

Symposium en droit de la famille



UNIVERSITÉ DE FRIBOURG  
UNIVERSITÄT FREIBURG

# La famille dans les relations transfrontalières

Actualités en droit suisse et  
dans les rapports internationaux

Edité par

Christiana Fountoulakis  
Professeure à l'Université de Fribourg

Alexandra Rumo-Jungo  
Professeure à l'Université de Fribourg

Schulthess  
ÉDITIONS ROMANDES



Christiana Fountoulakis

Professeure à l'Université de Fribourg

Alexandra Rumo-Jungo

Professeure à l'Université de Fribourg

# La famille dans les relations transfrontalières

Actualités en droit suisse et  
dans les rapports internationaux

7<sup>e</sup> symposium en droit de la famille 2013  
Université de Fribourg

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2013  
ISBN 978-3-7255-6919-9

[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

# Sommaire

Avant-propos	III
Sommaire	V
Liste des abréviations	VII
ANDREAS BUCHER	
Autorité parentale conjointe dans le contexte suisse et international	1
ANNA CLAUDIA ALFIERI ET JOËLLE SCHICKEL-KÜNG	
Coopération internationale en matière de protection des enfants	69
ANNE REISER, ELIZA HEBDITCH AND NICHOLAS BENNETT	
Recognition and enforcement in Switzerland of English divorce judgements and maintenance orders	89
ANDREAS BUCHER	
Divorce international et prévoyance professionnelle	97
MARYSE JAVAUX VENA ET JOËLLE SCHICKEL-KÜNG	
Liens de filiation étrangers et leur réception en droit suisse	131
CHRISTIANA FOUNTOLAKIS	
Résumés des jurisprudences fédérale et cantonale en droit de la famille	153

## Résumés des jurisprudences fédérale et cantonale en droit de la famille\*\*

Table des matières	Page
I. Le mariage	156
A. La conclusion du mariage (CC 94 ss)	157
B. Les effets généraux du mariage (CC 159 ss)	158
1. Le nom (CC 30, 160)	159
2. L'entretien de la famille et la représentation de l'union conjugale (CC 163 ss)	160
C. La protection de l'union conjugale (CC 171 ss)	161
1. Les mesures protectrices de l'union conjugale (CC 172 ss)	161
2. L'organisation de la vie séparée (CC 175–176)	163
3. L'avis aux débiteurs (CC 177)	165
4. La modification de l'obligation d'entretien (CC 179, 285 s.)	166
II. Le divorce et la séparation de corps (CC 111 ss)	166
A. Les conditions (CC 111 ss)	167
B. La procédure de divorce (aCC 135 ss, CPC 274 ss)	168
1. En général	168
2. La procédure cantonale	168
3. Les mesures provisoires (aCC 137, CPC 276)	169
4. La convention à ratifier (aCC 140 ss, CPC 279 s.)	172

---

\* Nous tenons à remercier de leur précieuse collaboration à la préparation de ces résumés de jurisprudence Mme LAURIANNE MEYER, Mme NOËLINE KWAMA et Mme CHRISTINA GAIST, assistantes à la Faculté de droit de Fribourg, ainsi que Mme NATHALIE TSCHUDI et Mme DAPHNÉE SCHORDERET, sous-assistantes à la Faculté de droit de Fribourg.

\*\* Les résumés couvrent la période du 1<sup>er</sup> octobre 2011 au 31 mai 2013 ; pour la période antérieure, cf. P. VEZ, Résumés de jurisprudence fédérale et cantonale en droit de la famille, in P. PICHONNAZ/A. RUMO-JUNGO (édit.), *Droit patrimonial de la famille*, Genève/Zurich/Bâle 2004, 147 ss ; P. VEZ, Résumés de jurisprudence fédérale et cantonale en droit de la famille, in P. PICHONNAZ/A. RUMO-JUNGO (édit.), *Enfant et divorce*, Genève/Zurich/Bâle 2006, 223 ss ; P. PICHONNAZ/K. DEVAUD/E. BAITOTTI, Résumés des jurisprudences fédérale et cantonale en droit de la famille, in P. PICHONNAZ/A. RUMO-JUNGO (édit.), *Le droit du divorce ; question actuelles et besoin de réforme*, Genève/Zurich/Bâle 2008, 147 ss ; P. PICHONNAZ, Résumés des jurisprudences fédérale et cantonale en droit de la famille, in P. PICHONNAZ/A. RUMO-JUNGO (édit.), *Deuxième pilier, versement anticipé et régimes matrimoniaux*, Genève/Zurich/Bâle 2010, 171 ss, in C. FOUNTOULAKIS/P. PICHONNAZ/A. RUMO-JUNGO (édit.), *Droit de la famille et nouvelle procédure*, Genève/Zurich/Bâle 2012, 263 ss.

7. L'assistance judiciaire	173
8. Le jugement de divorce	173
C. Les effets du divorce (CC 119 ss)	173
1. La liquidation du régime matrimonial (CC 120)	174
2. La prévoyance professionnelle (CC 122 ss, aCC 141 s., CPC 280 s.)	175
3. L'obligation d'entretien (CC 125 ss)	176
4. L'attribution du logement (CC 121)	180
III. Les régimes matrimoniaux (CC 191 ss)	180
A. Généralités	181
B. L'attribution des biens à une masse	181
C. L'attribution de la propriété d'un immeuble	182
D. La dissolution d'une société simple entre époux	183
E. L'estimation d'un bien	183
IV. Le sort des enfants (CC 133–134)	184
A. La filiation (CC 252 ss)	188
1. L'établissement du lien de filiation (CC 252 ss, 264 ss)	188
2. La destruction du lien de filiation (CC 256 ss, 260a ss)	189
B. L'autorité parentale (CC 133–134, aCC 144 ss, 297 ss, CC 296 ss)	190
1. L'attribution de l'autorité parentale (CC 133, 296 ss)	190
2. Le droit de garde	192
3. La modification de l'attribution des droits parentaux (CC 134)	193
4. Le placement d'enfants	194
C. Les relations personnelles (CC 273 ss)	194
1. Les principes et les limites (CC 273, 274)	194
3. L'éducation de l'enfant	195
4. L'audition de l'enfant (aCC 144, CPC 297 ss)	196
D. Les mesures protectrices (CC 307 ss)	196
E. L'obligation d'entretien des père et mère	198
F. Les biens des enfants (CC 318 ss)	203
V. L'adoption (CC 264 ss)	203
VI. La communauté familiale (CC 328 ss)	205
VII. La communauté non maritale et le partenariat enregistré	205
VIII. Le droit international	206
A. En général	206
B. Reconnaissance d'actes pris à l'étranger	208

**Bibliographie :** R. AEBI-MÜLLER, Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Familienrecht, Jusletter du 13.08.2012 ; R. AEBI-MÜLLER, Das neue Familiennamensrecht – eine erste Übersicht, RSJ 108 2012 449 ss ; M. BADDELEY/A. BUCHER, Memento de droit civil: droit des personnes physiques, droit de la famille et des successions, 5<sup>e</sup> éd., Bâle 2011 ; F. BOHNET/J. HALDY/-N. JEANDIN/P. SCHWEIZER/D. TAPPY, CPC: Code de procédure civile commenté, Bâle 2011 ; G. BRUDERMÜLLER, Aktuelle Entwicklungen des deutschen Familienrechts, FamPra.ch 13 (2012) 78 ss ;

A. BÜCHLER, Sechste Schweizer Familienrecht§-Tage : 26./27. Januar 2012 in Zürich, Berne 2012 ; A. BÜCHLER/D. JAKOB, ZGB Kurzkommentar, Bâle 2012 ; A. BÜCHLER/M. MÜLLER-CHEN (édit.), Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag : Private Law (Band I) – national global comparative (Band II), Berne 2011 ; A. BÜCHLER/R. VETTERLI, Ehe, Partnerschaft, Kinder : eine Einführung in das Familienrecht der Schweiz, Bâle 2011 ; M. COTTIER, Inter- und Transdisziplinarität in der Familienwissenschaft aus der Perspektive des Familienrechts, FamPra.ch 13 (2012) 65 ss ; M. COURVOISIER, Zur Schiedsfähigkeit familienrechtlicher Angelegenheiten, FamPra.ch 13 (2012) 20 ss ; E. DE LUZE/A.-C. PAGE/P. STODMANN, Droit de la famille : code annoté : mariage et divorce, filiation, mesures de protection de l'adulte, Lausanne 2013 ; U. FASEL, Erbrecht, Entwicklungen 2011, Berne 2012 ; B. FOEX/N. JEANDIN, Le code de procédure civile, Aspects choisis, Genève 2011 ; TH. GEISER, Familienrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts 2012, PJA 2013 277 ss ; TH. GEISER, Zivilrecht : Die aktuelle Praxis im Überblick, Plädoyer 1/2012 42 ss ; O. GUILLOD, Droit des familles, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2012 ; A. RUMO-JUNGO/C. FOUNTOLAKIS/P. PICHONNAZ (édit.), Der neue Familienprozess : Durchsetzung und Vollstreckung familienrechtlicher Ansprüche, 6. Symposium zum Familienrecht 2011, Universität Freiburg, Zurich/Bâle/Genève 2012 ; C. FOUNTOLAKIS/P. PICHONNAZ/A. RUMO-JUNGO (édit.), Droit de la famille et nouvelle procédure, Genève 2012 ; D. R. GFELLER/A. LAUTENBACH-KOCH, Machiavellistische Mittel in familienrechtlichen Verfahren, Revue de l'avocat 15 2012 352 ss ; H. HAUSHEER, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2010 : Familienrecht : Veröffentlicht in Band 136, ergänzt durch Internetveröffentlichungen : Scheidungsrecht, RJB 2011 676 ss ; H. HAUSHEER/R. AEBI-MÜLLER, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Berne 2012 ; C. KOHLER/W. PINTENS, Entwicklungen im europäischen Personen- und Familienrecht 2010–2011, FamRZ 18/2011 1433 ss ; G. LAFFELY, Planification matrimoniale et successorale en matière d'assurance des 2<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> piliers : aspects de droit fiscal, Not@lex 2011 45 ss ; A. LEUBA, Droit des personnes physiques et de la famille, JdT 2011 303 ss ; A. LEUBA, Droit des personnes physiques et de la famille, JdT 2012 II 243 ss ; S. LEUZINGER-NAEF, Die familienbezogene Rechtsprechung der sozialrechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts im Jahre 2011, FamPra.ch 13 (2012) 674 ss ; S. LEUZINGER-NAEF, Die familienbezogene Rechtsprechung der sozialrechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts im Jahre 2010, FamPra.ch 13 (2012) 92 ss ; P. LIATOWITSCH, Was das Familienrecht von der Mediation und (noch) nicht für sie tut, in A. Büchler/M. Müller-Chen (édit.), Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag : Private Law (Band I) – national global comparative (Band II), Berne 2011 ; F. LORANDI/D. STAEHELIN (édit.), Innovatives Recht. Festschrift für Ivo Schwander, Zurich 2011 ; G. MEDICI, Verpflichtung der Kantone, eine wirksame Gleichstellungspolitik zu betreiben, Jusletter du 2.04.2012 ; O. MÜLLER/U. MEUTER, Die Sozialabzüge und Unterhaltsbeiträge im Konkubinats, ZStP 2011 95 ss ; M. OCHSNER, Le minimum vital (art. 93 al. 1 LP), SJ 2012 II 119 ss ; P. PICHONNAZ/C. FOUNTOLAKIS, Droit de la famille, procédure et exécution : un panorama des nouveautés, in C. Fountoulakis/P. Pichonnaz/A. Rumo-Jungo (édit.), Droit de la famille et nouvelle procédure, Genève/Zurich/Bâle 2012, 1 ss ; D. REBER, Statistique des allocations familiales 2010, Sécurité sociale 41 ss, Berne 2012 ; A. RUMO-JUNGO, Entwicklungen im Familienrecht/Le point sur le droit de la famille, RDS 2011 132 ss ; A. RUMO-JUNGO, Entwicklungen im Familienrecht, RSJ 108 2012 145 ss ; A. RUMO-JUNGO/G. KILDE, Entwicklungen im Familienrecht, RSJ

109 2013 137 ss ; S. SCHLIEGEL/C. HAURI, Streitgespräch zwischen Marc Spescha und Harry Lütolf : « Der Staat muss vor der Liebe kapitulieren », *Plädoyer* 1/2012, 12 ss ; E. SCHNEIDER KAYASSEH, Die gerichtliche Zuweisung von Familientieren in ehe- und partnerschaftsrechtlichen Verfahren, in M. Michel et al. (édit.), *Tier und Recht*, Zurich 2012, 271 ss ; I. SCHWANDER, Die Stellung der Ehegatten im revidierten Erwachsenenschutzrecht, *PJA* 2012 1701 ss ; I. SCHWENZER/A. BÜCHLER, Sechste Schweizer Familienrecht§-Tage : 26./27. Januar 2012 in Zürich, Berne 2012 ; T. SIEGENTHALER, Die Dienstleistungen des Zivilstandsamtes nach der Reform, Berne 2011 ; L. THÉVENOZ/F. WERRO (édit.), *Code des obligations I : art. 1–529 CO, Commentaire romand, 2<sup>e</sup> éd.*, Bâle 2012, p. 3162 ss ; S. THURNHEER, Die Namens-änderung in England und der Schweiz, *Jusletter* du 6.02.2012 ; TH. VOLLMER/C. PAIANO, Nationales Programm Jugend und Medien, *CHSS* 2012 45 ss ; S. WOLF/D. SCHMUKI, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2011, *Familienrecht*, *RJB* 2012 834 ss ; S. WOLF/D. SCHMUKI, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2010, *Familienrecht : Ehe- und Vormundschaftsrecht*, *RJB* 2011 716 ss ; S. ZRINSKI, Im Familienrecht wird anders geprüft, *Plädoyer* 6/2012 34 ss.

## I. Le mariage

**Bibliographie :** R. AEBI-MÜLLER, Miteigentum unter Ehegatten bei bloss einseitigen Investitionen – wer partizipiert am Gewinn ? *RJB* 2012 658 ss ; PH. R. BORNHAUSER, Der Ehe- und Erbvertrag – Dogmatische Grundlage für die Praxis, Diss. Zurich ; H. HAUSHEER/H. P. WALTER, *Berner Kommentar Update–Eherecht*, Art. 159–251 ZGB, 7<sup>e</sup> éd., Berne 2012 ; J. JANSSEN, Gewalt im Namen der Ehre, *FamPra.ch* 12 (2011) 839 ss ; T. E. Z. JOURABCHI, Le mariage temporaire en droit iranien, *FamPra.ch* 12 (2011) 807 ss ; H. LÜTOLF, Der neue Art. 98 Abs. 4 ZG : alles nur Schall und Rauch ?, *FamPra.ch* 12 (2011) 890 ss ; M.-L. PAPAUX VAN DELDEN, Le droit au mariage et à la famille, *FamPra.ch* 12 (2011) 589 ss ; P. PICHONNAZ/A. RUMO-JUNGO/C. FOUNTOULAKIS (édit.), *Der neue Familienprozess*, Zurich 2012 ; C. WIDMER LÜCHINGER, Migration und Zwangsehe im internationalen Privatrecht, *FamPra.ch* 12 (2011) 787 ss ; S. ZINGG, Scheidungsverfahren : Klageantwort als Voraussetzung einer grundsätzlich immer durchzuführenden Einigungsverhandlung ?, *RJB* 2012 549 ss ; D. GIRSBERGER/I. AMBAUEN, Entwicklungen im schweizerischen internationalen Privatrecht, *RSJ* 108 2012 84 ss ; D. GIRSBERGER/I. AMBAUEN, Entwicklungen im schweizerischen internationalen Privatrecht, *RSJ* 109 2013 77 ss ; I. SCHWANDER, Die Stellung der Ehegatten im revidierten Erwachsenenschutzrecht, *PJA* 2012 1701 ss ; CH. A. HERZIG/S. IMBACH/T. JENNY, Neuere Rechtsprechung und Literatur zum Ehe- und Kindesrecht, in A. Rumo-Jungo/C. Fountoulakis/P. Pichonnaz (édit.), *Der neue Familienprozess : Durchsetzung und Vollstreckung familienrechtlicher Ansprüche*, 6. Symposium zum Familienrecht 2011, Universität Freiburg, Zurich/Bâle/Genève 2012, 163 ss.



## A. La conclusion du mariage (CC 94 ss)

**Bibliographie** : R. AEBI-MÜLLER, 25 Jahre neues Eherecht, Jusletter du 1.04.2013 ; H. LÜTOLF, Der neue Art. 98 Abs. 4 ZGB : alles nur Schall und Rauch ? Eine praktische Auslegungshilfe für die Gesetzesnovelle, FamPra.ch 12 (2011) 890 ss ; PH. MEIER/L. CARANDO, « Pas de mariage en cas de séjour irrégulier en Suisse » ? : l'art. 98 al. 4 nCC à la lumière de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme, Jusletter du 14.02.2011 ; T. NEVES, Pas de papiers, pas de mariage : l'art. 98 al. 4 CC un an après, PJA 2012 781 ss ; M.-L. PAPAUX VAN DELDEN, Le droit au mariage et à la famille, contours et implications en droit civil, FamPra.ch 12 (2011) 321 ss, FamPra.ch 12 (2011) 589 ss ; S. SCHLEGEL/C. HAURI, Streitgespräch : Geeignete Mittel gegen Scheinehen, Plädoyer 1/2012 12 ss.

**1. Autorisation de séjour provisoire dans le cadre de la procédure préparatoire de mariage.** En application de l'art. 98 al. 4 CC, la personne étrangère désirant se marier doit régulariser sa situation, notamment lorsqu'elle séjourne en Suisse de manière illégale. Dans le cadre de la procédure préparatoire au mariage, l'art. 17 LEtr exige que cette dernière réside à l'étranger tout au long des formalités. La règle admet une exception dans l'hypothèse où rien ne permettrait d'admettre le risque que la personne étrangère transgresse la législation relative au regroupement familial. De plus, la personne étrangère doit répondre aux conditions d'admission ultérieures. Cette exception suppose une pesée des intérêts privés et publics en présence, c'est-à-dire l'intérêt de la personne concernée à demeurer sur le territoire helvétique et l'intérêt public qui pousse au renvoi immédiat de ladite personne. En effet, cette pondération est faite dans le cadre de la protection juridique à titre provisoire en cas d'admission provisoire d'une personne étrangère en séjour illégal en Suisse. *Tribunal cantonal bernois, Cour administrative, 23.06.2011, 100.2011.200U, FamPra.ch 12 (2011) 926 ss.*

**2. Violation des dispositions sur l'admission et le séjour des étrangers par le mariage.** En application de l'art. 97a CC, l'officier ou l'officière de l'état civil est habilité(e) à refuser son assistance, lorsque l'un des fiancés n'espère indéniablement pas s'engager sérieusement dans son rôle d'époux ou épouse. Partant, son comportement viole les dispositions relatives à l'admission et au séjour des étrangers. Le refus d'un des fiancés à mener une vie conjugale peut être admis à la lumière d'un faisceau d'indices tels qu'une grande différence d'âge entre les fiancés, que l'impossibilité pour ceux-ci de communiquer, qu'une méconnaissance réciproque, que le paiement d'une somme d'argent, qu'un mariage contracté alors qu'une procédure de renvoi est pendante ou que l'un des fiancés séjourne illégalement en Suisse. *TF, 09.08.2011, 5A\_225/2011, FamPra.ch 12 (2011) 922 ss.*

**3. Procédure préparatoire au mariage licite malgré le non-respect des exigences de l'art. 98 al. 4 CC.** En application de l'art. 98 al. 4 CC, lors de la procédure préparatoire au mariage, les personnes étrangères désirant se marier doivent établir la légalité de leur séjour. Dans le cas inverse, elles seront dans l'impossibilité légale d'unir leurs vies. Dès

lors, une interdiction totale de se marier est appliquée à toutes les personnes étrangères en séjour illégal en Suisse, particulièrement en cas de mariage fictif (art. 98 al. 4 CC). Bien que cette disposition prévoit des mesures pour lutter contre les mariages de complaisance, elle viole le droit au mariage garanti par la CEDH. En effet, une exclusion générale, systématique et automatique constitue une violation du droit au mariage tel que garanti par la CEDH. Il n'est ainsi pas possible d'interpréter la disposition nationale conformément à la CEDH. *Tribunal cantonal vaudois, Cour de droit administratif et public, 30.09.2011, GE.2011.0082, FamPra.ch 13 (2012) 149 ss.*

**4. Légalité du séjour lors de la procédure de préparation au mariage, autorisation de séjour pour ce faire.** En application des art. 8 CEDH et 30 al. 1 let. b LETr, les personnes étrangères sans titre de séjour peuvent obtenir une autorisation de séjour pour la procédure préparatoire au mariage (art. 98 al. 4 CC). Un refus d'ouvrir une telle procédure n'est pas contraire à l'art. 12 CEDH et ne viole pas le principe de la proportionnalité ou de l'interdiction du formalisme excessif, lorsque les futurs époux n'ont entrepris aucune démarche pour obtenir un titre de séjour dans le délai fixé par les autorités de l'état civil. *TF, 17.01.2012, ATF 138 I 41 (5A\_814/2011), FamPra.ch 13 (2012) 394 ss.*

## **B. Les effets généraux du mariage (CC 159 ss)**

**Bibliographie :** R. AEBI-MÜLLER, Das neue Familiennamensrecht – eine erste Übersicht, *RSJ* 108 2012 449 ss ; K. ANDERER, Das Pflegegeld in der Dauerfamilienpflege und die sozialversicherungsrechtliche Rechtsstellung der Pflegeeltern, *Bäle* 2012 ; D. BÄHLER/J. SCHREINER/J. SCHWEIGHAUSER, Neue Formen des Miteinbezugs von psychiatrischen und psychologischen Sachverständigen in eherechtlichen Verfahren, *FamPra.ch 13 (2012) 538 ss* ; PH. R. BORNHAUSER, Der Ehe- und Erbvertrag, *Dogmatische Grundlage für die Praxis, Diss. Zurich* 2012 ; P. BREITSCHMID/A. RUMO-JUNGO, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Band 1 : Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (Art.1–456 ZGB), 2<sup>e</sup> éd., Zurich* 2012 ; K. BURCKART, Die Wirkungen der Ehe-Ungültigkeitsklagen nach Art. 109 ZGB, *Revue de l'avocat* 15 2012 358 s. ; M. COURVOISIER, Zur Schiedsfähigkeit familienrechtlicher Angelegenheiten, *FamPra.ch 21 (2012) 20 ss* ; M. COTTIER/C. CREVOISIER, Die nicht-eheliche Lebensgemeinschaft als einfache Gesellschaft, *PJA* 2012 33 ss ; R. FANKHAUSER, Die Ehekrise als Grenze des Ehegattenerbrechts – Eine Studie an der Schnittstelle zwischen Ehe- und Erbrecht, *Berne* 2011 ; TH. GABATHULER, Unterhalt nach Scheidung : Rechtsgleichheit nicht verletzen, *plädoyer* 1/2012 34 ss ; TH. GABATHULER, Unterhalt mündiger Kinder und Ehegattenunterhalt im Clinch, *plädoyer* 1/2013 40 ss ; TH. GEISER, Aufbau einer angemessenen Altersvorsorge und Dauer des nahehelichen Unterhalts, *FamPra.ch 13 (2012) 353 ss* ; TH. GEISER/A.-S. PEYRAUD, Deuxième Pilier et procédure, in C. Fountoulakis/P. Pichonnaz/A. Rumo-Jungo (édit.), *Droit de la famille et nouvelle procédure, Genève/Zurich/Bäle* 2012, 143 ss ; H. HAUSHEER, Neues Namensrecht in der Schweiz mit Auswirkungen auf das Bürgerrecht der Kantone und der Gemeinden, *FamRZ* 59 2012 1454 ss ; O. GUILLIOD/J.-CH. A MARCA, Exécution forcée des contributions d'entretien et questions de mise en

œuvre, in C. Fountoulakis/P. Pichonnaz/A. Rumo-Jungo (édit.), *Droit de la famille et nouvelle procédure*, Genève/Zurich/Bâle 2012, 113 ss ; H. HAUSHEER/H. P. WALTER, *Berner Kommentar Update – Eherecht*, Art. 159–251 ZGB, 7<sup>e</sup> éd., Berne 2012 ; K. HOCHL/P. NÜNLIST, *Anhørungs- und Informationsrechte des Ehepartners bei Feststellung einer Geschlechtsänderung*, *PJA 2012* 1281 ss ; F. HOHL, *Quelques lignes directrices de la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de fixation des contributions d'entretien*, in C. Fountoulakis/P. Pichonnaz/A. Rumo-Jungo (édit.), *Droit de la famille et nouvelle procédure*, Genève/Zurich/Bâle 2012, 89 ss ; G. HOHLOCH, *Eheschliessung bei unterschiedlicher Staatsangehörigkeit – Grundzüge und Probleme*, *FPR 17 2011* 451 ss ; J. LAMESTRA/M. BADDELEY, *Etude comparative sur le droit du nom dans la perspective du droit du nom 2013*, in M. Baddeley/B. Foëx/A. Leuba/M.-L. Papaux van Delden (édit.), *Le droit civil dans le contexte international – Journée de droit civil 2011*, Genève 2012 ; R. KOKOTEK, *Die Auskunftspflicht des Ehegatten nach Art. 170 ZGB*, *Diss. Zurich 2012* ; J. LAMESTRA/M. BADDELEY, *Au nom du père et de la mère*, *Fampra.ch 13 (2012)* 570 ss ; M. UHL, *Die Revision des Schweizer Namensrechts*, *StAZ 65 2012* 33 ss ; B. VON KOENIG, *Der Lohn der Unternehmerrgattin aus Praktikersicht*, *Revue de l'avocat 15 2012* 356 ss.

## 1. Le nom (CC 30, 160)

**5. Changement du nom de famille de l'enfant suite au divorce de ses parents.** En vertu de l'art. 30 CC, un enfant, représenté par sa mère, peut faire une demande de changement de nom de famille suite au divorce de ses parents, et plus particulièrement suite au changement de nom de famille de sa mère, à savoir la reprise de son nom de jeune fille. Un mineur capable de discernement peut faire une telle demande. En effet, il est question d'un droit strictement personnel au sens de l'art. 19 al. 2 CC. En l'espèce, les justes motifs autorisant l'enfant à changer de nom ont été admis. Il est important que l'enfant puisse se sentir intégré dans son environnement familial, notamment en ayant le même nom de famille que sa mère, ses demi-frères et sœurs et ses grands-parents. Être le seul à porter le nom de famille de son père ne serait pas dans son intérêt, car il aurait ainsi le sentiment d'être mis à l'écart du reste de sa famille avec qui il entretient des relations étroites, ce qui, à long terme, pourrait engendrer des souffrances affectives et psychologiques. *TF, 17.03.2011, 5A\_624/2010, FamPra.ch 12 (2011) 696 ss.*

**6. Changement de nom suite à un changement de sexe.** Le changement de sexe peut exceptionnellement être légalement admis sans qu'une intervention chirurgicale avec modification corporelle n'ait eu lieu. Le changement de sexe constitue un juste motif pour admettre un changement de prénom au sens de l'art. 30 CC et de l'art. 7 al. 2 let. O OEC. *Tribunal cantonal bernois, Cour civile II, 01.02.2011, NC090012/U, FamPra.ch 12 (2011) 932 ss.*

**7. Changement de nom justifié par la transsexualité.** Selon l'art. 30 CC, la transsexualité est considérée comme un juste motif justifiant une demande de changement de nom. Cependant, un médecin spécialiste doit non seulement avoir constaté la transsexualité, mais le changement de sexe doit également être définitif. À noter que la requête peut être

déposée sans que le requérant ait été soumis à un traitement hormonal ni qu'il ait vécu pendant un certain temps en tant que transsexuel. *Direction de la police et des affaires militaires du canton de Berne, 13.10.2011, BC 138/11, FamPra.ch 13 (2012) 140 ss.*

## **2. L'entretien de la famille et la représentation de l'union conjugale (CC 163 ss)**

**8. Avance de frais de procédure entrant dans le cadre de l'entretien de la famille.** Un des époux peut être amené à soutenir son conjoint dans l'exercice de ses droits de défense, conformément au devoir d'assistance entre époux, notamment pour les frais de procédure en cas de divorce, et ce lorsque cette prestation d'assistance est convenablement exigible. L'époux qui sollicite une telle aide financière ne doit pas être en mesure de payer les frais lui-même, alors que son conjoint doit être apte à payer cette avance de frais. En principe, la fortune de l'époux débiteur peut être utilisée pour payer l'avance de frais, cependant aucun montant ne peut être prélevé du salaire ni de tout autre revenu régulier. Un paiement échelonné est envisageable selon les besoins de l'époux bénéficiaire et la capacité économique du conjoint débiteur. *Tribunal cantonal bernois, 11.11.2009, APH 09 544/BAA/SCD, FamPra.ch 12 (2011) 721 ss.*

**9. Refus d'une contribution d'entretien avant le divorce en cas de mariage conclu en violation des dispositions sur l'admission et le séjour des étrangers.** Les époux qui se sont mariés dans le seul but d'éluder les dispositions légales relatives au séjour et à l'admission des étrangers, et ce afin d'obtenir de manière induue une autorisation de séjour, ne peuvent valablement prétendre au versement d'une contribution d'entretien et une *provisio ad litem* en application de l'art. 163 CC. De plus, une telle contribution d'entretien n'est pas justifiée lorsqu'elle constituerait une modification de l'accord conclu entre les époux prévoyant que chacun vive indépendamment l'un de l'autre, que ce soit d'un point de vue financier ou de communauté de vie. *TF, 26.07.2011, ATF 137 III 385 (5A\_62/2011), FamPra.ch 12 (2011) 951 ss.*

**10. Indemnité équitable pour contribution supérieure, art. 165 al. 2 CC.** Lorsqu'un des époux figure au registre foncier, la constitution d'une société simple ne peut être admise sur le simple fait que les époux sont soumis au régime de la séparation des biens. En effet, cet état de fait ne laisse en aucun cas entrevoir une possible volonté des époux de fonder une société simple sur cet immeuble. Par ailleurs, l'indemnité de l'art. 165 al. 2 CC ne peut être octroyée que lorsqu'un conjoint a contribué à l'entretien dans une mesure supérieure à ses obligations. Dès lors, des travaux effectués sur l'immeuble n'accordent à l'époux qui les a financés qu'une indemnité équitable, et non une indemnisation de l'entier du coût des travaux. *TF, 30.03.2012, ATF 138 III 348 (5A\_540/2011), FamPra.ch 13 (2012) 1114 ss.*

## C. La protection de l'union conjugale (CC 171 ss)

**Bibliographie :** S. BURGAT/R. CHRISTINAT/O. GUILLOD, Les actions en exécution des contributions d'entretien, in *Quelques actions en exécution*, CEMAJ, Neuchâtel 2011, 105 ss ; A. CONNE/K. PLÜSS, Gewaltschutzmassnahmen im Kanton Zürich, *Sécurité&Droit* 4 2011 127 ss ; C. FOUNTOULAKIS, Das Eheschutzverfahren nach der schweizerischen ZPO, *PCEF* 28 2011/2012 274 ss ; D. TAPPY, La procédure de mesures protectrices de l'union conjugale selon le nouveau Code de procédure civile suisse : constantes et nouveautés, in A. Büchler, M. Müller-Chen (édit.), *Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag : Private Law (Band I) – national global comparative (Band II)*, Berne 2011, 1699 ss.

### 1. Les mesures protectrices de l'union conjugale (CC 172 ss)

**11. Composition de la cour.** En matière de mesures protectrices de l'union conjugale, l'art. 84 al. 2 admet une composition par juge unique, à la différence du principe de base qui amène la présence de trois juges lorsque le Tribunal cantonal est face à un recours ou un appel. *CREC*, 23.02.2011/14, *JdT* 2011 III 44.

**12. Pouvoir d'examen en appel.** Dans la mesure où une décision de nature provisionnelle est attaquée, l'autorité d'appel a plein pouvoir d'examen en fait et en droit. De plus, dans les causes régies par la maxime inquisitoire, les *novas* en appel sont soumises aux exigences de l'art. 317 CPC. Toutefois, les cas soumis à la maxime d'office peuvent bénéficier d'une application moins stricte. *CACI*, arrêt du 14.03.2011/12, *JdT* 2011 II 43 s.

**13. Dies a quo des contributions d'entretien dues aux enfants.** Comme la maxime d'office s'applique de manière générale pour tout ce qui est de l'enfant, le juge doit tenir globalement compte de l'objet de l'action que des conclusions aient été prises ou non par les parties. Partant, il peut juger *ultra petita*, même lorsque les conclusions font défaut. *In casu*, l'absence d'information concernant la date donnant droit aux contributions d'entretien n'a pas de conséquences pour la cour cantonale qui peut fixer le *dies a quo* au jour du dépôt de la requête de mesures protectrices, et cela sans être arbitraire. *TF*, 17.03.2011, 5A\_765/2010, *SJ* 2011 I 343 ss.

**14. Mesures provisionnelles / Effet suspensif.** Les mesures protectrices de l'union conjugale constituent des mesures provisionnelles au sens de l'art. 315 al. 4 let. b et 5 CPC, l'appel n'a en principe pas d'effet suspensif. Lorsqu'elle statue sur une demande d'effet suspensif, l'autorité de recours, qui dispose d'un large pouvoir d'appréciation permettant de tenir compte des circonstances concrètes du cas d'espèce, doit faire preuve de retenue et ne modifier la décision de première instance que dans des cas exceptionnels. *TF*, 30.09.2011, *ATF* 137 III 475 (5A\_478/2011), *SJ* 2012 I 55 s.

**15. Fixation de l'obligation d'entretien.** D'après l'art. 176 al. 1 ch. 1 CC, la convention, expresse ou tacite, passée par les époux est le point de départ pour établir la contribution d'entretien. En effet, pendant la vie commune, le couple décide de la répartition des tâches et des ressources entre eux. L'art. 163 CC traite de l'obligation d'entretien. La répartition sera ajustée en cas de changement de circonstance tels que la suspension de la vie commune, la reprise ou l'augmentation de l'activité lucrative, des frais supplémentaires, etc. *TF, 26.01.2012, 5A\_528/2011, SJ 2012 I 428.*

**16. Relation entre les mesures protectrices de l'union conjugale et les mesures provisionnelles durant la procédure de divorce.** Le juge des mesures protectrices est compétent pour la période antérieure à la litispendance de l'action en divorce, même s'il ne rend sa décision que postérieurement. Quant au juge des mesures provisionnelles, il devient compétent dès la litispendance. Toutefois, conformément à l'art. 276 CPC, les mesures protectrices ordonnées avant la litispendance continuent de déployer leurs effets tant que le juge des mesures provisionnelles ne les a pas modifiées, et même s'il ne rend sa décision que postérieurement. *TF, 15.08.2012, ATF 138 III 646 (5A\_324/2012), Fam-Pra.ch 14 (2013) 198 ss.*

**Durée indéterminée des mesures protectrices de l'union conjugale.** Bien que les mesures protectrices de l'union conjugale aient un caractère provisoire, elles peuvent être prononcées pour un temps indéterminé. En effet, il est souvent difficile d'apprécier la durée utile à la restauration de l'entente entre les époux. De plus, cela permet d'éviter de saisir à nouveau le juge dans le cas où les difficultés persistent et que la durée fixée à l'origine est dépassée. Finalement, dans la perspective d'un divorce, l'art. 276 al. 2 CPC prévoit expressément que les mesures protectrices prises avant l'ouverture de l'action en divorce restent en vigueur pendant la procédure de divorce, sans qu'il soit nécessaire de requérir des mesures provisionnelles, du moins tant que la situation ne s'est pas modifiée. *Tribunal cantonal fribourgeois, Cour d'appel civile I, 15.11.2012, RFJ 2013.*

**17. Effets des mesures protectrices de l'union conjugale après l'introduction de la procédure de divorce.** Selon l'art. 179 CC, les mesures protectrices de l'union conjugale prononcées avant l'introduction de la procédure de divorce restent valables également après la litispendance, aussi longtemps que le juge n'y a apporté aucune rectification (276 al. 2 CPC). Des modifications ou une révocation des mesures protectrices de l'union conjugale sont nécessaires, s'il s'avère par la suite qu'elles sont injustifiées ou que les circonstances se sont modifiées. Une modification ne peut être ordonnée que lorsqu'un changement durable et notable de la situation a été constaté. *Tribunal cantonal fribourgeois, Cour d'appel civile I, 16.01.2013, RFJ 2013.*

**18. Valeurs des mesures protectrices de l'union conjugale après la litispendance / Divorce.** Les mesures protectrices de l'union conjugale restent en vigueur après la litispendance aussi longtemps qu'elles ne sont pas modifiées par des mesures provisionnelles

prises par le juge du divorce. Ceci vaut aussi lorsque le Tribunal des mesures protectrices de l'union conjugale ne statue qu'après la litispendance, pour autant qu'il n'existe pas de conflit de compétences avec le juge du divorce. *TF, 15.08.2012, 5A\_324/2012, FamPra.ch 14 (2013) 198 ss.*

## **2. L'organisation de la vie séparée (CC 175-176)**

**19. Prise en compte de la stabilité personnelle pour l'octroi du droit de garde dans le cadre des mesures provisoires.** Lorsque les deux parents peuvent contribuer de manière identique à l'éducation et à la prise en charge des enfants, il convient alors de tenir compte de la stabilité de la situation personnelle de chaque parent, cela peut constituer un critère décisif pour l'octroi du droit de garde, prévalant sur la possibilité de la prise en charge personnelle (art. 176 al. 3 CC). Il y a notamment lieu de prendre en considération la stabilité de la situation des parents lorsque l'un d'eux fait l'objet d'une procédure pénale pendante. Il sera justifié, dans un tel cas, d'accorder le droit de garde à l'autre parent même si les enfants âgés avaient émis le souhait d'habiter avec l'autre parent en raison de liens affectifs plus étroits (art. 276 CPC). *TF, 08.03.2011, 5A\_621/2010, FamPra.ch 12 (2011) 746 s.*

**20. Prise en compte des dettes fiscales dans le calcul du minimum vital des époux.** En application de l'art. 176 CC, il convient de prendre en considération les dettes fiscales dans le calcul du minimum vital lorsque les contributions d'entretien sont déterminées conformément à la méthode du calcul du minimum vital avec répartition de l'excédent éventuel. En présence d'un excédent, il est donc arbitraire de ne pas inclure les impôts dans le calcul de la contribution d'entretien. Il y a toutefois lieu d'utiliser la méthode du minimum vital au sens du droit des poursuites en cas de découvert. Dans une situation déficitaire, la méthode du minimum vital au sens du droit des poursuites doit être utilisée. Dans une telle situation les impôts ne doivent pas être pris en compte pour le calcul de la contribution d'entretien, puisqu'ils ne font pas partie du minimum vital. Ces principes valent non seulement en procédure de divorce, mais aussi en cas de séparation. *TF, 30.09.2011, 5A\_302/2011, FamPra.ch 13 (2012) 160 ss.*

**21. Contribution d'entretien durant la séparation.** Le calcul de la contribution d'entretien doit se fonder sur la situation économique concrète. Les loyers, même faibles, doivent être pris à leurs valeurs effectives, en l'absence d'indices concrets de modifications imminentes. Ne peuvent être prises en considération pour le calcul des frais d'entretien, les contributions d'entretien, que lorsqu'elles sont effectivement payées en respect d'une obligation imposée par la loi. Peut être considéré comme un objet de stricte nécessité, un objet de nature auxiliaire conformément aux dispositions de la L'AI, tel qu'un véhicule privé utilisé par une personne handicapée. Une personne invalide sans activité lucrative peut aussi se prévaloir d'un droit à bénéficier d'un véhicule privé si elle en a grandement besoin pour entretenir des relations avec l'extérieur ou pour suivre un

traitement médical. Néanmoins, pour que ce véhicule soit considéré comme un objet de stricte nécessité, il faut que la personne handicapée ne puisse pas raisonnablement utiliser un autre véhicule, tel qu'un taxi. *TF, 20.09.2011, 5A\_319/2011, FamPra.ch 13 (2012) 163 s.*

**22. Conséquences d'un concubinage sur la contribution d'entretien en cas de mesures protectrices de l'union conjugale.** La détermination des contributions d'entretien dues se fait sur la base de la situation concrète (art. 176 CC). Il faut en particulier tenir compte de l'impact du concubinage d'un époux avec un tiers pour déterminer le montant de la contribution. Une réduction de la contribution d'entretien doit être opérée lorsque le créancier est soutenu financièrement par son nouveau partenaire. Il est toutefois nécessaire de tenir compte uniquement des frais économisés lorsque le concubin n'apporte pas une aide financière, mais qu'il simplement question d'une communauté de vie et de logement. Dans le cadre d'un concubinage qualifié, offrant les mêmes avantages que le mariage, le créancier perd son droit à la contribution d'entretien. Dans le cadre de mesures protectrices de l'union conjugale, il revient au débiteur d'établir que le créancier vit en concubinage qualifié. Toutefois, une relation stable entre le créancier et son nouveau partenaire ne doit pas être reconnue du seul fait qu'ils ont un enfant commun. *TF, 18.01.2012, ATF 138 III 97 (5A\_662/2011), FamPra.ch 13 (2012) 401 ss.*

**23. Calcul du revenu de chauffeurs de taxis indépendants en vue de la fixation de la contribution d'entretien.** Lorsque les époux ont une entreprise en commun et travaillent en tant que chauffeurs de taxis indépendants, il est admis de multiplier le nombre de kilomètres effectués durant une année par le barème kilométrique correspondant pour déterminer leurs revenus. C'est à la personne concernée qu'il revient de prouver le nombre de kilomètres effectués à vide. *In casu*, il n'a pas été prouvé que le nombre de jours et d'heures de travail de l'intimée correspond à un taux d'activité supérieur à 100% et, en l'absence d'autres motifs nécessitant la baisse de ce taux, il n'y a pas lieu d'imputer un revenu hypothétique inférieur à l'épouse. *TF, 21.11.2011, 5A\_306/2011, FamPra.ch 13 (2012) 410 ss.*

**24. Appel contre une décision de mesures protectrices de l'union conjugale.** En application du CPC dans le cadre de mesures provisionnelles (art. 176 CC), la Cour suprême ne s'écarte pas sans raison des constatations de l'instance inférieure. Tel est également le cas dans le cadre des mesures protectrices de l'union conjugale. L'application de la méthode concrète à une étape pour déterminer la contribution d'entretien due convient particulièrement en cas de situation financière aisée. *Tribunal cantonal bernois, Cour civile I, 17.01.2012, ZK 11 587, FamPra.ch 13 (2012) 416 ss.*

**25. Estimation du revenu effectif.** Lors du calcul de la contribution d'entretien pour la période de séparation du couple (art. 176 al. 1 ch. 1 CC), le juge n'est pas tenu de se fonder sur les comptes annuels établis par un avocat indépendant lorsqu'il a un doute



quant à leur véracité. Tel est notamment le cas s'il y a lieu de penser que le revenu déclaré n'est pas le revenu effectivement perçu. Il est ainsi nécessaire de constater ou d'estimer le revenu effectif, sans que cela soit considéré comme une imputation d'un revenu hypothétique. *TF, 12.04.2012, 5A\_72/2012, FamPra.ch 13 (2012) 1110 ss.*

**26. Calcul de l'entretien en cas de situation financière confortable.** Fixation de la contribution pécuniaire en faveur de l'épouse selon la méthode du calcul du minimum vital élargi, avec partage du disponible en cas de situation financière confortable. Cette somme représente ce à quoi l'épouse a droit pour continuer à vivre selon les mêmes standards que durant la vie commune. Dans le cas où la crédièntière reçoit moins de disponible que ce qui avait été fixé par le juge, le débirentier doit compenser cette différence par son bonus. *Tribunal cantonal St-Gall, 19.10.2012, FS.2012.17/18, FamPra.ch 14 (2013) 159 ss.*

**27. Attribution de l'immeuble à un des époux.** En cas de désaccord entre les époux quant à l'attribution du logement familial, le juge est amené à trancher en tenant compte de la situation particulière. Il se prononcera en général en faveur de l'époux qui bénéficierait davantage d'une telle décision (ex. le bénéficiaire du droit de garde, celui dont l'activité professionnelle supposerait ce privilège). Pour ce faire, le juge effectue une réflexion en escalier. En premier lieu, il prendra en compte non seulement les intérêts de chacun des conjoints, mais également ceux des enfants. Dans cette même perspective, le juge recherchera ensuite lequel des époux pour qui un déménagement poserait de trop grandes contraintes. Lorsque ces critères ne permettent pas d'arriver à une décision, le juge s'appuiera sur le rapport de propriété. En l'espèce, le logement conjugal a été attribué à l'époux puisque celui-ci en est le copropriétaire avec son frère. *TF, 13.09.2012, 5A\_416/2012, FamPra.ch 14 (2013) 176 ss.*

**28. Décision provisionnelle concernant l'enfant.** Dans le cadre de l'attribution de la garde dans le cadre des mesures provisionnelles, le bien-être de l'enfant est primordial. C'est pourquoi, la décision du juge de première instance, prévoyant que l'enfant doit vivre auprès du parent qui s'en est occupé la majeure partie du temps jusqu'à la procédure de divorce, est déterminée par le bien de l'enfant. En principe, il convient de refuser l'effet suspensif à l'appel interjeté par l'autre parent. Il en va différemment si le juge de première instance a attribué la garde de l'enfant à l'autre parent en dérogation du principe de prise en charge antérieure de l'enfant. Dans un tel cas, l'intérêt de l'enfant prime et exige, en cas de doute, de le laisser auprès du parent auprès duquel il sent se le plus à son aise. *TF, 30.08.2012, 5A\_303/2012, FamPra.ch 14 (2013) 194 ss.*

### 3. L'avis aux débiteurs (CC 177)

**29. Blocage des avoirs bancaires.** Les mesures provisionnelles conservatoires de nature pécuniaire de l'art. 178 CC sont non seulement considérées comme *lex posterior*, mais

également comme *lex specialis* aux dispositions relatives aux poursuites pour dettes. À titre de mesures de sûretés au sens de l'art. 178 al. 2 CC, le juge peut notamment prononcer le blocage des avoirs bancaires, le dépôt puis le blocage d'espèces ou d'autres objets de prix auprès des tribunaux ou d'institutions bancaires. De plus, l'injonction sera accompagnée de la menace d'une amende au sens de l'art. 292 CP. *TF, 28.03.2011, 5A\_852/2010, SJ 2012 I 34 ss.*

#### **4. La modification de l'obligation d'entretien (CC 179, 285 s.)**

**30. Modification des décisions de protection de l'union conjugale, absence d'effet suspensif de l'appel contre de telles décisions.** Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, les décisions portant sur la protection de l'union conjugale sont considérées comme des mesures provisionnelles. En application de l'art. 315 al. 4 let. b CPC, il n'y a pas d'effet suspensif en cas d'appel interjeté contre des mesures de protection de l'union conjugale. Il est nécessaire que, depuis l'entrée en force de chose jugée desdites mesures, des changements substantiels et durables aient été constatés pour admettre une modification des mesures protectrices. *Cour d'appel de Bâle-Ville, 12.07.2011, ZB.2011.12, FamPra.ch 12 (2011) 956 ss.*

**31. Conditions permettant de tenir compte d'un revenu hypothétique.** Dans le cadre de la modification d'un jugement de protection de l'union conjugale (art. 179 CC), il faut également analyser deux conditions pour admettre un revenu hypothétique. Il doit tout d'abord être possible et raisonnablement exigible du conjoint de débiter une activité lucrative ou d'accroître son pourcentage de travail. Afin de savoir si cette première condition est remplie, il convient de prendre en considération son âge, son état de santé et son niveau de formation. Il faut ensuite tenir compte du genre d'activité qu'il peut raisonnablement être exigé de lui, en considérant notamment le marché du travail et le revenu qu'il pourrait en retirer. Il serait toutefois arbitraire d'admettre de manière générale que la reprise d'une activité lucrative permettrait au conjoint de réaliser un revenu plus élevé. *TF, 29.06.2012, 5A\_218/2012, FamPra.ch 13 (2012) 1099 ss.*

## **II. Le divorce et la séparation de corps (CC 111 ss)**

**Bibliographie :** D. BÄHLER, Familienrecht : der Weg zur Einigung, in A. Dolge (édit.), Die neue ZPO : Erfahrungen, Unstimmigkeiten, Schwachstellen, Lösungen, Zurich/Bâle/Genève 2012, 79 ss ; R. BLASER/W. FELDER/F. GABAGLIO/N. LORETAN/I. RÖSLI/N. SCHAFFNER, Neue Wege für Hochkonfliktfamilien in Trennung und Scheidung, *RJB 2011* 923 ss ; PH. R. BORNHAUSER, Rechtsmittel in konventionsbasierten Scheidungsverfahren, *FamPra.ch 14 (2013)* 111 ss ; B. CARDINAUX, Ausländische Scheidungsurteile, *SPV 8/2011* 85 ss ; R. DA RUGNA, Lebensversicherung und Scheidung, *Revue de l'avocat 15 2012*

362 s. ; U. ENGELBERGER-KOLLER, Auflösung des gemeinschaftlichen Eigentums, *Revue de l'avocat* 15 2012 359 ss ; S. FURTHMANN, Auswirkungen der Ehescheidung auf die Bestimmung des Invaliditätsgrades, *PJA* 2012 765 ss ; M. GRÜTTER/H.-J. MOSIMANN/D. SPICHER, Ergänzungsleistungen im Kontext von Trennung und Scheidung, *FamPra.ch* 13 (2012) 688 ss ; CH. A. HERZIG, Anwendbares Recht bei einer IPR-Scheidung, *Jusletter* du 3.09.2012 ; R. HOHLER, Worauf bei einer Scheidung zu achten ist, *Plädoyer* 4/2012 36 ss ; E. JOHNER, Trennung und Scheidung, Ein Ratgeber für Unternehmer, Selbstständige und Führungskräfte, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2012 ; M. KAUFMANN, Rechtsbegehren zur Regelung der Scheidungsfolgen, *FamPra.ch* 12 (2011) 899 ss ; U. KIESER, AHV-rechtliche Unterstellung nach Ehescheidung, *PJA* 2012 753 ss ; H. HAUSHEER, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2010 : Familienrecht : Veröffentlicht in Band 136, ergänzt durch Internetveröffentlichungen : Scheidungsrecht, *RJB* 2011 676 ss ; B. KOBEL/E. FEURER/S. SCHILD/D. GUTSCHNER, SISF – Supervision im Trennungs- und Scheidungsprozess, *FamPra.ch* 14 (2013) 124 ss ; M. LENDFERS, Trennung/Scheidung und Ergänzungsleistungen, *PJA* 2012, 759 ss ; A. LEUBA, Divorce internationale et prévoyance professionnelle, *Jusletter* du 12.12.2011 ; M. MOSER, Tücken der Teilung – Die « Hotspots » zwischen Scheidungsrecht und beruflicher Vorsorge, *PJA* 2012 773 ss ; M. PETER, « Scheidung ist wie ein Erdbeben » – wenn Kinder über die Scheidung ihrer Eltern reden, *FamPra.ch* 12 (2011) 633 ss ; M. REICHMUTH, Familienzulagen bei Scheidung und weiteren Familienkonstellationen, *PJA* 2012 746 ss ; I. SCHWENZER, *FamKomm Scheidung*, vol. I (ZGB) et II (Anhänge), 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2011 ; S. ZINNG, Scheidungsverfahren : Klageantwort als Voraussetzung einer grundsätzlich immer durchzuführenden Einigungsverhandlung, *RJB* 2012 549 ss.

## A. Les conditions (CC 111 ss)

**32. Application par analogie des dispositions relatives au divorce sur requête commune.** En application de l'art. 116 aCC, il était possible d'appliquer les dispositions relative au divorce sur requête commune lorsque le conjoint défendeur était d'accord avec le principe du divorce ou lorsqu'il déposait une demande reconventionnelle. Cette norme s'applique aussi par analogie en cas de procédure pendante en Suisse, même si une demande de divorce est déposée par le défendeur dans un autre pays. Ces dispositions ne sont toutefois appliquées par analogie qu'en cas de volonté réciproque des époux de divorcer. Il n'est par contre pas exigé de respecter de manière stricte la procédure des art. 111 et 112 CC. Par conséquent, il appartient au juge, en vertu de son pouvoir d'appréciation de décider d'entendre ou non les époux en vue du divorce. *TF, 05.09.2011, ATF 137 III 421 (5A\_203/2011), FamPra.ch* 13 (2012) 174 ss.

**33. Rupture du lien conjugal admis pour le divorce.** L'art. 115 CC, exigeant des motifs sérieux pour admettre un divorce sur demande unilatérale avant l'écoulement du délai de deux ans, trouve application en cas de danger pour la santé mentale d'un époux, notamment lorsque certains actes ont provoqué une rupture importante de la confiance. Il

est nécessaire d'analyser chaque situation de manière concrète. *TF*, 02.05.2012, 5A\_177/2012, *FamPra.ch* 13 (2012) 1143 ss.

## **B. La procédure de divorce (aCC 135 ss, CPC 274 ss)**

**Bibliographie** : B. CARDINAUX, Ausländische Scheidungsurteile, SPV/PPS 8/2011 85 ss ; H. HAUSHEER, Scheidungsunterhalt vor Bundesgericht : zwischen Willkürüberprüfung und Annahmeverfahren ?, RBJ 147 (2011) 355 ss ; C. Josi, Rechtsmittel des urteilsfähigen Kindes gegen Entscheide in eherechtlichen Verfahren auch ohne Vertretung ?, *FamPra.ch* 13 (2012) 519 ss ; I. SCHWENZER (édit.), *Fam-Komm Scheidung*, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2011 ; CH. A. HERZIG, *Das Kind in familienrechtlichen Verfahren*, thèse Fribourg, Zurich/Bâle/Genève 2012 ; T. SILVA, *L'audition de l'enfant dans le cadre de la procédure de divorce de ses parents*, Jusletter du 31.10.2011.

### **1. En général**

**34. Refus de convoquer une audience de conciliation.** Dans la mesure où la non-convocation d'une audience de conciliation prévue à l'art. 291 constitue un préjudice de nature procédurale qui ne saurait être réparé, ni dans la suite de la procédure, ni dans le cadre de la décision finale, la décision attaquée est susceptible d'un recours au sens de l'art. 319 let. b ch. 2 CPC. *TF*, 05.08.2011, *ATF* 137 III 380 (5A\_233/2011), *SJ* 2012 I 73 ss, *JdT* 2012 II 432 ss.

### **2. La procédure cantonale**

**35. Exigences de conclusions en procédure d'appel.** En application de l'art. 311 CPC, le mémoire d'appel doit contenir des conclusions. Ces dernières doivent être chiffrées lorsqu'elles portent sur des prétentions de nature pécuniaire. De plus, il faut interpréter les conclusions à la lumière des motifs de l'appel. *TF*, 08.12.2011, *ATF* 137 III 617 (5A\_663/2011), *FamPra.ch* 13 (2012) 443 ss.

**36. Motivation de l'appel et administration des preuves.** En application de l'art. 311 al. 1 CPC, le recourant doit motiver son appel, peu importe que l'appel soit interjeté dans le cadre de mesures protectrices de l'union conjugale pour lesquelles la maxime inquisitoire s'applique (art. 55 al. 2 CPC) ou dans le cadre d'une procédure régie par la maxime des débats (art. 55 al. 1 CPC). La motivation de l'appel doit être claire et complète pour que le juge puisse la prendre en considération. Selon l'art. 316 al. 3 CPC, l'instance d'appel peut librement décider d'administrer des preuves sans que cela ne donne un droit au recourant à la réouverture de la procédure probatoire et à l'administration des preuves. L'appel peut donc être rejeté lorsqu'il n'est pas suffisamment motivé. *TF*, 26.04.2012, *ATF* 138 III 374 (5A\_651/2011), *FamPra.ch* 13 (2012) 1161 ss.

**37. Procédure relative à une requête de mesures provisionnelles.** La litispendance relative à la procédure en modification du jugement de divorce doit exister au moment de la requête de mesures provisionnelle pour que cette dernière soit valablement introduite (art. 276 al. 1 CPC). Le procès en divorce sur requête unilatérale doit être introduit par une demande remplissant les conditions de l'art. 290 CPC. Tribunal cantonal fribourgeois, Cour d'appel civil I, 25.04.2012, 101 2012–19, FamPra.ch 13 (2012) 1165 ss.

### 3. Les mesures provisoires (aCC 137, CPC 276)

**38. Restriction du pouvoir de disposer / Saisie provisionnelle.** La restriction du pouvoir de disposer au sens de l'art. 178 CC peut porter sur des biens localisés à l'étranger. La saisie, mesure de sûreté visant à assurer l'efficacité de la restriction du pouvoir de disposer et à empêcher l'acquisition des biens par des tiers, peut être ordonnée pour des biens étant à l'étranger, et cela au stade des mesures provisoires. *In casu*, la restriction du pouvoir de disposer et la saisie portent sur des biens localisés à l'étranger au nom de tiers, sociétés ou trusts. *TF, 26.04.2012, 5A\_259/2010, SJ 2012 I 453 ss.*

**39. Contribution d'entretien dans le cadre de mesures provisionnelles / Conséquence d'une clause particulière dans un jugement de divorce.** Lorsqu'au moment de la liquidation du régime matrimonial, les dettes du débirentier relatives à la contribution d'entretien n'ont pas encore été payées, elles devront être déduites de la créance matrimoniale. Néanmoins, en cas de litige, cet élément apparaîtra comme sans objet et sera rayé du rôle lorsque le jugement de divorce, prévoyant une clause de solde de tout compte, entre en force avant la décision relative au versement d'une contribution d'entretien. Ainsi, il n'est plus possible de faire valoir des droits patrimoniaux ou des droits découlant du régime matrimonial lorsque le jugement de divorce contient une telle clause. *TF, 06.04.2011, 5A\_608/2010, FamPra.ch 12 (2011) 713 ss.*

**40. Contribution d'entretien dans le cadre de mesures provisionnelles, déduction du salaire hypothétique de manière rétroactive.** L'examen de la probabilité pour un conjoint d'exercer à nouveau une activité lucrative ou d'en augmenter le pourcentage est étudié sous l'angle de l'art. 125 CC. En effet, cette analyse est nécessaire afin de calculer la contribution d'entretien dans le cadre de mesures provisoires, notamment lorsqu'une reprise de la vie commune du couple séparé n'est plus envisageable. Lorsque le conjoint créancier était en mesure d'accroître sa capacité de travail, mais ne l'a intentionnellement pas fait, il est légitime de tenir compte du revenu hypothétique dans le calcul de la contribution d'entretien due par le débirentier de manière rétroactive, i.e. au moment où le créancier aurait effectivement pu augmenter son taux d'activité. *TF, 04.04.2011, 5A\_848/2010, FamPra.ch 12 (2011) 717 ss.*

**41. Voie de droit contre un jugement en appel sur des mesures provisionnelles.** Depuis l'entrée en vigueur du CPC, les recours au Tribunal fédéral ne sont recevables que

contre les décisions cantonales de dernière instance prises par un tribunal supérieur en qualité d'instance de recours (art. 75 LTF). Chaque canton avait jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2011 pour instituer une telle instance. *In casu*, la procédure de recours était pendante au 1<sup>er</sup> janvier 2011 et le recours au Tribunal fédéral a été interjeté le 31 janvier 2011 contre le jugement d'un tribunal cantonal qui n'est pas un tribunal supérieur au sens de l'art. 75 al. 2 LTF : le recours est donc irrecevable. *ATF 19.04.2011 (5A\_162/2011), JdT 2011 III 105 s., FamPra.ch 12 (2011) 711 ss.*

**42. Fixation de la contribution d'entretien durant la procédure de divorce, modification de la convention dans le cadre de mesures provisionnelles.** Pour fixer la contribution d'entretien due au conjoint à titre de mesures provisoires durant la procédure de divorce au sens de l'art. 176 al. 1 ch. 1 CC, le juge doit se référer à la convention conclue entre les époux réglant la répartition des tâches et des ressources (art. 163 al. 2 CC). En application de l'art. 163 CC, les conjoints doivent, selon leur faculté, contribuer à l'entretien de la famille et si nécessaire, augmenter ou reprendre leur activité lucrative, en raison notamment des frais supplémentaires engendrés par la vie séparée. Le juge doit adapter la convention relative à la vie commune en cas de mesures provisoires afin de prendre en considération les faits nouveaux. Un refus de contribution d'entretien n'entre en ligne de compte que si le mariage n'a pas eu de conséquences sur la situation financière des époux. Le tribunal ne peut rendre des décisions de manière anticipée sur les questions de fond relatives à la procédure de divorce. *TF, 25.07.2011, 5A\_502/2010, FamPra.ch 12 (2011) 993 ss.*

**43. Absence d'effet suspensif en cas d'appel contre des mesures provisionnelles.** En application de l'art. 315 al. 4 let. b CPC, il n'y a pas d'effet suspensif en cas d'appel contre des mesures provisionnelles telles que des décisions de protection de l'union conjugale, ou encore des mesures provisoires prises durant la procédure de divorce. Il y a exceptionnellement un effet suspensif dans l'hypothèse où un préjudice difficilement réparable est possible pour une partie lorsque l'exécution n'est pas suspendue. Ne constitue pas un préjudice difficilement réparable le maintien provisoire de la réglementation sur la garde, respectivement du droit de visite. *TF, 30.09.2011, 5A\_478/2011, FamPra.ch 13 (2012) 198 ss.*

**44. Procédure relative aux contributions d'entretien dans le cadre de mesures provisionnelles.** Il est possible de reconsidérer les contributions d'entretien en faveur des enfants également, alors que le recours a uniquement été interjeté contre la contribution d'entretien du conjoint. Mais l'inverse n'est pas vrai. En effet, lorsque seules les contributions d'entretien en faveur des enfants sont remises en cause, il n'est pas possible de revoir l'entretien dû au conjoint, car celui-ci acquiert force de chose jugée partielle. Le montant de l'entretien du conjoint ne peut pas être revu sans conclusion à ce sujet. *TF, 07.11.2011, 5A\_361/2011, FamPra.ch 13 (2012) 447 ss.*

**45. Mesures provisionnelles maintenues en cas de retrait de la demande en divorce.**

Lorsque la procédure de divorce est rayée du rôle suite au retrait de la demande, les effets des mesures provisionnelles ordonnées pour la durée de vie séparée perdurent tant que les parties demeurent séparées et tant que le juge des mesures protectrices ne les modifie. Ainsi, les mesures provisionnelles prévues par la procédure relative à la demande de divorce continuent de déployer leurs effets tant que les époux restent séparés. *TF, 22.11.2011, 5A\_317/2011, FamPra.ch 13 (2012) 453 ss.*

**46. Attribution de l'autorité parentale en tant que mesure provisionnelle.**

Selon l'art. 297 al. 2 CC, le juge peut attribuer l'autorité parentale exclusive à l'un des parents dans le cadre de mesures provisionnelles. Cette possibilité ne doit être envisagée que lorsque les conditions de base de l'autorité parentale conjointe ne sont plus remplies et que l'intérêt de l'enfant requiert d'attribuer l'autorité parentale à l'un des parents dans le cadre des mesures provisionnelles déjà. En effet, le juge doit éviter autant que possible, pendant la procédure de divorce, de créer des situations irréversibles. Ainsi, si l'attribution du droit de garde à un parent apparaît suffisante pour garantir le bien de l'enfant. Il n'y a pas lieu de modifier aussi l'attribution de l'autorité parentale. En l'espèce, l'incapacité des parents à communiquer pouvait avoir de graves répercussions sur l'enfant. Dans ce contexte, il était donc impossible pour les parents d'exercer l'autorité parentale de manière conjointe, et c'est donc à juste titre que cette dernière a été attribuée à la mère. *TF, 12.11.2012, 5A\_271/2012, FamPra.ch 14 (2013) 181 ss.*

**47. Fixation de la contribution d'entretien.**

Un immeuble en copropriété habité par l'époux créancier peut également amener la prise en compte dans le calcul des besoins du débiteur du paiement indirect des amortissements. En effet, le TF estime que ce procédé n'est pas arbitraire (cf. art. 276 CPC). *TF, 10.09.2012, 5A\_244/2012, FamPra.ch 14 (2013) 190 ss.*

**48. Condition de l'effet suspensif à l'appel ayant pour objet des décisions portant sur des mesures provisionnelles concernant le droit de garde.**

Lorsque l'enfant vit, conformément à la décision du juge de première instance, auprès du parent qui s'en est principalement occupé jusqu'aux faits à l'origine de la procédure, l'effet suspensif à l'appel interjeté par l'autre parent est en principe refusé selon l'art. 315 al. 4 let. B et al. 5 CPC. Cependant, quand la décision de première instance octroie la garde à l'autre parent en dérogation au principe de la prise en charge principale antérieure de l'enfant, l'effet suspensif s'applique. Dans cette situation, l'intérêt de l'enfant prévaut. Ainsi, dans le doute, la situation antérieure est maintenue et dans un premier temps l'enfant reste auprès de son référent principal. *TF, 30.08.2012, 5A\_303/2012, FamPra.ch 14 (2013) 194 ss.*

**49. Tenue d'une audience avant la prise de décision du Tribunal.**

Selon l'art. 276 CPC qui renvoie à l'art. 273 CPC, le juge des mesures provisionnelles matri-

moniales ou des mesures protectrices de l'union conjugale doit tenir une audience avant de se prononcer. Il peut y déroger soit dans des cas simples, sans contestation de faits, soit dans les cas où les époux se sont déjà présentés devant lui et qu'il est par exemple simplement question de ratifier une convention. *Tribunal cantonal fribourgeois, Cour d'appel civil I, 03.12.2012, RFJ 2013.*

**50. Fixation de l'entretien durant la procédure de divorce.** La prise en compte, pour le calcul des besoins du débiteur d'entretien, des amortissements indirects payés par celui-ci pour un immeuble en copropriété des époux et habité par le créancier de l'entretien, n'est pas arbitraire. Ceci vaut même lorsque ces paiements ne rentrent pas dans la liquidation du régime matrimonial et ne profitent, dès le jugement de divorce entré en force, qu'au débiteur de l'entretien. *TF, 10.09.2012, 5A\_244/2012, FamPra.ch 14 (2013) 190 ss.*

#### **4. La convention à ratifier (aCC 140 ss, CPC 279 s.)**

**51. Interprétation d'une convention de divorce.** Dès que la convention de divorce est ratifiée, elle fait intégralement partie du jugement de divorce et perd sa qualification de droit purement privé (art. 279 al. 2 CPC). Il est donc possible d'interpréter les clauses de cette convention (art. 18 CO). Il s'agit alors d'une interprétation matérielle du contrat et d'une interprétation formelle du jugement. Il convient de procéder à l'interprétation objective sur la base du principe de la confiance lorsque la volonté subjective des parties ne peut plus être déterminée. *TF, 12.12.2011, 5A\_493/2011, FamPra.ch 13 (2012) 438 ss.*

**52. Ratification de la convention de divorce par le Tribunal fédéral.** En application de l'art. 32 al. 2 LTF, le Tribunal fédéral peut considérer une procédure sans objet et la rayer du rôle, lorsque les parties lui transmettent une transaction judiciaire qui permet de résoudre le litige. N'est toutefois pas une transaction judiciaire la convention réglant les effets du divorce. Celle-ci doit être ratifiée par le juge pour être valable. Lorsque le juge ratifie effectivement cette convention, elle devient partie intégrante du jugement et perd, de ce fait, sa nature contractuelle. Il convient, dès lors, non seulement d'analyser si la convention est complète, claire et licite, mais également son adéquation matérielle. Ce dernier aspect requiert un examen limité dans la mesure où il ne s'agit que des effets patrimoniaux du divorce entre les époux. Le dossier pourra directement être clôturé devant le Tribunal fédéral lorsque celui-ci a la capacité d'examiner les conditions de ratification de manière autonome. C'est-à-dire lorsqu'il peut se fonder sur les mémoires et les dossiers des parties. *TF, 28.06.2012, ATF 138 III 532 (5A\_123/2012), FamPra.ch 13 (2012) 1156 ss.*



## 7. L'assistance judiciaire

**53. Frais liés à la procédure de demande d'assistance judiciaire.** En principe, aucun frais n'est exigé en cas de procédure relative à l'assistance judiciaire, sauf en cas de mauvaise foi ou de procédé téméraire. Le principe de la gratuité de cette procédure ne vaut cependant qu'en première ou deuxième instance. Des frais peuvent être mis à la charge des parties dans le cadre d'un recours contre la décision de non attribution de l'assistance judiciaire *TF, 27.09.2011, ATF 137 III 470 (5A\_405/2011), FamPra.ch 13 (2012) 201 ss, JdT 2012 II 241 ss.*

## 8. Le jugement de divorce

**54. Dies a quo de la modification de jugement de divorce.** Le moment à partir duquel le jugement prend effet est fixé par le juge selon son appréciation et en tenant compte des circonstances du cas concret. En principe, l'effet de la modification remonte à la date du dépôt de la demande. Toutefois, pour des motifs d'équité, le juge peut retenir une date ultérieure, par exemple le jour du jugement, notamment lorsque la restitution des contributions versées et utilisées pendant la durée du procès ne peut équitablement être exigée. *TF, 14.10.2011, 5A\_461/2011, SJ 2012 I 148 s.*

## C. Les effets du divorce (CC 119 ss)

**Bibliographie :** R. BARBEY, La durée du mariage au sens de l'art. 125 CC, in A. Büchler/M. Müller-Chen (édit.), *Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag : Private Law (Band I) – national global comparative (Band II)*, Berne 2011, 129 ss ; B. DUTOIT, Vents contraires sur le droit international privé de la famille, *PJA 2012* 587 ss ; U. ENGELBERGER-KOLLER, Vorsorgliche Massnahmen im Familienrecht – Anträge, Inhalte und Beschwerden, in A. Rumo-Jungo/C. Fountoulakis/P. Pichonnaz (édit.), *Der neue Familienprozess : Durchsetzung und Vollstreckung familienrechtlicher Ansprüche*, 6. Symposium zum Familienrecht 2011, Universität Freiburg, Zurich/Bâle/Genève 2012, 85 ss ; E. FRITSCHI, Wie komme ich zu meinem Geld – Pauliana und Arrest im Familienrecht, in A. Rumo-Jungo/C. Fountoulakis/P. Pichonnaz (édit.), *Der neue Familienprozess : Durchsetzung und Vollstreckung familienrechtlicher Ansprüche*, 6. Symposium zum Familienrecht 2011, Universität Freiburg, Zurich/Bâle/Genève 2012, 61 ss ; TH. GAGATHULER, Unterhalt nach der Ehe : Gerichtspraxis uneinheitlich, *Plädoyer 1/2012* 34 ss ; TH. GAGATHULER, Unterhalt mündiger Kinder und Ehegattenunterhalt im Clinch, *plädoyer 1/2013* 40 ss ; TH. GEISER, Aufbau einer angemessenen Altersvorsorge und Dauer des nachehelichen Unterhalts, *FamPra.ch 13 (2012)* 353 ss ; TH. GEISER, Wenn die Rechtswege sich scheiden – die Verfahren beim Vorsorgeausgleich, in A. Rumo-Jungo/C. Fountoulakis/P. Pichonnaz (édit.), *Der neue Familienprozess : Durchsetzung und Vollstreckung familienrechtlicher Ansprüche*, 6. Symposium zum Familienrecht 2011, Universität Freiburg, Zurich/Bâle/Genève 2012, 31 ss ; H. HAUSHEER, Scheidungsunterhalt vor Bundesgericht, *RJB 2011* 355 ;

T. GÖKSU, Wieviel Einkommen, welches Vermögen – Auskunfts- und Editionspflichten von Ehegatten und Dritten, in A. Rumo-Jungo/C. Fountoulakis/P. Pichonnaz (édit.), *Der neue Familienprozess : Durchsetzung und Vollstreckung familienrechtlicher Ansprüche*, 6. Symposium zum Familienrecht 2011, Universität Freiburg, Zurich/Bâle/Genève 2012, 109 ss ; H. HAUSHEER, Scheidungsunterhalt : Berechnungs- und Bemessungsmethoden, *RDS 2012* 3 ss ; CH. A. HERZIG/M. JENAL, Verweigerung des Vorsorgeausgleichs in der Scheidung : Konfusion um Rechtsmissbrauchsverbot und Unbilligkeitsregel, *Jusletter* du 21.01.2013 ; C. KRAUS, *Grundlagen des Unterhaltsrechts*, Berne 2011 ; A. LEUBA, *Divorce international et prévoyance professionnelle*, *Jusletter* du 12.12.2011 ; A. LEUBA, *Le partage de la prévoyance professionnelle dans un contexte de divorce international*, *Jusletter* du 25.06.2012 ; A. LEUBA, *Le partage de la prévoyance professionnelle dans le cadre d'un divorce comportant des éléments d'extranéité*, in M. Baddeley/B. Foëx/A. Leuba/M.-L. Papaux van Delden (édit.), *Le droit civil dans le contexte international – Journée de droit civil 2011*, Genève 2012 ; M. MOSER, Tücken der Teilung – Die « Hotspots » zwischen Scheidungsrecht und beruflicher Vorsorge, *PJA 2012* 773 ss ; M.-L. PAPAUX VAN DELDEN, *Familles et Convention européenne des droits de l'homme : Incidences en droit de la filiation*, in M. Baddeley/B. Foëx/A. Leuba/M.-L. Papaux van Delden (édit.), *Le droit civil dans le contexte international – Journée de droit civil 2011*, Genève 2102 ; D. RÜETSCHI, *Prozessuale Fragen im Kontext der Schuldneranweisung*, *FamPra.ch 13 (2012)* 657 ss ; P.-H. STEINAUER, *Le sort de la plus-value prise par un immeuble en copropriété d'époux qui n'ont pas financé l'acquisition dans une mesure égale*, *Jusletter* du 25.03.2013 ; D. SUMMERMATTER, *Zur Berechnung des Vorsorgeunterhalts*, *FamPra.ch 12 (2011)* 665 ss ; D. TRACHSEL, *Scheidung : faire Regelung für Kinder, Wohnung und Finanzen : ein Ratgeber aus der Beobachter-Praxis*, Zurich 2012 ; L. A. UTTINGER, *Hinterlassenrente aus der beruflichen Vorsorge für die geschiedene Witwe*, *Jusletter* du 06.02.2012.

## 1. La liquidation du régime matrimonial (CC 120)

**55. Impôts dus et attribution d'un immeuble dans le cadre de la liquidation du régime matrimonial.** En application de l'art. 204 al. 2 CC, la dissolution du régime rétroagit au jour de la demande en cas de séparation de biens judiciaires. Les dettes existant à ce moment doivent être prises en considération, même si elles ont d'ores et déjà été payées. Les acquêts, comprenant le produit de l'activité lucrative ainsi que les revenus provenant de la fortune, doivent en principe être soumis à l'impôt sur le revenu et à l'impôt sur la fortune jusqu'à dissolution du régime matrimonial. Les impôts sont dus au moment de la survenance des faits conformément à ce que prévoit la loi. Un époux qui justifie d'un intérêt prépondérant peut demander qu'un bien en copropriété lui soit attribué, il devra alors satisfaire son conjoint pour la part lui appartenant. Lorsque la valeur du bien n'a pas été fixée entre les conjoints, la restitution de l'objet litigieux au vendeur tout en continuant à exiger de l'acheteur qu'il paie le prix initialement convenu n'est pas admissible. *TF, 23.05.2011, 5A\_54/2011, FamPra.ch 12 (2011) 978 ss.*

## 2. La prévoyance professionnelle (CC 122 ss, aCC 141 s., CPC 280 s.)

**56. Partage des prestations de sortie.** Comme la prestation versée à l'un des époux en application de l'art. 5 al. 1 let. c LFLP n'est pas propre à diminuer de façon déterminante les prestations de sortie des conjoints au sens des art. 122 et 124 CC, elle n'a pas à être prise en compte dans le règlement des prétentions en matière de prévoyance professionnelle entre les époux au moment du divorce et ne rend donc pas impossible le partage des avoirs acquis durant le mariage. *TF, 12.10.2011, 9C\_515/2011, SJ 2012 I 110.*

**57. Interprétation d'une convention relative à la liquidation du régime matrimonial, refus illicite d'octroyer une indemnité équitable.** Lorsqu'il n'est pas possible d'établir la volonté réelle des parties suite à l'interprétation d'une convention relative à la liquidation du régime matrimonial, le juge doit rechercher le sens que les parties pouvaient ou devaient donner de bonne foi à l'expression de leur volonté en application du principe de la confiance (art. 18 CO). Il convient donc de rechercher la volonté objective des parties. Admettre que l'époux disposant de ressources financières suffisantes pour subvenir à ses besoins durant sa retraite ne peut bénéficier d'une indemnité équitable constitue une violation des art. 123 al. 2 et 124 CC. *TF, 28.06.2011, 5A\_46/2011, FamPra.ch 12 (2011) 972 ss.*

**58. Prise en compte d'un retrait anticipé lors du partage de la prestation de sortie / Pas d'incidence d'une annotation au registre foncier.** En principe, en cas de retrait anticipé durant le mariage cette somme est imputée sur la prestation de sortie s'il existe une obligation de remboursement. Le versement anticipé EPL ne se trouve pas modifié lorsque son annotation n'a pas été enregistrée au registre foncier. En effet, l'annotation n'a pour but que d'informer les tiers de l'existence de relations juridiques, sans voir de portée constitutive. Ainsi, même à défaut d'annotation au registre foncier, l'obligation de rembourser demeure. Lorsque le jugement de divorce ne règle pas la question du retrait anticipé, mais se limite à prévoir l'application des art. 22 s. LFLP pour une répartition de la prestation de sortie de manière égale (art. 122 CC), le tribunal est lié par ce mode de répartition. Il convient alors d'imputer le retrait anticipé EPL à la prestation de sortie. La procédure du divorce doit tout de même établir quelles seront les circonstances individuelles concrètes à prendre en compte lors du partage de la prévoyance. *TF, 16.11.2011, ATF 137 V 440 (9C\_448/2011), FamPra.ch 13 (2012) 425 ss.*

**59. Versement en espèce durant le mariage.** L'art. 122 CC traitant des prestations de sorties ne comprend pas les versements en espèces opérés pendant le mariage. Il convient dès lors d'effectuer le partage conformément à l'art. 124 al. 1 CC. Un tel versement ne peut d'ailleurs pas être tenu en tant qu'indemnité équitable, particulièrement lorsque cet argent a été prélevé avec le consentement des deux conjoints et affecté au but pour lequel il avait été prévu. Dans la fixation de la contribution d'entretien après divorce, il est

nécessaire de prendre en considération l'état de santé d'un conjoint lorsque le mariage a eu sur sa vie un impact important. L'influence du mariage sur l'état de santé ne joue par contre pas de rôle. *TF, 14.05.2012, 5A\_894/2011, FamPra.ch 13 (2012) 1149 s.*

**60. Partage des avoirs de prévoyance.** Les prestations de prévoyance doivent être partagées sur la base de la durée totale du mariage, même si les conjoints n'ont vécu ensemble que pour une courte durée. Ainsi, la date de la conclusion du mariage et celle de l'entrée en force du jugement de divorce font foi. Il est inhérent à toute procédure de divorce de prendre en compte la période de vie séparée pour le partage de la prévoyance professionnelle. *TF, 20.09.2012, 5A\_178/2012, FamPra.ch 14 (2013) 169 ss.*

**61. Partage des prestations de libre passage après divorce.** L'art. 122 CC introduit le principe du partage par moitié des prestations de libre passage en cas de divorce lorsque un des époux au moins est affilié à une institution de prévoyance professionnelle et qu'aucun cas de prévoyance n'est intervenu pendant le mariage. Ce montant est calculé d'après la LFLP en fonction de la durée du mariage. *Tribunal cantonal valaisan, Cour des assurances sociales, 09.02.2011, RVJ 2012 128 ss.*

### 3. L'obligation d'entretien (CC 125 ss)

**62. Age limite pour la reprise d'une activité lucrative après le divorce / Facteurs limitant la capacité de pourvoir soi-même à son entretien.** D'après les circonstances du cas d'espèce, l'âge limite, à partir duquel il ne peut plus être demandé à la personne, qui pendant son mariage avait cessé toute activité lucrative, de reprendre un travail, tend vers les 50 ans. Selon les circonstances, la capacité de pourvoir soi-même à son entretien peut être limitée totalement ou partiellement par la charge que représente la garde des enfants. *In casu*, il a été reconnu comme arbitraire d'admettre qu'une épouse âgée de 46 ans ayant une formation d'employée de commerce ne soit pas en mesure d'exercer une activité à temps partiel. Surtout, qu'au moment de la séparation et du dépôt de la requête de divorce, ses connaissances linguistiques en allemand et en français, son bon état de santé ainsi que le fait qu'elle ait la garde d'un enfant de dix ans avaient plutôt tendance à pencher en sa faveur. *TF, 12.01.2011, 4A\_474/2010, SJ 2011 I 315 ss.*

**63. Influence du mariage sur la vie de la crédièntière / Prise en compte de la rente AVS pour la contribution dès la retraite.** Le fait que le mariage ait duré plus de dix ans, de même que le fait que les époux ont un enfant commun ont une influence concrète sur la situation professionnelle et financière de la crédièntière. Peu importe que l'épouse travaillait déjà à temps partiel avant le mariage et qu'elle ait poursuivi son activité à 50% durant le mariage à côté de la tenue du ménage et des soins voués à l'enfant, si les époux étaient d'accord avec ce mode de fonctionnement, l'ex-épouse peut prétendre au maintien du niveau de vie qui était le sien durant le mariage. Concernant la contribution d'entretien après divorce, il convient de tenir compte de la future rente AVS. Pour esti-

mer le montant de cette rente, il est non seulement nécessaire de se baser sur les années de cotisation ainsi que sur le revenu annuel moyen de la crédièntière, mais il faut aussi prendre en considération les bonifications pour tâches éducatives (art. 29 al. 1 LAVS) qui permettent d'octroyer une rente ordinaire de vieillesse. *TF, 22.03.2011, 5A\_842/2010, FamPra.ch 12 (2011) 701 ss.*

**64. Rente de veuve / Prévoyance professionnelle limitée dans le temps.** Il ressort d'une interprétation littérale, historique et téléologique de l'art. 20 OPP2 que les contributions d'entretien prévues dans le jugement de divorce permettent d'obtenir une rente de veuve de la part de la prévoyance professionnelle, même si cet entretien n'est que temporaire. Néanmoins, l'épouse divorcée perd son droit à la présente rente de veuve lorsque la contribution d'entretien, fondée sur le jugement de divorce, était limitée dans le temps et qu'elle prend désormais fin. Dans ce cas, le droit à une rente de la prévoyance professionnelle s'éteint en même temps. *TF, 06.09.2011, ATF 137 V 373 (9C\_35/2011), FamPra.ch 13 (2012) 178 ss.*

**65. Prise en compte de la retraite pour l'obligation d'entretien.** Lorsque le mariage a eu une influence sur la capacité économique d'un époux et que ce dernier ne peut désormais plus ou que partiellement subvenir à ses propres besoins en raison du divorce, l'autre conjoint devra alors en fonction de ses ressources financières combler le déficit. L'entretien après le divorce n'est en principe pas limité dans le temps. En pratique, une fois divorcée, il est normal que chaque époux ait droit au même niveau de vie, l'un par rapport à l'autre, lorsque le mariage a eu un impact sur la situation financière d'un des conjoints. Il est donc nécessaire de fixer la fin de l'obligation d'entretien au moment où le débiteur atteint l'âge de la retraite. En effet, lorsque le débiteur de l'obligation d'entretien atteint cet âge, il convient de prendre en compte une baisse de sa capacité financière. Pour le calcul des frais de santé annuels, le Tribunal fédéral doit se baser sur le tableau « Coût et financement du système de santé » établi par l'Office fédéral de la statistique. *TF, 14.11.2011, 5A\_435/2011, FamPra.ch 13 (2012) 186 ss.*

**66. L'obligation de reprendre une activité lucrative pour le calcul de la contribution d'entretien.** Lorsque c'est possible et raisonnable, il est admis de se fonder sur un revenu hypothétique du crédièntier pour établir la contribution d'entretien, plutôt que de prendre en compte les ressources financières effectives. Pour pouvoir se baser sur un revenu hypothétique, il ne suffit pas de pouvoir raisonnablement attendre de la part du conjoint des efforts supplémentaires, il faut encore que ces efforts à même d'améliorer sa situation financière. Toutefois, lorsque l'époux en charge du ménage est âgé d'environ 45 ans au moment de la séparation, il n'est plus exigé de lui qu'il retrouve un travail. La pratique actuelle tend désormais à exiger la reprise d'une activité lucrative jusqu'à l'âge de 50 ans. *TF, 07.09.2011, 5A\_340/2011, FamPra.ch 13 (2012) 193 ss.*

**67. Entretien dû après le divorce par le débiteur subissant une incapacité de travail.**

Il convient de prendre en compte, pour la fixation de l'entretien après divorce, lors du jugement de celui-ci, les modifications déterminantes et durables des besoins. Il faut toutefois être suffisamment sûr du pronostic établi. Ce n'est pas le revenu hypothétique, mais le revenu de remplacement effectif du débiteur de la contribution d'entretien qui sera déterminant. *In casu*, le débiteur n'est plus en mesure de travailler en tant que chauffeur poids lourds de manière durable. Les données statistiques ne suffisent pas pour déterminer le revenu effectivement réalisable. Il faut plutôt déterminer les éléments concrets du cas, tels que l'âge, la santé ou encore le niveau de formation du débiteur. Retenir des frais de logements plus bas que les frais effectifs est admissible en cas de situation financière difficile, notamment lorsque ceux-ci sont proportionnellement supérieurs au salaire mensuel. *TF, 22.12.2011, 5A\_751/2011, FamPra.ch 13 (2012) 430 s.*

**68. Prise en compte du revenu hypothétique pour le calcul de la contribution d'entretien après divorce.**

Il convient de prendre en compte un revenu hypothétique, à savoir un revenu supérieur, à l'égard du créancier d'une contribution d'entretien, lorsqu'une augmentation de la capacité financière peut raisonnablement être exigée de lui. Lorsqu'un mariage a eu un impact sur la situation financière d'un conjoint, et indépendamment d'un lien entre la restriction et le mariage, il faut prendre en considération le fait que le créancier n'est pas en mesure d'accroître sa capacité de travail en raison de problèmes de santé. *In casu*, lorsqu'une atteinte à la santé n'est pas prouvée, un enseignant âgé de 57 ans peut raisonnablement reprendre une activité lucrative même après une période d'interruption de deux ans. *TF, 05.12.2011, 5A\_750/2011, FamPra.ch 13 (2012) 431 ss.*

**69. Principe de solidarité dans la contribution d'entretien après divorce.**

Les conditions de solidarité relatives à la contribution après divorce sont remplies notamment lorsque le mariage a duré de longues années et que l'épouse a rencontré des problèmes de santé. Tel est notamment le cas d'un couple sans enfant, lorsque l'épouse a travaillé quelques heures par semaine durant toute la période du mariage et qu'elle s'est occupée du ménage. *Tribunal cantonal saint-gallois, Cour civile II, 05.04.2011, BF.2010.42, FamPra.ch 13 (2012) 436 s.*

**70. Prise en compte de l'état de santé / Mariage ayant eu un impact sur la vie.**

Lorsqu'un couple se marie malgré l'invalidité totale de l'épouse, il est légitime de considérer que les époux ont eu la volonté d'affronter cette épreuve ensemble et que le conjoint soutient son épouse. Il convient d'admettre que le mariage a eu un impact sur la vie lorsqu'un enfant est issu de cette union et que le mariage a duré près de dix ans. La contribution d'entretien ne peut toutefois pas être due pour une période indéfinie sans tenir compte de la durée du mariage et de l'âge de l'enfant. *In casu*, la contribution d'entretien pour l'épouse est due jusqu'aux 16 ans de l'enfant. *TF, 01.06.2012, 5A\_767/2011, FamPra.ch 13 (2012) 1150 ss.*

**71. Lacune de prévoyance d'un des conjoints.** En cas de divorce, lorsque celui des conjoints qui contribuait financièrement à l'entretien de la famille n'était pas affilié à une institution de prévoyance professionnelle en raison de son statut d'indépendant par exemple, le partage de la prévoyance amène alors quelques particularités. Ainsi, lorsque vient se greffer à cette situation le régime de la séparation de biens, la prévoyance privée acquise tout au long du mariage ne peut être partagée par moitié. Dès lors, les lacunes de prévoyance de l'autre époux seront comblées par l'allocation d'un capital sur la base des art. 125 al. 2 ch. 8 et 126 al. 2 CC. *II<sup>e</sup> Cour civile du Tribunal cantonal neuchâtelois, 27.09.2010, RJN 2011 93 ss.*

**72. Prise en compte de la fortune immobilière dans la contribution d'entretien.** Si lors d'une modification de la contribution d'entretien due après divorce (art. 129 al. 1 CC), les revenus du travail et de la fortune ne permettent plus d'assurer le train de vie des époux conformément au jugement de divorce, le juge peut imposer à l'époux débiteur d'entamer sa fortune dans le respect de la contribution qu'il doit verser, que cette fortune ait été mise à profit ou non pendant le mariage. *TF, 19.03.2012, ATF 138 III 289 (5A\_561/2011).*

**73. Jugement sur l'arriéré des contributions valant titre de mainlevée définitive.** Lorsque le juge de fond condamne le défendeur à payer une somme d'argent déterminé, la mainlevée définitive d'opposition est admise. Le juge de la mainlevée ne se prononce pas sur l'existence matérielle de la prétention. Il établit si la prétention déduite en poursuite ressort du jugement qui lui est présenté. Il en résulte que, si le débiteur prétend avoir déjà payé des contributions d'entretien au créancier depuis la séparation des époux, le juge de fond doit statuer sur les sommes qui doivent être déduites de l'arriéré. S'il se contente de réserver dans sa décision l'imputation des prestations déjà versées sans les chiffrer, le jugement rendu ne sera pas susceptible d'exécution forcée. En conséquence, il incombe au juge de fond de statuer sur les montants déjà versés devant être soustraits de l'arriéré. *TF, 9.07.2012, ATF 138 III 583 (5A\_217/2012).*

**74. Partage des avoirs de la prévoyance professionnelle.** La date déterminante pour le partage de la prévoyance professionnelle est la date d'entrée en force du jugement de divorce. Cette affirmation vaut même dans le cas d'un mariage de courte durée et d'une longue séparation avant divorce. Cette situation ne représente pas un abus de droit. En outre, il convient de retenir qu'un mariage a eu un impact important sur la vie d'un époux quand ce dernier a subi un déracinement culturel de son pays d'origine. Ceci ne vaut pas dans le cas où l'époux en question se serait adressé volontairement dans son pays d'origine à une agence matrimoniale prévoyant favorisant le contact avec des personnes à l'étranger. *TF, 20.09.2012, 5A\_178/2012, FamPra.ch 14 (2013) 169 ss.*

**75. Mesures provisionnelles dans le cadre de la modification du jugement de divorce.** Il faut appliquer les mêmes exigences strictes aux mesures provisionnelles durant

la modification du jugement de divorce et à la modification du jugement de divorce. Sinon la contribution d'entretien pourrait se voir réduite pendant un certain temps. Dans la procédure d'appel, les faits nouveaux ne peuvent être pris en considération que s'ils sont invoqués ou produits sans retard, particulièrement lorsqu'ils ne pouvaient pas être invoqués ou produits devant l'instance inférieure bien que toute la diligence requise ait été prise. *Tribunal cantonal bernois, 30.08.2012, ZK 12 377 HOH, FamPra.ch 14 (2013) 210 ss.*

#### **4. L'attribution du logement (CC 121)**

**76. Attribution d'un bien immobilier en cas de procédure de protection de l'union conjugale.** Il convient de prendre en considération des critères professionnels et sanitaires pour l'attribution du logement, particulièrement lorsque le couple n'a pas d'enfants. Seront pris en compte, dans un deuxième temps, les intérêts affectifs. Il est toutefois nécessaire de se référer aux rapports de propriété et aux rapports d'utilisation légale lorsque la pondération des intérêts n'ont pas permis d'obtenir un résultat. Un époux ne renonce pas nécessairement au droit de se voir attribuer le logement lorsqu'il déménage de l'immeuble commun. Le demandeur ne doit nécessairement avoir l'intention de résider lui-même dans le logement pour se le voir attribuer. *TF, 15.05.2012, 5A\_78/2012, FamPra.ch 13 (2012) 1104 ss.*

### **III. Les régimes matrimoniaux (CC 191 ss)**

**Bibliographie :** R. AEBI-MÜLLER, Miteigentum unter Ehegatten bei bloss einseitigen Investitionen – wer partizipiert am Gewinn ?, *RJB 2012* 658 ss ; R. AEBI-MÜLLER/L. JETZER, Beweislast und Beweismass im Ehegüterrecht, *PJA 2011* 287 ss ; PH. R. BORNHAUSER, Der Ehe- und Erbvertrag, Diss. Zurich 2012 ; E. SCHÖNBUCHER ADJANI, Ausgleich ausserordentlicher Leistungen zwischen den Eheleuten, *PJA 2012* 309 ss ; T. SOMARY/J. VASELLA, Nachlassplanung und familieninterne Unternehmensnachfolge : Ehegüter- und erbrechtliche Fragen, *Schweizer Treuhänder 85 (2011)* 291 ss ; P.-H. STEINAUER, Le sort de la plus-value prise par un immeuble en copropriété d'époux qui n'ont pas financé l'acquisition dans une mesure égale, Analyse critique de l'ATF 138 III 150 et des arrêts du TF 5A\_464/2012 et 5A\_417/2012, *Jusletter* du 23.03.2013 ; A. SCHWIZER, Trusts in Ehescheidungen : Güterrechtliche Fragen, *PJA 2012* 1119 ss ; D. TRACHSEL, Schnittstellen zwischen Güter- und Erbrecht, mit einem Seitenblick auf die Behandlung von Guthaben in der Zweiten und in der gebundenen Dritten Säule a, *PJA 2013* 169 ss.



## A. Généralités

**77. Administration des biens d'un époux par l'autre.** En application de l'art. 195 CC, les règles relatives au mandat (art. 394 à 406 CO) s'appliquent lorsqu'un époux confie à son conjoint l'administration de ses biens. En vertu de l'art. 400 CO, le mandataire est tenu de rendre des comptes et de restituer ce qu'il avait reçu pour exécuter le mandat lorsque le mandant en fait la demande. Il peut être mis fin au mandat en tout temps. Cette obligation de reddition de compte est applicable entre les époux. Cette obligation existe de manière accrue à l'égard des époux en raison de l'obligation de fidélité et d'assistance. L'époux mandataire doit prouver que le placement de la fortune de son conjoint a engendré des pertes, à défaut, il devra rembourser les biens confiés. *TF, 06.12.2011, 5A\_531/2011, FamPra.ch 13 (2012) 422 ss.*

**78. Réunion des contributions d'entretien versées à un enfant né hors mariage.** En l'espèce, il y a lieu à réunion aux acquêts pour des contributions alimentaires versées à la mère de l'enfant né hors mariage (art. 208 CC). En effet, le père n'avait aucun devoir de payer ces contributions d'entretien à son enfant illégitime. L'article 295 CC concerne les frais que doit le père à la mère non mariée pour la courte période antérieure et postérieure à la naissance de l'enfant né hors mariage. Etant donné qu'il n'y a aucune disposition qui prévoit une prestation d'entretien à plus long terme, la somme allant au-delà de ce qui est prévu à l'article 295 CC versée par le père à son enfant né hors mariage à l'insu de son conjoint est considérée comme une libéralité réunissable lorsque le dernier versement a été fait dans les cinq années qui suivent la dissolution du régime (art. 208 al. 1 ch. 1 CC). *TF, 28.09.2012, ATF 138 III 689 (5A\_234/2012).*

## B. L'attribution des biens à une masse

**79. Attribution d'un bien à une masse / Récompense / Présomptions.** Deux questions doivent être distinguées : la première permet de savoir à qui il appartient de prouver que des biens d'une masse ont été utilisés pour payer des dettes ou acheter des biens appartenant à l'autre masse, et la deuxième tend à connaître l'attribution d'un bien à une masse en vertu du régime matrimonial. En cas de récompense au sens de l'art. 209 CC, la masse qui a payé à la place de l'autre peut se faire rembourser à hauteur du montant payé. L'ayant droit peut être remboursé pour un montant limité à la valeur nominale, mais il peut également participer à la plus-value ou à la moins-value touchant le bien en question. Lorsqu'un époux verse, sur son compte bancaire, de l'argent provenant de ses acquêts et de ses biens propres, il est plus difficile d'apporter la preuve des récompenses (art. 8 CC). Dans certains cas, il n'est pas possible de déterminer si un époux a puisé dans ses fonds propres ou dans ses acquêts pour payer une dette. Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, sont considérés comme étant pris en charge par les

acquêts, les dépenses faites pour la famille, la prévoyance vieillesse, les frais d'acquisition des revenus ainsi que les impôts. Il y a lieu de présumer que les conjoints utilisent les acquêts pour s'acquitter de frais courants, et puisent dans les biens propres en cas de dépenses extraordinaires. Ces présomptions facilitent la preuve, cependant la présomption peut toujours être mise en doute par une contre-preuve. *TF, 01.09.2011, 5A\_37/2011, FamPra.ch 13 (2012) 164 ss.*

**80. Unité économique et juridique entre une entreprise et son propriétaire.** Il est nécessaire de lever le voile social (*Durchgriff*) lorsqu'il n'y a pas de séparation entre une entreprise et son propriétaire, de sorte qu'il s'agit d'une unité juridique et économique. Il convient de répartir proportionnellement les montants affectés aux différentes masses lorsque plusieurs de ces masses ont participé à la plus-value d'un immeuble. *TF, 28.06.2012, 5A\_696/2011, FamPra.ch 13 (2012) 1128 ss.*

**81. Conditions de réunion.** Les contributions d'entretien, versées volontairement à la mère d'un enfant né hors mariage par le débirentier, entrent dans le champ d'application de l'art. 208 al. 1 ch. 1 CC. Réalisées dans les cinq années antérieures à la dissolution du régime matrimonial, elles représentent une aliénation de biens sans contre-prestation et sont donc sujettes à réunion. Exceptionnellement, il en irait autrement s'il était question d'un contrat conclu entre la mère de l'enfant né hors mariage et le débiteur de l'entretien par lequel ce dernier s'engageait à exécuter une obligation morale. *TF, 28.09.2012, 5A\_234/2012, FamPra.ch 14 (2013) 161 ss.*

## C. L'attribution de la propriété d'un immeuble

**82. Attribution de l'immeuble en cas de propriété commune.** L'art. 205 al. 2 CC, est-il applicable en cas de propriété commune ? Il n'est toutefois pas nécessaire de trancher ce point lorsque les époux consentent à l'application de l'art. 205 al. 2 CC. L'époux qui demande l'attribution d'un immeuble sans procéder au partage en vertu de l'art. 205 al. 2 CC doit justifier d'un intérêt prépondérant ; il devra alors indemniser l'autre conjoint jusqu'à concurrence de sa part. Lorsque la valeur de l'immeuble ne présente pas de plus-value, l'objectif de l'époux désintéressé est, avant tout, d'être libéré de sa responsabilité solidaire pour le paiement de la dette hypothécaire. Son but n'est ainsi pas de recevoir un montant en argent. Lorsque seul un des époux a la capacité financière de reprendre l'immeuble en libérant son conjoint de sa responsabilité solidaire, il faut considérer que son intérêt à reprendre l'immeuble prévaut sur celui de son conjoint. *TF, 29.08.2011, 5A\_283/2011, FamPra.ch 12 (2011) 965 ss.*

**83. Partage de la copropriété d'un immeuble en cas de divorce.** L'établissement d'une copropriété entre époux crée un rapport juridique spécial entre eux. En cas de divorce, le partage de la copropriété a lieu avant la liquidation du régime matrimonial.

Les articles 650 s. et 205 al. 2 CC régissent ce partage. Lorsque les époux ne parviennent pas à se mettre d'accord sur le mode de partage, le juge peut décider d'un partage en nature, d'une vente aux enchères, voire d'une attribution au conjoint dont les intérêts le suggère, à charge pour lui de désintéresser son conjoint. Dans la dernière hypothèse, le juge fixe une indemnité due à l'autre époux en prenant en compte la valeur vénale de l'immeuble. Le résultat sera intégré dans les différentes masses des époux. Une fois la copropriété liquidée, le résultat du partage est pris en compte dans la liquidation du régime matrimonial. *TF, 17.02.2012, ATF 138 III 150 (5A\_532/2011)*.

## **D. La dissolution d'une société simple entre époux**

**84. Liquidation des rapports patrimoniaux entre époux.** Les rapports juridiques entre époux sont analysés avant de liquider le régime matrimonial. Le juge procède à une appréciation selon le principe de la confiance afin de déterminer les rapports juridiques entre les époux. Il prend en compte l'ensemble des circonstances connues ou déterminables, notamment la façon dont les époux exécutent leur rapport juridique d'un commun accord. La conclusion d'un contrat de société simple n'est subordonnée ni à une forme spécifique ni à la conscience d'avoir conclu un tel contrat. *Tribunal cantonal valaisan, Cour civile II, 08.03.2010, RVJ 2011 329 ss.*

## **E. L'estimation d'un bien**

**85. Valeur effective d'un immeuble.** Il convient de tenir compte la valeur effective d'un immeuble au moment de sa vente lorsqu'il est vendu au cours d'une procédure de divorce. S'il s'avère que le prix est trop bas, il est alors nécessaire de considérer la différence entre le prix de vente obtenu et la valeur supérieure de l'immeuble sur le marché. *TF, 11.05.2012, 5A\_104/2012, FamPra.ch 13 (2012) 1137 ss.*

**86. Estimation d'une entreprise agricole.** L'autorité cantonale d'estimation procède à l'évaluation de la valeur de rendement d'une exploitation agricole (en l'espèce viticole). Cette appréciation lie le Tribunal civil. Cependant, l'estimation à la valeur vénale peut soit être confiée à un expert judiciaire soit à l'autorité cantonale d'estimation, et reste soumise à la libre appréciation des preuves. Concernant les stocks : ceux-ci entrent dans les biens servant à l'exploitation en tant qu'ils sont nécessaires à l'exploitation normale et sont évalués à la valeur qu'ils représentent pour celle-ci. Au contraire, les stocks prévus pour la vente sont évalués à leur valeur vénale. Dans le cas présent, ils représentent un revenu des propres et entrent dans les acquêts sous réserve d'une convention contraire. Les revenus des biens propres, en l'espèce de l'exploitation viticole, ne sont affiliés aux acquêts que dans la mesure où ils ne servent pas au maintien nécessaire de

l'exploitation. De ce fait, seul le revenu net de l'exploitation revient aux acquêts. *TF, 10.02.2012, ATF 138 III 193 (5A\_636/2011), JdT 2012 II 489 ss.*

## IV. Le sort des enfants (CC 133–134)

**Bibliographie :** R. AEBI-MÜLLER, Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Familienrecht, Jusletter du 13.08.2012 ; R. AEBI-MÜLLER, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2010, *RJB 2011* 704 ss ; A. C. ALFIERI, Enlèvement international d'enfants : premières expériences avec la LF-EEA, *FamPra.ch 13 (2012)* 550 ss ; K. ANDERER, Die wichtigsten Neuerungen im Kindes- und Erwachsenenschutz, *Plädoyer 5/2012* 34 ss ; I. AMBAUEN/D. GIRSBERGER, Entwicklungen im schweizerischen internationalen Privatrecht, *RSJ 108 2012* 84 ss ; K. BANHOLZER/R. DIEHL/A. HEIERLI/A. KLEIN/J. SCHWEIGHAUSER, « Angeordnete Beratung » – ein neues Instrument zur Beilegung von strittigen Kinderbelangen vor Gericht, *FamPra.ch 13 (2012)* 111 ss ; U. BÄNZIGER, Der « neue » Neffe oder wie man sich eines « Kuckucks » entledigt, *Revue de l'avocat 14 2011* 480 ss ; M. BASLER SCHERER, Zusammenarbeit zwischen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde und Berufsbeistandschaft, *RMA 2012* 404 ss ; V. BEUTLER/S. PASQUIER, Le « röstigraben » de l'autorité parentale conjointe, *Plädoyer 4/2011* 26 s. ; S. BLUM/CH. WEBER KHAN, Der « Anwalt des Kindes » – eine Standortbestimmung, *RMA 2012* 32 ss ; A. BRENNER, Der Kindesunterhalt, *PJA 2012* 5 ss ; S. BRUNNER/H. SIMONI, Alltags- und Beziehungsgestaltung mit getrennten Eltern – Mitbestimmen und Mitwirken von Kindern aus psychologischer Sicht, Trennung und Scheidung : Übergänge im familialen Lebenslauf, *FamPra.ch 12 (2011)* 349 ss ; A. BÜCHLER/N. BERTSCHI, Gewünschtes Kind, geliehene Mutter, zurückgewiesene Eltern ?, *FamPra.ch 14 (2013)* 33 ss ; A. BÜCHER/M. MICHEL, Besuchsrecht und häusliche Gewalt, Zivilrechtliche Aspekte des persönlichen Verkehrs nach Auflösung einer von häuslicher Gewalt geprägten Beziehung, *FamPra.ch 12 (2011)* 525 ss ; Centrum für Familienwissenschaften an der juristischen Fakultät der Universität Basel, Aktuelle Reform des Rechts der elterlichen Sorge und des Unterhalts nach Trennung und Scheidung, Podiumsdiskussion vom 16. Februar 2012 in Basel, *FamPra.ch 13 (2012)* 627 ss ; A. CINA, Die Bedeutung des elterlichen Erziehungsverhaltens und Möglichkeiten der Elternunterstützung, *FamPra.ch 12 (2011)* 362 ss ; M. COTTIER/D. STECK, Das Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, *FamPra.ch 13 (2012)* 981 ss ; A. CURMALLY, Grundsätze der Berechnung des Kinderunterhalts bei einfachen finanziellen Verhältnissen, *ius.focus 1/2011* 3 s. ; E. DE LUZE, Les punitions corporelles dans l'éducation des enfants, état des lieux et perspectives pour la Suisse, *RMA 2012* 224 ss ; A. DIETRICH, Gemeinsame elterliche Sorge – Revision des Zivilgesetzbuches, *Revue de l'avocat 15 2012* 340 ss ; B. DUREL, Droits de garde et enlèvement international d'enfants, *RMA 2012* 190 ss ; R. EIGENMANN/G. IUDICIBUS-/R. HABERSAAT, Wie weit geht der Kinderschutz in der Schweiz ? Bis zur Grenze ?, *RMA 2012* 173 ss ; P. FASSBIND, Die Organisation des Kindes- und Erwachsenenschutzes nach neuem Erwachsenenschutzrecht, *FamPra.ch 12 (2011)* 553 ss ; M. FELBER, Aktuelle bundesgerichtliche Rechtsprechung, *RSJ 108 2012* 121 ss ; M. FELBER, Aktuelle bundesgerichtliche Rechtsprechung, *RSJ 108 2012* 18 s. ; M. FELBER, Aktuelle bundesgerichtliche Rechtsprechung, *RSJ 107 2011* 366 s. ; K. FLÜKIGER,

Beurteilung der Gefährdung des Kindeswohls bei Obhutentzug, *ius.focus* 5/2012 4 ; C. FOUNTOLAKIS, L'impact de la procréation médicalement assistée sur l'établissement et la destruction du lien de filiation, *FamPra.ch* 12 (2011) 247 ss ; C. FRICK/M. GAFNER, Droits des enfants suisses et européens à l'établissement et à la libre circulation, *Plädoyer* 3/2011 38 s. ; TH. GABATUHLER, Unterhalt mündiger Kinder und Ehegattenunterhalt im Clinch, *Plädoyer* 1/2013 40 ss ; F. GABUS, Anfechtung der Vaterschaft, *ius.focus* 8/2012 4 ; TH. GEISER, Das neue Namensrecht und die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, *RMA* 2012 353 ss ; TH. GEISER, Familienrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts 2012, *PJA* 2013 277 ss ; TH. GEISER, Familienrechtliche Rechtsprechung 2011, *PJA* 2011 1670 ss ; TH. GEISER, Informations- Anhörungs- und Auskunftsrecht des nicht sorgeberechtigten Elternteils, *FamPra.ch* 13 (2012) 1 ss ; R. GERBER JENNI, Das Gesetz über freiheitsbeschränkende Massnahmen im Vollzug von Jugendstrafen und -massnahmen und in der stationären Jugendhilfe, *RMA* 2012 21 ss ; TH. HÄBERLI/PH. MEIER, Übersicht zur Rechtsprechung im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (November 2012 bis Februar 2013), *RMA* 2013 102 ss ; TH. HÄBERLI/PH. MEIER, Übersicht zur Rechtsprechung im Kindes- und Vormundschaftsrecht (Juli bis Oktober 2012), *RMA* 2012 486 ss ; TH. HÄBERLI/PH. MEIER, Übersicht zur Rechtsprechung im Kindes- und Vormundschaftsrecht (März bis Juni 2012), *RMA* 2012 317 ss ; TH. HÄBERLI/PH. MEIER, Übersicht zur Rechtsprechung im Kindes- und Vormundschaftsrecht (November 2011 bis Februar 2012), *RMA* 2012 128 ss ; TH. HÄBERLI/PH. MEIER, Übersicht zur Rechtsprechung im Kindes- und Vormundschaftsrecht (Juli bis Oktober 2011), *RMA* 2011 493 ss ; TH. HÄBERLI/PH. MEIER, Übersicht zur Rechtsprechung im Kindes- und Vormundschaftsrecht (März bis Juni 2011), *RMA* 2011 312 ss ; TH. HÄBERLI/PH. MEIER, Übersicht zur Rechtsprechung im Kindes- und Vormundschaftsrecht (November 2010 bis Februar 2011), *RMA* 2011 137 ss ; C. HÄFELI, Familiengerichte im Kanton Aargau als Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden, *FamPra.ch* 13 (2012) 1001 ss ; H. HAUSHEER/H. P. WALER, Berner Kommentar Update – Kindesrecht, Art. 252–295 ZGB, 4<sup>e</sup> éd., Berne 2012 ; R. HEIM, Kindesanhörung – notwendiges Übel oder Wert-schätzung ?, *Revue de l'avocat* 14 2011 127 ss ; CH. A. HERZIG, Das Kind in familienrechtlichen Verfahren, Diss. Fribourg, Zurich/Bâle/Genève 2012 ; CH. A. HERZIG, Die Partei- und Prozessfähigkeit von Kindern und Jugendlichen sowie ihr Anspruch auf rechtliches Gehör, *PJA* 2013 182 ss ; CH. A. HERZIG/S. IMBACH/T. JENNY, Neuere Rechtsprechung und Literatur zum Ehe- und Kindesrecht, in A. Rumo-Jungo/C. Fountoulakis/P. Pichonnaz (édit.), *Der neue Familienprozess : Durchsetzung und Vollstreckung familienrechtlicher Ansprüche*, 6. Symposium zum Familienrecht 2011, Universität Freiburg, Zurich/Bâle/Genève 2012, 163 ss ; M. INVERSINI, Kinderschutz interdisziplinär – Beiträge von Pädagogik und Psychologie, *RMA* 2011 47 ss ; C. JACQUES, Les frais liés à l'entretien de l'enfant : de quelques développements sur les allègements fiscaux en vigueur dès 2011, *ASA* 2011 217 ; C. JOSI, Rechtsmittel des urteilsfähigen Kindes gegen Entscheide in eherechtlichen Verfahren auch ohne Vertretung ?, *FamPra.ch* 13 (2012) 519 ss ; V. JUNOD, Un pas supplémentaire vers le diagnostic préimplantatoire, *Jusletter* du 29.10.2012 ; R. KELLER, Rechtsprechungsübersicht, *Privatrecht*, *PJA* 2011 1094 s. ; G. KILDE, Der persönliche Verkehr des Kindes mit Dritten, *FamPra.ch* 13 (2012) 311 ss ; M. KRASNIQI, Gewalt und Vernachlässigung in der Familie, *CHSS* 2012 291 ss ; K. LERCH, Kindesvertretung im eherechtlichen Prozess – sinnvoll oder unnötig ?, *Revue de l'avocat* 15 2012 343 ss ; C. LOETSCHER, La

formation des mineurs condamnés à une peine privative de liberté en Suisse, Jusletter du 21.03.2011 ; C. LÖTSCHER, Keine aufschiebende Wirkung der Berufung bei Eheschutzmassnahmen, *ius.focus* 11/2011 3 s. ; C. LÖT-SCHER, Vorsorgliche Kindesunterhaltmassnahmen als Endentscheide, *ius.focus* 12/2011 5 ; C. MANSER, Neues Kindes- und Erwachsenenschutzrecht – konkrete Umsetzungsfragen, Ein Tagungsbericht, *RMA* 2012 432 ss ; L. MAZENAUER, Internationale Kindesentführungen und Rückführungen – Eine Analyse im Lichte des Kindeswohls, Diss. Fribourg, Zurich/Bâle/Genève 2012 ; PH. MEIER, L'enfant en droit suisse : quelques apports de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme, *FamPra.ch* 13 (2012) 255 ss ; PH. MEIER, L'enfant et la procédure civile, in C. Fountoulakis/P. Pichonnaz/A. Rumo-Jungo (édit.), *Droit de la famille et nouvelle procédure*, Genève/Zurich/Bâle 2012, 37 ss ; R. MERZ, Nicht zu-stimmungsberechtigte Beteiligte im Adoptionsverfahren und Zeitpunkt ihres Einbezugs im Verfahren, *RMA* 2012 79 ss ; A. METZLER, Mankoverteilung – gemeinsame elterliche Sorge, *Revue de l'avocat* 14 2011 125 ss ; K. MEYER, Wem steht das Aufenthaltsbestimmungsrecht zu ?, *Revue de l'avocat* 14 2011 129 ss ; K. MEYER/L. MAZENAUER, Internationale Kindesentführung – Wie ist das HKÜ auszulegen ?, *FamPra.ch* 14 (2013) 57 ss ; P. MÖSCH PAYOT, Rechtsstellung der Pflegeeltern : Rechtsfragen um vertrags- und sozialversicherungsrechtliche Rechte und Pflichten der Pflegeeltern, *RMA* 2011 87 ss ; S. MOTZ/-S. NUFER, Rechte von Kindern in Nothilfe, *Ausgewählte menschenrechtliche Aspekte*, Jusletter du 18.03.2013 ; V. MUTHUTHAMBY, Aktivlegitimation des Gemeinwesens zur Schuldneranweisung, *ius.focus* 6/2011 4 s. ; V. MUTHUTHAMBY, Anhörung des Kindes im Scheidungsverfahren, *ius.focus* 9/2011 4 ; A. NASRIN, Anordnung einer Schuldneranweisung im internationalen Verhältnis, *ius.focus* 2/2012 3 ; A. NASRIN, Zivilrechtliche Aspekte internationaler Kindesentführung, *ius.focus* 1/2012 3 ; A. NASRIN, Abänderung des Kindesunterhalts, *ius.focus* 11/2011 4 s. ; M. NOLDE, À l'écoute de l'enfant : le droit d'ex-primer son opinion et d'être entendu, *Sécurité sociale* 6/2011 333 ss ; M. PETER, « Scheidung ist wie ein Erdbeben » – wenn Kinder über die Scheidung ihrer Eltern reden, *FamPra.ch* 12 (2011) 633 ss ; M. PFAF-FINGER, Polyvalentes Kindeswohl – methodische Reflexionen über das Wohl des (adoptierten) Kindes, *RDS* 2011 417 ss ; J. REICH, « Schutz der Kinder und Jugendlichen » als rechtsnormatives und expressives Verfassungsrecht – Rechtsnatur und Normgehalt von Art. 11 Abs. 1 der Bundesverfassung, *RDS* 2012 363 ss ; R. REUSSER/TH. GEISER, Sorge um die gemeinsame elterliche Sorge, *RJB* 2012 758 ss ; G. RIEMER-KAFKA, Soziale Sicherheit von Kindern und Jugendlichen, Berne 2011 ; D. ROSCH, Bedeutung und Standards von sozialarbeiterischen Gutachten bzw. gutachtlichen Stellungnahmen in kindes-(schutz)rechtlichen Verfahren, *PJA* 2012 173 ss ; D. ROSCH, Die fürsorglerische Unterbringung im revi-dierten Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, *PJA* 2011 505 ss ; D. ROSCH, Melderechte, Melde- und Mitwirkungspflichten, Amtshilfe : die Zusammenarbeit mit der neuen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, *FamPra.ch* 13 (2012) 1020 ss ; D. ROSCH/M. GARIBALDI/S. PREISCH, Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde – Hoffnungsträgerin oder Hemmschuh ?, *RMA* 2012 416 ss ; D. RÜETSCHI, Prozessuale Fragen im Kontext der Schuldneranweisung, *FamPra.ch* 13 (2012) 657 ss ; R. RUF-LIN/C. MIANI/A. DVORAK, Wirkungsorientierung im Kindes- und Erwachsenenschutz, *RMA* 2013 4 ss ; A. RUMO-JUNGO, Entwicklungen im Familienrecht, *RSJ* 108 2012 145 ss ; A. RUMO-JUNGO, Das Kind im Familienprozess – erhöhte Präsenz durch neue Rechte, in A. Rumo-Jungo/C. Fountoulakis/P. Pichonnaz (édit.), *Der neue*

Familienprozess : Durchsetzung und Vollstreckung familienrechtlicher Ansprüche, 6. Symposium zum Familienrecht 2011, Universität Freiburg, Zurich/Bâle/Genève 2012, 1 ss ; A. RUMO-JUNGO/S. HOTZ, Der Vorentwurf zur Revision des Kindesunterhalts : ein erster Schritt, FamPra.ch 14 (2013) 1 ss ; A. RUMO-JUNGO/G. KILDE, Entwicklungen im Familienrecht, RSJ 109 2013 137 ss ; S. SAN-DOZ, Adoption et couple de même sexe, Jusletter du 21.05.2012 ; M. SCHAI, Notwendige Streitgenossenschaft bei Anfechtung der Vaterschaft, ius.focus 1/2013 4 ; M. SCHAI, Zumutbarkeit des Mündigenunterhalts, ius.focus 2/2013 4 ; M. SCHAI, Zuteilung der elterlichen Sorge und Obhut ; Befragung des Kindes, ius.focus 4/2013 5 ; J. SCHUMACHER, Gemeinsame elterliche Sorge, Revue de l'avocat 13 (2010) 285 ss ; I. SCHWANDER, Bundesgerichtliche Rechtsprechung zum internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht 2011/2012, PJA 2012 1616 ss ; J. SCHWEIGHAUSER/J. SCHREINER, Der Kampf um das Kind : Eskalationen und wie sie sich entschärfen lassen, in A. Rumo-Jungo/C. Fountoulakis/P. Pichonnaz (édit.), Der neue Familienprozess : Durchsetzung und Vollstreckung familienrechtlicher Ansprüche, 6. Symposium zum Familienrecht 2011, Universität Freiburg, Zurich/Bâle/Genève 2012, 129 ss ; T. SILVA, L'audition de l'enfant dans le cadre de la procédure de divorce de ses parents, Jusletter du 31.10.2011 ; L. STAUB, Bedeutung des Kindeswillens und des Persönlichkeitsrechts bei Umgangswiderständen, in A. Rumo-Jungo/C. Fountoulakis/P. Pichonnaz (édit.), Der neue Familienprozess : Durchsetzung und Vollstreckung familienrechtlicher Ansprüche, 6. Symposium zum Familienrecht 2011, Universität Freiburg, Zurich/Bâle/Genève 2012, 141 ss ; D. STECK/-J. SCHWEIGHAUSER, Die Kinderbelange in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, FamPra.ch 11 (2010) 299 ss ; R. STEINER/A. ROGGO, Rechtliche Probleme im Zusammenhang mit der allogenen Eizelltransplantation, der sogenannten « Eizellspende », PJA 2012 474 ss ; S. STÖSSEL/R. GERBER JENNI, Partizipation des Kindes als Voraussetzung für einen wirksamen Kinderschutz : das Beispiel der Familien- und Heimplatzierung, FamPra.ch 13 (2012) 335 ss ; A. STRASZ, Verjährung des Vaterschaftsanfechtung, ius.focus 8/2011 5 ; A. STRASZ, Stiefadoptionsähnliche Einzeladoption durch einen eigetragenen Partner, ius.focus 7/2011 4 ; A. STRASZ, Keine Durchbrechung der Unauflöslichkeit der Adoption, ius.focus 6/2011 5 ; A. STRASZ, Bestimmung der Beiträge für Kindesunterhalt, ius.focus 5/2011 3 s. ; A. STRASZ, Weiterführung des bisherigen Familiennamens im Rahmen einer Erwachsenenadoption, ius.focus 3/2011 5 ; D. SUMMERMATTER, Zur Abänderung von Kinderalimenen, FamPra.ch 13 (2012) 38 ss ; D. URWYLER, Die neue Verordnung über die Adoption, RMA 2011 357 ss ; F. WEGMANN, Rechtsprechungsübersicht, PJA 2013 97 s. ; D. URWYLER, Rechtsprechungsübersicht, Privatrecht, PJA 2012 1804 ss ; D. URWYLER, Rechtsprechungsübersicht, Privatrecht, PJA 2012 996 ss ; J. WIDER, Die Finanzierung von Aufenthalten in Kinder- und Jugendheimen (inkl. Schulheimen) im Kanton Zürich, Jusletter du 13.12.2010 ; M. WIDRIG, Elterliche Sorge – Ein Grundrecht ?, Jusletter du 23.07.2012 ; A. WIGGER/N. STANIC, Kinder wirken mit, Ein Handbuch zur Unterstützung der Mitwirkungspraxis in der aussenfamiliären Betreuung, Berne 2012 ; J. ZERMATTEN, Le droit de l'enfant d'être entendu, Plädoyer 2/2011 44 ss ; S. ZRINSKI, Adoptionsgeheimnis hat ausgedient, Plädoyer 6/2012 8 ss.

