



# Le droit de la famille

Congrès des avocats 2019

Lucerne, 14 juin 2019

Micaela Vaerini

Avocate spécialiste FSA droit de la famille

Docteure en droit, LL.M

Chargée d'enseignement à l' Université de Genève et lectrice à l'Université de Fribourg

Etude MVJ



# Plan de la présentation

- **Les modifications législatives 2018/2019**
- La jurisprudence 2018/2019
- La doctrine 2018/2019

# Les modifications législatives

## 1. Droit de l'adoption : Modification du Code civil du 17 juin 2016

- Entrée en vigueur des nouvelles dispositions le 1<sup>er</sup> janvier 2018
- **Les partenaires enregistrés et concubins pourront désormais adopter l'enfant de la personne avec laquelle ils sont en couple, au même titre que les personnes mariées ; ce changement supprime une inégalité de traitement et sécurise sur le plan juridique la relation entre l'enfant et le partenaire de son père ou de sa mère. En revanche, l'adoption conjointe d'enfants tiers demeure interdite aux couples homosexuels et aux concubins.**

# Les modifications législatives

- La loi révisée assouplit les conditions générales d'adoption, auxquelles on pourra désormais déroger pour le bien de l'enfant. **L'âge minimal des adoptants en cas d'adoption conjointe ou d'adoption par une personne seule passe de 35 à 28 ans, et la durée minimale de la relation de couple passe de cinq à trois ans.** Ce n'est plus la durée de la relation maritale qui fait foi, mais la durée de vie en ménage commun.
- Levée conditionnelle du secret de l'adoption: les parents biologiques qui ont donné leur enfant à l'adoption et qui le recherchent ou qui souhaitent obtenir des informations à son sujet pourront obtenir ses données personnelles s'il y a consenti une fois majeur. L'enfant mineur pourra lui aussi approuver la communication de ses données s'il est capable de discernement et si ses parents adoptifs donnent leur accord. Le droit en vigueur accorde déjà à l'enfant un droit absolu de connaître ses origines ; aucun accord préalable des parents biologiques n'est requis. L'enfant adopté pourra désormais obtenir également des informations sur ses frères et sœurs et demi-frères et demi-sœurs une fois ceux-ci majeurs et après accord de leur part.

# Les modifications législatives

## 2. Protection de l'enfant et de l'adulte – Obligation d'aviser l'autorité de protection de l'enfant et devoir de collaboration

- Entrée en vigueur des nouvelles dispositions le 1<sup>er</sup> janvier 2019
- Sur la base du message du Conseil fédéral du 15 avril 2015 (FF 2015 3111) : modification du Code civil du 15 décembre 2017 (FF 2017 7479), prévoyant l'obligation d'aviser l'autorité de protection de l'enfant du fait que l'intégrité physique, psychique ou sexuelle d'un enfant semble menacée.

# Les modifications législatives

- Art. 314c CC
- Art. 314d CC
- Art. 314e CC
- Art. 443 al. 2 et 3 CC
- Art. 448 al. 2 CC

# Les modifications législatives

Art. 443 al. 2 et 3 CC

Modification entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2019:

- 2 Toute personne qui, dans l'exercice de sa fonction officielle, a connaissance d'un tel cas est tenue d'en informer l'autorité si elle ne peut pas remédier à la situation dans le cadre de son activité. Les dispositions relatives au secret professionnel sont réservées.
- 3 Les cantons peuvent prévoir d'autres obligations d'aviser l'autorité.

Texte en vigueur jusqu'au 31 décembre 2018:

- 2 Toute personne qui, dans l'exercice de sa fonction officielle, a connaissance d'un tel cas est tenue d'en informer l'autorité. Les cantons peuvent prévoir d'autres obligations d'aviser l'autorité.

# Les modifications législatives

**Art. 448 al. 2 CC**

Modification entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2019:

2 Les médecins, les dentistes, les pharmaciens, les sages-femmes, les chiropraticiens et les psychologues ainsi que leurs auxiliaires ne sont tenus de collaborer que si l'intéressé les y a autorisés ou que l'autorité supérieure ou l'autorité de surveillance les a déliés du secret professionnel à leur demande ou à celle de l'autorité de protection de l'adulte.

Texte en vigueur jusqu'au 31 décembre 2018:

2 Les médecins, les dentistes, les pharmaciens, les sages-femmes ainsi que leurs auxiliaires ne sont tenus de collaborer que si la personne concernée les y a autorisés ou que, à la demande de l'autorité de protection de l'adulte, l'autorité supérieure les ait déliés du secret professionnel.



# Les modifications législatives

## **Art. 314c - Droit d'aviser l'autorité**

1 Toute personne a le droit d'aviser l'autorité de protection de l'enfant que l'intégrité physique, psychique ou sexuelle d'un enfant semble menacée.

