

Tribunal fédéral 5A_14/2019, destiné à la publication

**II^{ème} Cour de droit civil
Arrêt du 9 avril 2019 (d)**

Résumé et analyse

Proposition de citation :

Soizic Wavre, Portée de la modification de l'art. 122 CC et lacunes de prévoyance durant la procédure de divorce ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_14/2019, Newsletter DroitMatrimonial.ch mai 2019

Newsletter mai 2019

Modification de l'art. 122 CC ; entretien ; partage ; mesures provisionnelles

**Art. 122 CC; 125 CC,
159 CC, 163 CC, 164 CC**

Portée de la modification de l'art. 122 CC et lacune de prévoyance durant la procédure de divorce ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_14/2019

Soizic Wavre

I. Objet de l'arrêt

L'arrêt 5A_14/2019 du 9 avril 2019, destiné à la publication, porte sur les conséquences de la modification de l'art. 122 CC entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2017. Le moment déterminant pour arrêter le calcul des prestations de sortie de la prévoyance professionnelle, à savoir le dépôt de la requête en divorce et non plus le jugement, ne permet toutefois pas d'allouer, dans le cadre des mesures provisionnelles, un montant destiné à la prévoyance professionnelle du crédientier. Le Tribunal fédéral rappelle les éléments composant la contribution d'entretien prévue par l'art. 163 CC et confirme que seul l'art. 125 CC comprend, en plus de l'entretien de consommation, un entretien de prévoyance.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

Dans le cadre d'une procédure de divorce, l'épouse a déposé une requête de mesures provisionnelles visant à obtenir une contribution d'entretien pour elle-même de CHF 9'500.- et de CHF 5'000.- pour chacune de ses filles. Par décision du 4 juillet 2018, le Tribunal de première instance a statué sur les contributions d'entretien pour les deux filles et pour l'épouse. Les parties ont formé un appel limité à l'entretien de l'épouse auprès du Tribunal cantonal.

Par décision du 20 novembre 2018, le Tribunal cantonal d'Argovie a fixé la contribution d'entretien de l'épouse à CHF 8'502.- d'octobre 2017 à juin 2018, de CHF 7'714.- de juillet 2018 à décembre 2018, de CHF 6'965.- de janvier 2019 à mai 2019 et de CHF 6'616.- dès juin 2019.

L'épouse dépose un recours auprès du Tribunal fédéral. Elle invoque qu'au vu de la modification de l'art. 122 CC intervenue au 1^{er} janvier 2017, l'avoir de prévoyance est partagé à la date du dépôt de la demande en divorce. La couverture de sa prévoyance professionnelle entre le dépôt de la demande en divorce et le prononcé du divorce fait défaut puisque la contribution d'entretien fixée en application de l'art. 125 CC n'est pas rétroactive. Elle allègue que ce déficit de couverture doit être pris en compte dans le cadre de la fixation de sa contribution d'entretien lors des mesures provisionnelles. Ainsi, elle demande que les contributions d'entretien fixées par le Tribunal cantonal soient augmentées pour tenir compte du déficit de prévoyance subi.

Le Tribunal cantonal a rejeté la possibilité de prendre en compte ce déficit de prévoyance dans le cadre des mesures provisionnelles.

B. Le droit

Dans un premier temps, le Tribunal fédéral revient sur la révision partielle de la prévoyance professionnelle intervenue au 1^{er} janvier 2017. En particulier, il rappelle qu'avec la modification de l'art. 122 CC, le jour déterminant pour le partage de la prévoyance professionnelle a été avancé de l'entrée en force du jugement de divorce à l'introduction de la requête en divorce. Cela signifie que les avoirs de deuxième pilier soumis au partage sont moins élevés avec la révision intervenue, puisqu'au lieu d'être composés des avoirs constitués entre la date du mariage et le prononcé du divorce, ils se limitent à ceux constitués entre la date du mariage et le dépôt de la requête en divorce, laquelle peut intervenir quelques mois voire même plusieurs années avant le jugement de divorce (consid. 2).

Le Tribunal fédéral indique que le Tribunal cantonal d'Argovie s'est principalement basé sur un arrêt du Tribunal cantonal de Bâle-Ville¹ pour retenir que le Parlement était conscient de la possibilité qu'un déficit de cotisation intervienne avec l'adoption de la révision partielle de la prévoyance professionnelle divorce (consid. 2).

Dans son considérant 3, le Tribunal fédéral procède à l'interprétation de la révision intervenue au 1^{er} janvier 2017 pour déterminer si lors de la fixation de la contribution d'entretien du conjoint dans le cadre des mesures provisionnelles, le Tribunal doit ou non prendre en compte ce déficit de prévoyance.

En premier lieu, le Tribunal fédéral rappelle que conformément à l'art. 122 aCC en vigueur jusqu'à fin 2016, le partage par moitié des prestations de libre passage des conjoints était calculé sur la base des prestations de sorties accumulées entre la conclusion du mariage et l'entrée en force du jugement de divorce. Suite à la révision de l'art. 122 CC, seules les prestations acquises entre la date du mariage et le dépôt de la requête en divorce (art 274 CC), à savoir au moment de la litispendance (art. 62 CPC), doivent être partagées. Par contre, les cotisations intervenues après la litispendance restent acquises au conjoint concerné et ne sont pas soumises au partage (consid.3.1).

Avant la modification de l'art. 122 CC, la date de partage des avoirs de prévoyance, soit la date du jugement de divorce, coïncidait avec la date de l'octroi d'une contribution d'entretien basée sur l'art. 125 CC, laquelle comprend une prévoyance vieillesse appropriée

¹ Arrêt n° 400 17 270 du 7 novembre 2017 rendu par le Tribunal cantonal de Bâle-Ville (publié in : FamPra.ch 2018, p. 858 ss).

(art. 125 al. 2 ch. 8). Cependant, suite à la révision, tel n'est plus le cas. En effet, le conjoint qui doit bénéficier d'une contribution d'entretien post-marital, ne touchera pas entre la date de dépôt de la demande en divorce et le prononcé du jugement de divorce, une contribution d'entretien qui couvrira la perte de prévoyance professionnelle. Pourtant, pendant cette même période, le débirentier verra son avoir de prévoyance augmenté et non soumis au partage. Plusieurs auteurs considèrent qu'il s'agit ici d'une lacune qui doit être comblée, déjà durant la procédure en divorce, par le versement d'une contribution d'entretien comprenant un entretien de prévoyance. D'autres auteurs proposent une compensation, par exemple, par le biais d'une répartition supérieure à la moitié des avoirs de prévoyance sur la base de l'art. 124b al. 3 CC et un entretien post-marital rétroactif ou disproportionné sur la base de l'art. 125 CC (consid. 3.2).

Le Tribunal fédéral soulève que les auteurs susmentionnés parlent d'une « lacune » mais qu'il faut encore déterminer face à quel type de lacune nous nous trouvons (consid.3.3).

Le Tribunal fédéral examine le déroulement du processus législatif ayant amené à accepter la modification de l'art. 122 CC. En particulier, il relève que tant dans le message du Conseil fédéral que lors des discussions intervenues au Conseil national, la justification de l'avancement de la date était d'empêcher les manœuvres effectuées dans le seul but de prolonger la procédure en divorce. Le message précisait également que les avoirs cotisés pendant la procédure de divorce ne seraient pas partagés et que ce fait devait être accepté dans l'intérêt d'une solution simple. Au Conseil national, un débat approfondi, comprenant de nombreux votes, avait eu lieu sur les conséquences de ces modifications. Ce dernier avait également porté sur la coordination entre les questions liées à l'entretien après divorce (consid.3.4).

Au vu des développements susmentionnés, le Tribunal retient que le parlement était bien au fait des conséquences des modifications adoptées et, en particulier, de l'absence de compensation de la prévoyance entre le dépôt de la demande en divorce et du jugement de divorce. Il s'agit donc d'une lacune improprement dite, soit un silence qualifié. Le juge ne doit donc pas intervenir pour combler celle-ci (consid. 3.5).

Dès lors, le Tribunal fédéral cherche finalement à déterminer si, dans les normes juridiques inchangées concernant les effets du mariage, il existe une possibilité de compenser un déficit de prévoyance par une contribution d'entretien fixée dans le cadre de mesures provisionnelles pendant la procédure de divorce.

Le Tribunal fédéral retient que même pendant la procédure en divorce, la créance alimentaire est une créance matrimoniale qui trouve son fondement à l'art. 163 CC et non pas un entretien post-marital basé sur l'art. 125 CC. Alors que l'art. 125 CC comprend, d'une part, un entretien de consommation qui sert à couvrir les coûts de la vie courante, y compris les besoins culturels ou fondamentaux selon le mode de vie précédent, et, d'autre part, un entretien de prévoyance qui compense les futures lacunes de prévoyance vieillesse, tel n'est pas le cas de l'art. 163 CC. L'art. 163 CC n'a pas fait l'objet d'une modification lors de l'entrée en vigueur du nouveau droit du divorce au 1^{er} janvier 2000 (art. 122 ss CC), dont fait partie l'art. 125 CC. A l'époque, aucune lacune de prévoyance n'existait au vu de la concordance entre la date déterminante pour le partage de la prévoyance et le prononcé des contributions d'entretien post-marital. Il n'y avait donc pas lieu de modifier l'art. 163 CC.

Le Tribunal fédéral retient qu'il est décisif que l'art. 163 CC n'ait pas fait l'objet d'une modification lors de la révision portant sur le partage de la prévoyance intervenue au 1^{er} janvier 2017. En effet, l'absence de modification permet de retenir que l'obligation de subvenir aux besoins de la famille – même si elle comprend l'obligation pour le débirentier de constituer une prévoyance professionnelle – n'est pas élargie suite à la révision et qu'elle se limite donc uniquement à un entretien de consommation. Dès lors, si on retenait que l'art. 163 CC permettait d'octroyer non seulement un entretien de consommation mais également un entretien de prévoyance dans le cadre de mesures provisionnelles ordonnées lors d'une procédure en divorce, alors, il ne s'agirait plus d'une simple interprétation de la norme mais bien plus d'un comblement d'une lacune. Dès lors, ce raisonnement ne peut être suivi. Finalement, le Tribunal fédéral retient que ni l'art. 159 al. 3 CC ni l'art. 164 al.2 CC ne peuvent servir de base légale pour l'entretien de prévoyance (consid. 3.6).

En conséquence, il rejette le recours de l'épouse et met les frais de la procédure de recours à sa charge (consid. 4).

III. Analyse

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral règle une question qui a son importance suite à la modification de l'art. 122 CC. La révision du droit de la prévoyance intervenue au 1^{er} janvier 2017 avait pour objectif d'empêcher les manœuvres des parties en vue de faire durer la procédure dans l'unique but de pouvoir augmenter les avoirs de prévoyance à partager. Or, un doute subsistait encore quant au traitement de cette absence de partage de prévoyance pour la période située entre le dépôt de la demande en divorce et le prononcé du jugement.

Au vu de la confirmation, par le Tribunal fédéral, que l'obligation d'entretien prononcée dans le cadre de mesures provisionnelles est fondée sur l'art. 163 CC et ne comprend qu'un entretien de consommation, le crédientier aura intérêt à ce que le prononcé du divorce intervienne rapidement s'il veut obtenir une contribution comprenant un entretien de prévoyance.

Le Tribunal n'aborde pas dans son arrêt la question du moment à partir duquel les contributions d'entretien post-marital sont dues (art. 126 CC) puisque cette interrogation découle de l'art. 125 CC. Y aurait-il toutefois la possibilité par le biais des art. 125 CC et 126 CC de combler rétroactivement la perte de l'entretien de prévoyance ? On doit ici répondre par la négative pour le cas traité dans l'arrêt susmentionné. En effet, l'art. 126 CC prescrit que le juge fixe le moment à partir duquel la contribution d'entretien en faveur du conjoint est due. La jurisprudence a confirmé à plusieurs reprises que celle-ci prend en principe effet à l'entrée en force du jugement de divorce mais que le juge peut, selon son appréciation, fixer le *dies a quo* à un autre moment. Cependant, le Tribunal fédéral a précisé dans sa jurisprudence antérieure que bien que le juge puisse ordonner le versement de la contribution d'entretien avec effet à une date antérieure à l'entrée en force partielle, par exemple à compter du dépôt de la demande en divorce, cette possibilité est exclue si des mesures provisionnelles ont été ordonnées pour la durée de la procédure de divorce. Cette exclusion s'explique par le fait que les mesures provisionnelles ordonnées pendant la procédure de divorce 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 sur celles-ci (ATF 142 III 193, consid. 5.3 et références citées).

Ainsi, en présence de mesures provisoires, il est certain qu'aucune contribution d'entretien au sens de l'art. 125 CC ne peut être obtenue depuis le dépôt de la demande en divorce. Cependant, en l'absence de mesures provisionnelles, le crédientier peut obtenir une contribution d'entretien qui couvrirait non seulement son entretien de consommation, mais également son entretien de prévoyance. Dans ce cas, la « lacune » invoquée par la doctrine n'existerait pas puisque *le dies a quo* de la contribution d'entretien coïnciderait alors avec le moment du partage des avoirs de prévoyance de l'art. 122 CC.