

1. LE MARIAGE.....	17
§ 1 INTRODUCTION.....	17
A. EVOLUTION FAMILIALE.....	17
1. L'évolution de la notion de famille.....	17
2. Les nouveaux problèmes.....	17
B. RETOUR VERS L'INDIVIDUALISME.....	17
C. LES FAMILLES MONOPARENTALES ET RECOMPOSÉES.....	18
D. REFORMES.....	18
E. NOTION DE MARIAGE.....	18
1. Définition.....	18
1. Une union.....	18
2. La loi civile.....	18
3. Entre 2 personnes physiques.....	18
4. De sexes différents.....	18
2. Le mariage dans le CC.....	19
1. Laïcité.....	19
2. La liberté du mariage (Cst 54).....	19
4. Les dispositions positives de protection du mariage.....	19
§ 2 FORMATION DU LIEN CONJUGAL.....	19
A. LES FIANÇAILLES.....	19
1. Définition.....	19
2. Effets en cas d'inexécution.....	19
3. Les conditions pour conclure les fiançailles.....	20
1. La capacité de discernement (16).....	20
2. L'absence d'empêchements définitifs au mariage (CO 20).....	20
3. Le consentement si néc des représentants légaux.....	20
B. LA CONCLUSION DU MARIAGE.....	20
1. La capacité de contracter mariage (condition positive).....	20
1. L'âge (94 I).....	20
2. La capacité de discernement (94 I).....	20
3. Le consentement du représentant légal des interdits (94 II).....	20
2. L'absence d'empêchements (condition négative) (95-96).....	21
1. Les empêchements fondés sur la parenté et l'alliance (95).....	21
a. La parenté.....	21
b. L'alliance.....	21
2. L'empêchement fondé sur l'existence d'un mariage antérieur (96).....	21
3. Les causes d'annulation.....	21
a. Les causes absolues.....	22
b. les causes relatives.....	22
1. Les causes absolues (105).....	22
2. Les causes relatives (107).....	22
4. Les effets de l'annulation.....	22
5. Exercices.....	22
a) Albert et Elsa (1).....	22
b) Gonzague et Emilie (2).....	23
5. La procédure du mariage.....	23
1. L'ancien droit (105-119).....	23
2. Le nouveau droit (97-103).....	23
a. La conception légale.....	23
b. La procédure préparatoire.....	23
1. La demande en exécution de la procédure préparatoire (98).....	23
2. L'examen des conditions par l'office de l'état civil.....	23
3. La clôture de la procédure préparatoire.....	23
c. La célébration du mariage.....	23
§ 3 LES EFFETS GENERAUX DU MARIAGE (CC 159SS).....	24
1. GENÈSE DE LA LOI.....	24
2. L'UNION CONJUGALE.....	24

1. Union conjugale; droits et devoirs des époux.....	24
2. L'organisation de la vie conjugale.....	24
3. LE STATUT PERSONNEL DES ÉPOUX.....	24
1. Le nom (CC 160).....	24
1. Les principes.....	24
2. L'option du fiancé qui ne donne pas son nom à la famille.....	25
1. Cas No 3: Marc Dupont et Annette Durand.....	25
2. Cas No 4.....	25
2. Le droit de cite (161).....	25
3. Demeure commune (162), domicile et logement familial (169).....	26
1. La demeure commune choisie par les époux.....	26
2. Le domicile des époux.....	26
4. ENTRETIEN DE LA FAMILLE.....	26
1. En général (163, 159 II-III).....	26
2. Montant équitable a la libre disposition de l'époux au foyer (164).....	27
1. Généralités.....	27
2. La détermination de la contribution.....	27
3. Compensation due pour la contribution extraordinaire d'un époux à l'entretien de la famille (165).....	27
L'ATF 120 II 280.....	28
§4 LA REPRÉSENTATION DE L'UNION CONJUGALE (166).....	28
A. LES CONDITIONS.....	28
1. La vie commune.....	28
2. Pour le compte de l'union conjugale.....	28
3. Pour satisfaire les besoins de la famille.....	28
B. L'ÉTENDUE DU POUVOIR.....	29
1. Le pouvoir ordinaire.....	29
2. Le pouvoir extraordinaire.....	29
1. Le pouvoir conféré par le conjoint ou le juge.....	29
a. Le consentement du conjoint.....	29
b. L'autorisation du juge.....	29
2. Le cas d'urgence.....	29
C. LES EFFETS DE LA REPRÉSENTATION DE L'UNION CONJUGALE.....	29
1. Les obligations solidaires.....	30
2. Les obligations strictement personnelles ou la responsabilité en cas d'excès du pouvoir de représentation.....	30
3. Conséquences sur les rapports internes.....	31
D. LE RETRAIT DU POUVOIR OU LA FIN DE LA REPRÉSENTATION DE L'UNION CONJUGALE.....	31
a. L'extinction du pouvoir ordinaire par effet de la loi.....	31
b. L'extinction du pouvoir extraordinaire.....	31
c. Le retrait judiciaire du pouvoir ordinaire fondé sur 174.....	31
1. Remarques préliminaires.....	31
2. Les conditions matérielles du retrait.....	31
3. une décision du juge.....	31
4. Effets de la décision.....	32
E. LA LIBERTÉ JURIDIQUE DES ÉPOUX DANS LES RAPPORTS AVEC UN TIERS.....	32
1. Les rapports juridique entre époux en général.....	32
1. La portée de 168.....	32
2. L'exercice d'une activité professionnelle par les époux.....	32
a. Principes.....	32
b. Modalités.....	33
c. Conséquences en cas de désaccord des époux.....	33
2. Le logement de la famille.....	33
1. Généralités.....	33
a. Ratio legis de 169.....	33
b. Le champ d'application.....	33
2. L'objet de la protection légale: les droits sur le logement de la famille.....	33
a. Le logement.....	33
b. Le logement familial.....	33

c. Les droits sur le logement.....	34
3. <i>La mise en œuvre de 169</i>	34
a. La nature de la restriction imposée au titulaire du logement.....	34
b. Les actes juridiques visés: aliénation, droit de gage.....	34
1. En général.....	34
2. La résiliation du bail par l'époux locataire.....	34
3. L'aliénation de la maison ou de l'appartenant de la famille.....	34
4. <i>Le consentement du conjoint</i>	35
5. <i>L'autorisation du juge (169 II)</i>	35
6. <i>Les effets</i>	35
a. Effets du consentement ou de l'autorisation.....	35
b. Effets de l'absence de consentement ou de l'autorisation.....	35
§5 LES MESURES DE PROTECTION DE L'UNION CONJUGALE (171-180)	35
I. GÉNÉRALITÉS	35
a. Les objectifs des mesures protectrices	36
b. Les 3 principes	36
c. Les mesures provisoires au sens strict	36
II. CHAMP D'APPLICATION DES DIFFÉRENTES MESURES	36
a. Couples vivant en ménage commun	36
b. Couples séparés	36
1. <i>Cas</i>	37
a. La suspension de la vie commune est fondée.....	37
b. Les époux sont dans l'impossibilité de vivre ensemble (176 II).....	37
c. Les époux sont en procédure de séparation de corps ou de divorce.....	37
2. <i>Effets de la suspension du ménage commun</i>	37
III. LE RÔLE DE LA FAUTE	37
IV. LES MOYENS À LA DISPOSITION DES ÉPOUX	38
a. Conseils et médiation	38
1. <i>Les offices de consultation</i>	38
a. Exégèse.....	38
b. Le recours à la consultation conjugale ou familiale.....	38
c. L'objet de la consultation.....	38
2. <i>Le juge</i>	38
a. Les conditions de l'intervention.....	38
b. La procédure de conciliation: déroulement, but et moyens du juge.....	38
b. Les mesures judiciaires	38
V. LES MESURES PROTECTRICES AU SENS STRICT	39
a. L'entretien	39
1. <i>En cas de vie commune des époux (173-174)</i>	39
2. <i>En cas de vie séparée</i>	39
1. Les contributions pécuniaires (163-165) et les principes de calculs établis par circulaire; la pratique	39
2. Les contributions de la vie séparée avec enfant.....	40
3. <i>Avis aux débiteurs (177)</i>	40
b. Mesures relatives à la représentation de l'union conjugale	41
c. Les autres mesures aménageant la vie séparée (175-176)	41
1. <i>Le logement et le mobilier du ménage (176 I/2)</i>	41
2. <i>Le régime matrimonial</i>	41
3. <i>Les enfants (176 III)</i>	41
d. La restriction du pouvoir de disposer (178)	41
1. <i>Ratio legis</i>	41
2. <i>Les conditions légales</i>	42
3. <i>La décision du juge</i>	42
a. <i>Contenu</i>	42
1. Biens et actes juridiques concernés.....	42
2. Sûretés.....	42
B. L'ORGANISATION DE LA VIE SÉPARÉE	42
1. Les contributions pécuniaires (CC 163-165) et les principes de calculs établis par circulaire; la pratique	42
2. Les contributions de la vie séparée avec enfant.....	43

2. LES RÉGIMES MATRIMONIAUX.....	44
CHAPITRE I – QUELQUES GÉNÉRALITÉS.....	44
I. LA NOTION DE RÉGIME MATRIMONIAL.....	44
1. Les régimes matrimoniaux.....	44
2. Les biens visés.....	44
II. LES PRINCIPES.....	44
1. La liberté des époux dans les limites de la loi.....	44
a. Le régime subsidiaire ou régime ordinaire.....	44
b. Les régimes conventionnels.....	44
c. La mutabilité.....	44
2. Le régime extraordinaire.....	45
3. Protection des créanciers.....	45
III. LE CONTRAT DE MARIAGE.....	45
1. La notion.....	45
2. Les conditions du contrat de mariage.....	45
a. Les conditions personnelles.....	45
1. La capacité des parties.....	45
2. Concours personnel des parties à l'acte.....	45
b. Les conditions matérielles.....	46
3. La forme.....	46
4. Les effets.....	46
a. Contrat opposable aux époux et aux tiers.....	46
b. Rétroactivité.....	46
5. Organisation.....	46
CHAPITRE II - LE RÉGIME DE LA PARTICIPATION AUX ACQUÊTS.....	47
§1 QUELQUES GÉNÉRALITÉS.....	47
I. LES 4 MASSES DE BIENS (2 MASSES PAR ÉPOUX).....	47
II. LES CARACTÉRISTIQUES DE LA PARTICIPATION AUX ACQUÊTS.....	47
1. Le principe d'égalité.....	47
2. La participation prévue ne se rapporte qu'aux acquêts.....	47
3. Participation de chaque époux aux acquêts de l'autre.....	47
4. Partage du bénéfice entre les conjoints.....	47
5. La subrogation patrimoniale.....	48
6. En bref.....	48
III. LES INNOVATIONS DE LA LOI DE 1984.....	48
§2 LA STRUCTURE PATRIMONIALE DU RÉGIME ET LA SITUATION JURIDIQUE DES ÉPOUX PENDANT LE RÉGIME.....	48
I. LES BIENS PROPRES.....	48
1. La notion.....	48
2. Les propres légaux (CC 198).....	48
1. Les effets d'un époux exclusivement affectés à son usage personnel (choses mobilières) (198 1). 48	
a. Notion d'effets personnels.....	49
b. Portée de la règle.....	49
2. Les biens qui appartiennent à un époux au début du régime ou qui lui étoient ensuite à titre gratuit.....	49
a. Les biens qui appartiennent à un époux au début du régime.....	49
b. Les biens qui étoient à un époux à titre gratuit pendant le régime (198/2).....	49
1. Par donation.....	49
2. Les successions: légaux ou institués.....	50
3. Autres cas d'acquisition à titre gratuit.....	50
3. Les créances en réparation de tort moral (198/3).....	50
4. Les biens acquis en remploi de biens propres (198/4).....	50
a. Notion.....	50

b. Conditions.....	50
1. Le remplacement d'un bien par un autre.....	50
1. Un bien sujet à remplacement.....	50
2. Un bien nouvellement acquis.....	50
3. Un rapport de connexité entre le sacrifice du bien remplacé et l'acquisition du nouveau bien.....	50
2. L'acquisition du bien de remplacement par le propriétaire du bien remplacé.....	50
c. Cas particuliers.....	50
1. Le financement de l'acquisition d'un bien au moyen de plusieurs masses matrimoniales.....	50
1. Les masses matrimoniales qui ont contribué à l'acquisition n'appartiennent pas au même époux.....	50
2. Les masses matrimoniales qui financent le bien de remplacement appartiennent à un même époux.....	51
2. Financement partiel de l'acquisition d'un immeuble par reprise ou constitution d'une dette hypothécaire.....	51
3. Les biens propres conventionnels.....	52
a. <i>Les biens propres conventionnels proprement dit (au sens strict) (199 I)</i>	52
a. But de la règle.....	52
b. Conditions et effets de la constitution de biens propres conventionnels.....	52
b. <i>Les biens propres réservés (199 II)</i>	52
a. But de la règle.....	52
b. Conditions et effets de la convention.....	52
II. LES ACQUÊTS (197).....	53
1. Notion (197 I).....	53
a. Acquis à titre onéreux.....	53
b. Pendant le régime.....	53
2. Les types d'acquêts énoncés par la loi (197 II).....	53
1. Le produit du travail d'un époux.....	53
2. Les sommes versées par des institutions de prévoyance en faveur du personnel ou par des institutions d'assurance ou de prévoyance sociale.....	53
3. Les dommages-intérêts dus à raison d'un incapacité de travail.....	54
4. Les revenus de biens propres.....	54
a. Les fruits civils.....	54
b. Les fruits naturels.....	54
5. Les biens acquis en remploi d'acquêts.....	54
3. Les autres acquêts.....	54
1. Les revenus des acquêts.....	54
2. Les prestations d'entretien faites à un époux.....	54
3. Le montant équitable versé à l'époux au foyer (164-165).....	54
4. Les dommages-intérêts versés à un époux à la suite d'une atteinte à la personnalité.....	55
5. Les allocations familiales.....	55
III. LA PREUVE DE L'APPARTENANCE D'UN BIEN À UNE MASSE MATRIMONIALE (200).....	55
1. Généralités.....	55
2. La preuve de la propriété d'un bien (200 II).....	55
a. <i>La preuve directe de la propriété du bien</i>	55
b. <i>La présomption de la copropriété</i>	55
3. La preuve du caractère de bien propre ou d'acquêt (202 III).....	55
IV. ADMINISTRATION, JOUISSANCE ET DISPOSITION DES BIENS PROPRES ET DES ACQUÊTS (201 I-II).....	55
1. Administration des biens propres et des acquêts.....	55
2. Usage et jouissance des biens propres et des acquêts.....	56
3. Disposition des biens propres et des acquêts.....	56
a. <i>Restrictions liées au régime de la participation aux acquêts (201 II)</i>	56
b. <i>Restrictions résultant des règles sur les effets généraux du mariage</i>	56
VI. LES DETTES DES ÉPOUX.....	56
1. Dettes et responsabilité pour les dettes.....	56
1. <i>Les dettes envers les tiers (202)</i>	56
a. Les dettes en tant que telles.....	56
b. La responsabilité pour les dettes envers les tiers.....	57
2. <i>Les dettes entre époux (203)</i>	57

a. Le principe.....	57
b. Les exceptions.....	57
a. La prescription (134 I/3).....	57
b. L'exigibilité (CO 75ss).....	57
c. Les délais de paiement.....	57
d. Augmentation du montant de la dette en fonction de plus-values.....	57
2. La réparation interne des dettes (209 II) (quelles masses).....	57
1. La répartition interne des dettes entre époux.....	57
2. La répartition des dettes entre les masses matrimoniales d'un époux (209 II).....	57
a. Le principe.....	57
b. Quelques concrétisation du principe de connexité.....	58

CHAPITRE 3 - LA LIQUIDATION DU RÉGIME DE LA PARTICIPATION AUX ACQUETS.....59

§1 LA DISSOLUTION DU RÉGIME.....59

i. Notion et effets de la dissolution.....	59
ii. Les cas de dissolution.....	59
a. Le décès d'un époux.....	59
b. La conclusion d'un contrat de mariage adoptant un autre régime matrimonial.....	59
c. La dissolution consécutive à une décision judiciaire.....	59

§2 LES OPERATIONS PRÉCÉDANT LA LIQUIDATION PROPREMENT DITE.....59

i. La liquidation des rapports juridiques spéciaux entre époux.....	60
ii. Le partage de la copropriété.....	60

§3 LA PREMIÈRE PHASE DE LA LIQUIDATION: LA DISSOCIATION DES PATRIMOINES DES ÉPOUX.....60

1. APERÇU DES ÉTAPES.....60

2. LA SÉPARATION DES PATRIMOINES.....60

a. L'inventaire des actifs.....	60
1. La reprise par un époux de ses biens en possession de son conjoint (205 I).....	60
2. Les droits.....	61
b. L'inventaire des passifs.....	61
c. Les créances comportant une part à la plus-value.....	61
a. Le but et la genèse de CC 206.....	61
b. Les conditions de la part à la plus-value.....	61
1. Une contribution de l'époux en faveur de l'autre.....	61
2. En vue de l'acquisition, de l'amélioration ou de la conservation de biens.....	61
3. Un objet qui se retrouve à la liquidation.....	62
4. Une plus-value.....	62
5. Absence d'intention libérale.....	62
6. Absence de contre-prestations.....	62
c. Le calcul de la part à la plus-value.....	62
1. Le calcul de la plus-value en cas d'investissement au profit d'un seul bien.....	62
2. Le calcul de la plus-value en cas d'investissements au profit de plusieurs biens.....	63
Exemple:.....	63
d. Nature et caractéristiques de la part à la plus-value.....	64
a. Nature juridique.....	64
b. Exigibilité et exécutabilité.....	64
c. Caractère dispositif.....	64
e. Cas particulier du service de la dette hypothécaire relative à un immeuble du conjoint.....	64
1. Prise en charge des amortissements par le conjoint.....	64
2. Prise en charge des intérêts par le conjoint.....	65
3. Prise en charge par le conjoint des amortissements et des intérêts.....	65
4. Exemple.....	66
1. Un époux paie l'amortissement.....	66
2. L'époux finance les intérêts hypothécaires.....	66
3. Un époux paie les intérêts et l'amortissement.....	66

IV. LA DEUXIÈME PHASE DE LA LIQUIDATION: LA REPRISE DE SES BIENS PROPRES PAR CHACUN DES ÉPOUX.....	67
1. LES PASSIFS DE LA MASSE DES BIENS PROPRES.....	67
a. Les dettes.....	67
b. Les récompenses envers les acquêts.....	67
2. LES ACTIFS DE LA MASSE DES BIENS PROPRES.....	67
a. La reprise en nature des objets matériels.....	67
b. Les droits.....	68
1. Les créances contre le conjoint et les récompenses.....	68
2. Les récompenses variables contre les acquêts (209).....	68
a. En général.....	68
b. Les récompenses ordinaires.....	68
c. La différence entre 209 III et 206.....	68
Exemple: Dette hypothécaire.....	68
c. Le capital versé par une institution de prévoyance ou à raison de la perte de capacité de travail.....	69
1. En général.....	69
2. L'effet de 207 II.....	69
V. LA TROISIÈME PHASE DE LA LIQUIDATION: L'ÉTABLISSEMENT DU COMPTE ACQUÊTS DE CHAQUE ÉPOUX ET L'ÉTABLISSEMENT DU BÉNÉFICE ÉVENTUEL.....	69
1. LA NOTION DE BÉNÉFICE ET DE DÉFICIT.....	69
2. LES ACTIFS DU COMPTE D'ACQUÊTS DE CHAQUE ÉPOUX.....	70
a. Composition.....	70
b. L'estimation des biens d'acquêts.....	70
3. LES PASSIFS DU COMPTE ACQUÊTS.....	70
4. LES RÉUNIONS (208).....	70
5. LE COMPTE D'ACQUÊTS DE CHAQUE EPOUX.....	70
VI. LA QUATRIÈME PHASE DE LA LIQUIDATION: LA RÉPARTITION DES BÉNÉFICES ET L'ÉTABLISSEMENT ÉVENTUEL D'UN ÉTAT FINAL DES CRÉANCES ENTRE ÉPOUX.....	71
1. LA RÉPARTITION DES BÉNÉFICES.....	71
a. La répartition légale (215).....	71
b. La réparation conventionnelle (216).....	72
1. LE contrat de mariage modifiant la répartition légale des bénéfices (216 I).....	72
2. La protection de certains héritiers réservataires (216 II).....	72
c. Nature juridique de la participation au bénéf.....	72
2. L'ÉTABLISSEMENT ÉVENTUEL D'UN ÉTAT FINAL DES CRÉANCES ENTRE ÉPOUX. .72	72
VII. LE RÈGLEMENT DES CRÉANCES ENTRE ÉPOUX APRÈS LA LIQUIDATION - L'ACTION CONTRE DES TIERS.....	73
1. GÉNÉRALITÉS.....	73
2.. LE SURSIS AU PAIEMENT (218).....	73
3. LE DROIT DU CONJOINT SURVIVANT À L'ATTRIBUTION OU À L'UTILISATION DU LOGEMENT ET DU MOBILIER DE MÉNAGE (219).....	73
4. L'ACTION CONTRE LES TIERS QUI ONT BÉNÉFICIÉ D'ALIÉNATIONS SUJETTES À RÉUNION (220).....	73
CHAPITRE IV - LE RÉGIME EXTRAORDINAIRE (185SS).....	74
a. La séparation de biens à la demande d'un époux (185).....	74
b. La séparation de biens en cas d'exécution forcée contre un époux (188ss).....	74
1. Pas de séparation de biens légale ou judiciaire pour le régime de la participation aux acquêts. 74	74
2. La séparation de biens légale o u judiciaire dans un régime de communauté de biens.....	74
a. La séparation de biens légale en cas de faillite.....	74
b. La séparation de biens judiciaire en cas de poursuite par voie de saisie.....	74
CHAPITRE V - LA PROTECTION DES CRÉANCIERS EN CAS D'ADOPTION OU DE MODIFICATION D'UN RÉGIME MATRIMONIAL OU DE LIQUIDATIONS ENTRE ÉPOUX (193).....	76

a. Remarques.....	76
b. Les conditions de la protection des créanciers.....	76
1. La garantie des biens d'un des époux ou de la communauté pour une dette d'un dans conjoints..	76
2. Adoption ou modification d'un régime matrimonial ou liquidation entre époux.....	76
c. La protection des créanciers.....	76
CHAPITRE IV - EXERCICES.....	77
1. ADAM ET EVE (DETTE NON AMORTIE).....	77
3. DIVORCE ET SEPARATION DE CORPS.....	78
§1 PRINCIPES DU NOUVEAU DROIT.....	78
1. Le droit transitoire.....	78
a. Les mariages dissous avant le 1 ^{er} janvier 2000.....	78
b. Les procès pendants au 1 ^{er} janvier 2000.....	78
2. Buts principaux de la réforme.....	78
a. Protection de l'institution.....	78
b. Le divorce par consentement mutuel.....	78
c. La dépenalisation du droit du divorce.....	78
d. Le droit du divorce tend à contribuer à la réalisation de l'égalité des sexes devant la loi.....	79
e. L'amélioration de la situation des enfants.....	79
1. Le droit de l'enfant d'être entendue et d'être représenté.....	79
2. Le maintien de l'exercice en commun de l'autorité parentale.....	79
§2 DIVORCE OU SEPARATION DE CORPS (111-149).....	79
I. NOTION.....	79
II. LA SÉPARATION DE CORPS (117-118).....	79
a. Raisons du maintien de l'institution.....	79
b. Les effets de la séparation de corps (118).....	79
1. Généralités.....	79
2. Le principe de la séparation de corps.....	80
a. Généralités.....	80
b. La séparation de corps sur requête commune (111-112).....	80
c. La séparation de corps sur demande unilatérale (114).....	80
d. La durée de la séparation de corps.....	80
3. Les effets de la séparation de corps (118).....	80
a. En général.....	80
b. Les effets personnels.....	80
c. Les effets patrimoniaux.....	80
1. Le régime matrimonial.....	80
2. Les avantages successoraux.....	81
3. La question de l'entretien.....	81
4. La restriction du pouvoir de disposer.....	81
d. Le sort des enfants mineurs.....	81
4. La fin de la séparation de corps.....	81
a. En général.....	81
b. L'action en divorce consécutive à une séparation de corps (117 III).....	81
§3 CONDITIONS DU DIVORCE.....	81
I. GÉNÉRALITÉS.....	81
a. Notion.....	81
b. Les différentes conditions.....	82
II. LE DIVORCE SUR REQUÊTE COMMUNE.....	82
a. Accord complet (111).....	82
1. L'accord sur le principe.....	82
2. L'accord sur les effets.....	82
a. Généralités.....	82
b. La convention sur les effets accessoires du divorce.....	82
c. Les documents nécessaires.....	83

d. Le sort des enfants.....	83
3. <i>Le déroulement du procès</i>	83
a. L'audition des époux.....	83
b. Le délai de réflexion et la confirmation.....	84
c. L'autre audition (111 III).....	84
b. Accord partiel (113)	84
1. <i>L'accord sur le principe</i>	84
2. <i>Le règlement des effets</i>	84
3. <i>Le déroulement du procès</i>	84
c. Le remplacement de la requête commune par une demande unilatérale	85
1. <i>Les cas de remplacement</i>	85
2. <i>Les effets</i>	85
3. LE DIVORCE SUR DEMANDE UNILATÉRALE	85
1. Généralités	85
2. La suspension de la vie commune (114)	85
1. <i>Notion</i>	86
2. <i>Les effets</i>	86
3. <i>La clause de dureté dans les droits étrangers</i>	86
c. La rupture du lien conjugal (115)	87
1. <i>Généralités</i>	87
2. <i>La notion de motifs sérieux</i>	87
3. <i>Le caractère insupportable de la continuation du mariage</i>	87
d. Le consentement au divorce et la demande reconventionnelle de divorce (116)	87
4. EXERCICES	88
a. Daniel et Barbara	88
1. <i>Selon l'ancien droit</i>	88
2. <i>Selon le nouveau droit</i>	88
2. Ursula et Samuel Hofstetter	88
3. Variante	88
§4 LES EFFETS PERSONNELS DU DIVORCE	89
a. Généralités	89
b. Le droit de cité des époux	89
c. Le nom des époux	89
§5 LE LOGEMENT DE LA FAMILLE (CC 121)	89
a. Le principe	89
b. Les conditions	90
c. Les effets	90
1. <i>Modification du contrat et responsabilité solidaire (121 I-II)</i>	90
2. <i>La constitution d'un droit d'habitation de durée limitée (121 III)</i>	90
§6 LES EFFETS PATRIMONIAUX DU DIVORCE	91
I. GÉNÉRALITÉS	91
II. LA LIQUIDATION DU RÉGIME MATRIMONIAL (RENVOI)	91
III. LA PERTE DES AVANTAGES SUCCESSORAUX (120 II)	91
1. <i>La perte des droits légaux de succession</i>	91
2. <i>La perte des avantages de dispositions pour cause de mort</i>	91
3. <i>La perte des avantages liés à une assurance-décès</i>	92
III. LA PERTE DE CERTAINS AVANTAGES SOCIAUX	92
a. L'assurance-vieillesse et survivants	92
1. <i>Assurance-vieillesse</i>	92
2. <i>Assurance-survivant</i>	92
b. La prévoyance professionnelle (122-124)	92
1. <i>Généralités</i>	92
a. <i>Le régime matrimonial</i>	92
b. <i>Le droit à l'entretien</i>	92
2. <i>Le partage des prestations de sortie en cas de divorce</i>	93
a. <i>Avant la survenance d'un cas de prévoyance (122)</i>	93
1. <i>Le principe</i>	93
2. <i>Les modalités de calcul</i>	93
3. <i>Absence de partage (123)</i>	93

a. Renonciation au partage (123 I).....	93
b. Sur décision du juge (123 II).....	93
b. Après la survenance d'un cas de prévoyance (124).....	94
1. Réalisation du risque assuré: vieillesse ou invalidité.....	94
2. Autres motifs.....	94
3. Conséquence: l'indemnité équitable.....	94
c. La procédure (141-142).....	94
a. Une convention (141).....	94
b. Désaccord (142).....	94
IV. L'OBLIGATION D'ENTRETIEN APRÈS LE DIVORCE (125-132).....	94
a. Généralités.....	94
b. La détermination de l'obligation d'entretien.....	95
1. Les principes.....	95
2. Critères pour fixer l'entretien.....	95
3. Montant de la contribution d'entretien et calcul.....	95
a. Contribution équitable, vie convenable.....	95
b. Limite supérieure.....	95
c. Limite inférieure.....	95
4. La forme de l'entretien et sa durée (126).....	96
a. Une rente.....	96
b. Limitation dans le temps.....	96
5. Le droit de refuser le paiement d'une contribution.....	96
c. La modification de la rente.....	96
1. Les circonstances prévisibles.....	96
a. Adaptation aux variations du coût de la vie.....	96
b. Conditions (126 III).....	96
2. Les circonstances imprévisibles.....	97
a. La réduction ou la suppression de la rente.....	97
b. L'allocation ultérieure ou l'augmentation de la rente.....	97
c. La suspension de la rente.....	97
d. L'extinction légale de la rente (130).....	97
e. L'exécution de l'obligation (131-132).....	97
1. L'aide au recouvrement et avance (131).....	97
2. L'avis aux débiteurs et fourniture de sûretés (132).....	97
§7 LE SORT DES ENFANTS (133 II).....	98
I. GÉNÉRALITÉS.....	98
II. L'AUTORITÉ PARENTALE.....	98
a. Généralités.....	98
b. L'attribution de l'autorité parentale à l'un des époux (principe).....	98
1. Généralités.....	98
2. Le rôle du juge (133 II).....	99
a. La liberté d'appréciation du juge.....	99
b. Les critères jurisprudentiels à considérer pour le bien de l'enfant.....	99
c. Les restrictions mises à l'exercice de l'autorité parentale.....	99
1. Restrictions fixées directement par la loi.....	99
2. Restrictions prescrites par le juge.....	99
c. L'exercice en commun de l'autorité parentale.....	99
1. Les conditions (133 III).....	99
a. Une requête commune des pères et mères.....	99
b. Une convention.....	99
c. Le bien de l'enfant.....	99
2. Le droit de garde.....	100
3. La garde de fait.....	100
d. Les mesures de protection de l'enfant.....	100
III. LES RELATIONS PERSONNELLES ET LE DROIT À L'INFORMATION.....	100
a. Le droit aux relations personnelles.....	100
b. Le droit à l'information et aux renseignements.....	101
IV. L'OBLIGATION D'ENTRETIEN DES PÈRE ET MÈRE.....	101
V. L'AUDITION ET LA REPRÉSENTATION DE L'ENFANT.....	101
a. L'audition de l'enfant (144 II).....	101

1. Généralités.....	101
2. La renonciation à l'audition.....	101
a. L'âge.....	101
b. Les autres motifs importants.....	102
3. Les modalités de l'audition.....	102
b. La représentation des enfants (146).....	102
1. Généralités.....	102
2. Les conditions.....	102
3. Institution de la curatelle (147).....	102
a. La désignation du curateur.....	102
b. Les attribution du curateur.....	102
§8 PROCÉDURE DE DIVORCE.....	103
I. GÉNÉRALITÉS.....	103
II. LES PARTIES.....	103
a. La qualité pour agir.....	103
b. La qualité pour défendre.....	103
III. FOR ET LITISPENDANCE.....	103
a. Le for.....	103
1. Quant au lieu.....	103
2. Quant à la compétence matérielle.....	104
b. La litispendance.....	104
1. La requête commune (136).....	104
2. La requête unilatérale.....	104
3. Les effets de la litispendance (137 II).....	104
IV. LES MESURES PROVISOIRES.....	104
a. Généralités.....	104
b. Les différentes mesures.....	105
1. Quelques généralités.....	105
<i>L'entretien doit provisoirement être réglé.....</i>	<i>105</i>
2. L'entretien de la famille.....	105
a. Les règles du droit du mariage.....	105
b. Le calcul de l'entretien pendant la durée du divorce.....	105
3. Le logement et le mobilier de la famille.....	106
a. Le logement familial.....	106
b. Le mobilier du ménage.....	106
4. Le sort des enfants mineurs.....	106
a. L'autorité parentale.....	106
b. La contribution d'entretien.....	106
5. Les autres mesures.....	106
V. AUTORITÉ DU JUGE (139).....	106
a. La libre appréciation des preuves (139 I).....	106
b. La maxime inquisitoire (139 II).....	107
c. L'incapacité de témoigner (139 III).....	107
VI. RECOURS ET RÉVISION.....	107
a. Généralités.....	107
b. Les conclusions nouvelles (138).....	107
1. Généralités.....	107
2. Les faits et les moyens de preuve nouveaux.....	108
3. La modification des conclusions.....	108
c. La force de chose jugée partielle.....	108
d. La révision des conventions entrées en force (148 II).....	108
e. Le recours en cas de divorce sur requête commune (149).....	108
4. LE DROIT DE LA FILIATION.....	110
CHAPITRE I – LE DROIT DE LA FILIATION.....	110
§1 LE DROIT DE LA FILIATION.....	110
1. Définition.....	110

2. Sources.....	110
a. Les textes internationaux et européens.....	110
b. Les textes nationaux.....	110
1. Le Code Civil.....	110
2. La LDIP.....	110
3. La Constitution.....	110
§2 LA FILIATION.....	110
1. Définition.....	110
2. La filiation maternelle et la filiation paternelle.....	111
a. Rapport mère-enfant.....	111
b. Rapport père-enfant.....	111
3. L'établissement de la filiation.....	111
a. Avec la mère (252).....	111
b. Avec le père (252 II).....	111
4. La filiation commune, la filiation simple.....	111
a. La filiation commune.....	111
b. La filiation simple.....	111
§3 L'ÉTABLISSEMENT DE LA FILIATION MATERNELLE.....	111
1. La naissance.....	111
2. Procréation artificielle.....	112
3. Condition de la filiation paternelle.....	112
§4 LES MODES D'ÉTABLISSEMENT DE LA FILIATION PATERNELLE (252 II).....	112
I. LE MARIAGE.....	112
a. principe.....	112
1. L'ancien droit.....	113
2. Le nouveau droit.....	113
b. Les conditions de présomption de la filiation paternelle.....	113
1. La filiation maternelle.....	113
2. Une naissance pendant le mariage.....	113
3. Une naissance après un divorce.....	113
c. Le concours entre 2 présomptions de paternité (257).....	113
d. L'effet de la présomption.....	113
§5 L'ACTION EN DÉSAVEU (256-256C) OU LA CONTESTATION DE LA PRÉSUMPTION DE PATERNITÉ DU MARI.....	114
I. OBJET DE L'ACTION.....	114
II. LA QUALITÉ POUR AGIR.....	114
a. Le mari (256 I/1).....	114
b. L'enfant (256 I/2).....	114
1. Conditions.....	114
2. Exercice du droit.....	114
c. Conséquences.....	115
II. LA QUALITÉ POUR DÉFENDRE (256 II).....	115
III. LE DÉLAI (256C).....	115
a. Action du mari (256c I).....	115
1. Délai relatif.....	115
2. Délai absolu.....	115
b. Action de l'enfant (256c II).....	115
c. Pour de justes motifs (256c III).....	115
VI. LES MOYENS (256A-B).....	115
a. Infirmer la présomption.....	115
b. Fardeau de la preuve.....	115
1. Principe.....	115
2. La preuve facilitée (256b).....	116
c. La preuve pleine et entière de la non-paternité.....	116
§6 LA RECONNAISSANCE (260SS).....	116
I. LES CONDITIONS.....	116
a. Les conditions relatives à l'enfant.....	116

1. En général.....	116
2. Quelques particularités.....	116
b. Conditions relatives à l'auteur de la reconnaissance (260 II).....	117
II. DÉCLARATION DE RECONNAISSANCE.....	117
a. Forme (260 III).....	117
b. Nature juridique.....	117
§7 LA CONTESTATION DE LA RECONNAISSANCE (260A).....	117
I. OBJET DE L'ACTION.....	117
II. LA QUALITÉ POUR AGIR.....	117
1. L'auteur de la reconnaissance n'a pas épousé la mère de l'enfant (260a).....	118
2. L'auteur de la reconnaissance a épousé la mère de l'enfant.....	118
III. LE DÉLAI (260B).....	118
IV. LES MOYENS (260B).....	118
a. Infirmité de la reconnaissance.....	118
b. Le fardeau de la preuve.....	118
1. Le principe (260b I).....	118
2. Exception: la preuve facilitée (260b II).....	118
§8 L'ACTION EN PATERNITÉ.....	119
I. OBJET DE L'ACTION.....	119
II. CONDITIONS.....	119
III. QUALITÉ POUR AGIR (261 I).....	119
a. Le droit d'action strictement personnel de la mère.....	119
b. Le droit strictement personnel de l'enfant.....	119
c. Rapport entre les actions.....	120
IV. QUALITÉ POUR DÉFENDRE (261 II).....	120
a. Le père.....	120
b. Après la mort du père.....	120
c. Action contre plusieurs hommes.....	120
V. LE DÉLAI (263).....	120
a. Le délai de principe (263 I).....	120
b. Le délai subsidiaire (263 II).....	121
c. La restitution du délai (263 III).....	121
V. LES MOYENS (262).....	121
a. La présomption de paternité (262 I).....	121
b. L'infirmité de la présomption (262 III).....	121
1. Impossibilité.....	121
2. La vraisemblable paternité d'un tiers.....	121
c. La preuve directe de la paternité.....	122
CHAPITRE II - LE DROIT DE L'ADOPTION.....	123
§1 GÉNÉRALITÉS.....	123
§2 LES CONDITIONS DE L'ADOPTION (264-265D).....	123
I. MINORITÉ.....	123
II. DANS L'INTÉRÊT DE L'ENFANT.....	123
III. UN LIEN NOURRICIER.....	123
IV. DU CÔTÉ DE L'ADOPTANT: LES PARENTS ADOPTIFS.....	124
a. Généralités.....	124
1. Rapport juridique (préexistant) avec l'enfant.....	124
2. Autres enfants des parents adoptifs.....	124
3. Différence d'âge.....	124
b. L'adoption conjointe.....	124
1. Etre marié.....	124
2. Adoption de l'enfant de son conjoint (264a III).....	124
c. L'adoption par une personne seule: l'exception (264b).....	124
V. LE CONSENTEMENT DES PARENTS.....	125
1. L'enfant.....	125
2. L'autorité tutélaire de surveillance.....	125

3. Les parents	125
1. Principe.....	125
2. Moment (265b).....	125
3. Forme (265a II).....	125
4. Dispense de consentement (265c).....	125
§3 LES EFFETS DE L'ADOPTION (267)	126
I. EN GÉNÉRAL (267)	126
a. Adoption plénière.....	126
b. Etablissement d'une nouvelle filiation.....	126
c. Extinction de la filiation antérieure.....	126
II. EFFETS PARTICULIERS	126
a. La parenté.....	126
b. Empêchement du mariage.....	126
c. Nom de famille.....	126
d. Droit de cité (267a).....	126
e. Devoir d'entretien.....	126
f. L'autorité parentale (296).....	127
g. Les droits successoraux.....	127
§4 LA PROCÉDURE D'ADOPTION	127
I. NATURE JURIDIQUE ET COMPÉTENCE	127
II. LA PROCÉDURE	127
a. La requête.....	127
b. L'enquête.....	127
c. La décision.....	127
III. SECRET DE L'ADOPTION (268B)	128
IV. L'ACTION EN ANNULATION (269)	128
a. Motifs.....	128
b. Délai.....	128
c. Effet.....	128
5. LES EFFETS DE LA FILIATIONS	129
§1 LE NOM DE FAMILLE	129
I. GÉNÉRALITÉS	129
II. ACQUISITION DU NOM DE FAMILLE À LA NAISSANCE	129
a. Les parents mariés.....	129
a. Le système.....	129
b. La motion de Suzette Sandoz.....	129
1. Disparition du nom de famille.....	129
2. Le nom des enfants:.....	129
3. En cas de litige entre les parents.....	129
b. Les parents non mariés (270 II).....	129
3. CHANGEMENT DE NOM DE FAMILLE ACQUIS À LA NAISSANCE	130
§2 L'AUTORITÉ PARENTALE	130
I. NATURE JURIDIQUE	130
II. CAPACITÉ D'AVOIR L'AUTORITÉ PARENTALE	130
a. La filiation.....	130
b. Majorité.....	130
c. Beaux-parents.....	130
III. RAPPORT ENTRE LES PARENTS	131
a. Les parents mariés.....	131
b. Suspension de la vie commune ou séparation de corps.....	131
c. L'autorité parentale après le divorce.....	131
1. La règle: changement de l'attribution de l'autorité parentale.....	131
a. Personne désignée pour l'autorité parentale.....	131
b. Les relations personnelles.....	131
2. L'exception (133ss).....	131
a. Attribution commune (133 III).....	131

b. Conséquences sur le droit de garde.....	132
c. Les parents non mariés.....	132
§3 LE CONTENU DE L'AUTORITÉ PARENTALE (301SS).....	132
I. GÉNÉRALITÉS.....	132
II. DÉTERMINATION DE LA RÉSIDENCE: DROIT DE GARDE.....	132
a. Le droit de garde.....	132
b. Effets pour l'enfant.....	132
c. Effet à l'égard des tiers.....	133
d. Limitation du droit de garde: relations personnelles.....	133
1. Fondé sur le droit matrimonial.....	133
2. Mesures protectrices et retrait du droit de garde.....	133
III. EDUCATION.....	133
a. En général.....	133
b. Education religieuse.....	133
IV. CAPACITÉ CIVILE ET REPRÉSENTATION LÉGALE DE L'ENFANT.....	134
a. L'enfant incapable de discernement.....	134
b. L'enfant capable de discernement.....	134
1. Capacité civile de l'enfant.....	134
a. Actes purement gratuits.....	134
b. Droits strictement personnels.....	134
c. Dommage.....	134
2. Capacité civile avec le consentement du représentant légal.....	134
3. La représentation de l'enfant par les parents.....	134
a. Au nom de l'enfant.....	134
b. Dans son intérêt.....	134
c. A l'égard des tiers.....	134
d. Conflits d'intérêts.....	135
4. Représentation des parents par l'enfant.....	135
8. LE PACS.....	136
§1 LE PACS EN DROIT CIVIL.....	136
I. LES CONDITIONS.....	136
a. Les conditions de fond.....	136
1. Être majeur.....	136
2. Être libre de tout engagement.....	137
3. Non parenté.....	137
4. Documents à produire.....	137
e. Analyse.....	137
b. Les conditions de forme.....	137
1. La déclaration.....	137
2. Enregistrements.....	137
3. La publicité.....	137
II. LES RÉGIMES DU PACS.....	138
a. Les rapports personnels entre les partenaires.....	138
b. Les rapports avec les tiers.....	138
1. Avec les créanciers.....	138
2. Les bailleurs.....	138
c. Les rapports patrimoniaux.....	138
1. Les meubles meublant.....	138
2. Les autres biens.....	139
III. LA CESSATION DU PACS.....	139
a. Les causes de cessation.....	139
1. La rupture unilatérale.....	139
2. Les autres causes de cessation.....	139
b. Conséquences de la cessation.....	139
§2 LE PACS EN DEHORS DU DROIT CIVIL.....	139
A. LES DISPOSITION FISCALES.....	139
a. Pour l'impôt sur le revenu.....	139

b. Droits de mutation à titre gratuit.....	139
c. Impôt sur la fortune.....	139
B. LES DISPOSITIONS SOCIALES.....	140
§3 APPLICATION PRATIQUE.....	140

7. REPETITOIRE - CORINE & MARC.....141

1. LE MONTANT DE LA RENTE MENSUELLE PENDANT LE PROCÈS.....	141
1. Fondement de l'obligation de l'entretien d'un époux pendant le divorce.....	141
<i>Les différences entre CC 125 et CC 163.....</i>	<i>141</i>
a. Après le divorce (125).....	141
b. Avant le divorce (163).....	141
c. Anciens articles 151-152.....	141
2. Particularités du cas.....	141
3. Revenus des époux.....	141
4. Déduction de la part des enfants.....	141
5. Calcul du minimum vital des époux.....	142
6. Excédent.....	142
7. Total.....	142
2. LA PRÉVOYANCE PROFESSIONNELLE.....	143
1. Les hypothèses de 122ss.....	143
2. Partage des prestations de sortie (122).....	143
3. LIQUIDATION DU RÉGIME MATRIMONIAL.....	143
1. Les biens.....	143
2. Contrat de mariage.....	143
a. Attribution du bénéfice au conjoint survivant.....	144
b. En cas de divorce.....	144

1. LE MARIAGE¹

§ 1 INTRODUCTION

A. EVOLUTION FAMILIALE

1. L'évolution de la notion de famille

Au **XIX^e**, la famille est une tribu, avec plusieurs générations vivant sous le même toit; les membres sont solidaires; il s'assistent mutuellement; les grands-parents s'occupent des enfants.

Avec l'**industrialisation**, la famille devient plus petite et se disperse: c'est le départ pour les villes et la vie urbaine. C'est de cette famille dont parle le CC (elle ne comporte que 2 générations: les parents et les enfants).

L'art. 328 CC (ancien) concernant la dette alimentaire contre ses frères et sœurs, contre ses parents en la ligne directe est le reliquat de cette ancienne notion de famille. Le nouveau droit ne prévoit une dette alimentaire qu'en ligne directe. C'est l'expression de la **petite famille**.

Dès 1960, la famille **monoparentale** et **recomposée** apparaît (concubinage).

2. Les nouveaux problèmes

De nouvelles questions apparaissent. La société doit-elle régler le ménage? Ou les règles doivent être à la disposition des individus? Par exemple, l'assurance maternité? Est-ce que la maternité est une question purement privée ou non?

Deux conceptions s'opposent sur une éventuelle intervention étatique:

- Est-ce que la famille est une institution de l'Etat ou n'est-ce qu'une question individuelle.
- Est-ce que l'Etat a un intérêt à protéger le mariage, de régler la manière de vivre ensemble?
L'Etat met en second rang les autres formes de vivre ensemble tel que le concubinage, l'homosexualité?

B. RETOUR VERS L'INDIVIDUALISME

Le droit familial tend à reconnaître de plus en plus la **primauté de l'individu** sur la famille. Le **contrat** individuel est le fondement du mariage, avec comme conséquence que le contrat peut être dissolu.

Avant, tout le monde était subordonné au père de famille. Depuis le **XX^e**, cette structure hiérarchisée se dissout ⇒ les droits des individus dans la famille sont renforcés, ainsi que la liberté individuelle. Avant la grande famille s'occupait et veillait à la sécurité de la famille.

Aujourd'hui il n'y a plus cette solidarité. Par conséquent, on crée des crèches, des écoles de jour; des mamans de jour. Les assurances sociales prennent en charge l'ancienne solidarité: payer pour les personnes âgées...ce qui ne s'organise plus au plan familial.

La famille ne correspond plus à la conception religieuse et autoritaire. C'est une famille contractuelle, individualiste, naturaliste.

- Par exemple, CC 328 est un pas vers l'individualisme puisque on sort les frères et sœurs de la **dette alimentaire**.
- La **libération de l'épouse** (avec le nouveau droit matrimonial de 1988): le changement en faveur de l'égalité de l'épouse. Avant, elle devait avoir le consentement du mari pour s'obliger (→ prendre un emploi).
- La **libération des enfants**. On parle de l'autorité parentale au lieu de la puissance paternelle. Ce qui met

¹25.10.1999

l'enfant plus sur un pied d'égalité avec les parents. La notion comprend l'autorité et la responsabilité parentale.

- **Le divorce avec le consentement mutuel**: auparavant l'Etat regardait s'il y avait de bonnes raisons de se séparer (adultère).
- Le **concubinage**
- L'essor de la **médiation**

C. LES FAMILLES MONOPARENTALES ET RECOMPOSÉES

La famille a évolué et s'est **rétrécie**. Le mariage à lui seul ne forme plus la famille. La famille est **en crise**; elle n'est plus primordiale pour former une famille au sens du CC.

Par exemple, la PACS en France, le pacte civil de solidarité voté le 10.98 et entré en vigueur en 2000 prévoit qu'un couple non marié de sexe différent ou semblable peut profiter dans une mesure comparable aux avantages des couples mariés → fiscal, sécurité sociale, successoraux (la concubine est une héritière légale).

En Suisse, la tendance est la même. Un projet est en consultation pour mettre sur un pied d'égalité les couples mariés et non mariés et même de prévoir le mariage entre les personnes de même sexe (ce qui va plus loin que le PACS). Il donne la possibilité aux concubins de s'enregistrer au Registre civil. Actuellement, 15000 enfants vivent dans une famille recomposée ou monoparentale.

D. REFORMES

En 1972, il y a eu la réforme du droit de **l'adoption**; dès lors l'enfant adopté disposait des mêmes droits que les enfants biologiques et juridiques.

En 1976, la réforme du droit de la **filiation**, pour les enfants légitimes ou illégitimes (hors ou avant mariage). La création de la filiation d'enfant né hors mariage est toutefois encore difficile.

En 1998 (16 juin) le nouveau droit du **divorce** qui est entrée en vigueur au 1.1.2000.

E. NOTION DE MARIAGE

1. Définition

Le mariage = contrat entre un homme et une femme qui s'unissent durablement. Le **contenu** du contrat n'est pas laissé à la libre disposition des contractants. Les normes dispositives dans ce contrat sont principalement **impératives**.

1. Une union

Il faut entendre une communauté (CC 159) de vie durable.

2. La loi civile

Cette union est célébrée selon les termes de la **loi civile**.

3. Entre 2 personnes physiques

C'est union entre **2 personnes physiques** qui doivent être **vivantes** (un homme meurt en route sur le chemin de l'Eglise ⇒ pas de droits successoraux pour la femme).

4. De sexes différents

Les homosexuels et les transsexuels ne peuvent pas se marier.

Par exemple, dans le canton de St-Gall, un couple marié dont l'homme après une opération devient une femme. Il fait changer son sexe au registre civil. Est-ce que l'Etat peut les forcer à divorcer (en France on oblige parce que le mariage est vicié)? Le tribunal a décidé de les laisser mariés ⇒ alors que civilement 2

femmes sont mariées ensemble.

Par conséquent, un homme qui change de sexe (est pris en charge par les assurances sociales) peut se marier avec un homme une fois le registre civil changé.

2. Le mariage dans le CC

1. Laïcité

Le mariage est une institution **laïque**. Le mariage est célébré par **l'officier de l'état civil** (97 III).

2. La liberté du mariage (Cst 54)

La CEDH a condamné aCC 104 car il était contraire à la liberté. L'article n'est plus appliqué: on peut donc tout de suite se remarier après avoir divorcé.

4. Les dispositions positives de protection du mariage

1. **CP 213ss** protège la famille; le droit fiscal essaie de la protéger;
2. Les allocations familiales et autres droits dans les **assurances sociales**.
3. La **protection** au sein du mariage de la personne individuelle (CC 28ss): la femme peut intenter une action en protection du mariage contre la maîtresse de son mari (très controversé). Le TF n'a pas laissé intenter une action en cessation de trouble (adultère) mais une réparation par tort moral.
4. Dispositions relatives à la **protection de l'union conjugale**(CC 171ss).

§ 2 FORMATION DU LIEN CONJUGAL

A. LES FIANÇAILLES

Dans la préparation du nouveau droit, on a hésité à garder des dispositions sur les fiançailles.

1. Définition

La célébration du mariage est toujours l'exécution d'une promesse de mariage faite antérieurement: les fiançailles. **Les fiançailles se font par la promesse de mariage** (c'est une promesse de mariage) (**CC 90 I**).

Les fiançailles sont le contrat par lequel un homme et une femme manifestent leur volonté de se marier ultérieurement et de former dans l'intervalle certains liens quasi familiaux.

Les fiançailles sont un **véritable contrat** réglé dans le CC. Chacune des parties peut toutefois résilier ce contrat en tout temps. Une **obligation** de réparer le préjudice naît, mais il n'y a **pas d'exécution forcée** de cette obligation (**CC 90 III**).

Les fiançailles **précèdent** obligatoirement le mariage, parce que avant de se marier on se promet, par des actes explicites et concluants, le mariage. On doit pouvoir déduire de la situation la volonté des personnes concernées d'être liées par un contrat de fiançailles.

2. Effets en cas d'inexécution

Par contre, il y a d'autres obligations s'il y a non exécution de la promesse:

- **Restitution des présents** (**CC 91**)
- **Réparer s'il y a dommage**, réparation financière (**CC 92**).

Les tiers qui ont donné un cadeau aux fiancés ne peuvent pas demander la restitution (**CC 91 II**), parce que seuls les fiancés peuvent se demander la restitution. Toutefois, éventuellement le tiers peut se fonder sur **CO 62** pour récupérer le cadeau; mais les conditions de cet article sont très restrictives. Entre autre, il est difficile de prouver que la cause de la donation n'existait pas.

Les cadeaux d'usage ne doivent pas être restitués. Les fiancés ne peuvent pas demander la restitution des

lettres, parce que ce ne sont pas des présents faits en vue du mariage. Toutefois si le fait de ne pas renvoyer les lettres contrevient aux droits de la personnalité, on peut en exiger la restitution (28ss).

Sous l'ancien droit, l'obligation de réparer le dommage dépendait de la faute de celui qui brisait les fiançailles (92). La réparation du dommage est aujourd'hui **une participation financière appropriée** (la réparation n'est plus entière).

Les conditions:

1. Les dispositions qui ont occasionnées des frais (*robe de mariée*) entraînent **une perte de gain**². Seul le dommage négatif peut être réparé, c'est-à-dire l'intérêt qu'avait la victime à ne pas conclure le mariage (préparatifs).
2. Le demandeur doit avoir agi de **bonne foi**.
3. Le demandeur doit avoir subi un de ce fait un **dommage**.
4. Une participation financière de l'autre partie ne doit **pas paraître inéquitable** au vu de l'ensemble des circonstances (le mari lui avait pourtant dit de ne pas arrêter de travailler).
5. Un lien de **causalité** adéquate entre le dommage et la rupture des fiançailles.
6. Délai **d'un an** pour agir à compter de la rupture (93).

3. Les conditions pour conclure les fiançailles

1. La capacité de discernement (16)

Pouvoir apprécier la nature, l'importance et les effets de sa promesse.

2. L'absence d'empêchements définitifs au mariage (CO 20)

3. Le consentement si néc des représentants légaux

Le mineur (14) ou l'interdit (369ss) doit avoir le consentement du représentant légal (296, 385 III, 405). Mais en soi c'est un droit personnel (CC 19 II) de se fiancer. Le consentement est seulement nécessaire pour s'obliger soit la restitution des présents et la participation financière. Des mineurs peuvent donc se fiancer sans le consentement, mais il n'y aura pas d'obligations respectives s'ils brisent les fiançailles.

B. LA CONCLUSION DU MARIAGE ³

Les conditions pour contracter mariage sont les suivantes:

1. La capacité de contracter mariage (condition positive)

1. L'âge (94 I)

Une personne doit être âgée de **18 ans** révolus pour pouvoir se marier. L'âge de la majorité matrimoniale correspond à la majorité civile. Une fille de 17 ans capable de discernement ne peut pas se marier même avec le consentement du représentant. C'est une restriction à la capacité civile passive (11) de tout sujet de droit. C'est une règle impérative. Le Code ne parle pas de la majorité, mais de 18 ans révolus.

2. La capacité de discernement (94 I)

L'homme et la femme doivent être capables de discernement: ils doivent être en mesure de saisir la portée de l'engagement qu'ils prennent⁴.

3. Le consentement du représentant légal des interdits (94 II)

Une personne interdite (qui a 18 ans révolus) peut se marier si elle a le consentement du représentant légal

² robe de mariée, arrêt de travail en vue du mariage

³8.11.1999

⁴ **CC 97 II** va être abrogé ⇒ les personnes malades mentalement ne pouvaient contracter mariage

(385 III): les parents ou le tuteur.

2. L'absence d'empêchements (condition négative) (95-96)

Est un empêchement **une circonstance qui fait obstacle à la célébration du mariage. Elle doit trouver son fondement dans le droit.** Ces éléments doivent donc être absents⁵. **S'ils sont présents, il y a empêchement.**

On ne peut pas se marier avec un prisonnier, un militaire mais seulement dans des cas exceptionnels (117 Ia 465) → Le mariage entre un prisonnier et une femme mêlée à l'affaire, car il y a un danger de collusion.

1. Les empêchements fondés sur la parenté et l'alliance (95)

Il ne faut pas être en parenté (CC 20) ni en alliance (CC 21) avec la personne avec laquelle on veut se marier. Ces empêchements concrétisent l'interdiction de l'inceste. La violation de ces interdits constituent une cause absolue d'annulation (105/3).

a. La parenté

Le mariage entre parents en ligne directe (20) n'est toujours pas admis: entre frère et sœur, entre parents et enfants... L'interdiction vise toute forme de parenté (descendance ou adoption)⁶.

- Parenté juridique et naturelle: il est interdit d'épouser son fils ou sa fille, société la filiation découle de la naissance (mère), du mariage, de la reconnaissance ou d'un jugement (père).
- Parenté purement juridique: il est interdit d'épouser son enfant adoptif (252 III, 264ss), son frère adoptif ou sa sœur adoptive.
- Parenté purement naturelle (95 II): il est interdit à un homme d'épouser la fille qu'il a conçue, même s'il n'a avec elle aucune relation juridique.

b. L'alliance

L'**alliance** est le lien qui existe entre une personne et les parents de sang de son conjoint (21). Elle résulte donc du mariage.

→ *Une mère a un fils; elle se remarie. Son nouveau mari est un allié de la sœur de la femme (alliance collatérale). Il y a alliance latérale entre le nouveau mari et le fils.*

2. L'empêchement fondé sur l'existence d'un mariage antérieur (96)

Cet empêchement consacre le principe de la **monogamie**. La violation de cet empêchement constitue une cause absolue d'annulation (105/1).

Toute personne qui veut se remarier doit donc établir que son précédent mariage a été annulé ou dissous (96).

3. Les causes d'annulation

Le mariage ne peut être **annulé** qu'à raison de l'une des causes prévues aux art. 105-107 (104). Quels sont les effets d'un mariage malgré l'absence d'une condition ou de la présence d'un empêchement. La loi distingue

⁵ Dans l'ancienne loi, les empêchements étaient prévus en plus grand nombre (aCC 100-104) → un tribunal pouvait empêcher le remariage des époux dans une certaine période. L'article 104 a été abrogé ainsi que l'article 103 qui interdisait à une veuve ou une divorcée de se remarier dans les 300 jours pour ne pas compromettre une éventuelle paternité de l'ancien époux.

Les raisons de l'ancien droit:

L'interdiction de l'inceste

L'eugénie

Empêcher la guerre dans la famille: plusieurs petites familles dans la grande ⇒ cette interdiction est abolie pour l'oncle et la nièce, tante et neveux.

⁶ Un père peut être un père juridique, s'il est marié avec la mère de la fille: il est présumé le père de cette fille (CC 95). La descendance peut aussi être purement naturelle. Le père biologique ne pouvait pas reconnaître sa fille car il y avait déjà un lien juridique. Le système est donc inégal.

Les parents qui donnent leur enfant en adoption perdent la filiation juridique qui est créée au profit du nouveau couple et de l'adopté. Il ne subsiste qu'un lien naturel.

entre les causes absolues et les causes relatives qui conduisent à l'annulation: les effets sont *ex nunc* et donc pas rétroactifs.

a. Les causes absolues

Ces causes ont été établies dans un but d'intérêt public. L'annulation est possible en tout temps, par tout le monde et poursuivie d'office par l'autorité.

- ⓪ Toute personne intéressée à la qualité pour agir (106 I).
- ⓪ L'action en annulation peut être intentée en tout temps (106 III).

b. Les causes relatives

Ces causes sont établies dans l'intérêt des époux. L'annulation est restreinte dans le temps et doit être demandée par les époux.

- ⓪ Seuls les époux ont la qualité pour agir (les héritiers peuvent poursuivre une action ouverte au moment du décès 108 II).
- ⓪ L'action est soumise à des délais de péremption qui ne sont pas susceptibles d'être interrompus ni prolongés (108 I).

1. Les causes absolues (105)

1. **L'existence d'un mariage antérieur non dissous** au moment de la célébration.
2. **L'incapacité durable de discernement** qui existait au moment de la célébration et qui a perduré (≠ incapacité passagère 107/1).
3. **L'existence de liens de parenté ou d'alliance à un degré prohibé** (105/3). Une femme divorcée avec une fille, se remarie avec un homme qui a un fils. Le fils et la fille peuvent-ils se marier? L'empêchement de mariage pour l'alliance n'existe que pour l'alliance en ligne directe. Leur degré d'alliance est 2° degré et l'alliance est collatérale (CC 20 I). Le mariage est donc permis. Par contre, CC 95 prévoit que le lien unissant une personne (nouveau mari) avec l'enfant de son conjoint (la fille) est une alliance en ligne directe et que ce mariage est interdit. Et ceci même si la femme divorce de ce nouveau mari (95 ch.2), le mariage est toujours interdit. **L'alliance se crée par un mariage et elle existe même après une dissolution de ce mariage.**

2. Les causes relatives (107)

1. L'incapacité passagère de discernement.
2. L'erreur de déclaration.
3. Le dol.
4. La menace.

4. Les effets de l'annulation

Ces causes conduisent à l'annulation du mariage, à sa dissolution au sens de **CC 109**. Le jugement qui annule le mariage produit ses effets *ex nunc*. La situation est donc la même qu'un mariage permis, suivi d'un divorce, sauf pour la succession.

5. Exercices

a) Albert et Elsa (1)

Albert qui est un peu retardé mentalement veut se marier avec Elsa, sa compagne depuis de longues années. Est-ce possible?

Les conditions positives:

1. Capacité de discernement
2. 18 ans révolus
3. Interdiction ⇒ consentement

Les conditions doivent être étudiées pour les 2 conjoints.

Si Elsa a 17 ans, ils ne peuvent pas se marier. Si les parents d'Elsa donnent le consentement, ils ne peuvent toujours pas se marier. **CC 94** est une restriction à la capacité civile passive.

Si l'officier de l'Etat civil ne contrôle pas leur âge, le mariage ne peut pas être annulé (**104**).

Ni *CC 105*, ni *CC 107* ne prévoient l'annulation du mariage pour des personnes mineures. On ne l'annule pas, puisque quelque temps plus tard, ils pourraient se remarier.

Si 2 hommes se marient et que l'officier de l'Etat civil ne le remarque pas, le TF a tranché que c'était un non mariage (\neq *CC 94*) \Rightarrow il suffit d'intenter une action en constatation du non mariage.

b) Gonzague et Emilie (2)

1. Gonzague et Emilie ne peuvent pas se marier en raison des conditions négatives (cas d'empêchement). Un **lien de parenté** qui repose sur l'adoption les unit (*94 II*). Gonzague bien qu'il ne soit que le fils juridique, a un lien de parenté. Le lien de parenté est collatéral et de 2^e degré (pas de 1^{er} degré en collatéral).
2. Gonzague peut se marier sous le nouveau droit avec sa tante Emilie (a*CC 100* \rightarrow *CC 95 I*).
3. Si Gonzague voulait se marier avec sa sœur naturelle (née de ses parents naturels). Comme on ne fait pas attention à ce que le lien soit juridique et naturel (a*CC 100 III*, *CC 95 II*), les empêchements ne sont pas supprimés. L'officier de l'Etat civil peut ne pas le savoir et le découvre par après.

5. La procédure du mariage

1. L'ancien droit (105-119)

L'ancien droit prévoyait une procédure très compliquée. Il y a une procédure de préparation dans laquelle on déclare la promesse de mariage au domicile et dans la commune d'origine. Des tiers peuvent s'y opposer. Cette procédure n'est plus appliquée depuis un moment, car maintenant on n'est plus connu dans le village. La déclaration au lieu d'origine n'est pas plus réaliste.

2. Le nouveau droit (97-103)

a. La conception légale

Le mariage se conclut par la volonté des futurs époux (102 II). Cependant, la loi impose des règles strictes afin de vérifier si les conditions légales sont réunies et si les conjoints se marient en toute liberté et après mûre réflexion. Il s'agit également d'offrir une certaine publicité au mariage et d'en assurer la preuve.

b. La procédure préparatoire

1. La demande en exécution de la procédure préparatoire (98)

Les fiancés doivent déposer une requête auprès de l'officier de l'état civil du domicile de l'un d'eux (98 I). Ils doivent **comparaître personnellement** (98 II) et établir leur identité aux moyen de documents.

Les fiancés peuvent demander l'autorisation de porter le nom de la femme comme nom de famille (30 II). Le mari a le droit de conserver le nom qu'il portait jusqu'alors, suivi du nom de famille (OEC 177a). Si le nom de famille est celui du mari, l'épouse peut également faire précéder ce nom du nom qu'elle portait jusqu'alors (160 II).

2. L'examen des conditions par l'office de l'état civil

La demande est examinée par l'office de l'Etat civil sans publication (*99*). Il examine si la demande a été déposée régulièrement, si l'identité des fiancés est établie et si les conditions du mariage sont remplies.

3. La clôture de la procédure préparatoire

Lorsque les conditions de 99 sont remplies, l'office de l'état civil communique aux fiancés la clôture de la procédure préparatoire et leur indique les délais prévus par l'art. 100 I pour la célébration du mariage (99 II).

Une fois la procédure close (*100*), les fiancés peuvent se marier au plus tôt 10 jours après et au plus tard 3 mois après la clôture de la procédure au maximum.

c. La célébration du mariage

La célébration du mariage est une cérémonie publique au cours de laquelle les 2 fiancés déclarent personnellement à l'office de l'état civil et en présence de 2 témoins vouloir s'unir par les liens du mariage.

§ 3 LES EFFETS GENERAUX DU MARIAGE (CC 159SS)

1. GENÈSE DE LA LOI

Les effets généraux ont été modifiés avec la nouvelle loi sur les effets du mariage depuis le 1.1.88. Avant, a **CC 160** prévoyait que le **chef de famille** était le mari; il décidait de sa profession, du lieu d'habitation de la famille. La femme devait conduire le ménage: elle n'avait pas le choix. La femme ne pouvait pas représenter ou engager l'union conjugale (elle avait besoin du consentement de son mari pour acheter un aspirateur).

Aujourd'hui, la répartition des tâches n'est plus indiquée légalement. Le couple est responsable: ils doivent s'entendre et le juge ne peut rien faire.

2. L'UNION CONJUGALE

1. Union conjugale; droits et devoirs des époux

L'union conjugale se présente comme un effet de la conclusion du mariage (159 I). Cette union est **naturelle, morale, domestique et économique, mais elle n'a pas de personnalité juridique** (≠ une personne morale). Par contre, cette communauté n'est pas sans ressemblance avec une société commerciale (CO 530ss). L'union conjugale instaure entre les époux une véritable relation de partenaires, qui doivent œuvrer ensemble et d'un commun accord afin d'assurer la prospérité de la communauté qu'ils forment (159 II). Ce principe fondamentale régit l'ensemble des rapports conjugaux et constituent le fondement de l'interprétation des droits et obligations de chacun des époux.

Les règles des **CC 159ss** sont **impératives** et s'appliquent quel que soit le régime matrimonial des époux. Il faut d'abord voir **les effets généraux!** avant de voir le régime matrimonial. Le couple doit veiller à la prospérité de l'union conjugale et Veiller à l'entretien des enfants. ⁷C'est une obligation dont on ne peut pas demander l'exécution forcée. Mais le juge peut rappeler leurs époux à leur devoir et tenter de les concilier (**CC 172**): mesures protectrices⁸.

En créant l'union conjugale, le couple s'oblige à mener **une vie commune** et vivre dans la **même demeure**.

2. L'organisation de la vie conjugale

Le couple **se répartit les tâches selon leur entente**. L'aménagement de l'ordre interne de l'union conjugale, de mêmes que celui des relations externes, incombe ainsi aux époux eux-mêmes.

3. LE STATUT PERSONNEL DES ÉPOUX

1. Le nom (CC 160)

1. Les principes

Les époux et leurs enfants ont un nom de **famille commun**. A défaut de démarche spéciale des fiancés, ce nom est celui du **mari**.

Mais la fiancée peut **garder son nom** suivi de celui du mari

L'époux peut aussi faire suivre son nouveau nom de famille par son ancien nom, en joignant les 2 noms par un trait d'union (les hommes dont le nom est courant peuvent rajouter celui de leur femme avec un tiret ≠ **CC 160**). Cette pratique du nom d'alliance relève du droit coutumier. Le nom d'alliance n'a pas la

⁷22.11.1999

⁸ Dans l'ancien droit, la non observation des obligations pouvait rentrer en compte dans la faute et celui qui n'exécute pas ses obligations de **CC 159** ne pourra pas demander les mesures protectrices

qualité de nom de famille légale, mais peut figurer dans certain cas sur les documents officiels. Le nom de la femme est un nom protégé.

2. L'option du fiancé qui ne donne pas son nom à la famille

La fiancée peut déclarer à l'officier de l'état civil vouloir conserver le nom qu'elle portait jusqu'alors, suivi du nom de famille (160 II).

Lors de l'arrêt Burghartz (p.88), la CEDH a décidé que le fait de ne pas pouvoir adopter le nom de la femme est une infraction à l'égalité de traitement (CEDH 8 + 14). CC 160 II est contraire à ces dispositions. La Cour a laissé le mari avancer son nom (→ Schnyder Burghartz) comme peuvent le faire les femmes. Cet arrêt a eu des incidences sur le droit suisse. Aujourd'hui OEC 177a I permet également au fiancé de garder son nom, lorsque le nom de famille est celui de l'épouse. CC 160 II et OEC 177a I brisent l'unité du nom de famille. Seul le nom commun passe aux enfants.

1. Cas No 3: Marc Dupont et Annette Durand

1. CC 160 I ne permet pas qu'un couple adopte le nom de la femme (par amour). CC 30 II donne la possibilité au couple de choisir sur requête le nom de la femme si les époux font valoir **des intérêts légitimes** (la femme est héritière d'une grande entreprise ⇔ pour que ses enfants aient son nom). De nombreux cantons estiment aujourd'hui que la simple déclaration des époux suffit.
2. Normalement selon CC 160 II un mari ne peut pas faire précéder le nom de famille par son nom; mais selon l'arrêt Burghartz cela est devenu possible. Suite à cet arrêt, l'ordonnance sur le registre civil a changé (OEC 177a). L'article prévoit que la fiancée peut conserver son nom suivi par celui du mari et que le fiancé a la même possibilité (1.7.94). On ne voulait pas changer la loi, car la procédure est difficile⁹.
3. CC 270ss consacrent **les effets de la filiation**. Le nom des enfants est prévu à CC 270 I. Si on procède selon CC 30 II, le nom de la famille est Durand (celui de la mère) et les enfants s'appellent Durand. Si on procède selon CC 160 II, le nom de la femme est Durand Dupont. Le nom de la famille est Dupont ⇒ les enfants sont Dupont.

2. Cas No 4

Elle va s'appeler Müller Dupont par une simple déclaration juste avant le mariage. Vaut donc pour le nom gardé après le divorce ⇒ tout nom avant un nouveau mariage. Le nouveau nom est Müller Durand.

2. Le droit de cité (161)

Le droit de cité est le lien particulier qui unit une personne à une commune, lien appelé aussi bourgeoisie.

Le mariage influence le droit de cité de l'épouse et des enfants, mais non celui du mari. En particulier, l'épouse acquiert le ou les droits de cité de son mari sans perdre son ou ses droits de cité célibataire (161). **Le droit de cité du mari fait foi**, mais la femme **ne perd pas** pour autant son droit de cité cantonal et communal qu'elle avait comme célibataire. **Le droit de cité des enfants est celui du père** (271).

CC 161 ne s'applique que si les 2 époux sont **suisses**¹⁰.

Le TF a décidé que le droit de cité de l'homme viole l'égalité de traitement: la femme ne peut pas donner son droit de cité et le mari ne peut pas acquérir celui de sa femme¹¹. Le TF estime que l'on doit respecter cette infraction à l'égalité parce qu'il n'y a pas de contrôle de constitutionnalité et puisqu'il estime que CEDH ne peut pas être invoqué, la disposition ne protégeant pas ce droit.

3. Demeure commune (162), domicile et logement familial (169)

1. La demeure commune choisie par les époux

Le mariage implique, en principe, que les époux vivent ensemble et aient ainsi une demeure commune.

CC 162 oblige les époux à vivre ensemble. Les époux choisissent ensemble **la demeure commune**. Les

⁹ Projet Suzette Sandoz: les époux peuvent choisir leur nom. Le nom n'est plus l'image de l'unité de la famille.

¹⁰ RS. 142. O L sur l'acquisition et la perte du droit de cité si un des époux est étranger

¹¹ 125 III 209 (allemand)

époux optent ensemble pour la solution qui répond le mieux aux intérêts de l'union conjugale. En cas de désaccord, l'exécution forcée n'est pas possible. Le juge ne peut que rappeler aux époux leurs obligations (rôle limité de conseiller). Les époux peuvent avoir une demeure à eux et une demeure commune ou même aucune demeure commune.

Le mari peut vivre à Zürich et la femme à Berne, sans qu'il y ait une séparation au sens de **CC 147**. Ils n'ont pas de demeure où ils vivent en couple (les époux Metzler: Madame à Berne et Lukas à Appenzell).

N'importe quel lieu ou endroit où l'ont vit la vie de couple peut être une demeure commune.

2. Le domicile des époux

La demeure commune est normalement **le domicile du couple**. Mais il est possible que le domicile du couple soit à des endroits différents de la demeure commune. Le domicile des personnes mariées se détermine exclusivement selon les dispositions ordinaires sur le domicile. En principe, il s'agit d'un domicile volontaire au lieu où il ou elle réside avec l'intention de s'y établir (23). Exceptionnellement, l'un ou l'autre époux peut avoir un domicile subsidiaire (24) ou un domicile dérivé (25 II)¹².

Domicile et demeure commune **ne correspondent pas** forcément¹³.

4. ENTRETIEN DE LA FAMILLE

1. En général (163, 159 II-III)

Les époux doivent pourvoir **ensemble aux besoins de la famille**. Ils conviennent **librement** du mode et de l'étendue de la contribution de chacun, tout en tenant compte des **facultés** de chacun d'eux et des besoins familiaux (selon ce qu'il peut avec sa bonne volonté). Si une femme décide de rester à la maison pour ne rien faire et que le mari gagne peu, on peut demander à la femme de contribuer à l'entretien de la famille. Normalement, le couple se met **d'accord (163 II)**.

Les différentes sortes de contributions des époux sont considérées comme **égales**. Il s'agit d'une égalité idéale et non mathématique. **Les façons de contribuer se valent**. L'entretien par une activité lucrative correspond donc à l'entretien du foyer.

CC 163 I exige de contribuer **d'une manière convenable**. Le devoir de pourvoir à l'entretien convenable de la famille incombe tant au mari qu'à la femme (163 I-II). Un entretien convenable correspond à ce que décide le couple. Ils peuvent décider de vivre selon le minimum ou mener un train de vie luxueux. Les conjoints sont **tenus** de ce qu'ils ont décidé ensemble et doivent y contribuer¹⁴. Mais ils doivent convenir de quelque chose de proportionnel à leurs ressources. L'entretien convenable est déterminé par la situation de la famille. Cette situation dépend essentiellement des ressources des époux. L'étendue de l'entretien est cependant aussi fonction des besoins de la famille et du train de vie que les époux décident d'adopter d'un commun accord. Ce sont des **critères objectifs** qui déterminent ce qui est convenable.

La famille est englobée dans l'entretien. Les charges à supporter par les époux au titre de l'entretien de la famille incluent celles relatives à leur propre entretien et à celui de leurs enfants (communs). **Exception** : **CC 278 II** prévoit qu'un conjoint aide à l'accomplissement de l'obligation d'entretien des enfants nés dans un autre mariage. C'est une obligation d'assister. Cette obligation est subsidiaire à l'obligation d'entretien.

2. Montant équitable a la libre disposition de l'époux au foyer (164)

1. Généralités

¹² **Cas No. 6**: Où est le domicile de Anne? Pour établir le domicile de Anne, il faut estimer **les liens** que cette personne a créés. En principe, les **liens familiaux** priment. S'il y a des enfants, c'est le lieu où on s'en occupe. Il faut sinon prouver que Anne a créé un domicile à Zürich puisque les liens créés y seraient (**CC 23**) beaucoup plus forts que les liens familiaux

¹³ **Cas No. 7**: Elle ne peut pas le contraindre. Toutefois, celui qui refuse la demeure commune enfreint aux obligations du couple. Il ne peut donc pas appeler à la protection du mariage selon **CC 176** d'organiser la vie séparée. **CC 175** énumère les causes pour lesquelles on peut vivre séparément

¹⁴ Si un époux ne respecte pas son devoir d'entretien, son conjoint peut requérir des mesures protectrices du juge (172ss) et l'aide de la collectivité.

Un époux peut prétendre à un montant équitable que doit lui servir son conjoint et dont il peut disposer librement. Ce montant relève de l'entretien global de la famille, mais se distingue de l'entretien dû selon 163. Cette disposition concrétise le droit de chacun des époux à une certaine autonomie financière si les revenus de la famille le permettent.

L'époux qui a une activité à l'extérieur voit son revenu tomber dans les acquêts (197 II 1). En effet, sont acquêts les biens acquis par un époux à titre onéreux pendant le régime. Selon **201**, chacun des époux a la libre disposition de ses acquêts. Celui qui reste au foyer est donc dépendant. **CC 164** veut remédier à cette inégalité pour donner la même indépendance à l'autre époux. Cet argent n'est pas de l'argent de poche. Cet argent fait partie de l'entretien selon **CC 163**. Par contre **CC 164** va plus loin.

→ *Un couple dont le mari joue au golf. Sa femme selon 164 peut pratiquer un sport équivalent ou utiliser la même somme d'argent pour faire quelque chose.*

Le but est que le conjoint ai le même pouvoir de disposition:

→ *Si un conjoint est radin, il ne peut pas empêcher sa femme de dépenser plus, parce que lui-même dépense peu.*

2. La détermination de la contribution

On prend des critères objectifs pour déterminer cette indépendance financière. La répartition se fait d'abord eu égard à la situation particulière de chacun des époux. Le montant dépend en outre du niveau de vie du couple et des besoins spécifiques que chacun des époux entend couvrir par les moyens à sa disposition exclusive. Ce montant doit être ajusté si les circonstances changent.

L'exécution forcée de cette créance est possible parce que c'est une obligation, une dette¹⁵. Les prétentions selon **CC 164** et **165** doivent être déposées au plus tard au jugement du divorce, mais on peut aussi les faire valoir avant.

3. Compensation due pour la contribution extraordinaire d'un époux à l'entretien de la famille (165)

CC 165 I prévoit **une collaboration dans la profession** ou dans l'entreprise de l'autre, dans une mesure notablement supérieure à ce qu'exige la contribution d'entretien de la famille (163).

Cette disposition veut donner **une prétention au conjoint qui travaille plus** que ce qui a été convenu. Les critères objectifs déterminent cette contribution extraordinaire. Lorsque l'aide de l'époux dépasse, par sa nature, son volume ou sa durée, de manière notable la contribution normale à l'entretien de la famille de 163 II. Cela doit être admis lorsque la contribution de l'époux à la profession ou à l'entreprise de son conjoint équivaut quasiment aux services d'un employé salarié¹⁶.

Conséquences: **l'époux a droit à une indemnité équitable** (ce qui ne correspond pas à des dommages-intérêts). Une rémunération des services rendus est due. On doit prendre en considération de la situation du moment où l'indemnité est demandée. On regarde les avantages dont le conjoint a pu profiter (train de vie supérieur, un montant à libre disposition supérieur, un avantage successoral) ⇒ cela est juste que le conjoint ait une indemnité équitable.

¹⁷ Selon CC 165 I, la collaboration à la profession ou à l'entreprise d'un époux de manière "extraordinaire" par rapport à ce qu'exige CC 163. Si ces conditions sont remplies on a le droit à une indemnité équitable (qui ne correspond pas à une indemnité en dommages-intérêts, mais correspond à celle-ci au maximum). Les circonstances sont à prendre en considération.

L'ATF 120 II 280¹⁸

Etat de fait: L'épouse travaille dans l'entreprise de son époux. Le tribunal cantonal avait établi qu'elle avait travaillé de longues années (devis, téléphone, factures). Cette activité semblait **régulière**: elle disposait d'un bureau; cela correspondait au travail d'une **secrétaire rémunérée**.

Conséquence: En général, l'indemnité équitable est demandée au moment du divorce¹⁹. La demande peut se faire au plus tard au moment du divorce. Cas: l'homme avait donné trop en argent (CC 165 II).

¹⁵ 123 III 433 p.95

¹⁶ *Entrepreneur où la femme s'occupe du bureau* 120 II 280 p.92

¹⁷ 29.11.99

¹⁸ p. 92

Comment établir l'indemnité équitable? Il faut prendre en compte tous les avantages dont bénéficiait la personne pendant le mariage et au moment de la séparation des régimes matrimoniaux. Par exemple un train de vie supérieur. Considérant 6, le montant à la libre disposition (CC 164); les droits successoraux; le droit de la séparation du régime matrimonial.

Ainsi on tient compte:

- **du train de vie supérieur**
- **du montant à libre disposition**
- **des droits successoraux** (qui périment au divorce), **au régime matrimonial.**

L'indemnité doit être particulièrement haute puisque la femme perd dans ce cas presque tout.

§4 LA REPRÉSENTATION DE L'UNION CONJUGALE (166)

A. LES CONDITIONS

1. La vie commune

Les époux doivent vivre ensemble. Le pouvoir de représenter l'union conjugale n'existe que **pendant la vie commune**. Le pouvoir de représentation cesse si la vie commune a été **suspendue**. La vie commune se déroule en règle générale dans la demeure commune du couple qui constitue en même temps le logement familial.

Quid s'ils vivent **séparément** la semaine et se retrouvent le week-end? Les époux continuent de représenter valablement l'union conjugale, lorsque les engagements pris tendent à la satisfaction des besoins du ou des ménages du couple.

2. Pour le compte de l'union conjugale

Si l'époux agit pour ses propres intérêts, il n'engage pas l'union conjugale. Il faut avoir la **volonté** de représenter l'union conjugale. Il n'y a pas à le dire explicitement. Le tiers n'a pas vraiment à le savoir.

3. Pour satisfaire les besoins de la famille

Chaque époux représente l'union conjugale pour les besoins courants de la famille. Les besoins courants sont ceux qui se renouvellent constamment, quelle qu'en soit la fréquence. Il faut le déterminer selon la situation sociale et économique de la famille.

Les **traitements médicaux et les frais pharmaceutiques** font en principe partie des besoins courants du ménage. Certains traitements doivent toutefois en être exclus en raison de l'importance des coûts ou de la nature du traitement²⁰. La délimitation n'est pas toujours facile; elle peut se faire à l'aide du critère de la **prévisibilité des dépenses encourues**.

Sont exclus, la voiture, les grands meubles, les bijoux, la maison, les frais pour l'établissement des enfants hors du ménage (par exemple, il faut le consentement pour les placer dans une crèche).

B. L'ÉTENDUE DU POUVOIR

¹⁹ATF 123 III 433, p. 95

²⁰ ATF 112 II: Le mari devait subir une greffe du reins (la 3^e, pas prise en charge par la caisse maladie). Les frais (300'000.-) étaient déjà engagés. Le mari est décédé. Le TF a dit que la femme n'était pas débitrice, puisque cela faisait exploser le budget ordinaire de la famille. Avec cette arrêt, la femme aurait pu empêcher son époux de faire cette greffe. Le conjoint n'a pas à donner de consentement ⇒ pas de dette solidaire

Le pouvoir de chaque époux (pas seulement de la femme) consiste en la représentation pour les besoins courants de la famille²¹. Les actes nécessaires à cet effet du conjoint ou une autorisation du juge n'est pas requise. Par ces actes, l'époux contractant s'engage personnellement et oblige sont conjoint. On n'engage pas la responsabilité d'une entité spéciale.

2. Le pouvoir extraordinaire

Le pouvoir de représentation s'étend à tous les autres besoins de la famille, soit à tous ceux qui ne sont pas courants au sens de 166 I. Ce pouvoir existe soit parce que l'époux a obtenu l'autorisation de son conjoint ou du juge (166 II/1), soit en vertu de la loi, lorsqu'il est nécessaire d'agir d'urgence (162 II/2).

1. Le pouvoir conféré par le conjoint ou le juge**a. Le consentement du conjoint**

L'époux doit obtenir l'autorisation de son conjoint. Cette autorisation comporte le pouvoir de prendre des engagements et, si cela est nécessaire, celui de disposer des biens du conjoint ou des biens communs. Par exemple, si on veut placer les enfants à la crèche, il faut le consentement du conjoint ou s'il ne veut pas, le demander au juge (CC 172). Idem pour l'achat d'une voiture. Il est possible d'acheter l'automobile sans consentement. L'acheteur sera dès lors seul engagé.

b. L'autorisation du juge

Le code envisage l'éventualité où un époux se heurte au refus de son conjoint d'autoriser une affaire qui est dans l'intérêt de l'union conjugale et qui, par voie de conséquence, justifie la responsabilité solidaire en résultant pour les deux époux.

Pouvoir ordinaire	Pouvoir extraordinaire
Besoins courants	Au-delà des besoins courants
	Consentement Urgence

Cet article veut permettre à l'époux sans ressource du conclure des contrats. Il voulait lui donner la possibilité de bénéficier de la responsabilité solidaire²².

2. Le cas d'urgence

Chaque époux dispose d'un pouvoir de représentation en cas d'urgence (166 II/2). Ce pouvoir existe lorsqu'une affaire concernant les besoins non courants de la famille doit être traitée sans retard et que l'époux qui s'en occupe ne parvient pas à recueillir à temps le consentement de son conjoint, parce que celui-ci est empêché par la maladie, l'absence ou d'autres causes semblables. Par exemple, si un conjoint est dans le coma à l'hôpital, si la situation ne souffre aucun retard.

Le pouvoir extraordinaire est délimité dans son étendue et sa durée, par les intérêts à sauvegarder. Il ne peut concerner que les actes nécessaires et il n'existe que pour la durée pendant laquelle il est impossible à l'époux représentant l'union conjugale de recueillir soit le consentement du conjoint soit une autorisation judiciaire.

Chaque époux peut toujours agir personnellement sans engager l'union conjugale.

C. LES EFFETS DE LA REPRÉSENTATION DE L'UNION CONJUGALE

Il y a plusieurs sortes d'effets.

1. Les obligations solidaires

Chaque époux s'oblige personnellement par ses actes et il oblige solidairement son conjoint en tant qu'il n'excède pas ses pouvoirs d'une manière reconnaissable pour les tiers (166 III) (représentation solidaire). Cette obligation solidaire naît dans deux cas:

1. Le 1^{er} effet de la représentation est que l'époux qui agit s'oblige personnellement. L'époux représentant l'union conjugale est le premier obligé par les actes accomplis, même en tant que représentant de la

²¹ L'union conjugale n'est toutefois pas une personne morale, pour les effets, voir CC 166 III

²² Exercice 5 - Il faut faire une demande selon CC 30 I pour un changement de nom. Cela sera facilement accepté. ce n'est pas le cas pour un nom rare

société conjugale, au contraire de son conjoint, qui n'est tenu des dettes contractées que dans la mesure où les conditions de 166 sont remplies.

2. Le 2° effet est d'obliger solidairement le conjoint du représentant. Cette solidarité découle de la loi et naît du seul fait que l'acte a été accompli par une personne mariée et qu'il vise à satisfaire un besoin de la famille. La solidarité doit renforcer la position des 2 époux. Elle doit permettre à chaque époux de pourvoir aux besoins de la famille de manière autonome, sans devoir recourir au concours ou à l'autorisation du conjoint.
- Lorsque on agit dans le cadre des al. 1 et 2;
 - Lorsque on excède ce cadre dans une mesure non reconnaissable (protection de l'apparence).

2. Les obligations strictement personnelles ou la responsabilité en cas d'excès du pouvoir de représentation

Lorsque le tiers contractant est de bonne foi, l'effet de 166 se produit même si l'époux qui a agi a excédé ses pouvoirs. Le tiers n'est donc protégé que s'il ne savait pas et ne devait pas savoir que le pouvoir de représentation de son cocontractant n'existait pas.

- En ce qui concerne le **pouvoir de représentation ordinaire**, les tiers ne peuvent se fier à la **nature de la transaction** et, dans une certaine mesure, **au mode de vie apparent des époux** (principe de la confiance). Il s'agit de savoir s'il était reconnaissable pour le tiers que, selon ce qu'il savait ou pouvait savoir de la situation de la famille, le représentant faisait une dépense inconsidérée ou que cette dépenses ne concernait pas les besoins de la famille.
- L'excès n'est pas reconnaissable de la même manière en ce qui concerne la **représentation extraordinaire**. Dans ce cas, le cocontractant doit toujours s'assurer qu'une de ces conditions légales est remplie. Si le **consentement du conjoint ou du juge est requis**, le tiers doit en établir l'existence et l'étendue pour pouvoir en déduire des droits. Il n'est pas protégé au-delà des pouvoir effectivement conférés. 166 III est sans objet à cet égard.
- Quant au **pouvoir extraordinaire en cas d'urgence**, les circonstances de la transaction doivent avoir été telles que le tiers pouvait raisonnablement en déduire que son cocontractant agissait dans une situation d'urgence.

L'obligation est strictement personnelle lorsque on excède ce cadre dans une mesure reconnaissance pour les tiers (renvoi à CC 8 II)²³.

3. Conséquences sur les rapports internes

166 ne désigne pas celui des époux qui, dans les rapports internes, supporte la dette, car il ne concerne que les rapports des époux avec les tiers.

L'attribution interne des dettes dépend d'abord de la **répartition de la charge d'entretien ou d'autres conventions** entre ceux-ci au sujet dans actes accomplis en application de 166. Si un époux s'acquitte des dettes familiales dans une trop large mesure, il pourra se prévaloir soit de CC 163 et CO 148 II, soit de CC 165 II, pour obtenir le remboursement ou une indemnité équitable.

L'attribution des dettes se fait deuxièmement en fonction du **régime matrimonial**. Dans le régime ordinaire et dans le régime de la séparation des biens, les 2 époux répondent de leurs dettes sur tous leurs biens (202,

²³ Par exemple, une stéréo de 5'000.- en général n'est pas un besoin courant. Mais si la femme achète chaque année une telle chaîne et cela n'a pas posé de problème pendant 10 ans, le vendeur peut partir de l'idée que c'est un besoin courant ou que la femme dispose du consentement de son époux. Mais un tel montant est à la limite.

Pour des skis, s'il y a achat chaque année ⇒ le vendeur peut partir de l'idée que c'est un besoin courant.

EXERCICE 11

Est-ce un besoin courant? une voiture est un outil pour les achats. Mais! Sylvie est propriétaire de la voiture (voir aussi les exigences générales: couples...). Cela change-t-il quelque chose? Elle apporte sa propriété pour subvenir aux besoins familiaux. Ce n'est pas un outil de loisirs.

Si la voiture servait à aller au travail: une dépense pour le travail ⇒ plutôt personnel et elle devrait payer avec son gain. Mais si le revenu est modeste et qu'elle a besoin de la voiture pour travailler ⇒ on peut aller jusqu'à l'urgence.

In casu, on peut engager selon CC 166 I, le besoin est courant et le coût relativement faible.

Un montant élevé n'entre jamais dans les besoins courants, même si cela pourrait être objectivement possible (budget ordinaire mensuel). Si dès lors ce n'est pas un besoin courant. Il faut voir s'il y a le consentement du mari. S'il fait défaut, il faut faire appel au juge. Le garagiste peut reconnaître l'excès si le montant s'élève à 10'000.-!!!

249).

Cela dépend de ce qui a été conclu. Si le mari et la femme ont conclu de subvenir ensemble aux besoins de la famille (1/3 et 2/3), les deux contribueront à la dette. L'al. 3 prévoit les seuls effets extérieurs. Les effets internes se déterminent selon CC 163.

D. LE RETRAIT DU POUVOIR OU LA FIN DE LA REPRÉSENTATION DE L'UNION CONJUGALE

a. L'extinction du pouvoir ordinaire par effet de la loi

Le pouvoir de représentation ordinaire s'éteint de **manière automatique** lorsque le **mariage est dissous**. Le pouvoir de représentation des époux n'est **suspendu qu'en cas de séparation des époux**.

b. L'extinction du pouvoir extraordinaire

En ce qui concerne le pouvoir extraordinaire, c'est-à-dire la représentation de l'union conjugale au-delà des besoins courants de la famille, **chaque époux** peut limiter d'emblée ou restreindre, voire supprimer par la suite les pouvoirs accordés à son conjoint (166 II/1).

De même le **juge** peut préciser les pouvoirs qu'il confère à l'époux requérant (166 II/1), de sorte que ceux-ci prennent fin automatiquement une fois accomplis l'opération ou l'acte envisagés.

Le pouvoir extraordinaire en **cas d'urgence** s'étend en principe aux seuls actes qui doivent être effectués dans l'immédiat.

c. Le retrait judiciaire du pouvoir ordinaire fondé sur 174

1. Remarques préliminaires

Le **pouvoir ordinaire de représenter l'union conjugale** découle de la loi. Une privation de ce droit ne peut être décidée que par le juge, en tant que mesure protectrice de l'union conjugale. Il n'y a pas de retrait unilatéral possible du pouvoir ordinaire. Seul le juge peut faire ce retrait (CC 174).

Chacun des époux peut demander au juge de **retirer les pouvoirs de représentation** de son conjoint lorsque celui-ci excède son droit de représentation ou s'en montre incapable. Le retrait a pour but de protéger le conjoint contre les effets de la responsabilité solidaire fondée sur l'art. 166 I.

En principe, la décision judiciaire ne peut concerner **que le pouvoir ordinaire de représentation**.

2. Les conditions matérielles du retrait

L'époux doit **avoir excédé ses pouvoirs de représentation ou se monter incapable de les exercer**. Ces défauts doivent compromettre de manière importante les intérêts de la famille et avoir un caractère durable.

3. une décision du juge

Elle est prise, sur requête du conjoint, dans le cadre de la procédure des mesures protectrices de l'union conjugale (172ss). A ce titre, elle est en principe précédée d'un essai de conciliation ou d'admonestations (172). S'il y a péril en la demeure, le juge peut prendre immédiatement des dispositions provisionnelles ou superprovisionnelles prévues dans la procédure cantonale.

4. Effets de la décision

Ils se produisent en principe **dès l'entrée en force de la décision**. L'époux, privé en tout ou en partie de son pouvoir de représenter l'union conjugale, s'oblige personnellement s'il effectue tout de même des actes de cette nature.

La responsabilité du conjoint pour ces actes dépend, en revanche, de la **notification faite aux tiers** du retrait ordonné par le juge. Le retrait est immédiatement opposable aux tiers qui en ont connaissance. Le tiers doit pouvoir savoir que la personne n'a plus le pouvoir. Deux cas peuvent se présenter:

- Une telle communication ne peut se faire que par avis individuels pour ménager le conjoint auquel le pouvoir est retiré. Une tierce personne est informée personnellement par l'autre conjoint.
- Si la nécessité d'une publication se fait sentir elle ne peut être prononcée que par le juge compétent. La publication rend le retrait opposable même aux tiers de bonne foi, c'est-à-dire même aux tiers qui n'en aient pas connaissance ou n'auraient pas dû le connaître, qu'il aient été informés par avis individuels ou non (174 III);

Si par la suite, la déchéance prononcée ne se justifie plus, **l'époux privé de son pouvoir peut demander au juge d'être réintégré dans ses droits**. L'initiative peut aussi être prise par l'époux qui avait requis le retrait des pouvoirs de représentation de son conjoint. Celui qui se sent lésé doit faire une demande au juge: le retrait est nécessaire pour les intérêts de la famille.

E. LA LIBERTÉ JURIDIQUE DES ÉPOUX DANS LES RAPPORTS AVEC UN TIERS

1. Les rapports juridique entre époux en général

Selon 168, les époux peuvent conclure **des actes juridiques entre eux et avec des tierces personnes**.

1. La portée de 168

Le mariage n'a **pas d'effet sur la capacité civile** et sur la liberté juridique des époux. Selon 168, les époux peuvent donc conclure **tout acte juridique entre eux**. Les époux sont libres dans leurs actes bilatéraux et dans toute autre manifestation de volonté tendant à créer, modifier ou supprimer un droit ou une relation juridique. 168 exprime le principe de la pleine capacité civile des époux, mais il réserve les **dispositions légales contrares**. De telles restrictions s'appliquent de manière égale à l'homme et à la femme. Les actes suivants nécessitent le consentement du conjoint:

- Cautionnement (CO 494 I)
- Vente par acomptes (CO 226b)
- Vente avec paiement préalable (CO 228).

La justification de ces restrictions réside dans la particularité des liens entre époux. 159 oblige de manière très générale chaque époux à des égards et à la fidélité envers son conjoint ainsi qu'à assister celui-ci en cas de besoin.

Le fait d'être marié n'affecte en définitive pas la capacité civile (13-17). Cela n'a cependant pas toujours été le cas. Avant 1984, la femme était restreinte dans sa capacité civile active. Le mari devait la représenter pour tous ses actes concernant ses apports (biens propres); pour tous les actes qui obligeaient l'épouse, celle-ci ne répondait que sur ses biens propres. Aujourd'hui la capacité civile active n'est plus limitée. Cela vaut également pour la poursuite pour dettes et faillite. Ils répondent avec leurs biens (parts aux acquêts).

2. L'exercice d'une activité professionnelle par les époux

a. Principes

Le plein exercice des droits civils implique pour chaque époux la liberté d'exercer une profession ou d'exploiter une entreprise et d'effectuer tout acte juridique que comporte cette activité. Cela découle de 12, 13, 168 et 167. Chaque époux peut exercer hors du foyer **l'activité rémunérée** de son choix, en tant que salarié ou indépendant. La loi couvre également l'activité **non lucrative**. Chaque époux détermine librement le type de ses activités non domestiques et les modalités de celles-ci (volume, salaire, horaire...). C'est là un aspect de la liberté personnelle²⁴.

159 et 167 implique l'obligation pour l'époux qui exerce une activité professionnelle de la rendre aussi compatible que possible avec la vie familiale. La liberté dans le choix professionnel des époux peut entrer en conflit avec les égards que se doivent mari et femme, ainsi qu'avec les intérêts matériels et moraux de l'union conjugale et de la famille. Le droit à l'activité professionnelle est un droit inconditionnel²⁵.

²⁴ Avant, le mari pouvait refuser que la femme exerce une profession.

²⁵ Mais CC 167 prévoit une restriction dans l'intérêt de l'union conjugale et du conjoint. Si cet article n'existait pas, on pourrait se fonder sur CC 159.

b. Modalités

Les décisions à prendre en ce qui concerne l'activité professionnelle des époux sont d'abord une **affaire commune dont les époux doivent débattre et qui doit en principe trouver une solution respectueuse tant des intérêts individuels que de l'intérêt de la famille.**

Des facteurs tels que les aptitudes de chacun des époux, la situation de la famille et le marché du travail influencent le choix du travail et de la répartition des tâches entre les époux.

c. Conséquences en cas de désaccord des époux

167 ne permet pas à un époux de s'opposer à l'exercice par son conjoint d'une activité professionnelle ou d'une autre activité non rémunérée hors du foyer. En cas de désaccord, la liberté personnelle des époux l'emporte, et chaque époux peut exercer l'activité de son choix.

La violations des devoirs matrimoniaux de 167 n'entraînent presque pas de sanctions. Un conflit à ce sujet peut être soumis à un office de consultation conjugale ou familiale (171) ou au juge des mesures protectrices de l'union conjugale. Celui-ci n'a qu'une compétence de conciliation (172).

2. Le logement de la famille

1. Généralités

a. Ratio legis de 169

La possession d'un logement est primordiale pour la famille. Il faut éviter que l'époux titulaire des droits dont dépend le logement ne puisse disposer unilatéralement de celui-ci (résiliation du bail, vente de la villa familiale).

La protection du logement familial résulte de certaines exigences légales qui déploient leurs effets entre époux (169) et de restrictions qui frappent les actes de tiers (121, CO 226m-226o). Ces exigences sont certes de nature à **entraver le déroulement des affaires.**

b. Le champ d'application

169 est applicable dès lors qu'un acte de l'époux titulaire des droits sur le logement familial compromet le maintien du logement de la famille, dans l'immédiat ou, même potentiellement, dans le future. Sans approbation par le conjoint ou par le juge, cet acte est nul \Leftrightarrow c'est une restriction de la capacité civile active.

La réglementation légale protégeant le logement familial est de **nature impérative** et **exclut la protection de la bonne foi de tiers.**

2. L'objet de la protection légale: les droits sur le logement de la famille

a. Le logement

Il faut entendre tout local à usage d'habitation que ce soit dans un immeuble ou une autre construction, même mobile. Il faut exclure les locaux à caractère uniquement professionnel, agricole, industriel ou commercial.

Il faut un logement, soit le local nécessaire pour l'habitation, c'est-à-dire où la famille loge normalement, où il y a son centre d'intérêts. En général, le domicile des enfants est le logement de la famille (pas nécessairement pour les époux).

b. Le logement familial

Le logement a un caractère familial lorsque, de **par la volonté des époux, il est destiné à les abriter, eux et leurs enfants mineurs.** Pour la famille, soit pour abriter les parents et les enfants. Même s'il n'y a pas d'enfants, on peut parler de famille. La ratio legis reste la même. Cela vaut également si le 2^e conjoint part, et c'est l que la protection de CC 169 est la plus importante (également si une demande de divorce) sinon cela perdrait tout intérêt.

Tous les logements habités ou destinés à être habités par les époux ou l'un d'eux avec leurs enfants ne sont cependant pas des logements de la famille au sens de 169. La doctrine a élaboré 2 critères:

1. les locaux destinés à servir comme logement de la famille **doivent être nécessaires pour abriter la famille.**
2. le logement familial en tant que **centre de vie de la famille** devrait constituer en même temps le domicile des époux (23) et des enfants (25 I).

c. Les droits sur le logement

La loi entend couvrir toute forme de maîtrise juridique d'un époux sur le logement familial, que son fondement soit de nature obligationnelle ou réelle. Quels sont les droits qui sont soumis à cette restriction?

1. 169 vise le **droit au bail**, appartenant à celui des époux qui a conclu le contrat avec le bailleur.
2. 168 a en vue les droits dérivant de la **propriété** du logement familial.
3. Tout autre droit réel

3. La mise en œuvre de 169

L'époux titulaire du logement de la famille doit avoir le consentement de son conjoint pour tout acte qui restreindrait les droits dont dépend le logement familial. L'autorisation du juge peut remplacer le consentement du conjoint (169 II).

a. La nature de la restriction imposée au titulaire du logement

168 se présente comme une restriction de la capacité civile active de l'époux titulaire de droits sur le logement, plutôt que comme restriction de son pouvoir d'en disposer. 169 relève de la protection de l'union conjugale et constitue donc du droit impératif.

b. Les actes juridiques visés: aliénation, droit de gage

1. En général

Le logement familial n'est protégé que contre certains actes de disposition de l'époux titulaire du droit sur ce logement:

- Négativement, 169 n'a d'effet ni par rapport à des actes de fait ou des omissions, ni en cas d'exécution forcée. **L'inaction du titulaire** qui mène à la perte du logement de la famille n'enfreint pas 169, mais elle peut constituer une violation des devoirs découlant de 159.
- Positivement, 169 vise **tout acte juridique ayant comme effet la perte du logement familial ou qui soit rend le droit d'occuper les locaux très précaire, soit crée des conditions d'habitation insupportables.**

Les juridiques visés consistent notamment à renoncer à une servitude, à un usufruit, à la constitution d'un usufruit, d'un droit de logement (mais en général plutôt la renonciation à un droit qui existe déjà). La constitution d'un droit de gage sur la maison. En général, un époux peut constituer unilatéralement un tel droit de gage. Mais jusqu'à quel montant? on peut provoquer l'exécution forcée par un tel acte, pas possible si 4/5 de la maison sont déjà grevés avec des droits de gages (possible pour le 1^{er} rang jusqu'à 80% de la valeur de la maison).

2. La résiliation du bail par l'époux locataire

CO 226m étend la portée de 169 à la relation avec le bailleur du logement familial.

3. L'aliénation de la maison ou de l'appartenant de la famille

Il s'agit de tout acte qui aboutit à transférer la propriété du bien-fonds sur lequel se trouve le logement de la famille. Ce transfert peut résulter d'une vente, d'une donation, d'un échange ou de l'apport du bien-fonds dans une société.

169 **s'applique même lorsque l'époux propriétaire réserve pour lui et son conjoint l'usufruit, un droit d'habitation ou un bail** sur le logement familial. 169 n'est pas contre **pas applicable**, s'il y a vente de l'immeuble avec constitution simultanée **d'un droit de propriété par étages sur le logement familial**. Le droit à l'usage du logement n'est alors pas affecté.

4. Le consentement du conjoint

L'acte qui restreint les droits dont dépend le logement de la famille, que cet acte soit le fait de l'époux titulaire du logement ou qu'il émane du bailleur (CO 226m), n'est en principe valable que moyennant le consentement du conjoint. Ce consentement doit être **exprès**, c'est-à-dire se rapporter en termes explicites à la résiliation concrètement envisagée, mais il n'est pas nécessaire qu'il soit écrit. Ce consentement peut être **antérieur, concomitant** ou **postérieur**. Le bailleur doit être au courant du consentement. Mais ce consentement peut intervenir après la résiliation, mais au plus tard au moment de l'acte de disposition (par exemple inscription au RF).

Le conjoint ou le représentant légal de l'époux titulaire des droits sur le logement sont naturellement **libres de refuser leur consentement**.

5. L'autorisation du juge (169 II)

169 II vise 2 hypothèses dans lesquelles **l'autorisation du juge peut remplacer le consentement du conjoint**:

– Lorsqu'il n'est pas possible, pour l'époux titulaire des droits dont dépend le logement familial, de recueillir le consentement du conjoint

– Lorsque le conjoint refuse son consentement à l'acte envisagé **sans motif légitime**

S'il n'est pas possible au conjoint de donner son consentement (absence ou maladie), le juge peut le faire à sa place.

Le refus du conjoint n'est pas légitime si l'acte envisagé ne le prive pas, lui et ses enfants, du logement occupé par la famille ou n'en restreint pas la jouissance d'une manière inacceptable.

L'examen des circonstances concrètes peut révéler une désaffectation totale du logement en tant que logement de la famille, surtout s'il n'y a pas d'enfants mineurs au foyer. Dans un tel cas, l'habitation concernée ne peut plus être qualifiée de logement de la famille au sens de 169.

6. Les effets

a. Effets du consentement ou de l'autorisation

L'autorisation du conjoint ou du juge **habilite l'époux titulaire des droits** sur le logement de la famille à accomplir un acte tombant sous le coup de 169. Si l'acte en question est effectué avant l'obtention d'une de ces autorisations, il est **imparfait**²⁶. Si l'autorisation est donnée subséquemment, le contrat est validé avec effet rétroactif au jour de sa conclusion.

On trouve des articles correspondants dans le CO (226n, 266o) et dans le nouveau droit du divorce (CC 121).

b. Effets de l'absence de consentement ou de l'autorisation

Le contrat obligationnel qui aurait été conclu ou le congé signifié sont **nul et ne produisent aucun effet**. S'agissant d'une nullité absolue, ni l'époux titulaire, ni son conjoint, ni le bailleur ne sont tenus à faire valoir l'inefficacité de l'acte dans un certain délai. La bonne foi du tiers contractant ne joue pas de rôle au plan de la validité de l'acte, sauf en ce qui concerne les données inscrites au registre foncier.

§5 LES MESURES DE PROTECTION DE L'UNION CONJUGALE (171-180)

I. GÉNÉRALITÉS

a. Les objectifs des mesures protectrices

Les époux en proie à des difficultés personnelles, conjugales ou familiales mettant en péril le mariage devaient pouvoir trouver un soutien avant ou à la place des procédures en divorce ou en séparation de corps.

Le but premier de ces mesures est d'amener les époux à se **réconcilier** ou, au moins, à aménager leur vie de telle sorte que la désunion ne se consomme pas et que les chances de restaurer l'entente conjugale soient autant que possible préservées (conseils et médiation des instances extrajudiciaires ou du juge ↔ les mesures judiciaires doivent être subsidiaires).

Le deuxième but des mesures protectrices est de **protéger** les droits d'un seul des époux, voire ceux des enfants (28ss): conflit ouvert ou abandon de la famille par l'un des époux. Ce but peut être atteint par la stabilisation de la situation familiale et l'élimination de certaines problèmes.

²⁶ Le consentement valide un acte imparfait (≈ CC 141). Si une personne mariée résilie son bail, ceci est un acte imparfait (≠ nuls). Le bailleur peut mettre un délai pour que l'autre consente. S'il le fait, l'acte devient complètement valable. S'il ne le fait pas, l'acte tombe. S'il devient valable, il y a effet rétroactif (*ex tunc*).

b. Les 3 principes

1. L'idée est que le juge (172ss) ou les offices de consultation (171) doivent pouvoir **intervenir** avant qu'il y ait action en séparation de corps ou divorce. Il doit prévenir des divorces et empêcher que la séparation intervienne. Le juge n'intervient que sur **requête unilatérale ou commune** des époux (pas d'un tiers).
2. La loi privilégie **les conseils et la médiation des offices de consultation ou du juge**. Il doit rappeler les époux à leur devoir, lors d'une **mission réconciliatrice** (172). La médiation peut être utile, mais n'est pas obligatoire. Le message parlait de l'obligation d'installer des offices de médiation ⇒ cela n'a pas été retenu. L'office de médiation peut être également un office de consultation conjugale et familiale.
3. Tout en privilégiant les accords à l'amiable entre époux, les offices de consultation ne jouent un rôle d'arbitre dans les différends conjugaux. Les compétences du juge dans une procédure tendant à la protection de l'union conjugale aux mesures prévues sont restreintes (172 III). **Le catalogue des mesures prévues est donc exhaustif**. Le juge ne peut prendre que les mesures prévues par la loi (CC 172 III ⇒ CC 173ss)²⁷. Le juge ne peut pas prendre de décision sur des **questions personnelles**. Il ne peut pas entrer dans leur sphère intime. Il peut leur rappeler leur devoir.

c. Les mesures provisoires au sens strict

Les mesures énumérées de 173-178 constituent les mesures protectrices de l'union conjugale au sens étroit. Elles sont complétées par les autres mesures suivantes:

- L'autorisation par le juge de représenter l'union conjugale (166 II/1) ou de disposer du logement familial
- La possibilité qu'a le juge d'astreindre un époux ou des tiers à fournir des renseignements concernant la situation patrimoniale du premier (170 II).

Le droit en vigueur prévoit 3 sortes de mesures de protection de l'union conjugale:

- La protection de la vie commune: CC 173, 174, 166 II;
- La vie séparée: CC 175, 176;
- Les mesures de protection générales: CC 177, 178, 169, 170.

II. CHAMP D'APPLICATION DES DIFFÉRENTES MESURES

Les mesures protectrices sont prévues pour les couples vivant en ménage commun et pour les couples séparés.

a. Couples vivant en ménage commun

Il s'agit d'époux qui ont une demeure commune (162) et un logement familial unique (169); mais il se peut aussi que la vie familiale se déroule plusieurs endroits. Ces couples peuvent demander toutes les mesures prévues aux 171ss, notamment 173ss à l'exception des mesures prévues spécifiquement pour les couples dont la vie commune est suspendue de manière fondée (176).

b. Couples séparés

1. Cas

Le mariage entraîne en principe le devoir pour les époux de vivre ensemble, ce qui implique, comme il a été évoqué ci-dessus, une demeure commune et un logement familial (159, 162, 169). Aucune sanction n'existe à l'encontre des couples mariés qui cessent de vivre en ménage commun. Une sanction indirecte consiste cependant dans le fait que les époux vivant séparés ne peuvent pas tous requérir les mesures protectrices de l'union conjugale.