2 Les personnes soumises au secret professionnel en vertu du code pénal ont elles aussi le droit d'aviser l'autorité lorsque l'intérêt de l'enfant le justifie. Cette disposition ne s'applique pas aux auxiliaires soumis au secret professionnel en vertu du code pénal.

# Les modifications législatives

## **Art. 314d – Obligation d’aviser l’autorité**

1 Les personnes ci-après, dans la mesure où elles ne sont pas soumises au secret professionnel en vertu du code pénal, sont tenues d’aviser l’autorité de protection de l’enfant lorsque des indices concrets existent que l’intégrité physique, psychique ou sexuelle de l’enfant est menacée et qu’elles ne peuvent pas remédier à la situation dans le cadre de leur activité:

1. les professionnels de la médecine, de la psychologie, des soins, de la prise en charge et du service social, les éducateurs, les enseignants, les intervenants du domaine de la religion et du domaine du sport, lorsqu’ils sont en contact régulier avec les enfants dans l’exercice de leur activité professionnelle;
2. les personnes ayant connaissance d’un tel cas dans l’exercice de leur fonction officielle.

2 Toute personne qui transmet l’annonce à son supérieur hiérarchique est réputée satisfaire à l’obligation d’aviser l’autorité.

3 Les cantons peuvent prévoir d’autres obligations d’aviser l’autorité.

# Les modifications législatives

## **Art. 314e - Collaboration et assistance administrative**

Les personnes parties à la procédure et les tiers sont tenus de collaborer à l'établissement des faits. L'autorité de protection de l'enfant prend les mesures nécessaires pour sauvegarder les intérêts dignes de protection. En cas de nécessité, elle ordonne que l'obligation de collaborer soit accomplie sous la contrainte.

2 Les personnes soumises au secret professionnel en vertu du code pénal ont le droit de collaborer sans se faire délier au préalable du secret professionnel. Cette disposition ne s'applique pas aux auxiliaires soumis au secret professionnel en vertu du code pénal.

3 Les personnes soumises au secret professionnel en vertu du code pénal sont tenues de collaborer si l'intéressé les y a autorisées ou que l'autorité supérieure ou l'autorité de surveillance les a déliées du secret professionnel à la demande de l'autorité de protection de l'enfant. L'art. 13 de la loi du 23 juin 2000 sur les avocats est réservé.

4 Les autorités administratives et les tribunaux fournissent les documents nécessaires, établissent les rapports officiels et communiquent les informations requises, à moins que des intérêts dignes de protection ne s'y opposent.

# Les modifications législatives

## 3. Procréation médicalement assistée

- Modification de l'Ordonnance sur la procréation médicalement assistée (OPMA) du 14 novembre 2018
- Entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2019
- La loi fédérale et l'ordonnance sur la procréation médicalement assistée règlent le droit d'accès des personnes nées d'un don de sperme à leurs données d'ascendance. La première génération de personnes concernées est désormais presque majeure et elle a de ce fait un droit absolu à l'obtention des données. Le but est de simplifier la procédure d'information, en l'effectuant par écrit, sans plus de convocation personnelle des demandeurs à l'Office fédéral de l'état civil.

# Plan de la présentation

- Les modifications législatives 2018/2019
- **La jurisprudence 2018/2019**
- La doctrine 2018/2019



**Protection de l'union conjugale**  
**Attribution du logement conjugal**



# TF 5A\_188/2018, 1er mars 2018

**Attribution de la jouissance du domicile conjugal dans les MPUC,  
art. 176 a. 2 CC**

- Cas d'un père qui revendique vainement cette jouissance exclusive, notamment parce que ses parents, qui vivent dans le même immeuble, ont besoin de ses soins permanents.
- Les critères posés par l'art. 176 al. 1 ch. 2 CC ne comprennent pas la prise en compte des intérêts des tiers. (c. 4)

# TF 5A\_971/2017, 14 juin 2018

## Attribution de la jouissance du domicile conjugal

- L'attribution du logement conjugal à l'une des parties relève du pouvoir d'appréciation du juge. Ce dernier se doit de procéder à une **pesée des intérêts en présence**, en principe **indépendante de la question de savoir qui est propriétaire ou locataire**.
- S'il ne ressort pas clairement des circonstances à quel époux remettre le logement, il s'agira de **désigner l'époux qui peut raisonnablement se voir demander de quitter le logement**.
- Si les conjoints, comme en l'espèce, n'ont pas d'enfants à charge, les **raisons d'ordre professionnel ou qui ont trait à l'état de santé** demeurent prioritaires (ex : époux qui pratique son activité professionnelle au domicile conjugal ; domicile aménagé en fonction des besoins particuliers, comme un handicap, etc.).



