

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/9719/2008

ACJC/1229/2009

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile
statuant par voie de procédure ordinaire

AUDIENCE DU VENDREDI 16 OCTOBRE 2009

Entre

X_____, domicilié _____, appelant et intimé sur incident d'un jugement rendu par la 20ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 5 février 2009, comparant par Me Corinne Arpin, avocate, en l'étude de laquelle il fait élection de domicile,

et

Y_____, domiciliée, intimée et appelante sur incident, comparant par Me Patricia Michellod, avocate, en l'étude de laquelle elle fait élection de domicile,

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés, ainsi qu'au Tribunal cantonal des assurances sociales le 20.10.2009.

EN FAIT

A. Par jugement du 5 février 2009, le Tribunal de première instance a prononcé le divorce des époux X. _____ et Y_____ (ch. 1 du dispositif). Statuant sur les effets accessoires, il a attribué à Y_____ la jouissance exclusive du domicile conjugal (ch. 2) et l'a condamnée à verser à X_____ 792 fr. 25, à titre de liquidation du régime matrimonial, constatant pour le surplus que le régime matrimonial était liquidé et que les parties n'avaient plus aucune prétention à faire valoir l'une contre l'autre à ce titre (ch. 3). Il a ensuite ordonné le partage, à raison d'un tiers pour X_____ et de deux tiers pour Y_____, des avoirs de prévoyance professionnelle obligatoire accumulés par Y_____ pendant le mariage, la cause devant être transmise, dès l'entrée en force du jugement, au Tribunal cantonal des assurances sociales (ci-après : TCAS) pour arrêter le montant et procéder au partage effectif (ch. 4). Il a enfin compensé les dépens (ch. 5) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 6).

X_____ appelle de ce jugement par acte du 6 mars 2009. Il ne remet pas en cause le prononcé du divorce et, s'agissant des effets accessoires, ne conteste que la décision du premier juge relative aux avoirs de prévoyance professionnelle. Il conclut, préalablement, à la production par Y_____ d'une attestation actualisée de sa caisse de prévoyance indiquant les avoirs acquis durant le mariage et, principalement, au partage de ceux-ci par moitié.

Y_____ conclut au déboutement de X_____. Elle forme appel incident, demandant l'annulation du ch. 4 du dispositif, et sollicite que le partage des avoirs de prévoyance professionnelle cumulés durant le mariage soit refusé.

B. Les faits pertinents suivants ressortent du dossier :

a. X_____, né le _____ 1964 à Z_____, de nationalité algérienne, et Y_____, née le _____ 1956, à W_____, originaire de V_____ (Valais), se sont mariés le _____ 1996 à U_____ (Genève), sans conclure de contrat de mariage.

Aucun enfant n'est issu de cette union.

Les époux se sont séparés à la fin du mois d'octobre 2005.

b. Y_____ réalise, en qualité d'infirmière à plein temps, un salaire mensuel net de 7'341 fr. 75, pour des charges non contestées en appel de 4'820 fr. 80, comprenant une charge fiscale de 1'300 fr.

Au 31 octobre 2008, ses avoirs de prévoyance professionnelle cumulés, durant le mariage, représentaient 157'167 fr. 75.

c. X_____ a vécu en Algérie jusqu'à son mariage. Il y occupait un emploi de coordinateur des ressources humaines. Après son installation à Genève, il n'a travaillé qu'un mois, en juillet 1997, dans une entreprise d'étanchéité qui l'a licencié. Ultérieurement, il n'a plus exercé d'activité professionnelle.

De novembre 2002 à juillet 2006, X_____ a été suivi pour un état dépressif par le département de psychiatrie des HUG. Au vu des pièces produites, cette affection l'a empêché de travailler jusqu'en juillet 2003, puis en octobre et novembre 2005 et enfin en juillet 2006. Depuis juin 2008, il est suivi par la Dresse A_____, psychiatre à Alger, qui ne lui a cependant délivré aucun certificat d'incapacité de travail.

