

Tribunal fédéral – 5A_422/2015, destiné à la publication

Arrêt du 10 février 2016 (f)

Résumé et analyse

Proposition de citation :

Manon Simeoni, Le *dies a quo* de l'obligation d'entretien ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral du 10 février 2016, 5A_422/2015, Newsletter DroitMatrimonial.ch avril 2016

Newsletter avril 2016

Début de la contribution d'entretien ; indemnité équitable lorsque des avoirs de prévoyance sont accumulés à l'étranger

Art. 123, 124 et 126 CC

Le *dies a quo* de la contribution d'entretien ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral du 10 février 2016, 5A_422/2015

Manon Simeoni

I. Objet de l'arrêt

Dans cet arrêt du 10 février 2016, destiné à la publication, le Tribunal fédéral se penche sur la question du point de départ de la contribution d'entretien en faveur d'un époux divorcé lorsque des mesures provisoires ont été prononcées. Il rappelle que le début de la contribution d'entretien ne peut pas être fixé à une date antérieure à l'entrée en force partielle du jugement de divorce lorsque des mesures provisionnelles ont été ordonnées pour la durée de la procédure de divorce. Le Tribunal fédéral examine également la question du partage des prestations LPP lorsque l'un des époux n'a pas cotisé à une institution de prévoyance soumise au droit suisse et relève que lorsque le partage n'est pour ce motif pas possible, l'art. 124 CO trouve application. Il admet le recours, annule la décision attaquée et renvoie la cause à l'autorité inférieure pour nouvelle décision.

II. Résumé de l'arrêt

A. Faits

X, ressortissant italien né en 1968, et Y, née en 1977, de nationalité russe, se sont mariés en juin 2006 en Italie. Ils ont eu un enfant en 2007. Ils se sont séparés en juin 2009. La vie séparée des parties a été réglée par plusieurs ordonnances de mesures provisionnelles. Leur divorce a été prononcé par jugement du 23 septembre 2013 du Tribunal de première instance du canton de Genève, aux termes duquel l'époux a été condamné à contribuer à l'entretien de son enfant jusqu'à la majorité de celui-ci, voire au-delà, mais jusqu'à 25 ans au plus, en cas de formation ou études sérieuses et régulières, par le versement d'une pension de CHF 350.00, puis de CHF 400.00. Le jugement ne précisait pas depuis quand la contribution en question était due. Le premier juge a également ordonné le partage par moitié des avoirs de prévoyance professionnelle accumulés par l'ex-épouse durant le mariage et le transfert du montant de CHF 28'744.20 sur le compte de libre-passage de l'ex-époux.

Les époux ont chacun fait appel de ce jugement. Par arrêt du 10 avril 2015, la Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève a notamment annulé les chiffres 5, relatif à la contribution à l'entretien de l'enfant et 9, concernant la prévoyance professionnelle, du jugement de première instance. Elle a fixé la pension en faveur de l'enfant à CHF 300.00 par mois dès le 3 octobre 2001, soit dès la demande en divorce, sous déduction d'un montant de CHF 7'920.00, correspondant à des versements déjà effectués par le père entre le 3 octobre 2011 et le 30 septembre 2014.

L'ex-époux interjette un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre cette décision. Il conclut à ce que la contribution d'entretien de l'enfant soit due dès que le jugement sera devenu définitif et exécutoire. Il demande aussi que le partage par moitié des avoirs de prévoyance professionnelle de son ex-épouse soit ordonné. Celle-ci a conclu au rejet du recours.

B. Droit

Ad début de la contribution d'entretien

Le Tribunal fédéral rappelle que selon l'art. 126 CC, il revient au juge du divorce de fixer le moment à partir duquel la contribution d'entretien en faveur du conjoint est due. Celle-ci prend en principe effet à l'entrée en force du jugement de divorce, sauf si le juge en fixe, selon son appréciation, le *dies a quo* à un autre moment. Ainsi, le juge du divorce peut par exemple décider de subordonner l'obligation d'entretien à une condition ou à un terme. Il peut aussi décider de fixer le *dies a quo* au moment où le jugement de divorce est entré en force de chose jugée partielle ou, exceptionnellement, à une date antérieure à l'entrée en force partielle, par exemple à compter du dépôt de la demande en divorce. Dans ce dernier cas toutefois, il faut réserver les situations dans lesquelles des mesures provisionnelles ont été ordonnées pour la durée de la procédure de divorce, puisque celles-ci jouissent d'une autorité de la chose jugée relative, en ce sens qu'elles déploient leurs effets pour la durée du procès, aussi longtemps qu'elles n'ont pas été modifiées, de sorte que le jugement de divorce ne peut pas revenir rétroactivement dessus. Le Tribunal fédéral relève que ces principes s'appliquent aussi à la contribution d'entretien en faveur de l'enfant (consid. 5.3).