- Il convient ensuite de tenir compte des **intérêts affectifs**, comme le lien et la proximité avec le domicile conjugal, la valeur d'usage ou encore la possibilité pour un époux d'en assurer personnellement l'entretien.
- Si cette pesée des intérêts ne permet pas d'aboutir à un résultat, il faudra alors prendre en considération d'autres **droits d'usage**, tel que celui de **propriété** par exemple.
- **Lorsqu'une longue suspension de la vie commune est prévisible, une grande importance sera octroyée à ces derniers critères.**
- Enfin, de manière exceptionnelle, lorsqu'une vente est **inévitablement nécessaire** ou en cas de **défauts évidents** notamment, **le critère financier pourra être décisif** concernant l'attribution du domicile conjugal.



# **Autorité parentale et relations personnelles**



# ATF 143 III 361, 29 juin 2017

## Convention prévoyant l'autorité parentale exclusive

- Dans le cadre de leur divorce, les parents ont déposé une demande visant à attribuer l'autorité parentale sur l'enfant commun à la mère, sous l'empire de l'ancien droit, c'est-à-dire avant l'introduction le 1er juillet 2014 du principe de l'autorité parentale conjointe dans le CC; la demande a été acceptée. Sur appel de l'époux qui estime que selon le nouveau droit l'attribution conjointe de l'autorité parentale est impérative, le Tribunal d'appel confirme la décision de première instance en 2016.
- Sur recours de l'époux, le Tribunal fédéral est amené à trancher la question de savoir si une convention par laquelle les époux prévoient une autorité parentale exclusive est conforme au droit et peut donc être ratifiée par un tribunal.

- Le Tribunal fédéral relève ensuite que l'art. 298 al. 1 CC n'empêche pas le juge d'octroyer l'autorité parentale à un seul parent sur la base de la convention de divorce si cette solution n'entre pas en contradiction avec le bien de l'enfant. Il considère que l'art. 298 al. 1 CC n'instaure pas une présomption selon laquelle une convention par laquelle les époux prévoient une autorité parentale exclusive serait contraire au bien de l'enfant. Une telle présomption n'aurait aucun sens puisque l'art. 133 al. 2 2<sup>ème</sup> phr. CC prévoit justement que, dans la recherche du bien de l'enfant, le juge doit tenir compte de la requête commune des parents.
- Ainsi, quand bien même le nouveau droit prévoit un principe d'autorité parentale conjointe, un accord des époux prévoyant une autorité parentale exclusive reste possible si le bien de l'enfant est préservé.
- En l'espèce, le Tribunal fédéral estime qu'aucun indice ne permet de retenir que la solution trouvée par les parents dans leur accord partiel sur les effets de leur divorce n'est susceptible de compromettre le bien de l'enfant. Partant, le recours est rejeté et l'autorité exclusive de la mère est maintenue.

# TF 5A\_380/2018, 16 août 2018



**Droit aux relations personnelles des grands-parents (art. 274a CC).**

- Dans des circonstances exceptionnelles, en particulier en cas de décès de l'un des parents, le droit aux relations personnelles peut également être accordé à des tiers, à **condition que cela serve l'intérêt supérieur de l'enfant et ait un effet positif sur le bien de l'enfant.**
- En ce qui concerne les grands-parents, il est généralement admis que les relations personnelles avec l'enfant servent l'intérêt de ce dernier. **Le contact doit être refusé s'il existe un conflit grave entre les parents et les tiers, exposant ainsi l'enfant à un conflit de loyauté (c. 3.1 et 3.2).**

# ATF 144 III 442, 10 juillet 2018

**Protection de l'enfant, retrait du droit de déterminer le lieu de résidence, garde de l'enfant par un tiers**

- **Le retrait du droit de déterminer le lieu de résidence** est possible non seulement si l'enfant doit être retiré à ses parents ayant le droit de garde et placé (libellé de l'art. 310 al. 1 CC), mais aussi si le retrait vise à empêcher que la solution existante de prise en charge de l'enfant soit renversée. Peu importe la manière dont la situation de prise en charge qui doit être maintenue s'est présentée.

- 
- Ainsi, est également visé le cas dans lequel, après le décès du parent qui s'occupait de l'enfant, il faut veiller à ce que l'enfant reste dans l'environnement connu jusqu'à présent et ne retourne pas chez le parent survivant.
  - Le parent n'a pas un droit inconditionnel à une restitution du droit de déterminer le lieu de résidence. Au contraire, l'enfant doit être protégé contre un changement de prise en charge qui compromettrait son bien, même si les parents pourraient en principe reprendre la garde.
- 



**Garde**





# TF 5A\_236/2016, 15 janvier 2018

## Séparation d'une fratrie

- Dans cette affaire, les époux ont deux enfants, ils se séparent et le jugement sur mesures protectrices de l'union conjugale attribue la garde de l'un des enfants à la mère et la garde de l'autre enfant au père. Chacun des parents a recouru au Tribunal fédéral contre les décisions cantonales, et les procédures ont été jointes.
- En principe, les mêmes critères s'appliquent à l'attribution de la garde de l'enfant en mesures protectrices ou en procédure de divorce. Le bien de l'enfant l'emporte sur toutes les autres considérations, notamment sur les souhaits des parents.

- Premièrement, il faut examiner les compétences éducatives de chacun des parents. Si elle existe chez les deux parents, la garde des enfants en bas âge ou en âge de scolarité obligatoire doit être attribuée au parent qui est disposé à s'occuper personnellement d'eux. Enfin, selon l'âge de l'enfant, il faut tenir compte de son souhait clairement exprimé.
- D'autres critères peuvent encore entrer en considérations, tels que la disposition du parent à collaborer avec l'autre parent sur les questions relatives à l'enfant. En outre, il est en principe essentiel de ne pas séparer des frères et sœurs.
- Cependant, une fratrie peut se voir séparée lorsque les besoins des frères et sœurs diffèrent en raison de leur âge, de leurs différents besoins ou de leurs différents attachements émotionnels (c. 4.1).

# TF 5A\_837/2017, 27 février 2018

## **Garde alternée demandée par le père et non octroyée**

- La cour cantonale a retenu que les capacités éducatives des parents étaient identiques, l'intimée s'occupant néanmoins de manière prépondérante des enfants depuis leur naissance dès lors qu'elle travaillait à temps partiel (80%). Le maintien de cette situation stable revêtait ainsi un poids particulier.

- Reconnaisant les possibilités du recourant d'alléger son temps de travail (90%) et de se consacrer aux enfants un jour par semaine toute les deux semaines, la cour cantonale a néanmoins considéré que le programme de prise en charge proposé par l'intéressé en cas de garde alternée était complexe (programme différencié selon les enfants, différents intervenants) et nécessitait une bonne communication entre les parents, ce qui n'était pas le cas actuellement.

- L'intimée, à l'exception d'une journée par semaine, pouvait travailler à domicile; si elle n'était certes pas en mesure de s'occuper des enfants ces jours-là, elle restait disponible en cas d'urgence et pouvait également assurer la journée de mardi et le mercredi à midi chaque semaine. Cette prise en charge personnelle, vu le jeune âge des enfants, devait être privilégiée. Quant au désir exprimé par l'un des enfants de passer alternativement une semaine chez chacun de ses parents, il n'était finalement motivé que par une volonté de passer davantage de week-ends auprès de sa mère.

- Dans ces conditions, il fallait retenir que la solution la plus conforme aux intérêts des enfants ne résidait pas dans la mise en place d'une garde alternée.
- Prenant toutefois en considération que les enfants avaient tous deux une bonne relation avec leur père, dormaient plusieurs soirs par semaine chez lui et qu'il vivait dans le même quartier que la mère, la cour cantonale a jugé qu'un droit de visite élargi à un jour par semaine toutes les deux semaines ainsi qu'un soir par semaine en sus d'un droit de visite usuel paraissait approprié. (c. 3.1)

# TF 5A\_794/2017, 7 février 2018

**Garde alternée ordonnée d'un enfant de 10 ans (originellement placée sous la garde de sa mère)**

- Enfant affirme la désirer, contre l'avis de sa curatrice de représentation, qui estime que l'enfant est trop jeune pour porter la responsabilité d'une telle décision et que la garde temporairement transférée au père doit lui être accordée. La mère travaille à temps partiel, le père peut organiser ses horaires, les capacités des parents de coopérer sont mauvaises.

- Les juges cantonaux ont, à l'instar du premier juge, admis qu'un conflit important perdurait entre les parents et que leur capacité à communiquer et coopérer était très limitée, de sorte que cette condition nécessaire à l'instauration d'une garde alternée n'était en l'état que très partiellement remplie.
- L'enfant avait manifesté clairement son désir de passer autant de temps chez chacun de ses parents. Cela démontrait que, malgré le vif conflit parental, les relations parents-enfant n'en pâtissaient pas et que le développement psycho-affectif de l'enfant n'était pas véritablement perturbé.



- Compte tenu de l'ensemble de ces éléments et malgré des réserves sérieuses en ce qui concernait la capacité des parents à communiquer et le fait que la curatrice proposait une autre solution, la cour cantonale a au final considéré que, globalement, la garde alternée décidée en première instance était conforme à l'intérêt de l'enfant. (c. 3.2)



# Déménagement de l'enfant



# ATF 142 III 481, 11 mars 2016

## Déménagement international

- Autorisé le déménagement des enfants (7 et 6 ans) avec leur mère, ressortissante autrichienne et qui s'en occupait de manière prépondérante, du canton de St-Gall en Autriche (enfants nés en 2010 et 2011, parents mariés pendant 1 an, de 2011 à début 2012).
- Principes généraux

# TF 5A\_948/2017, 12 mars 2018

**Déménagement dans la Principauté de Monaco d'une fille de 3 ans avec la mère et la sœur issue d'une nouvelle union de la mère (autorisé).**

- La résidence peut devenir habituelle même immédiatement après le déménagement de l'enfant mineur dans un nouveau lieu, à condition qu'elle soit destinée à devenir le centre durable de sa vie et de ses intérêts et que le déménagement ait eu lieu avec le parent à qui le mineur est confié. En l'espèce, lorsque l'enfant a déménagé, l'autorisation de déménagement à l'étranger octroyée par l'autorité de 1ère instance à la mère était déjà exécutoire car tout effet suspensif avait été écarté (c. 3.3). Le TF rappelle que lors d'une procédure d'autorisation de déplacement de mineur à l'étranger, l'effet suspensif ne doit être refusé qu'exceptionnellement pour éviter que les autorités suisses perdent leur compétence suite au transfert de l'enfant mineur à l'étranger.

# TF 5A\_397/2018,16 août 2018

## Déménagement à l'intérieur de la Suisse

- La jurisprudence développée dans l'ATF 142 III 481 peut s'appliquer par analogie en matière de déménagement à l'intérieur de la Suisse.



# **Contributions d'entretien**





# ATF 144 III 377, 17 mai 2018

## Calcul de la contribution d'entretien: nouveau droit

- Pour calculer la contribution de prise en charge, la méthode des frais de subsistance apparaît comme celle qui correspond le mieux au but du législateur.
- Cette méthode consiste à calculer le montant de la contribution de prise en charge sur la base du montant qui manque à un parent pour couvrir ses propres frais de subsistance.
- Il revient au juge de décider au cas par cas de la forme et de l'ampleur de la prise en charge qui doit être conforme au bien de l'enfant.

- La prise en charge de l'enfant ne donne droit à une contribution que si elle a lieu à un moment où le parent pourrait sinon exercer une activité rémunérée.
- Lorsque la garde n'est confiée qu'à l'un des parents, il faut tenir compte de tout investissement de la part de l'autre parent qui irait au-delà de l'exercice du simple droit de visite.
- Ce surcroît de temps consacré à l'enfant par le parent non gardien est répercuté non pas sur la contribution de prise en charge, mais sur le calcul de la contribution d'entretien, au niveau des coûts directs variables.





- 
- Dans l'hypothèse d'une prise en charge externe, les frais qui en découlent sont à considérer comme des coûts directs.
  - Dans le cas d'un parent qui ne dispose pas d'un revenu professionnel parce qu'il se consacre entièrement à l'enfant, on peut en principe prendre ses propres frais de subsistance comme référence pour calculer la contribution de prise en charge.
- 

- Même si les deux parents travaillent et se partagent à égalité la prise en charge, il se peut que l'un d'eux ne parvienne pas à assumer seul son propre entretien. Le cas échéant, il a droit à une contribution de prise en charge. À l'inverse, lorsqu'un parent s'occupe proportionnellement davantage de l'enfant tout en disposant de ressources suffisantes, aucune contribution de prise en charge n'est due.
- En dépit du caractère très vague de la notion de frais de subsistance telle qu'elle ressort du Message, ceux-ci ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour permettre financièrement au parent qui s'occupe de l'enfant de le faire. La contribution de prise en charge ne se détermine pas selon des critères liés à une part du revenu du débiteur, mais bien à l'aune des besoins du parent gardien. Il y a dès lors lieu d'admettre qu'il convient de se fonder, en principe, sur le minimum vital du droit de la famille.

# TF 5A\_135/2018, 31 mai 2018

## Revenu hypothétique

- Pour fixer la contribution d'entretien, le juge doit en principe tenir compte du revenu effectif des parties. Celles-ci peuvent néanmoins se voir imputer un revenu hypothétique supérieur.
- Pour ce faire, le juge doit examiner successivement deux conditions :
  - 1) **déterminer si l'on peut raisonnablement exiger d'une personne qu'elle exerce une activité lucrative ou augmente celle-ci** eu égard à sa formation, son âge, et son état de santé (question de droit) ;
  - 2) **établir si la personne a la possibilité d'exercer l'activité ainsi déterminée et quel revenu elle peut en obtenir**, compte tenu des circonstances subjectives susmentionnées, ainsi que du marché du travail (question de fait).

- 
- Les critères qui permettent de retenir un revenu hypothétique sont différents en droit de la famille et en droit des assurances sociales, le juge civil n'étant en outre pas lié par l'instruction menée par les autorités administratives.
  - En droit de la famille, lorsque l'entretien d'un enfant mineur est en jeu et que l'on est en présence de situations financières modestes, le débiteur peut notamment se voir imputer un revenu basé sur une activité professionnelle qu'il n'aurait pas eu à accepter selon les règles prévalant en matière d'assurances sociales (c. 3.3.1).
- 

# ATF 144 III 481, 21 septembre 2018

## Exigibilité d'une activité lucrative du parent prenant en charge les enfants.

- Le principe de continuité ne vaut pas pour l'éternité. Il faut donc fixer des règles sur l'exigibilité d'une activité lucrative du parent séparé prenant l'enfant en charge, en acceptant le principe d'égalité entre la prise en charge par un parent ou par un tiers et donc en tenant compte de la disponibilité de structures d'accueil de l'enfance. En cas de désaccord entre les parents, le parent prenant en charge l'enfant n'a pas un droit unilatéral de choisir la forme de prise en charge de l'enfant, qui relève de l'exercice de l'autorité parentale. La question centrale est donc de savoir dans quelle mesure et pour combien de temps l'enfant a besoin d'une prise en charge personnelle par le parent dans le cas concret (consid. 4.6 et 4.7).

- La scolarisation de l'enfant libère progressivement le parent d'une partie de la prise en charge de l'enfant et constitue ainsi un critère approprié pour fixer de nouveaux paliers dans l'exigibilité d'une activité lucrative.
- Il faut dès lors exiger en principe du parent qui s'occupe de l'enfant qu'il exerce une activité rémunérée à 50% dès la scolarité obligatoire du plus jeune enfant, à 80% dès que l'enfant le plus jeune entre à l'école secondaire et à plein temps dès qu'il atteint l'âge de 16 ans (consid. 4.7.6).

- Par ailleurs, le tribunal de première instance devra vérifier dans les faits si le parent qui s'occupe de l'enfant ne peut pas être déchargé autrement que par la scolarité obligatoire (par exemple : placement de l'enfant dans une crèche avant la scolarité obligatoire).
- On sait que dans la plupart des ménages communs, les deux parents travaillent ; il n'y a pas de raison qu'il en aille autrement dans les ménages séparés, d'autant moins qu'une telle situation entraîne des coûts plus élevés (consid. 4.7.7).
- En résumé, il faut retenir comme lignes directrices premièrement qu'on peut exiger du parent prenant en charge un enfant qu'il prenne, reprenne ou étende son activité lucrative dès le début de la scolarité obligatoire et deuxièmement que le juge prenne en compte équitablement la décharge du parent découlant de la prise en charge volontaire de l'enfant par des tiers, avant ou à côté de l'école (consid. 4.7.8). Des dérogations à ces lignes directrices restent bien sûr possibles dans des cas particuliers (consid. 4.7.9).

# TF 5A\_968/2017, 25 septembre 2018

## Contribution de prise en charge en cas de garde alternée

- Même si les deux parents travaillent et se partagent à égalité la prise en charge, il se peut que l'un d'eux ne parvienne pas à assumer seul son propre entretien. Dans ce cas, on peut envisager d'imposer à l'autre parent le versement d'une contribution de prise en charge (consid. 3.1.1).
- Le Tribunal fédéral a récemment modifié la jurisprudence jusque-là bien établie de la règle des « 10/16 ans ». Bien qu'il ait confirmé qu'en règle générale, il ne peut être exigé d'un parent qu'il exerce une activité lucrative à temps complet avant que l'enfant dont il a la garde ait atteint l'âge de 16 ans révolus, on est désormais en droit d'attendre de lui qu'il recommence à travailler, en principe, à 50% dès l'entrée de l'enfant à l'école obligatoire, et à 80% à partir du moment où celui-ci débute le degré secondaire (consid. 3.1.2).



- A la place de fonder le raisonnement sur l'âge de l'enfant, il n'apparaît pas contraire au droit fédéral de se référer à la situation convenue jusqu'alors entre les époux pour éviter qu'une brusque modification des modalités de la prise en charge n'affecte le bien de l'enfant. Dès lors, il n'est pas décisif qu'en raison de la garde alternée instaurée entre les parents, la mère dispose d'un temps équivalent à celui du père pour exercer une activité lucrative. La situation vécue dans chaque cas particulier ne saurait cependant être maintenue sans limites. Il convient dès lors de déterminer la durée de la contribution de prise en charge (consid. 3.3).

# TF 5A\_834/2016 et 5A\_852/2016, 13 juin 2018

## **Revenu hypothétique en cas d'activité indépendante.**

- Le revenu de l'activité indépendante est constitué du bénéfice net effectivement réalisé, qui correspond soit à l'augmentation de la fortune commerciale (différence entre le capital propre à la fin de l'exercice courant et à la fin de l'exercice précédent), soit au bénéfice dans le compte de profits et pertes régulièrement tenu. Pour déterminer la capacité de gain d'un indépendant en tenant compte des variations de revenu, il faut se baser sur le revenu moyen de plusieurs années, en général des trois dernières.

- Selon les circonstances, il est possible de ne pas tenir compte de clôtures des comptes exceptionnelles, c'est-à-dire particulièrement bonnes ou particulièrement mauvaises. Toutefois, lorsque les revenus diminuent ou augmentent de manière constante, le gain de l'année précédente est considéré comme le revenu décisif (c. 5.1.5). Il est admissible de corriger des provisions non fondées ou des prélèvements privés pour établir le revenu annuel à prendre en compte, respectivement d'ignorer un exercice annuel atypique (dans les revenus ou les charges). En revanche, il n'est pas conforme au droit fédéral d'imputer à l'indépendant un revenu hypothétique en corrigeant de manière isolée certains postes de deux années de la période déterminante qui étaient jugés particulièrement bas par rapport aux chiffres des années précédentes (c. 5.1.7).

# TF 5A\_790/2016, 9 août 2018

**Entretien après le divorce (art. 125 CC), revenu hypothétique d'une partie âgée de 58 ans.**

- Plus l'âge de la personne est avancé, plus le juge doit motiver avec précision comment il envisage l'accès effectif à des opportunités professionnelles. Cela vaut également, en l'espèce, pour l'intimé débiteur d'entretien, âgé de 58 ans à l'époque de la décision attaquée (c. 4.2).

# **TF 5A\_273/2018, 5A\_281/2018, 25 mars 2019**

**Exigibilité d'une activité lucrative du parent prenant en charge les enfants. Rappel des principes.**

- Rappel des paliers (50% dès l'entrée de l'enfant à l'école obligatoire, 80% dès l'école secondaire) (consid. 7.3.1).

# TF 5A\_129/2019, 10 mai 2019

## Entretien de l'enfant majeur

- Prise en compte des revenus du nouveau conjoint du débiteur pour le calcul des pensions alimentaires, principe de l'obligation d'assistance indirecte, revenu hypothétique du débiteur



# Partage LPP



# ATF 145 III 56, 6 novembre 2018

cf. DroitMatrimonial.ch, Newsletter décembre 2018, Commentaire de Anne-Sylvie DUPONT ; Anne REISER, Partage de prévoyance professionnelle accumulée pendant le mariage : ce qui reste et ce qui change, Eclairage iusNet du 27.01.2019

**Pouvoir d'appréciation du juge en cas de partage après survenance d'un cas de prévoyance (art. 124a al. 1 et 124b CC), justes motifs permettant de s'écarter du partage par moitié (art. 124b al. 2 CC), violation grave de l'obligation d'entretien de la famille comme juste motif.**



- Une partie de la doctrine soutient que, même sous l'empire du nouveau droit, le fait pour un époux d'avoir contribué à l'entretien de la famille dans une plus grande proportion que ce que lui impose l'art. 163 CC n'est pas déterminant pour le partage des avoirs de prévoyance professionnelle, seuls des motifs de nature économique pouvant être qualifiés de justes motifs au sens de l'art. 124b al. 2 CC.
- D'autres auteurs affirment, en se référant au Message LPP, que la jurisprudence découlant de l'[ATF 133 III 497](#) ne peut plus être appliquée depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit. Ils admettent ainsi que le juge puisse désormais tenir compte, dans son appréciation, non seulement de motifs de nature purement économique tels que ceux cités à l'art. 124b al. 2 CC, mais aussi de la violation grave, par un époux, de son obligation d'entretien de la famille (c. 5.3.2).

- En définitive, le TF arrive à la conclusion qu'au vu du but général de la loi concernant le partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce, **le comportement des époux durant le mariage ne constitue en principe pas un caractère à prendre en considération. Cependant, le juge du divorce peut exceptionnellement tenir compte de la violation par un époux de son obligation d'entretenir la famille, quand elle mène à une situation particulièrement choquante (c. 5.4)**

- En l'espèce, le recourant ne conteste pas avoir gravement violé son obligation de contribuer à l'entretien de la famille : il n'a que très peu travaillé et ne s'est occupé ni des enfants, ni du ménage, et ce tout au long du mariage, 'il a disposé seul d'un crédit de CHF 90'864.- dont son épouse a dû assumer seule le remboursement, il a exercé, tout au long du mariage, une surveillance étroite sur celle-ci au point de la priver d'autonomie, la maltraitant ainsi que leurs enfants, tant physiquement que psychologiquement, et privant parfois la famille de l'argent nécessaire à ses besoins de base car il jouait une partie du salaire de son épouse aux jeux de hasard.
- Dans ce contexte, la cour cantonale pouvait considérer que l'on se trouvait en présence de justes motifs, au sens de l'art. 124b al. 2 CC, dont elle pouvait s'inspirer dans le cadre de l'exercice de son pouvoir d'appréciation prévu par l'art. 124a CC (c. 6).



# Procédure



# ATF 144 III 298, 14 mai 2018

(cf. FamPra.ch 3/2018, p. 819 ; DroitMatrimonial.ch, Newsletter été 2018, Commentaire de François BOHNET ; Anne REISER, La polygamie successive a le vent en poupe en Suisse, Eclairage iusNet du 23.09.2018)

## Décision partielle sur le principe du divorce

- Le requérant demande une décision partielle immédiate sur le principe du divorce car il souhaite se remarier. En vertu du droit constitutionnel au mariage, qui comprend le droit de se remarier, la question du divorce peut être réglée dans le cadre d'une procédure à part lorsque la question du divorce est limpide et que le traitement de la procédure sur les effets du divorce se prolonge fortement dans le temps.
- Il n'est pas certain qu'une application stricte du principe de l'unité du jugement de divorce soit conforme à la CEDH (c. 7.2.1).

- En l'espèce, le motif de divorce au sens de l'art. 114 CC est réalisé et le divorce est prêt à être prononcé (c. 7.2.2).
- S'agissant de la durée de la procédure sur les effets accessoires du divorce, celle-ci ne connaîtra vraisemblablement pas une fin rapide. Le recourant sera dès lors âgé de plus de 70 ans lorsqu'il pourra se remarier avec son ancienne épouse (c. 7.2.3). **Pris globalement, l'intérêt du recourant à un divorce rapide l'emporte sur l'intérêt de l'intimée à obtenir une réglementation simultanée du divorce et de ses effets (c. 7.3).**

# ATF 144 III 193, 1er mars 2018

## Caractère exécutoire d'une contribution d'entretien fixée pour la période après la majorité

- La décision qui prévoit expressément le paiement de contributions d'entretien au-delà de la majorité constitue un titre de mainlevée définitive lorsque le montant dû est fixé et que la durée de la contribution est déterminée. Une décision qui fixe une contribution d'entretien jusqu'à la fin de la formation est soumise à une condition résolutoire. Lorsque le paiement est dû sous réserve d'une telle condition, la mainlevée définitive doit en principe être prononcée, sauf si le débiteur de l'entretien peut démontrer par titre que la condition résolutoire est sans aucun doute intervenue.

# ATF 144 III 349, 2 juillet 2018

**Recevabilité de *nova* en appel (art. 317 al. 1 CPC) lorsque la maxime inquisitoire illimitée s'applique (art. 296 al. 1 CPC).**

- En matière matrimoniale, la jurisprudence n'a pas encore tranché la question de savoir si les conditions de l'art. 317 al. 1 CPC s'appliquent telles quelles lorsque la cause est soumise à la maxime inquisitoire illimitée, notamment lorsqu'est en jeu une question relative à un enfant mineur.
- Ce n'est que sous l'angle restreint de l'arbitraire que le TF a jugé que l'application stricte de l'art. 317 CPC dans le cadre d'une procédure de MPUC ou de mesures provisionnelles de divorce soumise à la maxime inquisitoire illimitée ne pouvait en soi être qualifiée de manifestement insoutenable et qu'on pouvait ainsi exiger des parties qu'elles agissent avec diligence selon l'art. 317 al. 1 let. b CPC.



- De très nombreux auteurs de même que certaines décisions cantonales sont favorables à une large prise en compte des *nova* dans les procédures matrimoniales soumises à la maxime inquisitoire illimitée et admettent ainsi les faits et moyens de preuves nouveaux en deuxième instance même si les conditions restrictives de l'art. 317 al. 1 CPC ne sont pas réalisées.

- Lorsque, comme ici, le procès est soumis à la maxime inquisitoire illimitée (art. 296 al. 1 CPC), il convient de considérer que l'application stricte de l'art. 317 al. 1 CPC n'est pas justifiée. En effet, selon l'art. 296 al. 1 CPC, le juge d'appel doit rechercher lui-même les faits d'office et peut donc, pour ce faire, ordonner d'office l'administration de tous les moyens de preuve propres et nécessaires à établir les faits pertinents pour rendre une décision conforme à l'intérêt de l'enfant.
- Dans cette mesure, il y a lieu d'admettre que, lorsque la procédure est soumise à la maxime inquisitoire illimitée, les parties peuvent présenter des *nova* en appel même si les conditions de l'art. 317 al. 1 CPC ne sont pas réunies (c. 4.2.1).

# Plan de la présentation

- Les modifications législatives 2018/2019
- La jurisprudence 2018/2019
- **Doctrine 2018/2019**

# Doctrine

## Ouvrages généraux

- FOUNTOULAKIS Christiana / JUNGO Alexandra, Entretien de l'enfant et prévoyance professionnelle, Schulthess, 2018
- MEIER Philippe / STETTLER Martin, Droit de la filiation, 6<sup>e</sup> édition, Schulthess, 2019
- REISER Anne / GAURON-CARLIN Sabrina (édit.), La pratique matrimoniale, regards croisés de praticiens sur la matière, Tomes I et II, Collection « Quid iuris », Schulthess, 2019

## Thèses

- RANZANICI CIRESA Francesca, La protection de la partie faible dans la communauté de vie non-maritale : convention et exemples pratiques, Stämpfli, 2019

# Doctrine

## Droit des personnes âgées

- VAERINI MICAELA/LONGCHAMP GUY/RUBIDO José Miguel, Le droit des personnes âgées, Stämpfli 2019
- [www.seniorlaw.ch](http://www.seniorlaw.ch)



Merci pour votre attention!  
[info@mvj.ch](mailto:info@mvj.ch)

