

APH-08 334, publié en janvier 2011

Jugement rendu par la 2^{ème} Chambre civile de la Cour suprême du canton de Berne
composée des Juges d'appel Wüthrich-Meyer (Présidente a.h.), Niklaus et Grütter (suppléante),
ainsi que de Mme Schleppy (Greffière)
le 22.09.2010

en la procédure civile liée entre :

M.

défendeur/appelant

et

M.-C.

représentée en justice par Me X.

demanderesse/intimée

Regeste:

Procédure de divorce où seule la question du partage du 2^{ème} pilier est litigieuse en appel. En bref :

- *maximes applicables (consid. 2.5)*
- *la prévoyance constituée à l'étranger devrait être prise en compte (consid. 4)*
- *la prestation de sortie touchée par l'époux en raison de son départ à l'étranger (hors U.E.) doit faire l'objet d'une indemnité selon l'art. 124 CC (consid. 5)*
- *dès lors qu'une indemnité selon l'art. 124 CC doit être versée, un partage selon l'art. 122 CC n'est plus possible et l'ensemble du partage doit être effectué selon l'art. 124 CC (consid. 6)*
- *En l'espèce, vu les principes posés aux art. 122 CC et 123 CC, et vu la situation des époux en matière de prévoyance après le divorce, un partage par moitié ne s'avère pas inéquitable. S'agissant d'une indemnité selon l'art. 124 CC, la Cour peut fixer le montant à transférer et ordonner le transfert (consid. 7).*

Remarques:

La première instance a estimé inéquitable de partager entre les époux leurs avoirs de prévoyance au vu du fait que l'appelant, qui avait touché son avoir de libre passage en raison de son départ en Australie, a utilisé la quasi-totalité de ce montant pour cette installation volontaire à l'étranger, alors que l'intimée, dont la prestation de sortie se montait à CHF 0.00 à la date du mariage et à CHF 203'044.30 juste avant le prononcé du divorce, est plus âgée que son époux de quatre années – ce qui réduit d'autant la durée pendant laquelle elle peut cotiser au 2^{ème} pilier – et a connu des ennuis de santé qui l'ont obligée à diminuer son taux d'occupation et à renoncer à la fonction dirigeante qu'elle exerçait auparavant. Le premier juge a par ailleurs estimé qu'en « cas de partage, l'époux pourrait librement disposer de cet argent, étant à l'étranger, argent qui ne serait dès lors pas utilisé pour son but premier, à savoir la prévoyance-vieillesse ». Il ressort en outre du dossier que les deux parties ont obtenu de leur 2^{ème} pilier CHF 70'000.00 à titre d'encouragement de l'accès à la propriété pour l'achat de la maison leur appartenant en copropriété – plus précisément CHF 70'250.00 pour l'appelant. Ces versements n'ont toutefois pas eu lieu au même moment. En seconde instance, l'appelant demande le partage des avoirs de prévoyance. La Cour a dû établir le montant de la prévoyance soumise au partage (cf. consid. 2.5.).

1.
(...)

2.5. En matière de partage des avoirs de prévoyance professionnelle, le litige est soustrait à la libre disposition des parties (Baumann/Lauterburg in : FamKommentar – Scheidung, Berne, 2005, N. 1 ad Vorbem. zu Art. 122-124). Plus précisément, aux termes de la jurisprudence fédérale, c'est au juge de première instance qu'il revient de déterminer le montant de la prévoyance soumise au partage en déterminant la période et les sommes en jeu (Baumann/Lauterburg, op. cit., N. 6 ad Art. 122 ; ATF 129 III 481, consid. 3.3. ; arrêt n° 5A_213/2009 rendu par le Tribunal fédéral le 14 juillet 2009, consid. 3.1.2. ; arrêt n° 5C.45/2006 rendu par le Tribunal fédéral le 15 mars 2006, consid. 2.4.), la maxime de disposition et celle des débats s'appliquant pour le surplus et en seconde instance – ces principes valant également pour l'indemnité équitable selon l'art. 124 CC (ATF 129 III 481, consid. 3.3.). En l'occurrence, le Président (...) a refusé le partage. Il revient donc à la Cour d'établir, selon la maxime d'office et le principe inquisitorial, le montant de la prévoyance soumise au partage.

3.
(...)

4.

En l'occurrence, l'appelant indique – pour la première fois en procédure dans sa déclaration d'appel datée du 12 juin 2008 – s'être constitué une certaine prévoyance d'un modeste montant depuis son installation en Australie. Il produit, en annexe à sa détermination du 8 octobre 2009, un décompte y relatif délivré par la caisse H.

D'emblée, il convient de relever que cet avoir n'a pas à être pris en compte dans un éventuel partage, indépendamment de savoir si la caisse H. doit être reconnue comme une institution de prévoyance au sens des art. 122ss CC, cette question pouvant demeurer ouverte. En effet, il ressort de cette attestation de la caisse H. que les contributions versées à ce fond datent au plus tôt du 30 juin 2008 (...). Or, à cette date, la dissolution du mariage des parties par le divorce était déjà entrée en force puisque le jugement de première instance, prononcé le 27 mai 2008, n'est pas contesté s'agissant du principe du divorce (art. 148 al. 1 CC). En effet, aux termes de la Circulaire n°7 du 1^{er} mai 2006 de la Section civile de la Cour suprême du canton de Berne sur « la communication des jugements prononçant le divorce et de ceux prononçant l'annulation du mariage aux offices d'état civil et aux autorités tutélaires » (ch. II.1. lit. c), l'entrée en force du jugement sur le principe du divorce a lieu le jour suivant l'échéance du délai pour se joindre à l'appel – soit 10 jours dès la communication de la déclaration d'appel à l'intimé (art. 340 al. 2 CPC) – lorsque seul les ou quelques effets accessoires sont contestés, soit en l'occurrence le 29 juin 2008 ([...] ; voir également Steck in : Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch I – Art. 1-456 ZGB, Bâle, 2006, N. 16 ad Art. 148). Or, c'est le moment de l'entrée en force du jugement de divorce sur la question du principe du divorce qui est déterminant en matière de partage des avoirs de prévoyance professionnelle pour fixer le montant de la prestation de sortie à partager (Steck, op. cit., N. 13b ad Art. 148).

5.

Quant à la prestation de sortie touchée par l'appelant en raison de son départ en Australie, soit CHF 55'030.80, versée le 4 avril 2006 (...), celle-ci doit être prise en compte dans le partage (cf. considérant 6 ci-dessous) et faire l'objet d'une indemnité au sens de l'art. 124 CC (Walser in : Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch I – Art. 1-456 ZGB, Bâle, 2006, N. 10 ad Art. 124 ; ATF 127 III 433, consid. 2 ; arrêt n°C.250/2004 rendu par le Tribunal fédéral le 23 février 2005, consid. 2 ; arrêt n°C.155/2005 rendu par le Tribunal fédéral le 2 février 2006, consid. 3.2. ; arrêt n°5A_725/2008-5A_733/2008 rendu par le Tribunal fédéral le 6 août 2009, consid. 5.3.). Celle-ci doit être fixée en considération de la globalité de la situation économique des parties (ATF 127 III 433, consid. 3 ; arrêt n°C.250/2004 rendu par le Tribunal fédéral le 23 février 2005, consid. 2 ; arrêt n°C.155/2005 rendu par le Tribunal fédéral le 2 février 2006, consid. 3.2. ; arrêt n°5A_725/2008-5A_733/2008 rendu par le Tribunal fédéral le 6 août 2009, consid. 5.3.), étant précisé qu'en l'espèce, la liquidation du régime matrimonial n'aurait pas eu d'influence dans ce contexte-là.

6.

Dès lors qu'une prestation de sortie a été versée à l'un des époux et qu'une indemnité au sens de l'art. 124 CC devra être allouée, un partage selon l'art. 122 CC au sens strict ne peut plus être effectué (cf. Geiser, Übersicht über die Rechtsprechung zum Vorsorgeausgleich in : FamPra.ch. 2008 p. 318-319 et les références citées). En effet, le solde de prévoyance ne peut plus faire l'objet d'un partage précis et l'ensemble du partage doit donner lieu à une indemnité au sens de l'art. 124 CC (Geiser, loc. cit.). Celle-ci doit toutefois être fixée en tenant compte de l'ensemble des éléments de prévoyance et respecter la volonté du législateur en matière de partage de prévoyance acquise pendant le mariage, ce qui implique une application – certes de manière non absolument schématique – des principes prévalant pour le partage selon l'art. 122 CC (cf. arrêt n°C_250/2004 rendu par le Tribunal fédéral le 23 février 2005 ; ATF 129 III 481, consid. 3.4.1.). Il convient donc en l'espèce d'examiner si un partage doit être considéré, à l'instar du Président (...), comme manifestement inéquitable (art. 123 al. 2 CC). Si tel n'est pas le cas, il faudra procéder au partage, selon les principes de l'art. 122 CC mais en allouant une indemnité équitable (art. 124 CC).

7.

7.1. Aux termes de l'art. 122 CC, lorsque l'un des époux au moins est affilié à une institution de prévoyance professionnelle et qu'aucun cas de prévoyance n'est survenu, chaque époux a droit lors du divorce 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, seule la différence entre ces deux créances devant être partagée lorsque les conjoints ont des créances réciproques.

Le partage des avoirs de prévoyance professionnelle est indépendant de la répartition des tâches entre époux (Baumann/Lauterburg, op. cit., N. 2 ad Vorbem. zu Art. 122-124), ainsi que des perspectives futures de ceux-ci, tant financières que sur le plan du statut personnel (Baumann/Lauterburg, op. cit., N. 4 et 5 ad Vorbem. zu Art. 122-124).

Il ne prend pas en compte les capacités contributives et les besoins des époux (Baumann/Lauterburg, op. cit., N. 12 ad Vorbem. zu Art. 122-124). Ledit partage porte également sur les avoirs constitués d'après le droit étranger (Baumann/Lauterburg, op. cit., N. 7 ad Vorbem. zu Art. 122-124) ainsi que les avoirs immobilisés pour l'acquisition d'un logement (Baumann/Lauterburg, op. cit., N. 21 ad Vorbem. zu Art. 122-124).

Avec le système de partage du 2^{ème} pilier introduit dans le nouveau droit du divorce, et « 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 des conjoints 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 une partie 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 129 III 578, consid. 4.2.1).

Toutefois, le juge peut, exceptionnellement et avec retenue, refuser le partage par moitié, ceci même contre la volonté des parties, lorsque celui-ci serait manifestement inéquitable (art. 123 al. 2 CC ; Baumann/Lauterburg, op. cit., N. 4, 48 et 49 ad Art. 123). Il doit s'agir là de considérations d'équité qualifiées. En effet, l'art. 123 al. 2 CC dispose que « 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 ». Selon la doctrine et la jurisprudence, il convient de prendre en compte les éléments entravant la capacité de gain de l'époux, tel que le fait d'avoir la garde des enfants (Baumann/Lauterburg, op. cit., N. 50 ad Art. 123), ainsi que la situation des époux s'agissant de leur prévoyance. Cependant, les circonstances qui ont mené au divorce ainsi que le comportement durant l'union conjugale ne sont pas pertinents (Walser, op. cit., N. 14 ad Art. 123). Ainsi, le juge doit procéder à un examen au regard des règles du droit et de l'équité (art. 4 CC ; ATF 129 III 578, consid. 4.2.2.).

« S'agissant des motifs de refus liés à la situation économique des époux après le divorce, le Tribunal fédéral a jugé que le refus du partage total ou partiel est par exemple justifié lorsque les époux sont séparés de biens et que l'un d'entre eux, salarié, a accumulé obligatoirement un deuxième pilier alors que l'autre, qui exerce une activité à titre indépendant, s'est constitué un troisième pilier d'un certain montant. Dans ce cas, il serait inéquitable de partager le compte de prévoyance de l'époux salarié alors que le conjoint qui travaille de manière indépendante pourrait conserver sa prévoyance privée (arrêt 5A_214/2009 du 27 juillet 2009 consid. 2.3; cf. aussi Baumann/Lauterburg, FamKommentar Scheidung, 2ème éd., 2005, n. 52 ad art. 123

CC; Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, n. 14 ad art. 123 CC). A titre d'exemple de refus de partage justifié, il faut encore mentionner le cas de l'épouse qui, exerçant une activité lucrative, a financé les études du mari, lui donnant ainsi la possibilité de se constituer à l'avenir une meilleure prévoyance que la sienne (FF 1996 I 101 ss, spéc. 107). Seule une disproportion manifeste dans la prévoyance globale des parties peut conduire à un refus total ou partiel du partage (par exemple : ATF 135 III 153 consid. 6; cf. aussi Baumann/Lauterburg, op. cit., n. 63-64 ad. art. 123 CC). En revanche, un simple déséquilibre entre les capacités financières des parties ne justifie pas de déroger au partage par moitié. De même, la fortune de l'époux créancier ne constitue pas en soi un motif d'exclusion du partage car la compensation des lacunes de prévoyance est conçue comme une institution juridique indépendante et non comme une prestation de besoin. Il ne suffit donc pas que l'avenir de l'époux créancier soit économiquement assuré (arrêts 5A_79/2009 du 28 mai 2009 consid. 2; 5C.49/2006 du 24 août 2006 consid. 3.1 et la réf. citée) » (arrêt n°5A_458/2009 rendu par le Tribunal fédéral le 20 novembre 2009, consid. 2.1.).

Par conséquent, de nombreux arguments soulevés par les parties ne sont pas pertinents, tels que la question de savoir de quel montant l'intimée a amorti la dette hypothécaire ou les considérations de l'appelant sur la différence actuelle de revenus entre les parties, sur ses efforts consentis lors de la formation professionnelle de l'intimée et sur le loyer payé par l'ami de l'intimée (...), etc. Partant, les réquisitions de preuve y relatives doivent être rejetées.

7.2. En l'espèce, les deux parties disposent d'un avoir de prévoyance. Celui de l'intimée se montait à CHF 207'555.40 – selon l'attestation de prestation de sortie à la date du divorce remise par la Caisse de pension (...) – au jour de la dissolution de leur mariage, montant auquel il faut ajouter le versement d'un montant de CHF 70'000.00 à titre d'encouragement à la propriété du logement. Celui de l'appelant se composait à ce moment de son avoir immobilisé dans la villa familiale, à titre d'accès à la propriété par CHF 70'250.00 (...). Ainsi, aucun d'entre eux n'est en principe complètement dénué de protection contre la baisse des revenus liée à la survenance d'un cas de prévoyance, étant par ailleurs ajouté que tous deux continuent à se constituer une prévoyance depuis leur divorce.

Selon les intentions du législateur, lorsque l'un des conjoints réalise un revenu plus élevé que l'autre et dispose ainsi d'une meilleure prévoyance professionnelle, la compensation de leurs expectatives vise à un rééquilibrage des comptes de deuxième pilier. Un simple déséquilibre entre les situations financières des parties n'est pas suffisant pour déroger au droit au partage par moitié, qui dépend de ce qui a été acquis pendant le mariage et exprime la communauté de destin liée au mariage. Pour y déroger, encore faut-il que le partage par moitié entraîne une disproportion manifeste dans la prévoyance globale des parties (arrêt n°5A_458/2009 rendu par le Tribunal fédéral le 20 novembre 2009, consid. 2.3.).

En l'occurrence, aucun des deux ex-époux ne se trouve prétérité - sous l'angle de la prévoyance - par le mariage dans la mesure où ils ont tous deux cotisé durant celui-ci. Comme l'a relevé le Président (...), le fait que la prévoyance de l'appelant soit relativement faible est en partie dû à son départ volontaire pour l'étranger. Toutefois, il faut noter qu'indépendamment de ce départ, au vu des montants en jeu, la situation globale en matière de prévoyance avant partage (soit y compris la prestation de sortie de l'époux et les prestations touchées pour l'accès à la propriété) est meilleure en ce qui concerne l'intimée. En outre, comme exposé ci-dessus, la prestation de sortie touchée par l'appelant en raison de son déménagement en Australie est soumise au partage. Partant, un partage ne paraît pas inéquitable et son résultat est la conséquence de la communauté de destin liée au mariage. En effet, la péjoration des perspectives de prévoyance pour celui des époux qui est tenu au partage est un effet direct de ce dernier et a été pris en compte par le législateur, même en cas de différence d'âge importante (Baumann/Lauterburg, op. cit., N. 5 ad Art. 122). En l'occurrence, le partage permet d'améliorer la prévoyance de l'appelant qui était et demeure moins bonne que celle de l'intimée.

Ainsi, au regard de ces éléments et de la situation des parties, qui ne présente pas de véritables particularités – notamment au vu du fait que les parties se sont toutes les deux constituée une prévoyance pendant le mariage, se sont accordées pour considérer que leur régime matrimonial était liquidé et que ni l'une ni l'autre ne se trouve dans une situation économique particulièrement favorable –, la Cour est d'avis qu'il est équitable (art. 4 CC ; ATF 127 III 433, consid. 3) de partager par moitié, sous la forme d'une indemnité au sens de l'art. 124 al. 1 CC comme exposé ci-dessus (chiffre 6) :

- le montant de la prestation de libre passage touchée par l'appelant lors de son départ à l'étranger ainsi que
- l'avoir de prévoyance de CHF 207'555.40 à disposition de l'intimée au jour de la dissolution du mariage.

Quant aux versements anticipés à titre d'encouragement à la propriété du logement (qui ne portent pas intérêt : arrêt n°C_691/2009 – publié sous la référence ATF 135 V 436 – rendu le 24 novembre 2009 par le Tribunal fédéral, consid. 4), ceux-ci comptent comme prestations de libre passage et sont en principe soumis au partage selon les art. 122, 123 et 141 CC, puisqu'une obligation de remboursement existe au sens de l'art. 30d LPP (arrêt n°C_691/2009 rendu le 24 novembre 2009 par le Tribunal fédéral – publié sous la référence ATF 135 V 436 –, consid. 3.3.). En l'espèce, de même montant – à quelques francs près –, ils ont la particularité de pouvoir être compensés.

Etant donné qu'une indemnité au sens de l'art. 124 CC est à verser dans le cas présent, l'art. 142 CC ne fait pas obstacle à ce que la Cour de céans fixe le montant de celle-ci et ordonne à la caisse concernée de procéder au versement de l'avoir de prévoyance, en l'absence d'une contestation quant aux montants des avoirs de prévoyance en jeu et quant aux institutions de prévoyance entrant en ligne de compte (cf. art. 22b de la Loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, LFLP, et ATF 129 III 481 consid. 3.5.2.).

Concrètement, il sied dès lors de partager par moitié l'avoir de prévoyance de CHF 207'555.40 à disposition de l'intimée au jour de la dissolution du mariage. De cette créance, il convient de déduire le montant de CHF 27'515.40 correspondant à l'indemnité équitable (CHF 55'030.80 : 2 ; voir ci-dessus ainsi que le chiffre 5 des présents considérants), ce qui correspond à CHF 76'262.30. C'est par conséquent cette somme qu'il convient de transférer, cette phase de la procédure étant dominée par la maxime officielle et le principe inquisitorial (Schwegler, Vorsorgeausgleich bei Scheidung aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht, in: ZBJV 2010, p. 85 : « *Das Verfahren auf Teilung der Austrittsleistung vor dem Versicherungsgericht ist [...] geprägt von der Oficialmaxime und dem Untersuchungsgrundsatz. Einmal überwiesen hat deshalb das Versicherungsgericht unabhängig vom Willen der Parteien die Teilung der Vorsorgeguthaben vorzunehmen* »).

Dès lors, il y a lieu d'ordonner à la caisse de pension de l'intimée (...) de procéder au transfert d'un montant de CHF 76'262.30 sur le compte bancaire de libre passage indiqué par l'appelant (...).

8.
(...)

Nota bene:
Le jugement est entré en force.