Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
5C.40/2003 /frs

Arrêt du 6 juin 2003
IIe Cour civile

Composition
MM. et Mmes les Juges Raselli, Président, Nordmann, Escher, Hohl et Marazzi.
Greffière: Mme Bendani.
Parties
X._____, (époux),
défendeur et recourant, représenté par Me Alex Wagner, avocat, rue de l'Eglise-Catholique 6, case postale 215, 1820 Montreux 2,

contre

Dame X._____, (épouse),
demanderesse et intimée, représentée par Me Serge Métrailler, avocat, rue des Condémines 6, case postale 973, 1951 Sion.

Objet
Divorce; revenu hypothétique; partage de la prévoyance professionnelle

recours en réforme contre le jugement de la Cour
civile II du Tribunal cantonal du canton du Valais
du 20 décembre 2002.

Faits:
A.
Dame X._____, de nationalité française, née le 28 janvier 1970, et X._____, de nationalité italienne, né le 22 juillet 1961, se sont mariés le 10 avril 1992. Trois enfants sont issus de leur union: A._____, née le 17 décembre 1992, B._____, née le 6 mars 1994 et C._____, née le 26 juillet 1996.
B.
Par jugement du 25 octobre 2000, le juge du district de Sion a prononcé le divorce des époux, attribué l'autorité parentale et la garde des enfants à la mère, réglé le droit de visite du père et institué une curatelle éducative pour surveiller l'exercice du droit de visite. Il a fixé les contributions d'entretien dues par le père à chaque enfant à 600 fr. jusqu'à l'âge de 12 ans révolus et 700 fr. dès cet âge jusqu'à la majorité, les allocations familiales étant payables en sus. Il a pris acte de l'engagement du père de céder à ses trois enfants sa quote-part des immeubles cadastrés section A n°1111 et 2222, sis sur la Commune de Y._____ en Haute-Savoie (France), le transfert de propriété devant suivre les règles françaises applicables, et a constaté que, sous cette réserve, le régime matrimonial était liquidé.
C.
Statuant le 20 décembre 2002 sur appel de l'époux, la Cour civile II du Tribunal cantonal valaisan a imputé au défendeur un revenu hypothétique de 5'000 fr. et a réduit les contributions d'entretien des enfants à 525 fr. jusqu'à l'âge de 12 ans révolus et à 600 fr. dès cet âge jusqu'à la majorité, allocations familiales en sus. Elle a rejeté le chef de conclusion du défendeur tendant au partage par moitié des avoirs de prévoyance professionnelle.
D.
Agissant par la voie du recours en réforme au Tribunal fédéral, le défendeur conclut à ce que la contribution d'entretien de chacun de ses enfants soit fixée à 150 fr. jusqu'à l'âge de 12 ans révolus et à 200 fr. dès cet âge

jusqu'à sa majorité, allocations familiales en sus, et à ce qu'ordre soit donné à la caisse de prévoyance de la demanderesse de verser sur le compte de son institution de prévoyance professionnelle le montant de 5'816 fr. 65.
La demanderesse n'a pas été invitée à répondre.

Le Tribunal fédéral considère en droit:
1.
Le Tribunal fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 128 I 177 consid. 1 p. 179).
1.1 Le jugement attaqué tranche une contestation civile portant sur des droits de nature pécuniaire, dont la valeur litigieuse atteint manifestement 8'000 fr. Formé en temps utile contre une décision finale prise par le tribunal suprême du canton, le recours est recevable au regard des art. 46, 48 al. 1 et 54 al. 1 OJ.
1.2 Saisi d'un recours en réforme, le Tribunal fédéral fonde son arrêt sur les faits tels qu'ils ont été constatés par la dernière autorité cantonale, à moins que des dispositions fédérales en matière de preuve n'aient été violées, qu'il y ait lieu à rectification de constatations reposant sur une inadvertance manifeste (art. 63 al. 2 OJ) ou qu'il faille renvoyer la cause à l'autorité cantonale pour compléter les constatations de fait parce que celle-ci n'a pas tenu compte de faits pertinents (art. 64 al. 1 OJ; ATF 122 III 404 consid. 3d p. 408). Dans la mesure où un recourant présente un état de fait qui s'écarte de celui contenu dans le jugement attaqué sans se prévaloir avec précision de l'une des exceptions qui viennent d'être rappelées, il n'est pas possible d'en tenir compte (ATF 127 III 248 consid. 2c p. 252).
Au surplus, en vertu de l'art. 55 al. 1 let. c OJ, il ne peut être présenté de griefs contre les constatations de fait, ni de faits ou de moyens de preuves nouveaux. L'appréciation des preuves à laquelle s'est livrée l'autorité cantonale ne peut pas être remise en cause par la voie du recours en réforme (ATF 126 III 189 consid. 2a p. 191; 125 III 78 consid. 3a p. 79), mais doit faire l'objet d'un recours de droit public pour arbitraire conformément à l'art. 9 Cst.
2.
Le défendeur reproche à la cour cantonale d'avoir violé les art. 4, 145 et 285 CC, en lui imputant un revenu hypothétique de 5'000 fr., alors que son revenu mensuel net effectif est de 2'840 fr.
2.1 En vertu de l'art. 133 al. 1 CC, relatif au sort des enfants, le juge fixe la contribution d'entretien due à l'enfant par le parent qui n'en a pas l'autorité parentale d'après les dispositions régissant les effets de la filiation (cf. art. 285 CC).
2.1.1 En principe, le juge prend en compte le revenu effectif du débiteur des contributions d'entretien. Selon la jurisprudence, il peut toutefois s'en écarter et retenir en lieu et place de celui-ci un revenu hypothétique dans la mesure où le débiteur pourrait gagner plus que son revenu effectif, en faisant preuve de bonne volonté et en accomplissant un effort que l'on peut raisonnablement exiger de lui. Cependant, lorsque la possibilité réelle d'obtenir un revenu supérieur n'existe pas, il faut en faire abstraction. La raison pour laquelle l'époux a renoncé au revenu supérieur est en principe sans importance. La prise en compte d'un revenu hypothétique ne revêt pas un caractère pénal. Il s'agit simplement d'inciter le débiteur à réaliser le revenu qu'il est en mesure de se procurer et dont on peut raisonnablement exiger de lui qu'il l'obtienne afin de remplir ses obligations (ATF 128 III 4 consid. 4a et les arrêts cités). La jurisprudence a laissé indécise la question de l'opportunité de subordonner la fixation d'un revenu hypothétique aux conditions susmentionnées lorsque le débiteur a agi dans l'intention délibérée de nuire (ATF 128 III 4 consid. 4 p. 5/6). Les critères permettant de déterminer le montant du revenu hypothétique sont en particulier la qualification professionnelle, l'âge, l'état de santé et la situation du marché du travail (ATF 128 III 4 consid. 4a p. 5 s. et les références citées).
2.1.2 Savoir si l'on peut raisonnablement exiger du débiteur une augmentation de son revenu est une question de droit, qui peut être revue en instance de réforme. En revanche, savoir quel revenu une personne a la possibilité effective de réaliser est une question de fait, qui ne peut être remise en cause par la voie du recours en réforme (ATF 128 III 4 consid. 4c/bb p. 7; 126 III 10 consid. 2b p. 12-13). L'art. 145 CC, qui impose au juge d'apprécier librement les preuves, n'a pas pour effet d'ouvrir le recours en réforme en matière d'appréciation des preuves. Lorsque le droit fédéral impose ainsi la libre appréciation des preuves, il interdit seulement au juge cantonal de retenir des faits contre sa conviction, de se considérer comme lié par des règles de preuve cantonales ou d'exclure des moyens de preuve. S'il le fait, le juge viole une règle du droit fédéral et les parties peuvent s'en plaindre par la voie du recours en réforme. En revanche, l'appréciation des preuves et les constatations de