En l'espèce, des mesures provisionnelles avaient été ordonnées pour la durée de la procédure de divorce, de sorte que la Cour cantonale ne pouvait pas fixer le *dies a quo* de la contribution d'entretien à une date antérieure à l'entrée en force partielle du jugement de divorce et que, ce faisant, elle a violé le droit fédéral (consid. 5.4).

Ad partage de la prévoyance professionnelle

Conformément à l'art. 122 CC, les avoirs de prévoyance professionnelle des époux doivent en principe être partagés au moment du divorce lorsque l'un des époux au moins est affilié à une institution de prévoyance professionnelle. Selon l'art. 123 al. 2 CC, le juge peut refuser le partage 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.

En l'espèce, la Cour de justice genevoise a considéré que l'époux avait accumulé des avoirs de prévoyance en Italie, mais que le partage ne pouvait avoir lieu puisque les avoirs en question ne seraient versés qu'à la fin de son activité professionnelle. Considérant que les époux s'étaient mariés en juillet 2006 en Italie et s'étaient séparés fin juin 2009, que l'ex-époux avait

toujours travaillé en Italie pendant le mariage, qu'il avait toujours été domicilié dans ce pays alors que l'épouse vivait en Suisse depuis 2007, que l'ex-époux était propriétaire d'un appartement et que l'ex-épouse ne disposait pas d'autres biens que l'immeuble dont elle était copropriétaire en Sicile avec son ex-époux, la Cour cantonale a refusé le partage des avoirs de l'ex-épouse aux motifs que celui-ci était inéquitable au sens de l'art. 123 al. 2 CC (consid. 6.1).

Le Tribunal fédéral relève que lorsque, comme en l'espèce, le partage de la prestation de sortie est impossible en raison du fait que l'un des ex-époux a cotisé à une institution de prévoyance professionnelle non soumise au droit suisse, l'art. 124 CC trouve application. Partant, en constatant que l'ex-époux avait cotisé dans un but de prévoyance, mais que le partage était impossible en pratique, la Cour cantonale devait déduire qu'il n'y avait pas lieu de partager les avoirs de prévoyance des ex-époux selon l'art. 122 CC et devait déterminer l'éventuelle indemnité équitable due en vertu de l'art. 124 CC. En omettant cette étape, elle a violé le droit fédéral (consid. 6.2.2.1).

III. Analyse

Ad début de la contribution d'entretien

Selon l'art. 126 al. 1 CC, il appartient au juge de fixer le moment à partir duquel la contribution d'entretien après divorce est due, également lorsqu'elle est versée sous forme de capital (TF, arrêt du 23.4.2008, 5A.664/2007 consid. 3.2). On rappellera ici qu'en application de l'art. 125 CC, le juge peut aussi décider à quels moments seront versés les différents montants de la contribution lorsque ceux-ci varient dans le temps, en fonction de changements de circonstances prévues ou prévisibles (TF, arrêt d 23.4.2008, 5A.664/2007 consid. 4.1). Le juge peut aussi subordonner l'octroi de la contribution d'entretien, mais aussi son augmentation, sa diminution, sa suspension ou sa suppression, à certaines conditions en vertu de l'art. 126 al. 3 CC (TF, arrêt du 11.6.2008, 5A.81/2008 consid. 5.1 ; TF, arrêt du 1.4.2003, 5C.265/2002 consid. 2.4).

