

**Proposition de citation :**

Philippe Schweizer, La liberté des époux  
(TF 5A\_234/2012), Newsletter  
DroitMatrimonial.ch décembre 2012

## La liberté de disposer des époux

### Philippe Schweizer

#### I. Objet de l'arrêt

L'arrêt 5A\_234/2012, destiné à la publication, porte sur la réunion aux acquêts de libéralités faites par un époux à la mère de son enfant né hors mariage, après le prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale. Ces libéralités sont sujettes à réunion dans la liquidation du régime matrimonial, nonobstant le fait que de tels versements peuvent être rattachés au respect d'un devoir moral. Ainsi, l'épouse continue de participer au bénéfice de l'époux après le prononcé des mesures protectrices.

#### II. Résumé de l'arrêt

##### En fait

Les époux vivent séparés selon le prononcé des mesures protectrices de l'union conjugale de septembre 1999, respectivement août 2001.

En 2007, l'épouse ouvre action en divorce. Le divorce est prononcé en 2011 et le tribunal condamne l'époux au paiement de CHF 32'266.40 à titre de liquidation de régime matrimonial, en retenant notamment que la somme de CHF 116'000.- doit être réunie aux acquêts de l'époux. Cette somme représente des montants payés par l'époux à la mère d'un enfant né en 2000 et que l'époux a reconnu comme étant sien. Le premier tribunal a considéré que ces versements représentaient des « libéralités entre vifs » au sens de l'art. 208 al. 1 ch. 1 CC.

L'époux recourt au Tribunal cantonal puis au Tribunal fédéral en contestant l'appréciation selon laquelle ces versements ont dépassé l'ampleur des « présents d'usage » de l'art. 208 al. 1 ch. 1 CC *in fine* et n'ont pas été consentis en exécution d'une obligation d'entretien. L'époux considère que ces versements ont été faits par une décision responsable et en exécution d'une obligation morale qui doit être reconnue.

##### En droit

Le Tribunal rappelle que, conformément à l'art. 208 al. 1 CC, sont réunis aux acquêts, en valeur, notamment les biens qui en faisaient partie et dont l'époux a disposé par libéralités entre vifs sans le consentement de son conjoint dans les cinq années antérieures à la dissolution du régime, à l'exception des présents d'usage (ch. 1). Le but de cette disposition est de protéger les expectatives d'un époux au bénéfice de son conjoint. La liberté d'un

époux de disposer de ses revenus ne vaut que dans les limites imposées par l'art. 201 CC (ATF 118 II 27, consid. 4b p. 30 s) ; la loi sanctionne certaines réductions de fortune qui seraient contraires à la loyauté entre époux.

Les libéralités comprennent également les attributions faites en raison d'une obligation morale. Selon la doctrine, les « libéralités » de l'art. 208 CC doivent se définir de la même manière qu'à l'art. 527 al. 1 CC relatif aux libéralités pour cause de mort.

Un acte doit être exclu de la réunion lorsque son omission serait contraire aux mœurs et non pas lorsque son exécution pourrait être défendable sur le plan moral (BeKO - HAUSHEER/REUSSER/GEISER, art. 208 CC N 22).

Le droit suisse distingue les obligations morales des obligations légales. Les obligations morales ont ceci de particulier que leur exécution ne peut pas être imposée par la voie judiciaire. L'exemple cardinal est l'entretien des parents en ligne ascendante qui dépasse le strict entretien de l'art. 329 CC. Un autre exemple est donné par le présent arrêt.

En l'espèce, il existe uniquement une obligation d'entretien du recourant à l'égard de l'enfant. La loi ne prévoit en revanche aucune prétention pour l'entretien à la mère non mariée de l'enfant. Une telle convention d'entretien ne saurait être considérée comme la promesse d'exécuter d'une obligation morale qui permettrait d'exclure la réunion de ces sommes.

Par conséquent, l'*Obergericht* et le Tribunal fédéral considèrent qu'il n'aurait pas été immoral de ne rien payer à la mère non mariée. On ne peut donc construire un devoir légal ou moral de contribuer à son entretien.

### III. Analyse

Sous nos latitudes, l'individu jouissant de l'exercice de ses droits civils, est libre en principe, en tout cas s'il est solvable, de disposer de son patrimoine comme il l'entend. Par « solvable », on entend ici économiquement apte à désintéresser ses créanciers éventuels. Les liens de famille restreignent toutefois cette liberté par divers mécanismes.

