

# **BGer 5A\_220/2015 vom 11. November 2015**

Bundesgericht, 2015-11-11, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_220\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_220_2015)

FR: TF 5A\_220/2015 du 11 novembre 2015

IT: TF 5A\_220/2015 del 11 novembre 2015

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Le recours a été déposé en temps utile ( art. 100 al. 1 LTF ), contre une décision finale ( art. 90 LTF ), par une partie qui a succombé en dernière instance cantonale et sur recours (art. 76 al. 1 et 75 al. 1 LTF), dans une affaire civile ( art. 72 al. 1 LTF ) de nature pécuniaire, dont la valeur litigieuse est supérieure à 30'000 fr. (art. 74 al. 1 let. b et 51 al. 1 let. a LTF). Le recours en matière civile est ainsi en principe recevable.

### **E. 1.2**

L'intimée formule des remarques à propos des pièces nouvellement produites par le recourant à l'appui de sa requête d'assistance judiciaire, à savoir une décision de taxation concernant l'impôt sur le revenu et la fortune pour l'année fiscale 2012, et un avis récapitulatif de sa déclaration fiscale 2013. Ses allégations étant totalement dénuées de pertinence pour l'issue du présent litige, il n'en sera pas tenu compte. Au demeurant, si les pièces en question sont recevables en relation avec la requête d'assistance judiciaire, dans le cadre de laquelle le recourant doit prouver sa situation financière actuelle ( art. 64 LTF ; arrêt 5A\_505/2013 du 20 août 2013 consid. 9.3), elles sont irrecevables quant au fond de l'affaire ( art. 99 al. 1 LTF ).

### **E. 1.3**

Les faits et pièces postérieurs à l'arrêt entrepris sont d'emblée irrecevables ( ATF 139 III 120 consid. 3.1.2 p. 123; 133 IV 342 consid. 2.1 p. 343 s.). Il en résulte que la pièce produite par l'intimée, à savoir un extrait du Registre foncier daté du 20 avril 2015, dont elle-même indique qu'elle porte " sur un élément factuel intervenu après la notification de l'Arrêt ", est irrecevable.

### **E. 1.4**

En vertu de l' art. 99 al. 2 LTF , toute conclusion nouvelle est irrecevable; la loi vise notamment l'augmentation des conclusions (arrêt 5A\_556/2008 du 29 mai 2009 consid. 1.4 non publié in ATF 135 III 424 ), indépendamment de l'application de la maxime d'office en instance cantonale (5A\_807/2012 du 6 février 2013 consid. 4.2 et 4.3). En l'occurrence, il ressort de l'arrêt attaqué que A.\_\_\_\_\_ a conclu, devant la Cour de justice, à ce que son ex-épouse soit condamnée à lui verser 42'320 fr. à titre d'indemnité équitable. Il s'ensuit que les conclusions formulées en instance fédérale s'avèrent irrecevables en tant qu'elles excèdent ce montant.

### **E. 2.1**

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente ( art. 105 al. 1 LTF ). Dans l'hypothèse d'un recours limité aux griefs d'ordre constitutionnel, le recourant ne peut obtenir la rectification ou le complètement des constatations de fait de la décision

attaquée que s'il démontre la violation de droits constitutionnels, conformément au principe d'allégation; les art. 95, 97 et 105 al. 2 LTF ne s'appliquent pas directement ( ATF 133 III 393 consid. 7.1, 585 consid. 4.1). Toutefois, l'application de l' art. 9 Cst. aboutit pratiquement au même résultat: le Tribunal fédéral ne corrige les constatations de fait que si elles sont arbitraires et ont une influence sur le résultat de la décision ( ATF 133 II 249 consid. 1.2.2). Le recourant ne peut donc pas se borner à contredire les constatations litigieuses par ses propres allégations ou par l'exposé de sa propre appréciation des preuves; il doit indiquer de façon précise en quoi ces constatations sont contraires au droit ou entachées d'une erreur indiscutable, c'est-à-dire arbitraires au sens de l' art. 9 Cst. ( ATF 133 II 249 consid. 1.2.2). Une critique des faits qui ne satisfait pas à cette exigence est irrecevable ( art. 106 al. 2 LTF ; ATF 133 II 249 ).

### **E. 2.2**

Le recours en matière civile peut être formé pour violation du droit, tel qu'il est délimité par les art. 95 et 96 LTF . Le Tribunal fédéral applique le droit d'office ( art. 106 al. 1 LTF ), sans être lié ni par les motifs de l'autorité précédente, ni par les moyens des parties; il peut donc admettre le recours en se fondant sur d'autres arguments que ceux invoqués par le recourant, comme il peut le rejeter en opérant une substitution de motifs ( ATF 139 II 404 consid. 3 p. 415; 135 III 397 consid. 1.4 p. 400). Cela étant, eu égard à l'exigence de motivation contenue à l' art. 42 al. 1 et 2 LTF , il n'examine en principe que les griefs soulevés; il n'est pas tenu de traiter, à l'instar d'une autorité de première instance, toutes les questions juridiques pouvant se poser, lorsque celles-ci ne sont plus discutées devant lui ( ATF 135 III 397 consid. 1.4 p. 400; 134 III 102 consid. 1.1 p. 105).

### **E. 2.3**

Le Tribunal fédéral ne revoit qu'avec retenue l'exercice du pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité cantonale. Ce n'est que lorsque celle-ci a excédé son pouvoir d'appréciation ou en a abusé, et a abouti à un résultat manifestement injuste ou à une iniquité choquante, qu'il intervient ( ATF 141 V 51 consid. 9.2 p. 70 avec la jurisprudence citée).

### **E. 3**

Ensuite de l'arrêt de renvoi rendu par le Tribunal fédéral (arrêt 5A\_892/2013 du 29 juillet 2014 consid. 6.3.4), la Cour de justice a procédé à un nouveau calcul de la prestation de sortie virtuelle de chacun des ex-époux. Sur cette base, elle a estimé que l'ex-épouse était hypothétiquement redevable à l'ex-époux d'un montant de 46'028 fr. 59 au titre de partage des avoirs de prévoyance professionnelle. Elle a ensuite établi la situation patrimoniale et les besoins de prévoyance respectifs de ceux-ci, afin de déterminer, en équité, si pour établir le montant de l'indemnité équitable il convenait de s'écarter d'un partage par moitié de ce montant hypothétique. Il en ressort qu'au moment du prononcé du divorce, l'ex-épouse était âgée de 40 ans et l'ex-époux de 44 ans. Ils disposaient donc encore d'une vingtaine d'années chacun pour augmenter leur prévoyance professionnelle, ce qui est important. Bien que l'ex-époux ait déclaré être sans emploi, vu sa formation en sciences économiques et son expérience professionnelle, il était à même de trouver une activité lucrative bien rémunérée, raison pour laquelle un revenu mensuel net hypothétique de 8'900 fr. lui avait été imputé. Il avait de surcroît constitué plusieurs sociétés anglo-saxonnes, dans lesquelles il était actif. Par ailleurs, il était propriétaire d'un appartement situé à U.\_\_\_\_\_, alors que son ex-épouse n'était que locataire de son logement et n'était propriétaire d'aucun bien

immobilier. S'il avait allégué que son bien-fonds était grevé par trois cédules hypothécaire, il ne prouvait toutefois pas ses allégations par pièces, ce qu'il eût pourtant été aisé de faire. La cour cantonale a retenu en conséquence que sur ce plan, il se trouvait dans une situation meilleure que son ex-épouse, puisqu'il était propriétaire d'un bien immobilier estimé fiscalement à 554'000 fr. Enfin, l'épouse avait été condamnée à lui verser 12'149 fr. à titre de liquidation du régime matrimonial, qu'il pourrait vraisemblablement utiliser pour augmenter ses avoirs de prévoyance professionnelle. La situation post-divorce de l'ex-époux était donc plus favorable que celle de l'ex-épouse, de sorte que, selon la Cour de justice, il se justifiait de renoncer à lui allouer une indemnité sur la base de l' art. 124 CC .

#### **E. 4**

Le recourant fait valoir que, se basant notamment sur des constatations de fait arbitraires ( art. 9 Cst. ), la Cour de justice a abusé de son pouvoir d'appréciation dans l'application de l' art. 123 al. 2 CC , en considérant qu'aucune indemnité équitable au sens de l' art. 124 CC ne devait lui être versée. Selon lui, aucun élément n'imposait en l'espèce de s'écarter de l'option de base du législateur, à savoir un partage par moitié les avoirs de prévoyance des époux.

#### **E. 5**

Lorsqu'un cas de prévoyance est déjà survenu, ou que les prétentions en matière de prévoyance professionnelle acquises durant le mariage ne peuvent être partagées pour d'autres motifs, l' art. 124 al. 1 CC prévoit le versement d'une indemnité équitable.

##### **E. 5.1**

Lors de la fixation de cette indemnité, il faut garder à l'esprit l'option de base du législateur à l' art. 122 CC , à savoir que les avoirs de prévoyance qui ont été accumulés pendant le mariage doivent, en principe, être partagés par moitié entre les époux; il ne saurait cependant être question d'arrêter schématiquement, sans égard à la situation économique concrète des parties, une indemnité correspondant dans son résultat à un partage par moitié des avoirs de prévoyance; il faut, au contraire, tenir compte de façon adéquate de la situation patrimoniale après la liquidation du régime matrimonial, ainsi que des autres éléments de la situation financière des conjoints après le divorce. On peut procéder en deux étapes, en ce sens que le juge calcule tout d'abord le montant de la prestation de sortie au moment du divorce - respectivement au moment de la survenance du cas de prévoyance - et adapte ensuite ce montant aux besoins concrets des parties en matière de prévoyance ( ATF 133 III 401 consid. 3.2 p. 404; 131 III 1 consid. 4.2 p. 4 s.; 129 III 481 consid. 3.4.1 p. 488). Si le cas de prévoyance survient peu de temps avant le prononcé du divorce, les besoins concrets en prévoyance perdent en importance; il faut alors se référer au partage par moitié de sorte que l'indemnité équitable au sens de l' art. 124 CC doit correspondre grosso modo à la moitié des prestations de sortie selon l' art. 122 CC ( ATF 133 III 401 consid. 3.3 in fine p. 406).

##### **E. 5.2**

Si la faculté de renoncer au droit et la possibilité de refuser le partage au sens de l' art. 123 CC ne sont pas expressément prévues dans le cadre de l' art. 124 CC , le juge doit néanmoins en tenir compte sous l'angle de l'équité ( ATF 136 III 449 consid. 4.2 p. 452; 129 III 481 consid. 3.3; arrêt 5A\_147/2011 du 24 août 2011 consid. 6.1.1). Selon l' art. 123 al. 2 CC , le juge peut ainsi refuser le partage, en tout ou en partie, lorsque celui-ci se révèle manifestement inéquitable pour des motifs tenant à la liquidation du régime matrimonial ou

à la situation économique des époux après le divorce. Cette disposition doit être appliquée de manière restrictive ( ATF 135 III 153 consid. 6.1 p. 155; arrêt 5A\_147/2011 du 24 août 2011 consid. 6.1.2).

Le refus du partage total ou partiel peut par exemple se justifier 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 peut être inéquitable, selon les circonstances, 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\_458/2009 du 20 novembre 2009 consid. 2.1). On peut aussi mentionner le cas du conjoint qui, exerçant une activité lucrative, a financé les études de son conjoint, lui donnant ainsi la possibilité de se constituer à l'avenir une meilleure prévoyance que la sienne (Message du 15 novembre 1995 concernant la révision du code civil suisse, FF 1996 I 107; arrêt 5A\_458/2009 du 20 novembre 2009 consid. 2.1). Seule une disproportion manifeste dans la prévoyance globale des parties peut conduire à un refus total ou partiel du partage (pour un exemple, cf. ATF 135 III 153 consid. 6 p. 154 ss). 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\_458/2009 du 20 novembre 2009 consid. 2.1; 5A\_79/2009 du 28 mai 2009 consid. 2; 5C.49/2006 du 24 août 2006 consid. 3.1). Outre les motifs énoncés par l' art. 123 al. 2 CC , le juge peut également refuser le partage si celui-ci contrevient à l'interdiction de l'abus de droit ( art. 2 al. 2 CC ; ATF 133 III 497 consid. 4.3 p. 501; arrêt 5A\_648/2009 du 8 février 2010 consid. 4.1 publié in FamPra.ch 2010 p. 439).

## **E. 6**

En l'espèce, la Cour de justice a notamment relevé, à juste titre, qu'au vu de leur âge, les parties disposaient encore de nombreuses années pour augmenter leurs avoirs de prévoyance professionnelle. Pourtant, elle en a tiré argument dans son appréciation pour justifier qu'il n'y avait pas lieu d'allouer une indemnité équitable à l'ex-époux, méconnaissant ainsi le sens du critère ainsi posé par la jurisprudence. En réalité, compte tenu du fait que les ex-époux sont âgés de 40 et 44 ans, l'ex-épouse, débitrice de l'indemnité équitable, disposera de nombreuses années pour accroître son deuxième pilier, ce d'autant plus qu'elle perçoit un salaire élevé (plus de 11'000 fr. par mois, cf. arrêt 5A\_892/2013 du 29 juillet 2014 consid. 4.4.4.5); ces circonstances sont de nature à inciter à ne pas renoncer à l'octroi d'une indemnité équitable en faveur de l'ex-époux. Le revenu hypothétique de 8'900 fr. qui a été imputé à celui-ci et la possibilité dont il dispose de trouver un emploi bien rémunéré n'y changent rien. Par ailleurs, le fait qu'il soit propriétaire d'un immeuble, ce qui n'est pas le cas de l'ex-épouse, n'est pas non plus déterminant, puisque la fortune de l'époux créancier ne constitue pas, en soi, un motif de renonciation à toute indemnité équitable (cf. supra consid. 5.2); les griefs formulés par le recourant et par l'intimée quant à la valeur dudit bien-fonds sont ainsi sans influence sur l'issue du litige. En outre, la seule circonstance que l'ex-épouse doive verser à son ex-époux 12'149 fr. à titre de liquidation du régime matrimonial - montant au demeurant largement inférieur à celui qu'il devrait recevoir à titre de partage de la LPP - ne suffit pas non plus, à l'évidence, à retenir qu'il y

aurait une disproportion manifeste dans la prévoyance globale des parties, qui devrait conduire à renoncer à toute indemnité équitable en faveur de l'ex-mari. En tant que l'intimée prétend qu'elle contribue aux deux tiers des besoins de l'enfant, de sorte que sa situation serait d'autant moins favorable que celle de son ex-époux, il convient de préciser que cet élément n'est pas pertinent, et qu'au demeurant, c'est précisément parce que son disponible est nettement plus élevé que celui de son ex-époux qu'elle doit contribuer pour une part plus importante aux besoins de l'enfant; on relèvera au passage que sa propre contribution résulte en grande partie d'une indemnité pour enfant à charge que lui verse son employeur (cf. arrêt 5A\_892/2013 du 29 juillet 2014 consid. 4.4.4.5). Au surplus, le fait que son ex-époux ne s'acquitterait pas de la contribution d'entretien de 900 fr. qu'il a été condamné à verser pour l'enfant, comme le prétend l'intimée, n'est aucunement de nature à influencer sur l'issue du litige. Enfin, si l'intimée considère comme inéquitable d'allouer une indemnité au sens de l'art. 124 CC au recourant, pour le motif que celui-ci aurait prélevé une partie de ses avoirs LPP pour acheter son logement, il n'en demeure pas moins qu'elle ne conteste pas, en tant que tel, le calcul effectué par la Cour de justice.

Il résulte de ce qui précède que la cour cantonale a abusé de son pouvoir d'appréciation, en admettant, sur la base de critères erronés, respectivement dépourvus de pertinence, que les conditions de l'art. 123 al. 2 CC étaient réalisées, partant, qu'il convenait de renoncer à toute indemnité équitable. Les circonstances de l'espèce ne justifient pas de s'écarter d'une indemnité équitable correspondant à un partage par moitié des avoirs de prévoyance des parties, soit en principe 46'028 fr., étant relevé que les parties ne remettent pas en cause le calcul effectué par la cour cantonale pour aboutir à ce montant. Vu les conclusions prises par le recourant en instance cantonale (cf. supra consid. 1.4), l'arrêt attaqué sera cependant réformé en ce sens que l'indemnité équitable due par l'ex-épouse à l'ex-époux est fixée à 42'320 fr., sans intérêts.

## **E. 7**

Vu ce qui précède, le recours est partiellement admis, l'arrêt attaqué est annulé en ce qui concerne l'indemnité équitable et il réformé en ce sens que B. \_\_\_\_\_ est condamnée à verser à A. \_\_\_\_\_ 42'320 fr. à titre d'indemnité équitable au sens de l'art. 124 CC. Vu l'issue du litige, il se justifie de mettre les frais judiciaires à raison de 1/5ème à la charge du recourant et de 4/5èmes à la charge de l'intimée (art. 66 al. 1 LTF). L'intimée versera au recourant une indemnité de dépens réduite (art. 68 al. 1 et 2 LTF). Le recourant sollicite l'assistance judiciaire et la désignation de Me Eric Muster en qualité d'avocat d'office, affirmant qu'il ne disposerait pas de ressources suffisantes pour assumer les frais judiciaires liés à son recours sans entamer son minimum vital. Dès lors qu'il ne se réfère à aucune pièce permettant d'établir sa situation financière actuelle (revenus et charges), se bornant à produire des pièces anciennes (décision de taxation pour l'année 2012 et récapitulation de sa déclaration d'impôts pour l'année 2013 - celle-ci constituant, au demeurant, une allégation de partie et non une preuve -), il échoue à apporter la preuve, qui lui incombe (ATF 125 IV 161 consid. 4a p. 164 s.; arrêt 5A\_842/2013 du 29 juillet 2014 consid. 7), de son indigence. Dans ces circonstances, la requête d'assistance judiciaire est rejetée (art. 64 al. 1 LTF). Il appartiendra à l'autorité cantonale de statuer à nouveau sur les frais et dépens de la procédure cantonale (art. 68 al. 5 LTF).