

Protection de la personnalité

=> toujours en premier lieu exclure le **droit de réponse** (ou aller directe à ça)

1) Y-a-t-il une atteinte et de quel type est cette atteinte à la personnalité :

Il y a une atteinte à la personnalité, on entend par atteinte à la personnalité un trouble à la personnalité qui résulte d'un comportement d'un tiers et qui est d'une certaine intensité.

=> *décrire les droits à la personnalité qui semble rentrer en ligne de compte (cf. Voir tableau)*

Exemple :

on est dans le domaine de la protection de la personnalité physique, car il y a une atteinte à l'intégrité corporelle de Lola.

on est dans le domaine de la protection de la personnalité. Différents droit sont touchés : l'intégrité corporelle, l'intégrité psychique, l'honneur, c'est-à-dire le respect de la dignité humaine et respect de ses semblable. On distingue l'honneur interne et l'honneur externe : l'honneur interne étant le sentiment que la personne a de sa propre personnalité et l'honneur externe étant qu'il est nécessaire pour une personne d'être respecté dans son milieu social. Cela vise notamment la considération morale, qu'est le droit à la réputation d'honnête homme et le droit à l'estime professionnelle.

2) X peut-elle/il prétendre à la protection ?

A teneur de l'art. 28 al.1 CC : celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité peut agir en justice pour sa protection contre toute personne qui y participe. L'atteinte étant entendue comme un trouble d'une certaine intensité. Cet article comprend l'intégrité psychique, c'est-à-dire le droit de pouvoir librement se déterminer.

Exemple :

In casu, la chimio porte atteinte à la santé de Lola. Il y a donc bien une atteinte à sa personnalité si le médecin procède au traitement.

In casu, on a une atteinte à l'intégrité corporelle, car on a dopé Cédric. De plus, on a une atteinte à son intégrité psychiques, il n'a pas eu le choix d'être dopé, cela a été fait à son insu. Finalement on a une atteinte à l'honneur, car maintenant on le considère comme un tricheur alors que ce n'est pas le cas. C'est une atteinte à sa réputation interne sur le sentiment qu'il a de lui-même et externe parce que cela touche sa réputation d'honnête homme dans son milieu sociale.

In casu, il y a une publicité qui apparait sur un panneau publicitaire utilisant la photo de Miranda et celle-ci est tout à fait reconnaissable. Il y a donc bien une atteinte à l'image. De plus, la sphère privée de Miranda est touchée, car l'énoncé suggère qu'il y a une relation avec Alfredo.

Voir notes qui suivent :

- Dans les cas où la LPD s'applique => préciser avec LPD (loi sur la protection des données)
- Cas particulier de violence, menace ou harcèlement
- Si la personne décédée ?

2.1. Dans certain cas préciser avec la **LPD** (loi sur protection des données)

Le traitement de données peut porter atteinte à la personnalité. C'est pourquoi on va analyser le cas sous l'angle de la LPD, qui permet de détailler certain point du code civil (art. 28 et ss CC) et le tribunal fédéral admet que ces bases légales peuvent être concurrente.

Somme nous dans le champs de la LPD ?

Le champ d'application matériel de la LPD est donné à l'art. 2 LPD. La loi s'applique « à tout traitement de données concernant des personnes physiques et morales » (art. 2 al. 1 LPD).

=> *Ajouter si pertinent au cas d'espèce*

La LPD trouve application même si les données ne font pas partie d'un fichier ou d'une banque de données.

Elle exclut toutefois de son champ d'application un certain nombre de traitement de données énoncé à l'art. 2 al. 2 LPD, notamment celui des données personnelles à usage exclusivement personnel et qui ne sont pas communiquées à des tiers.

Définitions => *L'art. 3 let. a et ss LPD définit plusieurs termes tels que :*

a. les données = sont toutes les informations qui se rapportent à une personne identifiée ou identifiable. Selon la jurisprudence, les images brutes de personnes et les représentations où la reconnaissance d'une personne demeure possible après un traitement automatique constituent des données personnelles. Cela vaut également pour les plaques d'immatriculation ou toute représentation de maisons, jardin et cours, dans la mesure où elle permet d'établir sans difficulté un lien avec une personne.

e. traitement = est toute opération relative à des données personnelles, quels que soient les moyens et procédés utilisés, notamment la collecte, la conservation, l'exploitation, la modification, la communication, l'archivage ou la destruction de données. La LPD ne vise donc pas seulement le traitement informatisé, mais également les opérations manuelles.

(c. donnée sensibles = les données personnelles sur les opinions ou activités religieuses, philosophiques, politiques ou syndicales d'une personne, les données touchant à la santé, la sphère intime ou l'appartenance à une race, les mesures d'aide sociale, ou les données révélant l'existence de poursuites ou de sanctions pénales, respectivement administratives

d. profil de la personnalité est l'assemblage de données qui permet d'apprécier les 5 caractéristiques essentielles de la personnalité d'une personne physique. Les profils de la personnalité donnent une image assez complète de la personne, qui peut dévoiler des aspects de ses convictions ou de sa sphère intime.

f. communication = par « communication », la loi entend « le fait de rendre des données personnelles accessibles, par exemple en autorisant leur consultation, en les transmettant ou en les diffusant »)

In casu, ...

Notion d'illicéité => La LPD pose à l'art. 12 al. 1 le principe général selon lequel « quiconque traite des données personnelles ne doit pas porter une atteinte illicite à la personnalité de personnes concernées ». L'art. 12 al. 2 LPD dresse une liste de cas dans lesquels un comportement est constitutif d'atteinte. Personne n'est pas en droit notamment de traiter des données personnelles en violation des principes définis aux art. 4, 5, al. 1, et 7, al. 1 /de traiter des données contre la volonté expresse de la personne concernée sans motifs justificatifs/et de communiquer à des tiers des

données sensibles ou des profils de la personnalité sans motifs justificatifs. En règle générale, il n'y a pas atteinte à la personnalité lorsque la personne concernée a rendu les données accessibles à tout un chacun et ne s'est pas opposée formellement au traitement.

=>c-à-d traitement intervenu en violation des principes généraux de licéité, de bonne foi, de proportionnalité, de finalité – selon lequel le but est indiqué lors de collecte ou du traitement de données, de reconnaissabilité, de qualité - selon lequel celui qui traite des données personnelles doit s'assurer qu'elles sont correctes - des données et de sécurité.

In casu, ...comportement constitutif d'une atteinte.

2.2. Dans le cas de violences, de menaces ou de harcèlement :

A teneur de l'art. 28 b CC : en cas de violence, de menaces ou de harcèlement, le demandeur peut requérir le juge d'interdire à l'auteur de l'atteinte, en particulier : d'approcher, de prendre contacte ou accéder à un certain périmètre.

Il faut donc soit :

- Des violences => atteinte directe à l'intégrité :
 - psychique (lorsque une personne exerce une pression sur une autre – notamment menace de suicide)
 - physique
 - sexuelle
 - ou sociale
- Des menaces => idée de la survenance d'un dommage. Il faut craindre un dommage pour son intégrité corporelle et physique, psychique, sexuelle ou sociale. Et que cette menace soit particulièrement sérieuse.
- Harcèlement => idée d'une poursuite obsessionnelle et maladive à rentrer en contact avec la victime. Il faut aussi que le comportement se répète. Cela doit générer une grande peur chez la victime.

=> Si on peut retenir au moins une de ces conditions, il y a donc bien une atteinte à la personnalité et on peut donc prétendre à la protection.

2.3. Dans le cas d'une personne décédée ?

Principe : les droits de la personnalité s'éteignent au décès. Il ne peut donc pas avoir une personnalité qui est régie, sauf quelques exceptions tel que ce qu'il advient du corps ou des organes.

In casu, on ne peut pas parler d'atteinte à la personnalité de X, car il est décédé et ne rentre pas dans les exceptions.

En principe c'est plutôt par le biais des proches que la volonté de protéger la personnalité continue d'avoir des effets juridiques.

=> renvoi aux actions possibles pour une personne qui est décédée

3) Est ce que l'atteinte est illicite ?

Lorsqu'on a une atteinte, cette atteinte est présumée illicite sauf si on arrive à établir un motif justificatif prévu à l'art. 28 al. 2 CC : une atteinte est illicite, à moins qu'elle ne soit justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi.

3.1. En matière médicale :

- Par la loi : il arrive de temps en temps que ce soit justifié de par la loi, car pas bcp de bases légales. Il y a notamment art. 434 CC => qui dit qu'il est possible d'imposer un traitement forcé et cela vise uniquement le traitement psychique pour les personnes placées à des fins d'assistance.
- Intérêt prépondérant privée ou publique : cet intérêt prépondérant n'est presque plus invoqué, car c'est dans l'intérêt du patient qu'on fasse le traitement médical mais imposer un traitement médical va à l'encontre de la volonté du droit à l'autodétermination en matière médicale. Donc à l'heure actuelle on invoque presque plus cet intérêt. Convention de biomédecine art. 5 : protège le droit d'autodétermination du patient. In casu, il n'y a pas de base légale ni d'intérêt prépondérant qui permette de justifier l'atteinte.
- Le consentement : est ce qui permet le plus souvent de justifier l'action médicale.

Qui peut consentir ?

Les droits de la personnalité sont des droits strictement personnels sujet à la représentation par leur représentant légal quand la personne est incapable de discernement, sauf pour les droits qui ne souffrent aucune représentation en raison de leur lien étroit avec la personnalité. Quand elle est capable de discernement, la personne représente seule son droit qu'elle ait l'exercice des droits civils ou qu'elle en soit privée ; les cas dans lesquels la loi exige le consentement du représentant légal étant réservés (art. 19c CC)

In casu, Lola (mineur) qui n'a pas l'exercice des droits civils, peut consentir si elle a le discernement.

A-t-elle/il la capacité de discernement :

Au sens de l'art. 16 CC : toute personne qui n'est pas privée de la faculté d'agir raisonnablement en raison de son jeune âge, de déficience mentale, de troubles psychiques, d'ivresse ou d'autres causes semblables est capable de discernement au sens de la présente loi. Selon la jurisprudence, en des circonstances normales la capacité de discernement est généralement présumée. (A ajouter si cas d'un mineur) Toutefois, plus un mineur est jeune et plus la présomption s'affaiblit, jusqu'à disparaître.

On considère pour les soins normaux que entre 14-15 ans le mineur est capable de discernement et que lorsqu'il a moins de 10-12 ans il n'a pas de discernement. Pour ce qui est de la période entre 12-15 ans il faut regarder en fonction du cas. De plus, on est un peu plus exigeant avec un patient qui refuse un soin proposé par le médecin qu'avec un patient qui accepte les soins proposés par le médecin.

In casu, Lola est mineur, elle a 15 ans elle serait dans la présomption de discernement. Mais comme elle refuse les soins proposés par le médecin et qu'elle pourrait mourir, il faut vérifier qu'elle a bien le discernement.

Le discernement à deux composantes : l'aspect intellectuel, qui est le fait de comprendre tout les éléments déterminants pour la prise de décision et la composante volitive, qui est d'être capable de se déterminer par rapport au circonstances ; de ne pas être sous pression de tiers ou de circonstances.

In casu, elle a un certain age, elle est capable de comprendre ce qui se passe et l'importance d'une telle décision. Mais surtout elle a déjà vécu une chimio, elle en connaît les aspects difficile et est consciente qu'il est question de vie et de mort. Les composantes intellectuelle et volitive sont bien présentes.

(si incapable de discernement => voir *VARIANTE plus bas*)

Qualité suffisante du consentement :

Il faut alors voir si le consentement est d'une qualité suffisante – consentement éclairé - c'est-à-dire que la personne dispose de toutes les informations nécessaires à sa prise de décision. On a dans la loi genevoise l'art. 45 qui donne des indications sur les choses qu'il faut dire au patient et la jurisprudence définit les mesures du consentement.

Dans le cas d'espèce, le docteur Lajoie a longuement discuté avec Lola, on peut donc partir de l'idée qu'il l'a informée. De plus, comme on l'a déjà dit, elle a déjà vécu ce traitement, elle sait en quoi cela consiste. Finalement, par rapport au traitement, aucun résultat n'est garanti.

Conclusion : X à donc bien la capacité de discernement et son consentement serait d'une qualité suffisante pour accepter ou refuser de consentir. Le médecin doit dans tout les cas s'en tenir à sa volonté peut importe ce que dises les parents. S'il passe outre son consentement, l'atteinte serait illicite.

Note : Risque pour le corps médicale de ne pas tenir compte du consentement => il peut y avoir des conséquences pénal et le médecin peut tomber sur le coup d'une condamnation.

VARIANTE : si incapable de discernement ?

Alors c'est les parents qui prennent la décision donc art. 304 al. 1 et 2 CC.

Pour que les parents prennent une décision il faut qu'ils soient objectif dans leur choix et ils doivent se baser sur le consentement présumé de la personne malade. (cf. Qualité du consentement)

3.2. En matière AUTRE que médicale :

- Le consentement de la victime (absolu)

Si la question se pose de qui à la qualité pour consentir => renvoi au consentement médical.

Mais en gros => un tuteur ne peut pas consentir, car c'est un droit strictement personnel (sauf si pas de discernement, etc)

- Intérêt prépondérant (relatif) → procéder à une pesée des intérêts

privé → si l'atteinte procure un avantage à la victime, à l'auteur ou à un tiers – un intérêt économique n'est pas un intérêt prépondérant face à celui de la personnalité.

publique → si l'atteinte procure un avantage à la collectivité - intérêt public à être informé des évènements d'intérêt général – info. erronée ne peut pas être dans l'intérêt publique.

- La loi (absolu) → les dispositions légales justifiant une atteinte
(art. 254, ch.2 CC) - expertises pour établir la filiation
(art. 375 CC) - prévoit une publication de l'interdiction
(art. 52, al.1 CO) - autorise la légitime défense en cas d'atteinte illicite tant que la riposte est proportionnée à l'attaque

En droit public :

- dispositions de la législation fédérale sur la lutte contre les épidémies imposant analyses ou déclaration de maladies transmissibles
- dispositions du droit de procédure obligeant de témoigner
- dispositions permettant la consultation des registres de poursuites, faillites, impôts.

=> Dire pour chaque motif ce qu'il en est dans le cas d'espèce et si pas justifié conclure ainsi :
Dans le cas d'espèce, il y a bien présomption d'illicéité, car la vraisemblance d'un motif justificatif ne peut pas être amené par le défendeur. Il y a donc bien une atteinte illicite.

3.3. En matière de LPD :

Une atteinte à la personnalité est illicite à moins d'être justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi (art. 13 al. 1 LPD qui reprend l'art. 28 CC).
On entend par intérêt

privé → si l'atteinte procure un avantage à la victime, à l'auteur ou à un tiers. – un intérêt économique n'est pas un intérêt prépondérant.

publique → si l'atteinte procure un avantage à la collectivité - intérêt public à être informé des événements d'intérêt général – info. erronée ne peut pas être dans l'intérêt public.

- Intérêt prépondérant dans la LPD (art. 13 al. 2) :

L'art. 13 al. 2 LPD concrétise le motif justificatif général de l'intérêt prépondérant de la personne qui traite des données personnelles, en énonçant six cas dans lesquels un tel intérêt entre en considération. La liste n'étant pas exhaustive. Le juge a ici un large pouvoir d'appréciation.

PESER DES INTERETS

(dans notre cas let. d) « les données personnelles sont traitées de manière professionnelle exclusivement en vue d'une publication dans la partie rédactionnelle d'un média à caractère périodique. »

In casu, cela vise que les employés de l'entreprise ce n'est donc pas un média. Il n'y a donc pas d'intérêt prépondérant.

- Consentement :
Si la question se pose de qui à la qualité pour consentir => renvoi au consentement médical.
Mais en gros => un tuteur ne peut pas consentir, car c'est un droit strictement personnel (sauf si pas de discernement, etc)
- De par la loi => pas de motif justificatif, l'atteinte est bien illégale.

4) L'atteinte étant illicite que peut on faire ?

Actions défensives :

L'art. 28a al. 1 CC énumère 3 actions défensives

(Art. 15 LPD reprend l'art. 28 et 28a => voir note de cours p.6) + vérifier si al. 2 3 et 4 s'applique.

=> *Toujours parler de chacune des actions (parler en dernier de celle que on va retenir)*

1. Action en prévention : le demandeur peut requérir le juge d'interdire une atteinte illicite, si elle est imminente. Il faut une menace sérieuse.

In casu, n'est pas applicable, car l'atteinte a déjà eu lieu.

2. Action en cessation : le demandeur peut requérir le juge de faire cesser l'atteinte illicite, si elle dure encore.

In casu, n'est pas applicable, car l'atteinte a déjà cessée.

3. Action en constatations : le demandeur peut requérir le juge de constater le caractère illicite de l'atteinte, si le trouble qu'elle a créé subsiste.

Par trouble on entend : (trouble n'est pas = à l'atteinte)

- Le plus souvent le fait que des tiers ont eu connaissance de l'atteinte au droit de la personnalité et ont conservé une impression erronée ou négative → la constatation judiciaire de l'illicéité sert à effacer l'image fautive auprès des destinataires de l'assertion litigieuse pour restituer l'honneur de la victime

- Selon la jurisprudence entre deux personnes dans un rapport contractuel durable le trouble ne concerne que les parties, il subsiste des doutes sur la licéité du comportement d'une partie et cette situation pouvant se reproduire à l'avenir, la partie qui s'estime lésée veut mettre fin à l'insécurité juridique qui y est liée. => On peut envisager des mesures provisionnelles

Cette action étant subsidiaire aux autres (possible que si on peut pas utiliser les autres actions).

In casu, l'action en constatation est bien subsidiaire, car les deux autres ne peuvent pas être applicables et il y a bien un trouble, car le monde du cyclisme romand en fait ces gorge chaude, tout le monde en parle, c'est un tricheur aux yeux de tout le monde, etc.

Qualité pour agir ?

Celui qui subi l'atteinte à sa personnalité (art. 28 al. 1 CC) + (art. 2 al. 1 LPD)

droit strictement personnel : (sujet ou pas à représentation??)

-si action défensive : le mineur CDD peut agir seul sans le consentement de son RL. Si IDD : Besoin du consentement du RL

-si action réparatrice (pécuniaire) : le mineur CDD aura besoin du consentement de son RL pour agir

Qualité pour défendre ?

Contre toutes personnes qui participent à l'atteinte (28 al. 1 CC) + (art. 2 al. 1 LPD)

Dans le cas d'une personne qui subi violences, menace ou harcèlement :

L'art. 28a CC prévoit des actions défensives contre des atteintes générales.
Or, in casu, on est dans le cas spécial de 28b CC.

Comme cité plus haut, à teneur de l'art. 28b al. 1 CC, le demandeur peut requérir le juge d'interdire à l'auteur de l'atteinte, en particulier : d'approcher, de prendre contacte ou accéder à un certain périmètre. C'est une liste exemplative qu'on peut très bien compléter pour répondre au mieux aux atteintes. Il s'agit de respecter le principe de proportionnalité.

In casu, ...

Le juge s'en tiendra au principe de proportionnalité lors du choix de la durée et du contenu de la mesure.

Que ce passe-t-il si les mesures ne sont pas respectées ?

On a un instrument de droit pénal et une condamnation à la clé => art. 292 CP.

Note : dans le cas 28 b al. 2 CC – on peut avoir une mesure très incisive qui fait que on « vire » qqun de son domicile !

Dans le cas où la personne qui subi une atteinte est décédée :

Qui a qualité pour agir ?

La personne qui à subi l'atteinte à la qualité pour agir mais elle est décédée.

Est ce que c'est un droit transmissible ?

Les droits s'éteignent à la mort sauf les droit pécuniaires qui sont transmissibles.
(=>Renvoi au règles sur la gestion d'affaire imparfaite art. 423)

Les descendants sont ceux qui ont la qualité pour agir.

Dans notre cas, c'est la maman qui a la qualité d'héritière et donc la qualité pour agir.
(pour le for : celui du domicile de la maman)

Quelles sont les actions possible ?

- Action défensive ?
strictement personnelles donc ne peuvent pas être exercée après le décès.
- Action pécuniaire ?
Entre dans la mesure successorale = possibilité pour les héritiers d'agir

Autre possibilités ?

On arrive indirectement à défendre les droit de la personnalités :

- La personne doit être un proche (par ex : parents, épouse)
- Atteinte à la personnalité de ce proche (par ex : Sentiment de pitié)

In casu, on va faire usage de la voix du défunt pour des produit de vaisselle = qqch qui ne colle pas à l'image de ce défunt.

Est-ce que l'atteinte est illicite ?

Lorsqu'on a une atteinte, cette atteinte est présumée illicite sauf si on arrive à établir un motif justificatif prévu à l'art. 28 al. 2 CC : une atteinte est illicite, à moins qu'elle ne soit justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi.

- Consentement :
Si la question se pose de qui a la qualité pour consentir => renvoi au consentement médical.
Mais en gros => un tuteur ne peut pas consentir, car c'est un droit strictement personnel (sauf si pas de discernement, etc)
- Intérêt prépondérant :
privé → si l'atteinte procure un avantage à la victime, à l'auteur ou à un tiers. – un intérêt économique n'est pas un intérêt prépondérant.
publique → si l'atteinte procure un avantage à la collectivité - intérêt public à être informé des événements d'intérêt général – info. erronée ne peut pas être dans l'intérêt public.
- De par la loi : aucune base légale ne permet de justifier cela.

L'atteinte étant illicite que peut-on faire ?

1. Action défensive :

Cessation de l'atteinte (art. 28 al. 1 ch. 2 CC) => lorsqu'on a une action en cours.

Qualité pour agir :

(art. 28 al. 1 CC) – la femme de M

Qualité pour défendre :

(art. 28 al. 1 CC) – contre toute personne qui participe à l'atteinte

2. Mesures provisionnelles

(art. 261 ss CPC) – 3 conditions :

- rendre vraisemblable victime d'une atteinte
- pas de motif justificatif
- atteinte risque de causer un préjudice difficilement réparable

In casu, dans le domaine d'une atteinte à la personnalité est intervenue les tiers on une connaissance de cette information et s'en fonde déjà une idée en associant M à un produit de vaisselle on part de l'idée qu'il est d'accord avec cette publicité.

Conditions remplies, on peut demander à titre provisionnelle une cessation art. 261 CPC

A va devoir introduire une action de fond et le juge va lui laisser un délai 263 CPC.

3. Actions pécuniaire

Remise du gain : si l'entreprise a fait du gain la femme peut demander cette remise du gain.

Conditions : atteinte, illicite, lien de causalité et gain.

Elle doit amener la preuve, elle a le fardeau de la preuve et cela n'est pas facile parce que on peut dire que même avec la voix de qqun d'autre il aurait fait des gains.

Mesures provisionnelles

=> *Permettent d'obtenir rapidement le prononcé, à titre provisoire, d'une décision judiciaire exécutoire (= pour agir rapidement)*

=> **LDP** art. 15 al. 1

Peut-on appliquer une mesure provisionnelle ?

A teneur de l'art. 261 al. 1 CPC : le tribunal ordonne les mesures provisionnelles nécessaires lorsque le requérant rend vraisemblable qu'une prétention dont il est titulaire remplit les conditions suivantes:

a. elle est l'objet d'une atteinte ou risque de l'être (= doit rendre vraisemblable le fait qu'il y a une atteinte)

=> *définir l'atteinte et son illicéité (renvoi point 1, 2 et 3 de majeur)*

+ *ne pas oublier de répondre à la condition a = voir si atteinte est actuelle ou si elle va avoir lieu*

b. cette atteinte risque de lui causer un préjudice difficilement réparable.

selon la jurisprudence le fait que l'atteinte soit illicite risque de lui causer un préjudice difficilement réparable.

En espèce, Miranda a droit à ce que aucune photo d'elle ne soit diffusé sans son consentement. Cette diffusion de la photo cause un trouble parce que elle fonde l'idée d'une fausse relation avec Alfredo et c'est difficile ensuite de changer cette image.

Cette diffusion peut avoir des retombées négative sur le publique de Miranda, qui est un jeune publique qui s'identifie au couple de Miranda avec J. Un autre trouble est qu'elle risque que son contrat ne soit pas renouvelé, c'est une conséquence économique directe.

Les conditions pour l'art. 261 CPC sont belles et bien remplies.

Quelle mesure provisionnelle peut-on alors prendre ?

A teneur de l'art. 262 CPC : le tribunal peut ordonner toute mesure provisionnelle propre à prévenir ou à faire cesser le préjudice, notamment interdire l'atteinte, faire cesser un état de fait illicite et donner un ordre à un tiers. L'art. 262 CPC donne une liste exemplative, laissant ainsi une marge d'appréciation qui permet d'agir face a un préjudice.

In casu, il s'agit d'une campagne qui va durer 21 jours et il s'agit de la faire cesser l'atteinte à l'encontre de la société => on va demander au juge qu'il ordonne à la société d'enlever toutes les affiches. Le juge va rendre cette décision et c'est une décision provisoire.

In casu, on a une campagne qui dure 21 jours si on agit pas très vite le trouble ne fait que s'aggraver. On peut donc obtenir des mesures provisionnelles devant le juge. Le juge verra rapidement que les conditions sont remplies.

Délais :

Si l'action au fond n'est pas encore pendante (= on a pas encore posé la requête) le tribunal impartit au requérant un délai pour le dépôt de la demande, sous peine de caducité des mesures ordonnées (art. 263 CPC).

In casu, ... dire qu'il va intenté une action dans le délais que le juge va lui donner et si pas d'actin possible alors caducité (les mesures provisionnelles tombe à l'eau)

=> *à mettre si besoin au cas d'espèce*

A teneur de l'art.264 CPC Le tribunal peut astreindre le requérant à fournir des sûretés si les mesures provisionnelles risquent de causer un dommage à la partie adverse .Le requérant répond du dommage causé par des mesures provisionnelles injustifiées. S'il prouve qu'il les a demandées de bonne foi, le tribunal peut réduire les dommages-intérêts ou n'en point allouer. Les sûretés sont libérées dès qu'il est établi qu'aucune action en dommages-intérêts ne sera intentée; en cas d'incertitude, le tribunal impartit un délai pour l'introduction de cette action.

Quid des mesures superprovisionnelles ?:

=> *dispositions d'urgences*

A teneur de l'art.265 CPC en cas d'urgence particulière, notamment s'il y a risque d'entrave à leur exécution, le tribunal peut ordonner des mesures provisionnelles immédiatement, sans entendre la partie adverse.

Régime spécifique lorsqu'il s'agit de protéger la personnalité de manière provisoire à l'encontre de média à caractère périodique : (subsidiaires au droit de réponse)

L'art. 266 CPC pose des conditions plus strictes à l'encontre des médias. Il faut que l'atteinte cause un préjudice particulièrement grave, qu'elle soit imminente et qu'elle ne paraisse pas disproportionnée - pesé des intérêts.

>>Droit de réponse<< - seul moyen extra judiciaire

Notes : Si panneau publicitaire => on peut exclure le droit de réponse, car ce n'est pas un média à caractère périodique et donc une des conditions au droit de réponse ne sera pas remplie.

Etant donné que S. exclu toutes actions en justice, seul un droit de réponse peut être envisagé. Etant donné qu'il s'agit d'un moyen extra judiciaire qu'on exerce à l'encontre de l'entreprise de médiation elle-même (art. 28i al. 1 CC).

A teneur de l'art. 28g al. 1 CC : celui qui est directement touché dans sa personnalité par la présentation que font des médias à caractère périodique, notamment la presse, la radio et la télévision, de faits qui le concernent, a le droit de répondre, c'est-à-dire de faire diffuser gratuitement sa propre version, par la même voie.

=> *Il faut donc retenir trois conditions cumulatives :*

L'art. 28g al. 1 CC suppose en premier lieu :

1. qu'il faut être directement touché dans sa personnalité : c'est-à-dire que la personne elle-même doit être touchée et non un tiers. Selon la jurisprudence c'est le cas lorsque la présentation des faits est inexacte et qu'elle laisse dans le public une « image peu favorable » de la personne. Cette dernière exigence s'apprécie au regard de l'impression d'un lecteur ou auditeur moyen. C'est le cas également lorsque l'information omet des éléments essentiels ou qu'elle est sortie de son contexte et que cela lui donne un tout autre sens. Il n'est toutefois pas nécessaire que le nom de la personne soit mentionné ; il suffit que le support utilisé fasse usage de faits qui permettent à un observateur moyen d'identifier la personne.

L'information doit, de plus, porter atteinte à un droit de la personnalité (art. 28g al. 1 CC) (vie

privée, image, réputation professionnelle, honneur, etc.). Il s'agit d'éviter de donner à tout un chacun la possibilité de s'exprimer sur n'importe quel sujet. Une atteinte au sens de l'art. 28 CC n'est toutefois pas nécessaire, il suffit d'un trouble.

=> à la suite de cette majeure décrire les biens qui sont touchés
(cf. Voir tableau + 1ère question pour la formulation)

In casu, S. est directement touchée vu que l'article parle nommément d'elle.
Les faits présentés diffèrent de la version de S., qui assure qu'elle a fait une brève apparition, qu'elle n'était pas ivre et conteste tout les propos de l'auteur. Ces faits donnent une image peut-être favorable d'elle, elle est présentée sous un mauvais jour et touchée dans son honneur. Elle est donc bien touchée dans sa personnalité.

2. Par une présentation de fait : De plus, il faut que l'on soit touché par présentation de fait. On entend par là tout ce qui peut être objectivement établi, qui peut être prouvé et cela peut ressortir d'une photo. Un jugement de valeur, une opinion ne sont pas des faits, car ils relèvent d'une appréciation subjective (*dans le cas d'une opinion => agir par les actions défensives art. 28a, al.1 CC*). Lorsque l'expression d'opinion comporte des allégations de faits ou constitue le prolongement d'une analyse comportant sur les faits, on se trouve en jugement d'une analyse de valeur mixte. Il est possible de rendre l'allégation comme étant des faits-sous-entendu dans la mesure où le fait est suffisamment perceptible pour un auteur moyen.

In casu, il y a un fait qui peut être prouvé, étant que Alfredo et Miranda ont bu un café ensemble et qu'il y a une relation amoureuse, ce fait ressort de la photo.

In casu, l'article évoque des faits qui peuvent être prouvés : (*énumérer les faits*) elle a bu trop de champ, elle était ivre, elle a insulté le personnel et elle a essayé de voler un sac. Ce sont des circonstances qu'il est possible de prouver et qui peuvent faire l'objet d'une réponse. Certains propos ne sont que des jugements de valeur : (*énumérer les jugements de valeur*) femme de mauvais goût et manque d'élégance. Il s'agit d'opinion exprimée qui ne peuvent pas être établis de manière objective et donc elle ne peut pas répondre à ces allégations là. De plus, Daniel dit qu'elle brûle la chandelle par les deux bouts: il émet ici une opinion. Cependant un lecteur moyen peut penser que S. sort trop fréquemment dans ce genre de soirée, qu'elle boit, qu'elle ne sait pas se comporter en public et ce sont des faits sous-entendus. Il s'agit donc d'un jugement en valeur mixte et permet donc de répondre au fait sous-entendu.

3. Médias à caractère périodique : Finalement il faut la présentation contestée soit faite par un média à caractère périodique. Par média, l'on entend toute personne ou entreprise qui diffuse, par quelque moyen que ce soit (*texte, image, son, etc.*), des informations à un grand nombre de personnes. (*ce peut être une télévision, des journaux ou revues, une radio, etc*)
Par caractère périodique, l'on exige que des informations, à contenu variable, soient diffusées à intervalles plus ou moins réguliers (*quotidien, hebdomadaire, mensuel, bimensuel, etc.*). Il faut que l'auteur puisse faire connaître sa réponse par la même voie aux personnes qui ont eu connaissance de la présentation contestée. L'information ne doit pas nécessairement émaner d'une personne qui fait partie de l'entreprise de média. Elle peut être le fait d'un tiers.

In casu, Chic est un hebdomadaire publié par une entreprise qui diffuse des informations qui varient chaque semaine, pour un grand nombre de personnes et ceci de façon régulière (une fois par semaine).

Forme de la réponse :

A teneur de l'art. 28h al. 1 CC : La réponse doit être concise et se limiter à l'objet de la présentation contestée. Elle consiste en un texte rédigé dans la même langue que la présentation contestée mais il n'est pas exclu qu'elle prenne la forme d'une image ou d'une photographie. L'auteur de la réponse peut rappeler brièvement l'information contestée et présenter sa propre version des faits mais doit se limiter à l'objet de la présentation contestée (*PAS jugements de valeur, opinions personnelles ou de commentaires*) et peut faire état de faits nouveaux, pour autant que ceux-ci se rapportent directement aux faits contestés. De plus, la réponse peut être refusée si elle est manifestement inexacte ou si elle est contraire au droit ou aux mœurs (art. 28h al. 2 CC).

La réponse sera ainsi refusée si elle porte atteinte aux droits de la personnalité de l'auteur ou d'un tiers, ou constitue une infraction pénale (révélation d'un secret professionnel par exemple).

L'entreprise peut refuser la réponse, mais uniquement si elle peut apporter immédiatement la preuve non contestable du fait que la réponse ne respecte pas les exigences de la loi.

In casu, dans sa réponse elle peut utiliser certain fait nouveau qui on en lien étroit avec ceux allégués par D. : elle se couche tot, a une petit ami, etc. Il s'agit de faits car ils peuvent être établis de manière objective.

Délais : (=Les chance de succès)

L'auteur de la réponse doit en adresser le texte à l'entreprise dans les vingt jours à compter de la connaissance de la présentation contestée mais au plus tard dans les trois mois qui suivent sa diffusion (art. 28i al. 1 CC). On a donc un double de délais : un délai subjectif qui est de 20 jours et un délai objectif qui est de 3mois dès la diffusion (délai de 20 jours étant compris dans le délai objectif).

=> *Il faut donc calculer les délais :*

In casu, délais de 20jours commence depuis aujourd'hui (on dit dans l'énoncé que ça commence ajd 20 mars), ce qui nous amène au 9 Avril et le délai de 3 mois qui commence lundi dernier est respecté aussi.

Les délais sont donc respectés et elle pourra demander le droit de réponse

En conclusion, X pourra répondre des faits erronés qui ont été présentés dans le magasin et des allégations qui sous-entendent des faits et ainsi réagir pour préserver sa réputation. Cependant elle ne pourra pas répondre en ce qui concerne les jugements de valeur.

Concubinage, fiançailles, mariage et partenariat

A) Capacité matrimoniale

1. Bernard et Isabelle ont-ils la capacité matrimoniale (capacité de se marier) ?

Art. 94 CC : Pour pouvoir contracter mariage, l'homme et la femme doivent être âgés de 18 ans révolus et capables de discernement.

In casu, ils sont tout deux âgés de plus de 18 ans, Bernard ayant 35 ans et Isabelle 25 ans.

Ont-ils la capacité de discernement ?

=> *Art 16 CC + présomption + jurisprudence sur la notion de discernement lors du mariage*

A teneur de l'art. 16 CC : Toute personne qui n'est pas privée de la faculté d'agir raisonnablement en raison de son jeune âge, de déficience mentale, de troubles psychiques, d'ivresse ou d'autres causes semblables est capable de discernement au sens de la présente loi. Il existe une présomption qui dit que en des circonstances normales on est présumé capable de discernement.

Cependant, selon la jurisprudence, lorsqu'il s'agit du mariage, la capacité de discernement est à apprécier au regard de l'importance, de la nature et des conséquences du mariage. Il faut tenir compte de l'intérêt du mariage pour la personne concernée, c'est une appréciation large du discernement.

Pour Bernard : In casu, à teneur de l'énoncé rien ne nous laisse penser que Bernard n'a pas la capacité de discernement, on va se baser sur la présomption.

Pour Isabelle : En l'espèce, pour ce qui est d'Isabelle, elle a un léger handicap sur le plan mental mais son curateur voit cette relation d'un très bon œil et selon les médecins de l'institution, la relation avec Bernard fait beaucoup de bien à Isabelle, qui comprend tout à fait ce que le mariage veut dire et qui n'a aucune difficulté à se forger sa propre volonté.

Bernard et Isabelle ont donc la capacité matrimoniale.

Si sous curatelle ? Doit-on demander le consentement de son représentant légal ?

Art. 94 al. 1 CC => ne précise pas qu'il faut l'accord du représentant légal, pour l'exercice de ce droit strictement personnel. Donc pas d'exigence supplémentaire.

Mais dans le cas d'un contrat de mariage (séparation des biens etc) il faut le consentement.

2. QUID Procédure préparatoire :

- art.63 OEC : Les fiancés présentent leur demande d'exécution de la procédure préparatoire à l'office de l'état civil compétent. Les fiancés résidant à l'étranger peuvent présenter leur demande par l'entremise de la représentation compétente de la Suisse. A l'appui de leur demande, les fiancés présentent les documents cités à l'art. 64 OEC.
- Les fiancés sont ensuite tenus de faire diverses déclarations devant l'officier de l'état civil (art. 65 OEC).
- A teneur de l'art. 66 OEC : l'office de l'état civil effectue l'examen prévu à l'art. 16 OEC.
- A teneur de l'art.67 OEC l'officier de l'état civil constate le résultat de la procédure préparatoire.
 1. Si les conditions selon l'art. 66 al. 2 OEC sont remplies => 67 al. 2 OEC
 2. Si les conditions ne sont pas remplies ou que des doutes importants subsistent => 67 al. 3 et ss OEC

Compétences => art. 62 OEC

B) Fiançailles

=> *Pour renoncer au mariage : se poser les questions qui suivent.*

1. Sont-ils fiancés ?

A teneur de l'art. 90 al. 1 CC : Les fiançailles se forment par la promesse de mariage.

=> (voir notes de cours – volonté homme et femme qui vont se marier etc)

In casu, ils ont prévu de se marier rapidement. Il y a donc une promesse de mariage.

Les conditions pour se fiancer sont :

1. Discernement => renvoi à capacité matrimoniale
2. Aucun empêchement définitif au mariage => 95 et 96 CC lié à 26 LPart
En l'espèce, rien dans l'énoncé nous laisse penser qu'ils sont liés ou qu'ils soient déjà mariés ou paxés.
3. Accord des représentants légaux => si mineur - art. 90 al. 2 CC
En l'espèce ils n'en ont pas besoin ils sont majeurs.

Isabelle et Bernard sont donc fiancés.

2. Isabelle peut-elle rompre ses fiançailles ?

Il ne faut pas qu'ils rompent pour des raisons prévues par la loi (mort, etc).

Il résulte de cette promesse de mariage une obligation civile de se marier. Cependant, l'art. 90 al. 3 précise que la loi n'accorde pas d'action pour contraindre au mariage le fiancé qui s'y refuse.

Rompre des fiançailles est un droit strictement personnel, qui n'est soumis à aucune condition de forme.

En l'espèce, Isabelle et Bernard ont une obligation civile de se marier mais cela n'empêche pas que Isabelle peut tout à fait rompre ses fiançailles avec Bernard.

2.1. Dans un tel cas, B. pourrait-il réclamer la restitution des cadeaux effectués? Conditions ?

A teneur de l'art. 91 al. 1 CC : Les fiancés peuvent exiger la restitution des présents qu'ils se sont faits, sous réserve des cadeaux d'usage et pour autant que la rupture ne soit pas causée par la mort de l'un d'eux. Le principe : le cadeau doit être une donation (art. 239 CO) ce ne doit pas être un cadeau d'usage, qui sont faits à l'occasion de circonstances pour lesquelles il est usuel de faire un cadeau (noël, anniversaire, etc). Ils ont une valeur raisonnable, qui s'apprécie en fonction de la situation personnelle des intéressés.

En l'espèce, il y a un tableau de maître est une donation de valeur et le téléphone portable est un cadeau d'usage pour l'anniversaire d'Isabelle. Le tableau peut donner lieu à une restitution et pas le téléphone portable.

Si les présents n'existent plus en nature, la restitution est régie par les dispositions relatives à l'enrichissement illégitime (art. 91 al. 2 CC).

In casu, rien dans l'énoncé qui nous laisse penser que Isabelle n'a plus les cadeaux et donc la restitution se fera bien en nature.

Délais

Art. 93 CC : Les actions découlant des fiançailles se prescrivent par un an à compter de la rupture.

Si Isabelle rompait les fiançailles il aurait un délai d'un an pour demander la restitution des présents.

c) Mariage

1. Conditions du mariage :

- capacité matrimoniale => cf. A)
- volonté de se marier => cf. note de cours mariage p. 4
- pas d'empêchement au mariage => cf. notes de cours mariage p. 4 (95 + 96 CC)

2. Comparaison entre procédure de mariage et conclusion d'un partenariat enregistré

Deux procédures très proches pour éviter une discrimination, mais tout de même avec quelques différences pour garder la valeur symbolique du mariage.

	Procédure Mariage	Conclusion Partenariat
Similitudes	<u>Salle :</u> Salle des mariages (art.70 OEC) Le mariage est publique (art. 71 OEC)	<u>Salle :</u> Salle des mariages Le partenariat est publique
Différences	Procédure préparatoire pour mariage <u>Délais de réflexion :</u> Délais de réflexion de 10 jours <u>Conclusion du mariage :</u> Le mariage est conclu devant officier d'état civil au moment où ils disent leurs vœux. Témoins de mariage	procédure préliminaire pour le partenariat. <u>Délais de réflexion :</u> Pas de délais de réflexion => peut être conclu immédiatement <u>Conclusion du Partenariat :</u> Au moment de l'enregistrement dans le registre de l'état civil le partenariat est conclu. Pas de témoins

3. Renoncer au mariage

Dans le cas où on est pas encore marié est que on veut renoncer au mariage => voir fiançailles

4. Mariage est prohibé - (art. 95 CC)

a) E et G sont alliés en ligne directe au 2ème degré (G est donc grand-mère de E par alliance)

L'art. 95 al. 1 CC interdit le mariage entre parents en ligne directe mais pas entre alliés.

Le mariage entre E et G ne serait donc pas prohibé (ils peuvent se marier).

b) H et D sont parent en ligne collatérale au 3ème degré (H est donc la tante de D)

L'art. 95 al. 1 ne prohibe pas le mariage entre oncle/tante et nièce/neveu (ils peuvent se marier).

c) A et B sont parent en ligne collatérale au 4ème degré (ils sont cousins germains)

Quand adoption il n'y a plus de lien avec la famille biologique (art. 20 CC) mais lors du mariage on considère toujours les liens biologiques (art. 95 al. 2 CC).

L'art. 95 al. 1 ne prohibe pas le mariage entre cousins germains.

d) F et E n'ont pas de liens de parenté ou d'alliance (on ne peut pas fonder une alliance sur une autre alliance). Ils peuvent donc se marier. L'art. 95 ne prohibe pas leur mariage.

(G et H à la feuille de note de l'AED sont de le même cas que)

5. Fin du mariage

5.1 Par décès ou déclaration d'absence de l'un des époux

Le mariage prend fin de plein droit au jour du décès (art. 31 al. 1 CC) ou au jour de l'entrée en force du jugement déclarant l'absence d'un des époux (art. 38 al. 3 CC).

5.2 Par divorce

=> voir notes relatives au divorce

5.3 Annulation du mariage ? - (art. 104 et ss CC)

Le mariage célébré par un officier de l'état civil ne peut être annulé qu'à raison de l'un des motifs prévus par la loi (art. 104 CC).

L'on distingue des causes absolues d'annulation, qui poursuivent un but d'intérêt public et dont l'action est intentée d'office par l'autorité compétente mais peut être intentée par tout intéressé également (art. 105 et 106 CC) et des causes relatives d'annulation, qui permettent de protéger des intérêts privés. L'action est, dès lors, réservée aux époux (art. 107 et 108 CC).

=> différence ? cause absolues un tiers peut intenter l'action en annulation alors que cause relatives seuls les époux peuvent intenter l'action en annulation.

5.3.1. Voir quelles causes pourrait-on retenir dans notre cas pour annuler le mariage ?

Art. 105 :

(ch. 1) un époux était déjà marié au moment de la célébration

(ch.2) un époux incapable de discernement au moment de la célébration et qu'il n'a pas recouvré la capacité de discernement depuis lors => renvoi (art. 16 CC) (cause passagère voir art. 107)

(ch. 3) mariage prohibé en raison de la nature d'un lien de parenté => renvoi (art. 95 CC)

(ch. 4) mariage juste pour les papiers

(ch 5) mariage a été conclu en violation de la libre volonté d'un des époux;

(ch. 6) lorsque l'un des époux est mineur, à moins que son intérêt supérieur ne commande de maintenir le mariage.

=> si on peut retenir une de ces causes voir pour délais d'une cause absolue

Art. 107 :

(ch. 1) un époux était incapable de discernement pour une cause passagère lors de la célébration => renvoi (art. 16 CC)

(ch. 2) un époux a déclaré par erreur consentir à la célébration, soit qu'il n'ait pas voulu se marier, soit qu'il n'ait pas voulu épouser la personne qui est devenue son conjoint;

(ch. 3) un époux a contracté mariage en ayant été à dessein induit en erreur au sujet de qualités personnelles essentielles de son conjoint.

=> si on peut retenir une de ces causes voir pour délais d'une cause relative

5.3.2. Délais :

1. Pour une cause absolue (art. 105) :

Cette action peut être intentée en tout temps, il n'y a pas de délai de péremption (art. 106 al. 3 CC). Toutefois, si le mariage a déjà été dissous, l'action est possible, mais ne se poursuit pas d'office ; elle ne pourra qu'être intentée par une personne intéressée (art. 106 al. 2 CC).

2. Pour une cause relative (art. 107) :

Le demandeur doit intenter l'action dans le délai de six mois à compter du jour où il a découvert la cause d'annulation ou de celui où la menace a été écartée, mais en tout cas dans les cinq ans qui suivent la célébration du mariage (art. 108 al. 1 CC). L'action est donc soumise à un double délai de péremption : six mois à compter du jour où le demandeur a découvert la cause d'annulation ou de celui où la menace a été écartée, et 5 ans dès la célébration du mariage.

En cas de décès d'un époux en cours de procédure, l'action peut être poursuivie par ses héritiers (art. 108 al. 2 CC).

5.3.3. Effet :

A teneur de l'art. 109 al. 1 CC : l'annulation du mariage ne produit ses effets qu'après avoir été déclarée par le juge; jusqu'au jugement, le mariage a tous les effets d'un mariage valable, à l'exception des droits successoraux du conjoint survivant.

De plus, Les dispositions relatives au divorce s'appliquent par analogie aux effets du jugement d'annulation en ce qui concerne les époux et les enfants.

A noter que si l'annulation repose sur la violation des règles du droit des étrangers, la présomption de paternité du mari s'éteint

3. QUID s'il il ne peut pas annuler son mariage ?

On va lui conseiller le divorce => *cf. Voir les conséquence du divorce*

Divorce I, II, III, IV

A) Conséquence du divorce

- L'annulation du mariage et le divorce ont tout deux un effet nunc = on considère que le mariage n'existe plus dès le jour où l'annulation ou le divorce est prononcé.
- Cependant pour l'annulation du mariage l'état civil effacera tout, comme si le mariage n'avait jamais existé. On reprend alors un statut de célibataire. Alors que après un divorce on a le statut de divorcé.
- Cependant le divorce est bcp plus réglé que l'annulation du mariage et donc peut être une bonne solution.

B) Les conditions du divorce

1. Les époux sont d'accord sur le principe du divorce :

Demande de divorce sur requête commune

=> La requête commune n'est pas forcément un seul document et il faut y joindre la convention, sauf dans le cas où => PAS DE CONVENTION si les époux sont d'accord sur le principe du divorce mais sur aucun effet accessoire.

Dans le cas où les époux sont d'accord sur le principe du divorce, ils peuvent faire une demande de divorce sur requête commune avec accord complet ou partiel.

1.1. Accord complet

Le divorce sur requête commune avec accord complet, est que les époux sont d'accord sur le principe du divorce et sur tout les effets accessoires du divorce.

Ils produisent alors une convention complète sur les effets de leur divorce, accompagnée des documents nécessaires et de leurs conclusions communes relatives aux enfants (art. 111 al. 1 CC).

Le contenu précis de la requête commune des époux est dressé à l'art. 285 CPC et rappelle notamment que les époux doivent fournir les pièces nécessaires (285 let. e CPC). Par pièces nécessaires on entend, tous les éléments qui permettent au juge de se prononcer sur le divorce : certificats de salaire, acte d'état civil, le logement, etc.

1.2. Accord partiel

=> il y a au moins un aspect du divorce sur lequel ils sont en désaccord.

Le divorce sur requête commune avec accord partiel, est que les époux sont d'accord sur le principe du divorce mais qu'il y a désaccord sur au moins un des effets accessoires du divorce.

Ils produisent alors une convention avec ce sur quoi ils sont d'accord et peuvent déclarer qu'ils confient au juge le soin de régler les effets du divorce sur lesquels subsiste un désaccord et il faut pour cela que chacun d'eux aient posé ses conclusions (art. 112 al. 1 CC) + (art. 286 CPC)

1.3. La convention :

La convention que posent les époux doit être conclue après mûre réflexion et de leur plein gré. De plus, elle doit être claire, complète et ne doit pas être manifestement inéquitable. Le tribunal ratifie la convention sur les effets du divorce après s'être assuré de cela. (art. 279 al. 1 CPC)

C'est pourquoi le juge va comparer la solution à laquelle les époux sont parvenu à la solution à laquelle il est parvenu lui-même et vérifie si les point qui diffèrent ne sont pas en lien avec les rapport de l'équité.

Il va aussi vérifier la volonté commune des époux de divorcer en entendant les époux ensemble, puis séparément (art. 111 al. 1 et/ou 112 al. 2 CC).

Après avoir entendu les parents il entend les enfant, pour autant que leur âge ou d'autres justes motifs ne s'y opposent pas. On considère que le juge peut entendre les enfant dès que ceux-ci ont 6 ans (art. 298 al. 1 CPC).

En principe, il écrit une lettre leur demandant s'ils veulent être entendu, et si oui, oralement ou par écrit. Quand c'est oralement, il les entend dans un lieu approprié et il est tenu de consigner dans un procès verbale les propos de l'enfant qui peuvent avoir un impacte lors du jugement du divorce.

=> *pour plus de détails sur l'audition des enfants voir notes de cours*

Notes : Lors d'un accord partiel on a aussi un seul jugement comme lors d'un accord complet.

2. QUID si un des époux est farouchement opposé au divorce ?

Demande unilatérale

=> *toujours analyser art. 114 CC en premier puis art. 115 CC*

Dans le cas où seul un des conjoints veut divorcer, il peut déposer une demande unilatérale mais il lui faut aussi qu'une condition supplémentaire soit remplie. Ce peut être une certaine période de vie séparée (art. 114 CC) ou la rupture irrémédiable du lien conjugal (art. 115 CC).

2.1. Après suspension de la vie commune (art. 114 CC)

A teneur de l'art. 114 CC : Un époux peut demander le divorce lorsque, au début de la litispendance ou au jour du remplacement de la requête par une demande unilatérale, les conjoints ont vécu séparés pendant deux ans au moins.

a) Le critère de la séparation :

Le critère de la séparation est quand les époux ne forme plus une communauté corporelle, affective, morale et économique.

Il comprend :

- un élément subjectif : la volonté de l'un des deux époux au moins de vivre séparé et cette volonté doit être reconnaissable.
- un élément objectif : la séparation de fait (= ne pas vivre dans le même logement).

QUID – S'ils vivent tout de même sous le même toit mais on la volonté d'être séparé ?

il n'est pas forcément exclu qu'ils continuent de vivre ensemble mais la preuve de la volonté de vivre séparément est alors plus difficilement établie (voir cours p. 5)

QUID – si les époux vivent séparé par circonstances de vie (ex prison, etc) ?

Il faut alors que l'un d'eux manifeste de manière reconnaissable la volonté de mettre fin à la communauté conjugale. Dans ce cas, le délai comment à courir dès le moment où les contacts ne sont plus ce qu'ils doivent être pour un couple dans de telles circonstances.

QUID – une réconciliation temporaire ?

Cela ne va pas arrêter ou retarder le délai (souvent les couples tentent dans cette période de se remettre ensemble)

QUID – relation extra conjugale, refus de relations sexuelles ne sont pas suffisant pour faire courir le délais.

b) Délais :

les conjoints ont vécu séparés pendant deux ans au moins depuis (114 CC) :

- le début de la litispendance (+ art. 275 CPC)

Litispendance = le moment où l'action est pendante (c'est-à-dire le moment où on a déposé la requête commune ou unilatérale)

La litispendance maintient le for.

- OU le jour du remplacement de la requête par une demande unilatérale.

On a la dissolution du régime matrimoniale, on a des mesures provisionnelles qui subsistes, d'où l'importance des passerelle pour passer d'une requête à l'autre, car cela permet de maintenir la litispendance. (voir cours p. 6)

Lorsque la condition de la vie séparée de deux ans n'est pas réalisée, le juge rejette la demande en divorce fondée sur l'art. 114 CC.

2.2. Rupture du lien conjugal (Art. 115 CC)

=> *Applicable à titre subsidiaire de l'art. 114*

A teneur de l'art. 115 CC : Un époux peut demander le divorce avant l'expiration du délai de deux ans, lorsque des motifs sérieux qui ne lui sont pas imputables rendent la continuation du mariage insupportable.

Selon la jurisprudence, pour qu'il y ait motif sérieux il convient de regarder si la réaction spirituelle et émotionnelle qui pousse le conjoint à invoquer l'art. 115 CC constituent des motifs suffisamment importants pour que l'on doive renoncer, sur un plan subjectif et objectif à lui imposer la poursuite du mariage durant les deux ans de séparation de l'art. 114 CC.

a) Motifs sérieux

Il faut que ce soit une situation d'une certaine intensité :

- la maltraitance d'une certaine intensité (psychique ou physique) à l'encontre d'un époux ou de ses proches,
- les abus sexuels envers les enfants du couple ou issus d'un premier lit,
- une maladie mentale grave,
- ou encore une double vie (cf. notamment ATF 128 III 1, c. 3b).
- également du harcèlement obsessionnel dans le cadre d'un mariage de courte durée

In casu :

- Le fait de ne pas contribuer au ménage => ici pas suffisant, car ça fait pas assez longtemps.
- Le fait d'avoir un penchant pour l'alcool => n'est pas suffisant non plus.
- L'adultère => n'est pas suffisant
- Le refus de relation sexuelle => n'est pas suffisant

b) Les motifs ne doivent pas lui être imputables !

Exemple :

In casu, le fait qu'il boit ne serait pas un motif suffisant vu qu'elle vit plus avec lui.

Cependant il la harcèle, cette situation est subjectivement insupportable pour S. qui est à bout, son psy, sa famille s'inquiète. Le caractère insupportable de la situation est objectivement compréhensible dans le cas d'un mariage de courte durée.

3. Peut-on envisager la séparation de corps si on veut pas divorcer ?

La séparation de corps peut être demandée aux mêmes conditions que le divorce (art. 117 CC).

La séparation de corps est donc soumise aux mêmes effets que le divorce.

Exemple : donc si on ne peut pas appliquer 115 CC dans le cas d'un divorce, on ne peut pas non plus l'appliquer dans le cas d'une séparation de corps.

La séparation de corps n'est pas un obstacle au divorce.

Effet de la séparation de corps :

- le couple reste marié
- ils héritent donc l'un de l'autre
- le conjoint est donc un hérité réservataire
- pas de partage du deuxième pilier.
- on peut fixer une contribution d'entretien
- art. 118 al. 1 CC => entraîne de plein droit la séparation de bien

B) La contribution d'entretien

1. Le droit à une contribution d'entretien, quelle étendue et durant combien de temps ?

=> *On commence par poser le principe qui découle de l'art. 125 al. 1 :*

Selon l'art. 125 al. 1 CC : si l'on ne peut raisonnablement attendre d'un époux qu'il pourvoie lui-même à son entretien convenable, y compris à la constitution d'une prévoyance vieillesse appropriée, son conjoint lui doit une contribution équitable. Ceci pose deux principes : le principe du clean break et le principe de solidarité.

=> *Ensuite on pose l'alinéa 2 qui concrétise l'alinéa 1 :*

A teneur de l'art. 125 al. 2 CC, qui concrétise l'alinéa 1 : pour décider si une contribution d'entretien est allouée et pour en fixer, le cas échéant, le montant et la durée, le juge retient en particulier les 8 éléments de la liste exemplative suivante :

Note : liste exemplative, mais les 8 chiffres balisent bien le domaine

=> *analyser donc chaque chiffre dans l'ordre et pour chacun toujours dire ce qu'entend la jurisprudence*

1. **La répartition des tâches pendant le mariage (art. 125 al. 2 ch. 1 CC).** Une répartition traditionnelle ou semi traditionnelle des tâches pendant le mariage a, en règle générale, un impact sur la capacité de gain du conjoint resté au foyer. La contribution d'entretien vise alors à favoriser la réinsertion professionnelle de ce conjoint.

In casu, la femme à diminuer son temps de travail elle était biologiste et mtn travail que à tant de %...

2. **La durée du mariage (art. 125 al. 2 ch. 2 CC).** Selon la jurisprudence, le mariage est soit de longue durée soit de courte durée : un mariage de moins de 5 ans et sans enfant est dit de courte durée, un mariage de plus de 10 ans ou lorsqu'il y a des enfants est de longue durée et lorsque le mariage a duré entre 5 et 10 ans, il faut concrètement apprécier l'influence du mariage sur les conditions de vie des époux, au regard des circonstances du cas d'espèce

La durée du mariage est importante pour déterminer l'impacte que le mariage a sur la vie des conjoint. Quand il s'agit d'un mariage de courte durée, il est présumé n'avoir pas durablement influencé les conditions de vie des époux. Il s'agit de replacer le conjoint économiquement plus faible dans la situation qui était la sienne avant le mariage. Alors qu'un mariage de longue durée est présumé avoir durablement influencé les conditions de vie des conjoints. Il convient alors de replacer le conjoint dans la situation qui était la sienne pendant le mariage.

In casu, mariage de plus de 10 ans, ils ont des enfants, c'est donc clairement un mariage de longue durée. Il faudra donc replacer X dans le niveau de vie qu'elle avait pendant la vie commune.

3. **Le niveau de vie des époux pendant le mariage (art. 125 al. 2 ch. 3 CC).** Cela constitue la limite supérieure des besoins à couvrir. Il n'est toutefois pas exclu, selon les circonstances, qu'un montant plus élevé que le niveau de vie durant le mariage soit octroyé ; ce peut être le cas lorsque les conjoints ont adopté un niveau de vie inférieur à leurs moyens, dans le but par exemple de faire des économies.

Attention : Ce n'est pas ce qu'ils gagnent mais ce qu'ils utilisent !

Exemple => s'il y a des économies, le conjoint ne peut pas prétendre à ces économies car elles ne sont pas utilisées dans leur vie de tous les jours.

Note : selon la jurisprudence dit que le revenu moyen est à partir de 7000 fr.

In casu, on va mettre en évidence le fait qu'ils ont un niveau de vie confortable et du fait qu'ils ne font pas d'économie.

4. **L'âge et l'état de santé des époux (art. 125 al. 2 ch. 4 CC).** Selon la jurisprudence, on ne peut en principe exiger d'un conjoint âgé de plus de 45 ans au moment de la séparation définitive (pas au moment du divorce) qu'il reprenne une activité lucrative s'il n'en a plus exercé depuis longtemps. A noter que le Tribunal fédéral tend à augmenter cette limite d'âge à 50 ans. Cependant, lorsque le conjoint est déjà partiellement réinséré, l'on peut attendre de sa part une augmentation de son taux d'activité à un âge même plus avancé.

In casu, Lisa à moins de 45 ans (elle a 44ans) au moment de la séparation et elle exerce déjà une activité lucrative à temps partielle, on pourra donc attendre d'elle qu'elle augmente son temps de travail.

Dans notre cas on ne prend pas en compte l'état de santé mais si c'est pertinent pour le cas ajouter à la majeure :

De plus, l'état de santé est déterminant pour apprécier la capacité de gain des époux. Le juge doit toutefois regarder sous l'angle de la solidarité qui découle des liens du mariage si l'état de santé défaillant de l'un des époux peut être effectivement retenu comme une conséquence du mariage.

5. **Les revenus et la fortune des époux (art. 125 al. 2 ch. 5 CC).** Selon la jurisprudence, l'on se base sur les revenus effectivement réalisés par chacun des conjoints. L'on tient toutefois également compte des revenus que ce conjoint pourrait réaliser s'il faisait preuve de bonne volonté et fournissait l'effort que l'on peut raisonnablement attendre de sa part (revenus hypothétiques).

L'on tiendra également compte des revenus de la fortune, mais en principe seulement si le revenu ne suffit pas.

Note : en principe si le revenu suffit on ne tient pas compte de la fortune. Dans le cas de vieux qui ont économisé et créé une fortune on tient compte de cette fortune.

In casu, pour Lisa revenu de 2000 fr et on verra après si on peut lui faire un revenu hypothétique. Elle n'a pas de fortune et son mari non plus.

6. **L'ampleur et la durée de la prise en charge des enfants qui doit encore être assurée (art. 125 al. 2 ch. 6 CC).** Selon la jurisprudence, cela pose deux présomptions : on ne peut attendre du conjoint qui s'occupe des enfants qu'il reprenne une activité lucrative avant que le cadet des enfants communs ait atteint l'âge de 10 ans. A partir de ce moment-là, l'on peut

attendre de sa part qu'il travaille à temps partiel et finalement, dès que l'enfant a atteint l'âge de 16 ans, à temps complet. Ces présomptions étant réfragables, il faut faire attention au cas d'espèce, notamment lorsque un des époux a la charge d'un enfant handicapé ou lorsqu'il a beaucoup d'enfants.

Exemple :

Elle ne travaille pas mais fait garder ses enfants => on ne va pas appliquer la présomption. Dans le cas où l'enfant nécessite un encadrement (scolaire, problème de santé, etc) => on va être plus souple avec les présomptions.

In casu, vu les problèmes scolaires de Marie qui a 9ans, la présence de sa mère est indispensable jusqu'à ses 15ans. Une reprise du travail ne peut donc pas être exigé jusqu'à ce moment-là. On attendra donc de lise que lorsque sa fille aura 16ans, elle reprenne une activité à 50% et après 16ans à 100%.

Notes : Bien que la mère aura plus de 45ans quand la fille aura 15ans, comme la mère a déjà une activité ce n'est pas relevant.

A partir du moment où marie à 15ans on pourra retenir pour lise un revenu hypothétique à 50% (donc revenu de 3333fr dès 2020) et un revenu hypo de 6666fr dès 2021.

7. **La formation professionnelle et les perspectives de gain des époux, ainsi que le coût probable de l'insertion professionnelle du bénéficiaire de l'entretien (art. 125 al. 2 ch. 7 CC).** Il s'agit d'un critère important pour évaluer la mesure dans laquelle il est possible d'imposer au conjoint la reprise d'une activité lucrative, respectivement pour se prononcer sur le type d'activité lucrative pouvant être prise en considération.

In casu, elle travail à 30% elle est biologiste et elle n'a pas besoin d'une mise à niveau (d'une formation en plus etc).

8. **Les expectatives de l'assurance-vieillesse et survivants et de la prévoyance professionnelle ou d'autres formes de prévoyance.(art. 125 al. 2 ch. 8 CC).** Les expectatives de prévoyance, y compris le résultat prévisible du partage des prestations de sortie, sont à prendre en considération. Elles sont également pertinentes pour déterminer si, et le cas échéant dans quelle mesure, une contribution doit être prévue pour la période suivant l'âge de la retraite. Exceptionnellement, la contribution d'entretien permet donc également de compenser des lacunes survenues durant le mariage.

In casu,

Le mari est particulier donc il peut cotiser un deuxième pilier et Lisa a un deuxième pilier. La prévoyance professionnelle = 2ème pilier = ne rentre normalement pas en compte dans le ch. 8 (c'est réglé de façon spécifique)

Dans ce cas le chiffre 8 (sous réserve du cas particulier) permet de compenser les lacunes ... Lisa continu de bosser à 30% et cela ne permet de pas de créer une grande prévoyance et elle va continuer d'être à 30% après le divorce et donc c'est pour combler cela que le ch.8 s'applique.

La formule : (ne sera surement pas testé)

on part du revenu brut fictif que le conjoint pourrait obtenir à 100% (ici 6000) sur cette base on calcule les cotisation de prévoyance payé par l'employeur + les charge fiscales et on déduit les cotisations.

=> *faire une conclusion finale du cas :*

L'épouse aura droit à une contribution d'entretien même limité dans le temps. Cette contribution permettra de maintenir le niveau de vie pendant le mariage et de compenser la perte des éléments de prévoyance survenu après le divorce. On tiendra également compte du fait que Lisa n'a pas besoin d'augmenter son activité professionnelle et ce jusqu'en 2020. Puis à 50% jusqu'au 16ans de marie (jusqu'en 2021) et du fait que en 2021 lisa travaillera à 100%

2. Une fois le divorce prononcé, qu'advindra-t-il de l'obligation de verser une contribution d'entretien au cas où :

1. Le débiteur se remarie;

A teneur de l'art. 129 al. 1 : si la situation du débiteur ou du créancier change notablement et durablement, la rente peut être diminuée, supprimée ou suspendue pour une durée déterminée.

Cet article ne prévoit pas que le mariage du débiteur soit un motif en soit pour changer la contribution d'entretien. Cependant, il permet que la rente soit diminuée, supprimée etc. Donc dans le cas ou il se remarie, il doit contribuer a l'entretien de sa nouvelle famille, sans réserve pour les enfants mais avec des réserve pour le nouveau conjoint qui sait dans quoi il se lance quand il se marie (que l'autre doit payer une contribution à une autre personne) mais cette réponse est toute en nuance (la jurisprudence ne le dit pas clairement).

In casu,

notable => quand il y a un changement de 10 à 15% en cas de situation serré et dans une situation confortable changement de 15 à 20 %.

durable => in casu, il se marie et donc ce sera durable.

Imprévisible => par pris en compte au moment divorce.

2. Le débiteur se trouve au chômage;

A teneur de l'art. 129 al. 1 : si la situation du débiteur ou du créancier change notablement et durablement, la rente peut être diminuée, supprimée ou suspendue pour une durée déterminée.

In casu,

Notable => oui, il est au chômage et travaillait avant à 100% on va donc ressentir la différence.

Imprévisible => oui

Durable => on tient compte de cet élément après avoir attendu quelques mois

On va prononcer une suspension. On ne prononce pas une suppression, car la suppression est définitive.

3. Le créancier se remarie ;

Sauf convention contraire, l'obligation d'entretien s'éteint également lors du remariage du créancier (art. 130 al. 2 CC).

Note : En tant qu'avocat on peut conseiller à Lisa, lors du divorce, la continuité de l'entretien de prévoyance après remariage, car dans le cas par ex où elle s'occupe des enfants (qui sont aussi ceux de son ex mari).

4. Le créancier vit en union libre avec un homme riche et très attaché à elle mais opposé au mariage;

Ici question du concubinage :

La concubinage est une communauté de vie d'une certaine durée voir durable entre deux personnes de sexe opposé, à caractère en principe exclusif qui présente composante spirituelle et économique et le TF parle de communauté de toit, de table, et de lit. Le mariage prévoit une contribution à l'entretien de la famille et peut avoir un entretien après le divorce, ce qui n'est pas le cas avec le concubinage.

On applique 129 al. 1 CC. Cependant, le TF refuse de dire que les revenus économique sont déterminants, il faut alors regarder si la nouvelle union présente les traits caractéristique que on trouve dans un mariage (ex. Assistance, soutien). Les caractéristiques sont à apprécier sur la base du cas d'espèce : à partir de 5ans on peut présument qu'il a un concubinage qualifié donc qui présente trait caractéristique du mariage. On va donc pouvoir suspendre ou supprimer l'entretien. Dans un premier temps on suspend. Il y a une présomption de 5ans mais pas exclu d'avoir une concubinage qualifiée avant.

(voir avec note cours p. 9)

5. elle augmente son taux d'activité ?

A teneur de l'art. 129 al. 1 : si la situation du débiteur ou du créancier change notablement et durablement, la rente peut être diminuée, supprimée ou suspendue pour une durée déterminée ; une amélioration de la situation du créancier n'est prise en compte que si une rente permettant d'assurer son entretien convenable a pu être fixée dans le jugement de divorce.

In casu,

Notable => Oui.

Durable => Oui on pense

imprévisible => Oui, on pensait que elle allait continuer de travailler à 30% pendant encore quelques années.

On peut alors diminuer la contribution d'entretien mais dans le cas ou => phr. 2 al. 1 129

Lien avec => 129 al. 3 :

C) La prévoyance professionnelle (2ème pilier)

Notes : le 1er pilier est réglé par LAVS et la LAI et 3ème pilier fait l'objet d'un partage en vertu des règles sur les régimes matrimoniaux.

1. Principe lors du divorce :

A teneur de l'art.122 al.1 CC, lorsque l'un des époux au moins est affilié à une institution de prévoyance professionnelle et qu'aucun cas de prévoyance (vieillesse ou invalidité) n'est survenu, chaque époux a droit à la moitié de la prestation de sortie de son conjoint calculée pour la durée du mariage selon les dispositions de la loi du 17 décembre 1993 sur le libre passage.

Il y donc deux condition cumulatives :

1) *L'un des conjoints ou les deux sont affiliés à une institution de prévoyance professionnelle,*

QUID Si aucun des conjoint n'a de 2ème pilier ?

Ils n'ont pas de prévoyance professionnelle, on ne peut donc faire de partage prévu à l'art. 122 CC.

Ils ont un premier pilier mais celui-ci relève d'un mécanisme de partage dans le cadre d'application de la loi sur les assurances sociales.

Une contribution d'entretien sera peut-être prise en compte mais vu que ces personnes n'ont pas bcp d'argent et ont très probablement des aides sociales => il y aura donc surement pas de contribution d'entretien.

2) *Aucun cas de prévoyance (vieillesse ou invalidité) n'est survenu (pour plus de précisions voir notes de cours p.3)*

QUID si condition 2 n'est pas remplie ? => voir le point 4

2. Calcule de la prestation de sortie à partager :

=> d'après l'art 122 al. 1 CC, on prend donc en compte : 2ème pilier formé PENDANT le mariage et c'est cela que on partage par moitié.

La prestation de sortie est calculée pour la durée du mariage selon les dispositions de la loi fédérale sur le libre passage (LFLP). A teneur de l'art.22 al.2 LFLP pour chaque conjoint, la prestation de sortie à partager correspond à la différence entre la prestation de sortie, augmentée des avoirs de libre passage existant éventuellement au moment du divorce, et la prestation de sortie, augmentée des avoirs de libre passage existant éventuellement au moment de la conclusion du mariage. Pour ce calcul, on ajoute à la prestation de sortie et à l'avoir de libre passage existant au moment de la conclusion du mariage les intérêts dus au moment du divorce. Les paiements en espèces effectués durant le mariage ne sont pas pris en compte.

=> Ajouter en plus si besoin au cas d'espèce :

La prestation de sortie est établie en tenant compte d'éventuels versements anticipés effectués pour l'acquisition d'un logement, montants qui selon la jurisprudence ne portent pas intérêts. On doit de la prestation de sortie au jour du divorce les montants ayant servi à un rachat de prévoyance lorsqu'ils proviennent de fonds qui, sous le régime de la participation aux acquisitions, seraient, de par la loi, considérés comme des biens propres du conjoint (art. 22 al. 3 LFLP). Ces montants portent intérêts.

Notes : quand on dit prestation de sortie existant au jour du divorce on parle du jour ou le jugement est rentré en force.

1. pour chaque époux calculer : (avoir de prévoyance qui existe au jour du divorce + avoirs de libre passage existant éventuellement à ce moment-là) – (avoir de prévoyance qui existait au jour du mariage + les intérêts couru sur ce montant durant le mariage) = un résultat
2. faire la différence entre les deux résultats trouvé
3. Diviser la différence par 2 = ce que l'un doit donner à l'autre (art. 122 al. 3 CC)
4. celui qui avait le plus grand résultat donne l'argent à l'autre

3. Exécution du partage :

A teneur de l'art.24 al.3 LFLP en cas de divorce ou de dissolution judiciaire du partenariat enregistré, l'institution de prévoyance est tenue de renseigner, sur demande, l'assuré ou le juge sur les montants des avoirs déterminants pour le calcul de la prestation de sortie à partager.

A teneur de l'art.122 al.3 CC lorsque les conjoints ont des créances réciproques, seule la différence entre ces deux créances doit être partagée.

Le conjoint débiteur peut, à certaines conditions, effectuer un rachat du montant de la prestation de sortie qui a été transférée en faveur de l'autre époux (art. 22c LFLP).

Si les conjoints ont trouvé un accord sur le partage

=> *note de cours p.5*

Si les conjoints n'ont pas trouvé d'accord sur le partage

=> *note de cours p.5*

4. Le versement d'une indemnité équitable

Lorsqu'un cas de prévoyance est déjà survenu pour l'un des conjoints ou pour les deux ou si le partage des avoirs de prévoyance se révèle impossible pour d'autres motifs, la loi prévoit que le partage est remplacé par le versement d'une indemnité équitable (art. 124 al. 1 CC). L'indemnité équitable peut être versée sous la forme d'une rente ou d'un capital.

=> *ça sera un capital s'il en a un a disposition, sinon => rente (c'est le plus souvent le cas)*

Selon la jurisprudence, il a établi qu'il convenait que l'indemnité équitable devait être fixée selon une procédure en deux étapes :

1. Il s'agit tout d'abord de déterminer le montant qui correspondrait à la prestation de sortie au moment du divorce, respectivement de la survenance d'un cas de prévoyance, afin de procéder à un partage hypothétique par moitié sur la base de l'art. 122 CC ;
2. ensuite, le résultat peut être adapté aux besoins concrets de prévoyance des époux.

QUID dans le cas où celui qui doit verser qqch est celui qui travaille toujours ?

La personne gagne toujours de la prévoyance professionnelle et aurait donc intérêt à utiliser son 2ème pilier pour le partage mais on ne va pas lui conseiller cela car elle est bientôt à la retraite. On va lui conseiller d'utiliser son capitale privé ou alors une rente.

5. Renonciation partielle ou totale au partage :

Selon la jurisprudence ce n'est pas possible de renoncer au partage de la prévoyance professionnelle au moment du mariage, car à ce moment il n'est pas possible de pouvoir établir le montant auquel on renoncerait au moment du divorce.

Au moment du divorce, un tel partage peut toutefois être exclu par les parties (art. 123 al. 1 CC) ou par une décision du juge (art. 123 al. 2 CC).

A teneur de l'art. 123 al. 1 CC : Un époux peut, par convention, renoncer en tout ou en partie à son droit, à condition qu'il puisse bénéficier d'une autre manière d'une prévoyance vieillesse et invalidité équivalente. Selon la jurisprudence, l'autre forme de prévoyance doit être qualitativement et quantitativement équivalente. Le juge doit vérifier d'office que tel est bien le cas.
(pour plus de précisions voir notes de cours p.6)

6. QUID en cas de partage inéquitable :

Le juge peut refuser le partage, en tout ou en partie, lorsque celui-ci s'avère manifestement inéquitable pour des motifs tenant à la liquidation du régime matrimonial ou à la situation économique des époux après le divorce. Le refus ne peut pas se fonder sur les fautes respectives des époux pendant le mariage (art. 123 al. 2 CC).
(pour plus de précisions voir note de cours p. 7)

In casu, (pour l'alinéa 2)

- Il est évident qu'une aventure n'est pas un motif au sens de 123 al. 2, car cela voudrait dire que on revient sur un principe de faute.
- Si celui qui n'a pas de 2ème pilier possède qqch qui lui génère de gros bénéfice (par exemple entreprise) => En principe ce n'est pas une prévoyance équivalente. Parce que le fait de disposer d'un montant important ne suffit pas, si on veut le dilapider on peut. MAIS dans le cas de très gros montant le juge se posera la question (en pratique). Le juge refuserait le partage bien qu' il/elle n'ait pas de prévoyance professionnelle, si il/elle a une entreprise qui génère des millions.

7. QUID si séparation de corps ?

La séparation de corps a pour effet qu'ils sont encore marié et donc toujours soumis aux conditions du mariage. Le partage de la prévoyance professionnelle est applicable seulement en cas de divorce et donc elle n'est pas applicable dans ce cas là. Le deuxième pilier continu de s'accumuler jusqu'au jour d'un éventuel divorce.

(ils sont d'ailleurs tjrs héritiers l'un de l'autre et se doivent des contributions d'entretien)

8. QUID si mariés sous le régime de la séparation de biens ?

ATTENTION : rien à voir avec séparation de corps !

La prévoyance professionnelle est indépendante du régime matrimoniale et donc peut importe le régime auquel les époux sont soumis (séparation de biens, etc).

Notes en plus : la prévoyance liée, ne fait pas l'objet d'un partage !

Les enfants et le divorce des parents

Les conséquences du divorce sur les enfants relèvent des articles 133 et 134 CC et des dispositions relatives aux effets de la filiation (art. 270 ss CC), auxquels nous renvoyons.

=> cf. voir les notes de cours sur divorce IV

Qu'en est-il de l'audition des enfants si l'on sait que Lucien veut rester en dehors du conflit parental et que Régis est suivi par un psychologue en raison de troubles du sommeil ?

A teneur de l'art. 298 CPC : les enfants sont entendus personnellement et de manière appropriée par le tribunal ou un tiers nommé à cet effet, pour autant que leur âge ou d'autres justes motifs ne s'y opposent pas. Lors de l'audition, seules les informations nécessaires à la décision sont consignées au procès-verbal. Elles sont communiquées aux parents et au curateur. L'enfant capable de discernement peut interjeter un recours contre le refus d'être entendu.

Cet article prévoit en principe d'audition dans toutes les procédures matrimoniales.

Le juge va informer les enfants de leur droit d'être entendu et les enfants peuvent refuser ce droit.

In casu, Lucien (15ans) est capable de discernement et donc pourra refuser.

Régis (11ans), le fait qu'il soit suivi par un psy montre que l'enfant est déjà perturbé, cependant on parle de trouble du sommeil et donc ce n'est peut-être pas assez grave pour ne pas l'auditionner. Le juge doit clarifier si l'enfant est suivi depuis longtemps ou juste depuis le divorce et probablement il fera entendre l'enfant par un spécialiste pour avoir un avis.

Célia (5ans) principe selon lequel les enfants de moins de 6ans on ne les entend pas. Mais dans le cas où le juge entend les enfants plus âgés et bien il entend vraisemblablement aussi Célia. Mais 5ans c'est jeune.

Comment se déroule l'audition ?

Entendu par le juge : les enfants sont entendus dans son bureau, seul et le juge va remettre les informations nécessaires pour la décision sont consignés dans le procès verbal (al. 2)

Qui sera chargé de défendre les intérêts des enfants ?

Les enfants ne sont pas forcément représentés, il n'y a pas de principe de représentation mais il y a des cas où c'est possible et la loi le prévoit (299 CPC)

Dans ce cas les parents ne sont pas du tout d'accord sur la garde des enfants (relative aux droits parentaux) et donc le juge doit se poser la question de la représentation de l'enfant dans la procédure. (pas d'attribution d'AP quand les enfants sont majeurs)

De plus, on part du principe que dès 12ans l'enfant est capable de discernement à le droit de demander à être représenté (le juge n'a alors pas de pouvoir d'appréciation)

Lucien est capable de discernement ; Régis est à la limite ça peut se discuter ; Célia est incapable de discernement

Le rôle de ce représentant :

les tâches sont prévues à l'art. 300 CPC (il ne peut pas se prononcer sur la contribution d'entretien)