fait qui en résultent ne peuvent faire l'objet que d'un recours de droit public pour violation de l'art. 9 Cst. (cf. Jean-François Poudret/Suzette Sandoz-Monod, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, n. 4.7 ad art. 43 OJ
p. 176; Fabienne Hohl, Procédure civile, Tome I, Berne 2001, n. 1103 et 1127).
2.2 Selon le jugement attaqué, avant et durant la vie commune, le défendeur a travaillé comme vendeur dans un magasin de musique et, parallèlement, a exercé une activité de musicien indépendant. Au mois de janvier 1997, son contrat de travail a été résilié. Il a alors touché des indemnités de chômage de plus de 3'000 fr. jusqu'au mois d'octobre 1997 et, en sus, a réalisé des revenus mensuels accessoires de quelque 5'150 fr. en se produisant comme musicien. En 1998, il estimait pouvoir réaliser 3'500 fr. par mois grâce à ses soirées musicales; en janvier 1998, il a touché 5'300 fr., en février 1998, 4'900 fr., au mois de mars 1998, 3'600 fr. et, en avril 1998, il a refusé un mandat pouvant lui rapporter 2'000 fr. Au mois de mai 1998, il a déclaré vouloir ouvrir une école de musique. Depuis le 1er juillet 1998, il travaille pour une manufacture d'orgues et réalise un salaire mensuel net de 2'840 fr. Il s'est obligé à ne pas faire concurrence à son nouvel employeur; selon ce dernier, il lui verserait les montants qu'il obtient comme musicien dans les soirées dansantes. Différents témoins ont fait état des difficultés inhérentes à la profession de musicien indépendant, en raison de la concurrence. Toutefois, jusqu'à l'introduction des
mesures judiciaires de protection de l'union conjugale, le défendeur a disposé d'importants revenus, comme le démontrent les témoignages des proches des parties, le niveau de vie de celles-ci durant la vie commune et l'épargne réalisée (soit 88'000 fr. ayant servi à l'acquisition d'une maison en France et 100'000 fr. donnés à une secte). Concernant l'état de santé du défendeur, son médecin a constaté, au printemps 2001, une recrudescence de lombalgies, sous forme de somatisation d'un état dépressif réactionnel.
La cour cantonale a estimé que les relations contractuelles entre le défendeur et son employeur sont nébuleuses et que les raisons pour lesquelles le défendeur a renoncé à son projet d'école de musique - qui ne lui demandait aucun investissement - et accepté un poste pour un salaire inférieur à 3'000 fr., disproportionné par rapport aux tâches exercées, sont incompréhensibles. De plus, nonobstant la clause de non-concurrence, le défendeur a déclaré qu'il ne parvenait pas à faire des extra en raison de la concurrence et s'est produit, au mois de novembre 1998, à Romont, sans référence à son employeur ou à l'école de musique. La cour en a donc conclu, qu'au regard de l'ensemble des circonstances, le défendeur est à même de réaliser par son activité de musicien indépendant un revenu mensuel de 3'000 fr. (qui est donc inférieur à celui qu'il a obtenu durant les années qu'il qualifie lui-même, implicitement, d'ordinaires). Elle a également estimé qu'il doit pouvoir réaliser un salaire mensuel de 2'000 fr. au moyen d'une activité régulière exercée à temps partiel, puisqu'avant le mariage et durant la vie commune, il était à même de travailler dans un magasin de musique et d'exercer son activité de musicien indépendant. Elle a ainsi
arrêté le revenu hypothétique du défendeur à 5'000 fr.
2.3 Le défendeur conteste le montant du revenu hypothétique retenu. Il invoque son absence de formation professionnelle, sa situation d'endettement, attestée par les poursuites engagées contre lui pour un montant supérieur à 100'000 fr., sa longue période de chômage, la situation du marché pour les musiciens indépendants, son âge et son état de santé. Il reproche à la cour cantonale de n'avoir pas tenu compte des témoignages des musiciens. Dès lors que, par ces griefs, le défendeur s'en prend exclusivement à l'appréciation des preuves de l'autorité cantonale quant à ses possibilités de réaliser un revenu effectif de 5'000 fr., son recours est irrecevable (cf. consid. 2.1.2 ci-dessus).
Lorsqu'il soutient que l'on ne peut exiger de lui qu'il ait deux activités - une activité régulière et une activité de musicien indépendant -, que la profession de musicien indépendant ne peut être exercée que par des jeunes gens, en raison des conditions de travail extrêmement pénibles qu'elle présente, et que, partant, il est fort compréhensible, vu la demande fortement en baisse, qu'il ait souhaité reprendre une activité plus commune (que l'on pourrait qualifier de reconversion), le défendeur se contente de pures affirmations. Il ne relève aucun fait, constaté dans le jugement attaqué, dont on devrait déduire que l'activité de musicien indépendant ne peut être raisonnablement exigée de lui. Ce grief est donc également irrecevable (art. 55 al. 1 let. c OJ; ATF 116 II 745 consid. 3 p. 749).
Lorsque la cour cantonale retient que le défendeur doit participer à l'entretien des enfants dans une proportion légèrement supérieure à 58%, elle n'effectue qu'un calcul mathématique sur la base des revenus respectifs des parties de 3'600 fr. et 5'000 fr. qu'elle a retenus. Dans la mesure où la fixation de ces revenus ne viole pas le droit fédéral, la conclusion mathématique qui en est tirée ne saurait le violer.