X_____ n'a jamais cotisé auprès d'une institution de prévoyance professionnelle.

d. Les parties ne possèdent pas de fortune.

e. La présente procédure de divorce a été intentée par Y_____ le 30 avril 2008.

f. Le 6 novembre 2008, statuant sur mesures provisoires, le Tribunal de première instance a supprimé, avec effet au 30 avril 2008, la contribution d'entretien que Y_____ avait été condamnée à verser à X_____ par jugement du 16 mars 2006 sur mesures protectrices de l'union conjugale.

g. Lors de la comparution personnelle des parties du 16 septembre 2008, le conseil de X_____ avait indiqué que son client était hébergé par sa sœur en Algérie, et qu'il n'était pas revenu en Suisse depuis de nombreux mois. X_____ a ensuite allégué, en cours de procédure, qu'il serait de retour à Genève, de manière définitive, à compter du 1^{er} novembre 2008 au plus tard.

h. S'agissant des effets accessoires du divorce, Y_____ a notamment conclu, devant le Tribunal, au rejet du partage des avoirs de prévoyance. X_____ a réclamé un partage par moitié, conformément à l'art. 122 CC.

i. X_____ n'ayant plus confirmé son intention de revenir s'établir définitivement en Suisse et n'ayant donné aucune nouvelle adresse en Algérie, le Tribunal a retenu, dans le jugement querellé, qu'il pouvait obtenir à Alger, comme à Genève, un revenu suffisant pour couvrir ses charges mensuelles, estimées à 2'300 fr. à Genève et à environ la moitié (1'100 fr.) s'il restait vivre en Algérie. Ces éléments n'ont fait l'objet d'aucune contestation en appel.

S'agissant des avoirs de prévoyance, le Tribunal a considéré que X_____ n'avait pas rendu vraisemblable qu'il entendait revenir vivre en Suisse à l'issue de la procédure de divorce. Par conséquent, un partage des avoirs à raison de deux tiers pour Y_____ et d'un tiers pour X_____ se justifiait, en raison du coût de la vie en Algérie de moitié moins cher que celui en Suisse. En appel, X_____ n'a pas

contesté que ses dépenses étaient réduites de 50% en Algérie; il n'a pas allégué avoir la ferme intention de revenir vivre définitivement en Suisse.

Les arguments des parties seront repris ci-après dans la mesure utile.

EN DROIT

1. L'appel principal et l'appel incident sont recevables pour avoir été déposés selon la forme et dans les délais prescrits par la loi (art. 298, 300 et 394 LPC).

Le Tribunal a statué en premier ressort (art. 387 LPC); la Cour dispose ainsi d'un plein pouvoir d'examen (art. 291 LPC).

Les appels ne concernent que la question du partage des avoirs de prévoyance professionnelle ordonné par le premier juge. L'entrée en force du jugement peut être constatée pour les autres points que le Tribunal a tranchés (art. 148 al. 1 CC).

2. **2.1** 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). A cet égard, seules doivent être prises en compte les conditions financières affectant les parties à la suite de la dissolution du lien conjugal, par exemple le fait que l'épouse voie sa capacité de gain réduite par la garde d'enfants qu'elle doit assumer (ATF 129 III 577 consid. 4.2 et 4.3 i.f.).

Selon le message, il serait, par exemple, inéquitable d'exiger le partage des avoirs de prévoyance d'une femme qui 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 107). De même, lorsqu'un époux de profession indépendante s'est constitué un troisième pilier A (prévoyance privée liée), tandis que son conjoint dispose d'une prestation de sortie sujette à partage au sens de l'art. 122 CC, il se justifie de refuser le partage de cette dernière en application de l'art. 123 al. 2 CC (WALSER, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, n. 16 ad art. 123 CC).

Correctement interprétée, la loi permet au juge de refuser le partage non seulement lorsqu'il se révèle à l'évidence inéquitable selon la formulation prévue à l'art. 123 al. 2 CC, mais également si la prétention consacre un abus de droit manifeste au sens de l'art. 2 al. 2 CC. En revanche, d'autres motifs pour refuser le partage n'existent pas, comme le Tribunal fédéral l'a confirmé dans une jurisprudence récente approuvée par la doctrine. Le fait que le mari n'ait pas travaillé ou ait travaillé occasionnellement durant la vie commune, tout en laissant

à d'autres personnes le soin d'assurer l'éducation des enfants mineurs, importe peu (ATF 133 III 497 = JdT 2008 I 184 consid. 4).

L'art. 123 al. 2 CC doit être appliqué de manière restrictive, afin d'éviter que le principe du partage par moitié des avoirs de prévoyance ne soit vidé de son contenu (TF n. p. 5A_213/2009 du 14 juillet 2009, consid. 3.1.1; cf. ég. GEISER, *Der Richter im Familienrecht Vorsorgeausgleich in : Le juge dans le droit de la famille (questions actuelles et évolutions récentes)*, Conférence des 16/17 novembre 2006 à Gerzensee, Stämpfli Editions SA Berne, p. 10). La situation respective des époux sur le plan des revenus ou de la fortune est donc en principe sans pertinence. Retenir le contraire reviendrait à faire dépendre le partage de l'existence d'un besoin chez l'un ou l'autre des époux, ce qui ne correspond pas à l'esprit de la règle instituée par l'art. 122 CC (BAUMANN/LAUTERBURG, *FamKomm Scheidung*, Berne 2005, n. 58ss ad art. 123 CC; cf. ég. TF n. p. 5C.49/2006 du 24 août 2006, consid. 3). Le partage par moitié n'est inéquitable, au sens de l'art. 123 al. 2 CC, que s'il apparaît manifestement choquant, absolument inique ou encore, complètement insoutenable (TF n. p. 5A_213/2009 du 14 juillet 2009, consid. 3.1.1; BAUMANN/LAUTERBURG, *op. cit.*, n. 59 ad art. 123 CC).

Le fait de vivre en communauté stable avec un nouveau compagnon ne justifie pas l'exclusion du partage (BAUMANN/LAUTERBURG, *op. cit.*, n. 66 ad art. 123 CC). Par ailleurs, comme l'a admis un tribunal cantonal, l'âge avancé d'un des époux au moment du divorce ne constitue pas un empêchement au partage des avoirs accumulés, à moins que la solution ne se révèle particulièrement préjudiciable au défendeur, titulaire d'un avoir de prévoyance insuffisant (FamPra 2004 p. 398; BAUMANN/LAUTERBURG, *op. cit.*, n. 64 ad art. 123 CC).

Le juge fixe les proportions dans lesquelles les prestations de sortie doivent être partagées (art. 142 al. 1 CC), sans déterminer le montant exact qui devra être transféré, tâche qui incombe au TCAS (art. 142 CC; art. 73 al. 1 LPP; ACJC/1034/2002; ACJC/1458/2008; Message du Conseil fédéral concernant la révision du Code civil du 15 novembre 1995, p. 114).

2.2 En l'espèce, la Cour dispose des éléments suffisants pour procéder à un partage équitable des avoirs professionnels de l'intimée. La production d'une attestation actualisée des avoirs de prévoyance cumulés durant le mariage n'est donc pas nécessaire.

L'appelant n'a, selon l'intimée, pas fait suffisamment d'efforts pour trouver un emploi qui lui aurait permis de contribuer aux charges du ménage. Il aurait préféré rester sans contrainte malgré les difficultés financières du couple.

L'intimée n'a toutefois jamais sollicité de mesures protectrices de l'union conjugale, dans le but de sommer judiciairement l'appelant de respecter l'art. 163 CC. Dans un cas similaire (ATF 133 III 497 = JdT 2008 I 184 consid. 4 cité ci-dessus), le Tribunal fédéral a indiqué que bien que le partage de la prestation de sortie eût fait naître un profond sentiment d'injustice, eu égard au comportement de l'époux contraire au droit du mariage, ce dernier ne constituait pas l'état de fait à la base d'un abus de droit manifeste justifiant le refus du partage de la prévoyance. L'art. 122 CC devait donc s'appliquer. Il en résulte que, même si l'on tenait pour avéré que l'appelant a refusé, par pure convenance, de participer aux charges du ménage, ce motif ne justifierait pas l'application de l'art. 123 al. 2 CC.

Le Tribunal n'a donc à juste titre pas retenu cet argument. Il a toutefois réduit la part de l'appelant à un tiers, au motif que le coût de la vie en Algérie serait de moitié celui de la Suisse. L'appelant, qui n'allègue plus vouloir revenir définitivement en Suisse, ne conteste pas que ses dépenses sont, dans son pays d'origine, réduites de 50%. A la lumière des principes énoncés ci-dessus, la diminution de ses charges ne peut cependant pas justifier, à elle seule, une réduction du partage selon l'art. 123 al. 2 CC.

En effet, le mariage a duré plus de douze ans et l'appelant, né en 1964, n'a accumulé, durant ce temps, aucun avoir de prévoyance professionnelle. Il n'est en outre pas allégué qu'il possède une fortune personnelle. Ainsi, même si l'appelant vit actuellement dans un pays où le coût de la vie est moins élevé que celui en Suisse, il ne dispose pas de larges moyens financiers rendant superflue une couverture de prévoyance. L'intimée de son côté perçoit un salaire qui, compte tenu de l'absence de charge de famille, lui laisse un disponible important. Âgée de 53 ans et travaillant à plein temps, elle dispose, au surplus, de la faculté de reconstituer une partie de ses avoirs de prévoyance. Le partage par moitié des avoirs cumulés durant le mariage ne la place pas dans une situation particulièrement préjudiciable, étant précisé que ses charges mensuelles, et plus particulièrement ses impôts, diminueront à l'âge de la retraite. Sous l'angle de l'équité, il n'y a dès lors pas lieu de déroger au principe du partage par moitié des avoirs de prévoyance prescrit par l'art. 122 CC.

Conformément à l'art. 148 al. 1 CC, le prononcé du divorce est entré en force à l'expiration du délai d'appel incident, soit le 27 avril 2009, compte tenu de la suspension des délais du 6 au 19 avril 2009 (art. 30 al. 1 let. a LPC). Il sera dès lors ordonné le partage par moitié des avoirs de prévoyance professionnelle accumulés par l'intimée pendant la durée du mariage, soit du 12 juillet 1996 au 27 avril 2009.

L'appelant n'ayant pas établi avoir officiellement quitté la Suisse de manière définitive (art. 5 al. 1 let. a LFLP), ce montant sera transféré sur un compte de libre passage qu'il ouvrira à cette fin (art. 2 et ss LFLP).

Le jugement entrepris sera donc modifié dans ce sens.

3. Les dépens de l'instance seront compensés, vu la qualité des parties (art. 176 al. 3 LPC).
4. La valeur litigieuse est supérieure à 30'000 fr. (art. 74 al. 1 let. b LTF). La présente décision est susceptible d'un recours en matière civile (art. 72 al. 1 LTF).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

LA COUR :

A la forme :

Déclare recevables les appels principal et incident interjetés par X_____ et Y_____ contre le jugement JTPI/900/2009 rendu le 5 février 2009 par le Tribunal de première instance dans la cause C/9719/2008-10.

Au fond :

Constate que les chiffres 1 à 3, 5 et 6 du dispositif de ce jugement sont entrés en force.

Annule le chiffre 4 du dispositif de ce jugement.

Et statuant à nouveau sur ce point :

Ordonne le partage par moitié des avoirs de prévoyance professionnelle accumulés par Y_____ depuis la date du mariage (le _____ 1996) jusqu'au 27 avril 2009 auprès de la Caisse de prévoyance R_____.

Transmet la cause au Tribunal cantonal des assurances sociales pour exécuter le partage et ordonner le transfert des fonds en faveur de X_____, sur le compte de libre passage que lui indiquera ce dernier.

Confirme, pour le surplus, le jugement querellé.

Compense les dépens d'appel.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant :

Monsieur François CHAIX, président; Madame Renate PFISTER-LIECHTI et Monsieur Jean RUFFIEUX, juges; Madame Nathalie DESCHAMPS, greffière.

Le président :

François CHAIX

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.

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