Le conjoint qui n'a pas la prudence élémentaire de conclure une convention de séparation de biens et qui se montre trop généreux tous azimuts risquera, lors de la liquidation du régime matrimonial légal, de voir ses généreuses donations être comptablement ajoutées à ses acquêts pour calculer le bénéfice à partager avec son ex, ce qui pourra porter un sale coup à son pécule résiduel, ou à sa masse successorale si le conjoint prodigue a la malchance de quitter ce bas monde en premier. Il y aura réunion aux acquêts en toute hypothèse (art. 208 CC).

Le droit successoral prévoit un mécanisme différent mais intellectuellement comparable. Les héritiers réservataires qu'on n'arrive pas à exhérer valablement pourront, le cas échéant, modifier le calcul de la masse successorale en exigeant un rapport (art. 626 ss CC) et agir en réduction si leur réserve est touchée (art. 522 ss CC). Le conjoint survivant est donc doublement gâté : après avoir obtenu le cas échéant une réunion aux acquêts pour s'approprier sa part exclusive dans la liquidation du régime, il pourra continuer le combat sur le terrain successoral par les deux instruments visés à l'instant.

L'arrêt rapporté concerne un autre aspect de cette limitation à la libre disposition des biens de chacun, qui vise le droit à l'entretien découlant du mariage, et des procréations ou adoptions qui peuvent en résulter. Plus question ici de se prémunir par un contrat quelconque (de séparation de biens par exemple) : le droit à l'entretien découle directement de la loi et il est sévèrement encadré par la justice.

Avant d'en venir au fait, deux mots encore d'une autre construction intellectuelle participant du même esprit, celle du revenu hypothétique. Le cas le plus fréquent est celui du conjoint qui ne gagne rien du tout, ou pas beaucoup, et qui, s'il sectionnait le poil qu'il s'est laissé pousser dans la main pendant la vie commune et même après, jusqu'à règlement de comptes à l'OK Corral des mesures protectrices, provisoires, divorce, etc., serait apte à se procurer un revenu, ou un revenu supérieur à ce qu'il est au moment de la séparation. Il n'est plus question ici de contrecarrer la liberté de disposer de son patrimoine, mais de raisonner comme si la personne en cause avait un patrimoine qu'elle n'a pas en raison de sa mauvaise volonté.

L'arrêt rapporté se situe à cheval sur les deux mécanismes correctifs survolés ci-dessus. Voilà un homme marié qui verse des contributions d'entretien à la mère de son enfant né hors mariage. Dans le contexte du procès matrimonial en cours, contentieux donc chargé d'arrière-pensées peu amicales, sa femme lui réclame évidemment une somme importante à titre de liquidation du régime matrimonial. C'est pluriquotidien, archiclassique et revisité en continu. Mais l'affaire ici rapportée a au moins le mérite de mettre le Tribunal fédéral dans une situation embarrassante : il est acquis que le mari recherché en aliments par sa femme est père d'un enfant illégitime, à la mère duquel il paie des contributions qu'en droit strict il ne peut être contraint de lui verser. Ce geste peut donc être assimilé à l'accomplissement d'un devoir moral. Faut-il prendre en compte cette « charge » dans le calcul du disponible du mari (et l'on revient ici au thème évoqué en tête de la présente note, puisque le disponible, c'est le patrimoine restant, soit les revenus moins les charges, les vraies charges, pas les charges juridiquement « hypothétiques », mais réelles en fait) ? Ou autrement exprimé : faut-il « réunir » au patrimoine du malheureux les sommes qu'il verse périodiquement à la mère de son fils biologique en vertu d'un devoir moral ?

Après un raisonnement tortueux et si bien documenté qu'il n'y a pas lieu de le paraphraser ici, la réponse est affirmative. Sans doute attend-on de l'auteur de ces lignes une conclusion critique. Il y a deux sortes de critiques, la première, purement technique, qui ne tiendrait certainement pas en quelques lignes, et dans laquelle on ne se lancera donc pas ici ; la seconde, plus instinctive, qui relève du *feeling*, anciennement appelé « *Rechtsgefühl* ». Le sentiment est mitigé. Faute de clause d'équité au sens du droit de l'arbitrage commercial, la loi exigeait ici une solution blanche ou noire. Aucune n'est pleinement satisfaisante en équité. Pour le soussigné, qui n'aime pas l'équité quand il y a du droit, l'équité aurait voulu que la poire pût être partagée en deux, par la prise en compte d'une partie des contributions d'entretien versées à la mère d'un enfant qu'au siècle dernier on qualifiait encore d'illégitime.