

Tribunal fédéral – 5A_710/2017

II^{ème} Cour de droit civil

Arrêt du 30 avril 2018 (f)

Résumé et analyse

Proposition de citation :

Anne-Sylvie Dupont, Nouveau droit du partage de la prévoyance après divorce : quelques questions de droit transitoire, Newsletter DroitMatrimonial.ch juillet 2018

Newsletter juin 2018

Prévoyance professionnelle ; droit transitoire ; droit applicable ; quotité de la prévoyance soumise au partage

Art. 122 CC ; 7d al. 2

Tit. Fin. CC

Nouveau droit du partage de la prévoyance après divorce : quelques questions de droit transitoire – analyse de l’arrêt du Tribunal fédéral 5A_710/2017 du 30 avril 2018

Anne-Sylvie Dupont

I. Objet de l’arrêt

L’arrêt 5A_710/2017 du 30 avril 2018 traite principalement de la quotité de la prévoyance soumise au partage dans le cadre d’une procédure de divorce introduite sous l’ancien droit, soit avant le 1^{er} janvier 2017, mais jugée en deuxième instance en application du nouveau droit, le tribunal d’appel statuant après cette date.

II. Résumé de l’arrêt

A. Les faits

Dans le cadre d’une procédure de divorce unilatérale introduite par l’époux en avril 2011, il s’agissait de statuer sur le droit de l’épouse à une contribution d’entretien, de liquider le régime matrimonial et de procéder au partage de la prévoyance professionnelle accumulée pendant la durée du mariage.

Au terme de la procédure de première instance, l’épouse s’est vu octroyer, par jugement rendu le 29 octobre 2015, une contribution d’entretien limitée dans le temps. La moitié de l’immeuble lui appartenant a été transférée à son mari, moyennant reprise par ce dernier de l’emprunt hypothécaire et d’autres compensations financières. L’arrêt commenté ne dit pas si les premiers juges ont statué sur le partage de la prévoyance professionnelle.

Les deux conjoints ont fait appel de ce jugement. Par jugement du 14 juillet 2017, le tribunal de deuxième instance a augmenté la contribution d’entretien due à l’épouse, modifié les conditions de la liquidation du régime matrimonial, et ordonné à l’institution de prévoyance du mari de verser sur le compte de libre passage détenu par l’épouse la somme de CHF 92’014.70.

L’épouse a recouru au Tribunal fédéral, ses griefs portant sur la liquidation du régime matrimonial et sur le partage de la prévoyance professionnelle.

B. Le droit

Le Tribunal fédéral admet en premier lieu de prendre en considération un fait nouveau dûment établi, en l'occurrence une mise en demeure adressée par la recourante à l'intimé, dans la mesure où il est destiné à prouver l'irrecevabilité du recours (consid. 2.3). En effet, s'agissant de la liquidation du régime matrimonial, la recourante contestait en instance fédérale l'attribution à l'intimé de l'immeuble propriété des deux parties. Or, il ressort des nouveaux moyens de preuve produits par ce dernier qu'il avait d'ores et déjà repris la dette hypothécaire à son nom et s'était acquitté en mains de la recourante des montants fixés par le premier jugement cantonal. Dans ces circonstances, la mise en demeure que cette dernière lui avait adressée, le sommant de se faire inscrire comme seul propriétaire de l'immeuble, a valeur de consentement, nonobstant l'instance fédérale. La recourante ne peut donc plus contester le jugement cantonal sur ce point, sauf à commettre un abus de droit (*venire contra factum proprium* ; consid. 3).

S'agissant du partage de la prévoyance professionnelle, le Tribunal fédéral retient que le jugement cantonal de deuxième instance a été rendu après l'entrée en vigueur de la nouvelle du 19 juin 2015 portant notamment modification des art. 122 ss CC (RO 2016 2313 ; FF 2015 4437), et que c'est donc le nouveau droit qui s'applique. Ni les dispositions transitoires, ni le Message du Conseil fédéral ne faisant de réserve s'agissant du jour déterminant pour le partage, le Tribunal fédéral applique l'art. 7d al. 2 Tit. fin. CC conformément à son texte, qui est clair. En vertu du nouvel art. 122 CC, c'est donc à bon droit que la juridiction précédente a ordonné le partage des avoirs de prévoyance professionnelle accumulés entre la date du mariage et celle de l'introduction de la procédure de divorce (consid. 5), le fait que le montant dû à la recourante ne porte pas intérêt jusqu'au jour de l'exécution du jugement n'étant pas non plus déterminant pour l'issue de l'analyse.