Un époux peut donc refuser la vie commune, mais il ne peut pas être forcé à vivre avec son conjoint. Faut-il donc une permission pour refuser la vie commune selon CC 175? Selon CC 175, le juge peut ordonner des mesures de protection de la vie séparée, si une suspension de la vie commune soit fondée:

²⁷ **La différence entre 145 et 172.** Selon CC 145, le juge peut prendre des mesures pour les enfants (315a CC). Cela n'est pas prévu par 172. 145 concerne les mesures nécessaires > 172 concerne les mesures prévues par la loi.

a. La suspension de la vie commune est fondée

La suspension de la vie commune est fondée si le couple a cessé de vivre ensemble en raison d'une menace grave:

- La personnalité d'un époux (intégrité physique ou psychique, honneur, liberté personnelle).
- La sécurité matérielle d'un époux (minimum de garanties au plan économique)
- Le bien de la famille (la séparation peut être dans l'intérêt d'un ou des 2 époux et/ou des enfants).

b. Les époux sont dans l'impossibilité de vivre ensemble (176 II)

Lorsque la vie commune se révèle impossible, il s'agit également d'un cas de suspension fondée de la vie commune. On y assimile la situation où l'un des époux refuse la vie commune de manière infondée²⁸.

c. Les époux sont en procédure de séparation de corps ou de divorce

Le droit de cesser la vie commune existe alors de par la loi, à la seule condition que le lien de litispendance soit créé. L'action en divorce et celle en séparation de corps sont soumises chacune à des règles propres quant à la protection de l'un ou de l'autre des époux et/ou à l'organisation de la vie séparée. **175 et 176** ne sont pas applicables, ce qui exclut également l'application directe des mesures de protection de la vie conjugale.

Si la suspension n'est pas fondée, celui qui vit séparément sans raison ne peut requérir le juge d'ordonner des mesures sur la vie séparée. L'autre peut (176 II).

2. Effets de la suspension du ménage commun

Les mesures énumérées à 176 I, III peuvent être requises pour régler l'entretien, l'attribution du logement familial et du mobilier du ménage, la séparation de biens et les questions relatives aux enfants.

Le juge peut:

- fixer des contributions pécuniaires (176 I ch.1): c'est la mesure la plus importante;
- prendre des mesures sur le mobilier ou le ménage;
- ordonner la séparation des biens si elle est justifiée²⁹

III. LE RÔLE DE LA FAUTE

La désunion du couple résultant d'une crise conjugale peut provenir **d'une violation des obligations découlant du mariage, ou avoir une origine autre qu'une telle violation**. Les époux peuvent s'adresser aux offices de consultation (171) ou au juge (172 I, II) dès l'instant où existent des difficultés conjugales d'une certaine importance et de nature à être soumises à ces instances.

En revanche, il découle de 176 II que **l'époux qui refuse la vie commune de manière infondée** n'a pas la légitimation active par rapport aux mesures énoncées dans cet article.

IV. LES MOYENS À LA DISPOSITION DES ÉPOUX

Il y a souvent une procédure de **médiation**. Intervient ensuite (également pour les questions intimes, conseils) un **office** de consultation familiale ou conjugale (171, 172 II). Le juge des mesures de protection de l'union conjugale essaie **concilier** les époux (172 I). S'il est appelé directement, il peut envoyer les époux aux offices de consultation. Si cela échoue, des **mesures judiciaires** peuvent être entreprises pour régler la **vie commune** ou la **vie séparée**.

a. Conseils et médiation

1. Les offices de consultation

²⁸ En pratique, il y a une autre exception: le juge règle la vie séparée s'il n'y a pas de raison, mais que les 2 époux sont d'accord de vivre séparément.

²⁹ ≠ CC 155 qui est une séparation ex lege en cas de séparation de corps

a. Exégèse

Les couples peuvent hésiter à en appeler au juge. Psychologues, assistants sociaux ou conseillers conjugaux spécialisés semblent souvent plus aptes à cette tâche.

Les offices de consultation conjugale et familiale, en revanche, disposent souvent sur place de personnes aptes à donner des conseils et peuvent au besoin faire appel à des spécialistes disponibles rapidement.

Les cantons ont le devoir de veiller à ce que les conjoints puissent dans les difficultés de leur vie d'époux s'adresser, ensemble ou séparément, à des offices de consultation conjugale ou familiales (171). Il s'agit d'une véritable obligation pour les cantons.

Les offices de consultation conjugale ou familiale prêtent leur aide aux couples qui la demandent et leur donnent des conseils dans les difficultés de toute nature de la vie quotidienne.

b. Le recours à la consultation conjugale ou familiale

Les **époux sont libres** de recourir ensemble ou séparément à un office de consultation. Les époux peuvent s'adresser à l'office de leur choix.

c. L'objet de la consultation

Ce sont des difficultés de la vie d'époux, **quelle qu'en soit la nature**.

La consultation a pour but de mettre un terme aux difficultés conjugales. La loi met l'accent sur la **médiation** pour parvenir à un **accord à l'amiable**, à une **conciliation**. **Chaque époux doit** donc donner la priorité à la **recherche d'une solution réalisable** plutôt que de chercher le moyen de l'emporter sur le conjoint.

2. Le juge

a. Les conditions de l'intervention

Le juge n'est saisi que lorsque les époux ensemble ou l'un d'eux requièrent son intervention en vue de prendre des mesures protectrices de l'union conjugale (172 I). Le recours au juge conciliateur suppose qu'un époux ne remplisse pas ses devoirs de famille ou que le couple soit en désaccord sur une affaire importante pour l'union conjugale.

b. La procédure de conciliation: déroulement, but et moyens du juge

La procédure devant le juge conciliateur a un caractère officiel (\neq offices de consultation). La procédure démarre par la requête d'un des époux ou des deux. Le premier but de l'intervention du juge doit être la conciliation des époux afin de favoriser le retour à une vie conjugale et d'éviter la rupture définitive du couple. Le juge a dans ce but le rôle d'un conseiller et d'un médiateur qui prête avant tout aux époux ses bons offices, non celui d'une autorité ou d'un arbitre (172 I).

b. Les mesures judiciaires

Le juge est compétent pour ordonner des mesures contraignantes (172 III). Conditions:

1. Le juge doit être requis par au moins un des époux de prendre de telles mesures.
2. Le besoin des mesures requises doit se faire sentir:
 - Lorsque les mesures non contraignantes paraissent d'emblée inopportunes ou insuffisantes
 - En vertu du principe de la proportionnalité applicable en la matière

V. LES MESURES PROTECTRICES AU SENS STRICT

a. L'entretien

Tant que dure le mariage, les époux doivent assurer ensemble l'entretien de tous les membres de la famille (159, 163ss). En cas désaccord entre les époux à ce sujet, le juge peut requis par un époux ou par les deux de déterminer les contributions dues de part et d'autre³⁰.

³⁰ **EXERCICE 3: IVAN ET SARA**

Selon 277 II, à certaines conditions, les parents doivent entretenir l'enfant après sa majorité. Si les parents refusent de contribuer, l'enfant peut faire une action contre ses parents selon 279, car ceux-ci ont l'obligation de subvenir aux besoins de

La situation financière du couple ou de la famille ne sont pas les mêmes selon que les époux vivent en ménage commun ou que ce dernier est suspendu.

1. En cas de vie commune des époux (173-174)

Le juge établit (163-164) les facteurs déterminant la situation du couple ou de la famille au moment de la requête. Sur la base de ces informations, le juge fixe la ou les contributions pécuniaires des époux, et les modalités de paiement (173 I).

Selon 173 I, les époux doivent à se mettre d'accord sur la répartition des contributions à la famille (163). Avant le mari décidait. Le juge fixe les contributions pécuniaires, mais ne peut décider de la profession... cela touche à la personnalité des époux. On regarde comment se règle objectivement la répartition des tâches, selon des **critères objectifs!!!** Selon CC 170 II, le devoir de renseigner l'autre conjoint sur ses revenus, ses biens et ses dettes. Le juge peut astreindre le conjoint à fournir les informations nécessaires. Cela peut également obliger des tiers à fournir des informations³¹.

2. En cas de vie séparée

Les contributions fondées sur 176 I/1 sont déterminées **en fonction des principes de 163 et, le cas échéant, de 164, et en partant de la convention existant entre époux.**

En ce qui concerne l'entretien des époux, le juge se base en principe sur la convention qui existe entre les époux au sujet de la répartition des tâches ainsi que la forme et l'importance des contributions. L'époux qui supportait financièrement le poids principal des charges du mariage doit continuer à fournir à son conjoint l'entretien convenable.

Il s'agit avant tout du fait que **l'existence de 2 ménages** occasionne des frais plus élevés. Le juge prendra en considération également le fait que **l'aide d'un époux à l'activité lucrative de l'autre a cessé et que les tâches de l'époux qui avait géré le ménage commun** changement de manière importante.

1. Les contributions pécuniaires (163-165) et les principes de calculs établis par circulaire; la pratique ³²

Pour les couples séparés encore plus que pour les couples vivant en ménage commun, **l'insuffisance des ressources** par rapport aux besoins des deux ménages pose au juge des problèmes difficiles à résoudre. Si le minimum vital du ménage n'est pas couvert, le juge des mesures protectrices doit néanmoins fixer les contributions d'entretien dues par le **débirentier** de telle sorte que celui-ci dispose encore d'un revenu lui **permettant de couvrir son minimum vital.**

La limite de toute obligation d'entretien découlant du droit de la famille est la capacité contributive du débirentier; par conséquent, un éventuel déficit doit être supporté par le crédentier. Cette règle résulte de la répartition conventionnelle des rôles dans le mariage (163 II) et ne peut être remise en cause au nom de l'égalité de traitement et de l'égalité des sexes. Elle d'ailleurs conforme au droit international et a servi de fondement au projet du nouveau droit du divorce.

Si les moyens du couple dépassent le minimum vital, le partage du surplus se fait en principe par **moitié**, aussi longtemps que cela est nécessaire pour maintenir le standing de vie antérieur du couple. Au-delà de cette limite, chaque époux retient pour lui le solde de ses revenus³³.

Si la vie est séparée, on part du train de vie mené jusqu'alors pour garder ce même train de vie. Mais souvent cela n'est pas possible; par conséquent, il faut couvrir au moins le minimum vital. S'il y a un reste, on partage par 2. S'il reste beaucoup, on divise par 2 jusqu'au maximum atteignant le train de vie antérieur.

Le minimum vital selon le droit de la famille est plus large que le minimum vitale de la LP. Actuellement, le minimum vital est de 1'010.- selon la LP. Pour le mari, le minimum est de 2'570.-.

l'enfant (278).

La femme peut aussi requérir le juge selon 172 II pour concilier. Le juge peut fixer une contribution des mesures de 277 II.

5'000
395 + 800
- 2'200 - 800
2'570
+ 335
2'908

³¹ Une banque peut-elle refuser de donner des informations? la banque, selon CC 170 III, n'est pas prévue et ainsi son secret n'est pas protégé à l'encontre du conjoint. Le mari avocat invoque qu'il tombe sous CC 170 III; non pas de secret professionnel de l'avocat pour ses propres secrets ⇒ seulement pour ceux de ses clients.

³² cf. schéma

³³ Si le minimum vital est de 2'500 et qu'avant il fallait 4'000 pour vivre et qu'il y a 20'000 en tout. 4'000 + 2'500 x 2 = 13'000.-. Il reste 7'000. Si ils sont destinés à l'épargne, ce montant reste chez celui qui a un salaire, et il n'est pas divisé par 2.

On peut éventuellement ajouter quelques éléments supplémentaires (journal...) On se base sur les faits (appartement à l'100) tant qu'il n'y a pas d'abus.

Les impôts et les assurances sont par hypothèse dus par le mari!!! Ce n'est pas correct, car la vie est séparée.

2. Les contributions de la vie séparée avec enfant

Les tâches de l'époux, qui s'occupe uniquement ou principalement du ménage et des enfants, **s'alourdissent** du fait de la séparation. L'époux attributaire des enfants est, de ce fait, privé de l'aide et du soutien de son conjoint et doit ainsi supporter une charge plus importante que pendant la vie commune. Logiquement, il devrait donc bénéficier d'une contribution pécuniaire plus importante de la part de son conjoint et ne **pas se voir contraint d'assurer une activité lucrative**, voire pouvoir réduire cette activité.

Il y a l'entretien de l'enfant, soit en nature (éducation...) ou en espèces (276). L'entretien de l'enfant dépend du train de vie des parents (il a droit au même train de vie) et du lieu où il habite. On se base sur les recommandations de l'office des mineurs du Canton de Zurich (tableaux). En 1999, un enfant entre 7 et 12 ans coûte l'298 par mois (dont 301 pour l'éducation; c'est bas!) Ce montant est plutôt symbolique. Si la garde revient à la mère, il faut enlever les 301 dus pour l'éducation, car elle doit donner 340, mais elle contribue déjà pour les 301 de l'éducation. En pratique, on ajuste ces chiffres (par le bas), car avec ces salaires, il n'est pas possible que les parents paient autant pour l'enfant. L'ajustement ne se fait jamais vers le haut.

Puisque l'épouse vit avec l'enfant, elle a droit à **un loyer supérieur**. Son minimum vital est augmenté de 150 (car son appartement coûte l'250).

Si le minimum vital ne peut pas être payé pour les deux:

- ATF 121 III 301³⁴: le minimum vital du débirentier est respecté (ici le mari). Le mari peut garder son minimum vital, tandis que la femme tombe en-dessous (assistance sociale). On a voulu éviter que les deux aillent au service social, d'où ce principe.
- ATF 123 III 1³⁵: même s'il y a une contribution à l'enfant, le minimum vital du débirentier doit être respecté.

3. Avis aux débiteurs (177)

Le non-paiement des prestations d'entretien peut causer des problèmes considérables à conjoint du débiteur et aux enfants.

CC 177 exige que les débiteurs soient avisés de payer directement à l'époux créancier de l'entretien. On enlève le pouvoir de disposer de la créance à l'époux qui la créance au début (par exemple le salaire). L'épouse a un mandat d'encaissement. Cette possibilité existe aussi pour les enfants créanciers d'une contribution d'entretien (132).

Le but de la mesure est d'assurer à l'ayant droit l'obtention des prestations d'entretien futures, à une fréquence compatible avec la nature de ces prestations et indépendamment de la volonté du débiteur³⁶.

b. Mesures relatives à la représentation de l'union conjugale

Il s'agit de l'autorisation donnée par le juge à un acte de représentation au-delà des besoins courants au sens 166 II/2 et du retrait par le juge du pouvoir de représenter l'union conjugale (174). CC 166 II ne s'applique que pendant la vie commune³⁷.

Les 2 mesures doivent être précédées d'un essai de conciliation.

c. Les autres mesures aménageant la vie séparée (175-176)

Les époux vivant séparés peuvent prendre toutes les décisions et mesures utiles non seulement au sujet de l'entretien de la famille, mais aussi en ce qui concerne le logement et le mobilier du ménage.

³⁴ Polycopié, p. 82

³⁵ Polycopié, p. 84

³⁶ **EXERCICE 2: ROSE ET JULES**

L'épouse ne peut plus aller chez l'employeur, mais plutôt chercher le juge. L'employeur ne peut jamais décider lui-même de payer directement à l'épouse. C'est le juge qui peut ordonner à l'employeur de payer directement à Rose. 177 s'applique-t-il? cela n'a pas d'importance, si les deux vivent ensemble ou non.

³⁷ Selon ch.1, le juge peut donner le consentement manquant, dans certaines conditions et donne ainsi à un époux le pouvoir de représenter l'union conjugale.

1. Le logement et le mobilier du ménage (176 I/2)

Le juge prend les mesures en ce qui concerne le logement et le mobilier de ménage. Le juge peut attribuer la jouissance du logement à l'époux qui n'est pas locataire ou le propriétaire. Il doit veiller à ce que chaque époux dispose de meubles et d'ustensiles de ménage qui lui sont nécessaires. L'attribution du logement peut être assortie d'une interdiction de disposer (178 I, II).

2. Le régime matrimonial

Le passage du régime ordinaire ou de celui de la communauté de biens à la séparation de biens ne se produit pas de plein droit en cas de suspension de la vie commune. Il est possible qu'un époux soit fondé à invoquer de **justes motifs au sens de 185** et à requérir la séparation de biens judiciaires sur la base de cette disposition.

Il peut même se révéler opportun, en cas de cessation de la vie commune, de liquider le régime matrimonial et de passer à la séparation de biens. Celle-ci peut alors être ordonnée par le juge des mesures protectrices, **sur requête et si les circonstances le justifient** (176 I/3).

3. Les enfants (176 III)

Le juge des mesures protectrices peut ordonner les mesures nécessaires d'après les dispositions sur les effets de la filiation. Une requête peut être formulée par les parents ou par un seul d'entre eux. Le juge peut agir d'office.

Les mesures envisageables sont l'attribution de l'autorité parentale (297 II) ou du droit de garde, la détermination des relations personnelles de l'époux avec les enfants qui ne lui sont pas confiés (275 II) et la fixation de la contribution que ce parent est tenu de verser pour leur entretien (279 III). Les mesures protectrices de l'enfant font parties dans mesures protectrices de l'union conjugale (176 III, 315a).

Selon 176 III, les enfants doivent être attribués à l'un des deux (garde); le juge peut déjà, si il y a seulement une suspension de la vie commune, attribuer l'autorité parentale à l'un des deux parents (CC 297 II).

d. La restriction du pouvoir de disposer (178)

1. Ratio legis

Le mariage laisse intact le pouvoir des époux de disposer de leurs patrimoines. Ce principe connaît des exceptions dans le **but de protéger des intérêts vitaux des époux ou de la famille** contre des actes contraires d'un des époux.

178 prévoit que dans **la mesure nécessaire pour assurer les conditions matérielles de la famille ou l'exécution d'obligations pécuniaires découlant du mariage, le juge peut, à la requête de l'un des époux, restreindre le pouvoir de l'autre de disposer de certains de ses biens sans le consentement de son conjoint.**

La nécessité d'une telle mesure peut se faire sentir en particulier en cas **de tensions graves dans le couple.** L'intervention du juge doit empêcher l'époux destinataire de disposer de certains biens et d'ébranler par cet acte le substrat économique de l'union ou de compromettre les intérêts pécuniaires de son conjoint. Elle doit avant tout permettre d'éviter des actes de disposition d'un des époux destinés à amoindrir son patrimoine en vue d'une dissolution du mariage.

CC 178 doit être mis en relation avec CC 169. Ce dernier s'applique toujours d'office et concerne d'autres objets que le logement familial.

2. Les conditions légales

La mesure exige une **requête** de l'époux menacé. Elle ne saurait être prise à la seule initiative du juge.

- Une menace sérieuse pour le maintien **des conditions matérielles de la famille ou pour l'exécution d'obligations pécuniaires découlant du mariage.** La menace doit être actuelle ou imminente. Il est sans importance que les époux vivent ou non en ménage commun.
- L'interdiction de disposer doit ensuite être **nécessaire** (respect du principe de proportionnalité dans l'application de 178) ⇔ dans la mesure nécessaire pour sauvegarder les intérêts protégés. La mesure ne peut viser que **certaines des biens** de l'époux et certains actes (pas toute sa fortune). La restriction doit également être **limitée dans le temps.** Enfin la mesure n'est pas nécessaire si l'époux concerné offre de garantir autrement les prétentions de son conjoint.

Par conséquent, le juge peut interdire à un époux de disposer de certains objets sans consentement de l'autre et dans la mesure nécessaire, c'est-à-dire dans des limites temporelles et matérielles (objets).

Pour le logement, CC 178 ne suffit pas, car le juge n'intervient que sur requête d'un époux, et cela peut arriver trop tard. 178 est une restriction du pouvoir de disposer (et non une restriction de la capacité civile active au sens de 169). Les actes d'aliénation sont valables, mais on ne peut pas transmettre³⁸.

3. La décision du juge

a. Contenu

1. Biens et actes juridiques concernés

Le juge interdit à l'époux d'effectuer par rapport à des biens énumérés spécifiquement, certains actes de disposition sans le consentement de son conjoint.

2. Sûretés

Le juge ordonne les mesures de sûretés appropriées (178 II).

S'agissant d'immeubles, 178 III prévoit que lorsque le juge interdit à un époux de disposer d'un immeuble, il en fait porter la mention au registre foncier³⁹.

B. L'ORGANISATION DE LA VIE SÉPARÉE

1. Les contributions pécuniaires (CC 163-165) et les principes de calculs établis par circulaire; la pratique⁴⁰

On commence par un minimum vital. En effet, si la vie est séparée, on part du train de vie mené jusqu'alors pour garder ce même train de vie. Mais souvent il n'est pas possible, donc il faut couvrir au moins le minimum vital. S'il y a un reste, on partage par 2.

S'il il reste beaucoup, on divise par 2 jusqu'au maximum atteignant le train de vie antérieur

→ Si le minimum vital est de 2'500.- et qu'avant il fallait 4'000.- pour vivre et qu'il y a 20'000.- en tout. 4'000.- + 2'500.- x 2 = 13'000.-. Il reste 7'000.-. Si ils sont destinés à l'épargne, ce montant reste chez celui qui a un salaire, et il n'est pas divisé par 2.

Le minimum vital selon le droit de la famille est plus large que le minimum vitale de la LP. Actuellement, le minimum vital est de 1'010.- selon la LP. Pour le mari, le minimum est de 2'570.-. On peut éventuellement ajouter quelques éléments supplémentaires (journal...) On se base sur les faits (appartement à 1'100.-) tant qu'il n'y a pas d'abus.

Les impôts et les assurances sont par hypothèse dus par le mari!!! Ce n'est pas correct, car la vie est séparée.

Le mari	5'000.-	
	395.-	(+ 800.-
	- 2'200.-	- 800.-)
	<hr/>	
	2'570.-	
	+ 335.-	

³⁸ EXERCICE 1: FÉLIX ET FABIENNE

Comment se protéger contre les achats excessifs de sa femme? Selon 174, un époux peut demander au juge de retirer la représentation de l'union conjugale (en lien avec 166). Par conséquent, le vendeur est-il protégé s'il est de bonne foi? il peut se prévaloir de sa bonne foi, car il n'est pas censé avoir connaissance du retrait de pouvoir de représentation.

L'époux peut avertir personnellement le vendeur ou le juge décider de publier le retrait (174 III). Dans ce dernier cas, le vendeur peut être de bonne foi, mais il ne peut plus s'en prévaloir. Si le vendeur est averti individuellement, selon 174 II, il ne peut même plus être de bonne foi. Le plus simple est que le mari avertissent le vendeur personnellement.

³⁹ CC 959 et 961 mentionnent le RF. Il faut par conséquent que l'on puisse inscrire des actes, mais on ne peut plus rien inscrire après une mention selon CC 178.

⁴⁰cf. schéma

2. Les contributions de la vie séparée avec enfant

Il y a entretien de l'enfant, soit en nature (éducation...) ou en espèces (CC 276). L'entretien de l'enfant dépend du train de vie des parents (il a droit au même train de vie) et du lieu où il habite. On se base sur les recommandations de l'office des mineurs du Canton de Zurich (tableaux). En 1999, un enfant 7 et 12 ans coûte 1'298.- par mois (dont 301.- pour l'éducation; c'est bas!) Ce montant est plutôt symbolique.

Si la garde revient à la mère, il faut enlever les 301.- dus pour l'éducation, car elle doit donner 340.-, mais elle contribue déjà pour les 301.- de l'éducation.

En pratique, on ajuste ces chiffres (par le bas), car avec ces salaires, il n'est pas possible que les parents paient autant pour l'enfant. L'ajustement ne se fait jamais vers le haut.

Puisque l'épouse vit avec l'enfant, elle a droit à un loyer supérieur. Son minimum vital est augmenté de 150.- (car son appartement coûte 1'250.-).

Si le minimum vital ne peut pas être payé pour les deux:

- ATF 121 III 301⁴¹: le minimum vital du débirentier est respecté (ici le mari). Le mari peut garder son minimum vital, tandis que la femme tombe en-dessous (assistance sociale). On a voulu éviter que les deux aillent au service social, d'où ce principe.
- ATF 123 III 1⁴²: même s'il y a une contribution à l'enfant, le minimum vital du débirentier doit être respecté.

⁴¹ Polycopié, p. 82

⁴² Polycopié, p. 84

2. LES RÉGIMES MATRIMONIAUX

CHAPITRE I – QUELQUES GÉNÉRALITÉS

I. LA NOTION DE RÉGIME MATRIMONIAL

1. Les régimes matrimoniaux

Le régime matrimonial définit le statut des époux quant à leurs biens. Ce sont des règles qui régissent le statut des époux quant à leurs biens, soit les relations avec leurs propres biens ou avec les biens du conjoint.

2. Les biens visés

Le régime matrimonial se rapporte à la propriété des biens des époux, à la jouissance et à la disposition de ces biens, à la responsabilité des conjoints pour leurs dettes, à la répartition interne de celles-ci, aux droits des époux en cas d'exécution forcée contre l'un d'eux et au règlement de leurs intérêts à la fin du régime. Cela englobe toute sortes de droits de nature pécuniaire:

1. Les droits réels
2. Les droits de propriété intellectuelle
3. Les droits de créance

II. LES PRINCIPES

1. La liberté des époux dans les limites de la loi

Une certaine liberté doit être laissée aux époux pour l'aménagement du régime matrimonial. Il y a plusieurs régimes légaux et pas un seul régime (la communauté de biens, la participation aux acquêts, la séparation de biens). A l'intérieur de chaque régime matrimonial, il y a aussi une certaine liberté. Par exemple, les revenus des biens propres constituent les acquêts. Mais on peut déroger à cette règle. On ne peut en revanche pas faire de cocktails de régimes matrimoniaux.

La loi ne leur laisse pas non plus pleine liberté d'aménager comme ils l'entendent le régime de leurs biens. Il arrive que la loi prime sur la liberté du régime, notamment en matière de faillite. Mais les époux peuvent tout de même exercer une certaine influence sur le statut de leurs biens en concluant un contrat de mariage (181ss).

a. Le régime subsidiaire ou régime ordinaire

Si les époux n'ont pas conclu de contrat de mariage, ils sont placés dès la célébration du mariage sous un régime subsidiaire: participation aux acquêts (181). Il y a présomption légale que les époux sont soumis au régime ordinaire.

b. Les régimes conventionnels

Les époux peuvent adopter par contrat 2 autres régimes:

- La communauté de biens (221ss)
- La séparation de biens (247).

c. La mutabilité

Les époux soumis au régime ordinaire ou à un régime conventionnelle peuvent, pendant le mariage, passer à un autre régime en concluant un contrat de mariage (182 I, II). Il peuvent aussi modifier le régime sous lequel ils vivent (182 II).

2. Le régime extraordinaire

Dans des situations exceptionnelles où il s'agit de protéger les intérêts d'un époux ou de l'union conjugale, le régime dans séparation de biens peut se substituer d'autorité au régime existant. Chaque époux peut le demander (176 I/3, 185-187).

3. Protection des créanciers

Les conventions matrimoniales passées pendant le mariage produisent leurs effets entre les parties, mais aussi à l'égard des tiers. La loi protège cependant les créanciers contre le risque de l'adoption ou de la modification d'un régime matrimonial ne soustraient à leur action des biens sur lesquels ils pouvaient exercer leur droit (193). CC 193 protège contre les risques que représente le changement de régime en cours.

III. LE CONTRAT DE MARIAGE

1. La notion

Le contrat de mariage est un contrat bilatéral par lequel les époux règlent leur régime matrimonial en s'écartant du régime ordinaire légal ou dérogent au régime matrimonial conventionnel qu'ils avaient choisi.

Il existe d'autres conventions entre les époux qui ne constituent pas de contrat de mariage: les pactes successoraux, les contrats de vente, de travail...

2. Les conditions du contrat de mariage

a. Les conditions personnelles

1. La capacité des parties

Les personnes capables de discernement peuvent seules conclure un contrat de mariage (183 I). La capacité de discernement au ses de 16 doit être proportionnée à l'acte dont il s'agit. S'il y a une incapacité de discernement, le représentant légal ne peut rien faire à sa place.,

Si une partie au contrat est mineure ou interdite, elle doit être autorisée par son représentant légal (183 II, 19 I, 305 I, 410). Lorsqu'un époux est incapable de discernement de manière durable, son représentant légal peut demander que la séparation de biens soit prononcée pour ce motif également.

Si un époux est incapable CC 183 II, le mineur et l'interdit doivent être autorisés par leur représentant légal. Il n'y a plus de problèmes en présence d'un mineur pour le mariage, depuis que la majorité a été abaissée à 18 ans. Ici, la référence est faite aux mineurs fiancés. Représentation, car le contrat de mariage est un acte générateur d'obligations: c'est un contrat conditionnel (19 I⁴³).

2. Concours personnel des parties à l'acte

C'est un acte strictement personnel. Le contrat de mariage est un acte dont la nature personnelle exige la présence effective de chaque partie à l'acte (184). Le contrat de mariage ne peut donc pas être conclu par représentation.

Le contrat de mariage est reçu en la **forme authentique** et il est **signé par les parties** et, le cas échéant, par le représentant légal. Le concours personnel des parties au contrat est nécessaire.

b. Les conditions matérielles

⁴³Les mineurs et les interdits capables de discernement ne peuvent s'obliger par leurs propres actes qu'avec le consentement de leur représentant légal.

La liberté du contrat de mariage est d'abord contenue dans les limites générales du droit contractuel (CO 19-20 II, CC 2 II, 27 II). Les parties ne peuvent adopter un régime, le révoquer ou le modifier que dans les limites de la loi (182 II). On leur laisse une certaine liberté, mais la loi y met certaines limites⁴⁴: Les parties ont la possibilité d'apporter des variantes à la loi (une certaine liberté).

1. Les époux sont tenus d'adopter l'un des régimes prévus par la loi.
2. Les époux ne peuvent modifier le régime auquel ils sont soumis que sur les points qui sont expressément prévus. Les époux soumis à la participation aux acquêts peuvent soustraire aux acquêts certains biens déterminés (199 I) ou des revenus de biens propres (199 II). Il peuvent aussi modifier la répartition légale du bénéfice (216, 215).
3. La liberté du contrat de mariage est restreinte par les dispositions qui protègent certains héritiers réservataires et les créanciers des époux.

3. La forme

Le contrat de mariage est reçu en la forme authentique (184). Cette exigence s'applique à la conclusion, à la modification et à la révocation du contrat de mariage (CO 11 II): condition de validité de l'acte.

La forme authentique est qualifiée même si le droit cantonal n'exige pas la signature des parties, cette exigence est posée par 184.

4. Les effets

a. Contrat opposable aux époux et aux tiers

Le contrat de mariage entre personnes mariés produit tout de suite ses effets, à la date de sa conclusion, à l'égard des époux et envers les tiers. Si les parties sont **fiancés**, le contrat est subordonnée à la célébration du mariage, et produit ses effet dès ce moment. Le contrat peut être soumis à un terme ou à une condition.

b. Rétroactivité

Le contrat entre **en force dès le mariage**. Les époux qui modifient contractuellement leur régime en cours de mariage, ont la liberté de faire rétroagir cette modification jusqu'au débiteur de leur union. Cette **rétroactivité conventionnelle** ne peut cependant concerner que les rapports internes des époux, sans pouvoir remettre en cause les effets des actes qu'ils ont accomplis dans leurs rapports avec les tiers.

Il déclenche des cas **d'acquisition sans inscription** au registre foncier. Un époux peut demander l'inscription, mais elle ne sera que déclarative.

5. Organisation

Le titre sixième régit l'organisation: chapitre II: la participation aux acquêts.

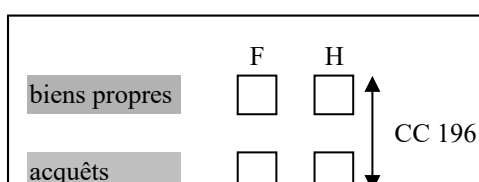
⁴⁴ 199, 201 II, 206 III, 216, 217, 219 I *if.*, 219, 222-224, 225 I, 241 II, 242 III

CHAPITRE II - LE RÉGIME DE LA PARTICIPATION AUX ACQUÊTS

CC 181 constitue le régime ordinaire, sauf la convention de mariage. Les époux sont **placés sous le régime de la participation aux acquêts**, à moins qu'ils n'aient adopté un autre régime par contrat de mariage ou qu'ils ne soient soumis au régime matrimonial extraordinaire.

§1 QUELQUES GÉNÉRALITÉS

I. LES 4 MASSES DE BIENS (2 MASSES PAR ÉPOUX)



Le régime de la participation aux acquêts comprend les **acquêts** et les **biens propres** de chaque époux (196).

1. Les propres sont constitués par les acquisitions gratuites et les biens acquis avant le mariage.
2. Les acquêts sont composés des acquisitions à titre onéreux (c'est-à-dire le reste).

Le patrimoine des époux est ainsi réparti en 4 masses de biens, dont la composition est ensuite définie, pour les acquêts, par 197 et par 198-199 pour les biens propres. La composition de ces masses matrimoniales a en principe un caractère impératif et les époux ne peuvent pas, par contrat de mariage ou d'une autre façon, transformer un bien propre en acquêt ou un acquêt en bien propre (sous réserve de 199).

II. LES CARACTÉRISTIQUES DE LA PARTICIPATION AUX ACQUÊTS

Ce régime laisse aux époux une grande indépendance dans la gestion de ses biens tout en assurant, par le partage des bénéfices à la dissolution, que la communauté d'intérêts découlant du mariage trouve aussi son expression dans le régime matrimonial.

1. Le principe d'égalité

Aucun des époux n'a la prééminence dans ce régime. Chaque époux administre ses biens. Chaque époux a des acquêts. Chaque époux a droit à une part égale du bénéfice réalisé.

2. La participation prévue ne se rapporte qu'aux acquêts

La participation prévue ne se rapporte qu'aux acquêts, c'est-à-dire aux biens acquis à titre onéreux pendant le mariage. Le régime n'impose donc pas à un époux de partager avec son conjoint les biens qui lui appartenaient avant de se marier, ni ceux qu'il a reçus par la suite à titre gratuit (succession)

3. Participation de chaque époux aux acquêts de l'autre

Le régime impose un partage du bénéfice réalisé par chaque époux durant le régime et souligne ainsi la communauté d'intérêts qui a été créée entre les époux.

4. Partage du bénéfice entre les conjoints

L'élément communautaire ne se réalise qu'à la dissolution du régime. Avant chaque époux conserve la propriété, l'administration et le droit de disposer de ses biens. Ce n'est qu'à la fin du régime que les effets de

la communauté d'intérêts entre les époux se manifestent par le partage du bénéfice.

5. La subrogation patrimoniale

Le remploi consiste à mettre dans la même masse un bien acquis en remplacement (197 II/5 ⇔ 198 4).

6. En bref

Chaque époux est et reste propriétaire de ses biens (201 I). Chacun répond donc de ses dettes sur tous ses biens (il ne s'agit pas de savoir quel patrimoine répond des dettes).

C'est à la fin du régime que chacun reprend ses propres et que l'on voit ce qui constitue les acquêts. Chacun participe au bénéfice des acquêts de l'autre (normalement le partage se fait par moitié, en supportant les actifs et la passifs). Mais aucun des époux n'a la prééminence. Remarquons que pendant le mariage chacun fait ce qu'il veut de ses acquêts.

III. LES INNOVATIONS DE LA LOI DE 1984

Le nouveau droit comporte une innovation en rapport à l'union des biens.

- Il n'y a plus de réserves de biens aux époux (par exemple les revenus).
- L'investissement dans les biens du conjoints (206): une créance en remboursement, avec une participation à la plus-value.
- L'investissement, grâce aux propres en faveur des acquêts (209): le système des récompenses (à l'intérieur des masses d'un même époux).
- Une meilleure protection de l'expectative du conjoint: réunion matérielle (208).

§2 LA STRUCTURE PATRIMONIALE DU RÉGIME ET LA SITUATION JURIDIQUE DES ÉPOUX PENDANT LE RÉGIME

I. LES BIENS PROPRES

1. La notion

Les biens propres constituent pour chaque époux un patrimoine spécial dont la substance n'a pas à être partagée avec le conjoint. Chaque époux est propriétaire de ses biens propres pendant le régime et il les reprend à la dissolution (en fait, l'époux ne les a jamais perdus), en profitant d'une éventuelle plus-value ou en supportant une éventuelle moins-value. La composition des masses est impérativement fixée par la loi. Les époux ne peuvent transformer, par contrat de mariage, un propre en acquêt et vice versa, sous réserve de CC 199.

CC 198 énumère la liste exhaustive des biens propres. CC 197 ne constitue pas une liste exhaustive, mais une présomption générale (197 I ⇔ CC 200 III).

Il y a 2 sortes de propres.

2. Les propres légaux (CC 198)

198 en donne une énumération exhaustive. Sont biens propres de par la loi:

1. Les effets d'un époux exclusivement affectés à son usage personnel;
2. Les biens qui lui appartiennent au début du régime ou qui lui échoient ensuite par succession ou à quelque autre titre gratuit;
3. Les créances en réparation d'un tort moral;
4. Les biens acquis en remploi des biens propres.

1. Les effets d'un époux exclusivement affectés à son usage personnel (choses mobilières) (198 1)

a. Notion d'effets personnels

Il s'agit de choses mobilières qui sont la propriété d'un époux et qui sont affectées, de par leur nature ou même par la destination qui leur est donnée, à l'usage propre et exclusif de leur propriétaire (la brosse à dent, les habits...)

b. Portée de la règle

Fréquemment, certains effets personnels appartiennent déjà à un époux au début du régime, qu'ils lui soient offerts par la suite ou que celui-ci se les procure en finançant l'achat au moyen de ses biens propres. 198/1 prend toute son importance lorsque les effets personnels ont été acquis au moyen de biens provenant des acquêts de l'époux qui en est devenu propriétaire. Ces biens acquis devraient normalement rentrer dans la masse des acquêts (197 II/5). 198/1 constitue une exception à cette subrogation patrimoniale. CC 198 1 ne vaut que tant que l'objet est affecté à un usage personnel (→ une bibliothèque: à la retraite, elle devient un acquêt).

Quelle est la limite? il faut éviter que les acquêts soient vidés de leur substance à cause de CC 198 ⇔ 209 récompense pour tout ce qui dépasse la marge ordinaire. La masse d'argent pour acquérir ces effets personnels doit rester ordinaire. Les acquêts financent, mais une récompense si la somme est trop élevée. De plus, les revenus des biens propres constituent logiquement des acquêts.

2. Les biens qui appartiennent à un époux au début du régime ou qui lui échoient ensuite à titre gratuit

a. Les biens qui appartiennent à un époux au début du régime

Les biens d'un époux au début du régime entrent de plein droit dans les propres de cet époux (biens que les époux ont acquis ou hérités avant d'être mariés, des économies réalisées avant le mariage sur le produit de leur travail).

b. Les biens qui échoient à un époux à titre gratuit pendant le régime (198/2)

Un époux acquiert la propriété d'un bien sans qu'il ait fourni une contrepartie au moyen de son patrimoine ou par des prestations personnelles. Lorsque le bien acquis gratuitement est un effet personnel, la qualité de bien propre peut être établie aussi bien selon 198/1 que selon 198/2.

1. Par donation

La donation peut être le fait d'un tiers ou du conjoint. Si elle émane d'un tiers, il peut être difficile de déterminer si elle est faite à l'un des époux ou au deux. La preuve de l'intention du tiers incombe à la personne qui prétend que la libéralité était destinée à l'un des époux. On présume toutefois que les donations faites par les parents ou les amis de l'un des époux lui étaient exclusivement destinées. Si la preuve de l'intention du donateur ne peut pas être rapportée⁴⁵, les biens propres de chaque époux se verront attribuer une part de copropriété de l'objet reçu (200 II).

Il est toutefois possible que le transfert d'un bien à l'un des conjoints ne soit pas fait entièrement à titre gratuit (donation mixte). Il faut alors distinguer selon que la contre-prestation est fournie par le donataire ou par son conjoint:

- **La contre-prestation fournie par le donataire** peut l'être au moyen des biens propres. Le bien acquis entre dans les propres. Mais si la contre-prestation est fournie par les acquêts du donataire, il faut déterminer si le caractère gratuit est quantitativement prépondérant ou non.
Si oui, l'objet reçu est un bien propre, mais les acquêts ont contre les biens propres une prétention (récompense variable 209 III) correspondant à la contre-prestation faite.
Si non (acquisition faite essentiellement à titre onéreux), le bien est un acquêt, mais les biens propres de l'acquéreur ont une récompense (variable) contre les acquêts de celui-ci à concurrence du montant de la libéralité.
Si le prix payé correspond exactement à la moitié du bien acquis, on admet que le bien est un acquêt (200 III), mais les biens propres ont naturellement une récompense (variable) contre les acquêts à concurrence de la moitié de la valeur du bien.
- **Si la contre-prestation est fournie par le conjoint**, le bien acquis entre de le patrimoine du

⁴⁵ ce qui sera souvent le cas pour les cadeaux de mariage

donataire, mais le conjoint qui a fait la contre-prestation a une créance en remboursement du montant avancé (206). Dans le patrimoine du donataire, le bien acquis est intégré aux biens propres, mais la dette envers le conjoint grève aussi les propres dans les rapports internes.

2. Les successions: légales ou instituées

Toute forme d'acquisition par succession est visée par 198/2, pourvu qu'elle ait lieu à titre gratuit. L'acquisition a lieu dès l'ouverture de la succession et non seulement au moment du partage ou de la remise de l'objet du legs.

3. Autres cas d'acquisition à titre gratuit

- La somme d'assurance-vie conclue par un tiers
- L'acquisition de chose sans maître

3. Les créances en réparation de tort moral (198/3)

Ces créances visent à compenser les souffrances physiques ou psychiques éprouvées par un époux en raison d'une atteinte à un droit de la personnalité (28a III, CO 49, 47, CC 29, 429a). Les indemnités versées ne sont donc pas destinées à compenser un dommage. Elles ont un caractère personnel, qui explique leur rattachement aux biens propres.

4. Les biens acquis en remploi de biens propres (198/4)

a. Notion

198/4 vise les cas où un bien appartenant à la masse des biens propres est aliéné pour acquérir un nouveau bien⁴⁶. Le bien nouvellement acquis est aussi un bien propre (**principe de la subrogation patrimoniale**⁴⁷).

b. Conditions

1. Le remplacement d'un bien par un autre

1. Un bien sujet à remplacement

N'importe quel bien figurant dans la masse matrimoniale des propres. Le remplacement se produit parce que ce bien est de quelque façon sacrifié (aliéné, détruit, exproprié).

2. Un bien nouvellement acquis

3. Un rapport de connexité entre le sacrifice du bien remplacé et l'acquisition du nouveau bien

La valeur du bien remplacé passe économiquement dans le bien de remplacement. Ce rapport de connexité peut être direct ou indirect:

- **Rapport de connexité direct:** lorsque le lien entre le bien remplacé et le bien de remplacement est donné par la loi **elle-même** ou résulte de la **nature de la chose** (utiliser l'argent à l'achat d'une chose)
- **Rapport de connexité indirect:** c'est l'**intention** de l'époux de procéder au remplacement du premier bien par le second qui crée le rapport de connexité nécessaire au remploi (la vente d'un tableau pour racheter autre chose avec l'intention d'établir le lien de connexité)

2. L'acquisition du bien de remplacement par le propriétaire du bien remplacé

L'époux à qui appartenait le bien remplacé a effectivement acquis le bien de remplacement selon les règles ordinaires. L'époux doit en avoir acquis la propriété selon les principes des droits réels (656ss, 714ss).

c. Cas particuliers

1. Le financement de l'acquisition d'un bien au moyen de plusieurs masses matrimoniales

1. Les masses matrimoniales qui ont contribué à l'acquisition n'appartiennent pas au même époux

- **Les époux acquièrent ensemble le bien de remplacement:** Les conjoints mettent en commun leurs avoirs pour acquérir ensemble un immeuble ou bien mobilier. Ils acquièrent en principe l'objet en copropriété. Il s'opère pour la masse de chaque époux qui a participé au financement, un

⁴⁶ une voiture achetée par un époux au moyen de l'argent qu'il a retiré de la vente d'un tableau hérité de ses parents.

⁴⁷ Le bien acquis au moyen de biens provenant d'un patrimoine séparé de l'acquéreur prend dans ce patrimoine la place du bien aliéné.

remploi ordinaire⁴⁸.

- **Seul l'un des époux acquiert le bien de remplacement**: l'autre se contentant de l'aider financièrement. Seul un époux acquiert effectivement l'objet, le emploi ne s'opère que pour celui-ci. La subrogation patrimoniale ne s'opère qu'au profit de l'époux qui, ayant acquis la propriété, remplit les conditions du emploi. L'acquisition donne lieu à une créance en remboursement (206). Le conjoint participe à une éventuelle plus-value.
- **Impossibilité de déterminer qui a acquis le bien de remplacement**: l'acquisition est financée par les deux époux, mais il n'est pas possible de déterminer si le bien de remplacement a été acquis par les deux époux ou par l'un d'eux seulement. On admet alors que le bien leur appartient en copropriété (200 II).

2. Les masses matrimoniales qui financent le bien de remplacement appartiennent à un même époux

1. L'acquisition n'est faite que par l'époux qui assure le financement du bien de remplacement

Il peut y avoir utilisation effective de valeurs provenant pour partie des propres, pour partie des acquêts. Mais une partie de la valeur du bien de remplacement peut aussi être reliée à une masse matrimoniale pour une autre raison.

La loi donne la préférence au **système de la récompense variable** (209 III). Il y a ainsi parallélisme, dans le régime de la participation aux acquêts, entre le cas où l'acquisition est financée par 2 masses appartenant aux 2 époux (206 I) et celui où l'acquisition est financée par les 2 masses du même époux (209 III). Dans les 2 cas, le bien de remplacement n'est intégré qu'à une masse matrimoniale, mais l'équilibre est rétabli par une dette variable (206) ou une récompense variable (209 II).

Il faut déterminer à laquelle des 2 masses le bien acquis doit être attribué. On intègre le bien à **la masse à laquelle peut être rattachée la partie la plus grande du bien de remplacement**, selon un critère purement quantitatif. Si les 2 masses ont fourni une contribution égale à l'acquisition du bien, on considère que le bien est un acquêt (200 III).

En résumé, si l'acquisition d'un bien est financé par les 2 masses de l'époux acquéreur, ce bien doit être intégré dans la masse à laquelle peut être rattachée la partie la plus grande du bien et, en cas d'égalité, dans les acquêts. La masse à laquelle le bien n'est pas intégré a une récompense égale au montant de sa contribution (209 III).

2. L'acquisition est faite par les 2 époux

Deux masses financent un bien qui va appartenir aux 2 époux. Un époux achète pour les 2. On aurait pu faire un emploi proportionnel au pro rata. Mais la jurisprudence a retenu le partage en fonction de la masse prépondérante de financement (si les propres participent de façon plus importantes que les acquêts). Les acquêts peuvent recevoir une récompense pour rétablir l'équilibre.

2. Financement partiel de l'acquisition d'un immeuble par reprise ou constitution d'une dette hypothécaire

L'acquisition d'un immeuble présente cette particularité que le prix en est très souvent partiellement payé par la reprise d'une dette hypothécaire. Une partie du prix est alors payée par emploi de biens de l'acquéreur alors, que pour le solde, l'acquéreur s'endette envers un tiers. **L'immeuble entre par emploi dans la masse qui a fait la prestation au comptant**, cette masse étant grevée sur le plan interne de la dette hypothécaire. C'est donc cette masse qui sur le plan interne (209 II), doit supporter le paiement des montants destinés à amortir la dette. En revanche, les intérêts de la dette hypothécaire sont en principe à la charge des acquêts de l'époux propriétaire.

Si effectivement, le paiement des amortissements et des intérêts est opéré par les masses en question, il n'y a pas de problèmes. Par contre, si le service de la dette hypothécaire est assuré par la suite par une masse autre que celle qui en a la charge sur le plan interne, les montants ainsi versés font naître en faveur de cette masse un droit au remboursement. Mais le versement de ces montants n'a pas d'effet sur le statut matrimonial de l'immeuble acquis (l'immeuble reste au propre)⁴⁹.

⁴⁸ Si les époux ont acheté en copropriété un immeuble financé, pour moitié, par les économies réalisées par le mari sur le produit de son travail, et pour moitié, par des titres hérités par la femme, une part de copropriété d'une demie remplacera la somme versée par les acquêts du mari, alors que l'autre part de copropriété prendra, dans les propres de la femme, la place des titres aliénés.

⁴⁹ Un immeuble est financé par une masse des propres et par un emprunt hypothécaire contracté par l'époux acquéreur. Dans quelle masse va-t-on effectuer le emploi? L'immeuble entre dans les propres parce que la prestation est faite au comptant par les propres, même si la plus grosse partie du financement est faite par les acquêts qui contractent un emprunt. Quelle est la masse qui doit supporter l'amortissement de la dette? Les propres doivent supporter le poids de la dette, c'est-à-dire le remboursement de la dette (l'emprunt). Ce principe est exprimé à 209 II. Si les acquêts font face au financement de la dette

3. Les biens propres conventionnels

Le code prévoit la possibilité de constituer des biens propres conventionnels, soit de transformer par contrat de mariage des acquêts en biens propres (199 I). Par contrat de mariage, *les époux peuvent convenir* que des biens d'acquêts affectés à l'exercice d'une profession ou à l'exploitation d'une entreprise *font partie des biens propres*. Les époux peuvent en outre convenir par contrat de mariage que des revenus de biens propres ne formeront pas des acquêts (199 II).

a. Les biens propres conventionnels proprement dit (au sens strict) (199 I)

a. But de la règle

Le but était de permettre aux époux de convertir des acquêts en biens propres. Le champ d'application couvre les biens professionnels nécessaires à une activité professionnelle, par un contrat de mariage (182ss). L'idée était que en cas de divorce, l'entreprise de l'époux reste entre ses mains pour que la propriété ne soit pas partagée, et que l'autre époux ne réclame par une récompense pour les bénéfices. La santé de l'entreprise serait sinon en péril. Par convention, les biens sont donc des propres.

b. Conditions et effets de la constitution de biens propres conventionnels

La constitution de biens propres conventionnels ne peut se faire que **par contrat de mariage** (en cours de régime). Seuls peuvent être transformés en biens propres conventionnels les acquêts affectés à l'exercice d'une profession ou à l'exploitation d'une entreprise (tous les cas où un époux utilise des biens d'acquêts pour l'exercice de sa profession ou l'exploitation d'une industrie).

Les acquêts concernés par le contrat de mariage **entrent dans les biens propres et sont traités comme des biens propres légaux**. La transformation d'un acquêt en propre entraîne indirectement une modification de la répartition des bénéfices (215 I). Elle est également de nature à léser les intérêts des héritiers de l'autre époux. 216 I, qui protège la réserve des enfants communs et de leurs descendants, ne s'applique cependant pas en principe aux contrats de mariage passés selon 199, car la modification de la répartition du bénéfice n'est qu'indirecte⁵⁰.

b. Les biens propres réservés (199 II)

a. But de la règle

Les biens propres visés par une convention au sens de 199 II constituent un véritable patrimoine séparé, auquel s'appliquent les règles de la subrogation patrimoniale. Il s'agit d'une masse matrimoniale nouvelle.

b. Conditions et effets de la convention

La convention doit prendre la forme d'un **contrat de mariage**. Elle peut être passée avant ou pendant le régime (182). La convention peut ne viser que certains revenus ou tous les revenus produits par un bien propre.

199 II a une influence sur le montant du bénéfice de l'union conjugale (supra). Les biens propres visés par une convention au sens de 199 I constituent une **masse matrimoniale nouvelle**, distincte des biens propres ordinaires. **Les revenus de ces biens propres restent des biens propres**, ce qui revient à introduire une séparation de biens partielle dans le régime de la participation aux acquêts. En cas de remploi de tels biens propres réservés, il s'opère une subrogation patrimoniale, avec la conséquence que les revenus des biens de remplacement sont aussi des biens propres.

dans quelle mesure les acquêts doivent être au bénéfice d'une récompense (209 III). Le paiement des intérêts hypothécaires est à la charge des acquêts, parce que ils bénéficient des revenus de l'immeuble, puisque les revenus des biens propres sont des acquêts (197/4)

⁵⁰ CC 199 met en péril les biens des descendants non communs et rien n'est prévu pour sauver leur réserves. Pierre entrepreneur propose que ces machines soient constituées en biens propres. En cas de décès de S, les machines ne sont pas partagées. Par contre, les 20'000.- d'économie seront partagés entre ½ pour Pierre et Eric (5'000.-).

S'il n'y avait pas eu de contrat, le bénéfice de l'union conjugale s'élève à 200'000.-. Les 220'000.- pourraient être complètement attribués à l'époux survivant (216). L'enfant peut attaquer par une action en réduction la convention qui lèse sa réserve. L'enfant a droit à 3/8 de 55'000.- = 38'000.-. Donc l'enfant ne peut pas remettre en cause un arrangement selon 199, par contre il peut attaquer la convention fondée sur 216

II. LES ACQUÊTS (197)

1. Notion (197 I)

Sont acquêts les biens acquis par un époux à titre onéreux pendant le régime (197 I). Le code énumère de manière non exhaustive certains types d'acquêts. Les acquêts constituent le patrimoine général de chaque époux, les biens propres étant l'exception. En d'autres termes, tout ce qui n'est pas compris dans l'un des cas de biens propres est un acquêt.

a. Acquis à titre onéreux

Ce qui est acquis à titre gratuit est un bien propre (198/2). Ce qui est acquis à titre onéreux est un acquêt (contre-prestation fournie: prestations en travail). 197 I s'applique que si une règle spéciale ne prévoit pas un autre statut pour le bien acquis à titre onéreux:

- Les effets d'un époux exclusivement destinés à son usage personnel sont des biens propres, même s'ils ont été acquis à titre onéreux (198/1).
- Les biens acquis en remploi de biens propres sont des propres (198/4)
- Les biens acquis en remploi de biens propres réservés sont aussi des biens propres réservés (199 II).

b. Pendant le régime

L'acquisition à titre onéreux doit avoir eu lieu pendant le régime. Si l'acquisition a eu lieu avant le régime, le bien est un propre (198/2). Le moment décisif est celui de la naissance du droit de l'époux à l'acquisition du bien.

2. Les types d'acquêts énoncés par la loi (197 II)

1. Le produit de son travail;
2. Les sommes versées par des institutions de prévoyance en faveur du personnel ou par des institutions d'assurance ou de prévoyance sociale;
3. Les dommages-intérêts dus à raison d'une incapacité de travail;
4. Les revenus de ses biens propres;
5. Les biens acquis en remploi des acquêts.

1. Le produit du travail d'un époux

Constitue le produit d'un travail tout gain réalisé par un époux du fait d'une activité intellectuelle ou physique. Peu importe la forme sous laquelle le gain est versé, que l'activité soit régulière ou non indépendante ou non, licite ou non. Le gain peut provenir de l'absence d'une activité. Toute espèce de rémunération du travail. Les plus-values de l'activité d'un époux consacré à un bien⁵¹.

2. Les sommes versées par des institutions de prévoyance en faveur du personnel ou par des institutions d'assurance ou de prévoyance sociale

Il faut comprendre qu'entrent dans les acquêts, outre les montants versés au titre de la prévoyance professionnelle (le 2e pilier). Les sommes versées par les institutions d'assurances ou de prévoyance sociale englobent également les assurances sociales⁵² (AVS, AI), c'est-à-dire tout ce qui doit être compris comme une **substitution au produit du travail**.

197 II/2 est une exception à la subrogation patrimoniale. Peu importe quelle masse a assuré le paiement des primes. La prestation versée entre dans les acquêts d'un époux, non pas parce que ces acquêts ont fourni une contre-prestation, mais parce qu'elle constitue, pour cet époux et pour sa famille, un substitut du produit du travail. Il s'agit de remplacer les revenus d'une activité lucrative ou de garantir à l'époux malade ou accidenté les moyens de se rétablir et de pouvoir poursuivre son activité lucrative.