Le défendeur ne fait valoir aucun motif recevable lorsqu'il émet l'hypothèse que la demanderesse pourrait gagner plus si elle utilisait sa capacité de gain totale (art. 55 al. 1 let. c OJ; ATF 116 II 745 consid. 3 p. 749).
3.
Le défendeur affirme que la cour cantonale n'a pas tenu compte, dans la fixation du coût d'entretien des enfants, de la fortune et des revenus de celles-ci.
Le juge doit certes tenir compte de la fortune et des revenus de l'enfant pour fixer la contribution d'entretien (art. 285 al. 1 CC). En l'espèce toutefois, il ressort du jugement attaqué que, dans le cadre de la liquidation du régime matrimonial, le défendeur s'est engagé à céder à ses trois filles sa quote-part des immeubles cadastrés section A n°1111 et 2222, sis sur la Commune de Y._____ en Haute Savoie (France), et que le transfert de propriété devra suivre les règles françaises applicables. Il n'est donc pas établi qu'elles en sont déjà propriétaires, ni non plus qu'elles en retireraient un quelconque revenu. Partant, le grief est infondé.
4.
Appliquant l'art. 123 al. 2 CC, la cour cantonale a refusé de partager les prestations de sortie des époux. Le défendeur soutient qu'elle devait appliquer l'art. 122 CC et, comme sa prestation de sortie et celle de son épouse s'élèvent respectivement à 21'309 fr. 85 (au 30 novembre 2002) et à 32'942 fr. 95 (au 31 octobre 2002), il fait valoir une prétention de 5'816 fr. 65.
4.1 Saisi d'un recours en réforme, le Tribunal fédéral applique le droit d'office. Il ne peut pas aller au-delà des conclusions des parties, mais il n'est lié ni par les motifs invoqués par celles-ci (art. 63 al. 2 OJ), ni par l'argumentation juridique retenue par la cour cantonale (art. 63 al. 3 OJ; ATF 128 III 22 consid. 2e/cc p. 29; 127 III 248 consid. 2c p. 252 s.; 126 III 59 consid. 2a p. 65). Il peut donc admettre un recours pour d'autres motifs que ceux invoqués par le recourant; il peut aussi rejeter un recours en opérant une substitution de motifs, c'est-à-dire en adoptant une autre argumentation juridique que celle retenue par la cour cantonale (ATF 127 III 248 consid. 2c p. 252 s.).
4.2 Les prestations de sortie de la prévoyance professionnelle des époux doivent en principe être partagées entre eux par moitié (art. 122 CC). Exceptionnellement, 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 (art. 123 al. 2 CC).
4.2.1 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).
4.2.2 D'après l'art. 123 al. 2 CC, le droit au partage par moitié peut toutefois être refusé s'il s'avère manifestement inéquitable pour des motifs tenant à la liquidation du régime matrimonial ou à la situation économique des époux après le divorce. Seules ces circonstances économiques postérieures au divorce peuvent justifier le refus du partage (Message concernant la révision du code civil suisse du 15 novembre 1995, FF 1996 I 107 n. 233.432). Le juge doit les apprécier en appliquant les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC; Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zurich 1999, n. 11 ad art. 123 CC). En particulier, il prendra en considération le montant des prestations de sortie à partager, qui est celui qui a été acquis depuis le jour du mariage jusqu'à celui de l'entrée en force du prononcé du divorce lui-même (cf. art. 148 al. 1 CC; Schneider/ Bruchez, La prévoyance professionnelle et le divorce, in Le nouveau droit du divorce, Lausanne 2000, p. 222 s.; Sutter/Freiburghaus, op. cit., n. 22 ad art. 122/141-142 CC; Thomas Geiser, Berufliche Vorsorge im neuen Scheidungsrecht, in Vom alten zum neuen Scheidungsrecht, Berne 1999, p. 70; sur l'entrée en force du prononcé du divorce, cf. Fankhauser,
Praxiskommentar Scheidungsrecht, n. 4 ad art. 148 CC; Spühler, Neues Scheidungsverfahren, Zurich 1999, p. 58).
4.3 Contrairement à ce que pense la cour cantonale, il n'est pas possible de refuser le partage par moitié au motif qu'un des conjoints s'est abstenu de verser à son institution de prévoyance des cotisations sur ses revenus accessoires. Si un conjoint n'est pas tenu de cotiser selon la LPP, l'épargne qu'il réalise sur son salaire entre dans