La recourante reprochant finalement au jugement cantonal de ne pas avoir statué sur sa demande tendant à la libération du solde du prix de vente d'un immeuble, bloqué sur les comptes des mandataires des parties, le Tribunal fédéral constate qu'à défaut d'avoir pris des conclusions à ce sujet dans la procédure de première instance, la recourante ne pouvait pas compléter ses conclusions en appel, les conditions de l'art. 317 al. 2 CPC n'étant pas remplies. Dans ce sens, le tribunal cantonal de deuxième instance ne s'est pas rendu coupable d'un déni de justice formel. Le Tribunal fédéral relève encore que sur le plan matériel, le solde du prix de vente a été pris en compte dans le calcul des prétentions réciproques des époux dans le cadre de la liquidation du régime matrimonial (consid. 6).

III. Analyse

Cette analyse porte exclusivement sur le considérant 5 de l'arrêt, relatif au partage de la prévoyance professionnelle. Elle est l'occasion de faire le point sur l'application dans le temps de la nouvelle du 19 juin 2015 portant notamment modification des art. 122 ss CC.

A. Cadre légal

L'application du nouveau droit du partage de la prévoyance professionnelle après divorce, entré en vigueur au 1^{er} janvier 2017, aux procédures de divorce pendantes à cette date fait l'objet de l'art. 7d Tit. fin. CC. Cette disposition est libellée en ces termes :

Art. 7d C. Droit de la famille / I^{bis}. Divorce / 4. Prévoyance professionnelle

¹ Le traitement de la prévoyance professionnelle en cas de divorce est régi par le nouveau droit dès l'entrée en vigueur de la modification du 19 juin 2015.

² Les procès en divorce pendants devant une instance cantonale sont soumis au nouveau droit dès l'entrée en vigueur de la modification du 19 juin 2015.

³ Lorsque la décision attaquée a été prononcée avant l'entrée en vigueur de la modification du 19 juin 2015, le Tribunal fédéral applique l'ancien droit ; il en va de même en cas de renvoi à l'autorité cantonale.

Les alinéas 2 et 3 déterminent ainsi, sous l'angle procédural, quel est le droit applicable en fonction de l'avancement de la procédure (1). Le premier alinéa, quant à lui, détermine la mesure dans laquelle le nouveau droit s'applique, matériellement, au partage de la prévoyance (2).

Sur les deux plans, la volonté du législateur était de soumettre l'application du nouveau droit aux mêmes règles transitoires que celles qui se sont appliquées lors de l'entrée en vigueur du nouveau droit du divorce du 26 juin 1998 (cf. FF 2013 4341, p. 4375).

1. Le droit applicable en fonction de l'avancement de la procédure

De l'articulation des alinéas 2 et 3 découle que le nouveau droit s'applique si, au moment de son entrée en vigueur, soit au 1^{er} janvier 2017, la procédure est pendante devant une autorité judiciaire cantonale. Le début de la litispendance est marqué par le dépôt de la requête en divorce ou de la requête commune (cf. FF 2013 4341, p. 4375. Cf. également DUPONT ANNE-SYLVIE, *Les nouvelles règles sur le partage de la prévoyance en cas de divorce*, in : Bohnet/Dupont, *Le nouveau droit de l'entretien de l'enfant et du partage de la prévoyance professionnelle*, Bâle/Neuchâtel 2016, 47 ss, N 134). En revanche, si le jugement cantonal a été rendu avant le 1^{er} janvier 2017, mais que la cause est portée devant le Tribunal fédéral, ce dernier doit appliquer l'ancien droit, ce que doit également faire l'autorité cantonale à laquelle l'affaire serait, par hypothèse, renvoyée au terme de l'instance fédérale.

Plusieurs jurisprudences, cantonales et fédérales, ont précisé l'application de ces dispositions. Ainsi, dans un arrêt du 20 mars 2018, le Tribunal fédéral avait déjà indiqué que seule était déterminante la date à laquelle le jugement a été rendu, indépendamment de la date de la clôture de l'instruction (TF, 5A_819/2017, c. 10.2.2). Dans l'arrêt analysé ici, il a encore rappelé que cela vaut quels que soient les motifs pour lesquels le jugement a été rendu après le 1^{er} janvier 2017, y compris lorsque le tribunal cantonal avait annoncé qu'il statuerait avant (TF, 5A_710/2017, c. 5.2).

Deux arrêts cantonaux se penchent sur la question du droit applicable lorsque le jugement de divorce est rendu avant le 1^{er} janvier 2017, mais qu'il renvoie la cause au tribunal cantonal des assurances sociales en application de l'art. 281 al. 3 CPC (en lien avec 25a LFLP et 73 LPP). Dans une telle hypothèse, ce dernier doit appliquer l'ancien droit (TC FR 608 2015 225 du 14 août 2017, c. 1 ; TC VD [CASSO] 2017 355 – PPD 6/16, c. 3b).

2. La quotité de la prévoyance soumise au partage

Une question beaucoup plus disputée, avant l'entrée en vigueur de la nouvelle déjà, était celle de savoir, étant acquis que le nouveau droit s'applique à une procédure de divorce donnée, quelle était la quotité de la prévoyance qui devait être soumise au partage selon les nouvelles règles.

A cet égard, le nouveau droit n'a pas modifié le début de la période à prendre en considération pour l'acquisition de la prévoyance faisant l'objet du partage, à savoir la conclusion du mariage au sens des art. 97 ss CC. En revanche, il a modifié la fin de cette période, qui est désormais délimitée par l'introduction de la procédure de divorce (cf. art. 122 CC). Pour mémoire, sous l'ancien droit, les avoirs acquis depuis le jour du mariage jusqu'à l'entrée en force du jugement de divorce étaient soumis à partage (sur cette question, cf. DUPONT, *op. cit.*, N 13 ss).

Le premier alinéa de l'art. 7d a soulevé la question de savoir s'il était juste que cette nouvelle réglementation s'applique également aux procès en cours, ou s'il ne fallait pas plutôt étendre la quotité de la prévoyance soumise au partage en incluant la prévoyance acquise pendant la durée de la procédure jusqu'au 31 décembre 2016. La doctrine majoritaire plaide en faveur de cette solution (GRÜTTER MYRIAM, *Der neue Vorsorgeausgleich im Überblick*, in : FamPra.ch 2017, 127 ss, 129 s. ; GEISER THOMAS, *Scheidung und das Recht der beruflichen Vorsorge : was bringt das neue Recht*, in : AJP 10/24 [2015], 1371 ss, 1376 ss et 1386 ; SCHWANDER IVO, *Grundsätze des intertemporalen Rechts und ihre Anwendung auf neuere Gesetzesrevisionen*, in : AJP 12/25 [2016], 1575 ss, 1568). En substance, ces auteurs appuient leur argumentation sur l'impératif de sécurité du droit, dont découle le principe général de la non-rétroactivité des lois.

Dans deux arrêts rendus en 2017, l'*Obergericht* zurichois a fait sienne cette analyse, et retenu que lorsque la procédure de divorce a été introduite avant le 1^{er} janvier 2017, la prévoyance à partager est la prévoyance acquise pendant la durée du mariage jusqu'au 1^{er} janvier 2017, et non pas jusqu'à la date de l'introduction de la procédure (OG ZH, LC160041 du 23 juin 2017, c. 13.2 ; LC170021 du 19 décembre 2017, c. 9.3).

Dans l'arrêt 5A_710/2017, le Tribunal fédéral tranche en faveur de la solution contraire : se référant au texte clair de l'art. 7d Tit. fin. CC, et à l'absence de réserve, dans le message du Conseil fédéral, au sujet de l'application de l'art. 122 CC, notamment à propos du jour déterminant pour le partage, il retient que cette dernière disposition déploie pleinement ses effets, dès lors que le nouveau droit est applicable à la procédure de divorce, et ce quelles que soient les circonstances qui ont conduit à ce que le jugement cantonal soit rendu après le 1^{er} janvier 2017.

Il faut relever que le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé pas sur la solution proposée par la recourante, qui demandait le partage de la prévoyance au 29 octobre 2015, date à laquelle le jugement de première instance a été rendu. Cette proposition, qui n'est pas dénuée d'intérêt dans la mesure où elle aurait pu représenter un compromis acceptable entre la position de la doctrine citée plus haut et l'application littérale de la loi, aurait pourtant mérité quelques mots.

Cela dit, la solution adoptée par le Tribunal fédéral présente l'avantage, outre d'être conforme au texte clair de la loi, de reprendre aussi la volonté du législateur de voir le

nouveau droit s'appliquer sans réserve à toutes les procédures en cours au moment de son entrée en vigueur, comme cela avait été le cas au moment de l'entrée en vigueur du nouveau droit du divorce. Cette solution permet aussi de traiter de manière identique tous les couples concernés par cette situation, sans devoir à chaque fois prendre la mesure du désavantage induit pour l'une ou l'autre des parties par l'application du nouveau droit, et de sa bonne foi.