Il faut également comprendre le 3e pilier pour autant que ce soit lié à un événement de prévoyance (c'est-à-dire qu'on ne puisse pas le toucher avant).

Tout ce qui n'est pas versé pendant le mariage ne rentre pas dans les acquêts et échappe aux règles du

⁵¹ATF 123 III 152

⁵²ATF 123 III 442

partage (215). Toutes les expectatives futures ne font pas partie des acquêts et ne sont pas susceptibles de partage.

Avec le nouveau droit du divorce (122), chaque époux a droit à la moitié de la prestation de sortie de son conjoint calculée pour la durée du mariage⁵³.

Selon 207 II, les sommes rentrent de plein droit dans la masse des acquêts. Tout le capital versé sensé subvenir aux besoins est aux acquêts. 207 II corrige cet effet. "Le capital versé à un époux par une institution de prévoyance ou à raison de la perte de sa capacité de travail est compté dans les biens propres à concurrence de la valeur capitalisée de la rente qui eût appartenu à cet époux à la dissolution du régime".

3. Les dommages-intérêts dus à raison d'un incapacité de travail

Il s'agit de sommes dues selon les règles de la responsabilité civile afin de réparer le dommage qui résulte pour une époux de son incapacité de travail ou de l'atteinte portée à son avenir économique (197 II/3): les dommages-intérêts compensant une perte de gain déjà subie, les dommages-intérêts qui visent à réparer la perte ou la diminution des possibilités de réaliser des gains futurs, en raison de l'atteinte à l'intégrité corporelle.

4. Les revenus de biens propres

Les revenus des biens propres d'un époux entrent dans les acquêts de cet époux. 197 II/4 constitue une dérogation au principe selon lequel les revenus d'un bien entrent normalement dans le patrimoine où figure ce bien. Mais cette règles n'est pas impérative.

Les revenus en question sont en principe les revenus bruts. Toutefois, lorsque le bien produisant le revenu est sujet à une dépréciation progressive, seul entre des les acquêts le revenu brut déduction faite d'un amortissement raisonnable du bien.

a. Les fruits civils

Il s'agit des revenus bruts qui peuvent être tirés d'un patrimoine à raison d'un rapport juridique: intérêts de tous genres, dividendes, parts de bénéficiaire dans une société de personnes, loyers et fermages, droit de licence...

b. Les fruits naturels

Ce sont les produits périodiques d'une chose et tout ce que l'usage autorise à tirer d'une chose suivant sa destination (643 II).

5. Les biens acquis en remploi d'acquêts

Les biens acquis en remploi des acquêts d'un époux deviennent à leur tour des acquêts⁵⁴.

3. Les autres acquêts

1. Les revenus des acquêts

Les revenus des acquêts sont des acquêts. Les revenus constituent un cas particulier de remploi.

2. Les prestations d'entretien faites à un époux

Ces prestations entrent dans les acquêts parce qu'elles visent à couvrir les besoins vitaux de l'époux qui en bénéficie et de la famille de celui-ci, charge qui incombe en principe aux acquêts. Ces prestations d'entretien peuvent être versées par le conjoint (163ss, 173, 176 I) ou par un tiers.

3. Le montant équitable versé à l'époux au foyer (164-165)

Le montant équitable versé à l'époux au foyer (164) entre dans les acquêts. Ce montant doit placer l'époux qui en bénéficie dans une situation analogue à celle que son conjoint peut acquérir grâce au produit de son travail. Il se justifie dès lors de traiter ce montant comme l'est le produit du travail du conjoint.

4. Les dommages-intérêts versées à un époux à la suite d'une atteinte à la personnalité

⁵³ Dans l'ancien droit du divorce, une femme perdait les expectatives de son mari, si elle n'était pas son fautive pour recevoir une indemnité. Le mari devait, de son côté, être coupable et solvable (il devait pouvoir payer l'indemnité). Entre deux, la LFLP prévoyait que le juge pouvait transférer une partie de la prévoyance du compte du mari à celui de l'épouse à condition que l'épouse soit fautive (LFLP 22)

⁵⁴ Le gain réalisé grâce à un billet de loterie est un acquêt si le billet a été acheté au moyen d'acquêts.

5. Les allocations familiales

III. LA PREUVE DE L'APPARTENANCE D'UN BIEN À UNE MASSE MATRIMONIALE (200)

1. Généralités

La preuve de l'appartenance d'un bien à une masse matrimoniale suppose qu'il soit établi:

- A quel époux le bien appartient
- A quelle masse matrimoniale de cet époux le bien doit être affecté.

2. La preuve de la propriété d'un bien (200 II)

On pose une présomption de copropriété pour les 2 époux dans le cas où on n'arrive pas à apporter la preuve positive (646-651ss).

a. La preuve directe de la propriété du bien

En principe, toute personne qui prétend qu'un bien appartient à un époux et non à l'autre, doit l'établir. Cette preuve peut être apportée par **tous moyens**. L'exactitude matérielle de l'inventaire n'est présumée que s'il s'agit d'un inventaire authentique dressé dans l'année à compter du jour où les biens sont entrés dans la masse (195a II). Pour le reste, la preuve de la propriété est régie par les règles ordinaires (recours aux présomptions de 930-031 pour les choses mobilières et 937 pour les immeubles).

b. La présomption de la copropriété

Si la preuve de la propriété de l'un des époux ne peut être apportée, le bien est réputé appartenir en copropriété aux 2 conjoints. Lorsque la preuve de la propriété d'un époux ne peut pas être rapportée, le bien n'est pas seulement présumé appartenir en copropriété aux conjoints. Il est fictivement considéré comme tel.

Le renvoi aux règles de la copropriété (646-651) implique que les quotes-parts des conjoints sont présumées égales (646 II), la preuve du contraut étant évidemment possible. La copropriété entre époux présente en outre les particularités suivantes:

- L'un des époux ne peut disposer de sa quote-part sans le consentement de son conjoint (201 II).
- A la dissolution du régime, un époux peut demander que le bien lui soit attribué entièrement s'il justifie d'un intérêt prépondérant (205 II).
- S'agissant du mobilier et des objets de ménage, le droit au partage de la copropriété n'existe pas car le bien est affecté à un but durable (650 I).

3. La preuve du caractère de bien propre ou d'acquêt (202 III)

Si on a un doute sur la masse, le bien est présumé acquêt, sauf si on peut apporter la preuve du contraire (200 III).

IV. ADMINISTRATION, JOUISSANCE ET DISPOSITION DES BIENS PROPRES ET DES ACQUETS (201 I-II)

Chaque époux est propriétaire de ses biens propres et de ses acquêts. Chaque époux conserve l'administration, la jouissance et la disposition de ses acquêts et de ses biens propres (201 I): liberté pour gérer ses biens pendant le régime.

Cependant la liberté de chaque époux quant à la gestion de ses biens n'existe que dans les limites de la loi.

1. Administration des biens propres et des acquêts

Chaque époux administre librement les 2 masses matrimoniales dont il est propriétaire. Il supporte également

les frais correspondants (les impôts y relatifs). En principe, l'autre époux n'a ni le devoir ni le pouvoir de participer à cette administration. Il faut réserver:

– **Le devoir général d'assistance** (159 III) ⇒ un époux peut donc devoir à ce titre prendre en charge provisoirement ou durablement les affaires de son conjoint.

– Un époux a le pouvoir d'administrer les biens de l'autre dans la mesure où il **représente l'union conjugale** pour les besoins courants de la famille pendant la vie commune (166 I).

Si un époux a payé ce qu'il ne devait pas, il a la créance correspondante. Par "limites de la loi", il faut entendre que l'époux doit administrer ses biens dans les limites de la loi ⇔ c'est-à-dire selon les dispositions générales: sur les effets du mariage (169, 178), l'entretien mutuel dont sont tenus les époux (159, 163); l'époux lésé a le droit de réunir à la masse des acquêts des biens qui auraient été aliénés (208)

⇒ Ceci peut limiter la libre administration des biens.

2. Usage et jouissance des biens propres et des acquêts

Chacun des époux a la jouissance et l'usage de ses biens propres et de ses acquêts. Ces droits d'usage et de jouissance sont toutefois limités par les devoirs des conjoints au sein de l'union conjugale.

→ Un époux pourra être appelé à fournir sa contribution à l'entretien du ménage (163) en mettant à la disposition de son conjoint certains biens dont il est propriétaire.

→ Les revenus d'un époux devront être utilisés pour assurer l'entretien du ménage, voire pour verser au conjoint resté au foyer le montant équitable (164).

3. Disposition des biens propres et des acquêts

Le droit de chaque époux de disposer des biens dont il est propriétaire fait, lui aussi, l'objet de certaines restrictions résultant du droit du mariage.

a. Restrictions liées au régime de la participation aux acquêts (201 II)

201 II limite le droit de chacun des époux de disposer de sa part sur un bien qui leur appartient en copropriété. L'acte de disposition relatif à la part de copropriété n'est valable que si le conjoint y a consenti. La règle s'applique au transfert de propriété et à la constitution de droits réels limités.

b. Restrictions résultant des règles sur les effets généraux du mariage

Cette restriction est destinée à protéger le logement familial (169). Un époux ne peut en effet disposer librement de ses biens si cela a pour effet de compromettre le logement familial: aliénation de la maison familiale ou tout acte de disposition de nature à compromettre l'usage du logement familial. L'acte qui restreint ou supprime les droits dont dépend le logement familial doit être expressément approuvé par le conjoint ou, à défaut, par le juge. C'est la capacité civile active même de l'époux qui est restreinte et non seulement son droit de disposer.

VI. LES DETTES DES ÉPOUX

1. Dettes et responsabilité pour les dettes

Le régime n'affecte pas les dettes de chaque époux. Il y a toutefois deux sortes de dettes à distinguer.

1. Les dettes envers les tiers (202)

a. Les dettes en tant que telles

202 se borne à régir la garantie des créanciers, mais ne renseigne pas sur le statut de la dette elle-même. Les dettes en tant que telles sont régies par le droit des obligations. En principe, chaque époux a ses propres dettes, nées avant ou pendant le mariage, et son conjoint n'est nullement tenu de ses dettes. Toutefois, la solidarité doit être admise si les époux en sont convenus avec le tiers ou si elle est prévue par la loi (CO 143). Or précisément, les règles sur la représentation de l'union conjugale (166) comportent un cas de solidarité légale: l'époux qui contracte une dette en tant que représentant de l'union conjugale oblige également le

conjoint, pour autant qu'il n'excède pas ses pouvoirs.

Pour le reste, chacun des époux est libre de contracter des dettes, sous réserve des mesures dont il pourrait faire l'objet selon les règles ordinaires.

b. La responsabilité pour les dettes envers les tiers

Qui a la *titularité de la dette*? Qui est débiteur? Le CC ne dit rien. Le CO dit à quelle condition une dette grève un époux. Chaque époux répond de ses dettes sur tous ses biens (202), s'il a la capacité civile active (il produit des effets juridiques à ses actes). Il n'y a donc pas de dettes dont un époux ne répondra que sur l'un de ses masses matrimoniales.

La garantie (202). Chaque époux répond de ses dettes sur tous ces biens. Il n'y a pas de garantie des dettes de l'autre époux en faveur de son conjoint, exception faite de 193 I. Si on fait passer un bien d'une masse d'un époux à celle de l'autre époux, on ne peut pas se soustraire aux prétentions des créanciers.

2. Les dettes entre époux (203)

a. Le principe

Comme les dettes d'un époux envers des tiers, les dettes d'un époux envers son conjoint sont en principe régies par les règles ordinaires du droit des obligations, à par les dispositions du CC 163-165 qui font des naître des obligations. Le régime du mariage n'a pas d'influence sur les dettes des époux.

b. Les exceptions

a. La prescription (134 I/3)

Les créances entre époux ne se prescrivent pas pendant le mariage. Un époux n'est donc pas obligé de recourir à ce moyen pour éviter de se heurter à l'exception de prescription.

b. L'exigibilité (CO 75ss)

CO 75ss sont applicables à l'échéance des dettes entre époux. Toutefois, il considère que la dissolution du mariage entraîne l'exigibilité.

c. Les délais de paiement

Lorsque le règlement d'une dette ou la restitution d'une chose expose l'époux débiteur à des difficultés graves qui mettent en péril l'union conjugale, celui-ci peut solliciter des délais de paiement (203 II).

d. Augmentation du montant de la dette en fonction de plus-values

Si on investit de l'argent en faveur de son conjoint (206 II), on a une créance contre lui⁵⁵.

2. La réparation interne des dettes (209 II) (quelles masses)

1. La répartition interne des dettes entre époux

En principe, **un époux a la charge**, dans les rapports internes, **des dettes dont il est débiteur dans les rapports externes**. Peu importe le fondement de la dette ou le fait que celle-ci ait pris naissance avant ou pendant le régime. Sauf, les situations dans lesquelles un époux agit au nom de l'autre ou un époux paie les impôts des biens de l'autre.

Si une dette est attribuée du point de vue interne à l'époux qui n'est pas débiteur du point de vue externe, l'époux à qui incombe la charge de la dette a envers l'autre une dette correspondante. Sous réserve de 206, il s'agit d'une dette ordinaire entre époux.

2. La répartition des dettes entre les masses matrimoniales d'un époux (209 II)

a. Le principe

Une dette grève la masse avec laquelle elle est en rapport de connexité ou, dans le doute, les acquêts (209 II). Il est donc **nécessaire de décider** à quelle masse matrimoniale une dette doit être rattachée du point de vue interne. 209 II implique qu'un époux n'est pas libre de décider laquelle de ses masses matrimoniales supporte la dette. C'est la loi qui le détermine. Le critère principal pour rattacher une dette à une masse est celui de la

⁵⁵ Voir infra

connexité. 209 II établit à **titre subsidiaire** que la dette est rattachée aux acquêts, lorsque le critère principal de la connexité n'est pas décisif.

Si une dette est rattachée, du point de vue interne, à une masse autre que celle qui a fait la prestation, cette dernière masse a contre celle qui doit supporter la charge de la dette une prétention en remboursement: récompenses régies par 209 I ou III.

b. Quelques concrétisations du principe de connexité

Il y a connexité entre une dette et une masse matrimoniale, si l'on peut établir entre elles un lien, ou mieux une dépendance (au vu de l'origine de la dette, de son but ou de son contenu).

- Les dettes antérieures au régime sont rattachées aux biens propres, car c'est cette masse qui englobe les biens qui appartenaient à l'époux avant le régime.
- Les dettes dont la naissance procure un avantage à une masse sont rattachées à cette masse. Les dettes professionnelles sont en principe rattachées aux acquêts, dans la mesure où les revenus professionnels sont également des acquêts: cotisations, primes dues aux institutions de prévoyance.
- Les dettes suites à un acte illicite vont aux acquêts.

CHAPITRE 3 - LA LIQUIDATION DU RÉGIME DE LA PARTICIPATION AUX ACQUÊTS

§1 LA DISSOLUTION DU RÉGIME

Le régime est dissous au jour du décès d'un époux ou au jour du contrat adoptant un autre régime (204). La dissolution du régime rétroagit au jour de la demande en cas de divorce ou de séparation de corps.

i. Notion et effets de la dissolution

La dissolution est **le moment où le régime matrimonial prend fin**. C'est à ce moment qu'est arrêtée la composition des masses matrimoniales en vue de la liquidation (207 I)⁵⁶. Les biens qu'acquiert un époux à titre onéreux après le moment de la dissolution n'ont donc en principe pas à être pris en compte pour la liquidation (idem pour les dettes).

La dissolution ouvre la voie à la liquidation du régime, c'est-à-dire à la reprise effective de ses biens par chacun des époux et au règlement des comptes.

- La mort d'un ou des époux et la déclaration d'absence;
- Le jour où les parties adoptent par contre un autre régime matrimonial que le leur;
- .

ii. Les cas de dissolution

CC 204 énumère les hypothèses dans lesquelles la dissolution intervient.

a. Le décès d'un époux

Le décès d'un époux entraîne la dissolution du mariage et celle du régime matrimonial. Le régime est dissout au moment du décès.

b. La conclusion d'un contrat de mariage adoptant un autre régime matrimonial

La dissolution a lieu au moment de la conclusion du contrat.

c. La dissolution consécutive à une décision judiciaire

Le divorce, la séparation de corps ou le prononcé de la nullité de mariage (109, 118, 121, 176, 185).

Dans ces cas la dissolution rétroagit au jour de la demande (204 II) pour éviter que l'époux ne spéculer sur une éventuelle augmentation de la valeur des acquêts et fasse sciemment traîner la procédure.

Le dépôt de la demande doit être assimilé au jour où la litispendance est créée (136). Le dépôt peut être constitué par:

- la requête commune des époux qui crée la litispendance pour autant que les conditions aux divorces soient réunies au moment du dépôt;
- la requête unilatérale d'un époux qui crée la litispendance au jour où la partie saisit le juge.

§2 LES OPERATIONS PRÉCÉDANT LA LIQUIDATION PROPREMENT DITE

⁵⁶ On disjoint les acquêts. On se place donc au moment de la dissolution pour évaluer les actifs et les passifs. Par exemple, les frais funéraires encourus par la suite ne jouent aucun rôle. ATF 121 III 154 = 1997 I 136

i. La liquidation des rapports juridiques spéciaux entre époux

Avant la liquidation du régime proprement dit, on procède à la liquidation des relations spéciales que les époux ont entre eux, comme un contrat de travail, une société créée ensemble, des rapports de copropriété (650-651). Ces problèmes se règlent en vertu des dispositions ordinaires.

ii. Le partage de la copropriété

Un des cas les plus fréquent est celui où les époux ont acquis un bien en copropriété ou sont considérés comme copropriétaires (200 II). En général, les époux saisiront cette occasion pour partager la copropriété, même si la liquidation du régime n'impose pas nécessairement le partage.

Ce partage est régi par les règles ordinaires de 650-651. Toutefois, le juge peut attribuer le bien entièrement à celui des époux qui justifie d'un intérêt prépondérant, à charge naturellement pour cet époux de désintéresser son conjoint (205 II).

§3 LA PREMIÈRE PHASE DE LA LIQUIDATION: LA DISSOCIATION DES PATRIMOINES DES ÉPOUX

1. APERÇU DES ÉTAPES

On distingue 4 phases dans la procédure de liquidation.

1. La séparation des patrimoines des époux: on fait un partage vertical entre les époux entre les actifs et les passifs selon qu'ils sont acquêts ou biens propres.
2. L'identification des biens propres. On fait un partage horizontal pour identifier ce qui relève des biens propres.
3. La détermination du compte acquêts. On détermine le bénéfice des époux. Pour cela, il faudra procéder à la réunion des acquêts.
4. On répartir le bénéfice entre les époux et on établit un état final des créances.

époux		épouse	
+	-	+	-
a	a	a	bp
bp			
bp			bp

2. LA SÉPARATION DES PATRIMOINES

Une fois réglés les rapports juridiques ordinaires existant entre les époux, on peut passer à la liquidation du régime proprement dit. Le but final de la liquidation est de déterminer quels biens chaque époux peut reprendre et s'il est nécessaire que l'un des époux verse en plus à son conjoint un certain montant en raison des gains réalisés durant le régime. Le but est de déterminer quels sont les biens qui appartiennent à chacun des époux. On repère ce qui est à l'actif et ce qui est au passif de chacun des époux.

a. L'inventaire des actifs

Chaque époux reste propriétaire de ses biens, dont il a par ailleurs la jouissance et l'administration. Il n'y a donc pas de difficultés juridiques à déterminer quels sont les actifs de chaque époux. L'actif est constitué par les biens et les créances détenus par un époux que ce soit à l'égard de tiers ou à l'égard de son conjoint (205 III créance ordinaire, 206 créance variable).

1. La reprise par un époux de ses biens en possession de son conjoint (205 I)

Un époux peut d'abord avoir la possession de biens de son conjoint en vertu d'un contrat passé entre eux. 205 I ne déroge pas aux règles ordinaires. 205 I vise les cas pour lesquels les conjoints n'ont pas conclu de contrat et qui ne sont pas non plus régis par un rapport juridique spécial. Ainsi, un époux est en possession de biens de son conjoint en raison de circonstances de fait ou parce que son époux les lui a remis à titre

précaire.

2. Les droits

Parmi les actifs d'un époux peuvent figurer des droits de propriété et tous les autres droits subjectifs privés. Toutes ces valeurs sont prises en compte pour la liquidation du régime selon les règles ordinaires.

b. L'inventaire des passifs

Il suffit d'identifier les dettes de chaque époux, en les mettant au passif de compte représentant l'état de son patrimoine à la liquidation. Le passif est constitué par les dettes des époux (206) qu'ils ont à l'égard d'un tiers ou à l'égard de leur conjoint. Mais cela ne concerne pas les dettes d'une masse envers l'autre. En effet la répartition des dettes entre les masses d'un même époux se fera lors de la 2^e phase de la liquidation (209 II).

Parmi les dettes d'un époux figurent celles qu'il a envers son conjoint.

c. Les créances comportant une part à la plus-value

206 prévoit que certaines créances d'un époux contre son conjoint peuvent augmenter en fonction de la plus-value prise par les biens qui ont fait l'objet de l'investissement.

a. Le but et la genèse de CC 206

Les circonstances de la vie amènent fréquemment un époux à avancer des fonds à son conjoint pour permettre à celui-ci d'acquérir un bien ou d'entretenir une chose dont il est déjà propriétaire. Un époux ne fait, en effet, pas forcément une prestation envers son conjoint simplement parce qu'il veut lui faire un cadeau. On ne peut en effet pas présumer l'intention libérale d'un époux. Il faut ainsi admettre que l'époux qui a fait l'avance des fonds entend récupérer un jour son investissement, au plus tard au moment de la liquidation.

Les prêts entre époux ne sont cependant pas des prêts commerciaux ordinaires. Le prêt est en général fait sans intérêts. Il est souvent difficile pour un époux de demander le remboursement de telles sommes. L'époux créancier devrait ainsi se contenter de la restitution après plusieurs années du montant nominal qu'il a avancé. Cette situation est cependant particulièrement choquante si le montant prêté a été investi par l'époux débiteur pour acquérir, réparer ou améliorer des biens qui ont dans l'intervalle pris de la valeur. L'époux débiteur profiterait en effet seul de la plus-value prise par le bien, alors que celui-ci a été en partie financé par son conjoint.

C'est pourquoi l'époux doit être associé au bénéfice qui peut résulter de sa prestation. Remarquons que l'on aurait simplement pu appliquer les règles relatives au prêt. Mais le législateur a estimé qu'il était non seulement normal que le conjoint récupère son investissement, mais également qu'il participe à la plus-value du bien en question.

b. Les conditions de la part à la plus-value

La part à la plus-value n'est due que si un époux a contribué à l'acquisition, à l'amélioration ou à la conservation de biens qui se retrouvent à la liquidation avec une plus-value. Il faut en outre que cette contribution n'ait été faite ni à titre gratuit, ni moyennant une contre-prestation déterminée par les époux.

Le service de la dette comprend d'une part le paiement des intérêts et d'autre part l'amortissement de la dette (parfois le banquier y renonce, car il est plus intéressé par les intérêts).

1. Une contribution de l'époux en faveur de l'autre

La contribution sera d'ordre financier: l'époux mettra à la disposition de l'autre une somme d'argent ou d'autres moyens de paiement (argent, prestation en nature, prise en charge d'intérêts hypothécaires). Peu importe quelle masse de l'époux créancier a fourni la contribution financière. Peu importe quelle est la masse de l'époux débiteur qui répond de la dette du point de vue interne.

2. En vue de l'acquisition, de l'amélioration ou de la conservation de biens

La contribution doit être faite en vue de l'acquisition, l'amélioration ou la conservation d'un bien, un simple acte d'administration ne suffit pas. Le simple fait d'administrer les biens de son conjoint (195) n'est pas une contribution. Normalement l'époux bénéficiaire de la contribution sera seul propriétaire des biens concernés.

206 s'applique à toutes les formes d'acquisition à titre onéreux de la propriété ou d'un droit réel limité. Il vise également toute forme d'amélioration du bien. En revanche, toutes les contributions faites en vue de la

conservation d'un bien ne sont pas couvertes par 206. Il peut s'agir d'un bien en copropriété entre le conjoint et un tiers. La plus-value est calculée sur la quote-part détenue par le conjoint.

3. Un objet qui se retrouve à la liquidation

Le bien financé par les 2 conjoints existe encore à la liquidation.

4. Une plus-value

La part à la plus-value n'est due que si le bien se retrouve à la liquidation avec une plus-value. La plus-value dont il s'agit est une plus-value conjoncturelle.

5. Absence d'intention libérale

Il n'y a pas lieu à participation à la plus-value si la contribution de l'époux a été faite à titre gratuit. Il est également possible que l'époux créancier ait renoncé par la suite à la part à la plus-value.

6. Absence de contre-prestations

La contribution doit avoir été faite sans contre-prestation. La part à la plus-value est ainsi écartée si les époux sont convenus d'une autre forme de compensation. Le conjoint ne doit même pas avoir reçu un faible intérêt en retour (à titre complètement gratuit). Si la contribution se fait en exécution d'une obligation légale matrimoniale, il n'y a pas de contribution (compensation).

c. Le calcul de la part à la plus-value

Lorsque un époux a contribué au financement de biens appartenant à son conjoint, sa créance en remboursement à prendre en compte à la liquidation est proportionnelle à sa contribution et elles se calculent sur la valeur actuelle des biens. En cas de moins-value, l'époux créancier peut en tout cas réclamer le montant de ses investissements (206 I).

Une participation aux moins-values en cas d'investissements en faveur de l'autre conjoint est ainsi exclue. 206 I ne garantit cependant pas le nominal de chaque créance d'investissement pris séparément, car il ne serait pas juste que l'époux créancier participe à la totalité des plus-values acquises par certains biens, alors qu'il ne supporterait aucune des moins-values subies par d'autres biens. C'est pourquoi le principe du maintien de la valeur nominale des créances n'est garanti **que pour l'ensemble des investissements opérés**⁵⁷. Il est ainsi possible que les plus-values prises par certains biens compensent les pertes subies sur d'autres et que le bilan total se révèle en définitive positif. Si tel n'est pas le cas, le montant nominal de tous les investissements faits doit être remboursé par le conjoint.

Investissement en faveur d'un seul bien		Investissement pour plusieurs biens
Un seul investissement: on applique la proportion de l'investissement à la valeur actuelle	Plusieurs investissements: 2 étapes 1. calculer à chaque investissement 2. calculer à chaque fois la proportion	Une somme de créances: ensuite on compare cela avec le montant nominal des investissements faits. On donne le montant le plus important.

1. Le calcul de la plus-value en cas d'investissement au profit d'un seul bien

1. On établit d'abord **ce qu'a été la contribution de l'époux créancier** à l'acquisition⁵⁸, à l'amélioration ou à la conservation⁵⁹ du bien en cause. Cette contribution est toujours mesurée par le montant investi, non par la plus-value que cet investissement a pu provoquer à ce moment-là.
2. On détermine ensuite **la valeur du bien au moment de l'investissement** (prix d'acquisition, valeur du bien avant l'amélioration augmenté du coût des travaux, en bref la valeur vénale).

⁵⁷ L'époux a le droit de au moins récupérer ce qu'il a investi. Il donne 100 il doit récupérer 100. Ce principe du maintien de la créance existe pour l'ensemble des contributions effectuées, mais l'époux supporte en revanche la moins-value éventuelle subie par l'objet.

⁵⁸ Contribution faite pour une acquisition:

- Un époux fait une contribution de 100, pour l'acquisition d'un immeuble qui en vaut 500.
- On établit la proportion (le rapport) de la contribution par rapport à la valeur de l'acquisition: $\frac{1}{5}$.
- Au moment de la dissolution, on applique ce rapport à la valeur vénale actuel de l'immeuble (1000). $1000 \times \frac{1}{5} = 200$ revient à l'époux

⁵⁹ Contribution faite pour la conservation ou la réfection d'un bien:

- Un époux donne 100 pour la conservation d'un immeuble qui vaut lui-même 400.
- L'immeuble vaut par cette contribution 500. L'époux a donc participé pour $\frac{1}{5}$ de sa valeur.
- Au moment de la liquidation, on applique $\frac{1}{5}$ à la valeur de l'immeuble.

3. On compare ensuite le montant de la contribution et la valeur du bien lors de l'investissement, pour établir la **proportion** dans laquelle l'époux créancier a contribué au financement du bien.
4. Enfin cette **proportion est appliquée** à la valeur actuelle du bien, c'est-à-dire à la valeur vénale de celui-ci à la liquidation. Cette valeur n'est évidemment retenue que si elle est **supérieure** à la valeur du bien lors de l'investissement. Si elle est inférieure, la créance de l'époux bailleur de fonds est équivalente au nominal investi (206 I)⁶⁰.
5. Si l'époux a fourni **successivement plusieurs contributions**, il faut procéder par étapes, en établissant pour chaque investissement une nouvelle proportion par rapport à la valeur du bien au moment de l'investissement.
6. Si **en cas de pluralité de contributions, le bien subit tantôt des plus-values, tantôt des moins-values**, la garantie du remboursement du nominal investi ne doit être assurée qu'au terme des investissements, à la liquidation du régime.

2. Le calcul de la plus-value en cas d'investissements au profit de plusieurs biens

Si un époux a procédé à des investissements au profit de plusieurs biens du son conjoint, il y a lieu de considérer ces investissements dans leur ensemble afin de s'assurer que l'époux bailleur de fonds retrouve au moins le nominal des sommes investies.

On procède en 2 temps.

1. On fait la **somme des créances résultant des investissements relatifs à chaque bien pris séparément**. On établit d'abord ce qu'a été la contribution de l'époux créancier à l'acquisition, à l'amélioration ou à la conservation du bien en cause; mais on calcule aussi la réduction de la créance en cas de moins-value. La garantie du remboursement du nominal n'est en effet pas assurée pour chaque bien, mais seulement pour l'ensemble des biens⁶¹.
2. **La somme des créances relatives à chaque bien pris séparément est comparée au total des montants nominaux des investissements**. Le montant de la créance finalement retenue est celui des deux qui est le plus élevé (206 I 2^e phrase)⁶².

Exemple:

Il s'agit de repérer la participation pour chacun des changements de valeur de l'immeuble.

- En 1975, un époux investit 100 dans l'acquisition d'un immeuble qui en vaut 600.
- En 1980, il investit 100 pour la réfection de la toiture de l'immeuble qui vaut alors 900.
- En 2000, lors de la liquidation, l'immeuble vaut 1'200.

On calcule chacune des créances.

- En 1975, l'époux a une part par rapport à la plus-value de $\frac{1}{6}$. Cette quote-part vaut en 1980, $\frac{1}{6}$ de 900, soit 150 + les 100 pour la toiture = 250. La quote-part sur la valeur de l'immeuble qui est de 1000: $\frac{250}{1000} = \frac{1}{4}$ à appliquer sur la valeur en 2000 de l'immeuble $\frac{1}{4} \times 1'200 = 300$.
- En 1980, on fait donc comme si on liquidait le régime $\Rightarrow \frac{1}{6}$ sur la valeur de l'immeuble qui est de 900.

On fait la somme des créances résultant des investissements faits pour chaque bien séparément, puis on compare la somme finale avec la somme du total des montants nominaux des investissements.

- En 1980, un époux participe à l'acquisition d'un immeuble qui vaut 150, pour 50.
- En 1985, un époux participe à l'acquisition d'action qui valent 100, à raison de 40.
- A la liquidation, l'immeuble vaut 300 et les actions 60.

On calcule séparément la créance relative à chaque bien.

- La créance sur l'immeuble: $\frac{1}{3}$ de 300 = 100.
- La créance sur les actions 40% ($\frac{2}{5}$) de 60 = 24.
- En tout, la créance de l'époux contre l'épouse est de 124.

On compare cette somme avec celle des investissements cumulés (90), on maintient le résultat pour autant que l'époux récupère globalement l'investissement. In cas, la moins-value de l'immeuble est compensée. L'époux a même plus, c'est

⁶⁰ Dix ans avant la liquidation du régime, la mari a acquis un certain nombre d'actions d'une société pour un montant de 100'000.-, moyennant une contribution de l'épouse de 20'000.- soit de 1/5 de la valeur des titres acquis. La créance de l'épouse est dès lors de 1/5 de la valeur des actions à la liquidation. Si celles-ci valent 200'000.- à la liquidation, la créance de l'épouse est ainsi de 40'000.-. Dans l'hypothèse où les actions auraient perdu de la valeur, la créance de l'épouse resterait mesurée par le montant de son investissement, soit 20'000.-.

⁶¹ En 1970, le mari a acquis un immeuble d'une valeur de 150'000.-, financé à raison de 50'000.- par une contribution de l'épouse. En 1975, il a racheté un certain nombre d'actions d'une société, pour un 100'000.-, que son épouse a contribué à financer à raison de 40'000.-. A la liquidation, l'immeuble vaut 300'000.- et les actions, 60'000.-. La créance de l'épouse relative à l'immeuble s'élève à 100'000.- (y compris la part à la moins-value des actions). La somme des créances de l'épouse prises individuellement est ainsi de 124'000.-.

⁶² La créance de l'épouse de 124'000.- doit ainsi être comparée au montant des investissements de celle-ci, soit 90'000.-. L'épouse pourra ainsi réclamer 124'000.- au titre de 206 I. Si la valeur de l'immeuble était restée constante, la créance de l'épouse, calculée selon les règles ordinaires sur les plus-values et les moins-values aurait été de 74'000.-. Dans ce cas, le principe du maintien de la valeur des investissements aurait permis à l'épouse de réclamer malgré tout 90'000.-.

bon!

d. Nature et caractéristiques de la part à la plus-value

a. Nature juridique

La part à la plus-value modifie la créance en remboursement de l'époux bailleur de fonds. C'est la créance en remboursement qui varie, de sorte qu'elle augmente en fonction de la valeur des biens financés par la contribution de l'époux créancier.

b. Exigibilité et exécutabilité

En principe, la créance de 206 est **échue à la liquidation du régime** (206 I-II), sauf si le bien est aliéné **avant**. La créance n'est exécutable qu'à la fin du régime. L'épouse qui bénéficie de l'investissement de son conjoint ne peut pas rembourser la créance avant la dissolution du régime, pour éviter de lui verser la plus-value. Il est en outre possible que les époux aient **conventionnellement** fixé l'exigibilité à un moment antérieur à la liquidation du régime.

Quant à l'exécutabilité de la dette de remboursement, elle est aussi en principe différée à la liquidation du régime. Cette limitation de l'exécutabilité de la dette peut naturellement être écartée par une convention passée entre les conjoints.

c. Caractère dispositif

1. Les époux peuvent écarter la participation aux plus-values à l'occasion d'une contribution déterminée, pour un investissement particulier (par écrit).
2. Les époux peuvent aussi exclure une fois pour toutes la participation aux plus-values de 206 (les parties veulent exclure l'ensemble des investissements). Il doivent alors le faire par contrat de mariage, car il s'agit en réalité d'une modification du régime lui-même.

e. Cas particulier du service de la dette hypothécaire relative à un immeuble du conjoint

Il arrive fréquemment qu'un époux acquière un immeuble moyennant constitution et/ou reprise d'une dette hypothécaire grevant cet immeuble. L'immeuble appartient alors à la masse qui a fait la prestation au comptant ou, si cette contribution a été fournie par plusieurs masses, à celle qui a fait la prestation la plus importante. La dette hypothécaire est alors rattachée à cette masse sur le plan interne. **Mais il peut arriver que ce soit le conjoint qui s'en charge**⁶³.

Assurer le service d'une dette hypothécaire revient à permettre le maintien du financement de l'immeuble par l'intermédiaire de cette dette et constitue une contribution à l'acquisition de l'immeuble. Si ce service est assuré par le conjoint du propriétaire et **qu'il ne s'agit pas pour lui d'une contribution à l'entretien de la famille**, le remboursement doit donc être envisagé non pas dans les termes d'une créance ordinaire du bailleur de fonds, mais comme une **créance consécutive à une contribution à l'acquisition de l'immeuble au sens de 206 I**.

1. Prise en charge des amortissements par le conjoint

S'agissant des amortissements qui ont été payés par le conjoint de l'époux débiteur, ce sont des remboursements partiels de la dette.

En soi chaque remboursement fait naître une créance au sens de 206, dont le montant varie en fonction de la plus-value prise par l'immeuble entre le moment de l'amortissement et celui de la liquidation du régime. Ce système fonctionne sans difficulté s'il s'agit d'amortissements importants et occasionnels. On applique les règles exposées ci-dessus⁶⁴.

⁶³ L'épouse acquiert un immeuble moyennant la constitution ou la reprise d'une dette hypothécaire (emprunt garanti par une hypothèque). L'immeuble acquis appartient à la masse qui a fait la prestation au comptant. Dans la mesure où la masse dans propres assure le service des intérêts hypothécaires, aucun problème ne se pose. Mais si le conjoint assume le service de la dette hypothécaire, il participe par conséquent à l'acquisition de l'immeuble et doit donc être remboursé de cette créance.

⁶⁴ Le mari a reçu par succession un immeuble valant 500'000.-, moyennant reprise d'une dette hypothécaire de 200'000.-. Peu de temps après, l'épouse prélève dans les économies réalisées sur son salaire (acquêts) 50'000.- pour amortir la dette. Dix ans plus tard, alors l'immeuble vaut 600'000.-, l'épouse fait un héritage et verse 100'000.- à titre d'amortissement de la dette hypothécaire, qui s'élevait encore à cette date à 150'000.-. Le régime est dissous dix ans après, alors que l'immeuble vaut 720'000.-. Suite au premier amortissement, l'épouse a droit au remboursement des 50'000.- investis ($\frac{2}{10}$ de la valeur de l'immeuble à l'époque), avec la plus-value. Au moment du second amortissement, cette créance représentait 60'000.- (soit $\frac{1}{10}$ de la valeur de l'immeuble à cette date). Le second amortissement a porté la contribution de l'épouse à 160'000.- soit $\frac{16}{60}$ de la valeur de l'immeuble à l'époque. A la dissolution, l'épouse a ainsi droit à $\frac{16}{60}$ de 720'000.-, soit 192'000.-. Si l'immeuble a

Dans la plupart des cas, les amortissements ne sont toutefois pas opérés par des versements importants et occasionnels, mais sous **formes d'annuités** représentant 1 à 2% de la dette. Il est alors pratiquement impossible de procéder selon la méthode ordinaire décrite ci-dessus et de recalculer, année après année, l'effet de l'amortissement sur la créance variable en fonction de l'évolution de la valeur de l'immeuble. Il faut dès lors **considérer les amortissements dans leur ensemble et calculer une valeur moyenne de la créance variable**, pour tenir compte du fait que les remboursements partiels ont été étalés dans le temps⁶⁵.

2. Prise en charge des intérêts par le conjoint

Le paiement des intérêts d'une dette hypothécaire par le conjoint de l'époux débiteur ne réduit pas la dette et, dans cette mesure, n'est pas une contribution au paiement du prix d'achat au sens strict. Mais, le paiement des intérêts permet le maintien de la dette et, il contribue également au financement de l'acquisition de l'immeuble. **La prise en charge durable des intérêts par le conjoint doit être traitée comme si la dette correspondante était attribuée, à titre interne, à cet époux.** Cela implique que le conjoint profitera de la part à la plus-value qui peut être imputée au financement obtenu grâce à la dette, à l'exclusion de toute autre créance contre l'époux débiteur dans les rapports externes⁶⁶.

Il faut cependant faire **une exception lorsque la prise en charge des intérêts est due au titre de contribution à l'entretien du ménage selon 163.** La question se pose lorsque le mari, qui seul a une activité lucrative, assure le paiement des intérêts d'une dette grevant un immeuble de l'épouse qui sert de logement familial. Il n'est pas équitable que le mari profite de la plus-value prise par l'immeuble, alors qu'il devrait de toute façon assurer le logement de la famille en payant un loyer.

3. Prise en charge par le conjoint des amortissements et des intérêts

Si le conjoint de l'époux débiteur prend en charge l'ensemble du service de la dette, il a une créance fondée sur 206 I, comme s'il avait financé l'acquisition de l'immeuble à concurrence du montant de la dette hypothécaire, avec la particularité toutefois qu'il faut tenir compte du fait que la dette n'est peut-être pas entièrement remboursée au moment où le service de la dette par le conjoint créancier prend fin. La créance prend le remboursement des amortissements opérés, augmentés de la plus-value éventuelle correspondante et, pour la partie non remboursée de la dette, un droit à la plus-value prise par l'immeuble pendant la période durant laquelle les intérêts ont été payés. Pour calculer le montant de cette créance, le plus simple est de considérer qu'il s'agit d'une créance (variable) au sens de 206 I équivalente au montant de la dette hypothécaire au moment où le conjoint créancier a commencé à en assurer le service, mais qu'il faut en déduire le montant de la dette restante au moment où le conjoint créancier a cessé d'en assurer le service⁶⁷.

perdu de la valeur, le remboursement du nominal des investissements est garanti (206 I 2^e phrase).

⁶⁵ Le mari a reçu par succession un immeuble valant 500'000.-, moyennant reprise d'une dette hypothécaire de 200'000.-. Pendant 20 ans, l'épouse paie les amortissements sous forme d'annuités, ce qui ramène le montant de la dette à 100'000.- au moment de la dissolution. L'immeuble vaut alors 750'000.-. Pour tenir compte du fait que l'amortissement total de 100'000.- a été fait par annuité, la part de la plus-value se calcule sur la valeur moyenne de 50'000.- pendant toute la durée des amortissements. Ces 50'000 (1/10 de la valeur initiale de l'immeuble) génèrent une plus-value de 25'000 (soit 1/10 de 250'000). Au total la créance variable consécutive aux amortissements sera ainsi de 75'000.

⁶⁶ Le mari a reçu par succession un immeuble valant 500'000, moyennant reprise d'une dette hypothécaire de 200'000. L'épouse paie les intérêts de cette dette, qui n'est pas amortie. A la dissolution du régime, l'immeuble vaut 750'000. L'épouse a droit à la plus-value de l'immeuble correspondant au financement obtenu par la dette hypothécaire, soit 2/5 de la valeur initiale de l'immeuble. Elle reçoit donc une créance correspondant à 2/5 de la plus-value prise par l'immeuble, soit 100'000.

Si le mari a amorti la dette par annuités, la charge des intérêts assumée par l'épouse a été réduite d'autant. Comme on prend en compte, pour le calcul des amortissements, la moitié de la dette amortie, c'est l'autre moitié qui est déterminant pour la charge des intérêts. Ainsi, si la dette a été amortie par annuités pour un total de 100'000, seuls 50'000 sont retenus par le calcul de plus-value à imputer au conjoint qui a pris en charge les intérêts. Celui-ci aurait donc droit à la plus-value correspondant, d'une part, à la dette subsistant à la dissolution (100'000) et, d'autre part, à la moitié de la dette 100'000 amortie (50'000). La part de la plus-value serait ainsi de $\frac{15}{50}$, soit 75'000.

⁶⁷ Le mari a reçu par succession un immeuble valant 500'000, moyennant reprise d'une dette hypothécaire de 200'000. C'est l'épouse qui assure par la suite le service de cette dette. A la dissolution du régime, la dette est réduite à 100'000 et l'immeuble vaut 750'000. La créance de la femme correspond au montant initial de la dette hypothécaire (200'000) augmenté de la part à la plus-value prévue à 206 I (savoir 100'000 puisque la valeur de l'immeuble a augmenté de moitié), mais diminué du solde de la dette hypothécaire (100'000), car celle-ci incombe au mari dans les rapports internes également. La créance de l'épouse s'élève donc à 200'000. Le mari doit ainsi 200'000 à son épouse et 100'000 au créancier hypothécaire. Il lui reste donc une valeur de 450'000 (750'000 moins ses 2 dettes), ce qui correspond à sa contribution initiale de 300'000, augmentée de moitié. La plus-value de l'immeuble est ainsi équitablement répartie entre les époux. Si l'immeuble avait perdu de la valeur, l'épouse ne participerait pas à cette moins-value conformément à 206 I 2^e phrase. Elle aurait ainsi droit à 200'000 (montant initial de la dette hypothécaire), moins 100'000 (montant de la dette à la dissolution), soit 100'000, ce qui

4. Exemple

Un époux reçoit un immeuble (500) par voie de succession avec une reprise de dette hypothécaire (200). Le remboursement de la dette est assumée par l'épouse (par voie d'amortissement). $\frac{200}{500} = \frac{2}{5}$ est la proportion que l'on applique à la valeur actuelle de l'immeuble.

Toutefois, l'épouse peut aussi rembourser la dette par paiement **d'annuités**, sur 20 ans. Il paie 1% chaque année à la banque (10). En 2000, l'immeuble vaut 750. Comme le calcul pour chaque année est impraticable, on fait une valeur moyenne. On divise l'investissement en 2 ($\frac{1}{5}$). On fait comme si l'époux n'avait pas investi 200, mais 100. Puis on reproduit la part de l'investissement sur la plus-value de l'immeuble au moment de la dissolution du mariage: $\frac{1}{5}$ de 250. On pourrait également calculer la moyenne de la valeur de l'immeuble: $625 \times \frac{1}{5}$.

3,5% d'intérêts courent sur 200 de dette. Il faut donc payer 3,5% de 100 chaque année. Si le service de la dette est effectué sous forme d'annuités, le problème est le même. Mais la doctrine ne le traite pas comme un cas de 206. On en paie qu'une certaine partie du montant.

La dette est de $\frac{200}{500}$. Le % de l'investissement est de $\frac{2}{5}$ qui est appliqué à la plus-value pris par l'immeuble pendant ce temps 250. L'époux n'a qu'une créance de 100 contre son conjoint. L'époux est traité de façon consternante. Il obtient un montant qui n'a rien à voir avec son investissement \Rightarrow il ne faut jamais financé le paiement des dettes hypothécaire du conjoint ou sinon il vaut mieux faire un convention. C'est illogique, puisque dans la perspective de 206 l'époux devrait au moins récupérer son investissement.

1. Un époux paie l'amortissement

Première méthode: 100'000 pendant 20 ans. L'immeuble vaut 500'000 au début et 750'000 à la fin. La valeur moyenne de l'immeuble est de 625'000. On prend la part de l'investissement de l'époux (100'000) sur la valeur initiale. On applique cette proportion à la valeur moyenne: $\frac{1}{5} \times 625'000 = 125'000$.

Deuxième méthode: on peut prendre l'investissement de 100'000 divisé par 2. On fait ensuite le rapport $50'000 : 500'000 = \frac{1}{10}$ appliqué à la plus-value. $\frac{1}{10} \times 250'000$ ajouté à l'investissement: $25'000 + 100'000 = 125'000$.

2. L'époux finance les intérêts hypothécaires

Première méthode: D'après STEINAUER, l'époux profite de la plus-value donnée grâce à ce financement, rien de plus. Par exemple, une dette vaut 200'000 (= investissement): $\frac{200'000}{500'000} = \frac{2}{5}$. On applique cette part sur la plus-value de l'immeuble. $\frac{2}{5} \times 250'000 = 100'000$.

Mais on arrive à 100'000, ce qui est peu par rapport à ce que l'époux a investi. Il paie $3,5\% \times 200'000 = 146'000$ (sur 20 ans).

Deuxième méthode: Selon WERRO, $\frac{140'000}{500'000}$ que l'on applique à la valeur moyenne de l'immeuble, ce qui correspond à $625'000 \times \frac{14}{50} = 175'000$. En effet, rien ne justifie qu'un époux payant les montants relatifs à la dette hypothécaire se retrouve avec 100'000 alors qu'il a investi 140'000.

3. Un époux paie les intérêts et l'amortissement

Première méthode: Selon STEINAUER, on considère qu'il a droit à une plus-value. Par exemple, la dette hypothécaire de 200'000: $\frac{200'000}{500'000} = \frac{2}{5} \times 250'000 = 100'000$.

Le montant initial + 100'000 moins le solde de la dette $\Rightarrow 200'000 + 100'000 - 100'000 = 200'000$, car 100'000 ont été amortis.

Deuxième méthode: l'époux paie des intérêts dégressifs puisqu'il amorti au fur et à mesure. Il faut donc estimer la dette moyenne (150'000). On peut dire $3,5\% \times 150'000 = 5250$ x le nombre d'années durant lesquelles l'intérêt a été payé: $5250 \times 20 = 105'000$.

Puis on ajoute les montants des investissements payés pendant 20 ans (100'000). On calcule la plus-value, puis les intérêts.

100'000	
105'000	
25'000	participation à la plus-value (cf. supra)
26'250	Intérêts $105'000 : 2 = 52'5000$; $52'500 : 500'000$.
256'250	On applique à la plus value de 250'000 = 26'250

IV. LA DEUXIÈME PHASE DE LA LIQUIDATION: LA

correspond aux amortissements auxquels elle a procédé.

REPRISE DE SES BIENS PROPRES PAR CHACUN DES ÉPOUX

Après la 1^o phase de la liquidation, les patrimoines des conjoints sont dissociés: les actifs et les passifs de chaque époux sont connus. Il s'agit maintenant de déterminer dans chaque masse ce qui est biens propres et ce qui est acquêts. Les biens propres ne participent pas au calcul du bénéfice. **Les acquêts et les biens propres de chaque époux sont disjoints dans leur composition au jours de la dissolution du régime (207).**

Les biens intégrés aux acquêts seront pris en compte pour déterminer si l'époux a réalisé un bénéfice qu'il doit partager avec son conjoint ou si le régime se solde par un déficit. Quant aux biens propres, ils sont intégralement repris par l'époux auquel ils appartiennent.

1. LES PASSIFS DE LA MASSE DES BIENS PROPRES

La dissociation des propres et des acquêts d'un époux implique que l'on détermine également les passifs grevant la masse des biens propres.

a. Les dettes

Les dettes attribuées à un époux lors de la 1^o phase de la liquidation doivent être réparties entre les masses de biens de cet époux. Ce partage interne des dettes s'opère conformément au principe de connexité et par rattachement aux acquêts (209 II). Les dettes ainsi rattachées aux propres peuvent être de 2 catégories:

1. Les **dettes ordinaires** envers un tiers ou envers le conjoint.
2. Une **dette variable** envers le conjoint (206). Si les investissements faits par le conjoint ont tous profité à des biens appartenant à la même masse, il n'y a pas de difficulté: cette masse se voit attribuer la dette globale due à l'époux bailleur de fonds selon 206. en revanche, si les biens qui ont profité des investissements appartiennent à plusieurs masses, la dette envers le conjoint doit en principe être répartie entre elles proportionnellement aux plus-value ou moins-values des biens qui figurent dans ces masses.

b. Les récompenses envers les acquêts

Au passif des biens propres de chaque époux peuvent encore figurer des récompenses envers les acquêts de cet époux (récompenses ordinaires ou variables 209).

2. LES ACTIFS DE LA MASSE DES BIENS PROPRES

Chaque époux reprend les biens figurant dans ses propres (198). La reprise des biens propres signifie simplement que les biens en question en sont pas pris en compte pour le calcul du bénéfice ou du déficit. Les actifs de la masse des biens propres sont arrêtés au jour de la dissolution du régime (207 I). L'estimation a lieu au jour de la liquidation ou à l'époque de leur aliénation (209 III).

Les actifs sont réunis en 3 temps:

1. Les créances propres contre le conjoint CC 206
2. Le capital de CC 207 II
3. Ajouter les récompenses contre les acquêts

a. La reprise en nature des objets matériels

Parmi les actifs des biens propres figureront d'abord des choses: des choses mêmes que l'époux a apportées en mariage ou qui lui sont échues par la suite à titre gratuit (198/2), soit des effets destinés exclusivement à son usage personnel (198/1), soit encore des choses acquises en cours de régime en remploi de bips (198/4). Dans tous les cas, choses sont reprises en nature, c'est-à-dire dans l'état où elles se trouvent au moment de la liquidation. L'époux propriétaire profite seul de la plus-value éventuelle prise par ses biens propres.

b. Les droits

1. Les créances contre le conjoint et les récompenses

Parmi les droits d'un époux peuvent figurer des créances contre son conjoint. S'il s'agit d'une **créance ordinaire**, telle qu'une créance consécutive à un prêt ou, même, à une contribution extraordinaire au sens de 165 I-II, le rattachement aux propres s'opère selon les règles ordinaires. La créance contre le conjoint entre ainsi dans les propres lorsque le montant prêté a été prélevé sur les propres ou lorsque la contribution extraordinaire à l'entretien de la famille a été faite à l'aide de biens propres.

Quant aux créances faites suite à un investissement au profit de biens du conjoint et bénéficiant d'une part à la plus-value **au sens de 206**, leur rattachement aux propres ou aux acquêts de l'époux créancier s'opère aussi, en principe, selon les règles ordinaires du emploi. En particulier, la créance sera un propre si l'investissement a été financé par les propres (198 IV). Lorsque une telle créance doit être rattachée aux propres parce que l'investissement initial a été fait par les propres, c'est l'ensemble de la créance qui est un propre, c'est-à-dire le montant initialement investi et la part à la plus-value⁶⁸.

2. Les récompenses variables contre les acquêts (209)

a. En général

Parmi les droits figurant aux actifs des biens propres se trouvent les récompenses:

1. **Les récompenses fixes ou ordinaires** (209 I) qui résultent du fait que les propres ont payé des dettes qui, dans les rapports internes, auraient du être payées par les acquêts; le montant de ces récompenses est **fixe**.
2. **Les récompenses variables** (209 III) qui sont la conséquence du fait que les propres ont investi certains montants au profit de bien d'acquêts. Cela ressemble à CC 206, mais il ne s'agit pas du même problème. Ici, une masse a consenti des faveurs à une autre masse du même époux⁶⁹.

b. Les récompenses ordinaires

Il y a lieu à récompense, lors de la liquidation, entre les acquêts et les biens propres d'un même lorsqu'une dette grevant l'un des masses a été payée de deniers provenant de l'autre.

c. La différence entre 209 III et 206

En cas de dévaluation du bien, la masse participe à la plus-value comme à la moins-value. Il n'y a donc pas de garantie de l'investissement.

Il n'y a pas d'exigence que l'investissement ait été fait sans contrepartie (comme 206). Il n'est pas nécessaire de présumer une intention libérale⁷⁰.

Exemple: Dette hypothécaire

Un immeuble appartient aux biens propres; la dette hypothécaire est de 200. L'immeuble vaut 500. Les acquêts financent le service de la dette. Comme les revenus des biens propres entrent dans les acquêts, il faut que les acquêts consentent des sacrifices de manière gratuite. Cela ne vaut non pas pour les amortissements, mais pour les intérêts. Les acquêts non donc pas de récompense.

Un immeuble acquis par héritage (500) appartient au biens propres. L'époux doit payer une soulte de 100. En même temps, il reprend une dette hypothécaire de 100. **Lors de la liquidation**, l'immeuble vaut 750. L'époux n'a effectué aucun amortissement, la dette vaut donc toujours 100. Les intérêts sont à charge des acquêts.

Comment calculer une participation à la plus-value pour la part non versée et le soulte:

⁶⁸ En 1970, le mari a acquis un immeuble d'une valeur de 150'000, financé à raison de 30'000 par des moyens provenant des acquêts de la femme. En 1975, il a acheté des actions valant 40'000, moyennant une contribution de son épouse, prélevée sur les biens propres de celle-ci, de 10'000. A la liquidation l'immeuble vaut 300'000 et les actions 100'000. Selon 206 I 1^e phrase, la créance de la femme en relation avec l'immeuble est de 60'000 (puisque la valeur de l'immeuble a doublée), alors que celle relative aux actions est de 25'000 (10'000 x 2,5). La créance globale de la femme est ainsi de 85'000, montant qui sera déterminant selon 206 I 2^e phrase, puisqu'il est supérieur au total des investissements initiaux (à savoir 40'000). Chacune des masses de la femme se verra ensuite attribuer une créance correspondant au résultat de l'investissement qu'elle a fait: les acquêts, une créance de 60'000; les propres, une créance de 25'000.

⁶⁹ Les biens propres financent la toiture d'un immeuble.