ses acquêts (art. 197 al. 2 ch. 1 CC) et elle sera partagée par moitié lors de la liquidation du régime matrimonial (art. 215 al. 1 CC; en cas de séparation de biens cf. ATF 129 III 257 consid. 3 p. 260 ss). S'il utilise l'entier de son salaire pour les besoins du ménage, les deux époux en profitent et il n'y a aucune épargne à partager; seul le capital que les époux ont été contraints, par la LPP, d'épargner pour leur prévoyance, soit les prestations de sortie, peut et doit être réparti entre eux. De même, il n'est pas possible de tenir compte du fait que l'épouse n'a pas exercé ou n'a exercé une activité lucrative qu'à temps partiel pendant le mariage puisque, précisément, le partage par moitié des prestations de sortie a pour but de rétablir l'égalité entre les conjoints. Quant au fait que le défendeur a délibérément renoncé à obtenir un revenu depuis la suspension de la vie commune, il ne peut avoir aucune incidence sur le partage d'une épargne de prévoyance constituée durant le mariage.
En revanche, la situation économique de la demanderesse après le divorce, en particulier le fait que sa capacité de gain est réduite en raison de la garde des enfants qu'elle assume, peut et doit être prise en considération dans l'application de l'art. 123 al. 2 CC.
4.4 Selon les constatations de la cour cantonale, la demanderesse a une formation d'infirmière et travaille à 80% pour un salaire mensuel d'environ 3'600 fr., allocations familiales d'environ 1'200 fr. en sus. Elle a la charge des trois filles du couple, nées respectivement en 1992, 1994 et 1996, ainsi que d'un quatrième enfant né en 2002. Lorsque le défendeur soutient qu'elle pourrait travailler à pratiquement 100%, il s'en prend à l'appréciation des preuves, ce qui n'est pas admissible dans le recours en réforme (cf. supra consid. 1.2).
Les prestations de sortie étaient, aux 30 novembre et 30 octobre 2002, de 21'309 fr. 85 pour le mari et de 32'942 fr. 95 pour l'épouse. La date déterminante pour le calcul du montant des prestations de sortie est toutefois antérieure d'au moins une année puisque le prononcé du divorce du 25 octobre 2000 a été expédié aux parties le 20 juin 2001 et qu'il n'a pas été attaqué en appel. Le montant litigieux est donc inférieur aux 5'816 fr. 65 dont le défendeur réclame le transfert. La demanderesse est entravée dans sa capacité de gain à raison de 20% jusqu'à ce que le plus jeune enfant du couple ait atteint l'âge de 16 ans, soit jusqu'en 2012 (arrêt du Tribunal fédéral du 28 août 2001, 5C.48/2001 consid. 4b, publié in FamPra 2002 p. 145; ATF 115 II 6 consid. 3c p. 10, 427 consid. 5 p. 431 s.), ce qui représente une perte de salaire de 900 fr. par mois et au total de 118'800 fr. Le défendeur n'a pas été astreint à lui verser une contribution pour compenser la perte en résultant pour sa prévoyance professionnelle (art. 125 al. 1 CC). Par conséquent, il n'est pas contraire au droit fédéral de refuser le partage, puisque le montant qui devrait être transféré (qui est inférieur à 5'816 fr. 65) ne dépasse pas la perte de prévoyance future
encourue par la demanderesse.
5.
Il s'ensuit que le recours doit être rejeté dans la mesure où il est recevable.
Le recours étant d'emblée dénué de chance de succès, la demande d'assistance judiciaire du défendeur doit être rejetée et celui-ci doit supporter les frais judiciaires (art. 156 al. 1 OJ). Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens à la demanderesse qui n'a pas été invitée à répondre (art. 159 al. 1 et 2 OJ).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:
1.
Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.
2.
La demande d'assistance judiciaire est rejetée.
3.
Un émolument judiciaire de 1'000 fr. est mis à la charge du recourant.
4.
Le présent arrêt est communiqué en copie aux mandataires des parties et à la Cour civile II du Tribunal cantonal du canton du Valais.
Lausanne, le 6 juin 2003
Au nom de la IIe Cour civile
du Tribunal fédéral suisse
Le président: La greffière: