

Éclairages



Droit matrimonial

Référence de la décision:

[5A_407/2018](#)

[5A_443/2018](#)

Mots-clés:

**Divorce, contribution d'entretien, Partage de la
prévoyance professionnelle**

Articles de loi:

[art. 122 CC](#) | [art. 123 CC](#) | [art. 125 CC](#)

iusNet DC 27.01.2019

Partage de prévoyance professionnelle accumulée pendant le mariage : ce qui reste et ce qui change

Eclairage des arrêt 5A_407/2018 et 5A_443/2018 du 11 janvier 2019 et du 6
novembre 2018



Anne Reiser,

Avocate au Barreau de Genève, spécialisée en droit de la famille

Ce qui reste : l'interprétation à donner à l'art. 123 al. 1 CC pour les avoirs de prévoyance perdus, arrêt TF 5A_407/2018 du 11 janvier 2019

Nous nous souvenons tous de l'arrêt très didactique du Tribunal fédéral publié aux ATF 137 III 49, qui, se référant à l'ATF 135 V 324, expliquait (c. 3.4.3.) comment raisonner pour déterminer si l'avoir de prévoyance emprunté ou mis en gage afin de financer l'acquisition du domicile familial devait être considéré comme probablement perdu ou non, dans une situation dans laquelle l'institution de prévoyance ne donnait pas son accord au partage dans le divorce de la prévoyance empruntée (art. 9 al. 1 lit. c OLE). Cet arrêt indiquait, en bref, que, si la perte était prévisible (au sens de l'art. 30d al. 5 LPP), elle devait être supportée par les deux conjoints, et, si elle n'était pas prévisible, le juge devait refuser le partage (art. 123 CC) et le conjoint débiteur qui ne dispose pas d'avoirs de prévoyance suffisants pour indemniser l'autre, devait verser à ce dernier une indemnité équitable calculée selon l'art. 124 al. 1 aCC. Au considérant 3.3.1 de cet arrêt, le Tribunal fédéral expliquait ainsi son raisonnement : la perte doit être supportée normalement par moitié par les deux époux parce que le logement acquis grâce au retrait anticipé ou à la mise en gage d'avoirs de prévoyance sert, dans la règle, de domicile commun aux deux époux et ce financement n'est possible qu'avec l'accord de l'autre époux.

À la lueur de l'arrêt TF, 5A_710/2017, c. 5, qui a tranché, rappelons-le, que le nouveau droit du partage de la prévoyance professionnelle dans le divorce s'applique immédiatement (art. 7d al. 2 Tit. fin. CC), et que les avoirs de prévoyance pris en compte pour le partage sont (rétroactivement) ceux qui existaient au moment du dépôt de la requête de divorce en justice, et eu égard au texte du nouvel art. 123 CC, indiquant que les prestations de sortie acquises à partager incluent les avoirs de libre passage et les versements anticipés pour la propriété du logement, les praticiens pouvaient se poser la question de savoir si la perte de prévoyance prévisible ou subie postérieurement par les époux, en lien avec une perte de valeur dudit logement, serait encore prise en compte, pour venir en diminution des avoirs de prévoyance à partager.

Dans un arrêt TF 5A__407/2018 du 11 janvier 2019, concernant une situation dans laquelle des avoirs de prévoyance empruntés afin de financer l'acquisition du logement n'avaient pas pu être remboursés suite à la vente d'un immeuble acquis en propriété commune (société simple) par des époux plaidant en divorce, l'une des questions posées au Tribunal fédéral était celle de savoir s'il ne convenait pas de tenir néanmoins compte des avoirs empruntés dans la détermination des avoirs de prévoyance professionnelle à partager, en leur état au jour du dépôt, en 2012, de la requête de divorce, puisque la vente de l'immeuble était postérieure à cette date.). Le Tribunal fédéral y répond par la négative, au c. 5.2.2. de cet arrêt : le versement anticipé pour un logement qui a été vendu ou réalisé durant le mariage doit, dans le cadre d'un divorce, être partagé selon les règles de l'art. 22 et 22a LFLP pour autant seulement qu'un produit a été obtenu de la vente ou de la réalisation de l'immeuble. Il n'y a dès lors pas lieu de tenir compte dans la prestation de sortie d'une perte réalisée sur le versement anticipé durant le mariage. Le fait que le nouveau droit prévoit désormais explicitement que les versements anticipés pour la propriété du logement fassent partie des prestations de sortie acquises et doivent à ce titre être partagés par moitié entre les époux en cas de divorce (cf. art. 123 al. 1 CC et 30c al. 6 LPP) n'a aucune incidence sur le sort à réserver à une perte subie sur le versement anticipé dans la mesure où la jurisprudence considérait déjà (sous l'ancien droit: ATF 137 III 49 c. 3.3.1; 135 V 436 c. 3.3; 132 V 332 c. 4; 132 V 347 c. 3.3) que de tels versements devaient être pris en compte dans le calcul de l'avoir LPP à partager avant l'entrée en vigueur du nouveau droit (c. 5.3.).

Ce qui change : la prise en compte du comportement épouvantable de l'époux durant le mariage pour justifier le non partage, arrêt TF 5A_443/2018 du 6 novembre 2018

Dans l'arrêt TF 5A_443/2018 du 6 novembre 2018, le Tribunal fédéral rappelle que, dans un arrêt rendu sous l'empire de l'ancien droit du partage des avoirs de prévoyance professionnelle (ATF 133 III 497), il avait considéré que le partage pouvait être refusé lorsqu'il s'avérait 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 aCC), mais aussi en cas d'abus de droit (art. 2 al. 2 CC), par exemple lorsque les époux avaient contracté un mariage de complaisance ou n'avaient jamais eu l'intention de former une communauté conjugale. En revanche, une violation des devoirs découlant du mariage ne constituait pas un motif de refus du partage des avoirs de prévoyance professionnelle. Le comportement des conjoints durant le mariage ne jouait aucun rôle dans ce domaine, étant relevé que l'art. 125 al. 3 ch. 1 CC, selon lequel une violation grave de l'obligation d'entretien de la famille pouvait justifier un refus d'allouer une contribution d'entretien, n'avait pas été conçu par le législateur en relation avec le partage des prestations de sortie (ATF 133 III 497 c. 4 et 5; arrêt approuvé par HEINZ HAUSHEER, in RJB 2008 557 s.). En conséquence, le Tribunal fédéral avait retenu, dans le cas d'espèce de l'ATF 133 III 497, que l'on ne pouvait pas refuser de partager les avoirs de prévoyance professionnelle par moitié entre les époux, quand bien même l'épouse avait travaillé

à plein temps depuis le début du mariage, alors que l'époux n'avait pas travaillé ou ne l'avait fait que de manière sporadique, leurs deux enfants vivant pour leur part, dès leur naissance, chez leurs grands-parents maternels (c. 5.2.). Au c. 5.3.2., le Tribunal fédéral retient que, dans son Message, le Conseil fédéral souligne qu'il conviendra de veiller à ce que l'application de l'art. 124b al. 2 CC ne vide pas de sa substance le principe du partage par moitié (FF 2013 4371 ad art. 124b CC), le partage de la prévoyance professionnelle devant, dans l'idéal, permettre aux deux conjoints de disposer d'un avoir de prévoyance de qualité égale (FF 2013 4349). Ces principes ont été conçus pour être appliqués indépendamment de la répartition des tâches convenue durant le mariage. Il relève cependant qu'il n'en demeure pas moins que la volonté du législateur, dans le cadre de la novelle du 19 juin 2015, était d'assouplir les conditions auxquelles le juge peut exclure totalement ou partiellement le partage : il a clairement souhaité que le fait, pour un époux, d'avoir gravement violé son obligation de contribuer à l'entretien de la famille puisse constituer un juste motif au sens de l'art. 124b al. 2 CC, contrairement à ce que préconisait l'ATF 133 III 497. Au considérant 5.4. de l'arrêt, le Tribunal fédéral constate que, selon la volonté claire du législateur, le juge du divorce a désormais la possibilité de tenir compte, dans son appréciation, de la violation par un époux de son obligation d'entretenir la famille. Il ne peut toutefois le faire que de manière restrictive, afin d'éviter que le principe du partage par moitié des avoirs de prévoyance professionnelle des époux ne soit vidé de sa substance. En particulier, c'est seulement dans des situations particulièrement choquantes que de tels justes motifs peuvent l'emporter sur les considérations économiques liées aux besoins de prévoyance respectifs des époux, de sorte que le juge est habilité, sur cette base, à refuser totalement ou partiellement le partage des avoirs de prévoyance professionnelle (dans le même sens, cf. DUPONT, op. cit., n° 84 p. 81; MOSER, op. cit., p. 122 et 123, qui parle de "krass ehewidrigen Verhaltens" et de "grobe Verletzung ehelicher Unterhaltspflicht"), et ce même si la prévoyance du conjoint créancier n'apparaît pas adéquate (cf. à ce sujet HERZIG/JENAL, Verweigerung des Vorsorgeausgleichs in der Scheidung: Konfusion um Rechtsmissbrauchsverbot und Unbilligkeitsregel, in Jusletter du 21 janvier 2013, N 17 et la critique formulée au N 18). Et le Tribunal fédéral de constater (c. 6.) que, dans la situation exceptionnelle où, comme en l'espèce, le refus de prévoyance est liée à un manquement grave de l'un des époux à son obligation de contribuer à l'entretien de la famille, le critère du caractère adéquat des avoirs de prévoyance du conjoint créancier peut être relégué au second plan.

L'exposé des faits (c. 3) enseigne que l'épouse du recourant a perçu jusqu'à 9'500 fr. net par mois de salaire, 13ème salaire et bonus inclus, au terme de sa carrière. Atteinte dans sa santé, elle a été contrainte d'accepter une retraite anticipée, qu'elle a prise avec effet au 1er mars 2014. Lorsque le jugement de première instance a été rendu, elle percevait des revenus globaux de 7'325 fr. par mois, à savoir une rente AVS transitoire (jusqu'à 64 ans révolus) de 2'340 fr. et une rente LPP viagère de 4'985 fr. Pour sa part, l'époux a travaillé comme plâtrier-peintre salarié de 1971 à janvier 1977. Depuis février 1977, il a travaillé comme indépendant et ce formellement jusqu'en décembre 1996, mais son activité n'a pas "démarré". Dès 1990, les revenus qu'il a déclarés à la caisse AVS se sont limités à quelque 16'000 fr. par année, soit 1'333 fr. par mois en moyenne. Il a obtenu un revenu très accessoire en qualité de concierge, de 2001 à 2003, à savoir une rémunération annuelle de 650 fr. en 2001, de 1'300 fr. en 2002 et de 108 fr. en 2003. Âgé de 72 ans lorsque le premier jugement a été rendu, il percevait des revenus mensuels globaux de quelque 1'706 fr. par mois, à savoir une rente AVS de 1'657 fr. complétée par deux rentes mensuelles de 3e pilier a et b. Depuis la séparation des parties en juin 2012, son épouse lui a versé une contribution d'entretien de 1'500 fr. par mois, qui a été ramenée à 1'000 fr. par mois depuis le 1er octobre 2014. Au jour de la demande en divorce, il ne disposait d'aucun avoir. Il avait exercé sur son épouse une surveillance étroite jusque devant son lieu de travail et un contrôle financier au point de la priver d'autonomie, de ses propres ressources et de la

possibilité d'entretenir à sa guise des relations avec ses enfants, puis ses petits-enfants. Il avait maltraité femme et enfants, tant physiquement que psychologiquement, et avait mis la fille aînée du couple à la porte alors que celle-ci était encore largement mineure parce qu'elle " coûtait trop cher ". L'épouse avait dû subvenir quasiment seule aux besoins du ménage et de la famille en travaillant - d'abord à 50%, puis à 100% - à tout le moins durant les trente dernières années, le mari ayant invoqué des problèmes de dos pour cesser progressivement toute activité professionnelle, sans pour autant s'adresser à l'AI, déclarant notamment à son épouse et à ses enfants qu'il ne travaillerait plus jamais pour un patron. L'épouse s'était occupée seule des enfants et de la tenue du ménage, aidant en outre son mari dans son activité professionnelle indépendante - quand il en exerçait encore une - en établissant les devis pour ses clients. L'époux faisait main basse sur le salaire de son épouse, ne lui laissant que très peu d'argent - au point que celle-ci n'osait pas s'offrir la moindre distraction avec ses collègues, étant régulièrement sans argent - et confisquant le solde dans une pièce dont l'accès n'était rendu possible à son épouse que sous surveillance et pour y faire le ménage. La famille avait parfois manqué de moyens pour subvenir à des besoins de base, car l'époux jouait une partie du salaire de son épouse à des jeux de hasard. Il n'avait pas pour autant davantage contribué à l'éducation et à la prise en charge des enfants, ni aux tâches du ménage. En plus des frais quotidiens, l'épouse avait dû assumer seule le remboursement d'un crédit de 90'864 fr. dont l'époux avait disposé seul. La vie conjugale que lui avait fait mener son époux avait été pour elle un véritable "enfer ", et les démarches effectuées en vue d'obtenir une séparation l'avaient conduite à une décompensation psychique grave " dans le contexte de la relation d'emprise que [son mari] entretenait sur elle ". Par ailleurs, l'autorité cantonale a relevé que la privation d'autonomie du fait de l'époux, jusque dans les relations personnelles que l'épouse souhaitait entretenir avec ses enfants et ses petits-enfants, de même que le climat de terreur psychologique qu'il entretenait au sein de sa famille, réalisaient les circonstances exceptionnelles visées de façon non exhaustives à l'art. 125 al. 3 CC.