## A. La filiation (CC 252 ss)

**Bibliographie :** E. DE LUZE, Die Körperstrafe in der Kindererziehung – Bestandesaufnahme und Perspektiven für die Schweiz, *RMA 2012* 224 ss ; K. FELDER, Unterstützt der Sozialdienst die Freizeitaktivität von Kindern ?, *Zes0 2012* 8 ; C. FOUNTOULAKIS, L'impact de la procréation médicalement assistée sur l'établissement et la destruction du lien de filiation, *FamPra.ch 12 (2011)* 247 ss ; L. GALLEY/Y. HALDIMANN, Das Programm Jugend und Gewalt stellt seine Aktivität vor, *CHSS 2011* 329 ss ; R. GERBER JENNI, Das Gesetz über freiheitsbeschränkende Massnahmen im Vollzug von Jugendstrafen und -massnahmen und in der stationären Jugendhilfe, *RMA 2012* 21 ss ; H. HAUSHEER/H. P. WALTER, Berner Kommentar Update – Kindesrecht, Art. 252–295 ZGB, 4<sup>e</sup> éd., Berne 2012 ; M. KARLE, Die Praxis der Kindesanhörung in Deutschland unter besonderer Berücksichtigung der Frage einer Be- oder Entlastung der Kinder, *FamPra.ch 12 (2011)* 651 ss ; D. LÄTSCH, Wissenschaftlich fundierte Abklärung im Kinderschutz : Überblick über den internationalen Entwicklungsstand–und ein Ausblick in die Schweiz, *RMA 2012* 1 ss ; PH. MEIER, Résumé de jurisprudence (filiation et tutelle) novembre 2010 à février 2011, *RMA 2011* 116 ss ; PH. MEIER, Résumé de jurisprudence (filiation et tutelle) mars à juin 2011, *RMA 2011* 288 ss ; P. MÖSCH PAYOT, Rechtsstellung der Pflegeeltern : Rechtsfragen um vertrags- und sozialversicherungsrechtliche Rechte und Pflichten der Pflegeeltern, *RMA 2011* 87 ss ; F. MÜLLER/R. WYRSCH, Pilotprojekt Betreuungsgutscheine in der Stadt Luzern, *CHSS 2011* 325 ss ; G. RIEMER-KAFKA, Soziale Sicherheit von Kindern und Jugendlichen, Berne 2011 ; S. ZRINSKI, Beschneidung als « Akt der Fürsorge », *Plädoyer 6/2012* 11 ss.

### 1. L'établissement du lien de filiation (CC 252 ss, 264 ss)

**87. Procréation médicalement assistée à l'étranger / Curatelle de représentation de l'enfant.** *In casu*, l'enfant a été conçu en Espagne par insémination artificielle avec donneur anonyme. Vu l'impossibilité de lever en droit espagnol l'anonymat du donneur pour l'établissement d'un lien de filiation avec le père, la désignation d'un curateur au sens de l'art. 309 al. 1 CC est disproportionnée dans la mesure où elle est inapte à atteindre le but visé, soit l'établissement de la paternité. *CTUT, 12.04.2010/67, JdT 2011 III 48.*

**88. Consortit nécessaire de la mère et de l'enfant en cas de contestation de la présomption de paternité.** Les cas dans lesquels des personnes doivent agir en justice ensemble et faire recours ensemble sont défini par le droit matériel (art. 70 CPC). En cas de contestation de la présomption de paternité (255 CC) par le mari, la mère et l'enfant constituent une consortit passive nécessaire (art. 256 CC). Cependant, chacun d'eux peut recourir seul contre le jugement en question. *TF, 19.11.2012, ATF 138 III 737 (5A\_702/2012).*



## 2. La destruction du lien de filiation (CC 256 ss, 260a ss)

**89. Action en désaveu de paternité / Justes motifs permettant la restitution des délais pour ouvrir action.** Les délais énoncés à l'art. 256c CC sont de nature péremptoire et débutent dès le jour où le mari a eu connaissance de la naissance de l'enfant, ou lorsqu'il a appris qu'il n'était pas le père, ou lorsqu'il a appris que la mère avait eu une relation avec un tiers au moment de la conception (al. 1). La connaissance de l'identité du tiers en question n'est toutefois pas requise. L'action de l'art. 256c al. 1 CC demeure possible, même après l'écoulement du délai, mais uniquement en présence de justes motifs excusant le retard. Les justes motifs doivent être appréciés de manière restrictive, qu'ils soient de nature subjective ou objective. Un juste motif insuffisant peut toutefois être admis lorsque l'intérêt du demandeur prime nettement sur celui de l'enfant. *TF, 06.07.2011, 5A\_240/2011, FamPra.ch 12 (2011) 1002 ss.*

**90. Droit de contestation par la mère.** En application de l'art. 260a al. 3 CC, en cas de contestation de la reconnaissance de paternité par le père présumé, la mère de l'enfant peut participer à la procédure en tant qu'intervenante accessoire pour appuyer le défendeur. Les actes de la mère doivent être compatibles avec ceux de la partie qu'elle soutient. Elle peut dans ce cas utiliser tous les moyens d'attaque et de défense allant dans le même sens que ceux de la partie principale. La mère ne pourra toutefois pas recourir contre la décision si la partie principale s'oppose au recours ou acquiesce au jugement. *TF, 31.05.2012, ATF 138 III 537 (5A\_434/2011), FamPra.ch 13 (2012) 1167 ss.*

**91. Action en paternité tardive.** Le délai d'action pour l'enfant est d'une année après qu'il ait atteint l'âge de la majorité. Toutefois, selon l'art. 263 al. 3 CC, de justes motifs permettent d'intenter l'action après l'expiration de ce délai. En l'espèce, l'art. 8 CEDH qui confère le droit de connaître ses origines ne justifie pas d'admettre une action tardive avec effets d'état civil et vocation successorale indépendamment d'une limite temporelle. *Tribunal cantonal neuchâtelois, Cour civil II, 16.03.2011, RJN 2011 105 ss.*

**92. Qualité pour recourir contre une décision relative à une action en désaveu.** Bien que la mère et l'enfant forment une consorité passive nécessaire dans le cadre d'un recours contre une décision relative à une action en désaveu de paternité, tant l'un que l'autre peut faire recours contre la décision rendue contre la mère et l'enfant par l'autorité inférieure. Ainsi, une consorité nécessaire au sens impropre ne requiert pas une conduite commune du procès. Et cette dernière existe entre la mère et l'enfant. Finalement, l'art. 70 CPC n'a rien changé à la jurisprudence existante, étant donné qu'il appartient au droit matériel de déterminer dans quelles situations plusieurs personnes doivent agir ensemble. *TF, 19.11.2012, 5A\_702/2012, FamPra.ch 14 (2013) 215 ss.*

**93. Droit de connaître sa paternité.** Un père a le droit de connaître sa paternité biologique indépendamment d'une procédure en désaveu. L'art. 28 CC donne le droit de connaître son origine et sa descendance. Selon la Cour européenne des droits de l'homme, il

est contraire au principe du droit au respect de la vie privée et familiale contenu à l'art. 8 CEDH de ne pas connaître sa paternité biologique. En l'espèce, une pesée des intérêts est effectuée en faveur du plaignant. En effet, le fait de ne pas savoir si la défenderesse est sa fille affecte considérablement le plaignant dans sa personnalité, alors que l'intérêt de la défenderesse de ne pas procéder à un test de paternité est moindre. *Tribunal cantonal de Lucerne, 18.09.2012, 3B 12 33, FamPra.ch 14 (2013) 220 ss.*

## **B. L'autorité parentale (CC 133-134, aCC 144 ss, 297 ss, CC 296 ss)**

**Bibliographie :** J. DELABAYS, Autorité parentale, droit de visite et procédures, quelques jurisprudences récentes, in C. Fountoulakis/P. Pichonnaz/A. Rumo-Jungo (édit.), *Droit de la famille et nouvelle procédure*, Genève/Zurich/Bâle 2012, 175 ss ; TH. GEISER, « Ein eigentliches Umzugsverbot », *Plädoyer 6/2012* 16 s. ; TH. GEISER, Informations-, Anhörungs- und Auskunftsrecht des nicht sorgeberechtigten Elternteils, *Fam-Pra.ch 13 (2012)* 1 ss ; R. REUSSER/TH. GEISER, Sorge um die gemeinsame elterliche Sorge, *BJV 2012* 758 ss ; T. SILVA, L'audition de l'enfant dans le cadre de la procédure de divorce de ses parents, *Jusletter* du 31.10.2011 ; M. WIDRIG, Elterliche Sorge – ein Grundrecht ?, *Jusletter* du 23.06.2012.

### **1. L'attribution de l'autorité parentale (CC 133, 296 ss)**

**94. Respect du droit d'être entendu des parents / Compte rendu de l'entretien de l'enfant avec le juge.** En matière d'audition de l'enfant, les parents ont le droit d'être renseignés sur les éléments essentiels du résultat de l'audition, dans la mesure où ceux-ci influencent la décision du juge. Pour respecter le droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.), il suffit que les parents puissent se déterminer, avant la décision d'attribution des enfants, sur le compte rendu de l'entretien confidentiel que le juge a eu avec leur enfant. L'art. 378b al. 4 aLPC/GE prévoyait que les déclarations de l'enfant ou un résumé de celles-ci soient consignées par le juge, avec l'accord de l'enfant, dans un procès-verbal dont les parents pouvaient prendre connaissance. *TF, 26.03.2010, 5A\_860/2009, SJ 2011 I 277 ss.*

**95. Administration et responsabilité solidaire des parents quant aux biens de l'enfant.** Les père et mère mariés administrent ensemble les biens de l'enfant aussi longtemps qu'ils ont l'autorité parentale. En l'espèce, suite à un divorce, l'autorité parentale a été attribuée à la mère. Le recours de cette dernière agissant au nom de l'enfant mineur, contre le père, visant à reconstituer l'épargne de l'enfant, a été admis par la Cour de cassation. Selon l'art. 327 al. 1 CC, les père et mère répondent de la même manière qu'un mandataire, de la restitution des biens de l'enfant. Partant, le père, le défendeur peut être actionné en exécution intégrale de l'obligation au sens de l'art. 144 CO. Il

pourra ensuite se retourner contre la mère conformément à l'art. 149 al. 1 CO. *Cour de Cassation civile du Tribunal cantonal neuchâtelois*, 27.12.2010, *RJN 2011 97 ss.*

**96. Maxime d'office excluant l'utilisation de la protection juridique dans des cas clairs.** Dans des cas clairs, le parent détenteur de l'autorité parentale n'est pas autorisé à utiliser l'institution de la protection juridique pour obtenir la remise de l'enfant. Ceci en raison de l'application de la maxime d'office qui exclut l'utilisation de la protection juridique (art. 257 CPC). Ce n'est toutefois pas le CPC qui règle les litiges relatifs à la remise d'enfant de parents non mariés. Il convient alors d'appliquer la procédure applicable devant les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte (anciennement autorités tutélaires). *Tribunal de district zurichois*, 12.04.2011, *ER110090*, *FamPra.ch 12 (2011) 777 ss.*

**97. Modification de l'octroi de l'autorité parentale conjointe.** En application de l'art. 298a al. 2 CC, il convient de lever l'autorité parentale conjointe lorsque des faits nouveaux importants l'exigent pour le bien de l'enfant. Les conditions pour ce faire sont toutefois moins strictes qu'en cas de retrait de l'autorité parentale. Lorsque les éléments fondant la responsabilité commune des parents font défaut, le bien-être de l'enfant exige le transfert de l'autorité parentale. Il en va ainsi dans les situations de mésentente entre parents où aucune volonté de collaborer ne subsiste. Le fait de savoir lequel des parents est responsable de la nouvelle situation importe peu, seul le bien de l'enfant est déterminant. En cas de motifs suffisants, le juge peut ne pas s'appuyer sur les expertises établies par des spécialistes. *TF*, 04.01.2012, *5A\_721/2011*, *FamPra.ch 13 (2012) 472 ss.*

**98. Prise en compte d'éléments conduisant à l'octroi de l'autorité parentale.** Constitue un critère déterminant pour l'octroi de l'autorité parentale (art. 133 CC), le fait qu'un parent se montre ouvert à la coopération avec l'autre concernant les affaires touchant l'enfant, ou lorsque ce dernier encourage la relation entre l'enfant et l'autre parent. Cet élément est particulièrement pris en compte lorsque les deux parents disposent des mêmes aptitudes face à l'éducation de leur enfant. Dès lors, le principe de continuité est secondaire. *TF*, 26.06.2012, *5A\_138/2012*, *FamPra.ch 13 (2012) 1171 ss.*

**99. L'attribution de l'autorité parentale en cours de procédure de divorce.** En cas de vie séparée ou de ménage commun dissout, le juge peut accorder à un seul des parents l'autorité parentale. Néanmoins, le magistrat se gardera, tout au long de la procédure de divorce, de mettre en place des mesures excessives. En effet, pour ce qui est des mesures provisionnelles, lorsque l'octroi de la garde à un seul parent bénéficie le bien des enfants, l'autorité parentale ne sera pas attribuée. La question de l'autorité n'est soulevée que si l'autorité parentale conjointe ne peut être admise, les conditions faisant défaut. Ainsi pour répondre aux intérêts des enfants, seul un parent serait titulaire de l'autorité parentale. Il en va de même face au manque de coopération des parents relative aux enfants,

ainsi que face au risque de faire prolonger la procédure de divorce. *TF, 12.11.2012, 5A\_271/2012, FamPra.ch 14 (2013) 181 ss.*

## 2. Le droit de garde

**100. Rejet de la reconnaissance d'une décision étrangère en application de la Convention européenne de Luxembourg du 28 mai 1980 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants.** Lorsque l'État d'origine de l'enfant (la France) rend une décision accordant le droit de garde au père, domicilié dans un autre État (la Suisse), l'enfant a désormais sa nouvelle résidence habituelle dans ce deuxième État, provoquant ainsi un changement simultané de la compétence des autorités. En conséquence, les autorités de l'ancienne résidence habituelle ne peuvent en principe plus prendre des mesures concernant l'enfant. Suite au transfert de domicile, les autorités de la nouvelle résidence habituelle ne sont pas aptes à reconnaître une décision rendue par l'État du précédent lieu de résidence. Partant, ce dernier est dès à présent incompetent. Dès lors, et conformément à l'art. 10 al. 1 let. a de la Convention de Luxembourg, les décisions prises par une autorité incompetence sont manifestement incompatible avec les principes fondamentaux du droit régissant la famille et les enfants en Suisse. *TF, 31.03.2011, 5A\_131/2011, FamPra.ch 12 (2011) 727 ss.*

**101. Retrait du droit de garde.** En application de l'art. 310 al. 3 CC, il convient de prendre en considération le bien-être de l'enfant qui a longtemps vécu auprès d'une famille d'accueil, et avec laquelle il a établi une relation étroite, bien que sa mère demande la restitution du droit de garde. En effet, l'intérêt de l'enfant quant au maintien de l'état présent des choses peut l'emporter sur celui de la mère de retrouver son droit de garde sur l'enfant. Il en va également ainsi dans les situations où la mère souffre de troubles de la personnalité et n'est, de ce fait, pas en mesure de subvenir aux besoins de l'enfant. Cette pratique est applicable, nonobstant le fait que le retrait du droit de garde viole l'art. 8 ch. 1 CEDH, à savoir la protection de la vie familiale. En outre, en application de l'art. 313 al. 1 CC, de nouvelles mesures de protection de l'enfant ne peuvent être prises qu'en cas de changement de circonstances. Toutefois, il importe peu de savoir si la période de séparation est imputable à la mère ou non. De plus, que la mère ait demandé la restitution du droit de garde en temps utile ou non n'a aucune influence. *TF, 07.03.2011, 5A\_762/2010, FamPra.ch 12 (2011) 750 ss.*

**102. Interdiction de déménager à l'étranger portée à l'encontre du parent titulaire du droit de garde / Bien-être des enfants menacé.** Une interdiction peut être prononcée envers le parent titulaire du droit de garde lorsque ce dernier désir s'établir à l'étranger avec l'enfant. En effet, l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (anciennement autorité tutélaire), voire le juge, peut prendre des mesures au moment où le bien-être de l'enfant est véritablement mis en danger. Toutefois, une telle interdiction ne peut être

justifiée qu'en présence de risques concrets pour le bien-être de l'enfant. Aucune interdiction ne saurait être justifiée pour cause de difficultés d'intégration initiale ni de difficultés linguistiques. Cependant, lorsque d'autres facteurs viennent s'y additionner, une mesure d'interdiction pourrait être prononcée. Tel est notamment le cas lorsque les enfants ont été adoptés et que la stabilité de leur parcours, personnelle et scolaire, admet la continuité du séjour dans le pays actuel. Cette position est d'autant renforcée lorsque le déménagement à l'étranger n'était prévu que pour une courte durée. *TF, 22.II.2011, 5A\_643/2011, FamPra.ch 13 (2012) 480 ss.*

**103. Octroi de la garde en procédure de protection de l'union conjugale.** Il n'est pas arbitraire de tenir pour inadéquate les facultés éducatives du parent qui contrôle et influence totalement ses enfants. En effet, le droit de garde est en premier lieu attribuer au parent qui présente la meilleure capacité éducative. Ainsi les autres éléments d'attribution sont secondaires. Partant, l'intérêt des enfants n'admet pas que le droit de garde soit octroyé au parent dont le mode éducatif présente de sérieuses lacunes. *TF, 23.07.2012, 5A\_157/2012, FamPra.ch 13 (2012) 1094 ss.*

**104. Refus de l'octroi de la garde / Doutes sur les capacités éducatives.** Il est justifié de refuser le droit de garde au parent qui présente des lacunes quant à ses facultés éducatives. Tel est notamment le cas lorsqu'un parent ne donne pas d'informations correctes à l'enfant ou le fait participer aux conflits. Dans le cadre de la protection de l'union conjugale (art. 176 al. 3 CC), le principe n'admet d'analyser avec soin chaque cas concret par le biais d'expertises que face à des situations particulières. *TF, 28.03.2012, 5A\_905/2011, FamPra.ch 13 (2012) 1122 ss.*

### 3. La modification de l'attribution des droits parentaux (CC 134)

**105. Transfert du droit de garde / Assistance judiciaire / Procédure applicable.** Le CPC n'est pas applicable aux mesures de protection de l'enfant ainsi qu'au droit de la tutelle, matière dont les cantons demeurent libres de confier à des autorités administratives. Néanmoins, les art. 117 ss CPC sont applicables à titre supplétif. Le recours contre le refus d'assistance judiciaire, dans le cadre de cause de transfert du droit de garde, de la mère au père, est de la compétence de la Chambre des tutelles et s'instruit conformément aux art. 489 ss CPC-VD. *CTUT, 23.03.2011/70, JdT 2011 III 150 ss.*

**106. Faits nouveaux, modification de l'attribution de l'autorité parentale, volonté de l'enfant.** En présence de faits nouveaux, non seulement l'autorité parentale, mais également le droit de garde sont adaptés au bien-être de l'enfant (art. 134 al. 1 CC). Il convient alors d'adopter une nouvelle réglementation relative à l'autorité parentale et au droit de garde prenant en compte les circonstances nouvelles, ainsi que le bien de l'enfant. La volonté de l'enfant ne joue pas seule un rôle majeur. Toutefois, il sera tenu en compte des souhaits de l'enfant, notamment lorsqu'il a atteint l'âge de 12 ans. Peut

néanmoins être pertinent, le fait que l'enfant ait modifié ses souhaits et, désire désormais vivre avec l'autre parent. *TF, 01.06.2011, 5A\_63/2011, FamPra.ch 12 (2011) 1022 ss.*

**107. Faits nouveaux et intérêt de l'enfant exigeant une modification de l'attribution de l'autorité parentale.** En cas de modifications de circonstances, il convient de reconsidérer l'attribution de l'autorité parentale, notamment lorsque cela est exigé par intérêt pour l'enfant (art. 134 CC). Une modification de l'octroi de l'autorité parentale ne peut être opérée en présence de faits nouveaux que si le maintien de la réglementation actuelle menace le bien-être des enfants. Le bien-être des enfants prévaut sur le maintien de l'autorité parentale de la mère notamment lorsque le parent détenteur dudit droit emmène les enfants à l'étranger sans prendre en considération les conditions de vies précaires et le déracinement culturel engendré pour les enfants. *TF, 31.10.2011, 5A\_483/2011, FamPra.ch 13 (2012) 206 ss.*

#### **4. Le placement d'enfants**

**108. Ordonnance de mesures provisionnelles de protection de l'enfant.** Conformément à l'art. 310 CC, l'épanouissement de l'enfant, qui a pendant une longue période vécu auprès de parents nourriciers, doit primer. Ainsi, lorsque le retour de l'enfant au domicile des parents biologiques pourrait sérieusement compromettre son bien-être, l'autorité tutélaire refusera toute demande y afférent. La restitution de l'enfant peut uniquement être effectuée par le biais d'une procédure exécutée par l'autorité de tutelle. *TF, 29.10.2012, 5A\_620/2012, FamPra.ch 14 (2013) 225 ss.*

### **C. Les relations personnelles (CC 273 ss)**

**Bibliographie :** A. BÜCHLER/M. MARGOT, Besuchsrecht und häusliche Gewalt, *FamPra.ch 12 (2011) 525 ss* ; A. REISER, Autorité parentale, garde, relations personnelles, comment obtenir l'exécution des jugements, de *lege lata* ?, in C. Fountoulakis/P. Pichonnaz/A. Rumo-Jungo (édit.), *Droit de la famille et nouvelle procédure*, Genève/Zurich/Bâle 2012, 197 ss.

#### **1. Les principes et les limites (CC 273, 274)**

**109. Risque d'enlèvement justifiant une restriction du droit de visite.** Il n'est pas arbitraire, contraire à la loi ou à la Constitution fédérale de restreindre le droit de visite dans certaines situations. En effet, lorsqu'un risque d'enlèvement est reconnu, il est légitime d'imposer des limites spatiales et temporelles au droit de visite. *In casu*, le père d'origine tunisienne présentait un comportement équivoque. Partant, le passeport de l'enfant devait être déposé auprès de sa mère pendant l'exercice du droit de visite, afin d'éviter que la mère ne puisse plus récupérer son enfant, lors d'un éventuel voyage en Tunisie. *TF, 30.03.2011, 5A\_830/2010, FamPra.ch 12 (2011) 739 s.*

**110. Droit de visite, prise en compte des souhaits de l'enfant.** L'art. 273 CC, relatif aux relations personnelles entre l'enfant et le parent non titulaire de l'autorité parentale ou du droit de garde, constitue un devoir avant tout analysé sous l'angle de l'intérêt de l'enfant, et ce, en tenant compte des circonstances de chaque cas concret. L'enfant ne peut toutefois pas décider librement d'entretenir ou non des relations personnelles avec ce parent, et ce d'autant plus lorsque l'autre parent par sa conduite incite le refus de l'enfant. Néanmoins, les souhaits de l'enfant sont pris en considération dans la fixation du droit de visite, notamment lorsque l'enfant est assez âgé (art. 298 CPC). Une nouvelle audition de l'enfant ne peut être envisagée qu'en présence de faits nouveaux. *TF, 29.03.2011, 5A\_160/2011, FamPra.ch 12 (2011) 740 ss.*

**111. Relations personnelles entre parents et enfants, restrictions admissibles / Atteinte illicite au minimum vital du débiteur.** Il ressort du droit au respect de la vie familiale (art. 8 CEDH), un droit à une vie commune et à des relations personnelles entre les parents et leurs enfants, peu importe que les parents soient mariés, divorcés ou ne vivent plus en ménage commun (art. 273 CC). Il peut toutefois être porté atteinte à ce droit, qui n'est pas absolu, aux conditions de l'art. 8 ch. 2 CEDH. Il convient en premier lieu de considérer l'intérêt et le bien-être des enfants pour réglementer le contact personnel. Il faut déterminer le droit de visite au cas par cas, et non de manière générale. Le fait d'imposer un droit de visite accompagné est justifié en cas de risque d'enlèvement d'un enfant par l'un de ses parents. Une restriction dans le temps des relations personnelles doit être justifiée en raisons de circonstances concrètes. Concernant la fixation de la contribution d'entretien, il est illicite de léser le minimum vital du débiteur même d'un montant de CHF 30.-. *TF, 20.09.2011, 5A\_432/2011, FamPra.ch 13 (2012) 212 ss.*

**112. Relations père et enfant, améliorées par le biais d'une thérapie.** En application de l'art. 307 CC, une thérapie peut être mise en place afin d'améliorer les relations entre un père et son enfant, notamment lorsque l'éloignement entre ces derniers est imputable à la mère. Les circonstances ne justifient nullement la suppression du droit de visite, mais au contraire l'instauration de mesure visant à rétablir un lien affectif. Partant, une telle thérapie en est un moyen efficace. *TF, 05.12.2012, 5A\_615/2011, FamPra.ch 13 (2012) 475 ss.*

### 3. L'éducation de l'enfant

**113. Enseignement à domicile.** Il convient de respecter les conditions de l'art. 135 al. 2 SchulG BS pour admettre un enseignement à domicile. Il faut en effet que la personne enseignant octroie un enseignement privé de bonne qualité. Des exigences relatives aux aptitudes professionnelles et pédagogiques de l'enseignant ne sont pas arbitraires. Ces exigences deviennent plus élevées en fonction de la difficulté des branches d'enseignement. Lorsque la personne enseignant ne remplit pas ces conditions,

l'autorisation d'enseignement à domicile n'est pas octroyée. *TF, 25.01.2012, 2C\_686/2011, FamPra.ch 13 (2012) 390 ss.*

#### **4. L'audition de l'enfant (aCC 144, CPC 297 ss)**

**114. Exigences relatives à l'audition de l'enfant.** L'art. 144 aCC a été repris dans le CPC sans grandes modifications. Dès lors, on peut simplement s'inspirer de la jurisprudence relative à l'art. 144 aCC pour appliquer l'art. 298 al. 1 CPC. L'audition de l'enfant doit servir un but précis. Le juge évitera d'ordonner des auditions de pure forme et s'abstiendra dans la mesure du possible de surcharger l'enfant avec de nombreuses auditions, entre autre en cas de graves conflits familiaux, en l'absence de faits nouveaux ou lorsque l'intérêt de l'enfant à ne pas subir une nouvelle audition prime sur l'intérêt relatif à la récolte d'informations. Une nouvelle audition ne peut d'ailleurs pas être ordonnée lorsqu'une expertise est en cours, et alors que l'enfant a été entendu de nombreuses fois. Enfin, la jurisprudence du Tribunal fédéral requiert que l'enfant soit entendu par le juge, et que cette tâche ne soit pas automatiquement transférée à une tierce personne. *TF, 14.07.2011, 5A\_397/2011, FamPra.ch 12 (2011) 1031 ss.*

**115. Audition des enfants mineurs / Curatelle de représentation de l'enfant.** L'art. 298 CPC règle la procédure d'audition des enfants. Cette disposition reprend pour l'essentiel le contenu de l'ancien art. 144 CC, de sorte que la jurisprudence rendue sous l'ancien droit s'applique. Selon l'art. 299 al. 1 CPC, le juge doit examiner d'office si l'enfant doit être représenté par un curateur. La désignation d'un curateur, même dans les cas cités à l'art. 299 al. 2 CPC, n'a pas lieu automatiquement et le juge n'est pas tenu de rendre une décision formelle à ce propos. Il s'agit d'une question qui relève du pouvoir d'appréciation du juge. *TF, 18.09.2012, 5A\_465/2012, SJ 2013 I 9.*

#### **D. Les mesures protectrices (CC 307 ss)**

**Bibliographie :** B. DUREL, Obhutsrecht und internationale Kindesentführung, *RMA 2012* 190 ss ; R. EIGENMANN/G. DE IUDICIBUS/R. HABERSAAT, Wie weit geht der Kinderschutz in der Schweiz ? Bis zur Gren-ze ?, *RMA 2012* 173 ss ; P. FASSBIND, Die Organisation des Kindes- und Erwachsenenschutzes nach neuem Erwachsenenschutzrecht, *FamPra.ch 12 (2011) 553 ss.*

**116. Procédure applicable.** Les décisions prises en matière de protection de l'enfant (art. 307 ss CC) et en matière de relations personnelles (droit de visite) sont soumises au CPC-VD aussi longtemps que la révision du Code civil suisse n'est pas en vigueur (protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation). En la matière, le CPC suisse est sans portée. *CTUT, 04.03.2011/48, JdT 2011 III 48 ss.*

**117. Restriction au droit d'information du père de l'enfant né hors mariage.** Conformément à l'art. 275 CC, le droit d'information et de renseignement du parent non



titulaire de l'autorité parentale peut être limité, particulièrement lorsque le bien-être de l'enfant est en jeu. *In casu*, la restriction du droit du père est justifiée par à l'angoisse de sa fille face à la possibilité que son père puisse connaître sa nouvelle adresse. Le fait pour le père de ne pas être informé du nouveau lieu de résidence de sa fille ne constitue, en outre, qu'une légère restriction à son droit à l'information car des renseignements sur son état de santé et sa scolarité lui sont transmis régulièrement par le curateur. *Cour des mesures de protection de l'enfant et de l'adulte*, 18.05.2011, *RJN* 2011 112 ss.

**118. Curatelle d'assistance éducative.** Afin d'assister les père et mère dans le soin de l'enfant, le curateur ne se borne pas à exercer une surveillance, mais intervient lui-même activement (art 308 CC). La mesure de protection de l'enfant ordonnée doit être apte et nécessaire à atteindre le but de protection visé (principe de la proportionnalité au sens étroit). Dans la mesure où l'autorité cantonale dispose à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation, le Tribunal fédéral n'intervient que si l'autorité a pris en compte des éléments qui ne jouent aucun rôle au sens de la loi ou a omis de tenir compte de facteurs essentiels. *TF*, 31.05.2011, *5A\_840/2010*, *SJ* 2012 I 20 s.

**119. Ratification d'une convention conclue entre les parties / Appel.** Lorsque le juge ratifie une convention, celle-ci perd son caractère purement contractuel. Ainsi, la voie de l'appel est ouverte contre le prononcé de mesures de protection de l'union conjugal ratifiant une convention conclue entre les parties, si une partie apprend une cause d'invalidité de la convention, après la décision de première instance, mais avant que celle-ci ne devienne exécutoire (art. 308 al. 1 let. b CPC). *CACI*, 22.11.2011/310, *JdT* 2011 III 183 s.

**120. Mesures provisionnelles pour l'enfant mineur.** Les mesures provisionnelles ordonnées par le juge pour l'enfant mineur, dont le lien filiation reste à établir, sont des décisions incidentes (art. 283 aCC ; art. 303 al. 2 let. b CPC). Bien que cette décision ne soulève en général aucun préjudice irréparable, elle peut néanmoins être attaquée (art. 93 al. 1 let. a). Un préjudice irréparable doit être de nature juridique et doit ne pas pouvoir être réparé ultérieurement par une décision finale favorable au recourant. La jurisprudence considère que le paiement d'une somme d'argent afin d'assurer l'entretien de l'enfant n'entraîne, en principe, aucun préjudice de cette nature. *TF*, 23.03.2012, *ATF* 138 III 333 (*5A\_841/2011*).

**121. Appel contre l'attribution du droit de garde dans le cadre des mesures protectrices.** L'appel n'a en principe pas d'effet suspensif (art. 315 al. 4 CPC). Une exception est prévue si la partie concernée risque de subir un préjudice difficilement réparable (art. 315 al. 5 CPC). En règle générale, lorsque la première instance a attribué la garde de l'enfant au parent qui s'en occupait principalement avant le début de la procédure, l'appel de l'autre parent n'a pas d'effet suspensif. Toutefois, sont réservés les cas dans

lesquels le bien de l'enfant est en danger de telle sorte que la mesure provisionnelle est insoutenable. *TF, 30.08.2012, ATF 138 III 565 (5A\_303/2012)*.

## **E. L'obligation d'entretien des père et mère**

**Bibliographie :** K. ANDERER, *Das Pflegegeld in der Dauerfamilienpflege und die sozialversicherungsrechtliche Rechtsstellung der Pflegeeltern*, Zurich 2012 ; A. BRENNER, *Der Kindesunterhalt*, PJA 2012 5 ss ; CH. A. HERZIG, *Kindesunterhalt versus freie Selbstverwirklichung*, Jusletter du 01.10.2012 ; D. SUM-MERMATTER, *Zur Abänderung von Kinderalimenten*, FamPra.ch 13 (2012) 38 ss ; S. ZRINSKI, *Adoptionsgeheimnis hat ausgedient, Plädoyer 6/2012* 8 ss.

**122. Prescription des prétentions d'entretien.** Le délai de prescription des créances de l'enfant à l'égard de ses parents ne court pas aussi longtemps que l'enfant est soumis à leur autorité parental. (art. 134 al. 1 ch. 1 CO). *Tribunal cantonal valaisan, Cour de cassation civile, 17.09.2010, RVJ 2011 335 ss.*

**123. Détermination de l'entretien des enfants, devenus majeurs en cours d'instance, dont la résidence habituelle est en Italie.** Si la référence aux tabelles zurichoises ne paraît pas adéquate pour la détermination d'une contribution selon le droit italien, les autres principes exposés par la jurisprudence suisse sont compatibles au système italien. *CREC II, arrêt du 26.10.2010/217, JdT 2011 III 126 ss.*

**124. Cumul des prestations sociales et de la contribution d'entretien.** Il ressort de l'art. 285 al. 2 CC, le principe du cumul des prestations sociales et de la contribution d'entretien en faveur des enfants. En effet, les contributions d'entretien pour enfant sont payées cumulativement avec les allocations, les cotisations d'assurances sociales et les autres prestations relatives à l'entretien des enfants. On ne peut déroger à ce principe que de manière exceptionnelle. Toutefois, il y a lieu de procéder à une coordination matérielle lorsque le cumul des prestations sociales et de la contribution d'entretien dépassent excessivement les besoins des enfants. Il convient ainsi de procéder à un ajustement des contributions d'entretien en faveur de ceux-ci par la prise en compte desdites prestations sociales, à savoir en les déduisant du calcul de ladite contribution d'entretien, et non en les imputant sur la capacité financière des parents. *TF, 26.04.2011, 5A\_190/2011, FamPra.ch 12 (2011) 754 ss.*

**125. Calcul de la contribution d'entretien en faveur des enfants / Tabelles zurichoises.** En vertu de l'art. 285 CC, il convient de tenir compte du niveau de vie concret du débiteur pour le calcul de la contribution d'entretien en faveur des enfants, particulièrement en cas de capacité financière favorable. Le principe est d'avoir recours à des tabelles (tabelles zurichoises) indiquant des données chiffrées correspondant aux besoins. Cela permet ainsi une certaine généralisation tout en effectuant les ajustements nécessaires en vue du calcul effectif de la contribution d'entretien. Même si le niveau de vie

d'un canton est moins élevé qu'un autre, tel qu'à Zurich, il n'est pas possible de réduire les données chiffrées provenant des tabelles zurichoises relatives aux coûts de la vie, ce pour atteindre des données correspondant au même niveau de vie que dans le premier canton. En effet, les tabelles zurichoises sont basées sur des statistiques moyennes pour toute la Suisse, et non simplement sur la région zurichoise. Ainsi, il n'est pas autorisé de réduire les coûts de la vie de 30% à Sion par rapport à Zurich, vu que les loyers y sont plus élevés de 30%, ce en vue de réduire la contribution d'entretien. Enfin, il est illicite d'imposer à la mère titulaire du droit de garde, qu'elle octroie à son enfant des prestations en espèces en plus des soins et de l'éducation, lorsque cela dépasse son minimum vital. *TF, 21.04.2010, 5A\_690/2010, FamPra.ch 12 (2011) 757 ss, JdT 2012 II 302 ss.*

**126. Contribution d'entretien en faveur de l'enfant / Prise en compte de ses besoins et du niveau de vie du débirentier.** L'enfant a droit, en vertu de l'art. 276 CC, à une contribution d'entretien, notamment à des prestations pécuniaires (al. 2), lorsqu'il n'est pas sous la garde son père. En application de l'art. 285 CC, il convient de prendre en considération les besoins concrets de l'enfant (soins, éducation) ainsi que la capacité financière des parents, notamment de leur niveau de vie effectif, particulièrement celui du débirentier. En effet, il ne suffit pas de calculer globalement les besoins de l'enfant. Il est donc nécessaire de se référer aux besoins précédemment établis et de tenir compte des circonstances concrètes, et également de réadapter la contribution en cas de changements. De plus, il convient de relever que la loi n'impose pas une méthode de calcul déterminée. *TF, 11.03.2011, 5A\_115/2011, FamPra.ch 12 (2011) 769 ss.*

**127. Contribution à l'entretien d'enfants / Nature de l'avis aux débiteurs / Capacité d'agir de la collectivité publique.** L'avis aux débiteurs prononcé sur la base d'un jugement fixant, avec autorité de la chose jugée, des contributions à l'entretien d'enfants constitue une décision finale au sens de l'art. 95 LTF. Par contre, s'il était prononcé sur la base de mesures protectrices de l'union conjugale ou de mesures provisoires rendues durant une procédure de divorce, l'avis aux débiteurs serait une mesure provisionnelle au sens de l'art. 98 LTF. Lorsque la collectivité publique est subrogée en vertu de l'art. 289 al. 2 CC, elle est légitimée à exercer l'avis aux débiteurs. *TF, 16.03.2011, ATF 137 III 193 (5A\_882/2010), SJ 2012 I 68 ss, FamPra.ch 12 (2011) 762 ss.*

**128. Calcul de la contribution d'entretien en faveur des enfants, mesures provisoires, situation financière confortable des parents.** Constitue une décision incidente, la décision de mesures provisoires relative à la fixation de la contribution d'entretien en faveur des enfants majeurs (art. 281 al. 2 aCC). Seul un recours au Tribunal fédéral, soumis à des conditions strictes, permet d'attaquer cette décision incidente (art. 93 LTF). Le recours au Tribunal fédéral, sans restrictions supplémentaires (art. 90 LTF), est admissible contre les décisions finales, notamment les mesures provisoires relatives à la contribution d'entretien à l'égard d'enfants mineurs. Les besoins de l'enfant déterminent le montant de la contribution d'entretien, sans qu'une méthode de calcul particulière ne

soit exigée pour ce faire (art. 277 et 285 CC). Il n'est toutefois pas utile en raison du train de vie confortable des parents de retenir le niveau de vie le plus élevé possible. Il convient mieux de tenir compte de la situation financière effective. Il est cependant justifié de fixer un niveau de vie inférieur pour les enfants par rapport à celui de leurs parents, notamment pour des raisons pédagogiques. *TF, 24.10.2011, ATF 137 III 586 (5A\_462/2010), FamPra.ch 13 (2012) 223 ss.*

**129. Modification de la contribution d'entretien en cas de changement de circonstances / Prise en compte du revenu hypothétique du débiteur.** En application de l'art. 286 al. 2 CC, la contribution d'entretien est adaptée en raison de nouvelles circonstances, notamment lorsque le débiteur devient parent d'un nouvel enfant. Il ne s'agit nullement d'une correction du premier jugement. Toutefois, il n'y a pas nécessairement modification systématique de la contribution d'entretien en cas de changement de circonstances. En effet, ce n'est que si la charge d'entretien devient déséquilibrée entre les deux parents, notamment si cette charge devient excessivement lourde pour le parent débiteur de condition modeste, qu'une modification de la contribution semble justifiée. Pour fixer la contribution d'entretien, le tribunal doit en principe se baser sur le revenu effectif du débiteur, cependant le juge peut lui imputer un revenu hypothétique supérieur. Cela encourage le débiteur à réaliser un revenu raisonnablement exigible, et ce dans le but de remplir ses obligations. Lorsque le juge admet un revenu hypothétique, il doit non seulement examiner la situation concrète et ce qui est raisonnablement exigible. Il est toutefois arbitraire de prendre en considération des indemnités de chômage perçues auparavant pour estimer le revenu hypothétique, tout comme le fait de se baser sur le revenu moyen des dernières années. *TF, 26.09.2011, ATF 137 III 604 (5A\_99/2011), FamPra.ch 13 (2012) 228 ss, JdT 2012 II 403 s.*

**130. Ajustement de la contribution d'entretien due aux enfants.** En application de l'art. 286 al. 2 CC, en cas de modification notable de la situation, la contribution d'entretien due aux enfants est remaniée suite à la demande des intéressés. Ladite contribution ne peut être ajustée qu'en cas d'une importante disproportion entre les personnes concernées. Il convient dès lors de faire une pesée des intérêts des enfants, de la mère et du père. Lorsque cela est nécessaire, il y a lieu de réadapter les éléments inchangés jusqu'à lors, et ce dans le cadre de la nouvelle analyse relative à la contribution d'entretien. *TF, 04.01.2012, 5A\_506/2011, FamPra.ch 13 (2012) 486 ss.*

**131. Prise en compte de divers éléments lors de la modification de la contribution d'entretien en faveur des enfants.** La contribution d'entretien due aux enfants n'est soumise à aucune condition et ne dépend pas du droit aux relations personnelles. Une modification de l'obligation d'entretien ne peut être justifiée par une impossibilité d'exercer le droit de visite. L'abus de droit dans le cadre du droit de visite détourné de son but ne peut être admis que de manière restrictive (art. 2 al. 2 CC), ce particulièrement lorsque l'abus provient d'un tiers et non de l'enfant bénéficiaire de l'entretien. Il con-

vient de voir si les parties ont envisagé des changements et s'ils ont adapté la contribution d'entretien en conséquence, plutôt que de se baser sur la prévisibilité d'un changement lors de la modification de la contribution d'entretien (art. 286 CC). Constituent des éléments essentiels pour les intérêts des enfants qu'il est nécessaire de prendre en considération lors de l'attribution de l'autorité parentale l'assistance personnelles et les soins qui leur sont prodigués, particulièrement lorsqu'il s'agit d'enfants en âge de scolarité obligatoire. La reprise d'une activité lucrative partielle ne peut être demandée au parent qui s'occupe des enfants que lorsque le plus jeune des enfants a atteint l'âge de 10 ans. *TF, 12.12.2011, 5A\_618/2011, FamPra.ch 13 (2012) 490 ss.*

**132. Le refus d'entretenir l'enfant majeur.** En application de l'art. 277 al. 2 CC, aucune contribution d'entretien en faveur d'un enfant majeur n'est admise lorsque ce dernier est responsable de l'échec et de l'absence de relations personnelles avec le parent débiteur de la contribution d'entretien. *TF, 25.11.2011, 5A\_560/2011, FamPra.ch 13 (2012) 496 ss.*

**133. Prise en compte du revenu hypothétique.** En application des art. 276 et 285 CC, le juge peut imputer un revenu hypothétique supérieur au débiteur de la contribution d'entretien lorsqu'on peut raisonnablement exiger de lui compte tenu de son âge, de son état de santé et de sa formation, qu'il obtienne un revenu supérieur au revenu actuel. Le juge doit déterminer non seulement quelle activité lucrative peut raisonnablement être exigée du débiteur de la contribution d'entretien, mais aussi quel revenu il pourra en retirer. Le fait que le débiteur n'ait jamais touché de prestations de l'assurance-invalidité, bien qu'il prétende souffrir de problèmes de santé, constitue un indice de capacité de gain. *TF, 14.11.2011, 5A\_248/2011, FamPra.ch 13 (2012) 500 ss.*

**134. Contribution d'entretien en cas de déficit.** En application des art. 176 et 276 ss CC, il convient de répartir le montant disponible du débiteur de la contribution d'entretien entre chaque enfant, ce pour garantir le principe de l'égalité de traitement, particulièrement dans des situations où il y a un déficit. Ce partage du disponible en cas de déficit est opéré de manière à ce que chaque enfant reçoive le pourcentage dudit montant correspondant à sa part en comparaison au déficit global de tous les enfants. *Tribunal cantonal saint-gallois, 28.06.2011, RF.2010.69, FamPra.ch 13 (2012) 505 s.*

**135. Augmentation des allocations familiales de 20% en droit de la famille par rapport au droit des poursuites.** En application des art. 176 et 285 CC, le montant de supplément en faveur des enfants doit être augmenté de 20% en droit de la famille par rapport au droit des poursuites. Cette pratique est notamment édictée dans la Circulaire modifiée relative au minimum vital en droit des poursuites. En effet, les montants initiaux ne correspondent pas aux frais effectifs des enfants. À titre d'exemple, il convient de se référer aux tables zurichoises pour déterminer les besoins d'entretien, car ils se

fondent sur des situations financières moyennes. *Tribunal cantonal saint-gallois*, 26.04.2011, RS.2011.1, FamPra.ch 13 (2012) 506 s.

**136. Montant de la contribution d'entretien due par un parent dont les enfants vivent dans des ménages distincts, art. 285 al. 1 CC.** La situation financière du parent titulaire du droit de garde entre en considération dans le calcul de la contribution d'entretien due par l'autre parent. De ce fait, le parent débiteur d'aliments dont les enfants nombreux ayant des besoins d'entretien comparables, mais leur devoir une pension différente lorsque ceux-ci vivent dans des ménages avec des conditions financières dissemblables. *1<sup>ère</sup> Cour d'appel civil du Tribunal cantonal fribourgeois*, 06.06.2011, 101 2010–118, RFJ 2011 137 ss.

**137. Fixation de la contribution d'entretien pour l'enfant.** En cas de divorce, le coût de l'entretien de l'enfant se calcule selon l'art. 285 CC. Il n'y a pas de méthode particulière de calcul prescrite par la loi. Le juge doit faire usage de son pouvoir d'appréciation et prendre en considération toutes les circonstances du cas concret. En cas d'application de la méthode dite des « tabelles zurichoises », il convient d'observer en l'espèce ce qui suit : le poste « soins et éducation » ne doit pas être pris en considération. Les frais de « nourriture » et d'habillement sont, partout en Suisse, pour l'essentiel identiques, par conséquent les valeurs prescrites par les tabelles doivent être reprises. Pour le valais, les frais prévus pour le logement doivent être réduits de 20%. Les sommes pour le téléphone, la radio, la télévision, ainsi que pour les assurances doivent être réduites lorsqu'ils sont déjà comptés dans les besoins d'existence du parent gardien. *Tribunal cantonal valaisan, Cour civile I*, 09.11.2011, RVJ 2012 149 ss.

**138. Qualité pour agir contre la demeure du débirentier du parent détenteur de l'autorité parentale.** Selon les art. 289 al. 1 et 318 al. 1 CC, le parent qui détient l'autorité parentale perd sa qualité pour agir au nom de l'enfant, lorsque ce dernier devient majeur. En cas de demeure du débirentier, l'intérêt moratoire ne court qu'à partir du jour de la poursuite ou de la demande en justice (art. 105 al. 1 CO). *Tribunal cantonal valaisan, Cour civile II*, 21.01.2011, RVJ 2012 147 s.

**139. Participation privilégiée de la collectivité publique en cas de saisie en vertu de l'article 289 al. 2 CC.** L'article 111 al. 1 ch. 2 LP permet aux enfants du débiteur, en raison de leurs créances résultant de l'autorité parentale, de participer de manière privilégiée à la saisie prononcée contre le débiteur. En l'espèce, la recourante (la collectivité publique) a fait l'avance des contributions d'entretien à l'enfant du débiteur. Pour la première fois, le TF se prononce sur la question de savoir si la collectivité publique peut également participer de manière privilégiée à la saisie. Il y répond par l'affirmative. La participation privilégiée à la saisie au sens de l'article 111 LP est donc couverte par la subrogation prévue à l'article 289 al. 2 CC. *TF*, 26.01.2012, ATF 138 III 145 (5A\_404/2011), JdT 2012 II 505 ss.

**140. Capacité économique d'un parent en lien avec la fixation de la contribution d'entretien.** L'art. 285 CC admet la prise en compte de la situation économique du parent en cas de fixation de la contribution d'entretien. En l'espèce, la mère peut se voir accorder un délai transitoire raisonnable avant de reprendre toute activité professionnelle pour créer un lien étroit avec son nouveau-né, et également protéger sa santé physique et psychique. *TF, 19.10.2012, 5A\_309/2012, FamPra.ch 14 (2013) 230 ss.*

## F. Les biens des enfants (CC 318 ss)

**141. Prélèvements sur les biens de l'enfant.** En principe, des prélèvements sur les biens de l'enfant ne sont pas admis, sauf s'il s'agit d'un des cas prévus par l'art. 320 al. 1 CC. En application de l'art. 320 al. 2, il est possible de procéder à des prélèvements sur les autres biens de l'enfant (au sens de l'art. 276 al. 3 CC) pour subvenir à son entretien, à son éducation ou à sa formation. De tels prélèvements ne peuvent être effectués qu'en cas de nécessité, notamment lorsque les parents ne disposent pas de moyens financiers suffisants pour couvrir les coûts relatifs à l'entretien de leur enfant. De tels prélèvements ne peuvent cependant pas être justifiés par des éventuels besoins futurs de l'enfant ; ils sont uniquement autorisés lorsqu'ils sont nécessaires pour subvenir à un besoin concret et actuel de l'enfant. Dans tous les cas, avant de puiser dans la fortune de l'enfant, les parents doivent avoir épuisé les ressources propres de l'enfant prévues à l'art. 323 al. 1 CC ainsi que les biens spécifiques de l'art. 320 al. 1 CC. *TF, 06.07.2011, 5A\_149/2011, FamPra.ch 12 (2011) 998 ss.*

**142. La capacité d'acquérir un revenu / paiement des contributions d'entretien aux enfants / Exigences.** La contribution d'entretien d'un enfant mineur pose des critères stricts concernant l'exploitation de la capacité d'acquérir un revenu, particulièrement pour les budgets modestes. Les parents doivent s'adapter sur le plan professionnel ainsi que sur le plan géographique. *In casu*, cependant, il est déraisonnable de la part de l'instance inférieure d'affirmer, après plusieurs années, qu'un retour en Suisse pour exercer une activité lucrative, serait supportable pour le père. Effectivement, ce dernier avait de justes motifs de s'établir à l'étranger, n'ayant pas trouvé de situation appropriée en Suisse. De plus, de retour dans son pays d'origine, il y a de plus épousé une compatriote. *TF, 17.10.2012, 5A\_513/2012, FamPra.ch 14 (2013) 236 ss.*

## V. L'adoption (CC 264 ss)

**Bibliographie ;** R. MERZ, Nicht zustimmungsberechtigte Beteiligte im Adoptionsverfahren und Zeitpunkt ihres Einbezugs im Verfahren, *RMA 2012* 79 ss ; M. PFAFFINGER, Polyvalentes Kindeswohl – methodische Reflexionen über das Wohl des (adoptierten) Kindes, *RDS 2011* 417 ss ; S. SANDOZ, Adop-

tion d'un majeur par une personne seule ou « les vagues » de l'affaire Emonet, in A. Büchler/M. Müller-Chen (édit.), Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag : Private Law (Band I) – national global com-parative (Band II), Berne 2011, 1485 ss ; S. SANDOZ, Adoption et couples de même sexe, Jusletter du 21.05.2012 ; A. STRASZ, Keine Durchbrechung der Unauflöslichkeit der Adoption, ius.focus 6/2011 5 ; A. STRASZ, Stiefadoptionsähnliche Einzeladoption durch einen eingetragenen Partner, ius.focus 7/2011 4 ; A. STRASZ, Verjährung des Vaterschaftsanfechtung, ius.focus 8/2011 5 ; A. STRASZ, Weiterführung des bisherigen Familiennamens im Rahmen einer Erwachsenenadoption, ius.focus 3/2011 5 ; D. URWYLER, Die neue Verordnung über die Adoption, RMA 2011 357 ss ; S. ZRINSKI, Adoptionsgeheimnis hat ausgedient, Plädoyer 6/2012, 8 ss.

#### **143. Modification jurisprudentielle sur le changement de nom d'un adopté majeur.**

Le majeur qui souhaitait se faire adopter devait se soumettre aux effets légaux de l'adoption, parmi lesquels l'acquisition du nom des parents adoptifs. En raison de l'évolution sociale, le système ne l'exige plus. Désormais, la volonté seul de l'adopté majeur adopté de reprendre conserver son nom démontre à lui seul le lien étroit entre son nom et sa personnalité et suffit comme juste motif au sens de l'art. 30 al. 1 CC. *TF, 27.01.2011, ATF 137 III 97, SJ 2011 I 369 ss.*

**144. Annulation d'une adoption par une nouvelle adoption.** Seuls les critères des art. 269 et 269a CC permettent de remettre en cause l'adoption. L'adoption ne peut être annulée sur d'éléments ultérieurs. De plus, le droit de connaître son origine ne transforme aucunement les liens biologiques en liens de filiation juridique. Malgré le caractère indissoluble d'une adoption plénière, le Code civil suisse prévoit qu'une adoption puisse être annulée par le prononcé d'une nouvelle adoption, ce aux exigences de la CEDH, notamment au regard de l'art. 8 CEDH, et art. 13 Cst. *TF, 14.04.2011, ATF 137 I 154 (5A\_115/2011), FamPra.ch 12 (2011) 734 ss, JdT 2012 II 229 ss.*

**145. Refus de l'adoption dans un partenariat enregistré.** L'adoption de l'enfant du partenaire n'est pas ouverte aux personnes liées par un partenariat enregistré (art. 28 LPart.). Pour un couple marié, l'adoption de l'enfant du conjoint n'est possible qu'après cinq ans de mariage (art. 264s al. 3 CC). *In casu*, après seulement trois ans de partenariat enregistré, la recourante a déposé une demande d'adoption de l'enfant de sa partenaire. La recourante a ainsi réclamé quelque chose que le droit suisse ne reconnaît pas aux couples mariés avant au moins cinq ans. Reste ouverte la question de savoir si l'interdiction faite aux partenaires enregistrés d'adopter en vertu de l'art. 28 LPart est conforme à la Constitution et au droit international. *TF, 05.05.2011, ATF 137 III 241 (5A\_774/2010), JdT 2012 II 142 ss, FamPra.ch 12 (2011) 731 ss.*



## VI. La communauté familiale (CC 328 ss)

**146. Situation financière confortable / Assistance aux proches.** Lorsqu'une personne se trouve dans une situation financière aisée, elle peut être tenue de fournir une assistance à ses proches. Il faut toutefois que ce train de vie confortable puisse perdurer pour l'avenir en tenant compte de l'apparition de besoins en soins accrus à partir d'un certain âge. La constitution d'une prévoyance pour d'éventuels soins a la priorité sur le devoir d'assistance aux proches. *TF, 21.06.2012, 5A\_122/2012, FamPra.ch 13 (2012) 1187 ss.*

**147. Rejet d'une action en paiement de dette alimentaire intentée par le service de l'action sociale contre les enfants d'un couple résidant dans un home.** La condition d'indigence mentionnée à l'art. 328 CC doit être analysée au cas par cas en tenant compte de toutes les circonstances du cas d'espèce. Dans son examen, le juge peut se baser sur les normes CSIAS, il est toutefois libre de s'en écarter. Lors d'une donation, les règles sur le dessaisissement de fortune contenues dans la loi sur les prestations complémentaires ne sont pas applicables à la dette alimentaire. L'abus de droit est admis lorsque la personne à assister se met elle-même, et ce intentionnellement, dans une situation d'indigence dans le seul but de pouvoir se prévaloir ultérieurement de son besoin d'assistance. *Cour civile du Tribunal cantonal jurassien, 8.04.2011, CC 71/2010, RJJ 2011 84 ss.*

## VII. La communauté non maritale et le partenariat enregistré

**Bibliographie :** A. BÜCHLER/R. VETTERLI, Ehe, Partnerschaft, Kinder : eine Einführung in das Familienrecht der Schweiz, Bâle 2011 ; M. COTTIER/C. CREVOISIER, Die nicht-eheliche Lebensgemeinschaft als einfache Gesellschaft, *PJA 2012* 33 ss ; L. JETZER, Schmerzensgeld im Konkubinat, *Jusletter* du 16.04.2012 ; E. SCHNEIDER KAYASSEH, Die gerichtliche Zuweisung von Familientieren in ehe- und partnerschaftsrechtlichen Verfahren, in M. Michel et al. (édit.), *Tier und Recht*, Zurich 2012, 271 ss.

**148. Concubinage stable / Notion de proche.** La notion de « Angehöriger/proche », au sens de l'art. 47 CO, comprend également la personne vivant dans une relation de concubinage stable. Si une durée prédéfinie en deçà de laquelle un concubin se verrait automatiquement nier le droit à une indemnité pour tort moral ne saurait être retenue, le juge doit procéder dans chaque cas à une appréciation de l'ensemble des circonstances de la vie commune afin de déterminer si la relation peut être qualifiée de stable et si elle est suffisamment étroite pour légitimer une indemnité pour tort moral. *In casu*, le concubinage a été considéré comme stable du fait qu'il durait depuis plus de 4 ans, et que le couple avait le projet de se marier après avoir au préalable divorcé de leur conjoint res-

pectif. De plus, leur relation était dense et harmonieuse et constituait une communauté de toit, de table et de lit. Le droit à une indemnité pour tort moral au concubin doit par conséquent être ouvert. *TF, 02.02.2012, ATF 138 III 157 (6B\_368/2011), SJ 2012 I 153.*

## VIII. Le droit international

**Bibliographie :** B. DUTOIT, Vents contraires sur le droit international privé de la famille : à propos de deux projets de loi récents, *PJA 2012* 587 ss ; A. LEUBA, Divorce international et prévoyance professionnelle, *Jusletter* du 12.12.2011 ; PH. MEIER, L'enfant en droit suisse : quelques apports de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme, *Fampra.ch* 13 (2012) 255 ss ; T. NEVES, Pas de papiers, pas de mariage : l'art. 98 al. 4 CC un an après, *PJA 2012* 781 ss ; V. PFAFF, Binationale Ehen und Aufenthalt-recht, *FPR 17 2011* 428 ss ; S. PROGIN-THEUERKAUF/S. OUSMANE, Mariage forcée – Situation juridique et défis actuels, *Fampra.ch* 14 (2013) 324 ss ; M. SPESCHA, Die Familienbezogene Rechtsprechung im Migrationsrecht (FZA/AuG/EMRK) ab September 2010 bis Ende Juli 2011, *FamPra.ch* 12 (2011) 890 ss ; M. SPESCHA, Die Familienbezogene Rechtsprechung im Migrationsrecht (FZA/AuG/EMRK) ab August 2011 bis Ende Juli 2012, *FamPra.ch* 13 (2012) 1052 ss ; R. SÜSS/G. RING (édit.), *Eherecht in Europa*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2012 ; S. THURNHEER, Die Namensänderung in England und der Schweiz, *Jusletter* du 6.02.2012 ; C. WIDMER LÜCHINGER, Migration und Zwangsehe im internationalen Privatrecht, *FamPra.ch* 12 (2011) 787 ss.

### A. En général

**149. Définition du lieu de résidence habituelle dans le cadre du rapatriement d'un enfant.** La notion de résidence habituelle figurant dans la CLaH 80 bénéficie d'une interprétation propre. Il faut ainsi comprendre, par résidence habituelle de l'enfant, le centre effectif de sa vie et de ses attaches. Des critères tels que de la durée de la résidence, les relations établies, la durée prévue du séjour ou encore de l'intégration qui en découlerait sont à prendre en considération. Seuls des faits externes sont déterminants, c'est-à-dire des faits visibles et perceptibles pour une tierce personne. La résidence habituelle de l'enfant doit au moins coïncider avec celle d'un de ses parents. *TF, 25.05.2011, 5A\_257/2011, FamPra.ch* 12 (2011) 747 ss.

**150. Révision d'un arrêt du TF / Enlèvement international d'enfants.** La constatation d'une violation de la CEDH ne commande pas, à elle seule, la révision de la décision du Tribunal fédéral portée devant la Cour européenne. En vertu de l'art. 122 let. c LTF, la révision d'un arrêt du Tribunal fédéral doit être propre à remédier aux effets de la violation constatée. La révision est un moyen de droit extraordinaire, en ce sens que si par une autre voie ordinaire la violation peut être réparée, celle-ci doit être choisie en priorité. *In casu*, il existe une voie ordinaire par le biais de l'art. 13 LF-EEA, permettant aux requé-

rants d'obtenir une situation conforme à l'arrêt de la Cour européenne. Partant, la condition à la révision de l'arrêt n'est pas réalisée. *TF, 26.05.2011, ATF 137 III 332 (5F\_8/2010), FamPra.ch 12 (2011) 707 ss, JdT 2011 II 428 s.*

**151. Relations entre l'enfant et son éventuel père biologique.** Le bien de l'enfant prime à tout égard, sans pour autant rejeter systématiquement au père biologique absent le droit à des relations personnelles. En application de l'art. 8 CEDH, qui assure le respect de la vie familiale et de la vie privée, chaque cas doit être examiné en fonction de ses particularités. Ainsi, il convient d'analyser si les relations entre l'enfant et son père biologique s'inscrivent dans l'intérêt du premier. Dès lors, il ne faut pas exclure de futures relations entre l'enfant et son père biologique sur la seule base des comportements passés. *Cour européenne des droits de l'homme, 15.09.2011, Schneider contre Allemagne – 17080/07, FamPra.ch 12 (2011) 1010 ss.*

**152. Enlèvement international d'enfants / Médiation / Prise en compte d'un danger pour l'enfant ainsi que de la volonté de celui-ci justifiant un refus de rapatriement.** Le délai de six semaines de l'art. 11 a. 2 CLAH 80, à observer en première instance, est une règle indicative. Une éventuelle médiation en vue d'obtenir la remise volontaire de l'enfant ou de faciliter une solution amiable, ordonnée conformément à l'art. 8 al. 1 LF-EEA et faisant partie de la procédure de première instance, est envisageable. Cette médiation doit être structurée et soumise à des délais préalablement fixés par le juge, afin d'assurer le respect de ce délai de six semaines. Cependant, en l'absence de danger pour l'enfant, le rapatriement sera refusé (art. 13 al. 1 let. b et al. 2 CLaH 80), notamment lorsqu'il y a lieu de penser qu'il sera maltraité ou abusé après son retour et que les autorités de l'État en question ne comptent prendre aucune mesure pour palier à cela. Il n'y a toutefois pas de risques lorsque le parent non gardien et l'enfant entretiennent de bonnes relations, et ce malgré une longue période sans contact. Lorsque l'enfant est suffisamment âgé pour apprécier la situation dans laquelle il se trouve de manière raisonnable et réfléchie, tel est notamment le cas pour l'enfant âgé de onze ou douze ans, il convient de prendre en considération sa volonté, notamment une éventuelle opposition de sa part. L'enfant doit être en mesure de se forger seul sa propre opinion et comprendre les implications du rapatriement. Ainsi, lorsque l'enfant exprime librement, clairement et objectivement son opposition, il convient alors de tenir compte de sa volonté. *TF, 31.10.2011, ATF 137 III 529 (5A\_674/2011), FamPra.ch 13 (2012) 217 s., JdT 2012 II 371.*

**153. Compétence internationale relative à l'avis aux débiteurs / Convention sur la protection des mineurs.** L'avis au débiteur est une mesure d'exécution forcée propre, i.e. de type *sui generis*. En effet, en raison de sa position privilégiée, l'avis au débiteur n'est pas couvert par la Convention sur la protection des mineurs. Ainsi, la compétence primaire au lieu de résidence habituelle de l'enfant telle que prévue par la Convention n'est pas applicable. L'avis aux débiteurs est de ce fait plutôt une question de droit civil conformément à l'art. 1 aCL. Il convient ainsi d'appliquer l'art. 16 ch. 5 aCL ou

l'art. 22 ch. 5 CL afin d'établir la compétence internationale des tribunaux suisses lorsqu'il s'agit d'ordonner l'avis aux débiteurs sur la base d'une décision allemande contre le débiteur d'une contribution d'entretien habitant en Suisse. *TF, 31.10.2011, ATF 138 III 11 (5A\_22/2011), FamPra.ch 13 (2012) 456 ss.*

**154. Droit applicable en matière d'enlèvement d'enfants, notion de résidence habituelle.** Lorsque les parents sont séparés, la question de la résidence habituelle de l'enfant se pose surtout quand l'un d'eux est domicilié à l'étranger. Dès lors, il convient de s'en remettre au droit de l'État de la résidence habituelle du jeune enfant pour déterminer quel est le droit applicable. Ainsi, il est nécessaire de se référer à la Convention de la Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants dans de telles situations (CLaH 80). Cependant, il n'existe aucune définition exacte de la résidence habituelle. Selon la jurisprudence, cette notion doit être interprétée de manière autonome. En effet, c'est le centre effectif de la vie de l'enfant et de ses attaches qui permettent de déterminer la résidence habituelle, même si normalement on se réfère au centre de vie de l'un de ses parents. Partant, le droit de l'État détermine non seulement si le transfert d'un enfant est licite ou non, mais aussi si le retour de l'enfant doit être ordonné. *TF, 10.09.2012, 5A\_550/2012, SJ 2013 I 25 ss.*

**155. Enlèvement international d'enfants, notion de droit de garde, convention sur les effets accessoires du divorce.** Conformément à la CLaH 80, seul le parent titulaire du droit de garde est apte à s'opposer au déménagement de l'enfant à l'étranger. Par ailleurs, le système juridique de l'État de résidence habituelle de l'enfant détermine le droit applicable. De plus, la responsabilité parentale trouve son cadre dans la loi de l'État de résidence de l'enfant. Lorsque les parents ont par le biais d'une convention de divorce réglé la question de la résidence habituelle de l'enfant, il importe de se référer au droit applicable. En effet, cela permet de savoir si l'accord donné dans la convention de divorce est également valable en cas de départ définitif vers l'étranger. Partant, le droit applicable qui exige le consentement des deux parents pour admettre un départ définitif ne sous-entend pas que l'accord donné par la convention est applicable par analogie au départ pour l'étranger. Ainsi, le parent qui par convention accepte que la résidence habituelle de l'enfant soit où se trouve celle de l'autre parent, ne consent aucunement à un déménagement à l'étranger. *TF, 13.07.2012, 5A\_479/2012, SJ 2013 I 29 ss.*

## **B. Reconnaissance d'actes pris à l'étranger**

**156. Reconnaissance d'un mariage conclu à l'étranger en l'absence des époux.** En application de l'art. 45 LDIP, il convient de procéder en trois étapes pour l'analyse de la reconnaissance, en Suisse, d'un mariage survenu dans un autre pays. Il faut en premier lieu constater qu'une célébration de mariage a effectivement eu à l'étranger, que celle-ci soit valable, et que sa reconnaissance ne porte pas atteinte à l'ordre public suisse

(art. 17 LDIP). Lorsque les époux n'étaient pas présents lors de la conclusion du mariage, les autorités suisses peuvent reconnaître un mariage par procuration. En effet, une telle procédure n'est pas contraire à l'ordre public suisse puisqu'il requiert la libre volonté des fiancés représentés et qu'il est valable dans le pays en question, le Soudan dans le cas d'espèce. *Tribunal régional de Berne-Mittelland, 08.09.2011, CIV091986LUF, FamPra.ch 12 (2011) 944 ss.*

**157. Reconnaissance d'une décision étrangère relative aux effets accessoires du divorce / Octroi de l'autorité parentale.** Il n'est pas contraire à l'ordre public suisse d'attribuer l'autorité parentale au parent qui exerce une activité lucrative. Une décision d'attribution de l'autorité parentale prise par un tribunal étranger n'est pas d'emblée contraire à l'ordre public suisse. Les autorités suisses peuvent par conséquent reconnaître une telle décision (art. 27 LDIP). Néanmoins, lorsque l'enfant a vécu toute sa vie en Suisse et n'est lié à son pays d'origine que formellement en raison de sa nationalité, les tribunaux étrangers ne sont pas compétents pour rendre des décisions relatives à l'attribution de l'autorité parentale. *TF, 20.06.2011, 5A\_15/2011, FamPra.ch 12 (2011) 1018 ss.*