La Cour de justice a fixé le *dies a quo* de la contribution d'entretien en relevant que le Tribunal de première instance n'avait pas expressément précisé celui-ci. On rappellera à cet égard que la règle veut que le début de la contribution d'entretien corresponde à l'entrée en force du jugement de divorce (ATF 128 III 121 consid. 3b) et que, dès lors, en l'absence d'indication contraire, la créance est en principe exigible dès ce moment-là (TF, arrêt du 23.4.2008, 5A.664/2007 consid. 3.2). Ainsi, lorsque le jugement d'appel statue à nouveau sur la question des contributions d'entretien, le début de celles-ci correspond en règle générale et en l'absence d'indications contraires, au moment où le jugement devient définitif et exécutoire et non à l'entrée en force – partielle – du premier jugement, peu importe qu'un recours puisse différer l'entrée en vigueur de l'entretien après divorce (cf. TF, arrêt du 29.11.2007, 5C.293/2006). Dans les limites de son pouvoir d'appréciation, le juge peut cependant prévoir un autre moment pour le début du versement de la contribution d'entretien que l'entrée en force du jugement de divorce. Il lui est ainsi par exemple possible de prévoir que le versement de la contribution interviendra rétroactivement au moment de la litispendance ou au jour l'entrée en force partielle du jugement non contesté (ATF 128 III 121 consid. 3b ; TF, arrêt du 29 novembre 2007, 5C.293/2006 consid. 3.3).

Dans l'arrêt commenté, le Tribunal fédéral rappelle et confirme sa jurisprudence selon laquelle le début de la contribution d'entretien ne peut pas intervenir à une date antérieure à

celle correspondant au moment où le jugement de divorce est entré en force de chose jugée partielle - à savoir lorsque le principe du divorce n'est plus remis en cause -, lorsque des mesures provisionnelles ont été ordonnées pour la durée de la procédure de divorce. Celles-ci jouissent en effet d'une autorité de la chose jugée relative, en ce sens qu'elles déploient leurs effets pour la durée du procès, aussi longtemps qu'elles n'ont pas été modifiées, de sorte que le jugement de divorce ne peut pas revenir rétroactivement sur ces mesures (cf. not. ATF 141 III 376 consid. 3.3.4).

C'est l'occasion de faire ici un bref rappel des principes applicable au *dies a quo* de la contribution d'entretien. Ainsi, lorsque des mesures provisoires ont été ordonnées, le juge peut fixer ce *dies a quo* au plus tôt à la date d'entrée en force partielle du jugement de divorce, nonobstant la rétroactivité d'une année de l'art. 279 CC en matière de contributions d'entretien pour enfants. Dans de tels cas, peu importe que le débiteur soit déjà tenu de verser une contribution d'entretien pour cette période en vertu de mesures protectrices de l'union conjugale ou de mesures provisoires ; cas échéant, celle-ci peut être imputée sur le montant de la contribution d'entretien après divorce (ATF 128 III 121 consid. 3c). La restitution du surplus ne peut en revanche pas être réclamée (Bohnet, commentaire pratique du droit matrimonial, no 78 *ad* art. 276 CPC).

Lorsque des contributions d'entretien n'ont pas été ordonnées par des mesures provisionnelles, le juge peut, dans le jugement au fond, fixer le *dies a quo* de la contribution avant l'entrée en force partielle du jugement de divorce, mais en principe au plus tôt à la litispendance en matière de contributions d'entretien pour époux (TF, arrêt du 5.8.2008, 5A.833/2008 consid. 2.3.3 ; contrairement aux contributions fixées dans des mesures provisoires, qui peuvent être réclamées pour l'année précédant l'introduction de la requête selon l'art. 173 al. 3 CC, applicable par renvoi de l'art. 276 al. 1 CPC). En matière de contributions d'entretien pour enfants, l'art. 279 CC prévoit que l'entretien peut être demandé pour l'année qui précède l'ouverture de l'action.

Si le juge jouit d'un large pouvoir d'appréciation pour aménager au mieux les modalités de la contribution d'entretien en tenant compte de chaque cas particulier (ATF 128 III 121 consid. 3b), le Tribunal fédéral relève ici que le juge ordonne « *exceptionnellement* » le début de la contribution d'entretien à une date antérieure à celle de l'entrée en force partielle du jugement de divorce non contesté (consid. 5.3). On doit cependant comprendre que les exceptions envisagées ici s'appliquent en matière de contribution d'entretien entre époux, au vu de la période de rétroactivité légalement prévue pour l'entretien en faveur des enfants.

Des mesures provisoires peuvent en revanche être modifiées en cours de procédure lors de changements importants et durables des circonstances (art. 179 CC, par renvoi de l'art. 276 al. 1 CPC ; not. TF, arrêt du 26.5.2015, 5A.937/2014 consid. 4). Partant, lorsque des changements de circonstances imposeraient une modification de la contribution d'entretien durant la procédure de divorce, la partie qui l'invoque ne peut pas compter sur le jugement de divorce pour remédier au montant de la contribution d'entretien ordonnée par ces mesures provisoires et doit saisir le juge d'une action en modification de celles-ci.

On rappellera encore que le juge peut également fixer le début du versement à une date ultérieure à celle de l'entrée en force du jugement de divorce, notamment pour des raisons pratiques. Tel peut notamment être le cas, en matière d'entretien entre époux, lorsque le débiteur ne peut disposer du montant de sa prévoyance vieillesse nécessaire à couvrir le

montant de la contribution d'entretien dont le versement est prévu en capital qu'au moment de sa retraite (TF, arrêt du 23 avril 2008, 5A.664/2007 consid. 3.2).

Dans tous les cas, on relèvera qu'en vertu de la maxime de disposition qui régit l'octroi des contributions d'entretien entre époux (art. 58 CPC), le juge ne peut fixer le début de l'entretien à un moment autre que celui de l'entrée en force du jugement que si l'une au moins des parties a pris des conclusions en ce sens. En matière d'entretien pour enfant en revanche, le juge n'est pas lié par les conclusions des parties (art. 296 al. 3 CPC).

Ad partage de la prévoyance professionnelle

Selon l'art. 124 al. 1 CC, une indemnité équitable est due notamment lorsque les prétentions en matière de prévoyance professionnelle acquises durant le mariage ne peuvent être partagées pour d'autres motifs que ceux résultant de la survenance d'un cas de prévoyance.

Le Tribunal fédéral a déjà à de nombreuses reprises reconnu que la situation dans laquelle le partage des avoirs ne peut pas concrètement avoir lieu parce que l'institution de prévoyance n'est pas soumise au droit suisse est régie par l'art 124 CC et que le juge doit, dans une telle situation, estimer les attentes de prévoyance accumulées à l'étranger durant le mariage, au besoin par le biais d'une expertise, et fixer une indemnité équitable au sens de l'art. 124 CC (ATF 136 V 37 ; 135 V 425). Ce qui est déterminant pour délimiter les prétentions selon l'art. 122 et 124 CC, c'est le point de savoir si le partage des prestations de sortie est techniquement possible, sans réserve (ATF 129 III 481, consid. 3.2.1, TF arrêt du 12.10.2011, 9C.515/2011 consid. 6.1 ; cf. aussi Message du CF du 29 mai 2013, FF 2013 4341, qui se réfère à cette notion).

Le nouvel art. 124e al. 1 nCC issu de la modification du 19 juin 2015 (FF 2015 4437 : voir le Message du CF du 29 mai 2013, FF 2013 4341) prévoit aussi que le conjoint débiteur est redevable au conjoint créancier d'une indemnité équitable si l'exécution du partage au moyen de la prévoyance professionnelle s'avère impossible. Le Message vise expressément les cas dans lesquels les avoirs se trouvent à l'étranger (FF 2013 4341, 4374). A cet égard, il est intéressant de relever ici que l'al. 2 de cette nouvelle disposition donne une base légale au juge pour adapter le jugement suisse, à la demande du conjoint débiteur, lorsque des prétentions de prévoyance existant à l'étranger ont été compensées par une indemnité équitable au sens de l'al. 1 et que ces prétentions de prévoyance ont par la suite été partagées en vertu d'une décision étrangère contraignante pour le débiteur, puisque dans ce cas les mesures supplétives ordonnées par le juge deviendront sans objet, en tout ou en partie. Le juge pourra ainsi lever ou adapter ces mesures. Ce qui est déterminant, c'est que la décision soit contraignante pour l'institution à l'égard de laquelle les prétentions existent et qu'ainsi le partage des prétentions soit effectivement réalisé (Message, FF 2013 4341, 4375).

Lorsque l'un seulement des époux a accumulé des avoirs sous forme de prévoyance, seule sa prestation de sortie sera en principe partagée ; il n'aura pas droit à une compensation de la part de son conjoint qui n'a pas cotisé et une exclusion ou une renonciation au partage ne pourra intervenir qu'en vertu de l'art. 123 CC. Il est dès lors important pour les parties de pouvoir faire établir la nature - de prévoyance ou non - des avoirs à l'étranger. Cela incombe au juge en vertu de la maxime inquisitoire – toutefois atténuée (TF, arrêt du 6.5.2015, 5A.897/2014 consid. 5.3.2) – applicable aux questions qui touchent à la prévoyance professionnelle (art. 277 al. 3 CPC ; art. 122 ss CC ; TF, arrêt du 30.5.2013, 5A.862/2012

consid. 5.3.2). L'un des critères essentiels à prendre en compte pour déterminer si les avoirs ont été accumulés dans un but de prévoyance réside selon nous dans le fait de savoir si l'époux peut les retirer à sa guise ou si ceux-ci sont bloqués.

Dans l'arrêt commenté, le Tribunal fédéral rappelle que le refus du partage ne peut intervenir qu'à des conditions restrictives, soit si le partage s'avère manifestement inéquitable au sens de la jurisprudence, c'est-à-dire si la prévoyance globale des parties est manifestement disproportionnée ou s'il contrevient à l'interdiction de l'abus de droit. Il relève que la fortune de l'époux créancier ne constitue pas en soi un motif de refus du partage, que l'absence de vie commune des parties n'est pas déterminante et que l'ex-épouse disposera encore de nombreuses années pour accroître son deuxième pilier (consid. 6.2.2.2).

La possibilité de refuser le partage au sens de l'art. 123 CC n'est pas expressément prévue dans le cadre de l'art. 124 CC, mais le juge doit en tenir compte sous l'angle de l'équité (ATF 136 III 449 consid. 4.2 p. 452). Il peut être utile de rappeler ici que comme le suggère le Tribunal fédéral dans cet arrêt, le jeune âge du débiteur de la prestation de prévoyance est un argument qui plaide en faveur du partage et non pour un refus de celui-ci (cf. aussi TF, arrêt du 11.11.2015, 5A.220/2015 consid. 6), puisque dans ce cas l'époux débiteur disposera encore de nombreuses années pour accroître son deuxième pilier. Ce principe s'applique aussi au débiteur de l'indemnité équitable (TF, arrêt du 11.11.2015, 5A.220/2015 consid. 6). Quant à la fortune de l'époux créancier, elle ne constitue effectivement pas un motif d'exclusion du partage (ATF 136 III 449 consid. 4.4.2) car, comme le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de le rappeler, la compensation des lacunes de prévoyance est une institution juridique indépendante et non une prestation de besoin. Il ne suffit donc pas que l'avenir de l'époux créancier soit économiquement assuré (TF, arrêt du 11.11.2015, 5A.220/2015 consid. 5.2). Enfin, au sujet de l'absence de vie commune des parties, on relèvera encore qu'elle pourrait mener à un refus de partage uniquement si celle-ci s'inscrit dans le cadre d'un détournement du but du partage, constitutif d'un abus de droit, par exemple en présence d'un mariage de complaisance (Ferreira, Commentaire Pratique du droit matrimonial, no 22 *ad* art. 123 et les ATF 133 III 497 et 136 III 449 cités).

C'est encore l'occasion ici de dire aussi quelques mots sur les motifs de refus du partage prévus par le nouveau droit à l'art. 124b al. 2 nCC. Cette disposition assouplit les conditions auxquelles le juge peut exclure totalement ou partiellement le partage, même contre l'avis des parties (Message, FF 2013 4341, 4370). Le ch. 1 de l'art. 124b al. 2 nCC évoque les mêmes motifs que le droit en vigueur, soit ceux ayant trait à la liquidation du régime matrimonial et à la situation économique des époux après le divorce. Il couvre ainsi pratiquement tous les cas dans lesquels le partage est exclu en vertu du droit en vigueur. Le ch. 2 mentionne également que les justes motifs peuvent résider dans les besoins de prévoyance de chacun des époux, compte tenu notamment de leur différence d'âge, puisque dans ce cas, un partage schématique pourrait affecter le conjoint le plus âgé comme le plus jeune (Message, FF 2013 4341, 4355). Le Message précise que l'al. 2 ne fournit pas une liste exhaustive des justes motifs pour lesquels le juge pourra renoncer au partage par moitié. Il cite à titre d'exemple le cas dans lequel le conjoint créancier ne se serait pas conformé à son obligation d'entretien, auquel cas il paraîtrait insatisfaisant qu'il puisse exiger la moitié de la prestation de sortie du conjoint débiteur (Message, FF 2013 4341, 4371).