



**POUVOIR JUDICIAIRE
GERICHTSBEHÖRDEN**

ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

**Tribunal cantonal TC
Kantonsgericht KG**

Rue des Augustins 3, case postale 1654, 1701 Fribourg

T +41 26 304 15 00
tribunalcantonal@fr.ch
www.fr.ch/tc

101 2018 105

Arrêt du 10 septembre 2018

I^e Cour d'appel civil

Composition

Président: Jérôme Delabays
Juges: Hubert Bugnon, Sandra Wohlhauser
Greffière-rapporteuse: Cornelia Thalmann El Bachary

Parties

A._____, **défendeur** et **appelant**, représenté par Me Benoît Dayer, avocat

contre

B._____, **demanderesse** et **intimée**, représentée par Me Pierre Gabus, avocat

Objet

Divorce – complément d'un jugement de divorce étranger, partage des avoirs LPP

Appel du 11 mai 2018 contre la décision du Tribunal civil de l'arrondissement de la Sarine du 10 avril 2018

considérant en fait

A. B._____, née en 1958, de nationalité suisse et française, originaire de Fribourg, et A._____, né en 1956, de nationalité française, se sont mariés en 1980 à C._____. Deux enfants, nés respectivement en 1986 et 1990, sont issus de cette union.

A._____ a introduit la procédure de divorce par requête du 25 septembre 2001, en France.

Par jugement du 9 mai 2006, le Tribunal de Grande Instance de D._____ a prononcé le divorce. Il a ordonné la liquidation des intérêts patrimoniaux des époux. Il a en outre condamné A._____ à verser à B._____ une prestation compensatoire en capital d'un montant de 100'000 €. Par arrêt de la Cour d'appel de E._____ du 9 octobre 2007, le jugement du 9 mai 2006 a notamment été réformé en ce qui concerne la prestation compensatoire, laquelle a été portée à la somme de 120'000 €.

B. Le 23 décembre 2008, B._____ a déposé, par-devant le Tribunal civil de l'arrondissement de la Sarine (ci-après le Tribunal civil), une requête en complément d'un jugement de divorce étranger et conclu, sous suite de frais, à ce que le dispositif de l'arrêt de la Cour d'appel de E._____ prononcé le 9 octobre 2007 soit complété en ce sens que le partage par moitié des avoirs de prévoyance des époux acquis durant le mariage est ordonné, le montant des avoirs de prévoyance à partager étant arrêté à la date du 9 octobre 2007.

Le 13 mars 2009, A._____ a principalement conclu, sous suite de frais judiciaires et dépens, à ce que le Tribunal civil se déclare incompetent *ratione loci* et que B._____ soit déboutée de toutes ses conclusions.

Par décision du 25 mars 2013, le Tribunal civil a rejeté l'exception d'incompétence *ratione loci* soulevée par A._____. De plus, il a suspendu la procédure au fond jusqu'à droit connu sur la liquidation des intérêts patrimoniaux des époux en France. La question de savoir si, et dans quelle mesure, les avoirs LPP de A._____ avaient été ou seraient pris en considération dans le cadre de la liquidation du patrimoine des époux n'était pas claire.

S'en sont suivies diverses requêtes et déterminations des parties et décisions du Président du Tribunal civil de maintien de la suspension.

Par jugement du 7 mars 2016, le Tribunal de Grande Instance de D._____ a statué sur la liquidation du régime matrimonial des parties, déboutant B._____ de sa demande relative au deuxième pilier du régime de retraite suisse de A._____ et disant que les droits acquis par ce dernier à ce titre constituent des biens propres et n'ouvrent pas droit au partage. Par arrêt du 19 septembre 2017, la Cour d'appel de E._____ a confirmé le jugement du 7 mars 2016 sur ces points.