⁷⁰ Un époux achète un immeuble valant 150. Les acquêts 120 et les propres 30. Comme les biens propres participent, ils ont une récompense contre les acquêts. L'époux acquiert, en plus, un tableau à 50 avec 40 des acquêts et 10 des biens propres. **Lors de la liquidation**, le tableau vaut 25 et l'immeuble vaut 300. Calcul: $\frac{1}{5} \times 300 = 60$ de plus-value $\frac{1}{2} \times 10 = 5 \Rightarrow 65$ de récompense

1. **Le soulte:** 100 + augmentation de moitié de l'immeuble \Rightarrow 150 pour les acquêts.
2. **La plus-value** correspond à une partie non remboursée de la dette: augmentation de moitié de l'immeuble: 50.

A qui profitent les 50? Selon le TF⁷¹, on répartit entre les biens propres et les acquêts en tenant compte des investissements faits par les acquêts d'une part et les biens propres d'autre part.

La solution est curieuse. Logiquement les 50 devraient aller aux biens propres. La participation à la plus-value et pas d'amortissement. On n'applique pas ce raisonnement au calcul de la plus-value selon 206.

50	
$\frac{3}{4}$ aux biens propres	$\frac{1}{4}$ aux acquêts

c. Le capital versé par une institution de prévoyance ou à raison de la perte de capacité de travail

1. En général

Lorsqu'une institution de prévoyance verse à un époux un capital au titre de prévoyance vieillesse, ce capital est un acquêt (197 II/2). Il en va de même des sommes qu'un époux perçoit à raison de la perte de sa capacité de travail (197 II-III). En tant qu'acquêts, ces montants devraient être pris en compte pour le calcul du bénéfice et l'époux qui les a reçus devrait en définitive partager avec son conjoint le solde de ces montants encore disponible à la liquidation. Cet époux serait ainsi privé d'une partie des moyens qui sont destinés à lui assurer des moyens d'existence après la dissolution du régime. C'est pourquoi le législateur a prévu que, lorsque le régime est dissous autrement que par le décès de l'époux propriétaire du capital, ce capital est compte dans les biens propres à concurrence de la valeur capitalisée de la rente qui eût appartenu à cet époux à la dissolution (207 II). La somme est soustraite aux acquêts. La loi considère la prévoyance vieillesse comme une prévoyance du couple dans son ensemble.

2. L'effet de 207 II

Il faut calculer, en capitalisant la rente qui eût appartenu à l'époux à la dissolution s'il n'avait pas reçu de capital, le montant qui doit être retiré aux acquêts. Ce capital est compté dans les biens propres. **L'attribution aux propres du montant prévu par 207 II** doit se faire par le moyen d'une **récompense** correspondante des propres contre les acquêts⁷².

V. LA TROISIÈME PHASE DE LA LIQUIDATION: L'ÉTABLISSEMENT DU COMPTE ACQUÊTS DE CHAQUE ÉPOUX ET L'ÉTABLISSEMENT DU BÉNÉFICE ÉVENTUEL

Le but de la 3^e phase est d'établir le bénéfice ou le déficit éventuel de chaque époux. Il est ainsi nécessaire de connaître la valeur des biens figurant dans les actifs des acquêts, les passifs afférents aux acquêts ainsi que les montants qui doivent être réunis aux acquêts selon 208.

1. LA NOTION DE BÉNÉFICE ET DE DÉFICIT

Des acquêts de chaque époux, réunions et récompenses comprises, on déduit toutes les dettes qui les grèvent pour dégager le bénéfice (210 I). **Le terme de bénéfice est une notion arithmétique, à savoir le solde actif du compte d'acquêts.** Le droit du conjoint à une part du bénéfice s'exprime uniquement par une créance pécuniaire⁷³.

⁷¹ATF 123 III 152 = 1997 I 626

⁷² S'il avait reçu une rente, il aurait continué de la recevoir après dissolution du régime matrimonial. Donc on capitalise la rente, retire des acquêts et la met dans les biens propres

⁷³ Le solde des acquêts = le solde actif de tous les comptes acquêts. Sur cette somme, le conjoint a droit à la moitié.

Quant au déficit éventuel, il s'agit d'une notion arithmétique: c'est le solde passif du compte d'acquêts.

2. LES ACTIFS DU COMPTE D'ACQUÊTS DE CHAQUE ÉPOUX

a. Composition

Les actifs du compte d'acquêts d'un époux comprennent:

1. **Les immeubles et les choses mobilières** dont cet époux est propriétaire à la dissolution et qui n'ont pas été reprise en nature au titre de biens propres.
2. **Les droits** de l'époux qui ne sont pas rattachés aux propres: créances ordinaires contre le conjoint et créances variables au sens de 206.
3. **Les récompenses** des acquêts contre les propres de cet époux (210 I).
4. **Les réunions** (210 I), c'est-à-dire les montants comptablement ajoutés aux acquêts pour tenir compte de certaines libéralités ou aliénations faites par l'époux titulaire des acquêts.

b. L'estimation des biens d'acquêts

Les actifs sont en principe estimés à la **valeur vénale** (CC 211), sauf les immeubles agricoles dont la valeur de rendement est déterminante⁷⁴ (CC 212). La valeur vénale correspond au prix que l'on obtiendrait vraisemblablement si l'on vendait l'objet considéré, déduction faite d'éventuels impôts, émoluments ou taxes à payer (**valeur nette**).

On estime la valeur des biens **au moment** de la liquidation (214 + 211). Le problème suivant se pose: L'aliénation peut avoir lieu après la dissolution, mais avant la liquidation: il faut en tenir compte, car la composition des masses se fait à la dissolution. On fait donc l'estimation au moment de l'aliénation (on considère qu'il n'y a pas emploi).

3. LES PASSIFS DU COMPTE ACQUÊTS

Ils sont constitués:

1. Les **dettes** de l'époux qui, dans les rapports internes, grèvent les acquêts (209 II).
2. Les **récompenses** des acquêts envers les propres de cet époux: les récompenses ordinaires au sens de 209 I et les récompenses variables au sens de 209 III.

4. LES RÉUNIONS (208)

Chaque époux est propriétaire de ses acquêts, dont il peut en principe disposer librement (201 I). Il doit partager le bénéfice éventuel avec son conjoint lors de liquidation. Un époux a la possibilité de rendre illusoire le droit de son conjoint au bénéfice en distayant de la masse des acquêts des biens qui auraient contribué à constituer un bénéfice. C'est pour parer à ce danger que la loi a introduit le système des réunions matrimoniales (208) ⇔ une action en réduction et en restitution contre le tiers qui a bénéficié de la libéralité.

La réunion matrimoniale consiste à ajouter à l'actif du compte d'acquêts la valeur de certains biens d'acquêts dont l'époux a disposé par des actes déterminés pendant le régime. Il s'agit donc **d'une opération purement formelle ou comptable**, qui consiste à feindre que les biens en question ne sont pas sortis des acquêts.

5. LE COMPTE D'ACQUÊTS DE CHAQUE EPOUX

Actif	Passif
Valeur des immeubles et des choses mobilières figurant dans les acquêts	
Valeur des droits figurant dans les acquêts	

⁷⁴ATF 125 I 1

Récompenses contre les propres (respectivement les propres réservés)	Récompenses envers les propres (respectivement, les propres réservés)
Montant des réunions	
Déficit?	Bénéfice ?
Total égal à celui du passif	Total égal à celui de l'actif

VI. LA QUATRIÈME PHASE DE LA LIQUIDATION: LA RÉPARTITION DES BÉNÉFICES ET L'ÉTABLISSEMENT ÉVENTUEL D'UN ÉTAT FINAL DES CRÉANCES ENTRE ÉPOUX

Lorsque le compte d'acquêts d'un époux se solde par un **déficit**, celui-ci est à la charge de cet époux (210 II). Le droit suisse ne prévoit donc pas de participation d'un époux aux pertes subies par son conjoint. L'époux dont le compte d'acquêts est déficitaire peut néanmoins participer au bénéfice réalisé par son conjoint, de sorte que celui-ci est tout de même indirectement associé aux pertes subies: il doit en effet partager son bénéfice alors même qu'il ne reçoit rien de la part de son conjoint.

Si le compte d'acquêts se solde par un **bénéfice**, la loi prévoit une participation du conjoint à la moitié de ce bénéfice (215). Les époux peuvent cependant modifier ou écarter le partage (216-217). En toute hypothèse, la participation au bénéfice s'exprime finalement par une créance de l'un des époux contre l'autre (215 II). Cette créance sera la seule créance entre époux résultant de la liquidation du régime. Mais il est aussi possible que les conjoints aient encore d'autres créances l'un contre l'autre (206). Il est alors utile de résumer l'ensemble de ces créances dans un état final, ce qui ouvrira en général une compensation et permettra d'établir le montant que l'un des conjoints doit à l'autre au titre de la liquidation du régime dans son ensemble.

On fait un éventuel tableau dans créances entre les époux. On distingue:

- Les créances de participation (215)
- Les créances de 165, de liquidation de rapports spéciaux entre époux de 206

1. LA RÉPARTITION DES BÉNÉFICES

Si le compte acquêts d'un époux se solde par un déficit, l'autre époux n'y participe pas. Il y a par contre une participation au bénéfice (si ce n'est que l'époux n'a pas de créance contre son conjoint bénéficiaire) (210 II).

a. La répartition légale (215)

Chaque époux ou sa succession a droit à la **moitié du bénéfice de l'autre** (215 I). Chaque époux est censé avoir contribué également à la prospérité commune⁷⁵.

Le partage des bénéfices par moitié s'applique **quelle que soit la cause de la dissolution du régime** et quelle que soit la situation familiale à la liquidation. Il y a partage par moitié même si un seul des époux a réalisé un bénéfice. L'époux qui veut éviter d'avoir à partager son bénéfice en raison de l'attitude de son conjoint doit requérir à temps la séparation de biens (176 I/3, 185).

En cas de décès, le droit légal à une part du bénéfice appartient à **chaque époux ou à sa succession**.

La répartition légale par moitié des bénéfices réalisés par les conjoints a pour conséquence que **la réalisation d'un bénéfice par l'un des époux plutôt que par l'autre est en principe sans importance** sur le montant que recevra finalement chaque époux.

b. La répartition conventionnelle (216)

Par contrat de mariage, les époux peuvent convenir d'une répartition des bénéfices autre que le partage par

⁷⁵ Cf. union des biens (2/3 et 1/3, car on estimait que le mari contribuait à la formation des acquêts). Actuellement, on estime qu'il faut réaliser l'égalité entre les deux époux, peu importe qui a contribué le plus.

moitié (216 I). On peut procéder à une répartition conventionnelle, ou prévoir qu'en cas de décès, tout passe au conjoint survivant. Toutefois:

1. la convention ne peut léser la réserve des enfants non communs et de leurs descendants (216 II)
2. elle n'est applicable en cas de divorce ou d'autres situations assimilées que si le contrat de mariage le prévoit expressément (217).

1. LE contrat de mariage modifiant la répartition légale des bénéfices (216 I)

216 I laisse les époux libres de modifier la répartition des bénéfices prévue par la loi⁷⁶.

2. La protection de certains héritiers réservataires (216 II)

Les conventions modifiant la répartition des bénéfices ne peuvent porter atteinte à la réserve des enfants non communs et de leurs descendants.

Seuls les enfants non communs et leurs descendants peuvent attaquer par l'action en réduction le contrat de mariage modifiant la répartition du bénéfice en faveur du conjoint survivant. La réserve des autres héritiers réservataires n'est donc à cet égard pas protégée. La réserve des enfants communs n'est en définitive protégée de façon absolue que pour les 3/8 des biens propres de l'époux décédé, et encore à condition que le de cujus n'ait pas fait usage des possibilités offertes par 473.

Les enfants non communs de l'époux décédé, et leurs descendants, peuvent faire réduire les conventions matrimoniales relatives au partage des bénéfices, dans la mesure où elles lèsent leur réserve héréditaire. Par enfants *non communs*, il faut entendre ceux que l'époux décédé a eu d'un précédent mariage, ceux qui sont nés hors mariage et ceux qui n'auraient été adoptés que par le de cujus et qui ne sont pas des enfants du conjoint survivant (264a III, 267 II, 264b)⁷⁷.

c. Nature juridique de la participation au bénéf

Le droit de chaque époux à une part, légale ou conventionnelle, du bénéfice de son conjoint consiste en une **créance de somme d'argent** (215 I). La liquidation du régime ne conduit donc pas à un partage en nature des biens qui figurent dans les acquêts de chaque époux.

La participation au bénéfice s'exprime toujours, en définitive, par une **seule créance**. Que un seul des époux ou les 2 aient réalisé un bénéfice, les créances de participation au bénéfice de chaque époux sont compensées de par la loi (215 II) et seule subsiste pour la suite de la liquidation une créance unique correspondant à l'excédent que l'un des époux doit verser à l'autre. Cette créance après compensation est appelée **créance de participation**.

2. L'ÉTABLISSEMENT ÉVENTUEL D'UN ÉTAT FINAL DES CRÉANCES ENTRE ÉPOUX

Lorsque la créance de participation au bénéfice n'est pas la seule créance entre époux non réglée à la liquidation, il est utile de résumer la situation en un état final qui indique l'ensemble des créances qui doivent encore être payées. On prend en compte toutes les créances entre époux, sans égard au fait qu'elles ont été attribuées ensuite, du point de vue actif ou du point de vue passif, aux propres ou aux acquêts des conjoints⁷⁸.

⁷⁶ Les époux peuvent prévoir que les bénéfices seront partagés à raison de 3/4 pour l'un des époux et de 1/4 pour son conjoint ou, même, que l'un des époux recevra la totalité des bénéfices.

⁷⁷ A décède. Il avait un bénéfice de 100. Selon la loi, 50 vont au conjoint survivant (215 I) Les autres 50 vont aux héritiers. Selon 216, les époux pourraient attribuer les 100 à B. Les héritiers n'auraient rien. Un problème successoral surgit alors. Ne lèse-t-on pas les héritiers réservataires? Selon 216 II, ces conventions ne peuvent porter atteinte à la réserve des enfants non communs et de leurs descendants. Les enfants communs ne peuvent eux rien faire. L'idée est de permettre au conjoint survivant de maintenir son train de vie. Un jour, les héritiers (enfants communs) succèdent à B et retrouveront ce qu'ils ont perdu. Mais B peut vivre longtemps ou se remarier... Cela bouleverse alors les règles d'attribution.

CC 216 n'est pas l'équivalent de 241 III (communauté) qui protège dans ce cas aussi la réserve des enfants communs (les biens propres devenus les biens communs).

⁷⁸ Voir p. 593 l'exemple

VII. LE RÈGLEMENT DES CRÉANCES ENTRE ÉPOUX APRÈS LA LIQUIDATION - L'ACTION CONTRE DES TIERS

1. GÉNÉRALITÉS

Au terme de la liquidation, 3 types de créances peuvent exister entre les époux ou leurs héritiers: des **créances ordinaires**, des **créances variables** (206) et chaque fois que l'un des époux au moins fait un bénéfice, une **créance de participation au bénéfice**.

Le règlement des ces créances est en principe régi par les règles ordinaires du CO, sous réserve des règles particulières.

2.. LE SURSIS AU PAIEMENT (218)

Un époux peut demander des délais de paiement pour sa dette de participation au bénéfice et pour une dette variable au sens de 206, lorsque le règlement immédiat de la créance l'exposerait à des difficultés graves.

Ces difficultés seront appréciées en relation avec la personne du débiteur, même si, lorsque la dissolution du régime a lieu pour une cause qui ne met pas fin à l'union conjugale, les intérêts de l'union conjugale devraient aussi être pris en considération.

3. LE DROIT DU CONJOINT SURVIVANT À L'ATTRIBUTION OU À L'UTILISATION DU LOGEMENT ET DU MOBILIER DE MÉNAGE (219)

219 ne vaut que pour la créance de participation⁷⁹. En cas de décès, pour assurer le maintien de ses conditions de vie, **le conjoint survivant peut demander qu'un droit d'usufruit ou d'habitation sur la maison ou l'appartement conjugal** qu'occupaient les époux et qui appartenait au défunt lui soit attribué en imputation sur sa créance de participation; les clauses contraires du contrat de mariage sont réservées (219).

4. L'ACTION CONTRE LES TIERS QUI ONT BÉNÉFICIÉ D'ALIÉNATIONS SUJETTES À RÉUNION (220)

220 envisage l'hypothèse où la créance de participation ne peut pas être acquittée parce que l'époux débiteur a fait des libéralités à des tiers. La disposition donne alors à l'époux créancier une action en réduction et en restitution des montants aliénés (= 522ss). Cette action est le complément logique des réunions matrimoniales prévues à 208. Elle a un caractère subsidiaire, en ce sens qu'un époux ne peut l'intenter que si l'ensemble des biens de son conjoint ne suffisent pas à couvrir la créance de participation.

⁷⁹ ≠ 218

CHAPITRE IV - LE RÉGIME EXTRAORDINAIRE (185SS)

Dans le but de protéger les intérêts d'un époux, de l'union conjugale et des créanciers, 185ss permettent ou imposent dans certains cas un régime matrimonial extraordinaire de séparation de biens. Ce régime extraordinaire ne peut pas s'appliquer si les époux sont déjà soumis au régime de la séparation de biens.

Un tel régime peut être prononcé par le juge à la demande d'un époux, dans le cadre des mesures protectrices de l'union conjugale (176 I/3) ou pour de justes motifs (185 I). La loi donne des exemples de ces justes motifs (185 II), détermine le for de l'action (186) et régit la révocation de la mesure (187).

Le système imposant aux époux un régime matrimonial de séparation de biens, pour dissoudre le régime matrimonial et permettre à un créancier de prendre la participation au bénéfice. Deux moyens sont possibles:

1. 185 protège les époux.
2. 188ss protègent les créanciers en cas d'exécution forcée.

a. La séparation de biens à la demande d'un époux (185)

A la demande d'un époux, soumis au régime de la participation aux acquêts ou à un régime de communauté de biens, fondée sur de justes motifs, le juge peut prononcer une séparation de biens extraordinaire. Ce régime s'applique aussi longtemps qu'il n'a pas été révoqué par les conjoints ou par le juge. "Par contrat de mariage, les époux peuvent en tout temps adopter à nouveau leur régime antérieur ou convenir d'un autre régime" (187).

Il y a juste motif de séparation de biens au sens de 185 I dès le moment où le fonctionnement du régime sous lequel les époux vivent est sérieusement compromis ou n'a plus de véritable sens. Le juge s'assurera que les difficultés ne sont pas purement passagères et que la mesure respecte le principe de proportionnalité (en ce sens qu'une mesure moins incisive ne suffirait pas à atteindre le but recherché). 185 II donne des exemples de justes motifs.

b. La séparation de biens en cas d'exécution forcée contre un époux (188ss)

1. Pas de séparation de biens légale ou judiciaire pour le régime de la participation aux acquêts

Dans le régime de la participation aux acquêts, les patrimoines des époux sont séparés quant à la propriété, à la gestion et aux dettes. Si une séparation de plein droit était possible en cas de faillite, le conjoint du failli serait forcé de partager de façon anticipée ses acquêts. Le législateur n'a pas voulu que les créanciers d'un époux puissent mettre la main sur sa participation au bénéfice de son conjoint⁸⁰.

Les créanciers d'un époux n'ont pas non plus la possibilité de provoquer une décision judiciaire ordonnant la séparation de biens. Ils ne peuvent en revanche pas provoquer la liquidation du régime matrimonial pour pouvoir saisir la créance de participation au bénéfice du débiteur contre son conjoint.

2. La séparation de biens légale ou judiciaire dans un régime de communauté de biens

a. La séparation de biens légale en cas de faillite

La séparation de biens de plein droit en cas de faillite d'un époux commun en biens se justifie par l'intérêt de conjoint de l'époux en faillite de reprendre ses biens propres devenus communs (242 II) et de retirer ce qu'il peut des autres biens communs. Mais c'est aussi l'intérêt des créanciers du failli de pouvoir exercer leurs droits sur ce qui revient à leur débiteur dans la même liquidation.

"Les époux vivant sous un régime de communauté soumis de plein droit au régime de la séparation de biens dès que l'un d'eux est déclaré en faillite".

b. La séparation de biens judiciaire en cas de poursuite par voie de saisie

Il faut que les créanciers de l'époux saisi puissent s'en prendre à ses droits dans la communauté. On distingue entre des dettes générales, pour lesquelles un époux répond sur ses biens propres et sur les biens communs

⁸⁰ Il n'y a pas de séparation légale pour la participation aux acquêts. CC 188 vaut seulement pour la communauté de biens (dans la participation aux acquêts les parts sont de toute façon séparées).

(233), et des dettes propres, pour lesquelles un époux ne répond que sur ses biens propres et sur la moitié de la valeur des biens communs (234). Quand un époux est poursuivi par voie de saisie **pour une dette générale**, il n'y a pas de raison que les créanciers puissent, en cas de perte, provoquer la séparation de biens, puisqu'ils peuvent déjà exercer leurs droits sur les biens communs eux-mêmes; il n'y a alors **pas de sens à provoquer la dissolution de la communauté**.

Il peut en aller autrement lorsque les créanciers poursuivent un époux **pour une dette propre**. Dans ce cas, ils doivent pouvoir exercer leurs droits sur la part de leur débiteur aux biens communs.

"Lorsqu'un époux vit sous un régime de communauté et que sa part est **saisie pour une dette propre**, **l'autorité de surveillance** de la poursuite peut requérir le juge d'ordonner la séparation de biens" (189). En cas de saisie, seule l'autorité de surveillance peut requérir la séparation de biens et cela doit être pour une **dette propre** selon CC 234.

CHAPITRE V - LA PROTECTION DES CRÉANCIERS EN CAS D'ADOPTION OU DE MODIFICATION D'UN RÉGIME MATRIMONIAL OU DE LIQUIDATIONS ENTRE ÉPOUX (193)

¹ L'adoption ou la modification d'un régime matrimonial ainsi que les liquidations entre époux **ne peuvent soustraire à l'action des créanciers** d'un conjoint ou de la communauté les biens sur lesquels ils pouvaient exercer leurs droits.

² L'époux auquel ces biens ont passé est personnellement tenu de payer lesdits créanciers, mais il peut se libérer de sa responsabilité dans la mesure où il établit que les biens reçus ne suffisent pas.

a. Remarques

193 tend à éviter que les époux, par un changement de régime matrimonial ou au moyen d'autres actes relevant des régimes matrimoniaux, n'effectuent des transferts patrimoniaux au détriment de leurs créanciers.

b. Les conditions de la protection des créanciers

Les conditions suivantes doivent être remplies:

1. Les biens d'un époux ou de la communauté garantissent une dette de l'un ou l'autre époux.
2. Les époux adoptent ou modifient leur régime matrimonial, ou il y a liquidation entre eux.
3. Qu'un de ces faits juridiques aient pour effet de soustraire lesdits biens à l'action des créanciers d'un conjoint ou de la communauté (soustraire des biens sur lesquels il y avait une garantie).

1. La garantie des biens d'un des époux ou de la communauté pour une dette d'un dans conjoints

193 protège les créanciers dont les créances sont antérieures aux faits visé par le 1^{er} alinéa.

2. Adoption ou modification d'un régime matrimonial ou liquidation entre époux

1. **L'adoption d'un régime matrimonial** au sens de 193 ne peut concerner que la conclusion, avant la célébration, d'un contrat de mariage instituant une communauté de biens.
2. Il y a **modification du régime matrimonial** lorsque le régime sous lequel vivaient les époux fait place à un autre. Toute modification du statut matrimonial des époux, fût-ce quant à un seul bien est un changement de régime.
3. La loi entend par **liquidation entre époux** tout acte juridique conclu entre ceux-ci en vue d'exécuter (et non pas de garantir) une prétention dérivant spécifiquement du régime matrimonial.

☞ La modification ou l'adoption ne concernent que les opérations dont l'origine ou l'aboutissement concerne un régime de communauté!!! La participation aux acquêts et la séparation de biens ne sont pas concernées. En effet, **seul le régime de la communauté des biens permet de jouer avec la garantie.**

c. La protection des créanciers

Les moyens de protection accordés aux créanciers consistent:

- Dans le maintien de la garantie des biens sur lesquels ils pouvaient exercer leurs droits (193 I)
- Dans la naissance d'une obligation personnelle, subsidiaire et limitée, de l'époux attributaire du bien (193 II).

Ces moyens sont subsidiaires; les créanciers ne peuvent y recourir que si les biens du débiteur ne suffisent pas à les désintéresser. Ils sont en outre limités au montant de la créance originaire.

CHAPITRE IV - EXERCICES

1. ADAM ET EVE (DETTE NON AMORTIE)

100'000		
200'000	acquêts du mari	pour acquérir une villa de 600'000
300'000	emprunt hypothécaire	

La villa vaut aujourd'hui 750'000 (soit $\frac{1}{4}$ de plus). Cette villa est un bien d'acquêt, parce qu'elle a été financée par un emploi des biens propres et pas par le salaire du mari. Il s'agit donc d'un immeuble acquêts.

Quels sont les droits des biens propres? (100'000). Selon 209 III, 100'000 ont été investis dans des acquêts, le mari doit donc récupérer l'investissement et participer à la plus-value \Rightarrow Les propres doivent être augmentés de 125'000 (c'est-à-dire 100'000 + l'augmentation de $\frac{1}{4}$, soit 25'000).

Comment traite-t-on la plus-value qui s'attache à la dette non remboursée⁸¹? Lorsque une dette hypothécaire qui n'a pas été remboursée, la partie non remboursée doit être ventilée. Elle ne doit pas profiter aux seuls acquêts. Mais elle doit être ventilée entre les 2 masses qui ont fait une attribution.

La dette est de 250'000. Quelle est la plus-value? $250'000 + 25'000 = 275'000$ parce que l'amortissement de 50'000 mais pour calculer la plus-value, on divise l'investissement par 2.

Sur les 265'000, quel est le montant de la plus-value sur la dette précédente? $\frac{1}{4}$ de 275'000 = 68'750. Pour la partie non remboursée de la dette, l'immeuble a pris $\frac{1}{4}$ de valeur. Puis on regarde dans quelle proportion les 2 masses ont fait leur contribution:

225'000	investissement acquêts		100'000	investissement propres
325'000			325'000	

En fraction appliquée au montant de la plus-value restante 68'000.

- acquêts 47'596
- propres 21'154

Les propres ont droit pour la partie non remboursée de la dette:

21'154
+ 125'000
146'154

Les acquêts ont le reste:

villa de	750'000
le reste une dette de	250'000
	à déduire
= valeur nette de	500'000
l'immeuble	
	- 146'154
	353'846

1. 250'000 payé cash + la plus-value
2. 50'000 amortissement + la plus-value 6250
3. + la part qui est la plus-value de la part afférente à la dette non remboursée 47'596⁸²

Il faut tenir compte de ce remboursement partiel. Et il faut *quantifier* cette dette restante. Puis il s'agit de voir dans quelle proportion les époux ont fait des investissements.

⁸¹ ATF 123 III 152

⁸² 123 III 152

3. DIVORCE ET SEPARATION DE CORPS⁸³

§1 PRINCIPES DU NOUVEAU DROIT

1. Le droit transitoire

Le nouveau droit est entré en vigueur le 1.1.2000. Des normes transitoires sont prévues (. Il prévoit des règles particulières de droit transitoire⁸⁴. Pour les actions introduites après cette date, le nouveau droit s'applique sans restriction (7a t.f.). Le principe est celui de **l'effet immédiat du nouveau droit**. Il régit tous les divorces depuis le 1.1.2000. Il faut toutefois distinguer:

a. Les mariages dissous avant le 1^{er} janvier 2000

Les jugements qui ont acquis la *res judicata* ne sont en principe pas atteints par le nouveau droit. Sauf (**7a t.f.**) **Le nouveau droit du divorce ne rétroagit pas** à l'égard des mariages dissous conformément à l'ancien droit. Toutefois, les nouvelles dispositions sur l'exécution de l'obligation d'entretien sont (**131-132**) applicables aux rentes et aux indemnités en capital destinées à compenser la perte du droit à l'entretien ou versées à titre d'assistance sur la base de aCC 151 ou 152 (**TF 7a II**).

La modification des jugements de divorce rendus sous l'empire de l'ancien droit reste régie par ce dernier (**t.f. 7a III**): modifications des contributions d'entretien. En revanche, les questions relatives à l'autorité parentale, aux relations personnelles ou à l'entretien des enfants sont tranchées selon le nouveau droit (t.f. 7a III).

b. Les procès pendants au 1^{er} janvier 2000

Le nouveau droit est applicable au procès pendants en 1^o ou 2^o instance cantonale au 1^{er} janvier 2000.

7b II t.f. prévoit que des nouvelles conclusions peuvent être présentées sur les questions touchées par le changement de droit, même en 2^o instance. Toutefois, les points du jugement qui ne sont pas remis en cause sont définitifs et acquièrent la *res judicata*. Si ces points sont en relation étroite avec des points qui font l'objet du recours (**t.f. 7b II**), ils seront aussi examinés.

En revanche, le TF applique l'ancien droit lorsque la décision attaquée a été rendue avant l'entrée en vigueur du nouveau droit. Il en va de même en cas de renvoi à l'autorité cantonale (**t.f. 7b III**).

2. Buts principaux de la réforme

a. Protection de l'institution

Le mariage doit rester une institution protégée par la loi et n'est pas un simple contrat. On ne voulait pas que le mariage devienne un simple contrat.

b. Le divorce par consentement mutuel

En cas d'échec du mariage, il faut favoriser autant que possible une solution consensuelle du divorce, ceci dans l'intérêt des deux époux et surtout des enfants. En cas d'échec, on voulait favoriser l'entente entre les conjoints. Le principe des volontés est contrôlé seulement lors des effets du divorce ⇒ la volonté commune judiciaire ne doit pas être touchée.

c. La dépenalisation du droit du divorce

Le droit du divorce est délivré de toute considération de faute. La faute ne joue plus aucun rôle, ni pour les conditions du divorce, ni pour les effets. Sauf **123 III** et **115** contiennent la notion de faute (quelques traces) retiennent indirectement cette notion. 115 permet à un époux d'obtenir le divorce lorsque des motifs sérieux

⁸³10.1.00

⁸⁴ art.6,7,8 du titre final depuis le 26.6.98

qui ne lui sont pas imputables rendent la continuation du mariage insupportable.

d. Le droit du divorce tend à contribuer à la réalisation de l'égalité des sexes devant la loi

Le droit essaie de contribuer à l'égalité des sexes. D'abord, les époux ont chacun droit à l'entretien après le divorce, si nécessaire. Cette égalité est formelle, car matériellement beaucoup de femmes qui ont renoncé à leur profession, ont besoin d'une aide après le divorce. D'autre part, bien que la femme ait arrêté sa profession, elle doit essayer de pourvoir elle-même à son entretien, puisque les époux doivent chacune essayer de s'assumer eux-mêmes (125).

D'autre part, 122 veille au partage des prestations de sortie de la prévoyance.

e. L'amélioration de la situation des enfants

1. Le droit de l'enfant d'être entendue et d'être représenté

Il y a l'audition de l'enfant, la nomination d'un curateur.

2. Le maintien de l'exercice en commun de l'autorité parentale

Le partage de l'autorité parentale pour améliorer la situation des enfants, pour autant que cela soit compatible avec le bien de l'enfant (133 III).

§2 DIVORCE OU SEPARATION DE CORPS (111-149)

I. NOTION

Le divorce est la dissolution du vivant des époux d'un mariage valable. Il entraîne la rupture définitive du lien conjugal, en fait et en droit.

La séparation de corps ne dissout pas le lien conjugal; elle permet aux époux de vivre provisoirement ou définitivement séparés sans rompre le lien qui les unit.

II. LA SÉPARATION DE CORPS (117-118)

a. Raisons du maintien de l'institution

Les époux peuvent **choisir** entre le divorce ou la séparation. On a conservé cette institution pour:

1. Des motifs **religieux**
2. Des motifs **financiers**: droits successoraux, prévoyance professionnelle.
3. Des motifs **thérapeutiques**, psychologiques.

Par conséquent, un couple âgé qui ne veut pas divorcer, peut se séparer.

b. Les effets de la séparation de corps (118)

1. Généralités

Le jugement prononçant la séparation de corps ne dissout pas le lien conjugal. Il permet uniquement aux époux de vivre séparés pour une durée indéterminée. **Le lien juridique subsiste, alors que la communauté de vie est suspendue.** La séparation de corps comporte, toutefois, le désavantage de devoir partager son patrimoine avec son conjoint et d'entretenir son conjoint.

La séparation de corps découle d'un jugement (\neq séparation de fait)⁸⁵. La séparation de corps est une

⁸⁵ La suspension de la vie commune (175, de fait) ne correspond pas à la séparation de corps. La séparation de fait ne correspond pas forcément à 175, parce que la suspension de 175 doit être autorisée. Par contre, le couple peut se séparer (162) parce que chacun travaille dans une ville différente \Rightarrow ils n'ont pas besoin d'autorisation. Entre la séparation de fait et le

institution autonome reconnue par la loi au même titre que le divorce. Cette conception a été maintenue à l'intention des conjoints catholiques, pour leur permettre de concilier leur statut civil avec leurs convictions religieuses. La séparation permet subsidiairement d'accorder aux époux en difficulté un délai de réflexion avant qu'ils ne requièrent la rupture définitive de leur union. L'institution a perdu de son importance.

2. Le principe de la séparation de corps

a. Généralités

- La séparation de corps peut être prononcée aux mêmes conditions et selon la même procédure que le divorce (117).
- Elle peut être prononcée sur requête commune avec accord total ou partiel (111) ou sur demande unilatérale après suspension de la vie commune pendant 4 ans au moins (114) ou pour rupture du lien conjugal (115).

b. La séparation de corps sur requête commune (111-112)

Lorsque les époux déposent une **requête commune** tendant à la séparation de corps, ils peuvent produire une convention complète sur les effets accessoires de leur séparation (111 **accord complet**) ou déclarer qu'ils confient au juge le soin de régler les effets sur lesquels subsiste un désaccord (112 **accord partiel**).

Le juge **doit prononcer la séparation de corps**. Il ne peut pas prononcer le divorce (pas aller au-delà des conclusions des parties).

c. La séparation de corps sur demande unilatérale (114)

Par une demande unilatérale, un époux peut requérir la séparation de corps, si les conditions de 115 ou de 115 sont remplies. Le juge doit prononcer la séparation de corps dans les 3 hypothèses suivantes:

1. l'époux défendeur conclut au rejet de la demande, mais les conditions de 114 ou de 155 sont réunies
2. l'époux défendeur conclut reconventionnellement à la séparation ou acquies (116).
3. l'époux demandeur conclut à la séparation de corps en se fondant sur 115; le défendeur conclut reconventionnellement au divorce sans pouvoir valablement se prévaloir de 114 ou de 115.

En revanche, le juge doit prononcer le divorce lorsque l'un des époux conclut à la séparation, l'autre au divorce, et l'action en divorce doit être admise.

d. La durée de la séparation de corps

Le juge prononce la séparation de corps pour une durée indéterminée. Les conjoints peuvent y mettre fin par la reprise de la vie commune ou par l'ouverture d'une procédure de divorce.

3. Les effets de la séparation de corps (118)

a. En général

- La séparation de corps **ne détruit pas le lien conjugal**; les époux restent mariés, avec tous les droits et toutes les obligations attachés à ce statut.
- La séparation de corps met un **terme à la vie commune** des époux; seuls seront donc modifiées les effets découlant de cette communauté.

b. Les effets personnels

Les époux conservent leur condition de personnes mariées. Ils gardent le nom acquis par mariage. En revanche, ils cesseront d'avoir une demeure commune (162).

Malgré la séparation 159 II concernant l'obligation de fidélité et d'assistance subsiste. En revanche, le pouvoir de représenter l'union conjugale disparaît avec la fin de la vie commune (166 I).

c. Les effets patrimoniaux

1. Le régime matrimonial

La séparation de corps entraîne de plein droit la séparation de biens (118 I). La liquidation du régime matrimonial doit se faire selon 204, 217 ou 236 II et 242 I.

2. Les avantages successoraux

divorce, 4 ans se sont écoulés, les époux peuvent demander le divorce. La séparation de corps n'influence pas le droit de demander le divorce (**117 III**).

La séparation de corps n'y porte pas atteinte. Les époux restent notamment héritiers l'un de l'autre.

3. La question de l'entretien

Puisque le lien conjugal n'est pas rompu, le devoir d'entretien de la famille est déterminé selon 163ss. 125 ne s'applique qu'en cas de divorce. En outre, lorsqu'un époux ne satisfait pas à son devoir d'entretien, le juge peut prescrire aux débiteurs de cet époux d'effectuer tout ou partie de leurs paiements entre les mains de son conjoint (177).

4. La restriction du pouvoir de disposer

Le juge peut, à la requête d'un époux et lorsque des intérêts conjugaux ou matrimoniaux l'exigent, ordonner la mesure nécessaire pour sauvegarder les intérêts en cause (178). L'époux requérant peut lever l'interdiction en donnant son consentement (178 I) ou demander au juge de rapporter les mesures prises (179 I).

d. Le sort des enfants mineurs

On applique les mêmes principes qu'en matière de divorce (133ss). Toutefois, en cas de séparation, **l'autorité parentale conjointe** est en principe maintenue. Toutefois, le juge peut néanmoins confier les enfants à un seul des parents (297 II). En outre, le juge de la séparation est compétent pour prendre des mesures de protection de l'enfant (307ss).

Pour déterminer le **devoir d'entretien** et le **droit de visite**, les règles ordinaires s'appliquent.

4. La fin de la séparation de corps

a. En général

- La séparation de corps peut prendre fin par le **décès** d'un époux.
- La séparation cesse de plein droit dès que les époux reprennent la **vie commune** (179 II par analogie).
- La séparation de corps peut cesser lorsque le juge **prononce le divorce** consécutivement à l'action intentée par l'un des conjoints séparés.

b. L'action en divorce consécutive à une séparation de corps (117 III)

Selon **138 III**, le demandeur peut remplacer en tout temps la demande en divorce par la demande en séparation. Le jugement en séparation n'a pas d'incidence sur la possibilité de demander le divorce ensuite (**117 III**). En conséquence, **114** prévoit le divorce, si les époux sont séparés depuis 4 ans (n'ont plus de demeure commune).

L'action en divorce consécutive à une séparation de corps est une **action indépendante**, à laquelle s'appliquent les règles ordinaires (135 I).

§3 CONDITIONS DU DIVORCE

I. GÉNÉRALITÉS

a. Notion

Les époux ont un véritable **droit au divorce**, lorsque les conditions légales sont réunies. La loi entend ainsi donner la priorité à la **volonté des époux**. La fin du mariage est toutefois subordonnée à une procédure devant le juge. Celui-ci ne doit pas rechercher les raisons de la désunion, mais s'assurer de la volonté réelle des époux de mettre fin à leur mariage.

b. Les différentes conditions

Une requête commune (111-112)

Une requête unilatérale (114ss)

La seule volonté de divorcer leur en donne le droit absolu	<ol style="list-style-type: none"> 1. la volonté de divorcer de l'un des époux 2. la suspension de la vie commune (114) ou la rupture du lien conjugal (115)
procédure non contentieuse	procédure contentieuse

Les articles 113 et 116 opèrent le passage entre les deux types de procédure. 116 est le pendant de 113 qui opère le passage de la procédure contentieuse à la non contentieuse.

II. LE DIVORCE SUR REQUÊTE COMMUNE

Le divorce sur requête commune est délivré de toute considération de faute. C'est le **principe de la volonté** qui fait foi. La requête devant un juge détermine la possibilité de divorcer. Le divorce sur requête commune permet de réaliser le divorce par **consentement mutuel**. Le consentement des époux doit porter sur le **principe** du divorce, mais il peut aussi s'étendre aux **effets** de celui-ci. Soit il y a accord complet des époux, soit il y a accord partiel.

a. Accord complet (111)

La requête commune des époux avec accord complet implique **que les époux soient d'accord non seulement sur le principe du divorce, mais aussi sur les effets de celui-ci**. L'accord est en principe conclu avant l'ouverture de la procédure (111). Il peut aussi intervenir après ou lorsque un époux a déposé une demande unilatérale et que l'autre acquiesce ou conclut reconventionnellement au divorce.

Les époux introduisent une requête commune. La volonté concordante des 2 conjoints suffit pour le divorce. Il aurait été extrême de laisser les conjoints s'adresser à l'officier de l'Etat civil (comme pour le mariage). La requête est donc déposée devant le **juge**. On contrôle judiciairement la **liberté de volonté** et un **temps de réflexion**.

Sur la **volonté de divorcer**, il y a un **accord** dans les cas de 111 et 112.

- ils sont d'accord sur les effets du divorce (111).
- ils sont d'accord sur la volonté de divorcer, mais pas sur les effets (112).

1. L'accord sur le principe

Les époux manifestent la volonté concordante de dissoudre leur mariage, par la requête commune qu'ils déposent devant le juge. Le juge doit s'assurer que la volonté manifestée est conforme à la volonté réelle et indépendante de chaque époux. Il procède à leur audition. Le juge vérifie les conditions dans lesquelles la volonté des parties s'est formée.

2. L'accord sur les effets

a. Généralités

Les effets du divorce sont réglés aux 119ss: effets personnels, effets patrimoniaux, question du logement familial, sort des enfants. Ces effets peuvent faire l'objet d'une convention entre les époux (sauf pour les effets personnelles et le sort des enfants). Ils peuvent prendre des conclusions communes sur le sort des enfants.

b. La convention sur les effets accessoires du divorce

La convention des époux porte sur

- **certains effets patrimoniaux**: liquidation du régime matrimonial (120 I), le partage de la prévoyance professionnelle (122-124) et les contributions d'entretien (125-132).
- **l'attribution du logement familial** (121).

Le juge doit aussi examiner si la convention est susceptible d'être **ratifiée** (111). Si le juge ne la ratifie pas, la convention n'est pas valable. Le but est d'éviter qu'un époux profite de la situation pour obtenir de son conjoint des engagements excessifs. Une fois ratifiée, la convention fait partie intégrante du jugement.

Tant que les époux n'ont pas confirmé leur volonté de divorcer, ils peuvent librement révoquer la convention qu'ils ont conclue. Après la convention ne peut plus être révoquée unilatéralement et sans motif. Chaque partie reste toutefois libre de demander au juge de ne pas l'approuver.

La convention ratifiée fait **partie intégrante du jugement**. Conséquences:

1. la convention ne peut être attaquée que par les voies de recours contre les jugements et seulement pour vices du consentement ou violation des dispositions fédérales de procédure relatives au divorce sur requête commune
2. qu'en cas de désaccord sur son sens, c'est au juge de l'interpréter
3. qu'elle ne peut être modifiée qu'en application de 129.

Le juge ne peut refuser de ratifier la convention que lorsque celle-ci est **manifestement inéquitable**. Le juge vérifiera si la convention est **claire et complète**⁸⁶.

Si le juge refuse la ratification, il doit néanmoins permettre aux époux, lors de leur audition, de la compléter ou de la corriger. S'ils ne le font pas, le juge statue lui-même sur les effets patrimoniaux du divorce selon 112.

Le juge ne peut en principe qu'accepter ou rejeter toute la convention. Il peut n'en ratifier qu'une partie s'il apparaît que les époux auraient aussi conclu cette convention sans les dispositions écartées. La nullité partielle est régie par CO 20 II⁸⁷.

c. Les documents nécessaires

Livret de famille ou l'acte de mariage, pièces justifiant des revenus des époux, attestations des institutions de prévoyance professionnelle, contrat de mariage éventuel et contrat de bail relatif au logement de famille.

d. Le sort des enfants

Il appartient au juge de statuer, selon le **principe inquisitoire et la maxime d'office**, sur les conclusions communes des parents relatives au sort des enfants mineurs. Le juge accepte les conclusions prises lorsqu'elles se concilient avec le bien de l'enfant.

Si les parents veulent exercer en commun l'autorité parentale, ils doivent en outre soumettre à la ratification du juge une convention déterminant leur participation à la prise en charge de l'enfant et la répartition des frais d'entretien de celui-ci (133 III)⁸⁸.

3. Le déroulement du procès

La Suisse a repris la solutions française. En Allemagne et en Grande-Bretagne, il faut que le couple soit séparé pendant un certain temps (≠114): c'est un temps de réflexion relativement court après lequel on présume que le lien conjugal est rompu. En Suisse, **l'audition** aura lieu pendant la procédure de divorce, puis une période de **réflexion de 2 mois** suit l'audition.

a. L'audition des époux

Le juge doit citer les époux à comparaître personnellement, après avoir pris connaissance de la requête commune. Il entend les parties séparément et ensemble. La **présence** des conjoints est donc nécessaire (pas de représentation possible pour l'audition séparée).

Le juge examine si la **volonté** de mettre fin à ce mariage est formée librement et qu'ils adhèrent ensuite au projet de convention sur les effets et qu'ils se sont déterminés de plein gré. Il doit s'assurer que c'est après mûre réflexion et de leur plein gré que les époux ont déposé leur requête. Il vérifie que la volonté des époux s'est librement formée, qu'elle est définitive et que chacun a librement consenti à la convention. Il veille enfin que la convention et les conclusions communes relatives aux enfants puissent être approuvées (111 I). Le juge n'enquête pas sur les raisons de la désunions.

Si le juge a un doute, il peut convoquer les parties pour une nouvelle audition. Le juge conserve la faculté de suspendre la procédure pour permettre aux époux de se rendre auprès d'un office de consultation conjugale

⁸⁶ **140 II** prévoit que le juge examine si la convention est conclue **de plein gré et après mûre réflexion**. Elle doit être **complète, claire et équitable**. Le devoir du juge va plus loin que **111**. **140 II** s'applique aux conventions de **111** mais aussi aux conventions de la procédure contentieuse → *le père peut "acheter" le droit de visite ou l'autorité parentale commune, décidée par une convention*.

⁸⁷ Si le juge estime que les conditions ne sont pas remplies (un époux ne veut pas vraiment divorcer, ne veut pas de la convention, pas de confirmation écrite), **le juge peut renvoyer les époux à l'accord partiel** (112). Les époux peuvent alors poser une demande unilatérale (113) et la procédure devient une procédure avec un accord partiel.

⁸⁸ L'autorité parentale commune ne se fait que sur accord des deux. Or souvent, c'est la mère qui obtient l'autorité parentale, celle-ci tient en main la possibilité de l'autorité parentale commune (elle a quasiment un droit de veto). Si le juge constate que la convention est inéquitable, il pourra intervenir. Si le juge ratifie une convention manifestement inéquitable, on peut attaquer la décision (comme vice de volonté).

(171) tout au moins lorsqu'il constate de grandes hésitations.

b. Le délai de réflexion et la confirmation

Le juge fixe un délai de **2 mois obligatoires** de réflexion (111) au terme duquel il peut prononcer le divorce et ratifier la convention des époux (111 II). Ce délai a pour but de permettre aux époux de réfléchir à la décision qu'ils ont prise. Il s'agit d'un délai impératif qui n'est pas susceptible d'être suspendu ni prolongé. Il court dès la clôture de l'audition. Pendant ce délai, les époux ont encore la possibilité de retirer leur requête commune et leur convention.

Après ce délai, les époux doivent **confirmer par écrit** leur volonté de divorcer et les termes de leur convention. Ils doivent signer personnellement leur déclaration; une représentation est exclue. Dès ce moment, les époux ne peuvent plus révoquer unilatéralement et sans motif la convention conclue⁸⁹.

c. L'autre audition (111 III)

Cette seconde audition vise une **séance postérieure à la confirmation par écrit au sens de 111 II**. Cette audition se justifie lorsque les parties la requièrent. Elle se justifie également lorsque le juge aurait des doutes quant à la validité du consentement au divorce donné par un époux, ou celui dans lequel une partie, sans remettre en cause son accord sur le principe du divorce

b. Accord partiel (113)

Il y a accord partiel **lorsque les époux ne sont d'accord que sur le principe du divorce** (112). Les époux qui sont d'accord sur le principe du divorce, mais pas sur les effets, peuvent déposer une requête commune et d'éviter ainsi une procédure contentieuse (114-115). **111 et 112** présupposent un accord sur le principe de divorcer, mais un désaccord sur les effets (112 II).

1. L'accord sur le principe

Le principe de la volonté demeure; mais les époux ne s'entendent pas **sur quelques points ou sur les points** des effets du divorce. On peut quand même poser une requête commune.

Le juge doit s'assurer de la volonté librement manifestée de ceux-ci de la même manière qu'en cas d'accord totale (112 I). Il procède à l'audition des époux sans rechercher les causes de désunion.

2. Le règlement des effets

Les époux déclarent au juge qu'ils lui confient le soin de régler les effets accessoires du divorce sur lesquels subsiste un désaccord (112 I). Sur les points litigieux, les époux font leur offre de preuves sur lesquels allèguent et prennent des conclusions sur lesquelles le juge se prononcera dans le jugement de divorce (112 III).

Les époux soumettent au juge une convention sur les points qui font l'objet d'un accord (122 II 2^e phrase).

3. Le déroulement du procès

1. **Pour les points qui font l'objet d'un accord**, 112 renvoie aux règles de procédure de 111. Les époux doivent confirmer par écrit leur volonté de divorcer à l'expiration du délai de réflexion de 2 mois⁹⁰. 111 III s'applique également. Il y a une décision pour les effets où on est tombé d'accord.
2. **Pour les points litigieux**, 112 III prévoit que chaque époux peut déposer des conclusions⁹¹. Le juge se prononce sur les conclusions des parties dans le jugement de divorce. Même en cas d'accord partiel, le jugement de divorce forme une **unité**⁹². Le juge prend donc une décision **sur les points restés en désaccord**, se prononce sur **la convention**.

Les parties sont liées par leur accord dès la confirmation écrite. Elles ne peuvent le remettre en cause qu'en se

⁸⁹ Les tribunaux ne peuvent pas faire suivre une confirmation, trop lourde administrativement. C'est pourquoi au moment de l'audition, on constate déjà la confirmation au jour du délai et on l'a fait signer aux époux. C'est illégal. Si on peut prouver que ce procédé a eu lieu, on peut attaquer le divorce pour vice de procédure.

⁹⁰ Le délai de 2 mois s'appliquent alors sur les seuls points sujets à un accord

⁹¹ Par contre, sur les effets litigieux, on applique une procédure contentieuse, c'est-à-dire contradictoire lors de laquelle chacun expose ses conclusions.

⁹² L'approbation d'une convention partielle ne constitue pas un jugement **indépendant**. On ne peut pas non plus admettre qu'une **décision incidente** sur le prononcé du divorce et sur les effets non litigieux soit rendue après la confirmation écrite.

fondant sur les vices de la volonté.

En conclusion, en cas d'accord **complet**, si le juge ne peut pas accepter une partie de la convention, il ordonnera une 2^e audition selon 111, au lieu de dire tout de suite aux époux de déposer une demande unilatérale. Si les époux préférèrent que le tribunal décide et tranche sur les effets du divorce sur lesquels ils n'ont pas trouvé d'accord, ils époux doivent le déclarer. La procédure contentieuse ne s'ouvre pas ainsi.

Le prononcé du divorce avec ratification de la convention est une décision qui ne se prononce pas sur les effets (111); par contre, lors de 112, il y a une **décision sur les effets** (111 II, 112 III, 140), et une ratification sur les effets où les époux sont tombés d'accord.

c. Le remplacement de la requête commune par une demande unilatérale

1. Les cas de remplacement

Si les conditions du divorce sur requête commune, avec accord total ou partiel, ne sont pas remplies, le juge impartit un délai aux époux **pour remplacer la requête commune par une demande unilatérale** (113).
Cas:

- Un époux retire son accord à la requête commune
- A l'expiration du délai de réflexion de 2 mois, l'un des époux n'a pas confirmé par écrit sa volonté de divorcer
- Le juge estime que les conditions de la requête commune (111 et 112) ne sont pas remplies (la **volonté** d'un époux de divorcer est **viciée**)⁹³.

2. Les effets

- La litispendance (136) créée par le dépôt de la requête commune est maintenue.
- Le for (135 I) et les mesures provisoires (137) ordonnées⁹⁴ sont maintenues.
- La dissolution du régime rétroagit au jour du dépôt de la requête commune (204 II, 236 II) pour autant que les conditions du droit au divorce (114 et 115) soient réunies au moment du dépôt de cette requête.

La litispendance est, toutefois, sauvegardée.

113 transfère la procédure non contentieuse à la procédure contentieuse.

3. LE DIVORCE SUR DEMANDE UNILATÉRALE

1. Généralités

Un seul des époux manifeste la volonté de divorcer. Il doit déposer une **demande unilatérale** devant le juge. L'époux demandeur a un **droit absolu au divorce** si:

- La vie commune a cessé depuis 4 ans (114)
- Si le lien conjugal est rompu (115).

2. La suspension de la vie commune (114)

1. Notion

Les conjoints doivent avoir vécu séparés pendant 4 ans au moins. La séparation est une réalité qui doit être constatée par le juge. Les époux peuvent vivre sous le même toit, dans la mesure où ils n'ont pas la volonté de mener une vie commune (\neq 175)⁹⁵. Il faut, de plus, qu'un des époux rejette le fondement relationnel du mariage (ses sentiments envers l'autre).

→ L'un des deux est en prison, interné dans un home. L'élément subjectif n'est pas acquis si les époux

⁹³ Les conditions ne sont pas remplies, lorsque le juge ne peut pas accepter une partie de la convention ou son ensemble: le consentement, la volonté des époux font défaut.

⁹⁴ La procédure dure et donc les mesures provisoires peuvent continuer à jouer un rôle (logement, entretien). Le juge n'aura pas à se prononcer à nouveau sur les mesures provisoires si la procédure est fondée sur CC 113 (CC 136).

conservent leurs sentiments (par contre selon 115 un divorce pourrait être envisageable).

→ On peut se défaire d'un conjoint mentalement malade selon 114.

Pour juger de la séparation, il faut se fonder sur la volonté de vivre séparés et non sur la seule séparation.

Le délai de 4 ans n'est ni suspendu ni interrompu lorsque les époux se rendent visite, ont des rapports sexuels isolés, exercent un travail commun dans l'intérêt des enfants. On ne peut pas parler dans ces cas de **reprise de la vie commune**.

2. Les effets

Le demandeur doit prouver qu'il y a eu vie séparée pendant 4 ans. Il a un droit absolu au divorce ⇔ ni l'autre époux, ni le juge ne peuvent s'opposer.

Il faut calculer le délai:

– **Le demandeur introduit d'emblée une demande unilatérale:** le jour du début de la litispendance qui est déterminant. Le moment du dépôt de la demande unilatérale est le moment de la litispendance (136 II). Les 4 ans doivent être révolus. On ne peut déposer sa demande qu'après 4 ans. Il ne suffit pas que les 4 ans soient révolus au moment du divorce. Une telle procédure selon **CC 114** peut aller très vite: il suffit d'avoir une convention conclue et les 4 ans révolus⁹⁶.

– **Le demandeur introduit une demande unilatérale en remplacement d'une requête:** le jour du dépôt de la demande unilatérale et non le jour de la décision du juge de changer de procédure⁹⁷.

Si le délai de 4 ans n'est pas écoulé, la demande doit être rejetée. L'époux pourra toutefois réintroduire une nouvelle demande après l'écoulement des 4 ans⁹⁸.

Le délai de 4 ans de la suspension de la vie commune aboutit à la **présomption légale** que le lien conjugal est rompu de façon irrémédiable: c'est une fiction irréfragable. Après 4 ans, on peut demander le divorce de manière unilatérale et sans le consentement du conjoint le divorce.

3. La clause de dureté dans les droits étrangers

La clause de dureté est un moyen qui permet à l'époux défendeur de s'opposer au divorce, malgré l'écoulement de la période de séparation requise par la loi, lorsque la dissolution du mariage expose cet époux à une gêne intolérable et à des conséquences exceptionnelles et excessivement pénibles. Cette clause se fonde sur la dureté personnelle ou matérielle que peut représenter le divorce pour le conjoint qui s'en prévaut ou pour les enfants. L'application de cette clause dépend de critères objectifs et non de fautes respectives des conjoints.

Dans les art. pays européens, il y a une clause de dureté: si le divorce est trop dur pour un des conjoints (**BGB 1568**), le juge peut renoncer à prononcer le divorce. Cette clause de dureté est à mettre en relation avec le délai de suspension. Plus le délai est long, moins la clause est importante. Il n'y a pas de clause de dureté en Suisse.

c. La rupture du lien conjugal (115)

1. Généralités

⁹⁵ CC 175 ne doit pas être rempli et il ne faut pas non plus que le couple soit séparé juridiquement selon CC 117 et CC 118. La suspension de la vie commune signifie que le couple n'a plus de demeure commune au sens de **CC 162**.

⁹⁶ Si le couple a suspendu sa vie commune le 01.10.89 et qu'il dépose une requête commune. Le juge ne peut pas l'accepter et le juge donne un délai, car **111** et **112** ne sont pas remplies. Le 1.11.92, le juge dit que ce n'est pas rempli pour une requête commune. Les époux veulent un délai de 9 mois pour que la litispendance soit maintenue. Ce droit n'existe pas. Le juge n'a pas à leur impartir un délai assez long pour que le délai de 4 ans soit écoulé. Le juge veille, toutefois, selon **CC 113** à impartir un délai assez long pour que la litispendance perdure (→ 3 mois). Le juge s'épargne ainsi du travail pour ne plus avoir par exemple à se prononcer sur les mesures provisoires.

⁹⁷ Si le juge impartit selon CC 113 un délai supplémentaire pour remplacer la requête par une demande unilatérale, mais que ce délai ne suffit pas à écouler les 4 ans, un des époux peut demander ultérieurement le divorce. Donc une nouvelle demande peut toujours être déposée si on estime que le délai de 4 ans est écoulé

⁹⁸ Le projet prévoyait une suspension de la vie commune pendant 5 ans. Le CE était d'accord avec ce délai. Le CN voulait 3 ans. Chacun restait sur sa position. On a trouvé un compromis de 4 ans. Après ces 4 ans, personne ne peut nous empêcher de divorcer. Le délai ne devait pas être trop long, car on voulait que le couple puisse refaire sa vie. Mais d'un autre côté, il fallait que le délai ne soit pas trop court, parce que sinon un conjoint aurait pu répudier l'autre (cause absolue) rapidement.

Le divorce pour **rupture du lien conjugal** ne doit être envisagé que lorsque les époux n'ont pas la volonté commune de divorce. 115 est **subsidaire** par rapport à 114.

Le divorce pour rupture du lien conjugal ne peut être accordé que lorsque les conditions de 114 ne sont pas réunies et qu'on ne peut pas exiger de l'époux demandeur qu'il attende l'écoulement du délai de 4 ans. L'idée est d'appliquer 115 de manière restrictive.

Si le juge est saisi d'une demande fondée sur 115, mais que les conditions de 114 sont remplies et que la durée de séparation donc établie, il pourra d'office prononcer le divorce en se fondant sur cette dernière disposition. Cela ne signifie toutefois pas qu'il doit lui-même rechercher les preuves de la durée de la séparation⁹⁹.

2. La notion de motifs sérieux

Il y a rupture lien conjugal lorsque des motifs sérieux qui ne sont pas imputables à l'époux demandeur rendent la continuation du mariage insupportable. Ces motifs peuvent soit être **objectifs**, soit consister en un **manquement** de l'époux défendeur aux devoirs qui découlent du mariage.

Peut être **objectivement sérieux**, une longue séparation indépendante de la volonté, une modification fondamentale des convictions religieuses d'un conjoint ou de ses sentiments pour l'autre, de graves anomalies psychiques ou physiques, ou encore une opposition caractérielle insurmontable.

Peut constituer un motif **dépendant du comportement** de l'époux défendeur, le fait que ce dernier commette des actes de violence physique contre le demandeur. L'adultère peut être éventuellement être retenu dans la mesure où il rend intolérable le maintien de l'union conjugale¹⁰⁰.

3. Le caractère insupportable de la continuation du mariage

Il faut que la désunion soit si profonde que **la continuation de la communauté conjugale ne puisse raisonnablement pas être imposés à l'époux demandeur**. On peut se référer à la jurisprudence rendue en application de aCC 142 I (personnalité du demandeur, attitude du défendeur et intérêt des enfants).

Il s'agit d'une question d'appréciation (4) ⇔ question qui peut être revue au TF lors d'un recours en réforme.

d. Le consentement au divorce et la demande reconventionnelle de divorce (116)

Lorsqu'un époux dépose une demande unilatérale de divorce (114-115), il est possible que l'autre époux **consente à divorcer ou dépose une demande reconventionnelle**. Il y a accord sur le **principe** du divorce et le juge doit se contenter de vérifier que l'accord répond aux exigences de la procédure sur requête commune. Si les **effets** du divorce ne sont pas litigieux, on applique 111. Sinon, on présume que les époux confient au juge le soin de les régler en application de 112.

116 transfère le procédure contentieuse à la procédure non contentieuse. Lorsqu'un des époux dépose une demande unilatérale et lorsque l'autre consent ou dépose une demande reconventionnelle. On est alors de fait dans un accord commun selon 111. Les dispositions selon 111 et 112 sont donc applicable par analogie.

En cas de demande reconventionnelle, un des époux dépose selon 114 (4 ans) et l'autre selon 115. Mais on a **accord de fait** sur la volonté de divorcer. On applique les règles par analogie de la requête commune (111-112). On ne change pas de procédure, mais de la même procédure on se réfère aux règles de 111 et 112.

Si un époux dépose selon 115 et l'autre dépose selon 114 une demande reconventionnelle ou consentement express, le juge ne doit pas examiner les conditions de 115¹⁰¹.

⁹⁹ Si un époux pose une demande selon 114, le juge ne regarde pas si les conditions de 115 sont remplies. Si un époux pose une demande selon 115, mais que le juge se rend compte que les conditions de 114 sont remplies, le juge applique 114.

¹⁰⁰ Toutefois, la doctrine minoritaire (SUTTER-SOMM) pense que si un conjoint dépose une demande selon 115, les conditions doivent en être examinées, car il contient des motifs sérieux (⇒ faute زُجْر). Dans 115 la faute joue un rôle sérieux: les motifs rendant la continuation du mariage insupportable. L'époux peut prouver ainsi par 115 que le conjoint est fautif (psychologiquement cela fait du bien). Mais selon RUMO-JUNGO, la procédure de divorce doit être rapide et les histoire de mariage n'ont pas de place devant le tribunal. aCC 142 de l'ancien droit faisait déjà mention du caractère insupportable de la continuation du mariage, sur lequel les tribunaux ont fondé de nombreux divorces sur requête commune. Aujourd'hui à la place, il y a le divorce sur requête commune et le 114 ⇒ il n'est plus nécessaire que la vie soit insupportable. Il suffit que la continuation de la vie soit insupportable (à la lumière des autres articles) tout de suite, puisque dans 4 ans on pourra de toute façon divorcer

¹⁰¹ Mais SUTTER n'est pas de cet avis: c'est contre la bonne foi de l'autre sachant que celui-ci aura une image négative face au tribunal

4. EXERCICES

a. Daniel et Barbara

1. Selon l'ancien droit

aCC 142 (*aCC 137ss* règlent les causes du divorce). *aCC 142* considère les causes qui ne sont pas touchées par les autres articles. En théorie, dès qu'une demande est déposée selon *aCC 142*, on déduit immédiatement une vie insupportable. On examine selon des critères objectifs.

En pratique, on aurait accepté. *aCC 142* suppose que les deux étaient d'accord. *aCC 142* a permis le divorce conventionnel. Le TF a dit qu'après 15 ans de séparation, de refus de vouloir divorcer, c'est contre la bonne foi, car il n'y a plus d'espoir, le divorce doit donc être accordé.

2. Selon le nouveau droit

111 et 112 ne sont pas remplis. *CC 114* ⇒ est-ce que le délai est rempli? la vie commune doit être suspendue au moment du dépôt de la demande. Si le couple vit séparément seulement depuis 1998, ils peuvent divorcer selon 115. Il faut des **motifs sérieux**, notamment le viol ou un attentat à la vie de l'un des deux. On ne veut pas que 115 ait la même portée que *aCC 142*.

Le mari peut rester dans la maison. Mais il peut y avoir des mesures provisoires pour la protection du mariage ⇒ le juge peut ordonner la vie séparée ou même la suspension de la vie commune dans une même maison (exception). Celui qui veut divorcer peut partir. Sous certaines conditions toutefois, on peut vivre sous le même toit et avoir une vie séparée (à différents étages). Mais ceci est très rare.¹⁰²

Subjectivement, il faut pour que 114 s'applique, qu'il y ait **la volonté de casser les liens sentimentaux**. Il faut également être divisé à l'intérieur.

115 n'est pas remplie, car le fait d'appartenir à l'église de scientologie ne rend pas la vie insupportable. Il faut se rappeler que 115 n'a pas la même portée que *aCC 142* qui était la solution pour tous les cas qui ne rentraient pas sous *aCC 137* ou *141*. Il suffisait que le couple ait dit que la vie était insupportable. **115 doit être appliqué de manière subsidiaire** → *un crime commis par l'un des époux*.

2. Ursula et Samuel Hofstetter

Les époux peuvent divorcer par accord commun selon 111. Est-ce que 112 pourrait s'appliquer? Les époux sont d'accord sur **le principe du divorce**, mais on ne sait pas s'ils sont d'accord sur **les effets du divorce** (accord partiel, complet ou pas sur les effets).

3. Variante

La demande de divorce sur requête unilatérale. Il faut d'abord examiner si les conditions de 114 sont remplies (115 n'est que subsidiaire). Le juge peut **préférer 114** à 115, si les conditions de 114 sont remplies. Par contre, si seul 114 est invoqué, le juge ne peut pas décider d'appliquer 115.

Les époux pour se séparer selon 114 doivent être séparés **pendant 4 ans**. En l'espèce, ce n'est pas le cas. Il faut que les 4 ans soient **écoulés au jour du dépôt de la demande de divorce**.

Si un époux veut rendre le mariage insupportable pour invoquer 115, ce comportement de mauvaise foi (2) permet-il à l'autre époux de divorcer plus vite?

- Ursula se comporte de manière insupportable et rend la vie commune impossible. **Ce comportement ne doit pas être imputable à l'époux qui introduit 115**: on ne peut pas remplir des motifs sérieux et introduire une telle demande.
- Samuel se comporte de manière à rendre la vie insupportable? Par contre, **celui qui fait la demande, doit être protégé**, car on ne peut pas attendre de lui qu'il attende la fin des 4 ans. L'autre ne pourra pas intenter la demande selon 115, mais selon 114 (qui donne un droit absolu de divorcer). Le délai ne doit pas être trop long pour pouvoir refaire sa vie. 4 ans est une bonne moyenne.

§4 LES EFFETS PERSONNELS DU DIVORCE

¹⁰²24.1.00

a. Généralités

Le jugement de divorce a un caractère formateur. Il entraîne la **rupture définitive du lien conjugal**. Chaque époux reprend sa liberté (notamment de se remarier 96). Le nouveau droit a supprimé les délais d'attente qui empêchaient la femme¹⁰³ ou les époux¹⁰⁴ de se remarier pendant un certain temps après le divorce.

La plupart des effets personnels et patrimoniaux attachés au mariage (119ss) prennent fin. Les conjoints perdent leur statut de personnes mariées pour acquérir celui de personnes divorcées (non célibataires).

Toutefois, la communauté conjugale doit avoir certains prolongements au-delà du divorce: les liens d'alliance ne cessent pas avec le divorce (21 II, 95 I/2); le droit de cité de la femme et le nom.

Les règles relatives aux effets personnels du divorce ont un caractère impératif.

b. Le droit de cité des époux

Par son mariage, la femme acquiert le droit de cité cantonal et communal de son mari tout en conservant celui qu'elle possédait lorsqu'elle était célibataire (161). 119 II dispose que le divorce n'a **pas d'effet sur le droit de cité cantonal et communal** acquis par mariage.

c. Le nom des époux

Le nom de famille des époux est le nom du mari. Par son mariage, la femme acquiert en principe le nom de son mari (160). Le nom de famille peut également être celui de la femme.

L'époux qui a changé de nom conserve celui qu'il a acquis par mariage (119 II). Mais il peut aussi déclarer à l'office de l'état civil vouloir reprendre son nom de célibataire ou le nom qu'il portait avant le mariage¹⁰⁵. Cela vaut aussi pour le double nom (160 II). Cette déclaration est irrévocable. Le délai de réflexion pour le changement de nom dure 1 an et plus 6 mois.

§5 LE LOGEMENT DE LA FAMILLE (CC 121)

a. Le principe

L'ancien CC ne connaissait pas une telle solution. **Le but est de protéger le conjoint plus faible de la perte du logement familial** (tout comme 169). 121 permet au juge d'attribuer, lors du divorce, le logement familial au conjoint qui n'est pas titulaire de droits sur ce logement lorsque des motifs importants le justifient.

Le logement de la famille est un local à usage d'habitation qui, par la volonté des époux, est destiné à les abriter, eux et leurs enfants, de façon durable et reconnaissable pour les tiers (= 169).

Le logement familial se distingue de la **demeure commune** (162). Il est toutefois possible que, pour des motifs professionnels, les époux aient chacun leur demeure, tout en continuant d'avoir chez l'un et/ou l'autre une vie commune. Si les époux ont 2 demeures communes, on considère celle dans laquelle ils ont leur principal centre d'intérêts (où vivent les enfants) comme demeure commune¹⁰⁶.

b. Les conditions

- Il doit s'agir du **logement familial** au sens de 169.
- La présence **d'enfants** ou **d'autres motifs importants** doivent justifier cette mesure. Un des conjoint a besoin du logement pour ces raisons.

¹⁰³ aCC 103

¹⁰⁴ aCC 104, aCC 150

¹⁰⁵ Dupont-Pasquier (avant), ou Pasquier-Dupont (pendant), Dupont (après)

¹⁰⁶ Le droit des successions (**612a**) et le droit du régime matrimonial (**a 219** et **CC 144**) qui défendent l'idée que lors du partage de la succession ou de la liquidation du régime matrimonial, le conjoint divorcé ou survivant doit pouvoir faire valoir son droit de se voir le logement attribué

- Cette mesure doit pouvoir **être raisonnablement imposée à l'autre conjoint**.
Il faut qu'un **contrat de bail** soit conclu par un des époux ou les deux. Si un seul l'a conclu, le contrat doit être conclu par celui qui ne va pas se prévaloir de 121 I ou 121 III que le logement soit dans la propriété de l'un des deux ou en PPE.

c. Les effets

1. Modification du contrat et responsabilité solidaire (121 I-II)

Le juge peut **attribuer à l'un de époux le droit et obligation du contrat de bail**, soit à celui qui a besoin de ce logement de famille (121 I). L'époux attributaire devient titulaire du contrat de bail portant sur le logement familial. Le bailleur ne peut pas s'opposer à cette modification.

L'époux qui n'est plus locataire **répond solidairement du loyer** jusqu'au l'expiration du bail ou au terme de congé prévu par la loi ou le contrat, mais dans tous les cas pour **2 ans au maximum** (121 II). On demande cette responsabilité, car selon **CC 169** le conjoint n'était pas habilité à résilier le contrat.

Le **bailleur est protégé**, car il a signé sur la base du salaire de l'ancien locataire. Celui-ci est donc solidairement responsable. Le créancier pourra se diriger **vers n'importe quel débiteur**.

L'ancien locataire, de son côté, est protégé dans le **rapport interne** avec son ex-conjoint. En général, celui qui a payé le créancier peut faire **recours** contre son débiteur. Mais l'ex-conjoint débiteur (mais créancier de la contribution d'entretien) peut **compenser directement avec la contribution d'entretien** due, mais seulement au montant mensuel du loyer.

2. La constitution d'un droit d'habitation de durée limitée (121 III)

1. Lorsque l'un des époux est propriétaire du logement familial, le juge peut attribuer celui-ci à l'autre époux en constituant un **droit d'habitation**¹⁰⁷.
2. Ce droit d'habitation doit être **limité dans le temps**. Le juge fixe la durée du droit en tenant compte de toutes les circonstances du cas (4)¹⁰⁸. Le droit d'habitation est incessible et intransmissible (776 II).
3. L'attribution du logement n'est pas gratuite. Le bénéficiaire du droit doit verser à l'époux propriétaire une **indemnité équitable** (une compensation est possible).
4. Le droit d'habitation peut être **restreint ou supprimé lorsque de nouveaux faits importants l'exigent** (remariage du bénéficiaire ou modification de la situation en matière d'attribution des enfants). Il faut alors ouvrir une action en modification du jugement de divorce.

On **exproprie** en quelque sorte le propriétaire d'une maison (**expropriation matérielle**). C'est une **servitude légale** mais qui demande dans la constitution l'inscription au RF.

§6 LES EFFETS PATRIMONIAUX DU DIVORCE

I. GÉNÉRALITÉS

Le jugement de divorce entraîne aussi la dissolution de l'union que les époux formaient sur le plan économique.

Deux sortes d'effets	
Extinction des rapports patrimoniaux Liquidation du régime matrimonial	Obligation d'entretien

Les époux peuvent aussi passer entre eux une convention.

¹⁰⁷ **Droit d'habitation** = une servitude qui confère à une personne déterminée le droit de demeurer dans une maison ou d'en occuper une partie et qui peut être inscrite au registre foncier (776ss).

¹⁰⁸ CO 272b ne s'applique pas

II. LA LIQUIDATION DU RÉGIME MATRIMONIAL (RENOI)

Le juge appelé à prononcer le divorce doit préalablement procéder à la liquidation du régime matrimonial auquel les époux étaient soumis. Si les époux ont conclu une convention, le juge la vérifie et la ratifie (111). Exceptionnellement, le juge peut renvoyer le règlement de la liquidation à un procès séparé, si l'affaire est compliquée.

La liquidation du régime matrimonial doit être envisagée lorsque les époux sont mariés sous le régime de la participation aux acquêts ou de la communauté des biens. En revanche, il n'y a pas de liquidation lorsque les époux vivent sous le régime de la séparation de biens.

La liquidation du régime matrimonial est soumise aux dispositions sur le régime matrimonial (120 I). 120 renvoie aux 180ss sur la liquidation du régime matrimonial¹⁰⁹. Les clauses qui modifient la participation légale au bénéfice ou le partage égal des biens communs ne s'appliquent pas en cas de divorce, de séparation de corps, d'annulation du mariage ou de séparation de biens judiciaire, à moins que le **contrat de mariage** ne prévoit le contraire (217, 242 III). Les époux ne peuvent pas renoncer à ces droits après coup.

III. LA PERTE DES AVANTAGES SUCCESSORAUX (120 II)

Les époux divorcés cessent d'être les héritiers légaux de l'un de l'autre et perdent tous les avantages résultant de disposition pour cause de mort faite avant la litispendance de la procédure de divorce. Les avantages successoraux sont justifiés par l'existence du lien conjugal, sa rupture ne entraîne donc la perte de plein droit.

1. La perte des droits légaux de succession

Du moment que les époux ne sont plus liés par le mariage, ils ne sont plus héritiers légaux l'un de l'autre. Le moment déterminant est celui de l'entrée en force du jugement de divorce et non celui de l'ouverture de l'action.

2. La perte des avantages de dispositions pour cause de mort

Toutes les dispositions pour cause de mort deviennent caduques de plein droit (483, 484, 494, CO 245 II). Les dispositions pour cause de mort faites **avant la litispendance** perdent leur portée.

Toutefois, les dispositions pour cause de mort (un pacte successoral) prises pendant la procédure de divorce ont des effets même après le divorce¹¹⁰.

Les époux peuvent dire également dans leur pacte qu'ils souhaitent que celui-ci est un effet après le divorce. Le TF pourrait dire **par analogie** que 120 est de nature dispositive. Un pacte conclu avant la litispendance correspond à la volonté des époux qu'il ait des effets après le divorce (s'il en ressort des circonstances).

3. La perte des avantages liés à une assurance-décès

A moins qu'elle ne soit irrévocable (LCA 77 II), la clause bénéficiaire en faveur du conjoint survivant devient caduque. La personne divorcée n'est en effet plus un conjoint (LCA 83 II).

III. LA PERTE DE CERTAINS AVANTAGES SOCIAUX

Le divorce influence les droits de l'époux en relation avec les prestations d'assurances et de prévoyance sociales. Le droit des assurances sociales n'est pas encore complètement conforme aux exigences qui découlent du principe de l'égalité entre homme et femme (Cst. 8).

a. L'assurance-vieillesse et survivants

1. Assurance-vieillesse

¹⁰⁹ idem aCC 154

¹¹⁰ Par contre, il n'est pas valable selon l'ancien droit (tout ce qui est fait avant le divorce est annulé). Dans l'**ATF 122 III 308**, un pacte successoral conclu pendant la procédure de divorce ne produit pas ses avantages, **mais le TF avait estimé que CC 154 était de nature dispositive.**

L'époux divorcé perd en principe le droit à la rente de veuf ou de veuve. Toutefois, LAVS 24a I assimile la personne divorcée à une veuve ou à un veuf à certaines conditions.

2. Assurance-survivant

Le divorce n'affecte pas le droit des époux à la rente. Les revenus que les époux ont réalisés pendant les années civiles de mariage commun sont répartis et attribués pour moitié à chacun des époux. La loi consacre le système du splitting qui améliore la position de l'époux sans activité lucrative.

b. La prévoyance professionnelle (122-124)

1. Généralités

Jusqu'en 1195, le divorce entraînait pour le conjoint la perte des expectatives de prévoyance professionnelle de son époux. Cette perte n'était pas toujours compensée de manière adéquate par le versement d'une rente et les femmes divorcées s'en trouvaient pénalisées.

Le nouveau droit du divorce prévoit le partage obligatoire et par moitié du 2^e pilier, soit des prestations de sortie de la prévoyance professionnelle. Cette prétention n'est pas liée au régime matrimonial ni à un droit à l'entretien. Toutes les prétentions soumises à la LFLP doivent être partagées. Sont exclues du partage selon 122ss les prétentions du 1^{er} pilier et du 3^e pilier. Le partage de ces dernières sont soumises aux règles du régime matrimonial. Ces articles ne concernent que le **2^e pilier** et ne s'appliquent qu'en **cas du divorce** et en **cas de nullité du mariage**.

a. Le régime matrimonial

On peut certes disposer librement de son patrimoine dans une certaine mesure par un contrat de mariage; mais cela n'est pas possible en matière de prévoyance professionnelle. On ne peut partager la prévoyance professionnelle entre les héritiers et le conjoint survivant.

Le but de la prévoyance professionnelle est de prévenir l'assuré contre les risques de l'âge. Il est donc contraire au but de donner une moitié de la prévoyance professionnelle aux héritiers du défunt.

b. Le droit à l'entretien

La prétention n'est pas seulement due si l'un des deux a droit à l'entretien selon **CC 125**. L'époux dont on ne peut raisonnablement attendre qu'il pourvoie lui-même à son entretien convenable et qui ne peut pas se constituer une prévoyance professionnelle appropriée.

Celui qui n'a **pas travaillé** pendant le mariage, a autant besoin de la moitié de la prestation de libre passage que de l'entretien. Avant, le conjoint avait droit à l'entretien selon aCC 172; il pouvait alors obtenir la moitié de la prestation de libre passage.

Cette prétention à la moitié ne dépendra donc pas du droit à l'entretien. Cette prétention à la moitié est **une prétention du droit du divorce** en tant que telle. La systématique de la loi le montre également en traitant la prévoyance professionnelle à part.

2. Le partage des prestations de sortie en cas de divorce

Il appartient au juge du divorce de décider du partage des prestations de sortie et des modalités de celui-ci (122, 123, 141, 142 I). Le juge du divorce transfère l'affaire au juge compétent (LPP 73 I) et lui communique les informations nécessaires pour ce que ce dernier exécute le partage (142 II, III).

a. Avant la survenance d'un cas de prévoyance (122)

1. Le principe

Si l'un des époux au moins est affilié à une institution de prévoyance, chaque époux a droit à la moitié de la prestation de sortie de son conjoint, calculée pour la durée du mariage (soit entre le jour du mariage et le jour de l'entrée en force du jugement de divorce) selon LFLP 22ss (122 I). Il faut établir les intérêts apportés par le montant pendant toute la durée du mariage. On compare en fait des montants qui n'ont plus de rapport avec la réalité. L'institution communique au juge les intérêts. Si les 2 sont affiliés, chacun a droit à la moitié des prestations de sorties de l'autre: la différence entre les 2 créances est partagée (122 II).

Cette prestation de sortie est calculée seulement pour la durée du mariage.

Le CC renvoie à la LFLP ¹¹¹.

2. Les modalités de calcul

On prend en considération les soldes positifs compte tenu des intérêts pour déterminer le montant de la prestation de sortie acquise pendant le mariage (LFLP 22 II, 26 III).

- Les paiements en espèces **effectués pendant le mariage** ne sont pas pris en compte (liquidation du régime).
- Si un époux a obtenu le **versement anticipé** d'une partie de son montant de prévoyance pour acquérir un logement, on ne tient pas compte de la somme manquante (LPP 30d V). Si le produit de la vente est inférieur au montant reçu, c'est le montant de ce produit qui doit être pris en compte dans la prestation de sortie (LPP 30e).
- Lorsqu'un époux **rachète** une partie de sa prévoyance pendant le mariage, il faut distinguer selon que ce rachat est financé au moyen d'acquêts ou de propres. Si le rachat est financé par les acquêts, le conjoint doit profiter de l'amélioration de la prévoyance. Si le rachat est financé par les propres, la proportion correspondante de la prestation de libre passagère doit être exclue du partage.

Il faut déterminer pour chaque époux la prestation de sortie à partager (LFLP 22). La différence de prestation de sortie du divorce et celle du mariage. Les institutions de prévoyance professionnelle, depuis 1995, doivent mentionner sur les extraits de compte, le montant du libre passage acquis jusqu'au moment du mariage. **LFLP 22a** dispose comment il faut procéder pour établir ce montant. Le montant attribué à l'époux, après compensation, ne lui est pas versé espèces, mais sous la forme d'une prestation de libre passage qui sera affectée à un but de prévoyance.

L'époux débiteur de la prestation de sortie subit une perte de prévoyance. Afin de compenser cette perte, il doit pouvoir procéder au **rachat** de la prestation de sortie transférée.

3. Absence de partage (123)

Il existe 2 situations dans lesquelles le partage n'a pas lieu.

a. Renonciation au partage (123 I)

Un époux peut renoncer conventionnellement, pour partie ou pour le tout, à la moitié de la prévoyance de l'autre, seulement s'il est **assuré d'une autre façon** contre les risques de vieillesse et d'invalidité (l'époux touche une rente viagère suffisamment élevée).

b. Sur décision du juge (123 II)

Le juge peut refuser le partage s'il est **manifestement inéquitable** pour des motifs tenant à la liquidation de régime matrimonial ou à la situation économique des époux après le divorce (123 II)¹¹².

- Il est inéquitable d'accorder le partage à un époux dont l'épouse a payé ses études d'avocat, alors que celui-ci va se constituer une belle prévoyance professionnelle, même s'il n'a pas encore exercé son métier.
- Un couple vivant sous le régime de la séparation des biens. Une épouse est obligatoirement soumise à la prévoyance professionnelle, mais l'époux indépendant a assuré ses risques avec un portefeuille d'actions. Il serait inéquitable de la faire partager sa prestation avec son mari. Mais il ne lui doit rien, puisqu'ils vivent sous le régime de la séparation des biens.

b. Après la survenance d'un cas de prévoyance (124)

Le divorce a lieu après la survenance d'un cas de prévoyance ou le partage est impossible pour d'autres motifs

1. Réalisation du risque assuré: vieillesse ou invalidité

Un risque assuré s'est réalisé, entraînant la conversion immédiate du capital de prévoyance en rente. L'un des époux est devenu invalide ou a atteint l'âge de la retraite; une prestation de sortie n'est plus possible; elle ne peut plus être partagée.

2. Autres motifs

¹¹¹voir p.640 du Code, les art. 22 à 22c

¹¹² Un époux de condition modeste qui, grâce à son travail, finance les études de son conjoint qui garantiront à ce dernier d'importants revenus à l'avenir.

Le partage pour d'autres motifs n'est pas possible:

- Les expectatives de prévoyance sont régies par un droit étranger qui exclut le partage
- La totalité de la prestation de sortie a été versée en espèces.

3. Conséquence: l'indemnité équitable

Dans ces situations, il n'y a pas de prestation de sortie à partage. Le conjoint a dès lors droit à une indemnité équitable. Une indemnité équitable convenue par les époux ou le juge qui ne sera jamais réglée par le tribunal des assurances est due **en remplacement**. La loi n'a pas réglé toutes les possibilités, **l'appréciation** des cas d'espèce est donc laissé **au juge**. Il est possible que celui, qui n'a pas réalisé la survenance d'un cas, doive une prestation de sortie et l'autre une indemnité.

c. La procédure (141-142)

Les institutions de prévoyance professionnelle ont été intégrées dans les procédures de divorce dès le 01.01.2000. **Pour déterminer la procédure** à suivre pour établir la prestation de sortie et le partage il faut distinguer les 2 situations suivantes:

- **CC 141** lorsque les époux trouvent **un accord**.
- **CC 142** lorsque les époux ne trouvent **pas d'accord**.

a. Une convention (141)

Les époux trouvent un accord **entre eux et avec les institutions de prévoyance professionnelle**. Ils peuvent établir le **pourcentage** selon lequel ils veulent partager leurs avoirs. **Le juge** devra examiner si cette convention est **correcte** et il la **ratifie** une fois qu'il a obtenu la confirmation de l'institution de prévoyance professionnelle sur la solution choisie par les époux.

b. Désaccord (142)

Les époux ne trouvent pas de convention. **Le juge** du divorce doit **établir les parts à partager**; il fixe les proportions. Il envoie ensuite toute la procédure devant **un tribunal spécialisé**: le tribunal des assurances. Le tribunal des assurances détermine **le montant de la prestation de libre passage** et doit appliquer les proportions décidées par le juge du divorce.

IV. L'OBLIGATION D'ENTRETIEN APRÈS LE DIVORCE (125-132)

a. Généralités

Le mariage oblige chacun des époux à pourvoir l'entretien de l'autre (163). Cette obligation s'éteint à la fin du mariage. En cas de divorce, il peut s'y substituer une **obligation d'entretien** (125), lorsqu'on ne peut raisonnablement attendre d'un époux qu'il y pourvoie lui-même. Cette obligation est fondée sur les **besoins** du demandeur. Elle est indépendante de la faute, de l'innocence ou des raisons du besoin.

Les époux peuvent fixer le principe et les modalités de l'obligation d'entretien dans une convention soumise à la ratification du juge (143).

Lorsqu'un époux a droit à une contribution d'entretien, celle-ci doit être déterminée en tenant compte des éventuelles obligations d'entretien dues aux enfants, même majeurs. Celles-ci passent avant l'entretien de l'époux.

b. La détermination de l'obligation d'entretien

1. Les principes

Un époux doit lui-même pourvoir à son entretien après le divorce (125). Toutefois, si on ne peut raisonnablement pas attendre de lui qu'il le fasse, son conjoint lui doit une **contribution équitable**, au nom du principe de solidarité.

1. **Clean break**: Le but est de favoriser autant que possible la fin de l'interdépendance financière des époux après le divorce. Dès lors, on considère que les conjoints ne se doivent en principe aucune

contribution d'entretien.

2. **Le principe de solidarité:** les époux doivent toutefois s'aider mutuellement à faire face à la fin de la communauté économique née du mariage. Si un époux n'est pas en mesure de pourvoir lui-même à son entretien convenable, son conjoint lui doit une contribution équitable (125 I).

L'obligation d'entretien se fonde **sur le seul besoin de l'époux** (la faute ne joue aucun rôle). L'existence d'un besoin dépend des revenus des époux et du choix que ceux-ci auront fait dans l'organisation et la répartition des tâches dans le mariage (163 II).

Mais dans la perspective du clean break, l'obligation d'entretien ne sera versée que pendant le temps nécessaire à l'époux pour retrouver son autonomie financière, y compris du point de vue de la prévoyance vieillesse.

2. Critères pour fixer l'entretien

125 I dresse **une liste non exhaustive** des critères que le juge doit prendre en considération pour décider de l'allocation d'une contribution d'entretien et pour en fixer le montant et la durée.

Les expectatives successorales ne sont pas prises en considération. Mais elles peuvent toutefois à certaines conditions donner lieu à un procès en modification du jugement de divorce (129).

Le nouveau droit apporte 2 nouveautés:

- La faute n'est plus déterminante.
- Au vu des règles de la prévoyance professionnelle, 125 II ch.8 prévoit que la contribution d'entretien est fixée **en fonction des expectatives de la prévoyance professionnelle**. La prévoyance professionnelle passe systématiquement avant la contribution d'entretien.

3. Montant de la contribution d'entretien et calcul

1. Fixer les besoins minimum des 2 époux et des enfants;
2. Fixer les revenus des 2 époux;
3. Déduire des revenus les minima vitaux;
4. Partager l'excédent entre les 2 époux et leurs enfants:

a. Contribution équitable, vie convenable

Le montant de la contribution d'entretien doit être **équitable** et assurer au créancier un niveau de **vie convenable** (125 I). **Le partage des tâches** pendant le mariage déterminera principalement l'obligation de contribution des deux époux, ainsi que l'âge, la santé (125 I/1). Une allocation est refusée par le juge, lorsque cela semble inéquitable (125 III).

b. Limite supérieure

La **limite supérieure** de l'entretien est déterminée en principe par le train de vie antérieur adopté d'un commun accord par les conjoints (163). Exceptionnellement, l'entretien convenable peut plus élevé lorsque les conjoints ont vécu de manière très économe et en dessous de leurs moyens. On partage l'excédent jusqu'au montant qui permet de *poursuivre le train de vie mené jusqu'au divorce*. La partie excédentaire revient à celui qui apporte le salaire; elle constitue la limite supérieure du partage de l'excédent. *On ne partage jamais le montant destiné à l'épargne.*

c. Limite inférieure

La **limite inférieure** ne peut en revanche pas être définie de manière générale. Mais on peut dire que le niveau de vie convenable ne devrait pas être inférieur au **minimum vital**.

Les époux doivent **réduire leur train de vie et ceci dans la même proportion**, car 2 ménages engagent des frais plus élevés. Si les 2 époux doivent réduire leur train de vie, **on donnera toujours au débit rentier son minimum vital**. Son obligation de verser une contribution à l'autre ne s'étend pas au-delà de son minimum vital. Le débiteur a toujours droit à son minimum vital, car si on lui enlève son minimum vital, on lui enlève la motivation de travailler; sinon, le salaire ne suffit plus à couvrir les 2 minima vitaux; les 2 époux seront alors dépendants de l'assistance sociale, alors que dans la solution retenue par le TF, un seul époux descend en dessous du minimum vital: en particulier l'épouse¹¹³. Le TF a déclaré que le minimum vital du

¹¹³ATF 123 III 1 p.84

débirentier doit aussi être protégé **même lorsqu'il s'agit de verser des aliments aux enfants**.

4. La forme de l'entretien et sa durée (126)

a. Une rente

La contribution d'entretien sera en principe versée sous la forme d'une **rente** (126 I). Le juge peut toutefois imposer un règlement définitif en **capital**, lorsque les circonstances le justifient (126 II).

b. Limitation dans le temps

Le principe du clean break et le partage obligatoire des prestations de sortie devraient renforcer la règle selon laquelle la contribution d'entretien doit être **limitée dans le temps**. Le TF admet cette limitation dans le cas d'un époux **jeune** et en **bonne santé** capable d'exercer une activité lucrative ou qui 'a pas d'enfants à charge. Le TF a également retenu qu'avant l'âge de 45 ans, l'époux n'a droit qu'à un entretien limité dans le temps, sauf circonstances exceptionnelles, telles qu'une mauvaise santé.

5. Le droit de refuser le paiement d'une contribution

Le principe et l'étendue de l'obligation d'entretien dépendent uniquement des **besoins** du débiteur et du créancier. La faute ou l'innocence ne joue aucun rôle. Il existe néanmoins des situations dans lesquelles il serait injuste pour le débiteur d'entretien de verser une contribution aux conditions de 125 III.

L'idée est de refuser l'entretien à l'époux qui, sciemment, abuserait de son droit de le demander.

L'époux peut refuser la paiement si les 2 conditions suivantes sont remplies:

1. La contribution doit être manifestement **inéquitable**. C'est au juge d'apprécier la réalisation de cette condition (4).
2. Cette iniquité doit reposer sur l'un des comportements décrit à **125 III** ou un comportement analogue.

c. La modification de la rente

La contribution d'entretien couvre les besoins du créancier tels qu'ils peuvent être déterminés au moment du divorce. Mais des circonstances nouvelles peuvent justifier une modification du montant alloué.

1. Les circonstances prévisibles

Lorsque l'évolution des circonstances est prévisible, la modification de la contribution doit être prévue par le jugement, qui la subordonnera à l'arrivée de termes ou, le plus souvent, de conditions (CO 151).

a. Adaptation aux variations du coût de la vie

La contribution d'entretien peut être adaptée aux variations du coût de la vie. Cette question doit impérativement être réglée soit par convention, soit dans le jugement de divorce (143/4).

- Dans leur convention, les époux doivent indiquer si et dans quelle mesure la contribution d'entretien doit être adaptée aux variations du coût de la vie. Les époux peuvent expressément renoncer à toute indexation. Le juge les rend attentif sur les conséquences de leur choix.
- En l'absence de convention, le juge peut décider que la rente sera adaptée d'office aux variations du coût de la vie (128, 143/4).

b. Conditions (126 III)

Le juge peut **subordonner le paiement d'une contribution d'entretien à certaines conditions**. La modification de l'entretien doit être fixée dans le jugement et être subordonnée à la survenance d'événements déterminés qui se produiront certainement dans les circonstances du cas d'espèce. La modification peut consister en une diminution comme en une augmentation de la contribution.

2. Les circonstances imprévisibles

Il faut que les circonstances soient durables et notables (129 I).

a. La réduction ou la suppression de la rente

1. **Les difficultés du débiteur ont diminué.**
2. **Les besoins du créancier ont diminué** de sorte que sa situation s'est nettement améliorée. L'amélioration doit être prise en compte que si une rente permettant d'assurer l'entretien convenable du

créancier a pu être fixée dans le jugement de divorce. L'amélioration de la situation du créancier ne saurait entraîner une diminution du montant de la contribution.

Il faut éviter une réduction précipitée du montant de la contribution.

En cas de concubinage qualifié, le créancier perd le droit à la contribution d'entretien de son ex-conjoint. Le TF a assimilé cette situation au remariage en se fondant sur l'interdiction de l'abus de droit.

b. L'allocation ultérieure ou l'augmentation de la rente

L'allocation ultérieure ou l'augmentation d'une rente est en **principe** exclue. **Exception** (129 III): dans un délai de 5 ans à compter du divorce, prétendre à l'allocation d'une rente ou à son augmentation lorsqu'il n'a pas été possible de fixer dans un jugement de divorce une rente permettant d'assurer son entretien convenable, alors que la situation du débiteur s'est améliorée depuis lors.

c. La suspension de la rente

On peut suspendre l'obligation d'entretien (129 I). On peut ainsi tenir compte de la modification ultérieure de circonstances tout en attendant que la situation se stabilise. La suspension doit toujours être prévue pour une durée déterminée. A l'expiration de cette durée, l'obligation d'entretien renaît, à moins que les parties ou le juge n'aient prévu dans conditions plus restrictives¹¹⁴.

La modification doit être durable et notable. Elle ne saurait être définitive. Sinon, il faut envisager la réduction ou la suppression de la rente, pas sa suspension.

Le concubinage qualifié est assimilé au remariage et entraîne de ce fait la suppression de la rente. Il est souhaitable que cette jurisprudence soit maintenue et qu'on autorise la suspension de l'obligation d'entretien seulement là où le concubinage n'est pas qualifié.

d. L'extinction légale de la rente (130)

1. **La situation du débiteur.** La rente s'éteint lorsque le débiteur décède, sauf convention contraire des époux.
2. **La situation du créancier.** La rente s'éteint lorsque le créancier décède ou se remarie. Une convention contraire demeure toutefois réservée (130 II).

e. L'exécution de l'obligation (131-132)

131-132 reprennent les dispositions introduites lors de la révision du droit de la filiation. Ces mesures ont fait leurs preuves. Ces règles sur l'exécution correspondent aux **art. 290 à 293**.

1. L'aide au recouvrement et avance (131)

131 I prévoit **une aide au recouvrement** (≈ **CC 291**). Le droit cantonal désigne l'office compétent à aider le créancier à obtenir cette prétention.

131 II prévoit **le versement d'avances**. Le droit cantonal peut décider de prévoir ces avances ou non. Mais le droit fédéral n'en prévoit pas. Les cantons ne sont pas obligés contrairement à **293 III**.

2. L'avis aux débiteurs et fourniture de sûretés (132)

132 I prévoit l'avis **aux débiteurs** du débirentier de payer leur créance auprès du crédientier → *l'employeur* (correspond à **CC 291**).

132 II prévoit l'obligation du débirentier de fournir des **sûretés** pour les contributions d'entretien futures (correspond à **CC 292**).

§7 LE SORT DES ENFANTS (133 II)

¹¹⁴ Le débiteur n'a plus droit à des indemnités de chômage ou lorsque le créancier reprend provisoirement une activité professionnelle

I. GÉNÉRALITÉS

- La dissolution du lien conjugal a des effets sur les enfants **mineurs** des époux. Les enfants majeurs qui entendent obtenir l'entretien de ses parents divorcés doit agir en son nom propre (277 II, 279). Les époux ne peuvent pas convenir du sort des enfants. Ils peuvent néanmoins prendre des conclusions communes et les soumettre au juge.
- Dans la **procédure de divorce**, le **juge est compétent** pour attribuer l'autorité parentale, fixer les relations personnelles avec le parent qui n'a pas l'autorité parentale et la contribution d'entretien due par ce dernier (133 I).
Le juge est compétent pour ordonner des mesures de protection de l'enfant (315a I) ou pour modifier des mesures déjà prises par les autorités de tutelle (315a II) ou par le juge (315b I/1).
Les **autorités de tutelle** sont compétentes toutefois pour les actes de 315a III.

II. L'AUTORITÉ PARENTALE

a. Généralités

En principe, les époux exercent en commun l'autorité parentale sur leurs enfants mineurs (296 I, 297 I). L'autorité parentale (297ss) donne aux parents le droit de garde sur leurs enfants, le droit de les représenter, d'administrer leurs biens, de déterminer les soins à leur donner et de pourvoir ensemble à leur entretien et leur éducation.

La dissolution du lien conjugal remet en cause l'exercice commun de l'autorité parentale. En principe, le juge attribue l'autorité à l'un des parents (133 I). Mais à certaines conditions, le juge peut maintenir l'exercice en commun de cette autorité (133 III). Le juge peut aussi dans certains cas ne l'attribuer à aucun des parents (311 ⇔ 315a).

b. L'attribution de l'autorité parentale à l'un des époux (principe)

1. Généralités

Le nouveau droit maintient le principe, selon lequel, lors du divorce, l'autorité parentale sur les enfants communs doit être attribuée à **l'un des époux** (133).

L'attribution du droit parental à l'un des époux reste **donc le principe** ⇒ l'autre époux en est privé. Toutefois, l'enfant et le parent privé de l'autorité parentale ont réciproquement le droit d'entretenir des **relations personnelles** (273). Mais le nouveau droit a amélioré la situation de ce parent. Ce parent a le droit d'être entendu avant que ne soient prises des décisions importantes concernant l'enfant et le droit d'être informé et d'obtenir des renseignements sur l'état et le développement de l'enfant¹¹⁵. En cas de décès, le survivant privé de l'autorité parentale devra requérir du juge que celle-ci lui soit attribuée (297 III).

L'arrêt 123 III 445¹¹⁶: sous l'ancien droit, l'art. 297 ne permettait pas l'attribution d'une autorité parentale conjointe. cette attribution conjointe n'était pas prouvée comme bonne pour l'enfant en 1997. Pourtant le message du nouveau droit était sorti.

2. Le rôle du juge (133 II)

a. La liberté d'appréciation du juge

Le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation. Il établit d'office les faits déterminants et n'est pas lié par les conclusions des parties. Il doit toutefois tenir compte d'une éventuelle requête commune des parents et de l'avis de l'enfant (133 II) qu'il doit en principe entendre (144 II).

b. Les critères jurisprudentiels à considérer pour le bien de l'enfant

Le juge détermine d'office ce qui est dans le bien de l'enfant. Pour attribuer l'autorité parentale qu'il y ait ou

¹¹⁵ Le parent a-t-il un véritable droit d'opposition? il est seulement consulté, sauf si l'enfant est en danger, il peut requérir l'intervention de l'autorité tutélaire. Mais c'est le but de l'autorité parentale unique qu'un seul parent prenne les décisions.

¹¹⁶p. 141

non requête commune des parentales et pour décider ce qui est dans le bien de l'enfant. Dans la pratique, une convention est un élément déterminant pour l'attribution d'une autorité parentale commune.

1. Des conditions de **vie stable**, si possible dans un entourage semblable à la situation précédant le divorce, sans que la répartition des tâches pendant le mariage soit déterminante.
2. Il faut prendre en compte la **situation de chaque parent**, son attachement à l'enfant, ses aptitudes à l'élever, les facultés matérielles et morales garantissant à l'enfant le meilleur épanouissement. Le parent de l'autorité doit être capable d'éduquer un enfant. On prend en compte la situation personnelle, la capacité éducative, sa situation professionnelle, sa volonté de s'occuper personnellement de l'enfant.
3. Il faut tenir compte de la **personnalité de l'enfant**, de son âge, de son sexe, de sa religion, de ses vœux et de sa préférence pour l'un ou l'autre de ses parents. Ses rapports avec ses parents et avec les autres enfants sont considérés¹¹⁷.
4. Lorsque les père et mère offrent des conditions équivalentes, la préférence doit être donnée, dans l'attribution d'enfants en âge de scolarité ou qui sont sur le point de l'être, à celui des parents qui s'avère le plus disponible pour les avoir durablement sous sa propre garde, s'occuper d'eux et les élever personnellement.
5. La question des **responsabilités** dans la désunion ne joue aucun rôle.

c. Les restrictions mises à l'exercice de l'autorité parentale

1. Restrictions fixées directement par la loi

- L'obligation de remettre à l'autorité tutélaire un inventaire des biens de l'enfant (318 II) et
- L'obligation de tolérer des relations personnelles entre l'enfant et l'autre parent (133 I, 273).
- Le parent qui détient l'autorité parentale, doit informer l'autre de l'état du développement de l'enfant (275a).

2. Restrictions prescrites par le juge

Le juge peut prendre toutes les mesures nécessaires concernant la protection de l'enfant (307ss).

c. L'exercice en commun de l'autorité parentale

1. Les conditions (133 III)

133 III permet de maintenir l'exercice en commun de l'autorité parentale.

a. Une requête commune des pères et mères

Par le dépôt d'une requête conjointe des pères et mères, les époux doivent manifester leur volonté d'exercer en commun l'autorité parentale.

La convention doit contenir leur accord. Il faut que les parents **s'entendent** sur les points suivants: les règles de participation à la prise en charge de l'enfant (relationnelle) et la participation à l'entretien de l'enfant (financière).

b. Une convention

Les époux doivent présenter une convention dans laquelle ils déterminent leur participation à la prise en charge de l'enfant. Ils doivent donc définir les soins que chacun vouera à l'enfant dans sa vie quotidienne.

c. Le bien de l'enfant

Il faut que cette solution soit compatible avec le bien de l'enfant. Il faut que les parents aient chacun la capacité d'éduquer leur enfant.

L'autorité parentale conjointe permet aux enfants de conserver des relations plus étroites avec les 2 parents et de mieux supporter les conséquences du divorce. Les parents peuvent ainsi continuer d'assumer ensemble la responsabilité de leurs enfants et exercer les droits inhérents au fait d'être parent. Le décès de l'un deux n'entame pas l'autorité parentale de l'autre (297 III).

2. Le droit de garde

Le droit de garde = **le droit des parents de déterminer le lieu de résidence et le mode d'encadrement de**

¹¹⁷ L'enfant a le droit de participer à l'organisation de sa vie future (133 II ⇔ 144). En droit allemand, l'autorité parentale conjointe, après le divorce est la règle, alors que l'autorité parentale unique est l'exception à condition que l'enfant le demande.

l'enfant, que ce soit chez ses parents ou chez un tiers. Le droit de garde est un élément constitutif de l'autorité parentale. Si le divorce n'a pas modifié l'autorité parentale, il ne doit pas non plus modifier le droit de garde. Lorsque les 2 parents ont l'autorité parentale, le droit de garde est également **conjoint** ou **commun**.

3. La garde de fait

La garde de fait = l'encadrement quotidien de l'enfant, en lui prodiguant soins et éducation courante afin qu'il se développe harmonieusement. Elle appartient à la personne chez qui l'enfant a sa **résidence habituelle** (lieu où l'enfant vit durant la semaine en principe).

Toutefois, il est possible d'instaurer une **garde de fait alternée** qui consiste à faire habiter l'enfant plusieurs jours alternativement chez la mère et chez le père (âge de l'enfant, distance entre les logements). Une garde de fait conjoint est également possible à condition que les époux divorcés vivent sous le même toit (rare).

d. Les mesures de protection de l'enfant

Dans la procédure de divorce, le juge est compétent pour prendre des mesures de protection de l'enfant (307ss) et les faire exécuter par les autorités de tutelle (315a): rappeler les parents ou l'enfant à leur devoir, leur donner des instructions (307 II) ou ordonner la désignation d'un curateur (308).

Le juge peut même dans certain cas décider de n'attribuer l'enfant à **aucun des époux** et donc les priver tous les 2 de l'autorité parentale si les conditions de 311 sont réunies.

Le juge du divorce peut apprécier plus largement les conditions du retrait de l'autorité parentale (311) que l'autorité tutélaire.

III. LES RELATIONS PERSONNELLES ET LE DROIT À L'INFORMATION

a. Le droit aux relations personnelles

L'enfant mineur et le parent qui n'a pas l'autorité parentale ou le droit de garde ont réciproquement le droit d'entretenir les relations personnelles indiquées par les circonstances (273 I ↔ 133 I). Ce droit consiste dans l'exercice d'un **droit de visite**.

Le droit de visite est reconnu dans l'intérêt de l'enfant et dans celui du parent auquel les enfants n'ont pas été attribués. Il s'agit d'un **droit de la personnalité** (28), auquel ni le parent ni l'enfant ne peuvent valablement renoncer et dont ils ne peuvent être privés que pour des motifs impérieux (274 II). Le droit est par conséquent, **réciroque**.

Le **juge du divorce** doit fixer d'office, de manière en principe définitive et durable (275 II) les conditions dans lesquelles le droit de visite pourra être exercé. **L'aménagement du droit de visite** doit avant tout être guidé par **l'intérêt de l'enfant**. Il doit garantir une certaine stabilité. Le parent auquel les enfants sont attribués doit faire tout ce qui est en son pouvoir pour faciliter l'exercice du droit et ne peut s'y opposer sans motif grave.

L'exécution du droit de visite et les vacances relèvent du droit de procédure cantonal. Le bénéficiaire du droit de visite doit exiger la remise des enfants, conformément aux modalités fixées par le jugement. Mais si les enfants ne veulent pas le voir, on ne peut pas recourir à la force.

L'exercice du droit de visite doit être effectif et régulier. Le droit de visite a un caractère **obligatoire** (273 II) ↔ **l'autorité tutélaire** peut rappeler les parents ou l'enfant à leurs devoirs et leur donner des instructions.

b. Le droit à l'information et aux renseignements

Le parent qui n'est pas détenteur de l'autorité parentale a un droit à l'information et aux renseignements concernant l'évolution de l'enfant (275a). Le parent qui a l'autorité parentale doit informer l'autre parent de tous les événements particulièrement importants survenant dans la vie de l'enfant (275a I). Le parent qui n'est pas détenteur de l'autorité parentale peut lui-même recueillir des renseignements auprès de tiers qui s'occupent de l'enfant (275a II). Le droit aux renseignements n'est pas un **droit de surveillance**.

L'obligation d'informer n'est **pas inconditionnelle**. Si le parent non détenteur de l'autorité parentale ne se préoccupe pas du bien-être de l'enfant, on ne peut exiger de l'autre parent qu'il fasse des efforts particuliers

pour l'informer et le consulter. Le droit à l'information peut être limité de la même manière que le droit aux relations personnelles (275a III \Leftrightarrow 274).

IV. L'OBLIGATION D'ENTRETIEN DES PÈRE ET MÈRE

Le devoir d'entretien incombe aux 2 parents. Le juge fixe la contribution d'entretien du parent non détenteur de l'autorité parentale d'après les dispositions sur les effets de la filiation (276ss \Leftrightarrow 133 I). Ces devoirs envers l'enfant subsiste. Si les parents exercent en commun l'autorité parentale, l'entretien dû par chacun d'eux doit également être fixé dans la convention sur la répartition des frais d'entretien qu'ils soumettent au juge (133 III). La contribution d'entretien peut être fixée pour une période allant au-delà de l'accès à la majorité (133 I 2^e phrase // 277 II).

C'est le juge du divorce qui est compétent pour fixer la contribution d'entretien (297 III). Il agit d'office. Il prendra en compte les besoins de l'enfant et les facultés de l'un et de l'autre époux.

Le montant de la contribution d'entretien destinée à l'enfant est réduit d'office lorsque le père ou la mère reçoit une rente des assurances sociales ou une autre prestation destinée à l'entretien de l'enfant (285 II^{bis}).

V. L'AUDITION ET LA REPRÉSENTATION DE L'ENFANT

Le juge doit établir d'office les faits (maxime inquisitoire) (144). Le juge auditionne les pères et mères (144 I). Cette disposition était implicite, mais elle était déjà respectée sous l'ancien droit.

a. L'audition de l'enfant (144 II)

1. Généralités

144 II consacre le **droit pour l'enfant d'être entendu** dans la procédure de divorce de ses parents. Il s'agit d'un droit strictement personnel (*droit subjectif*) (19 II). Le but est de permettre à l'enfant de s'exprimer sur la situation personnelle qui sera la sienne après le divorce de ses parents. En principe, le juge entend les enfants **personnellement** et de **manière appropriée**. La manière de l'audition est une question délicate.

D'autre part, le juge a le devoir d'établir les relations tissées entre les parents et l'enfant pour déterminer la meilleure attribution. Mais il ne faut **jamais poser la question précise du parent avec lequel il veut vivre**. Il ne lui est pas objectivement possible de choisir entre les deux. Il faut déterminer avec quel parent il a les **rappports les plus intenses**. Sous l'ancien droit, les enfants étaient rarement auditionnés. Toutefois, l'art. 12 sur la Convention de l'ONU sur les droits de l'enfant prévoyait que l'enfant devait être entendu.

2. La renonciation à l'audition

L'âge ou d'autres motifs importants peuvent s'opposer à l'audition de l'enfant (144 II). Ces autres motifs doivent être directement en relation avec la personnalité et les particularités de l'enfant. L'enfant a un droit au silence.

a. L'âge

Dans l'arrêt ATF 124 III 90, le TF a estimé que cette disposition est d'application directe. Dans l'arrêt ATF 122 II 401¹¹⁸, le TF avait jugé que les enfants devaient être entendus en particulier à partir de 14 ans (avant la Convention). L'enfant peut déjà être entendu à l'âge de 6 ans, mais on ne le faisait pas avant, parce que l'enfant n'avait plus de relations avec son père, sur lesquelles il n'y avait donc plus rien à dire.

Donc l'enfant est auditionné dans les cas qui le touchent (attribution parentale, contribution d'entretien, ses relations). Mais l'enfant n'est pas entendu si son âge ou d'autres motifs s'y opposent. Pour une part de la doctrine c'est 12 ans, pour d'autres dès l'école enfantine. En Allemagne, les enfants sont entendus dès l'âge de 3, 4 voire 2 ans.

Le juge doit se référer à des ouvrages pédopsychiatriques. Chaque enfant doit être pris pour lui-même \Rightarrow la réponse sur l'âge peut donc être différente. **La réponse donnée pour chaque cas est individuelle.**

L'enfant n'est pas auditionné au sujet de chez quel parent il veut vivre; il peut s'exprimer avec d'autres

¹¹⁸p. 77

moyens que les mots (gestes, photos, dessins). Les parents ont peur que les enfants soient traumatisés. Il faut demander à l'enfant s'il veut parler avec une autre personne, proche de lui (enseignant, curé, pédiatre). Sinon c'est **l'office des mineurs** qui s'occupent de l'enfant.

b. Les autres motifs importants

- **Le refus crédible de l'enfant**, car ce n'est pas un devoir. L'audition ne doit pas être faite s'il y a un **risque psychique** de porter atteinte à la santé de l'enfant.
- Une **mesure urgente** de l'enfant doit être prise, on peut évincer l'audition. Mais il faudra dans la mesure du possible la répéter après.

La **convention** des parents n'est pas un motif important pour ne pas auditionner l'enfant. Les motifs doivent avoir à faire avec la personnalité de l'enfant (santé, refus). La convention n'est pas en soi une raison qui s'opposerait à une audition.

3. Les modalités de l'audition

1. L'audition doit être effectuée par **un seul juge**. L'enfant peut être entendu par un tiers (spécialiste).
2. L'audition doit se dérouler en **l'absence des parents et de leurs avocats**. Dans tous les cas, les parents ont le droit d'obtenir les conclusions essentielles de l'audition pour autant que celles-ci soient de nature à influencer la décision du tribunal.
3. L'audition a lieu dans le **bureau** de la personne qui entend l'enfant ou même ailleurs (environnement familial).

b. La représentation des enfants (146)

1. Généralités

L'enfant a le **droit d'être représenté** dans la procédure de divorce de ses parents. Il s'agit d'une représentation légale. Le but est de sauvegarder les intérêts de l'enfant. Comme le juge peut être tenté de se rallier aux conclusions communes des parents concernant les enfants, sans tenir compte du véritable intérêt de ces derniers, la représentation permet de respecter au mieux l'intérêt de celui-ci. **La représentation est donc une mesure dont le but est de sauvegarder efficacement les droits de l'enfant.**

2. Les conditions

Une curatelle est nécessaire lorsque:

1. l'enfant **capable de discernement le demande** (146 III)
2. **l'intérêt de celui-ci l'exige** (146 I, II). S'il existe un juste motif, le juge doit ordonner la représentation de l'enfant (146 I).

Le juge n'a **pas le devoir** de prononcer une représentation, mais c'est une exception nécessaire dans certaines procédures de divorce. Un **curateur** est nommé par le juge, lorsque de justes motifs l'exigent au sens de CC 146 II. Le juge le fait **exceptionnellement**. Cela ne doit pas être systématiquement fait lorsque les parents déposent des conclusions différentes. Le seul cas où la curatelle est obligatoirement ordonnée par le juge est celui où **l'enfant capable de discernement la réclame**.

3. Institution de la curatelle (147)

a. La désignation du curateur

Le juge ordonne l'institution d'une curatelle et l'autorité tutélaire doit désigner le curateur.

b. Les attributions du curateur

Le curateur a pour mission de sauvegarder les intérêts de l'enfant. Il doit l'accompagner dans la procédure en faisant valoir sa volonté et ses souhaits, mais dans la limite de ses intérêts. Il doit être **indépendant**.

§8 PROCÉDURE DE DIVORCE

I. GÉNÉRALITÉS

Malgré les compétences cantonales en matière de procédure, le droit fédéral prévoit des règles relatives à la procédure de divorce pour garantir une **application uniforme du droit**. Le législateur l'avait déjà fait dans le code de 1907. Le nouveau droit contient un grand nombre de règles de procédure.

Le nouveau droit fait de la principale condition du divorce qu'est la requête commune une institution essentiellement fondée sur des règles de procédure (le juge convoque les parties, les entend...). Le nouveau droit ajoute un **chapitre spécial** consacré à la procédure de divorce (135-149).

Toutes ces règles s'appliquent au divorce et à la séparation de corps par analogie

II. LES PARTIES

Il y a toujours deux parties opposées: les époux.

a. La qualité pour agir

La qualité pour agir appartient **exclusivement** aux époux. Le procès prend donc fin en cas de décès d'une partie et ne passe pas aux héritiers.

Une personne interdite, mais capable de discernement peut exercer seul le droit du divorce (CC 19 II), car il s'agit d'un droit personnel. Le représentant légal doit toutefois consentir aux conclusions et approuver les conventions passées entre les époux.

Une personne interdite incapable de discernement n'a en principe pas la qualité pour agir. Si l'incapacité de discernement intervient en cours de procédure, on poursuit la procédure, à condition qu'il n'y ait pas de changement manifeste de la volonté.

b. La qualité pour défendre

Le défendeur doit avoir la capacité de discernement. Un représentant légal peut dans le cas contraire défendre à sa place en justice. La capacité de discernement est interprétée de manière plus large que pour agir. Il suffit que le défendeur puisse se faire une idée du divorce et de ses effets.

III. FOR ET LITISPENDANCE

a. Le for

1. Quant au lieu

Le **juge du domicile de l'un des époux** est compétent pour prononcer et modifier le jugement de divorce, ainsi que pour décider de l'avis aux débiteurs et de la fourniture de sûretés (135 I). Il y a donc 2 fors **alternatifs**, soit celui du demandeur, soit celui du défendeur. L'ancien droit¹¹⁹ ne prévoyait que le for du demandeur (la notion de faute ayant disparue, une protection particulière n'est pas plus nécessaire).

Le domicile des parties est déterminé selon CC 23¹²⁰. Sont déterminants les domiciles des parties au début de la litispendance. Le choix incombe à la partie demanderesse (CC 135).

2. Quant à la compétence matérielle

Les compétences matérielles sont déterminées par le **droit cantonal**. Les fors spéciaux (conçus en fonction des spécificités) n'existent plus dans les cantons.

¹¹⁹ voir Karin et Beat Gurtner

¹²⁰₁ Le domicile de toute personne est au lieu où elle réside avec l'intention de s'y établir.

² Nul ne peut avoir en même temps plusieurs domiciles.

³ Cette dernière disposition ne s'applique pas à l'établissement industriel ou commercial.

On a imposé aux cantons qu'ils désignent une autorité judiciaire: il faut une certaine solennité. Le mariage n'est donc pas qu'un contrat, puisque une procédure administrative ne suffit pas. Il faut une **décision judiciaire**.

135 I s'applique pour l'action, la modification du divorce, l'action tendant à ce que les débiteurs opèrent tout ou partie de leur paiement (CC 132¹²¹), la modification de l'obligation d'entretien renvoie au for de CC 277 II. Pour le reste voir la répartition de compétences entre le juge et l'autorité tutélaire (134, 315a, 315b).

b. La litispendance

A partir de quel moment une demande est pendante devant le juge.

1. La requête commune (136)

En cas de requête commune, il n'y pas de procédure de conciliation (logique), puisque les parties sont tombées d'accord. La requête commune est donc portée **directement devant le juge**. Idem pour le remplacement d'une requête commune par une requête unilatérale (113).

2. La requête unilatérale

La demande d'un époux est pendante à compter de l'ouverture de l'action. L'ouverture de l'action = tout acte de procédure par lequel le demandeur sollicite pour la 1^o fois, dans la forme requise, la protection du juge¹²².

3. Les effets de la litispendance (137 II)

- Le for, l'objet de la demander et les parties sont fixés.
- Les époux peuvent mettre fin à la vie commune. Un époux peut vivre séparé de son époux (137 I).
- Dès lors, le juge peut prononcer des mesures provisoires nécessaire à moins d'un accord et à moins qu'il y ait des enfants (137 II).
- Le régime matrimonial est dissout à ce moment. Les masses matrimoniales sont disjointes. Tout ce qui est acquis après ne fait plus partie de la masse matrimoniale (204 II, 236 II).

IV. LES MESURES PROVISOIRES¹²³

a. Généralités

Dès le début de la litispendance, chacun des époux a le **droit de mettre fin à la vie commune** pendant la durée du procès (137 I). les époux peuvent demander au juge d'ordonner **les mesures provisoires**. Les mesures provisoires **régissent les relations familiales pendant la procédure de divorce**. Les dispositions relatives à la protection de l'union conjugale sont applicables par analogie (172ss).Le nouveau droit prévoit que des mesures provisoires peuvent aussi être ordonnées après la dissolution du mariage lorsque la procédure relative aux effets du divorce n'est pas close. Une contribution d'entretien peut être demandée pour l'avenir et pour l'année précédant le dépôt de la requête (137 II).

Le juge doit prononcer les mesures provisoires nécessaires. Il doit se prononcer d'office lorsque un enfant est en cause (il n'est donc pas liés par les conclusions des parties).

Le juge est déterminé selon 135 pour ce qui est du lieu et la compétence matérielle est déterminée selon le droit cantonal. Il s'agit d'une procédure **sommaire** qui doit être rapidement liquidée. Le droit **cantonal** détermine si on applique la maxime de disposition ou la maxime d'office. La question du recours est réglée par le droit cantonal. On peut recourir au TF en nullité (OJ 68) et en recours de droit public¹²⁴.

¹²¹Pour fournir des sûretés au créancier, l'employeur verse directement la rente au créancier. Dans une telle action, on agit au fort de CC 135.

¹²²ATF 118 II 479 = JdT 1994 I 120

¹²³Elmar et Francisca Bucher: les époux vont faire une requête commune (CC 112), car ils sont d'accords sur le principe même, mais pas sur les conséquences.

¹²⁴ Le nouveau droit prévoit à l'art. 137 qu'un des époux peut demander des mesures que le juge n'a plus à ordonner d'office. Selon le texte allemand, "das Gericht trifft". La maxime d'office n'existe plus toutefois. Le droit cantonal pourra dire si c'est la maxime d'office qui régit la décision des mesures provisoires.

b. Les différentes mesures

1. Quelques généralités

137 renvoie aux dispositions relatives à la protection de l'union conjugale (172ss). Le juge ordonne des mesures concernant les enfants. Il fixe au besoin la contribution pécuniaire et prend les décisions concernant le logement et le mobilier de ménage.

Les sortes de mesures provisoires:

1. Le logement
2. La garde des enfants
3. L'attribution de l'autorité parentale? CC 297 II, lorsque la vie commune des époux, le juge peut confier l'autorité parentale à un seul des époux¹²⁵.

L'entretien doit provisoirement être réglé.

2. L'entretien de la famille

a. Les règles du droit du mariage

Le devoir d'entretien des époux envers la famille subsiste aussi longtemps que dure le mariage- Le juge fixe le montant de la contribution que l'un des époux doit à l'autre selon **les règles du droit du mariage** (163). Tant que les époux sont mariés, ils restent unis par les liens du mariage et donc ils se doivent contribuer à l'entretien de la famille. On ne peut pas appliquer CC 125 avant la prononciation du divorce.

b. Le calcul de l'entretien pendant la durée du divorce

Les principes sont les mêmes que ceux de la protection du mariage:

1. Addition des 2 salaires et déduction des minima vitaux.
2. Partage du reste entre les deux époux.
3. Les époux n'ont droit qu'à ce qui est juste et nécessaire pour maintenir son niveau de vie antérieur.
4. Le minimum vital du débiteur doit être respecté.

Le juge détermine le montant de la contribution de manière à laisser au débiteur un revenu couvrant son minimum vital. Le minimum vital du débiteur doit aussi être préservé quand il s'agit d'allouer une contribution aux enfants.

L'entretien **pendant** le mariage et l'entretien **après** le divorce doivent être différenciés. Si le revenu est **faible**, chacun doit disposer d'un minimum¹²⁶, il n'y aura donc pas grande différence entre la période du mariage et celle après le divorce. Par contre, si les revenus sont **élevés**, il faut répartir l'excédent (au minimum). **L'excédent** se partage de manière différente pendant le mariage et après le divorce. **Pendant le mariage**, le partage des profits est solidaire. **Pendant la procédure et après le divorce**, l'excédent se partage différemment.

L'avance des frais¹²⁷ du procès fait partie de l'entretien (159 III, 163). Le défendeur a l'obligation de payer l'avance de frais de l'époux pour qu'il puisse faire une demande en divorce.

3. Le logement et le mobilier de la famille

a. Le logement familial

Le juge décide qui peut rester dans le logement familial en tenant compte de toutes les circonstances. Il examine auquel des 2 époux on peut imposer le plus **facilement** le départ (besoin, commodités, vie professionnelle). Le logement peut être attribué à l'époux qui n'a aucun droit sur le logement (bail, propriété).

Le juge doit prendre en compte les **circonstances suivantes**: le bien des enfants et l'intérêt de ceux-ci à continuer de vivre dans le même environnement, la profession, l'âge et la santé des époux, les ressources financières et la possibilité de trouver un nouveau logement.

¹²⁵Si l'enfant est représenté et qu'il n'est pas auditionné c'est bon, sinon, il pourra recourir, car c'est un droit de la personnalité.

¹²⁶ATF 123 III 1

¹²⁷privisio ad litem

S'agissant d'une **résidence secondaire**, le juge peut ordonner qu'elle soit utilisée de manière alternative par l'un et l'autre conjoint.

Cette détermination du logement familial pendant la procédure doit être distinguée de 169. Les époux ont en commun un logement qu'ils ne peuvent pas aliéner sans le consentement du conjoint (vendre, résilier). C'est une **restriction à la capacité civile** des époux. Quelle que soit la décision du juge du divorce 169 continue de s'appliquer. **L'idée est de protéger l'époux qui n'a pas les droit sur le logement.**

b. Le mobilier du ménage

Le juge doit également attribuer le mobilier de ménage en fonction de l'utilité que peuvent en avoir les parties. Il pourra interdire aux époux d'en disposer.

4. Le sort des enfants mineurs

a. L'autorité parentale

Le juge maintient en principe l'exercice en **commun** de l'autorité parentale pendant la durée du procès. Chacun des parents conserve donc le droit de garde sur les enfants. Mais le juge peut organiser la garde de fait (tout en tenant compte de la décision qui sera prise au fond et de l'éventuel désir des parents d'exercer en commun l'autorité parentale après le divorce) et les relations avec le parent chez qui l'enfant ne réside pas.

Toutefois le juge peut l'attribuer à un **seul** parent (297 II), si le bien de l'enfant l'exige. Il devra alors (273) régler la question du droit de visite¹²⁸.

Le juge du divorce peut prendre des mesures provisoires de protection de l'enfant et décider qu'elles se prolongeront au-delà de l'entrée en force du jugement (315a).

b. La contribution d'entretien

Le juge fixe le montant de la **contribution d'entretien** qui est due pour l'enfant par le parent avec lequel il ne vit pas (1 ou 2 parents si l'enfant est majeur, mais en formation). Il tient compte des besoins de l'enfant, de la situation, de la situation et des ressources des parents et d'éventuels revenus ou de la fortune de l'enfant.

5. Les autres mesures

Le juge doit prendre toutes les mesures provisoires nécessaires (137 II).

- **Obliger un époux à renseigner l'autre** sur ses revenus, ses biens et ses dettes (170). Un inventaire peut être dressé (195a).
- **Retirer à l'époux son pouvoir de représenter l'union conjugale** (174), pour autant que les époux ne vivent pas séparés pendant la procédure.
- **Instaurer le régime extraordinaire de la séparation de biens** (185 I).
- **Restreindre le pouvoir de disposer d'un époux** en imposant des mesures de sûretés ou en ordonnant le blocage du registre foncier (178). Le pouvoir de représentation de l'union conjugale peut être retiré.

V. AUTORITÉ DU JUGE (139)

a. La libre appréciation des preuves (139 I)

Le juge apprécie **librement les preuves** ⇔ si la requête est unilatérale. Cette disposition s'applique à la procédure contentieuse et aux effets accessoires litigieux.

Si la requête est commune en cas d'accord complet, le juge n'a plus à apprécier les preuves librement, puisque les parties sont d'accord (139 I). La déclaration des époux de vouloir divorcer et la convention sur les effets accessoires suffisent.

Toutefois s'agissant du sort des enfants, le principe de la libre appréciation des preuves s'applique sans restriction, que la procédure soit contentieuse ou non (145 I).

¹²⁸L'autorité parentale peut être conjointe une fois le divorce prononcée (133 III).

b. La maxime inquisitoire (139 II)

Le droit consacre la maxime inquisitoire qui impose au juge de vérifier tous les faits qui permettent d'étayer la demande en divorce et **d'administrer toutes les preuves** sans s'en tenir forcément aux réquisitions des parties. Toutefois, le juge a un devoir limité aux seuls faits qui ont été **allégués**. Il n'a pas à rechercher pas d'autres faits, **sauf** en ce qui concerne les **enfants** (≈ juge d'instruction).

La maxime inquisitoire s'applique à la procédure de **divorce sur demande unilatérale** (114-115). Cette règle ne s'applique en revanche pas au divorce sur requête commune (111-112). Toutefois, le juge est appelé à vérifier que les parties ont déposé leur requête commune après mûre réflexion et de leur plein gré.

c. L'incapacité de témoigner (139 III)

Les personnes qui sont intervenues auprès des conjoints en qualité de conseillers conjugaux ou familiaux ou de médiateurs en matière familiale n'ont pas la qualité de témoins. On limite les moyens de preuve, car le conseiller conjugale ne serait pas impartial et n'aurait pas la même liberté d'agir professionnellement¹²⁹.

Le but est de protéger les époux, qui doivent pouvoir s'exprimer en toute confiance devant les conseillers conjugaux et protéger ces conseillers eux-mêmes, qui ne pourraient sans cela accomplir leurs tâches correctement.

VI. RECOURS ET RÉVISION

a. Généralités

La procédure de recours est en principe régie par le droit cantonal. Toutefois, le droit fédéral a imposé aux cantons les règles de procédure suivantes:

- Invoquer des faits et des moyens de preuve nouveaux et déposer des conclusions nouvelles (138 I).
- Une action en divorce peut en tout temps être transformée en une action en séparation de corps (138 II).
- L'effet suspensif, les effets sur l'entretien des enfants du recours au sujet de la contribution allouée à l'époux (148 I).
- La révision en ce qui concerne la convention sur les effets patrimoniaux (148 II)
- Limitation des recours contre le prononcé du divorce sur requête commune (149).

Le jugement en divorce a un caractère formateur. Le prononcé ou le refus du divorce sur requête commune est considéré comme une affaire non pécuniaire (OJ 44 b^{bis}). Néanmoins, lorsque le litige ne porte que sur les effets patrimoniaux, la contestation est de nature pécuniaire et la recevabilité du recours en réforme dépend de la valeur litigieuse (OJ 46).

b. Les conclusions nouvelles (138)

1. Généralités

- Si et jusqu'à quel moment une partie peut faire valoir des **faits et des moyens de preuve nouveaux** dans la procédure
- Dans quelle mesure une partie peut déposer des **conclusions nouvelles**.

Les dispositions introduites par le droit fédéral sont dès lors des règles minimales de procédure. Les cantons sont libres d'établir des règles plus larges en cette matière.

2. Les faits et les moyens de preuve nouveaux

Selon le **principe de la maxime éventuelle**, les parties doivent présenter tous leurs moyens d'attaque et de défense en une seule fois et à un moment déterminé de la procédure, sous peine de déchéance. Toutefois 138 permet aux parties d'invoquer de nouveaux faits et de nouveaux moyens de preuve (nova) devant l'instance

¹²⁹115 doit être interprété de manière restrictive et sévère (≠ aCC 142). Le 115 est l'ultima ratio puisque on n'a pas les 4 ans, il faut vraiment un motif qui ne soit pas imputable au demandeur du divorce.

cantonale supérieure.

138 I ne vise que la 2^e instance et ne s'applique pas devant le TF, où des faits ou des moyens de preuves nouveaux ne peuvent pas être invoqués (OJ 55 I c).

3. La modification des conclusions

1. **Les conclusions des parties fixent l'objet du procès.** Les parties doivent prendre des conclusions sur les effets accessoires du divorce. Le juge ne pas le faire à leur place. En revanche, le juge statue d'office sur le sort des enfants et le partage des avoirs de prévoyance professionnelle.
2. **Des conclusions nouvelles sont admises** pour autant qu'elles soient fondées sur des faits ou des moyens de preuves nouveaux (138 II). Les parties peuvent donc restreindre ou augmenter leurs conclusions devant la 2^e instance cantonale. Dès lors l'action en séparation de corps peut être transformée en action en divorce devant la 2^e instance cantonale si elle se fonde sur des faits nouveaux.
3. **Le demandeur peut en tout temps conclure à la séparation de corps** en lieu et place du divorce. Une partie doit toujours pouvoir prendre des conclusions permettant de sauver le lien conjugal.

c. La force de chose jugée partielle

1. **L'effet suspensif en recours ordinaire** (148 I): "Le dépôt d'un recours ne suspend l'entrée en force du jugement **que dans la mesure des conclusions prises**; toutefois, si le recours porte sur la contribution d'entretien allouée au conjoint, les contributions d'entretien des enfants peuvent aussi faire l'objet d'un nouveau jugement". Ainsi le jugement entre en force partiellement, dans la mesure où il n'est pas attaqué.
2. **Exception** (148 II):
 - En cas de recours sur la contribution d'entretien alloué au conjoint, les contribution d'entretien des enfants peuvent aussi faire l'objet d'un nouveau jugement dont l'entrée en force sur ce point est suspendue.
 - Lorsqu'un conjoint remet en cause les effets du divorce qui avaient fait l'objet d'un accord, l'autre conjoint peut, dans un certain délai, révoquer son accord au divorce si la partie du jugement concernant les effets devait être modifiée.

d. La révision des conventions entrées en force (148 II)

La convention sur les effets patrimoniaux du divorce entrée en force peut faire l'objet d'une demande en révision pour **vices du consentement**¹³⁰. Une fois ratifiée, la convention devient partie intégrante du jugement de divorce.

Les motifs de révision prévus par le droit cantonal peuvent toujours être invoqués. Dans tous les cas, ce sont les délais prévue par le droit cantonal qui s'appliquent.

e. Le recours en cas de divorce sur requête commune (149)

1. Le jugement sur le **prononcé** du divorce peut faire l'objet d'un recours ordinaire dans 2 cas:
 - Vice du consentement
 - violation de dispositions fédérales de procédure relatives au divorce sur requête commune (111-112).
2. Les **effets** du divorce réglés d'un commun accord peuvent faire l'objet d'un recours ordinaire, si les conditions générales des moyens de recours cantonaux sont remplies. Le législateur est partie du principe que pour des motifs de confiance, la partie intimée devrait avoir le droit de révoquer le divorce. Ce qui n'est possible que si le juge estime que le jugement sera modifié. Il fixe alors un délai à la partie intimée pour qu'elle ait la possibilité de révoquer son accord au divorce.

¹³⁰ Erreur essentiel, dol, crainte fondée, éventuellement lésion

4. LE DROIT DE LA FILIATION

CHAPITRE I – LE DROIT DE LA FILIATION

§1 LE DROIT DE LA FILIATION

1. Définition

Le droit de la filiation au sens étroit est l'ensemble des règles qui établissent et décrivent en détail la responsabilité primaire des parents envers leur enfant. Elles régissent les relations entre les parents et leurs enfants.

Un enfant est d'une part **une personne en relation avec ses parents** et d'autre **un être humain du premier âge**.

2. Sources

a. Les textes internationaux et européens

- La Convention des Nations Unies relatives aux droits de l'enfant (20 nov. 1989). La Suisse l'a ratifiée en 1997 (CUDE):
- La CEDH
- La Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant. La Suisse ne l'a pas encore signée. Elle contient des règles procédurales pour la CUDE.
- Plusieurs conventions européennes sur l'adoption.
- La Convention de La Haye (DIP).

b. Les textes nationaux

1. Le Code Civil

CC 252-327

Le CC a été modifié en 1972 (adoption) et 1976 (suppression de la filiation illégitime - légitime).

Le but est d'assurer le bien de l'enfant.

2. La LDIP

LDIP (règles de conflit, 20-24, 37-40, 66-85).

3. La Constitution

Cst 24^{novies} prévoit le droit fondamental à connaître son origine.

§2 LA FILIATION

1. Définition

La filiation désigne la **parenté juridique** entre un enfant et ses père et mère. Il faut distinguer la filiation du simple fait biologique de la descendance. Le lien de filiation a son fondement dans la descendance, mais aussi dans les rapports psychosociaux. La filiation est donc un **concept juridique**.

→ Le père naturel a-t-il des droits? Il a le droit de reconnaître son enfant, mais il n'a en soi pas d'obligations.

2. La filiation maternelle et la filiation paternelle

La filiation maternelle et paternelle ne sont pas réglées de la même façon.

a. Rapport mère-enfant

Le rapport de filiation est fondé sur la descendance maternelle (252 I). La filiation peut en outre résulter de l'adoption. Le rapport avec la mère existe dans tous les cas et automatiquement.

b. Rapport père-enfant

La relation paternelle requiert une condition juridique spéciale, laquelle n'existe ni a priori ni d'une manière générale.

- Le rapport de filiation est aussi fondé sur la descendance, si le père est l'auteur de la conception.
- L'enfant né pendant le mariage (255) a pour père présumé le mari de sa mère. On se fonde sur le mariage comme institution psychosociale.
- Il se peut que le père juridique ne soit pas le père biologique de l'enfant (il faudrait alors faire une reconnaissance).

3. L'établissement de la filiation

a. Avec la mère (252)

La filiation s'établit de plein droit avec la mère est établi de plein droit et si celle-ci est mariée, également avec le père.

b. Avec le père (252 II)

Le rapport de filiation avec le père est établi de plein, si le père est marié avec la mère.

A défaut de mariage, la filiation paternelle requiert un acte formel (reconnaissance ou jugement). Si les parents ne sont pas mariés, le père doit reconnaître l'enfant. S'il ne fait rien, la mère peut agir en paternité. Il faut par conséquent soit une déclaration du père, soit un jugement.

4. La filiation commune, la filiation simple

a. La filiation commune

Si les père et mère de l'enfant sont mariés ensemble, la filiation résulte de la naissance pendant l'union (255 I), ou du mariage postérieur à la naissance (259), ou encore de l'adoption commune ou de l'adoption par un époux de l'enfant de son conjoint (264a I, III).

b. La filiation simple

Si les parents ne sont pas mariés, les 2 liens de filiation ne sont pas communs, mais juxtaposés ⇒ L'autorité parentale (297 II, III), les relations personnelles (273) et l'obligation d'entretien (276) sont alors régies par des règles propres à chacun des parents.

§3 L'ÉTABLISSEMENT DE LA FILIATION MATERNELLE

1. La naissance

La naissance révèle par elle-même la descendance maternelle directement et sans doute possible. C'est pourquoi le rapport de filiation entre l'enfant et la mère résulte, de plein droit, du seul fait de la naissance.

Le rapport de filiation prend naissance même si la mère consent d'emblée à l'adoption de son enfant (256a, 256b).

Une mère ne peut rejeter son enfant, ni son enfant rejeter sa mère. La mère ne peut pas remettre en cause ce lien. La solution suisse ne correspond pas à celle du droit français qui prévoit qu'il est possible de ne pas établir un lien de filiation. De même, l'enfant ne peut rejeter sa mère.

2. Procréation artificielle

Remarquons que lors d'une procréation artificielle, la mère est la mère juridique, mais pas la mère génétique, car il y a une implantation d'embryons fécondés. 252 I s'applique aussi bien en cas de fécondation en dehors du corps qu'en cas de fécondation dans le corps d'une autre femme. Le lien de filiation naît de plein droit avec la mère porteuse même en cas de maternité de substitution¹³¹.

3. Condition de la filiation paternelle

La filiation maternelle est la condition nécessaire de la filiation paternelle.

- Si la mère est **mariée**, le mari est présumé le père.
- Si la mère n'est **pas mariée**, il faut un lien de filiation maternelle pour que le père puisse reconnaître (260). On ne peut donc pas reconnaître un enfant abandonné.

La filiation maternelle est donc le centre de la filiation.

§4 LES MODES D'ÉTABLISSEMENT DE LA FILIATION PATERNELLE (252 II)

On distingue trois modes d'établissement de la filiation paternelle:

1. le mariage
2. la reconnaissance
3. le jugement (action en paternité)

La mère est, dans ces 3 cas, la personne-clé. Le mode le plus fréquent est la présomption de paternité du mari. Les 2 autres modes ne représentent que 7,35% des liens établis en 1996.

I. LE MARIAGE

a. principe

lorsqu'un enfant est né pendant le mariage de sa mère, le mari est réputé être le père de l'enfant (255 I). Il s'agit d'une présomption légale, fondée sur le fait que l'épouse a accouché de l'enfant. La conséquence juridique décisive en est le rapport de filiation entre l'enfant et le père. Il n'est ainsi pas nécessaire, pour créer la filiation paternelle, de prouver la conception par le mari. Il suffit d'établir que l'épouse a accouché: un effet réflexe du mariage de la mère¹³².

On constate les différences suivantes entre CC 255¹³³ et aCC 255.

¹³¹ Même si la naissance résulte d'un don d'embryon, d'une maternité de substitution..., de toute façon c'est interdit

¹³² La présomption de paternité peut être attaquée. Le mari qui n'est pas le père a l'action en désaveu (256). La mère n'a pas la qualité pour agir.

¹³³ p. 631

1. L'ancien droit

Mariage	Dissolution
	300 jours
Présomption de paternité	

2. Le nouveau droit

Mariage	Dissolution
	300 jours
Présomption de paternité	

Pendant le mariage, la naissance entraîne le fonctionnement de la présomption de la paternité du mari.

Mais **après la dissolution du mariage**, sauf en cas de décès ou de déclaration d'absence, il n'y a plus de présomption de paternité. Si l'enfant naît dans les 300 jours après le décès du mari, il est présumé être le fils du mari de sa mère.

L'enfant qui naît **postérieurement au divorce** de sa mère n'a pas pour père présumé l'ancien mari de sa mère. L'expérience montre qu'en général les enfants qui naissent dans les 300 jours après la dissolution du mariage n'ont pas été conçus par l'ex-mari (la procédure de divorce est longue...)

CC 255 III renvoie à CC 35ss + nCC 38¹³⁴.

b. Les conditions de présomption de la filiation paternelle

1. La filiation maternelle

La présomption de paternité du mari suppose que l'enfant est né de **l'épouse**. Le lien paternel s'ajoute au lien maternel. Cette mère doit être mariée¹³⁵. En revanche, une communauté domestique ne suffit pas. Il faut donc un mariage au sens formel (96ss).

2. Une naissance pendant le mariage

Il faut une naissance pendant le mariage. Il suffit que le mariage précède de peu la naissance. Si une reconnaissance a lieu pendant la grossesse par un autre homme, la présomption de paternité du mari l'emporte sur cette reconnaissance. La présomption existe même s'il existe des indices selon lesquels la mère aurait conçu l'enfant avec un tiers.

Si la naissance a lieu après le décès, l'enfant est présumé être l'enfant du défunt.

3. Une naissance après un divorce

Si l'enfant naît après le divorce de ses parents, il n'y a **plus de présomption de paternité dans les 300 jours** suivants le divorce, comme sous l'ancien droit. Tant qu'un jugement de divorce n'entre pas en force, la présomption de paternité de CC 255 continue à s'appliquer.

La présomption de paternité existe même si l'enfant a été conçu par insémination artificielle.

c. Le concours entre 2 présomptions de paternité (257)

Lorsqu'un enfant est né dans les trois cents jours qui suivent la dissolution du mariage par suite de décès et que sa mère a contracté un nouveau mariage, le **second mari est réputé être le père**. Si cette présomption est écartée, le premier mari est réputé être le père. Le mariage a lieu entre la mort du mari et la naissance de l'enfant.

d. L'effet de la présomption

¹³⁴p. 631

¹³⁵ATF 122 III 293

La présomption établit le **rapport de filiation** qui se crée entre le mari et l'enfant. Il n'est alors plus nécessaire de prouver la conception du mari.

Le lien de filiation lie l'enfant dès la conception (à condition qu'il naisse vivant) et à la naissance. Ce lien est opposable aux **tiers** et au **père biologique qui n'a aucun droit sur l'enfant**. Si un père biologique prétend être le père d'un enfant d'une femme mariée, il porte **atteinte à la personnalité** de la mère et du mari¹³⁶. On peut donc demander une action en cessation du trouble. Le lien de filiation est donc **établi de plein droit**.

Par contre si le mariage prenait fin, le père réel pourrait agir et reconnaître l'enfant une fois qu'on ait pu mettre fin à la paternité du père juridique.

§5 L'ACTION EN DÉSAVEU (256-256C) OU LA CONTESTATION DE LA PRÉSUMPTION DE PATERNITÉ DU MARI

I. OBJET DE L'ACTION

L'objet de l'action en désaveu de paternité est d'attaquer la filiation paternelle fondée sur la présomption de 255. Ce ne sont pas les conditions de la présomption qui sont litigieuses, mais la conséquence de cette présomption, à savoir le fait que le mari de la mère est le père de l'enfant. L'action est donc dirigée **contre la conséquence de la présomption**. Cette conséquence (le rapport de filiation) ne peut pas être écartée par un autre moyen que par un procès (un accord n'est pas possible).

II. LA QUALITÉ POUR AGIR

a. Le mari (256 I/1)

La qualité pour agir est reconnue au **mari**. Le droit d'agir ne présuppose pas la dissolution du mariage, laquelle ne le met pas non plus en échec. Celui-ci peut donc indifféremment agir **pendant le mariage** et **après la fin** du mariage. Si le mari a consenti à la conception par le fait d'un tiers, il ne peut plus agir en désaveu (256 III).

Les parents du mari (en cas de décès ou de perte de la capacité de discernement) peuvent agir à sa place (258 I). Mais ils ne peuvent pas agir si le mari avait perdu le droit d'agir (256 III).

b. L'enfant (256 I/2)

1. Conditions

L'enfant peut remettre en cause la paternité, seulement quand la vie commune de ses parents a pris fin pendant sa minorité. Le ménage commun est l'expression objective d'un mariage intact (256 I/2), c'est pourquoi l'enfant ne doit pas remettre en question cette situation en attaquant la présomption de paternité.

Le droit de l'enfant d'agir n'est pas touché par le consentement du père pour une conception par un tiers (256 III).

2. Exercice du droit

Si l'enfant est **capable de discernement**, il agit lui-même indépendamment, car il s'agit d'un droit strictement personnel (19 II). Dans le cas contraire, l'enfant **incapable** ne peut pas être représenté par ses représentants légaux ordinaires (intérêts inconciliables), mais par un curateur (392/2) pour être représenté au procès. L'autorité tutélaire examine si l'ouverture de l'action est conforme à l'intérêt de l'enfant.

¹³⁶ATF 198 II 344

c. Conséquences

Seules ces 2 personnes ont la qualité pour agir. Par conséquent, ni la mère ni le père biologique ne peuvent entamer une action en désaveu. Le fait que la mère n'ait pas de qualité pour agir est vivement contesté en doctrine. Le représentant légal peut agir en désaveu à la place du mari incapable de discernement.

II. LA QUALITÉ POUR DÉFENDRE (256 II)

- L'enfant et la mère ont la qualité pour défendre lorsque l'action est intentée par le mari.
 - Le père et la mère ont la qualité pour défendre lorsque l'action est intentée par l'enfant.
- En cas de décès de l'un des parents, l'autre conserve la qualité.

III. LE DÉLAI (256C)

a. Action du mari (256c I)

Le mari doit intenter action au plus tard **un an après** qu'il a connu la naissance et le fait qu'il n'est pas le père ou qu'un tiers a cohabité avec la mère à l'époque de la conception, mais en tout cas **dans les cinq ans** depuis la naissance.

1. Délai relatif

1 an dès la connaissance

2. Délai absolu

5 ans de délai absolu: il n'a ensuite plus la possibilité d'agir

b. Action de l'enfant (256c II)

L'enfant peut agir tout le temps de sa minorité, et en outre dans l'année qui suit l'avènement de sa majorité.

c. Pour de justes motifs (256c III)

L'action peut être intentée après l'expiration du délai lorsque de justes motifs rendent le retard excusable. On restitue le délai lorsque celui-ci ne pouvait absolument pas être respecté. Tous les délais, qu'ils soient relatifs ou absolus, sont susceptibles de restitution.

VI. LES MOYENS (256A-B)

a. Infirmité de la présomption

Il faut arriver à prouver que le mari n'est pas le père de l'enfant (256a I). Il suffit que cette paternité soit exclue à un degré de vraisemblance confinant à la certitude (pas de certitude à apporter). Il faut apporter la preuve.

b. Fardeau de la preuve

1. Principe

C'est le demandeur qui supporte le fardeau de la preuve (8). Il doit établir la non-paternité du mari (256a I).

2. La preuve facilitée (256b)

Lorsque l'enfant a été conçu **avant la célébration du mariage** ou lorsqu'au moment de la conception la **vie commune** était **suspendue**, le demandeur n'a pas à prouver d'autre fait à l'appui de l'action (256b I), car dans ces cas la présomption que le mari a cohabité avec la mère ne vaut plus, ou ne vaut que dans une mesure restreinte. Le défendeur devra alors apporter les éléments pour prouver la paternité.

L'enfant né 180 jours au moins après la célébration du mariage ou 300 jours au plus après sa dissolution par suite de décès **est présumé avoir été conçu pendant le mariage** (256a II). Il suffit de prouver que l'enfant soit né moins de 180 jours après la célébration du mariage ⇒ il a été conçu avant le mariage ⇒ 256b I.

Pour le désaveu facilité en cas de **conception pendant le mariage**, la preuve de la suspension de la vie commune suffit. Il incombe au demandeur de prouver la suspension de la vie commune et la durée de cette suspension.

c. La preuve pleine et entière de la non-paternité

Lorsque l'enfant a été conçu avant la célébration du mariage ou lorsqu'au moment de la conception la vie commune était suspendue, **le demandeur n'a pas à prouver d'autre fait à l'appui de l'action** (256b I). Si le demandeur prouve que la vie commune était suspendue, **le défendeur** doit alors prouver qu'ils n'occupaient pas des demeures différents et qu'il avaient des relations intimes. Par conséquent si le défendeur rend vraisemblable qu'il y a eu cohabitation (c'est-à-dire des relations sexuelles) alors la présomption renaît (256b II). L'autre partie doit apporter **la non-paternité du mari**.

Le demandeur peut prouver la non-paternité de 2 manières:

- Il peut prouver que le mari n'a **pas cohabité** avec la mère pendant la période critique. S'il n'y a pas de vraisemblable cohabitation, la non paternité du mari est prouvée.
- Le demandeur doit sinon apporter la preuve que le mari n'est pas le père par une **expertise scientifique**, soit qu'il n'a pas cohabité avec son épouse (pas de relation intime). Malgré des relations intimes, on peut prouver que l'enfant n'a **pas été conçu par le mari** ou sinon prouver qu'il a été conçu par un **tiers**.

§6 LA RECONNAISSANCE (260SS)

I. LES CONDITIONS

a. Les conditions relatives à l'enfant

1. En général

- L'enfant qui n'a un lien de filiation qu'avec sa mère peut être reconnu par le père. **Il faut un lien de filiation avec un mère**, car on ne peut pas se réclamer être le père d'un enfant, si on ne connaît pas la mère ⇒ L'enfant trouvé ne peut être reconnu, puisque la filiation maternelle est elle-même inconnue.
- La reconnaissance ne peut être admise **s'il y a déjà un lien de filiation paternel** avec une autre personne, fondé sur la présomption de paternité, sur une reconnaissance ou un jugement de paternité, ou si l'enfant a été adopté par un couple ou une personne seule. **Le lien de filiation avec la mère doit être le seul lien** ⇒ La filiation ne peut pas être reconnue s'il y a un lien de filiation avec un autre homme.

2. Quelques particularités

La reconnaissance est admissible en tout temps. L'enfant conçu peut être reconnu (31 II), à la condition qu'il naisse vivant et que la filiation maternelle soit déterminée, c'est-à-dire que la mère soit connue.

Un embryon in vitro ne peut pas être reconnu, car on ne sait pas si, quand et avec quelle femme l'enfant a un lien de filiation. Un embryon in vitro est le résultat d'une fécondation artificielle, en dehors de la mère. Il n'y a pas de lien de filiation.

b. Conditions relatives à l'auteur de la reconnaissance (260 II)

- L'auteur doit avoir la **capacité de discernement** (16). S'il est mineur ou interdit, il doit avoir le consentement de son représentant légal ce qui constitue une exception au système puisque c'est un droit strictement personnel (19 II), car cet acte a de grandes conséquences.
- L'autre n'a pas la capacité de discernement, alors le représentant légal ne peut pas représenter l'auteur dans la reconnaissance, parce qu'il s'agit d'un acte strictement personnel au sens absolu (si l'acte crée des obligations, un lien personnel, c'est un acte strictement personnel).

Le droit de reconnaissance appartient **au seul père**: celui qui croit être le père. Comme cet élément n'est pas reconnaissable d'emblée objectivement on ne peut pas en faire dépendre la reconnaissance elle-même. Simplement, il ne doit pas exister de circonstances propres à exclure la paternité. L'officier de l'état civil doit être convaincu quant à lui et en tout cas au vu des circonstances ne peut pas avoir de doute: une haute vraisemblance.

II. DÉCLARATION DE RECONNAISSANCE

a. Forme (260 III)

1. Cette déclaration se fait par une déclaration devant l'officier de l'état civil ou
2. par un testament (au sens de 498ss); cette disposition pour cause de mort peut être librement révoquée; ses effets ne prendront qu'au décès.
3. En cours de procès devant le juge la reconnaissance peut se faire.

b. Nature juridique

- Le droit de reconnaître un enfant est **strictement personnel** au sens **absolu**. La représentation légale ou conventionnelle est exclue.
- Si l'enfant est né avant la naissance, cette reconnaissance est soumise à la **double condition** que l'enfant naisse vivant et que la mère n'épouse pas entre-temps un autre homme.
- La reconnaissance est un acte **formateur** et donc irrévocable. Dans la mesure où elle n'est pas soumise à une condition, la reconnaissance produit ses effets dès qu'elle a été déclarée à l'officier d'état civil ou au juge ou, si elle résulte d'un testament dès que l'auteur est décédé. Le lien de filiation entre l'enfant et le père rétroagit au jour de la naissance.

§7 LA CONTESTATION DE LA RECONNAISSANCE (260A)

I. OBJET DE L'ACTION

L'action en contestation a pour objet une reconnaissance valable (260). Si la reconnaissance a eu lieu par déclaration devant le juge, elle peut être contestée dès que le procès en paternité est définitivement liquidé.

L'action en contestation vise le rapport de filiation créé par la reconnaissance. Ce ne sont pas les conditions de la reconnaissance qui sont en cause, mais l'affirmation selon laquelle l'auteur est le père de l'enfant.

II. LA QUALITÉ POUR AGIR

La reconnaissance peut être attaquée en justice. Deux scénarios peuvent se présenter:

1. L'auteur de la reconnaissance n'a pas épousé la mère.
 2. L'auteur de la reconnaissance a épousé la mère.
- ⇒ Qui peut agir?

1. L'auteur de la reconnaissance n'a pas épousé la mère de l'enfant (260a)

La reconnaissance peut être attaquée en justice **par tout intéressé**, en particulier par la **mère**, par **l'enfant** et, s'il est décédé, par ses **descendants**, ainsi que par la **commune d'origine** ou la **commune de domicile de l'auteur de la reconnaissance** (260a I).

Les membres de la parenté, les cohéritiers, l'épouse de l'auteur de la reconnaissance, le tiers qui se prétend être le père peuvent agir. L'auteur lui-même de la reconnaissance peut agir s'il s'est trompé (260a II) en raison d'un vice de la volonté.

La Commune a le droit de contester la reconnaissance, car le lien de filiation crée des obligations d'entretien. Si l'auteur de la reconnaissance est insolvable, elle doit payer l'entretien de l'enfant.

2. L'auteur de la reconnaissance a épousé la mère de l'enfant

L'auteur a épousé la mère. Le droit d'agir appartient à la mère, aux enfants et ses descendants, mais dans les termes limités de 259 II:

La reconnaissance peut être attaquée:

1. Par la mère;
2. Par l'enfant ou, après sa mort, par ses descendants, si la vie commune des époux a pris fin pendant sa minorité ou si la reconnaissance a eu lieu après qu'il a atteint l'âge de 12 ans révolus;
3. Par la commune d'origine ou de domicile du mari;
4. Par le mari.

La reconnaissance peut appeler une contestation. La loi prévoit le moyen de contester la reconnaissance: la mère et le père peuvent contester (CC 260a).

III. LE DÉLAI (260B)

Le demandeur doit intenter l'action dans le **délai d'un an** à compter du jour où il a appris que la reconnaissance a eu lieu et que son auteur n'est pas le père ou qu'un tiers a cohabité avec la mère à l'époque de la conception, ou à compter du jour où l'erreur a été découverte ou de celui où la menace a été écartée, mais en tout cas dans les cinq ans de-puis la reconnaissance.

Dans tous les cas, **l'action de l'enfant** peut encore être intentée **dans l'année après qu'il a atteint l'âge de la majorité**.

L'action peut être intentée après l'expiration du délai lorsque **de justes motifs rendent le retard excusable**.

IV. LES MOYENS (260B)

a. Infirmité de la reconnaissance

La reconnaissance remplace la preuve de la paternité. Elle est infirmée par la preuve que son auteur n'est pas le père réel de l'enfant (260b I).

b. Le fardeau de la preuve

1. Le principe (260b I)

Le **demandeur** doit prouver que l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père de l'enfant (260b I). Le fardeau de la preuve incombe au **demandeur**. Celui-ci doit prouver la non-paternité de l'auteur de la reconnaissance. Ce dernier doit en outre prouver, s'il est demandeur, qu'il a reconnu sous la menace ou par suite d'erreur. Si l'auteur agit il doit prouver selon 260a II des circonstances particulières.

2. Exception: la preuve facilitée (260b II)

La reconnaissance repose exclusivement sur la déclaration unilatérale d'un homme qui est ou allègue être le père de l'enfant, et sur aucun autre fait. La loi facilite donc la tâche des personnes les plus touchées par une fausse reconnaissance: la mère et l'enfant. Car il se peut que l'auteur de la reconnaissance ne soit pas le père.

La mère et l'enfant peuvent se contenter de contester la reconnaissance par le **seul dépôt de l'action**. Cela

n'est **toutefois** possible que si l'auteur de la reconnaissance n'arrive pas à rendre **vraisemblable** qu'il a cohabité avec la mère pendant la conception. Dans ce cas, la mère et l'enfant doivent prouver la non-paternité de l'auteur de la reconnaissance (260b II)¹³⁷.

Il se peut que l'auteur n'arrive pas à rendre vraisemblable: doit-il alors subir la contestation ou peut-il faire quelque chose? Il ne peut que prouver qu'il est vraiment le père (preuve directe de la paternité par une expertise scientifique).

§8 L'ACTION EN PATERNITÉ

I. OBJET DE L'ACTION

La mère et l'enfant peuvent ouvrir action pour que la filiation soit constatée à l'égard du père (261 I). Il s'agit d'une action formatrice. Constater = établir un lien de filiation.

II. CONDITIONS

1. Avoir un rapport de filiation avec une femme déterminée: avoir la connaissance de la filiation maternelle.
2. Aucun autre rapport de filiation ne doit exister avec un autre homme (108 II), que ce soit par présomption de paternité du mari, par reconnaissance ou par jugement de paternité.

III. QUALITÉ POUR AGIR (261 I)

La qualité pour agir appartient à la mère et à l'enfant (261 I).

a. Le droit d'action strictement personnel de la mère

La mère a un droit propre à la constatation de la paternité, peu importe qu'elle ait ou non l'autorité parentale. Si elle est mineure ou interdite, mais capable de discernement, elle exerce ce droit elle-même (19 II). Si la mère meurt, son droit s'éteint.

Ce droit d'action est un droit strictement personnel. La mère peut **cumuler son action avec d'autres actions**.

- **L'entretien de l'enfant** (276, 280 III): la demande d'aliments peut être cumulée avec l'action en paternité. Toutefois or que la mère puisse demander les aliments, la mère doit avoir l'autorité parentale.
- Selon 295, la mère peut demander au père ou à ses héritiers, au plus tard dans l'année qui suit la naissance, de l'indemniser des **frais de couches**. Il paraît curieux que la mère ait le droit à l'entier de la couverture de ses frais (un partage des frais serait préférable).

b. Le droit strictement personnel de l'enfant

L'enfant a un droit strictement personnel pour agir. Il doit être représenté si il n'a pas la capacité de **discernement** et cela doit être un curateur (309 I) et pas la mère de l'enfant. Le but est de protéger le droit de l'enfant à avoir un père. On n'exige pas qu'il soit dans l'intérêt de l'enfant de faire constater la paternité: l'action **doit** être intentée.

La mère peut-elle ne rien révéler au curateur sur l'identité du père? Les intérêts en jeu? on touche aux droits personnels de la mère (CC 27) et à l'intérêt de l'enfant qui l'emporte. Mais il n'y a pas de moyen¹³⁸ de contrainte possible. L'action de l'enfant doit être intentée (les intérêts de l'enfant in abstracto).

¹³⁷ La mère net pas contester la reconnaissance qu'en s'en prenant à la paternité de l'auteur de la reconnaissance (260b I): la preuve de la non paternité doit être apportée. Elle ne peut pas invoquer que la reconnaissance serait contraire aux biens de l'enfant

¹³⁸ATF 121 III 4

c. Rapport entre les actions

L'enfant et la mère peuvent agir conjointement ou séparément: consorité active simple.

IV. QUALITÉ POUR DÉFENDRE (261 II)

L'action est intentée contre le père ou, s'il est décédé, contre ses descendants ou à leur défaut, dans l'ordre, contre ses père et mère, contre ses frères et sœurs ou contre l'autorité compétente de son dernier domicile.

a. Le père

L'action en paternité est dirigée contre l'homme qui, selon la demande, est le père de l'enfant (261 II). L'action est admissible même si l'enfant est né de rapports adultères ou incestueux.

Si la conception est due à une **insémination artificielle**, l'action en paternité n'est pas possible. Sauf si le **donneur** de sperme a été fait par un titulaire sans autorisation¹³⁹. Mais si la conception est conforme au processus de la procréation, l'action n'est pas possible.

Ce défendeur doit être capable de discernement conduit le procès lui-même. Il aura néanmoins besoin de représentant légal s'il doit acquiescer à la demande dans le cadre de l'action (260 II). Si l'auteur de la reconnaissance est mineur ou interdit, le **consentement** de ses père et mère ou de son tuteur est nécessaire. Si l'action est cumulée avec une demande d'aliments, l'action doit être conduite par le consentement du représentant légal.

Si le défendeur est **incapable de discernement**, le représentant légal agit pour lui.

b. Après la mort du père

Si le père est décédé, l'action en paternité est dirigée contre ses descendants, à défaut contre ses père et mère, à défaut de l'un et de l'autre contre ses frères et sœurs, subsidiairement contre l'autorité compétente de son dernier domicile.

La demande contre une personne n'est pas recevable si l'action a lieu après la mort du donneur de sperme: on ne peut pas inséminer après le décès du donneur selon l'art. 3 IV de la loi sur la procréation assistée.

c. Action contre plusieurs hommes

Si plusieurs hommes entrent en considération pour la constatation de la paternité, des actions peuvent être intentées séparément contre chacun d'eux, soit simultanément, soit l'une après l'autre. Les autres hommes qui ont cohabité avec la mère peuvent déjà être appelés à prêter leur concours à l'administration des preuves dans le premier procès (254/2).

V. LE DÉLAI (263)

a. Le délai de principe (263 I)

L'action peut être intentée avant ou après la naissance de l'enfant, mais au plus tard,

- par la mère, une année après la naissance et
- par l'enfant, une année après qu'il a atteint l'âge de la majorité.

L'enfant peut ouvrir action en tout temps jusqu'à l'accomplissement de sa 19^e année (14 I).

b. Le délai subsidiaire (263 II)

S'il existe déjà un rapport de filiation avec un autre homme, l'action peut en tout cas être intentée **dans l'année qui suit la dissolution de ce rapport**. Cela vaut pour l'action de la mère comme pour celle de l'enfant, et sans égard à l'âge de l'enfant.

¹³⁹ une femme pratique elle-même une fécondation artificielle

c. La restitution du délai (263 III)

L'action en paternité peut encore être intentée après l'expiration du délai lorsque **de justes motifs rendent le retard excusable**.

V. LES MOYENS (262)

La paternité du défendeur constitue le fondement juridique de l'action en paternité. Elle ne peut toutefois être déterminée que de manière indirecte, par la preuve que le défendeur, et lui seul, a cohabité avec la mère pendant la période de la conception.

Cependant, comme il est pratiquement impossible de fournir la preuve négative qu'aucun autre homme n'a cohabité avec la mère pendant la période critique, la loi surmonte cette carence probatoire par la présomption de paternité.

a. La présomption de paternité (262 I)

La paternité est présumée lorsque, entre le 300^e et le 180^e jour avant la naissance de l'enfant, le défendeur a cohabité avec la mère. Par cohabitation, il faut entendre tout contact sexuel, entre un homme et une femme, propre à entraîner la fécondation. L'insémination artificielle en tient lieu également, si elle a lieu du vivant du donneur.

La preuve de la cohabitation incombe à la partie demanderesse (8). La période légale de conception commence le 300^e jour et finit le 180^e jour avant la naissance. Le jour de la naissance n'est pas compté.

300e jour	180e jour	Naissance
cohabitation		

La paternité est également présumée lorsque l'enfant a été conçu **avant le 300^e jour ou après le 180^e jour avant la naissance** et que **le défendeur a cohabité avec la mère à l'époque de la conception** (262 II).

Il y a cohabitation et preuve de la conception dans un laps de temps supérieur à 300 jours ou inférieur à 180 jours avant la naissance. Il faut prouver la cohabitation *et* que la conception a eu lieu au moment de cette période: on mesure l'enfant ou en faisant une expertise gynécologique.

300e jour	180e jour	Naissance
cohabitation		

b. L'infirmité de la présomption (262 III)

1. Impossibilité

La présomption cesse lorsque le défendeur prouve que sa paternité est exclue. La présomption est infirmée, lorsque le défendeur prouve qu'il n'est pas le père. Le doute sur la paternité du père présumé ne suffit pas. Le défendeur doit, soit prouver que la conception ne résulte pas de la cohabitation en cause, soit fournir la preuve directe de sa non-paternité ou de la conception par un tiers.

2. La vraisemblable paternité d'un tiers

La présomption cesse également lorsque le défendeur prouve que sa paternité est moins vraisemblable que celle d'un tiers (263 III *I.f.*).

- La cohabitation d'un tiers avec la mère pendant la période légale de conception ou au temps de la conception doit être établie.
- La plus grande vraisemblance de la **conception** résultant de cette cohabitation ou de la descendance de l'enfant de ce tiers. La seule preuve de la prostitution de la mère ne suffit pas (maturité de l'enfant montre qu'il a été conçu pendant telle cohabitation *ou* en rendant vraisemblable que la descendance de l'enfant est celle d'un tiers: expertise sanguine, ressemblance).

c. La preuve directe de la paternité

La demandeur peut toujours offrir la preuve directe de la paternité si elle n'est pas en mesure d'établir la cohabitation entre la mère et le défendeur tout en pouvant au moins, soit la rendre vraisemblable, soit prouver d'une autre manière que la paternité est plausible, sauf, si le défendeur prouve sa non-paternité ou celle d'un tiers. L'expertise coûte 4'000 ⇒ la présomption permet éviter certains frais au demandeur.

CHAPITRE II - LE DROIT DE L'ADOPTION

§1 GÉNÉRALITÉS

L'adoption a longtemps été conçue comme un moyen de donner des enfants à des parents qui n'en avaient pas. Aujourd'hui c'est l'inverse, le but est de donner des parents à des enfants qui n'en ont pas. La loi privilégie l'adoption des mineurs par des époux (264a). L'action des majeurs (266) et l'adoption par une personne seule (264b I) est l'exception.

L'adoption concerne le plus souvent un enfant étranger à la famille, dont les parents ne veulent pas ou ne peuvent pas s'occuper. En Suisse, le nombre de tels enfants est cependant inférieur à celui des personnes désirant adopter. Dès lors, de plus en plus d'enfants sont amenés en Suisse, principalement en provenance du Tiers monde.

On veut en principe une action conjointe, par des gens mariés. L'adoption en tant que personne seule est possible mais exceptionnelle.

§2 LES CONDITIONS DE L'ADOPTION (264-265D)

I. MINORITÉ

L'adoption est destinée en 1^{er} lieu à l'enfant mineur (264-265d). Est mineure la personne qui n'a pas atteint son 18^e anniversaire (14).

II. DANS L'INTÉRÊT DE L'ENFANT

Un enfant peut être adopté si toutes les circonstances permettent de prévoir que cela servira à son bien (264). Tel est le cas lorsque les conditions pour un bon développement de sa personnalité sont assurées. Il faut envisager sous cet angle aussi bien l'effet positif de l'adoption que son effet négatif.

Cela ne revient pas à donner des enfants aux personnes qui n'en ont pas.

- La dissociation de l'enfant de sa famille naturelle
- Bien pour lui qu'il soit adopté ⇒ longue procédure.

III. UN LIEN NOURRICIER

L'adoption n'est possible que si les parents adoptifs ont fourni des **soins** à l'enfant et pourvu à son **éducation pendant au moins 2 ans**. Un lien nourricier doit avoir été créé entre les parents et l'enfant (264). Le rapport nourricier représente un temps **d'essai** et de **réflexion**. La manière dont il se déroule permet de voir si l'adoption **servira au bien de l'enfant**. Le lien nourricier ne remplit son rôle que si les futurs parents adoptifs recueillent l'enfant dans leur **foyer** et s'occupent de lui **personnellement**.

Le lien nourricier prend **fin** normalement par l'adoption. **Exceptionnellement**, le représentant légal de l'enfant peut y mettre fin lorsqu'il apparaît que l'adoption ultérieure n'est pas possible ou qu'elle ne correspondrait pas au bien de l'enfant.

Les **parents nourriciers** peuvent aussi mettre fin à ce lien, si de **justes motifs** montrent que l'adoption ne peut plus être envisagée. Toutefois, s'ils mettent fin au lien sans juste motif, l'enfant peut prétendre à des dommages-intérêts et à une réparation morale (28, cl 49).

C'est **problématique** si les parents mettent fin au rapport nourricier. De plus, l'enfant placé chez des parents

n'est pas leur enfant ⇒ il n'est **pas protégé**, il y a donc un vide juridique. C'est pourquoi le législateur pense ramener ce lien à 1 an (AP). Si le délai de placement n'a pas eu lieu, cela ne remet pas en cause la reconnaissance d'une action internationale.

IV. DU CÔTÉ DE L'ADOPTANT: LES PARENTS ADOPTIFS

a. Généralités

1. Rapport juridique (préexistant) avec l'enfant

Il ne doit **pas y avoir de lien de filiation** entre l'adoptant et l'adopté. Une personne ne peut pas adopter son propre enfant lorsqu'elle a déjà un lien de filiation avec lui. En revanche, le père réel peut adopter son propre enfant s'il existe un lien de filiation avec un autre homme. Il n'est alors pas nécessaire de suivre la voie de l'action en désaveu ou de la reconnaissance. De même un lien de parenté n'est pas un obstacle¹⁴⁰ (un grand-père peut adopter son petit-fils).

2. Autres enfants des parents adoptifs

Les adoptants peuvent déjà avoir des enfants. Mais cela ne doit pas représenter un intérêt contraire pour les autres enfants: une atteinte inéquitable ne doit pas être portée aux autres enfants. Les enfants peuvent se plaindre que leur épanouissement est en péril: psychologique et financier, mais ils ne peuvent pas arguer un émiettement successoral.

3. Différence d'âge

Les adoptants doivent avoir au moins (265 I) 16 ans de plus que l'enfant. Il n'y a pas de dispense possible c'est une condition absolue. Mais il n'y a pas de différence d'âge maximum pour autant que cela conforme aux intérêts de l'enfant.

b. L'adoption conjointe

1. Etre marié

Il faut être marié ⇔ Seules les personnes mariées peuvent adopter **conjointement**; l'adoption conjointe n'est pas ouverte à d'autres personnes (264a I). Elle est à la fois un devoir et un privilège des personnes mariées. En effet, l'enfant doit entrer dans une famille complète, donc recevoir un père et une mère liés par la communauté conjugale (159).

La question est controversée: l'adoption est permise pour les homosexuels dans certains pays. Il faut voir l'intérêt de l'enfant si un lien de filiation avec les 2 assure une situation plus stable pour l'enfant.

2. Adoption de l'enfant de son conjoint (264a III)

Un époux peut adopter l'enfant de son conjoint s'il est marié avec ce dernier **depuis cinq ans**. On vise les cas dans lesquels on veut éviter de couper les liens de filiation antérieurs. Le parent naturel doit donner son **consentement** à l'adoption par le conjoint. Les époux ne peuvent adopter que si le couple est marié depuis 5 ans, car on ne veut pas prendre le risque que le mariage s'écroule. Les 35 ans sont passés à la trappe avec le nouveau droit. L'adoption crée un lien de filiation à part entière et on ne peut pas revenir en arrière.

c. L'adoption par une personne seule: l'exception (264b)

Une **personne non mariée** peut adopter seule **si elle a 35 ans révolus**. Une personne mariée, âgée de 35 ans révolus, peut adopter seule lorsqu'une adoption conjointe se révèle impossible parce que **le conjoint est devenu incapable de discernement** de manière durable, ou qu'il est **absent** depuis plus de deux ans sans résidence connue, ou **lorsque la séparation de corps a été prononcée depuis plus de trois ans**.

¹⁴⁰ATF 119 II 1

L'application de cette disposition est rare parce que cela risque d'être souvent contraire à l'intérêt de l'enfant.

V. LE CONSENTEMENT DES PARENTS

1. L'enfant

- Si l'enfant a le **discernement**, ce qui est le cas en règle générale à 14 ans, il ne peut être adopté qu'avec son consentement. Celui-ci devra être déclaré à l'autorité d'adoption et à l'instance chargée de l'enquête, et cela en l'absence des parents concernés. L'enfant peut révoquer son consentement aussi longtemps que la procédure permet d'invoquer des faits nouveaux.
- Si l'enfant n'est pas capable de discernement, il faut essayer de connaître et de tenir compte de son attitude envers les parents adoptifs et vis-à-vis de l'adoption.

2. L'autorité tutélaire de surveillance

Lorsque un enfant est sous tutelle et même lorsque il est capable de discernement, l'autorité de surveillance doit consentir à l'adoption (265 III).

3. Les parents

1. Principe

L'adoption requiert le consentement du père et de la mère de l'enfant. Le droit de consentir est un effet de la filiation. Les parents juridiques sont ceux avec lesquels il existe un lieu de filiation (265a): du père et de la mère de l'enfant indépendamment de l'autorité parentale.

Dès lors, le père naturel avec lequel l'enfant n'a aucun rapport de filiation ne peut pas consentir. Le fait qu'il y ait un père ne permet pas de ne pas prendre son consentement en considération: le père naturel peut vouloir reconnaître son enfant. Le père biologique doit donc être entendu¹⁴¹.

2. Moment (265b)

- Le consentement ne peut pas être donné dans les six semaines qui suivent la naissance de l'enfant (256b).
- Il peut être révoqué, sans indication de motifs, dans les six semaines qui suivent sa réception (256b II). Cela permet de s'assurer que le consentement a été donné librement, et que son auteur ne l'a pas regretté immédiatement après. Le dernier jour du délai est celui qui, dans la dernière semaine, correspond par son nom au jour de la naissance, respectivement au jour où le consentement a été reçu (CO 77 I/2).
- Si le consentement est renouvelé après avoir été révoqué, il est définitif (256b III).

3. Forme (265a II)

Le consentement est déclaré, **par écrit ou oralement**, à l'**autorité tutélaire** du domicile ou du lieu de séjour des parents ou de l'enfant et il doit être consigné au procès-verbal.

4. Dispense de consentement (265c)

Il peut être fait abstraction du consentement d'un des parents, lorsqu'il est **inconnu**, **absent** depuis longtemps sans résidence connue ou **incapable de discernement** de manière durable. Est en particulier inconnue la mère de l'enfant trouvé. Il en va de même du père biologique de l'enfant avec lequel celui-ci n'a aucun lien de filiation. Il peut être fait abstraction de son consentement, bien qu'il n'ait en réalité jusque-là aucun droit de consentir; la décision de se passer de son consentement a pour effet qu'en cas d'établissement ultérieur de la filiation paternelle, le droit de consentir ne sera pas acquis. Cependant, si l'autorité tutélaire sait qui est le père et connaît les efforts de ce dernier en faveur de l'enfant, elle doit prendre les contacts nécessaires en vue de l'élucidation de la situation juridique.

En outre, on peut se passer du consentement d'un parent lorsqu'il ne s'est pas soucié sérieusement de l'enfant

¹⁴¹ATF 113 Ia 271

(265c/2).

Une décision doit être prise (265d).

§3 LES EFFETS DE L'ADOPTION (267)

I. EN GÉNÉRAL (267)

a. Adoption plénière

L'adopté acquiert le statut juridique d'un enfant de ses parents adoptifs (267 I). Il est traité comme s'il était issu de ces derniers. Les effets de l'adoption se produisent dès que celle-ci est entrée en force.

b. Etablissement d'une nouvelle filiation

L'adoption crée un lien de filiation entre l'adoptant, ou les époux adoptants, et l'enfant. L'adoption conjointe (264a I) crée un lien commun des époux avec l'enfant.

c. Extinction de la filiation antérieure

Les liens de filiation antérieurs sont rompus, sauf à l'égard du conjoint de l'adoptant.

II. EFFETS PARTICULIERS

a. La parenté

L'enfant sort de la famille d'origine et entre dans la parenté des adoptants, comme s'il était leur propre enfant de sang. Il devient parent ou allié des membres de la famille adoptive (20, 21).

b. Empêchement du mariage

L'adoption crée aussi l'empêchement à mariage fondé sur la parenté ou l'alliance (100 I). L'adoption ne met par ailleurs pas fin à l'empêchement au mariage avec les membres de la famille d'origine (100 III).

c. Nom de famille

L'adopté acquiert le nom de famille que porte l'adoptant au temps de l'adoption. Un nouveau prénom peut être donné à l'enfant lors de l'adoption.

d. Droit de cité (267a)

L'enfant mineur acquiert, en lieu et place de son droit de cité cantonal et communal antérieur, celui des parents adoptifs.

e. Devoir d'entretien

L'adoption fait naître le devoir d'entretien des parents adoptifs (276), de même que le devoir mutuel d'assistance (328, 329) au sein de la famille adoptive.

⇒ Le droit à l'entretien de ses parents

⇒ Selon 328ss, les parents deviennent débiteur du droit d'assistance

f. L'autorité parentale (296)

Les adoptants acquièrent de plein droit l'autorité parentale sur l'adopté mineur, y compris le droit d'administrer ses biens (318). Lorsqu'un époux adopte l'enfant de son conjoint, l'autorité parentale devient commune.

⇒ Complètement intégré de la famille adoptive et complètement coup de la famille dont il est issu. Les parents juridique, biologiques n'ont en principe plus aucune prérogative.

g. Les droits successoraux

L'adoption confère à l'adopté et à ses descendants et à l'adoptant et à sa parenté, les droits successoraux légaux réciproques découlant de la parenté (457ss), y compris la réserve héréditaire. Les droits successoraux au sein de la famille d'origine s'éteignent, sauf en cas d'adoption de l'enfant du conjoint.

§4 LA PROCÉDURE D'ADOPTION

I. NATURE JURIDIQUE ET COMPÉTENCE

L'adoption est prononcée par l'autorité cantonale compétente du domicile des parents adoptifs (268 I). C'est un acte d'autorité, qui intervient à la requête et avec le consentement des intéressés. L'autorité compétente à raison de la matière est déterminée par le droit cantonal. Ce doit être une autorité cantonale, non communale.

La procédure d'adoption est régie par le droit cantonal (sauf 268-268b). Celui-ci peut prévoir la collaboration de services appropriés.

La procédure d'adoption est une procédure gracieuse, régie par la maxime inquisitoire. L'autorité doit d'office procéder aux enquêtes et rassembler les preuves utiles à l'appréciation de la situation.

II. LA PROCÉDURE

a. La requête

Les parents adoptifs doivent déposer une requête (268). Ceux-ci doivent être capable de discernement et présenter la requête personnellement; la représentation est exclue. La requête ne peut être prise en considération que lorsque toutes les conditions de l'adoption sont réalisées. La durée minimum du mariage doit être atteinte soit l'âge minimum.

Si l'adoptant meurt ou est incapable de discernement, on prononce l'adoption, si cela ne va pas à l'encontre du bien de l'enfant (268 II).

b. L'enquête

Après le dépôt de la requête, une enquête est menée (268a) sur toutes les circonstances essentielles du cas. L'autorité d'adoption doit examiner d'office si les conditions légales de l'adoption sont réalisées.

c. La décision

Au terme de cette requête, l'autorité admet ou rejette la requête; dans l'un et l'autre cas, elle doit motiver sa décision. Un recours est possible en cas de rejet. En cas d'admission, les parents d'origine peuvent recourir si on a fait abstraction de leur consentement.

Le secret d'adoption est dirigé contre les parents d'origine (268b). Le problème se pose surtout pour les adoptions internes (pas pour les adoptions internationales).

III. SECRET DE L'ADOPTION (268B)

L'identité des parents adoptifs ne peut être révélée aux parents de l'enfant qu'avec leur consentement (268b). Le secret de l'adoption protège les adoptants et l'adopté contre les parents de sang et les tiers. Toutes les personnes et tous les organismes qui participent à la préparation et à la procédure d'adoption, sont tenus de garder secrète l'adoption vis-à-vis des parents de l'enfant comme des tiers.

On craint la remise en cause des liens. Peut-on opposer cette disposition à l'enfant lui-même? il s'agit de permettre la réussite de l'adoption ou dès que l'enfant a le discernement a-t-il le droit de savoir d'où il vient. Le secret de l'adoption n'est **pas dirigé contre l'enfant**. Ce dernier doit en tous les cas être informé de l'adoption elle-même. Le droit de l'enfant à connaître ses origines est affirmé par la Convention et la Constitution. On ne peut donc probablement pas lui opposer le secret de l'adoption.

Le problème est que le droit des parents juridiques de ne pas voir arriver l'enfant qu'ils ont donné en adoption. Il y a une véritable conflit d'intérêts. En doctrine, il semble que les droits de l'enfant prime.

Avant, on connaît dans l'administration interne l'identité des parents juridiques: très facile puisque il suffit de soulever le feuillet de l'état civil. On demanderait aux parents juridiques leur avis.

IV. L'ACTION EN ANNULATION (269)

a. Motifs

Une adoption entrée en force peut être attaquée en justice, si elle a été prononcée en violation de certaines règles légales. L'action est dirigée contre l'enfant et les parents adoptifs, dans la mesure où ils ne sont pas eux-mêmes les demandeurs.

L'adoption peut être annulée mais seulement dans des cas très rare (269).

- Lorsque, sans motif légal, un consentement n'a pas été demandé, la personne habilitée à le donner peut attaquer l'adoption (269 I). L'action ne peut cependant être admise que si le bien de l'enfant ne s'en trouve pas sérieusement compromis.
- Lorsque l'adoption est entachée d'autres vices, d'un caractère grave, tout intéressé, notamment la commune d'origine ou de domicile, peut l'attaquer. L'action est toutefois exclue, si le vice a entre-temps été écarté ou s'il ne concerne que des prescriptions de procédure (269a).

b. Délai

L'action en annulation d'adoption doit être intentée dans les 6 mois à compter de la découverte des motifs de la contestation, et dans tous les cas dans les 2 ans qui suivent l'adoption (269b).

c. Effet

Si l'action est admise, l'adoption est annulée avec effet rétroactif au jour où elle a été prononcée.

5. LES EFFETS DE LA FILIATIONS

§1 LE NOM DE FAMILLE

I. GÉNÉRALITÉS

Le nom et le prénom servent à individualiser et identifier une personne et à constater l'appartenance à une famille. Le nom est lié à la filiation. Deux hypothèses sont possibles: les parents peuvent être mariés ou non.

II. ACQUISITION DU NOM DE FAMILLE À LA NAISSANCE

a. Les parents mariés

a. *Le système*

L'enfant de conjoints porte leur nom de famille (270 I). Le nom de famille est déterminé par le **droit matrimonial** (160 I \Leftrightarrow 270 I). Comment acquiert-on un nom? Selon 160 I, le nom des époux est le nom du mari. Si ce n'est 160 II que le fiancé et la fiancée peuvent faire précéder le nom de famille de son propre nom.

En vertu de 30 II, les fiancés peuvent demander de porter non pas le nom de l'époux mais celui de l'épouse, car il y ont des intérêts légitimes.

160 II n'est plus applicable, suit à la décision de la CEDH. Cette disposition est remplacée par OEC 177a.

b. *La motion de Suzette Sandoz*

1. Disparition du nom de famille

Pour Suzette Sandoz, le mariage ne doit pas nécessairement entraîner une modification du nom. Elle est pour l'abolition du nom de famille. Chacun des fiancés peuvent garder leur nom actuel. Par une déclaration, ils peuvent prendre un nom de famille: celui qu'ils auront choisi. Cette proposition a le mérite de respecter le principe de l'égalité et la liberté de chacun.

2. Le nom des enfants:

- Si les parents ont un nom commun, les enfants portent ce nom de famille.
- Si les parents ont des noms différents, les enfants portent le nom choisi par les parents pour leur enfants communs lors du mariage, de la naissance ou de l'adoption.
- Si la mère n'est pas mariée, l'enfant porte son nom.

Le nom des enfants sera le même pour tous.

3. En cas de litige entre les parents

Si les parents n'arrivent pas à s'entendre, que peut-on faire?

- La médiation (171) peut être une solution.
- Les mesures protectrices sont les moyens envisagés pour trouver un arbitre ou un tiers.

On aurait pu donner une priorité à la mère, puisque en présence de couples non mariés, le nom de l'enfant est celui de la mère, car si le couple est en litige c'est un peu comme s'ils n'étaient pas mariés. La question sera tranchée en automne 2000 (le Conseil des États refusera sûrement la proposition).

b. Les parents non mariés (270 II)

Au moment où l'enfant naît, il acquiert le nom de la mère. Si cette dernière porte un double nom à la suite

d'un mariage conclu antérieurement (160 II), l'enfant ne reçoit que le premier de ces 2 noms (270 II). Lorsque le père et la mère se marient après la naissance de l'enfant, 259 s'applique.

3. CHANGEMENT DE NOM DE FAMILLE ACQUIS À LA NAISSANCE

- En cas de changement de nom, l'enfant acquiert le nouveau nom.
- En cas de divorce, l'enfant garde le nom acquis.
- En cas de remariage, l'enfant peut prendre le nouveau nom de la mère, s'il donne un juste motif selon 30 I, car c'est une modification sur requête (et pas une modification légale)¹⁴².
- En cas de concubinage, l'enfant ne peut pas porter le nom du concubin; il faudrait qu'il invoque des motifs particuliers pour que l'enfant puisse le porter (30 I)¹⁴³¹⁴⁴.

§2 L'AUTORITÉ PARENTALE

I. NATURE JURIDIQUE

L'autorité parentale est le pouvoir légal des parents de prendre les décisions pour l'enfant mineur et exceptionnellement pour les majeurs interdits. C'est la base juridique de l'éducation et de la représentation tout comme de l'administration des biens de l'enfant, par les père et mère.

L'autorité parentale est un pouvoir juridique, orienté vers un but bien précis, qui appartient aux parents de par leur relation avec l'enfant. Elle ne correspond pas à un pur droit subjectif, dont on pourrait disposer. C'est un droit et une obligation. Ce pouvoir doit être exercé sur le bien de l'enfant. C'est le pendant de la tutelle. Ces deux institutions s'excluent mutuellement; ce sont des pouvoirs parallèles.

II. CAPACITÉ D'AVOIR L'AUTORITÉ PARENTALE

a. La filiation

La capacité d'avoir l'autorité parentale est un effet du lien de la filiation. Elle ne peut donc pas revenir qu'aux père et mère. Les grands-parents, de même que les autres membres de la parenté, n'ont pas l'autorité parentale; il peuvent cependant être tuteurs (380) ou parents nourriciers.

b. Majorité

Seuls les pères et mères majeurs peuvent avoir l'autorité parentale. Si un enfant naît de parents mineurs, il est mis sous tutelle.

c. Beaux-parents

Les beaux-parents ne peuvent pas détenir l'autorité parentale. Mais il est tenu d'un devoir d'assistance dans l'exercice de l'autorité parentale (159 III).

III. RAPPORT ENTRE LES PARENTS

¹⁴²ATF 110 II 433 0 JdT 1991 I 322

¹⁴³ATF 121 III 145 = JdT 1996 I 655

¹⁴⁴Voir la note de la 2e colonne CC 270 II p. 179 du CODE

L'autorité parentale se module selon que les parents sont ou non mariés.

a. Les parents mariés

L'autorité parentale est un droit indépendant, propre à chaque parent **individuellement**. Les parents l'exercent toutefois **ensemble** pendant le mariage (297 I). Ils sont responsables de toutes les mesures nécessaires pour l'enfant et doivent éviter les instructions contradictoires. Chacun d'eux peut agir de manière indépendante, avec l'accord exprès ou tacite de l'autre¹⁴⁵.

Un parent ne peut agir de manière unilatérale, et sans le consentement de l'autre, que si cela est nécessaire pour la protection de la personnalité de l'enfant, et si les intérêts de ce dernier et de l'autre parent ne sont pas lésés. Un parent peut agir contre la volonté expresse de l'autre que si l'intérêt de l'enfant commande clairement cette mesure et s'il y a péril en la demeure.

En cas de désaccord entre les parents sur l'autorité parentale, les mesures protectrices de l'union conjugale (172ss) sont mises en route. Ils peuvent requérir l'intervention du juge. Au pire, on applique les art. 307ss.

Après la mort d'un époux, l'autorité parentale appartient de plein droit au survivant (297 III).

b. Suspension de la vie commune ou séparation de corps

La simple suspension de la vie commune n'affecte pas l'autorité parentale des époux. En **principe**, même si la vie commune est suspendue, cela n'a pas d'effet sur l'autorité parentale (297 II).

Mais le juge peut attribuer cette autorité à l'un des parents, tant en mesures protectrices de l'union conjugale qu'en mesures provisoires dans le cadre d'un procès matrimonial (297 II, 176 III, 145 II).

c. L'autorité parentale après le divorce

1. La règle: changement de l'attribution de l'autorité parentale

L'autorité parentale doit être attribuée à l'un ou l'autre parent (297 III \Leftrightarrow 133). Le juge doit également fixer la question des relations personnelles du parent non attributaire à savoir le droit de visite et la contribution d'entretien due par le parent non attributaire à l'enfant (277 II).

a. Personne désignée pour l'autorité parentale

A qui le juge va-t-il attribuer l'autorité parentale? Avant, il l'attribuait principalement à la mère. Aujourd'hui, on ne procède plus de manière aussi systématique¹⁴⁶: on doit procéder dans **l'intérêt** de l'enfant et le parent attributaire doit être **capable** d'exercer l'autorité parentale **durablement**.

b. Les relations personnelles

Lorsque il n'y a pas d'autorité parentale conjointe, le droit de l'enfant et du parent d'entretenir des relations personnelles sont protégées (273). Ce droit de **relations personnelles** est un droit des parents *et* de l'enfant dans qui est inscrit dans le prolongement de la convention des droits de l'enfant.

2. L'exception (133ss)

Les parents peuvent exercer l'autorité parentale en commun (297 III \Leftrightarrow 133).

a. Attribution commune (133 III)

Le juge attribue l'autorité parentale en commun si:

1. Les père et mère dépose une **requête commune**
2. Une convention dans laquelle les époux démontrent au juge comment ils envisagent la **participation** de la prise en charge et comment ils vont répartir les **frais**.

b. Conséquences sur le droit de garde

Dans la mesure où l'autorité parentale est commune, il y a une **droit de garde commun**. Les époux ont donc le droit commun de déterminer la **résidence** de l'enfant. Il faut en dissocier la **garde de fait** qui peut être

¹⁴⁵ Pour les parents mariés, l'autorité parentale est un droit individuel, mais qui doit être exercé conjointement, de manière concertée

¹⁴⁶ ATF 114 II 200 = 1991 I 72

donnée à l'un ou l'autre parent. Par *garde de fait*, il faut entendre l'encadrement quotidien dans lequel on peut envisager une garde conjointe (si les parents vivent ensemble, ce qui est très rare) ou alternée.

c. Les parents non mariés

Lorsque les parents ne sont pas mariés, l'autorité parentale appartient à la mère (298 I). Est déterminant le fait que la mère était ou non mariée au moment de la naissance ou moins de 300 jours avant celle-ci (255). La mère majeur de l'enfant hors mariage acquiert cette autorité de plein droit. Si elle vit avec le père de l'enfant, celui-ci a une position semblable à celle du beau-père (299) ou du père nourricier (300). On trouve des règles spéciales à 298 II.

Selon 298a, un couple de concubins stables peuvent demander à exercer communément l'autorité parentale. On a visé les concubins sans toutefois les nommer.

Si la mère est mineure, interdite ou décédée, ou si l'autorité parentale lui a été retirée, l'autorité tutélaire nomme un tuteur à l'enfant ou transfère l'autorité parentale au père.

§3 LE CONTENU DE L'AUTORITÉ PARENTALE (301SS)

I. GÉNÉRALITÉS

L'autorité parentale habilite et oblige les père et mère à prendre toutes les décisions nécessaires pendant la minorité de l'enfant (301 I). le pouvoir de décision des détenteurs pour l'enfant est exclusif à l'égard des tiers.

A l'égard de l'enfant, l'autorité parentale apparaît comme un pouvoir de décision (301 I) auquel correspond le devoir d'obéissance de l'enfant (301 II). Ce devoir est seulement destiné à permettre l'exercice convenable de la tâche éducative (302). L'autorité parentale inclut le pouvoir d'utiliser les moyens d'éducation nécessaires et adéquats. Les moyens de correction qui portent atteinte à l'intégrité physique, psychique ou spirituelle de l'enfant ou qui la mettent en danger ne sont en revanche pas licites. Cela vaut également pour les voies de fait (sanction pénale possible CP 126 II).

L'autorité parentale est axée sur le bien de l'enfant (301 I). Les parents doivent accorder à l'enfant, compte tenu de son degré de maturité, la liberté d'organiser sa vie et tenir compte autant que possible de son avis dans les affaires importants (301 II). Ce principe de respect de la personnalité ne libère pas les parents de leur devoir d'éducation (302), ni le chef de famille de sa responsabilité pour le dommage causé par l'enfant mineur vivant dans la maison (333). 301 II s'adresse aux parents, mais aussi aux beaux-parents, aux parents nourriciers et au tuteur.

II. DÉTERMINATION DE LA RÉSIDENCE: DROIT DE GARDE

a. Le droit de garde

Les détenteurs de l'autorité parentale ont le droit de garde sur l'enfant. Ils déterminent donc si celui-ci vivra dans leur foyer ou chez des tiers. Est également un tiers, en ce sens, le père auquel l'enfant n'a pas été attribué mais auprès duquel celui-ci vit avec le consentement de la mère. La mère non mariée peut aussi confier jusqu'à nouvel ordre la garde de fait au père. Les détenteurs de l'autorité parentale prennent aussi les décisions concernant les relations personnelles et la correspondance entre l'enfant et les tiers (intérêt de l'enfant 301 I, maturité et opinion 301 II).

b. Effets pour l'enfant

Le droit de décision des parents **s'impose à l'enfant**. Il ne peut pas quitter le foyer sans l'assentiment de ses père et mère (301 III), ni abandonner le lieu d'accueil où ils l'ont placé. L'enfant n'a pas de droit propre de recours contre la décision qui a été prise (19 II), sauf pour s'opposer au placement en établissement fondé sur 314a.

c. Effet à l'égard des tiers

Les **tiers** doivent également respecter le droit de décision des parents. Ils ne peuvent pas, sans cause légitime, leur enlever l'enfant (301 III) ou le retenir. Le fait de soustraire sans droit l'enfant au détenteur de l'autorité parentale (ou de la retenir, ne serait-ce que par un dépassement du droit de visite) est sanctionné par le droit pénal (CP 220). Toutefois, si le détenteur de l'autorité parentale exige avec insistance le retour du mineur, l'autre parent, auprès duquel l'enfant a trouvé refuge, doit requérir sans retard la modification, provisoire ou durable, du droit de garde en cours jusque-là (157).

d. Limitation du droit de garde: relations personnelles

1. Fondé sur le droit matrimonial

Le droit de décision des parents est limité par les dispositions prises par l'autorité concernant les relations personnelles (273ss) et par les normes du droit public. Le droit de décision s'éteint par l'attribution du droit de garde à l'autre parent, en mesures protectrices ou en mesures provisoires (176 III, 145, 157).

2. Mesures protectrices et retrait du droit de garde

Le droit de garde et de décision peut être retiré soit à titre provisoire sur la base de 307, soit à titre durable en vertu de 310. Le retrait provisoire doit être envisagé en particulier lorsque l'enfant cherche lui-même refuge auprès des services, officiels ou d'utilité publique, de protection de la jeunesse, et que des indices permettent de penser qu'il est peut-être en danger, physique ou moral, alors que les parents s'opposent à un placement provisoire de l'enfant chez des tiers.

III. EDUCATION

a. En général

Les père et mère doivent élever l'enfant selon leurs facultés et leurs moyens, favoriser et protéger son développement corporel, intellectuel et moral (302 I). Ils ont le libre choix des buts et des moyens éducatifs. La formation générale et professionnelle fait aussi partie de l'éducation. Elle doit correspondre autant que possible aux goûts et aptitudes de l'enfant (302 II). Le devoir d'assurer une formation existe également à l'égard des enfants atteints de déficiences physiques ou mentales (302 II). Les frères et sœurs doivent être traités avec égalité, compte tenu de leurs aptitudes respectives.

L'école et les institutions, publiques ou d'utilité publique, de protection de la jeunesse, y ont une large part. pour effectuer leur travail au mieux de l'intérêt de l'enfant, elles ont besoin du soutien des parents. Ceux-ci doivent donc collaborer de manière appropriée avec l'école et les institutions de la protection de la jeunesse. Si les frais de la formation dépassent leurs moyens, les parents doivent accepter les offres d'aide financière, notamment les bourses et les prestations de l'assurance-invalidité.

b. Education religieuse

Les père et mère disposent de l'éducation religieuse de l'enfant (Cst. 49 III, CC 303 I). Cette prérogative est inaliénable; une convention qui limiterait leur liberté à cet égard est nulle (303 II). Cette liberté doit également être respectée par les écoles publiques et leurs institutions auxiliaires.

L'éducation religieuse commencée ne doit pas être interrompue ou changée arbitrairement. Si aucun des parents n'a l'autorité parentale, la décision appartient à celui qui a la garde de l'enfant ou qui lui est le proche; dans le doute, c'est la mère qui décide.

L'enfant âgé de 16 ans révolus choisit lui-même sa confession (303 III). Dans ce domaine l'autorité parentale s'éteint donc avant même la majorité de l'enfant. Les parents conservent toutefois le devoir de protéger l'enfant de toute influence indue de tiers, notamment de mouvements sectaires.

IV. CAPACITÉ CIVILE ET REPRÉSENTATION LÉGALE DE L'ENFANT

a. L'enfant incapable de discernement

Si l'enfant mineur est incapable de discernement (16), il n'a pas la capacité civile (18). Si son intérêt commande que l'on agisse en son nom, c'est aux détenteurs de l'autorité parentale qu'il incombe de plein droit de le représenter.

L'enfant incapable de discernement répond de son acte illicite, si l'équité l'exige (CO 54 I).

b. L'enfant capable de discernement

1. Capacité civile de l'enfant

a. Actes purement gratuits

L'enfant peut acquérir à titre purement gratuit de façon indépendante (19 II): tous les actes juridiques qui n'emportent aucune obligation sont couverts. L'acceptation de donation peut toutefois être refusée par le représentant légal (CO 241 II).

b. Droits strictement personnels

L'enfant peut exercer des droits strictement personnels (19 II). Il peut s'opposer, s'il est capable de discernement, au droit de visite qui aurait été octroyé à son père, recourir en matière de police des étrangers ou dans le cadre d'une procédure d'asile. Il convient toutefois de réserver les droits pour l'exercice desquels la loi exige expressément le consentement du représentant légal (fiançailles 90 II, reconnaissance 260 II).

c. Dommage

L'enfant capable de discernement répond du dommage causé par ses actes illicites (19 III, CO 43, 44).

2. Capacité civile avec le consentement du représentant légal

Plus le mineur est âgé, plus ses parents devront accepter sa capacité propre d'agir. Le mineur capable de discernement sera habilité à conclure d'autres actes juridiques. Il ne pourra toutefois le faire qu'avec le consentement de son représentant légal (19 I).

La capacité de l'enfant soumis à l'autorité parentale est la même que celle du mineur sous tutelle (305 I). Dès lors, aucun cautionnement ne peut être souscrit, aucune donation de quelque valeur ne peut être faite ni aucune fondation créée à ses dépens (408).

3. La représentation de l'enfant par les parents

a. Au nom de l'enfant

En qualité de représentants légaux, les parents agissent au nom de l'enfant incapable de discernement et donnent leur consentement aux actes juridiques de l'enfant capable de discernement. Si l'enfant est capable de discernement, ils peuvent agir toutefois au nom de l'enfant, dans la mesure où il ne s'agit pas d'une affaire excluant la représentation, où il ne s'agit pas d'un autre droit strictement personnel, et où eux-mêmes ne lui sont pas conféré une sphère de compétences propre et indépendante.

b. Dans son intérêt

Dans la représentation de l'enfant, les parents doivent se laisser guider par son bien (301 I). Ils agissent de manière indépendante. Au contraire du tuteur, ils n'ont pas besoin du consentement des autorités de tutelle (304 III). Ils doivent tenir compte autant que possible de l'avis de l'enfant pour les affaires importantes (301 II). Ce principe profite à l'enfant capable de discernement même s'il n'a pas encore 16 ans.

c. A l'égard des tiers

Si les parents sont mariés, la représentation est régie par les règles générales sur l'exercice commun de l'autorité parentale. Les tiers de bonne foi peuvent présumer que chaque époux agit avec le consentement de l'autre (304 II).

Les affaires pour lesquelles l'autre parent n'a pas la moindre raison de refuser son consentement ne posent pas de problèmes. En revanche, 304 II ne s'appliquera pas lorsque le pouvoir de représentation de l'autre conjoint a cessé en raison d'un conflit d'intérêts.

d. Conflits d'intérêts

Si les parents ont, à propos d'une affaire, des intérêts qui s'opposent à ceux de l'enfant, les dispositions sur la curatelle de représentation sont applicables (306 II). Le pouvoir de représentation des parents tombe en conséquence. L'autorité tutélaire doit désigner un curateur à l'enfant (392/2).

4. Représentation des parents par l'enfant

L'enfant sous autorité parentale peut agir pour la communauté familiale avec le consentement de ses parents. Dans ce cas, il n'est pas tenu lui-même, mais il oblige ses père et mère (306 I). Ce pouvoir de représentation de l'enfant est limité aux démarches faites pour les besoins courants du ménage, tout comme le pouvoir de représentation de l'union conjugale (166). Ces besoins comprennent notamment l'entretien de l'enfant, dans la mesure où l'on ne peut pas attendre de lui qu'il subvienne personnellement à cet entretien, par le produit de son travail ou ses autres ressources (276 III).

Il n'est pas nécessaire que l'enfant agisse expressément au nom des parents. Il suffit qu'il apparaisse, d'après les circonstances qu'il traite pour la communauté familiale. Les effets des actes accomplis par l'enfant en représentation de la famille sont régis par les dispositions sur le droit matrimonial (166).

Même incapable de discernement, l'enfant peut servir de messenger à ses parents ou à des tiers.

8. LE PACS

Les Français sont très conservateurs et ils nourrissent une certaine hostilité envers les homosexuels. Ceux-ci se cachent. Il plane par conséquent un certain mystère autour d'eux. 6% de la population serait homosexuel, mais seulement 10'000 sur 3,6mio militent. Cette situation étant jugée indigne, on a officialisée l'idée d'une union homosexuelle pour que certains couples puissent éclater au grand jour et être dédramatisés. Le PACS est parti de cette idée.

Le projet était de légiférer pour changer les mœurs et pas pour rattraper l'évolution des mœurs. Mais cette idée n'a pas été très payante électoralement et la demande des homosexuels pas très marquée. Le gouvernement socialiste a enfourché ce thème classique. La droite lui a fourni une opposition systématique. Sans compter, la jacquerie des maires contre le pacs.

Puis 60-65% des Français trouvaient que cela était bien que l'on fasse quelque chose. La droite s'est calmée et l'assemblée a voté le pacs le 15 février 1999. Mais cette loi a été écartelée.

Certains homosexuels auraient voulu que l'on mette fin à la discrimination en leur accordant le mariage. L'opinion n'était toutefois pas prête et d'ailleurs cette forme d'union n'existe nulle part ailleurs. Au Pays-Bas, le partenariat produit a priori les effets du mariage, sauf pour le divorce et les enfants. Ce n'est donc pas le mariage (pas les mêmes effets, ni les mêmes conditions). Le mot mariage engloberait sinon deux situations complètement différentes.

Il fallait faire un succédané du mariage reposant sur l'identité de sexe (mais qui n'a pas le nom de mariage). Les homosexuels ont estimé cette proposition discriminatoire, car on les enferme dans un ghetto. La loi doit être la même pour tout le monde et on ne doit pas donner des droits particuliers à une communauté, mais il a aussi la catégorie des hétérosexuels.

On a repris le succédané en badigeonnant d'un vernis faussement universel: concubinage hétérosexuel, homosexuels, ouverts à tous, des amies. Certaines dispositions contiennent des relations sexuelles et d'autres pas! il fallait savoir, si le pacs en impliquait ou pas!

§1 LE PACS EN DROIT CIVIL

La loi du 15 février 1999 a rajouté un titre au CCF sur les personnes, encore que le pacs est défini comme un contrat. L'art. 7 est nouveau (515.1-7). L'officialisation est le sujet principal. Mais il y a très peu de droit. Le gouvernement gommé autant que possible, les ressemblances avec le mariage; on a par conséquent affadi le projet.

Ces articles sont assez décevants:

- on n'y trouve rien sur le contenu de la notion de vie commune;
 - rien sur le contenu et l'étendue de l'aide entre partenaires;
 - rien sur l'adoption, la procréation d'un enfant.
- ⇒ A force de gommer la ressemblance, on met l'accent sur les droits patrimoniaux (plus affectif, sentimental).

Le pacs est un contrat conclu par 2 personnes pour organiser leur vie commune.

Un contrat entraîne des obligations. Mais attention à ce qui n'est pas dit. Un contrat ne correspond pas à une institution telle que celle du mariage dans laquelle on ne peut pas changer le contenu au gré de la volonté des parties.

Le pacs ne mentionne pas l'acte de naissance. On l'officialise par contre au tribunal de première instance.

I. LES CONDITIONS

a. Les conditions de fond

1. Être majeur

Deux personnes physiques doivent être majeures pour conclure le pacs. Aucune dispense n'est prévue pour les mineures, alors que le mariage en prévoit une \Leftrightarrow bizarre? On n'a pas voulu mêler la famille, car l'autorisation parentale devrait être donnée.

Les personnes majeures sous tutelle ne peuvent pas non plus conclure de pacs. Un mineur émancipé peut le conclure, mais en principe, il est déjà marié, s'il est émancipé.

2. Être libre de tout engagement

Il faut être libre de tout engagement, soit par un mariage, soit par un autre pacs. Le pacs est un sous-mariage. Il est monogamique comme le mariage.

Si le pacs était purement amical, pourquoi ne pourrait-on pas le conclure entre plusieurs amis.

3. Non parenté

Le pacs est prohibé entre les ascendants et les descendants en ligne directe et entre collatéraux. 3 niveaux sont inclus. La règle est donc plus sévère qu'en matière matrimoniale. De ce côté, le pacs est un sur-mariage. Un oncle peut se marier avec sa nièce, mais il ne peut pas se pacsé. Bizarre?

Un débat avait eu lieu sur la possibilité qu'un frère et une sœur se pacsent, puisque le pacs était sensé n'avoir aucune connotation sexuelle. On a pourtant écarté cette possibilité. Le mariage comme le pacs ne peut être incestueux. Le pacs est donc une **union sexuelle**, même si on ne l'a pas dit officiellement.

4. Documents à produire

Il faut produire un acte de naissance et un certificat de non pacsé pour conclure un pacs \Rightarrow c'est-à-dire 2 documents, au lieu d'un seul lors du mariage. Cela n'aurait pas été nécessaire si on avait soumis le pacs aux mêmes exigences que le mariage (acte de naissance).

e. Analyse

Le pacs n'est pas interdit à quelqu'un qui est concubin avec son concubin ou avec un autre. Lorsque le concubinage et le pacs entre en contact, le concubinage vole en éclat. Si une personne se marie, le pacs est évincé. Le pacs est donc une figure intermédiaire.

b. Les conditions de forme

1. La déclaration

Les 2 personnes en font déclaration conjointe au greffé du tribunal d'instance de résidence commune. Aucune célébration n'est prévue, ni la question traditionnelle et le oui. Il n'y a pas de mairie. Le tribunal d'instance est le moins solennel de tous; certes, il s'agit d'un tribunal de proximité. Le pacs est un petit peu plus qu'un simple contrat.

2. Enregistrements

Les 2 personnes **produisent** au greffier la convention en double original. Il s'agit donc d'un contrat solennel.

Le greffier inscrit la déclaration sur un registre spécial: x et y se pacsent à ce jour. Il vise les déclarations et les restitue à chacun des partenaires. Le greffier ne prend pas connaissance du contenu et ne le contrôle pas.

3. La publicité

La publicité a lieu à la diligence du greffier. Celui-ci adresse un courrier au tribunal d'instance au lieu de naissance de chaque partenaire. Ces tribunaux tiennent un registre de **personnes**, le registre des pacs qui est un registre parallèle à celui de l'état civil. On a donc 2 registres, un pour les déclarations et un pour l'état civil.

En fait, c'est très compliqué à l'organiser. Le premier registre fait la publicité du pacs. Le pacs est opposable aux tiers une fois inscrit au registre des déclarations. Le 2e registre ne change rien. Les tiers peuvent se renseigner au greffe de la résidence du couple \rightarrow Le commerçant qui a fait crédit peut demander à l'autre partenaire.

Peuvent avoir des renseignements complets sur la situation des partenaires les autorités judiciaires, les

notaires, les agents chargés d'un titre exécutoire, l'administration fiscale, les organismes débiteurs des organisations sociales, c'est-à-dire les institutionnels. Ils ne portent pas atteinte à la vie privée du couple.

Les créanciers privés ont accès aux informations nécessaires au contrat du quotidien pour des dépenses relatives au logement. Ils peuvent seulement obtenir des renseignements administratifs. Mais on ne leur fournit pas l'identité du partenaire. Le fait d'avoir conclu un pacs ne signifie pas forcément que l'on soit homosexuel. La solidarité entre les partenaires risque d'être lettre morte.

On a beaucoup insisté sur le fait qu'il fallait protéger la vie des Français, mais il faudrait savoir si on officialise ou pas et si on reste dans la clandestinité ou non ⇔ incohérent!

II. LES RÉGIMES DU PACS

a. Les rapports personnels entre les partenaires

Les partenaires ont

- une résidence commune
- ils s'apportent une aide mutuelle et matérielle fixée dans la convention
- ils mènent une vie commune.

Rien n'est mentionné sur la mise en péril de la curie, ni sur les effets sur le nom. Certes on peut induire une obligation de vie commune. Il n'y a pas d'obligation de vie sexuelle (la notion de devoir conjugal n'existe pas), pas d'obligation de fidélité non plus. On a donc affaire à un substitut de secours et d'assistance lors d'un mariage. Mais est-ce que les partenaires pourraient exiger une pension?

La seule obligation est de *mener une vie commune*. Les opposants estimaient que le législateur aurait dû mettre plus de choses dans ce contrat. Le Constitutionnel a dit qu'il fallait interpréter la loi dans ce sens. La vie commune signifie que d'une part, *il s'agit d'un couple, qui a donc des relations sexuelles et qui se doit fidélité* et d'autre part, *ce couple doit vivre ensemble*.

Toutefois, cela ne correspond pas à la volonté du législateur. Le Conseil Constitutionnel a révélé les évidences que le gouvernement voulait en fait cacher!

Selon le Conseil, la loi sur le pacs est sans incidence sur l'état civil ⇒ La parenté, la filiation n'entrent pas en ligne de compte.

b. Les rapports avec les tiers

1. Avec les créanciers

Les partenaires sont *tenus solidairement à l'égard des tiers des dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante et des dépenses du logement commun*.

Pour les personnes mariées, lorsque les dépenses sont excessives, la solidarité cesse, de même que pour les achats à tempérament (à crédit), pour les emprunts. Le pacs est par conséquent un sur-mariage (plus sévère).

2. Les bailleurs

En cas *d'abandon du domicile*, l'autre partenaire peut rester dans les lieux. En cas de *décès*, l'autre peut reprendre le contrat.

S'il s'agit de concubins non pacés, le contrat est transféré si ceux-ci ont au moins vécu 1 an ensemble. Les pacés sont donc mieux traités que les concubins.

c. Les rapports patrimoniaux

La loi régit les biens acquis pendant le pacs.

1. Les meubles meublant

Ils sont divisés par moitié, si la convention n'a rien prévu. On peut prévoir conventionnellement une autre division que la répartition 50-50. La convention peut soumettre les meubles meublant à l'indivision.

L'indivision est un attentat à la propriété. Le Conseil a répondu que cela n'était pas contraire à la constitution,

parce que on peut demander en tout temps le partage ⇔ Ce qui est contraire à la constitution redevient constitutionnel, si le pacs s'arrête.

On présume l'indivision pour les meubles dont la date d'acquisition ne peut avoir été établie.

2. Les autres biens

Ils sont présumés indivis par moitié, si les partenaires n'en dispose pas autrement dans l'acte d'acquisition. L'indivision domine, alors qu'en principe c'est quelque chose de provisoire.

III. LA CESSATION DU PACS

a. Les causes de cessation

1. La rupture unilatérale

C'est une répudiation? C'est dans la logique du contrat de durée indéterminée *d'être rompu à tout moment, avec un préavis de 3 mois*. Le pacs est un contrat étranger au mariage, donc il est contraire au principe du mariage répudique.

2. Les autres causes de cessation

1. Le *décès* met fin au pacs (il correspond en cela au mariage).
2. Le *mariage d'un des 2 partenaires ou des 2 entre eux* ⇒ il n'y a donc pas d'atteinte à la liberté du mariage.
3. Le *commun accord des parties*. Le parallélisme des formes est respecté entre la déclaration de conclusion et de fin.
4. La *mise sous tutelle* d'un des partenaires. Le tuteur pourrait mettre fin au pacs.

b. Conséquences de la cessation

L'auteur d'une rupture unilatérale signifie sa décision. Le juge statue sur le sort de la responsabilité.

§2 LE PACS EN DEHORS DU DROIT CIVIL

A. LES DISPOSITION FISCALES

Il y a des avantages fiscaux, mais aussi des inconvénients.

a. Pour l'impôt sur le revenu

Les partenaires sont imposés communément, ce qui freine la progressivité de l'impôt. Les concubins n'ont pas cet avantage. Au bout de 3 ans pour éviter les fraudes.

b. Droits de mutation à titre gratuit

Les droits de mutation sont très onéreux: 60% de la valeur. Si un concubin fait une donation à son partenaire, il doit payer 60% de frais. Entre parents et enfants, les frais ne se lèvent qu'à 40%.

Les pascés ont un régime plus favorable que les concubins, mais moins favorable que celui des personnes mariées. Le régime s'applique au bout de 2 ans pour les donations, mais pas pour les successions.

c. Impôt sur la fortune

L'imposition commune est un inconvénient. Si on les imposait séparément, on serait en dessous du seuil issu de l'imposition commune.

B. LES DISPOSITIONS SOCIALES

- Le partenaire a la qualité d'assuré social. Mais avec l'inconvénient que les allocations de soutien familial, de veuvage sont perdus si il se marie ou se pacse.
- Les facilités professionnelles: les pacsés ont droit au congé simultanément, mais pas les concubins.

§3 APPLICATION PRATIQUE

200'000 pacs ont été conclu depuis le 15.2.1999. Il y a parmi eux des couples qui attendaient depuis longtemps, plus ceux qui ont suivi par l'effet entraînant de la nouveauté. Toute évaluation future est donc difficile.

Un certain nombre de concubins hétérosexuels concluent des pacs pour les avantages: s'en dégager facilement et quelques avantages fiscaux. Cela permettra peut-être de le dédramatiser.

les journaux annoncent les pacs. L'homosexualité est un peu dédramatisée. Mais le contrat est mal organisé.

Le pacs est une figure intermédiaire entre le vrai mariage (engagement public) et le concubinage (engagement privé).

7. REPETITOIRE - CORINE & MARC

1. LE MONTANT DE LA RENTE MENSUELLE PENDANT LE PROCÈS

1. Fondement de l'obligation de l'entretien d'un époux pendant le divorce

"Mari et femme contribuent, chacun selon ses facultés, à l'entretien convenable de la famille (163 I). Corine et Marc sont encore mariés \Rightarrow CC 125 ne s'applique pas, même si c'est un article important $\hat{=}$ examen!!!!

Les différences entre CC 125 et CC 163

a. Après le divorce (125)

Chacun doit subvenir à ses besoins \Rightarrow indépendance financière. Mais la loi réserve le principe de solidarité. Il faut limiter dans le temps l'obligation d'entretien. Il y a des critères notamment l'âge, la durée du mariage, la formation, l'âge des enfants.

b. Avant le divorce (163)

On partage en 2, alors qu'après le divorce on applique une logique de l'entretien minimal permettant de couvrir les besoins (le partage de l'excédent ne se partage en principe pas en 2 après le divorce).

c. Anciens articles 151-152

Ces dispositions entraînent dans une logique de RC. Le divorce causant un dommage. De plus, le demandeur devait être innocent, et le défendeur coupable. 152 prévoyait l'assistance.

2. Particularités du cas¹⁴⁷

Les époux ont 3 enfants. En calculant, la pension pour l'épouse, il faut commencer par sortir ce que Marc doit à ses enfants. On calcule la part de Corine sur le solde.

L'entretien des enfants = 1'800 (sans tenir compte des allocations familiales)¹⁴⁸. C'est une indication faible pour les juges. Dans ce montant, il est compris le coût du logement (415.-): dans la part que Corine reçoit pour les enfants, il y a une partie pour payer le logement. On déduira 415 des 2'000 du loyer.

3. Revenus des époux

$$\frac{11'500 \times 13}{12} = 12'500 \text{ par mois}$$

4. Déduction de la part des enfants

$$\begin{array}{r} 12'500 \\ - 1'800 \\ \hline 10'700 \end{array} \quad \text{Montant mensuel à disposition de Marc}$$

Si chacun des époux avait un revenu, il aurait fallu les additionner et calculer ce que doit Marc eu égard à ce que gagne Corine. Il faut partager 10'700 entre Marc et Corine.

¹⁴⁷RFJ 1992 p. 1ss

¹⁴⁸cf. tables statistiques de l'office des mineures (ZH)

5. Calcul du minimum vital des époux

Montant de base (nourriture...) ¹⁴⁹	1'000	
Logement	850	
Assurance maladie	250	Marc
Voiture, assurance RC		
Frais professionnelles	450	
Impôts (il paie seul)	4'000	
	<hr/>	
	6'550	par mois

Montant de base	10'000	
Loyer en imputant les 415 des enfants	1'585	Corine
Assurance maladie	250	
	<hr/>	
	2'835	

10'700
- 6'550
- 2'835
<hr/>
1'315 = excédent

6. Excédent

On partage l'excédent en 2. Ce serait différent si divorce: l'excédent reviendrait à celui qui le produit.

7. Total

2'835	Marc
+ 657	
<hr/>	
3'492	

(3'492) 3'500	Corine
+ 1'800 ¹⁵⁰	
<hr/>	
5'300	Marc doit cette somme à Corine chaque mois

Il reste 5'400 à Marc (10'700 - 5'300).

Cela ne favorise pas le travail de l'épouse, car on perpétue le modèle traditionnelle de la répartition des tâches. CC 125 cautionne lui aussi cette situation de besoin. Cela ne pousse pas à modifier le modèle traditionnel de répartition des tâches familiales. Pour certains, il ne faudrait pas d'entretien après le divorce.

2. LA PRÉVOYANCE PROFESSIONNELLE

¹⁴⁹cf. LP

¹⁵⁰il sorte d'où les 1800 ??????????????????????????????

1. Les hypothèses de 122ss

Deux hypothèses sont possibles (2e pilier)

1. avant un cas de prévoyance
2. après un cas de prévoyance

Ici on se trouve avant un cas de prévoyance professionnelle (accident, retraite...). On ne calcule pas l'expectative dans la liquidation du régime matrimonial ~~200~~. Les 2 sont totalement indépendants.

Quels sont les droits de l'autre époux sur l'expectative de son conjoint, sans égard au fait de savoir qui a payé les primes? ⇒ 122. C'est une question qui est également indépendante de l'entretien après le divorce (125).

2. Partage des prestations de sortie (122)

On fixe le montant de la prestation de sortie au moment du divorce, moins la prestation de sortie au moment du mariage le tout divisé par 2.

"Lorsque l'un des époux au moins est affilié à une institution de prévoyance professionnelle et qu'aucun cas de prévoyance n'est survenu, chaque époux a droit à la moitié de la prestation de sortie de son conjoint calculée pour la durée du mariage selon les dispositions de la loi du 17 décembre 1993 ³⁶ sur le libre passage".

3. LIQUIDATION DU RÉGIME MATRIMONIAL

1. Les biens

1. Meubles: acquêts du Marc
2. Bijoux: biens propres
3. Chalet: biens propres
 - Travaux de Marc: on ne sait pas quelle masse a financé (200 III). On présume par conséquent que ce sont les acquêts. ⇒ Récompense selon 209 III.

$$\frac{20'000}{151} \times 200'000 = 11'000$$

- Investissement de Corine de 30'000 est présumé être un acquêt. Il y a une créance de 206. Corine a droit au moins à 30'000 au mieux à une part de la plus-value. Ici le chalet a perdu de sa valeur, donc elle a droit à 30'000 au moins.

$$\frac{30'000}{152} \times 200'000 = 15'000$$

On prend les 2 investissements de Corine: 15'000 + 20'000 ($\frac{1}{5}$ de 100'000 des actions) = 35'000. Elle a droit à son investissement qui est de 40'000¹⁵³. Le mari devra 5'000 de plus.

On répartir les pertes entre les 2 masses proportionnellement à la plus-value du bien. Les actions ont doublé: les acquêts du mari paieront 20'000.

2. Contrat de mariage

a. Attribution du bénéfice au conjoint survivant

Cela ne se réalise pas (cf. 216). ~~216~~ 216 II la protection des enfants non communs.

b. En cas de divorce

¹⁵¹On rajoute la valeur après les travaux

¹⁵²On rajoute la valeur après les travaux

¹⁵³il sortent d'ou les 40'0000 ??????????????

Selon 217, les contrats de mariage tombent au moment où les époux divorcent. Mais le contrat peut prévoir le contraire, ce qui est le cas ici \Rightarrow on devrait appliquer le contrat. Mais la clause est-elle valable? Le droit ne prend pas en cause la faute, mais les époux peuvent le faire (rien ne les en empêche).