art. 178 CC prévoit que, dans la mesure nécessaire pour assurer les conditions matérielles de la famille ou l'exécution d'obligations pécuniaires découlant du mariage, le juge peut, à la requête de l'un des époux, restreindre le pouvoir de l'autre de disposer de certains de ses biens sans le consentement de son conjoint.

Sous réserve notamment de la prestation de libre passage (art. 5 al. 2 LFLP), le mariage laisse intact le pouvoir des époux de disposer de leurs biens respectifs (CHAIX, in Commentaire romand, Code Civil, 2010, n° 1 ad art. 178 CC). L'art. 178 CC a alors pour but d'éviter qu'un époux, en procédant volontairement à de tels actes, se mette dans l'impossibilité de faire face à ses obligations pécuniaires envers son conjoint (ATF 120 III 67 consid. 2; arrêt du Tribunal fédéral 5A_823/2013 du 8 mai 2014 consid. 4.1).

Il appartient au requérant de rendre vraisemblable une mise en danger sérieuse et actuelle, soit le fait que son conjoint dilapide ou tente de dissimuler ses biens. Le juge ne doit pas exiger de preuves strictes mais doit se contenter de la simple vraisemblance d'une mise en danger qui doit paraître vraisemblable au vu d'indices objectifs et dans un avenir proche (ATF 118 II 378; ISENRING/KESSLER, Basler Kommentar, 2014, n° 11 ad art. 178 CC).

5.3 Les prestations de vieillesse, pour survivants et d'invalidité sont régies par la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP - RS 831.40; art. 37 LPP), alors que les prestations de libre passage sont régies par la loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LFLP - RS 831.42; par renvoi de l'art. 27 LPP).

La prestation en capital, en tant que versement unique en vertu de l'art. 37 LPP, doit être distinguée du paiement en espèces d'une prestation de libre passage. Tandis que le paiement en espèces ne peut en principe avoir lieu que tant qu'aucun cas de prévoyance n'est survenu, le versement d'une prestation en capital est subordonné à la survenance d'un cas d'assurance (GEISER/SENTI, in Commentaire LPP et LFLP, 2010, n° 7 ad art. 5 LFLP).

L'art. 37 al. 5 LPP précise que lorsque l'assuré est marié, le versement d'une prestation vieillesse sous forme de capital n'est possible que si le conjoint donne son consentement écrit. En outre, un versement anticipé des prestations de vieillesse ne peut intervenir qu'avec le consentement écrit du conjoint (art. 3 al. 6 OPP 3).

Aux termes de l'art. 5 al. 2 LFLP, lorsqu'un assuré marié exige le paiement en espèces de sa prestation de sortie, le consentement écrit de son conjoint est obligatoire. La LFLP s'applique à tous les rapports de prévoyance, l'article précité régit ainsi les paiements en espèces non seulement dans le domaine obligatoire, mais également dans le domaine préobligatoire et surobligatoire (GEISER/SENTI, op. cit., n° 1 ad art. 5 LFLP et les références citées).

Le consentement du conjoint est alors nécessaire non seulement lors d'un paiement en espèce en application de l'art. 5 LFLP, mais aussi lors du versement anticipé, de la prestation en capital ou de la mise en gage des fonds de la prévoyance professionnelle. Le consentement du conjoint est également nécessaire pour le paiement anticipé de la prévoyance vieillesse sous forme d'une prestation en capital (GEISER/SENTI, op. cit., n° 53 ad art. 5 LFLP).

5.4.1 En l'espèce, l'appelante allègue craindre que son droit au bénéfice d'une partie des avoirs de prévoyance professionnelle de son époux accumulés durant leur mariage soit mis en danger de manière irréparable par ce dernier. Elle expose qu'il refuse de la renseigner sur lesdits avoirs, qu'il est de nationalité espagnole et qu'il a déjà quitté le territoire genevois. L'intimé, quant à lui, conteste toute vraisemblance d'une mise en danger.

L'intimé est actuellement âgé de 58 ans; il n'a ainsi pas atteint l'âge légal de la retraite (65 ans; art. 13 al. 1 let. a LPP), ni le droit de percevoir des prestations vieillesse sous forme de rente. En outre, il ne ressort pas du dossier qu'un autre cas d'assurance (mort ou invalidité) soit survenu.

En l'état, l'intimé ne peut donc que requérir le paiement en espèces de sa prestation de sortie au sens de l'art. 5 LFLP, dont l'alinéa 2 conditionne expressément un tel versement au consentement de l'appelante, tant pour les avoirs obligatoires que ceux surobligatoires.

En se bornant à alléguer que l'intimé pourrait prendre une retraite anticipée ou quitter le territoire suisse, l'appelante ne fait qu'émettre des hypothèses sans élément concret pour l'étayer. Rien dans le dossier ne permet de retenir que l'intimé souhaite prendre une retraite anticipée, ce qu'il conteste d'ailleurs, ou qu'il la prépare d'une quelconque manière. La crainte nourrie par cette dernière à ce sujet n'est donc fondée sur aucun indice. De même, rien ne laisse supposer qu'il a la volonté de quitter la Suisse. En tous les cas, même si l'intimé prenait sa retraite de manière anticipée ou quittait le territoire, le versement de sa prestation vieillesse sous forme de capital ou de sa prestation de sortie serait également conditionné au consentement écrit de l'appelante.

L'intimé ne bénéficie donc pas d'un pouvoir de disposer librement de ses avoirs obligatoires de prévoyance professionnelle, ni de sa prestation de sortie, de sorte que le prononcé de mesures provisionnelles au sens de l'art. 276 al. 1 CPC n'est pas nécessaire. L'éventuel droit de l'appelante à percevoir une partie desdits avoirs étant sauvegardé de par la loi, l'art. 178 CC ne trouve pas application au cas d'espèce.

5.4.2 Par un deuxième argument, l'appelante expose qu'un risque existe étant donné que l'intimé pourrait transférer ses avoirs à une autre institution de prévoyance, qui par hypothèse n'exigerait pas l'accord du conjoint pour tous versements en vertu de son règlement interne.

Cet argument tombe à faux. Comme relevé supra (consid. 5.4.1), le consentement du conjoint est une condition sine qua non - imposée par la loi - à tous paiements en espèces de la prestation de sortie et tous versements de prestations vieillesse en capital, de sorte que celle-ci s'applique à toutes institutions de prévoyance.

Par ailleurs, l'appelante ne rend pas vraisemblable que l'intimé prépare ou même envisage un tel transfert. En effet, l'arrêt du versement des allocations familiales pour E_____ découle de la fin de l'attestation d'études de ce dernier et non d'un changement de caisse de compensation de G_____, comme le prétend l'appelante. En tous les cas, un tel changement de caisse de compensation ne rend en rien vraisemblable un changement de caisse de prévoyance.

5.4.3 En ce qui concerne l'éventuelle part des avoirs surobligatoires de l'intimé détenue auprès de D_____, outre le fait que son existence n'est pas établie, l'appelante ne parvient pas à rendre vraisemblable une mise en danger de ses intérêts au sens de l'art. 178 CC.

A supposer que l'intimé puisse disposer librement de cette part, aucun élément du dossier ne permet de retenir que ce dernier soustrairait celle-ci au détriment des prétentions de son épouse dans le cadre de la liquidation du régime matrimonial. L'appelante ne fait qu'émettre des hypothèses, tel un départ de Suisse, ou encore un jugement de valeur, soit le fait que son époux aurait une attitude secrète et qu'il

ne coopérait pas. Or, sur ce dernier point, comme l'a justement relevé le Tribunal, il n'est pas choquant que l'intimé ne produise pas toutes les informations au sujet de sa situation financière tant que la validité ou non de la convention de séparation de biens conclue entre les parties n'est pas tranchée.

En résumé, l'appelante ne rend pas vraisemblable que l'intimé est en train de mettre sérieusement en danger ses prétentions relatives aux avoirs surobligatoires de prévoyance professionnelles de l'intimé.

5.4.4 Au vu de ce qui précède, le Tribunal a refusé à juste titre d'ordonner la mesure provisionnelle requise par l'intimée.

L'ordonnance entreprise sera ainsi confirmée.

- 6.** Les frais judiciaires et dépens sont mis à la charge de la partie succombant (art. 95 et 106 CPC). Dans la cadre d'une procédure sur mesures provisionnelles, la décision sur les frais peut être renvoyée à la décision finale (art. 104 al. 3 CPC).

6.1 En l'espèce, le sort des frais de première instance a été réservé avec la décision finale, ce qui n'est pas remis en cause par les parties et est conforme aux normes précitées. Il n'y a donc pas lieu de modifier ce point (art. 318 al. 3 CPC).

6.2 Les frais judiciaires de la procédure d'appel seront fixés à 1'000 fr. (art. 2, 7, 31, 35 et 37 du Règlement fixant le tarif des frais en matière civile, RTFMC - E 1 05.10) et seront mis à la charge de l'appelante, qui succombe. Partant, l'avance de frais de même montant fournie par cette dernière reste acquise à l'Etat (art. 111 al. 1 CPC).

L'appelante sera également condamnée au paiement des dépens d'appel de sa partie adverse, arrêtés à 1'500 fr., débours et TVA compris, au regard de l'ampleur et la difficulté de la cause (art. 20, 25 et 26 de la loi d'application du code civil suisse et autres lois fédérales en matière civile [LaCC - E 1 05] et 85 et 90 RTFMC).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre civile :**

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par A_____ contre l'ordonnance OTPI/619/2015 rendue le 26 octobre 2015 par le Tribunal de première instance dans la cause C/23896/2013-8.

Au fond :

Confirme l'ordonnance entreprise.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires d'appel à 1'000 fr. et les met à charge de A_____.

Dit qu'ils sont compensés avec l'avance de frais de même montant fournie par A_____, qui reste acquise à l'Etat de Genève.

Condamne A_____ à verser à B_____ la somme de 1'500 fr. à titre de dépens.

Siégeant :

Monsieur Jean-Marc STRUBIN, président; Madame Pauline ERARD et Monsieur Laurent RIEBEN, juges; Madame Anne-Lise JAQUIER, greffière.

Le président :

Jean-Marc STRUBIN

La greffière :

Anne-Lise JAQUIER

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.