Le 10 avril 2018, le Tribunal civil a rendu la décision suivante:

- I. *La requête en complément d'un jugement de divorce étranger déposée le 23 décembre 2008 par B._____ à l'encontre de A._____ est partiellement admise.*
- II. *Ordre est donné par le Président de céans à la Fondation de prévoyance F._____ de prélever sur le compte de A._____, né en 1956 (N° AVS ggg) demeurant H._____, France, le montant de CHF 224'853.25 plus intérêt réglementaire dès le 9 octobre 2007 et de le verser sur le compte de*

libre passage à ouvrir au nom de B. _____, née en 1958, domiciliée I. _____, France, auprès de la Fondation institution supplétive LPP, Comptes de libre passage, case postale, 8036 Zurich.

III. *Chaque partie assume ses dépens et la moitié des frais de justice.*

Les frais judiciaires dus à l'Etat sont fixés à CHF 1'200.-.

C. Le 11 mai 2018, A. _____ a déposé un appel contre cette décision, prenant les conclusions suivantes:

(...)

Principalement

2. *Annuler et mettre à néant la décision du Tribunal civil de la Sarine du 10 avril 2018 rendue dans la cause No 15 2008 321;*

Cela fait et statuant à nouveau

3. *Prononcer l'incompétence des autorités fribourgeoises et suisses pour procéder au partage des avoirs de prévoyance de A. _____ et de B. _____;*

4. *Débouter B. _____ de toutes ses conclusions;*

Subsidiairement si le Tribunal cantonal devait reconnaître sa compétence

5. *Débouter B. _____ de toutes ses conclusions;*

Plus subsidiairement si le Tribunal cantonal devait reconnaître le principe du partage des avoirs de prévoyance

6. *Ordonner le partage des avoirs de prévoyance accumulés par les parties durant la période du 10 octobre 1980 au 25 septembre 2001, franc de tout intérêt;*

7. *Débouter B. _____ de toutes ses conclusions;*

Très subsidiairement

8. *Renvoyer la cause à l'autorité inférieure pour qu'elle rende une nouvelle décision allant dans le sens de l'arrêt à rendre par le Tribunal cantonal;*

En tout état

9. *Débouter B. _____ de toutes autres ou contraires conclusions;*

10. *Condamner B. _____ en tous les frais et dépens de première et deuxième instance.*

B. _____ a répondu le 28 juin 2018, concluant au rejet de l'appel, sous suite de frais.

Egalement le 28 juin 2018, A. _____ a porté à la connaissance de la Cour de céans l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_710/2017 du 30 avril 2018 (consid. 5.2).

en droit

1.

1.1. La procédure en complément d'un jugement de divorce étranger a été introduite le 23 décembre 2008, soit avant l'entrée en vigueur du Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC; RS 272). En première instance, elle était ainsi régie par l'ancien droit de procédure, sous réserve de la compétence à raison du lieu (art. 404 CPC). Les recours sont quant à eux régis par le droit en vigueur au moment de la communication de la décision aux parties, soit en l'occurrence par le nouveau droit de procédure.

1.2. L'appel est recevable contre les décisions finales et les décisions incidentes de première instance ainsi que contre les décisions de première instance sur les mesures provisionnelles, pour autant que, dans les causes patrimoniales, la valeur litigieuse au dernier état des conclusions soit supérieure à CHF 10'000.- (art. 308 al. 1 et 2 CPC).

En l'espèce, la décision du 10 avril 2018 est susceptible d'appel, la valeur litigieuse au dernier état des conclusions de première instance étant largement supérieure à CHF 10'000.-.

1.3. La décision querellée ayant été notifiée au mandataire de l'appelant le 12 avril 2018, l'appel du 11 mai 2018 a été déposé dans le délai de 30 jours de l'art. 311 al. 1 CPC. Doté de conclusions et motivé, il est recevable en la forme.

1.4. La cognition de la Cour d'appel est pleine et entière, en fait comme en droit (art. 310 CPC).

1.5. Selon l'art. 316 al. 1 CPC, la Cour d'appel peut ordonner des débats ou statuer sur pièces. En l'espèce, vu l'objet de l'appel et le fait que tous les documents nécessaires à son traitement figurent au dossier, il n'est pas nécessaire d'assigner les parties à une séance.

1.6. Vu le montant contesté en appel, la valeur litigieuse pour un recours au Tribunal fédéral est supérieure à CHF 30'000.- (art. 51 al. 1 let. a et al. 4 LTF).

2.

2.1. Dans un premier temps, l'appelant fait valoir une violation des art. 25 et 27 al. 3 de la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP; RS 291). Il soutient en substance que la question des avoirs de prévoyance a été traitée dans le cadre de la liquidation des rapports patrimoniaux jugée par les autorités françaises, ces dernières disposant de la pleine et entière compétence pour trancher l'ensemble des questions relatives au divorce et au partage, et ayant qualifié les avoirs de prévoyance de bien propres non partageables. La compétence des autorités suisses est ainsi exclue, ce d'autant que la question de la compétence et de la nature partageable des avoirs a été tranchée le 7 mars 2016, date du jugement du Tribunal de Grande Instance, soit avant l'entrée en vigueur des modifications de la LDIP.

Ces arguments ne sont pas convaincants. Une procédure en complément du jugement de divorce étranger était pendante par-devant le Tribunal civil depuis le 23 décembre 2008. Par décision du 25 mars 2013, le Tribunal civil, statuant selon les normes de procédure cantonale fribourgeoise (CPC/FR), abrogées au 1^{er} janvier 2011, a rejeté l'exception d'incompétence à raison du lieu soulevée par l'appelant, suspendant en outre la procédure au fond jusqu'à droit connu sur la liquidation des intérêts patrimoniaux des époux en France; la question de savoir si, et dans quelle

mesure, les avoirs LPP de l'appelant avaient été ou seraient pris en considération dans le cadre de la liquidation du patrimoine des époux n'était à ce stade pas claire. Cette décision n'a pas été attaquée alors qu'elle pouvait l'être. A cela s'ajoute que le 1^{er} janvier 2017 est notamment entré en vigueur l'art. 64 al. 1^{bis} LDIP qui prévoit que pour connaître du partage de prétentions de prévoyance professionnelle envers une institution suisse de prévoyance professionnelle, la compétence des tribunaux suisses est exclusive. On ne voit ainsi pas pour quelle(s) raison(s) la compétence des autorités suisses seraient désormais exclue. Que l'autorité française en charge de la liquidation du régime matrimonial n'ait pas tenu compte des avoirs de prévoyance de l'appelant au motif qu'il s'agit, selon le droit français, de biens propres non partageables n'y change rien puisqu'il ne lui incombait précisément pas de statuer sur la question du partage des avoirs LPP, mais de liquider le régime matrimonial; elle n'est d'ailleurs pas revenue non plus sur la prestation compensatoire fixée en 2007 au regard de la moitié des avoirs LPP de l'époux dont l'intimée pourrait encore bénéficier. La décision querellée ne viole ainsi pas les dispositions de la LDIP sur ce point.

2.2. L'appelant soutient ensuite que le Tribunal civil a violé l'art. 64 LDIP et la jurisprudence du Tribunal fédéral publiée à l'ATF 134 III 661. Selon lui, cette dernière demeure applicable malgré l'entrée en vigueur du nouveau droit, l'analyse de la nécessité du complément intervenant avant celle relevant du droit applicable, avec référence à la jurisprudence des tribunaux genevois rendue après l'entrée en vigueur du nouvel art. 64 LDIP. Or, la prestation compensatoire a été fixée en tenant compte de ses avoirs de prévoyance professionnelle; par ailleurs, les autorités françaises seules compétentes ont qualifié les avoirs de prévoyance de biens propres non partageables dans le cadre de la procédure en liquidation du régime, ce qui exclut toute interprétation contraire.

2.2.1. Sur ce point également, l'appelant ne peut être suivi. Le Message du Conseil fédéral relatif au nouvel art. 64 al. 1^{bis} LDIP retient en effet ceci: l'art. 64 al. 1 LDIP en vigueur dispose que les tribunaux suisses sont compétents pour connaître d'une action en complément ou en modification d'un jugement de divorce ou de séparation de corps s'ils ont prononcé ce jugement ou s'ils sont compétents pour connaître d'une action en divorce ou en séparation de corps dans son ensemble. Le nouvel al. 1^{bis} attribue aux tribunaux suisses la compétence exclusive de procéder au partage des avoirs détenus auprès d'institutions de prévoyance suisses. Le juge n'aura plus besoin d'examiner, comme il le fait aujourd'hui dans de nombreux cas, si une décision étrangère relative à des avoirs suisses mérite d'être complétée, puisque les décisions étrangères de ce type ne seront plus reconnues. La question du caractère incomplet d'une décision étrangère pourra encore se poser en rapport avec des avoirs détenus à l'étranger, mais elle devrait revêtir moins d'importance en pratique (Message du Conseil du 29 mai 2013, FF 2013 4382; cf. également SCHWENZER/FANKHAUSER (éd.), FamKomm, Scheidung Band I: ZGB/Band II: Anhänge, 3^{ème} éd. 2017, p. 718 n. 87; GEISER, Scheidung und das Recht der beruflichen Vorsorge, Was bringt das neue Recht ? in RIEMER-KAFKA (éd.), LBR, 2016, nr. 112, p. 123 n. 4.51). Par conséquent, on ne discerne *in casu* aucune violation de l'art. 64 LDIP.

2.2.2. Cela étant, même à supposer que l'on analyse la nécessité du complément avant celle relevant du droit applicable, le grief serait mal fondé.

Il existe une différence de nature entre la prestation compensatoire du droit civil français et le partage des avoirs de prévoyance prévu par les art. 122 ss CC, institution que la législation française ne connaît pas comme telle. La comparaison entre ces deux institutions juridiques montre en effet des différences fondamentales en ce qui concerne le but politico-juridique, la justification de la prétention et l'aménagement de détail. Il s'ensuit que, dans la mesure où la prestation compensatoire n'a pas été fixée en tenant compte des avoirs de libre passage de

l'époux débiteur, l'époux créancier doit pouvoir prétendre à l'une comme à l'autre: l'octroi d'une prestation compensatoire n'exclut pas le droit au partage des avoirs de prévoyance (cf. arrêt TF 5A_419/2013 du 24 octobre 2013 consid. 3.1 et les réf. citées).

En l'espèce, au moment où la Cour d'appel de E._____ a fixé la prestation compensatoire à 120'000 €, elle a retenu ce qui suit: « La situation de A._____ apparaît plus avantageuse que celle justifiée devant le premier juge puisqu'il a un revenu moyen de son activité d'ingénieur supérieur à celui déclaré, qu'il a bénéficié d'une part dans l'héritage de son père supérieure à celle déclarée et qu'il a perçu directement une rente de son père de 26'907 € de la part de J._____. Mais parallèlement, il apparaît que K._____ va bénéficier non seulement de la valeur de la moitié de la maison commune, mais également de la moitié des fonds épargnés et notamment ceux de la fondation de prévoyance F._____ d'un montant de 200'392 € au 31 décembre 2004. Dans ces circonstances, il y a lieu de porter la prestation compensatoire à la somme de 120'000 €. ». Il apparaît ainsi manifeste que la Cour d'appel française, au moment de fixer la prestation compensatoire, partait de l'idée que l'intimée percevrait encore la moitié des avoirs LPP de l'appelant.

2.3. Dans un dernier point, l'appelant fait grief aux premiers juges d'avoir violé les art. 4, 122 et 124b CC, estimant que c'est à tort qu'ils ont retenu comme date butoir celle du 9 octobre 2007 (date de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de E._____), au lieu du 25 septembre 2001 (date de l'introduction de la demande de divorce).

2.3.1. Dans un arrêt récent (5A_710/2017 du 30 avril 2018 consid. 5.2), le Tribunal fédéral a eu l'occasion de clarifier la situation juridique. Il a ainsi relevé qu'à teneur de l'art. 7d al. 2 Tit. fin. CC relatif au traitement de la prévoyance professionnelle en cas de divorce, les procès en divorce pendants devant une instance cantonale sont soumis au nouveau droit dès l'entrée en vigueur de la modification du 19 juin 2015. Selon l'art. 122 CC, dans sa teneur en vigueur au 1^{er} janvier 2017, les prétentions de prévoyance professionnelle acquises durant le mariage et jusqu'à l'introduction de la procédure de divorce sont partagées entre les époux. Le Message du Conseil fédéral du 29 mai 2013 précise que, matériellement, les principes régissant les dispositions transitoires sont les mêmes que lors de l'entrée en vigueur du nouveau droit du divorce du 26 juin 1998. Ainsi, le nouveau droit s'applique aux procès en divorce pendants devant une instance cantonale supérieure au moment de l'entrée en vigueur, comme le prévoit l'art. 7b al. 1 Tit. fin. CC (FF 2013 4375). Le Message ne fait aucune réserve concernant l'application de l'art. 122 CC, notamment à propos du jour déterminant pour le partage. Une partie de la doctrine relève cependant que si l'on peut conclure des travaux préparatoires que le législateur a voulu introduire rapidement les améliorations du nouveau droit, on ne peut en déduire qu'il ait entendu provoquer des résultats arbitraires pour les parties à un procès pendant. Pour ces auteurs, le fondement du principe général de la non-rétroactivité (art. 1 à 4 Tit. fin. CC) est le besoin de sécurité du droit, car il est contraire au principe de la bonne foi de soumettre un état de fait à des règles nouvelles qui ont un effet négatif pour une des parties. Est décisive la bonne foi de la partie touchée par de tels effets. Ce besoin serait lésé par un déplacement du jour déterminant à un moment antérieur à l'entrée en vigueur du nouveau droit. Ils préconisent donc une application immédiate du nouveau droit, mais sans rétroactivité, « ex nunc et pro futuro » dès le jour de son entrée en vigueur. Le jour déterminant pour le partage pour tous les procès en cours serait ainsi le 1^{er} janvier 2017. Le Tribunal fédéral a toutefois jugé que le texte clair de l'art. 7d al. 2 Tit. fin. CC ne souffrait pas d'interprétation. Seul est déterminant le fait que la décision par laquelle le juge a ordonné le partage des prestations de sortie a été prise après le 1^{er} janvier 2017. Il en résulte que les motifs pour lesquels la procédure a perduré au-delà de l'entrée en vigueur du nouveau droit ne sont pas

des circonstances pertinentes pour l'application du droit transitoire (arrêt TF 5A_819/2017 du 20 mars 2018 consid. 10.2.2). Dès lors, c'est à bon droit qu'en vertu du nouvel art. 122 CC, la juridiction précédente a ordonné le partage des avoirs de prévoyance professionnelle accumulés entre la date du mariage et celle de l'introduction de la procédure de divorce, le fait que le montant dû à la recourante ne porte pas intérêt jusqu'au jour de l'exécution du jugement n'étant à cet égard pas non plus déterminant.

Au vu de cette jurisprudence, le grief de l'appelant est fondé et il y a lieu d'admettre que le partage doit porter sur la période allant de la conclusion du mariage à l'introduction de la procédure de divorce. Cette solution est au demeurant conforme au texte clair de la loi et reprend la volonté du législateur de voir le nouveau droit s'appliquer sans réserve à toutes les procédures en cours au moment de son entrée en vigueur.

2.3.2. Par ailleurs, le Tribunal civil, quand bien même il semble s'être également référé à l'art. 124b al. 3 CC, a au final procédé à un partage par moitié. Ce point n'étant pas remis en question devant la Cour, il n'y a pas lieu de s'en écarter, ce d'autant qu'au moment du divorce intervenu en 2006, les enfants des parties avaient environ 16 et 20 ans, de sorte que l'on ne saurait véritablement parler de prise en charge; de plus, les premiers juges n'ont pas analysé la question de savoir si le conjoint débiteur dispose encore d'une prévoyance vieillesse et invalidité adéquate (cf. art. 124b al. 3 in fine CC).

2.3.3. S'agissant des intérêts, l'art. 22a al. 1 de la loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LFLP; RS 831.42) prévoit que pour chaque conjoint, la prestation de sortie à partager correspond à la différence entre la prestation de sortie, augmentée des avoirs de libre passage existant éventuellement au jour de l'introduction de la procédure de divorce, et la prestation de sortie augmentée des avoirs de libre passage existant éventuellement au moment de la conclusion du mariage. Pour ce calcul, on ajoute à la prestation de sortie et à l'avoir de libre passage existant au moment de la conclusion du mariage les intérêts dus au jour de l'introduction de la procédure de divorce.

Le droit à des intérêts compensatoires sur le montant de la prestation de sortie à transférer au conjoint divorcé existe depuis le jour déterminant pour le partage jusqu'au moment du transfert ou de la demeure. Aux termes de l'art. 8a al. 1 de l'ordonnance sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OLP; RS 831.425), ce taux d'intérêt correspond au taux minimal fixé à l'art. 12 OPP2, sous réserve d'un taux d'intérêt supérieur fixé par le règlement de l'institution de prévoyance (ATF 129 V 251 consid. 4.1).

Les dispositions précitées sont claires s'agissant de l'intérêt et il n'y a en l'espèce pas lieu de s'en écarter. L'argument selon lequel le comportement dilatoire de l'intimée exclut tout intérêt n'est quant à lui pas pertinent.

3. Au vu de ce qui précède, on retient qu'il y a lieu de procéder au partage par moitié des avoirs LPP des parties, le partage portant sur la période allant de la conclusion du mariage (10 octobre 1980) à l'introduction de la procédure de divorce (25 septembre 2001) et les intérêts étant calculés conformément aux dispositions légales précitées, sous réserve d'un taux d'intérêt supérieur fixé par le règlement de l'institution de prévoyance.

Il s'ensuit l'admission partielle de l'appel, l'annulation de la décision attaquée et le renvoi de la cause au Tribunal civil pour nouvelle décision dans le sens des considérants qui précèdent.

4.

Selon l'art. 106 al. 2 CPC, lorsqu'aucune des parties n'obtient entièrement gain de cause, les frais sont répartis selon le sort de la cause.

En l'espèce, l'appelant n'a obtenu que partiellement gain de cause. Il se justifie dès lors que pour l'appel chaque partie supporte ses propres dépens et la moitié des frais judiciaires fixés à CHF 2'000.-.

la Cour arrête:

I. L'appel est partiellement admis.

Partant, la décision rendue le 10 avril 2018 par le Tribunal civil de l'arrondissement de la Sarine est annulée et la cause renvoyée à ce dernier pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

II. Pour l'appel, chaque partie supporte ses dépens et la moitié des frais judiciaires fixés à CHF 2'000.-, lesquels seront acquittés par prélèvement sur l'avance versée par A. _____ avec droit pour lui au remboursement de CHF 1'000.- par B. _____.

III. Notification.

Cet arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile au Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent sa notification. La qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 72 à 77 et 90 ss de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF). L'acte de recours motivé doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Fribourg, le 10 septembre 2018/swo

Le Président:

La Greffière-rapporteure: