



UNIVERSITÉ DE FRIBOURG
UNIVERSITÄT FREIBURG

Journée de droit successoral 2024

Maryse Pradervand-Kernen
Michel Mooser
Antoine Eigenmann
(éd.)



Stämpfli Editions

Cet ouvrage rassemble les contributions présentées lors de la Journée de droit successoral du 18 janvier 2024. Dans l'esprit d'une formation continue de caractère général en droit successoral, cet ouvrage s'adresse à l'ensemble des juristes intéressés par le droit des successions. Il s'inscrit dans le cadre de la formation continue des avocats spécialistes FSA en droit des successions.

Au sommaire :

- P. Meier : Le « testament parental »
- F. Bohnet : Les conclusions en réduction et leur modification en cours d'instance
- M. Pradervand-Kernen : La rémunération de l'exécuteur testamentaire
- M. Mooser : L'administration d'office de la succession
- M. Heinzmann : Le statut successoral – Un tour d'horizon de la révision
- B. Verrey : La fiscalité d'actifs commerciaux dans la succession
- D. Regamey : Sélection d'arrêts du Tribunal fédéral rendus entre août 2022 et juillet 2023

Maryse Pradervand-Kernen
Michel Mooser
Antoine Eigenmann
(éd.)

Journée de droit successoral 2024

Contributions de

Philippe Meier
François Bohnet
Maryse Pradervand-Kernen
Michel Mooser
Michel Heinzmann
Bastien Verrey
David Regamey



Stämpfli Editions

Ce livre est protégé par le droit d'auteur. Toute forme de distribution à des tiers (à titre onéreux ou gratuit) est interdite. Le fichier contient un filigrane caché dans lequel les données de téléchargement sont stockées.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

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

Tous droits réservés, en particulier le droit de reproduction, de diffusion et de traduction. Sans autorisation écrite de l'éditeur, l'œuvre ou des parties de celle-ci ne peuvent pas être reproduites, sous quelque forme que ce soit (photocopies, par exemple), ni être stockées, transformées, reproduites ou diffusées électroniquement, excepté dans les cas prévus par la loi.

© Stämpfli Editions SA Berne · 2024
www.staempfliverlag.com

E-Book ISBN 978-3-7272-3066-0

Dans notre librairie en ligne www.staempflishop.com, la version suivante est également disponible :

Print ISBN 978-3-7272-7693-4

printed in
switzerland



Avant-propos

Cet ouvrage rassemble les contributions présentées lors de la Journée de droit successoral du 18 janvier 2024. Dans l'esprit d'une formation continue de caractère général en droit successoral, cette journée s'adressait à l'ensemble des juristes intéressés par le droit des successions. Elle s'inscrivait dans le cadre de la formation continue des avocats spécialistes FSA en droit des successions.

Nous tenons à exprimer notre très vive reconnaissance à toutes celles et tous ceux qui ont contribué au succès de cette journée, en particulier :

- aux conférenciers ;
- à M. Louis Liogier de Sereys et à M^{me} Margaux Schroeter, assistants à la Faculté de droit de l'Université de Fribourg, à M^{me} Amaia Niveaux Gorospe, sous-assistante à cette même Faculté, et à M^{me} Myriam Sottas, secrétaire à cette même Faculté, qui ont assuré la mise en page du présent ouvrage ;
- à M^{me} Fanny Weiss, responsable de la publication pour les Editions Stämpfli ;
- à M^{me} Annette Enz et au Service de la formation continue de l'Université de Fribourg, qui ont organisé la journée elle-même ;
- à l'entreprise Take Off Productions qui a filmé la journée et en a assuré sa diffusion en ligne.

Maryse Pradervand-Kernen

Michel Mooser

Antoine Eigenmann

Sommaire

Avant-propos	5
Liste des abréviations	9
<i>PHILIPPE MEIER, professeur ordinaire de droit civil à l'Université de Lausanne, avocat, Lausanne et Genève</i>	
Le « testament parental »	19
<i>FRANÇOIS BOHNET, professeur ordinaire de procédure civile à l'Université de Neuchâtel, avocat, Neuchâtel</i>	
Les conclusions en réduction et leur modification en cours d'instance ..	59
<i>MARYSE PRADERVAND-KERNEN, professeure ordinaire de droit civil à l'Université de Fribourg</i>	
La rémunération de l'exécuteur testamentaire	99
<i>MICHEL MOOSER, Dr, notaire, Bulle, professeur titulaire à l'Université de Fribourg</i>	
L'administration d'office de la succession	139
<i>MICHEL HEINZMANN, professeur ordinaire de procédure civile, exécution forcée et droit international privé à l'Université de Fribourg</i>	
Le statut successoral – Un tour d'horizon de la révision	179
<i>BASTIEN VERREY, Dr, notaire, Pully, chargé de cours à l'Université de Lausanne</i>	
La fiscalité d'actifs commerciaux dans la succession	207
<i>DAVID REGAMEY, avocat, spécialiste FSA en droit des successions, Lausanne</i>	
Sélection d'arrêtés du Tribunal fédéral rendus entre août 2022 et juillet 2023	227

Liste des abréviations

a	ancien(ne)
ABGB	<i>Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch</i> (code civil autrichien)
Abs.	<i>Absatz</i> (= al.)
AFC	Administration fédérale des contributions
Aff.	affaire
AG	canton d'Argovie
AIFD	Arrêté du Conseil fédéral concernant la perception d'un impôt fédéral direct du 9 décembre 1940 (RO 56 2021 ; aRS 6 352) (anciennement impôt pour la défense nationale ; cf. RO 1982 144) (abrogé le 1 ^{er} janvier 1995 avec l'entrée en vigueur de la LIFD)
AJ	assistance judiciaire
al.	alinéa(s)
AP	Avant-projet
art./Art.	Article(s)/ <i>Artikel</i>
ASA	<i>Archives de droit fiscal suisse</i>
ATF	<i>Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse</i>
AVS	assurance-vieillesse et survivants
BE	canton de Berne
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (code civil allemand)
BGBL	<i>Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich</i> (Journal officiel fédéral de la République d'Autriche)
BK	<i>Berner Kommentar</i> (commentaire bernois)
BL	canton de Bâle-Campagne
BO	Bulletin officiel
BS	canton de Bâle-Ville
BSK	<i>Basler Kommentar</i> (commentaire bâlois)
c.	considérant(s)
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)

CCb	Code civil belge
CCfr	Code civil français
CCit	Code civil italien
CDE	Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (RS 0.107)
CDI-CH-F	Convention du 9 septembre 1966 entre la Suisse et la France en vue d'éliminer les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune et de prévenir la fraude et l'évasion fiscales (RS 0.672.934.91)
CDI-CH-IN	Convention du 2 novembre 1994 entre la Confédération suisse et la République de l'Inde en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu (RS 0.672.942.31)
CDPJ-VD	Code de droit privé judiciaire vaudois du 12 janvier 2010 (RSVD 211.02)
CEDH	Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme) (RS 0.101)
cf.	<i>confer</i>
ch.	chiffre(s)
CHF/Fr.	franc suisse
CHK	<i>Handkommentar zum Schweizer Privatrecht</i>
Civ.	Chambre civile
CJN	Commentaires de jurisprudence numérique
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne
CL	Convention de Lugano du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (RS 0.275.12)
CLaH-1989	Convention de la Haye du 1 ^{er} août 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort
CLaH-1961	Convention de la Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires (RS 0.211.312.1)

CO	LF du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) (Code des obligations) (RS 220)
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPC	Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 (RS 272)
CPP	Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (RS 312.0)
cpr/comp.	comparer
CPra	Commentaire pratique
CR	Commentaire romand
CS	Commentaire Stämpfli
Cst.	Constitution fédérale du 18 avril 1999 (RS 101)
DBG	<i>Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer</i> (= LIFD)
ECLI	<i>European Case Law Identifier</i>
éd.	édition/éditeur(s)
EG ZGB-AG	<i>Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch des Kantons Aargau</i> (RSAG 210.300)
Einl.	<i>Einleitung</i> (= introduction)
et al.	<i>et alii</i>
etc.	<i>et caetera</i>
EU	<i>europäische Union/European Union</i> (= UE)
ex.	exemple
FF	Feuille fédérale
ff.	<i>und folgende</i> (= ss)
FINMA	Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers
FR	canton de Fribourg
FSA	Fédération Suisse des Avocats
GE	canton de Genève
GR	canton des Grisons
ICC	impôt cantonal et communal

i.e.	<i>id est</i>
i.f.	<i>in fine</i>
IFF	<i>Institut für Finanzwissenschaft, Finanzrecht und Law and Economics</i>
Intro.	Introduction
IPR	<i>Internationales Privatrecht</i>
IPRG	<i>Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (= LDIP)</i>
JDS	Journée de droit successoral
JdT	<i>Journal des Tribunaux</i>
JU	canton du Jura
KindRÄG 2001	<i>Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001</i> , Loi autrichienne du 14 décembre 2000 (BGBl. I Nr. 135/2000)
KommZPO	<i>Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung</i>
KUKO	<i>Kurzkommentar</i>
LA AF	Loi fédérale du 28 septembre 2012 sur l'assistance administrative internationale en matière fiscale (RS 651.1)
LACC-FR	Loi fribourgeoise d'application du code civil suisse du 10 février 2012 (RSFR 210.1)
LACC-GE	Loi genevoise d'application du code civil suisse et d'autres lois fédérales en matière civile du 11 octobre 2012 (RSGE E 1 05)
LACC-VS	Loi valaisanne d'application du code civil suisse du 24 mars 1998 (RSVS 211.1)
LACDM-NE	Loi neuchâteloise du 2 novembre 2010 sur le traitement des actes à cause de mort et actes similaires (RSNE 214.10)
LAC-TI	Loi tessinoise d'application du code civil suisse du 18 avril 1911 (RSTI 211.100)
LAVS	LF du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (RS 831.10)
LBA	LF du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier (Loi sur le blanchiment d'argent) (RS 955.0)

LBFA	LF du 4 octobre 1985 sur le bail à ferme agricole (RS 221.213.2)
LCA	LF du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (RS 221.229.1)
LCD	LF du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (RS 241)
LCR	LF du 19 décembre 1958 sur la circulation routière (RS 741.01)
LDFR	LF du 4 octobre 1991 sur le droit foncier rural (RS 211.412.11)
LDIP	LF du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (RS 291)
let.	lettre(s)
LF	Loi fédérale
LHID	LF du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (RS 642.14)
LiCC-JU	Loi jurassienne d'introduction du Code civil suisse du 9 novembre 1978 (RSJU 211.1)
LI-CC-NE	Loi neuchâteloise du 22 mars 1910 concernant l'introduction du code civil suisse (RSNE 211.1)
LICCS-BE	Loi bernoise du 28 mai 1911 sur l'introduction du Code civil suisse (RSB 211.1)
LIFD	LF du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (RS 642.11)
LJ-FR	Loi fribourgeoise sur la justice du 31 mai 2010 (RSFR 130.1)
LMSD-VD	Loi vaudoise du 27 février 1963 concernant le droit de mutation sur les transferts immobiliers et l'impôt sur les successions et donations (RSVD 648.11)
LP	LF du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1)
LPA-VD	Loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (RSVD 173.36)
LPC	LF du 6 octobre 2006 sur les prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI (RS 831.30)

LPGA	LF du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (RS 830.1)
LPP	LF du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (RS 831.40)
LTF	LF du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (RS 173.110)
LU	canton de Lucerne
LVLBFA	Loi d'application de la loi fédérale du 4 octobre 1985 sur le bail à ferme agricole du 10 septembre 1986 (RSVD 221.313)
n	nouveau/nouvelle
N/n°/no/n.	numéro(s)
nbp	note de bas de page
NE	canton de Neuchâtel
NK	<i>NomosKommentar</i>
n.p.	non publié
Nr.	<i>Nummer (=N/n°/no/n.)</i>
NW	canton de Nidwald
oct.	octobre
OFJ	Office fédéral de la justice
OFK	<i>Orell Füssli Kommentar</i>
OIBL	Ordonnance du 17 février 2010 sur l'imposition des bénéficiaires de liquidation en cas de cessation définitive de l'activité lucrative indépendante (RS 642.114)
OJN-NE	Loi neuchâteloise d'organisation judiciaire du 27 janvier 2010 (RSNE 161.1)
OPGA	Ordonnance du 11 septembre 2002 sur la partie générale du droit des assurances sociales (RS 830.11)
OPP 3	Ordonnance du 13 novembre 1985 sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance (RS 831.461.3)
ORF	Ordonnance du 23 septembre 2011 sur le registre foncier (RS 211.432.1)
ORFI	Ordonnance du Tribunal fédéral du 23 avril 1929 sur la réalisation forcée des immeubles (RS 281.42)

P	Projet
p.	page(s)
p. ex.	par exemple
PA	LF du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (RS 172.021)
par.	paragraphe
PCF	LF du 4 décembre 1947 sur la procédure civile fédérale (RS 273)
phr.	phrase
PJA	<i>Pratique juridique actuelle</i>
PME	petites et moyennes entreprises
PraxK	<i>Praxiskommentar</i>
RDAF	<i>Revue de droit administratif et de droit fiscal</i>
RDT	<i>Revue du droit de tutelle</i>
réf.	référence(s)
rem. préél.	remarques préliminaires
resp.	respectivement
RF	<i>Revue fiscale</i>
RJN	<i>Recueil de jurisprudence neuchâteloise</i>
RNRF	<i>Revue suisse du notariat et du registre foncier</i>
RO	<i>Recueil officiel du droit fédéral</i>
RS	<i>Recueil systématique du droit fédéral</i>
RS	Règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen
RSAG	<i>Recueil systématique du canton d'Argovie</i>
RSB	<i>Recueil systématique du canton de Berne</i>
RSFR	<i>Recueil systématique du canton de Fribourg</i>
RSGE	<i>Recueil systématique du canton de Genève</i>

RSJ	<i>Revue suisse de jurisprudence</i>
RSJB	<i>Revue de la société des juristes bernois</i>
RSNE	<i>Recueil systématique du canton de Neuchâtel</i>
RSPC	<i>Revue suisse de procédure civile</i>
RSTI	<i>Recueil systématique du canton du Tessin</i>
RSVD	<i>Recueil systématique du canton de Vaud</i>
RSVS	<i>Recueil systématique du canton du Valais</i>
RVJ	<i>Revue valaisanne de jurisprudence</i>
s.	et suivant(e)
s.	section
SA	Société anonyme
SG	canton de Saint-Gall
SH	canton de Schaffhouse
SJ	<i>La Semaine judiciaire</i>
SNC	Société en nom collectif
SRIEL	<i>Swiss Review of International and European Law</i> (Revue suisse de droit international et européen)
ss	et suivant(e)s
SZ	canton de Schwytz
T.	tome
TAF	Tribunal administratif fédéral
TC	Tribunal cantonal
TF	Tribunal fédéral
TG	canton de Thurgovie
TI	canton du Tessin
Tit. fin.	Titre final du Code civil suisse
TPI	Tribunal de première instance
trad.	traduction/traduit
UE	Union européenne
VD	canton de Vaud
Vol.	volume

Vorb.	<i>Vorbemerkungen</i> (= remarques préliminaires)
VS	canton du Valais
VwVG	<i>Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren</i> (= PA)
ZBGR	<i>Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht</i> (= RNRf)
ZBGV	<i>Zeitschrift des bernischen juristenvereins</i> (Revue de la société des juristes bernois)
ZGB	<i>Schweizerisches Zivilgesetzbuch</i> (= CC)
ZH	canton de Zurich
ZK	<i>Zürcher Kommentar</i> (commentaire zurichois)
ZKE	<i>Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz</i> (Revue de la protection des mineurs et des adultes)
ZPO	<i>Schweizerische Zivilprozessordnung</i> (= CPC)
ZR	<i>Blätter für Zürcherische Rechtsprechung</i>

Le « testament parental »

PHILIPPE MEIER*

*Professeur ordinaire de droit civil à l'Université de Lausanne, avocat,
Lausanne et Genève*

Table des matières

I.	Introduction et définition	20
II.	Cas d'application	22
	A. Avant le 1 ^{er} juillet 2014	22
	B. Depuis le 1 ^{er} juillet 2014.....	23
III.	Contenu du testament parental et nature juridique des dispositions prises.....	27
	A. Parent détenteur exclusif de l'autorité parentale.....	27
	B. Parent(s) codétenteur(s) de l'autorité parentale	28
	C. Nature juridique des dispositions prises	29
IV.	Capacité, forme du testament parental et dépôt.....	30
V.	Les autres dispositions successorales liées au testament parental	34
VI.	Effets du testament parental.....	37
	A. Pas d'effet légalement contraignant, mais un poids certain dans l'appréciation de l'autorité.....	37
	B. Les critères d'examen.....	38
	C. Trois règles à garder en mémoire	42
VII.	Excursus de droit comparé.....	44
	A. Droit français.....	44
	B. Droit allemand.....	45
	C. Droit italien	46
	D. Droit autrichien.....	47
	E. Droit belge.....	48
	F. Droit anglais	49
VIII.	L'enfant majeur.....	50
IX.	Incapacité durable de discernement	51
X.	Conclusion et révision en cours	52
	Bibliographie	55

* Je remercie Roxanne KRAEGE et Sarah NOVET, MLaw, assistantes diplômées, pour leurs recherches de droit comparé et leur relecture. État des références : 30.09.2023.

I. Introduction et définition

- 1 Testament biologique, testament psychiatrique, testament numérique... et maintenant testament parental ! La notion technique de testament (art. 498 ss CC) a été utilisée, ou dévoyée diraient d'aucuns, dans de nombreux domaines. Souvent, il s'agit de rendre l'idée de dispositions visant à régler le sort de certaines questions (et non de biens faisant partie de la succession) au décès. Mais pas toujours : les notions de testament biologique et de testament psychiatrique ont ainsi été utilisées pour désigner les dispositions prises par une personne pour le moment où elle serait toujours en vie, mais aurait perdu le discernement pour décider par elle-même. Depuis la révision du Code civil entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2013, c'est la notion de « directive anticipée » (art. 370 ss CC) qui a ici pris officiellement le relais.
- 2 Le Code civil ne connaît pas la notion de « testament parental ». C'est une appellation pourtant communément utilisée en pratique pour désigner une disposition par laquelle le parent ou les parents d'un enfant mineur exprime(nt) ses ou leurs volontés relatives à la prise en charge de l'enfant (en particulier s'agissant de l'autorité parentale sur celui-ci) pour le cas où il(s) décéderai(en)t avant la majorité de l'enfant. La doctrine alémanique parle tantôt de *Absichtserklärung*¹, tantôt de *Sorgeverfügung*². On peut aussi, à l'instar de certains droits étrangers, parler de tutelle testamentaire, par opposition à la tutelle dative décidée par l'autorité.
- 3 La disposition peut s'inscrire dans un contexte général de planification, notamment lorsqu'un parent souffre d'une maladie grave à un stade avancé, exerce une profession à risque, est à la veille d'un voyage au long cours ou est coutumier d'activités sportives extrêmes. Mais elle se rencontre aussi souvent lorsqu'un parent veut empêcher que l'autre parent de l'enfant ou des membres de la famille de l'autre parent soient impliqués dans la prise en charge juridique de l'enfant, notamment lorsque la séparation ou le divorce des parents a été particulièrement difficile et douloureux ou que l'autre parent paraît disqualifié (par exemple en raison d'une addiction ou de violences domestiques) pour assumer un jour la responsabilité de l'enfant³.
- 4 Si le droit suisse (contrairement à de nombreux droits étrangers) n'a pas jugé bon de régler spécialement cette thématique (la situation pourrait changer d'ici peu), il existe des règles juridiques permettant de l'appréhender de manière satisfaisante, ainsi que je l'exposerai dans cette contribution.

¹ PETERHANS, p. 4.

² BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, Art. 297 N 4.

³ Pour des exemples pratiques : MEIER, RDT 2001, p. 62 s.

Une précision d'emblée : le testament parental, dans le sens qu'on lui donne en général, porte sur les droits parentaux (ou les prérogatives parentales) ; il ne peut donc être établi que par une personne qui a déjà un lien de filiation juridique avec l'enfant. Pour la mère, ce lien est établi par la naissance (art. 252 al. 1 CC), pour le père par le mariage avec la mère, par la reconnaissance ou par jugement de paternité (art. 252 al. 2 CC), pour l'épouse de la mère par le mariage avec celle-ci (aux conditions spéciales de l'art. 255a CC) ; il faut dans tous les cas réserver une filiation juridique établie par voie d'adoption (art. 252 al. 3 CC). Je ne parlerai donc pas ici de la reconnaissance testamentaire d'un enfant, qui établit la filiation juridique au décès seulement (art. 260 al. 3 CC)⁴.

Je me propose d'examiner dans quelles situations le testament parental peut avoir une influence sur la prise en charge de l'enfant après le décès d'un parent (*infra* II), d'exposer le contenu que peut prendre cet acte (*infra* III), de déterminer s'il existe d'éventuelles exigences formelles (*infra* IV), d'identifier d'autres dispositions de nature plus directement successorale qui pourraient être liées à ces dispositions parentales (*infra* V), puis de définir la force plus ou moins contraignante de ces dispositions pour les autorités appelées à trancher du sort de l'enfant (*infra* VI). Avant la conclusion de rigueur, qui fera état de la révision du droit de la protection de l'adulte en cours (*infra* X), je présenterai rapidement quelques solutions de droit étranger (*infra* VII), puis aborderai deux situations spéciales en marge de celles examinées ici : les dispositions prises pour un enfant déjà majeur (notamment lorsque celui-ci est dans une situation de handicap moteur et/ou mental et est de longue date complètement pris en charge par son ou ses parents) (*infra* VIII) et les dispositions prises non pour l'hypothèse d'un décès, mais pour celle d'une incapacité (durable) de discernement du parent ou d'un placement sous curatelle de portée générale (*infra* IX).

Je m'occuperai ici uniquement des dispositions *non patrimoniales* concernant le sort de l'enfant. Il ne sera donc pas question des art. 321 al. 2 et 322 al. 1 CC, qui permettent de priver un parent survivant, titulaire de l'autorité parentale et représentant légal de l'enfant, de son pouvoir d'administrer les libéralités à cause de mort (art. 321 al. 2 CC), voire, si la privation fait l'objet

⁴ A ce sujet, cf. récemment TF, 5A_631/2021 du 20.06.2022, c. 3, l'ATF 108 II 88, c. 5, les commentaires de l'art. 260 CC, ainsi que MEIER/STETTLER, N 129. Je n'évoquerai pas non plus la filiation établie *post-mortem* par voie d'adoption, étant rappelé que la mort du requérant ne fait pas obstacle à l'adoption si la réalisation des autres conditions ne s'en trouve pas compromise (art. 268 al. 3 CC ; pour un ex., TF, 5A_126/2013 du 13.06.2013 : affaire Maurice Béjart, la demande d'adoption avait été déposée le 13 ou le 22 novembre 2007, selon la date que l'on retenait, et l'intéressé décédait le 22 novembre 2007).

d'une disposition pour cause de mort *stricto sensu*, de la réserve héréditaire dévolue à l'enfant (art. 322 al. 1 CC). Toutefois, il s'agit là de dispositions auxquelles un parent devrait penser pour l'hypothèse où l'autorité parentale resterait en main du seul survivant à son décès (comme ce sera majoritairement le cas) ou, en présence d'une autorité parentale exclusive, pour l'hypothèse où l'autorité de protection déciderait de transférer l'autorité parentale au parent qui en était jusque-là dépourvu (cf. *infra* II)⁵.

II. Cas d'application

A. Avant le 1^{er} juillet 2014⁶

- 8 Avant le 1^{er} janvier 2000, les père et mère exerçaient l'autorité parentale en commun lorsqu'ils étaient mariés (art. 297 al. 1 aCC). En cas de suspension de la vie commune (dans un régime de mesures protectrices de l'union conjugale), de mesures provisionnelles de divorce ou de séparation de corps, le juge pouvait confier l'autorité parentale à un seul des époux (art. 297 al. 2 aCC). En cas de décès, l'autorité parentale appartenait au parent survivant seul et en cas de divorce, le juge devait attribuer l'autorité parentale au parent auquel les enfants étaient confiés (art. 297 al. 3 aCC). La jurisprudence ne permettait pas le maintien d'une autorité parentale conjointe après divorce⁷. Quant aux parents non mariés, l'autorité parentale appartenait à la mère ; en cas de décès de celle-ci, l'autorité tutélaire la transférait au père ou nommait un tuteur à l'enfant, selon ce que le bien de celui-ci commandait (art. 298 aCC).
- 9 Avec la révision du droit du divorce entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000, le juge matrimonial a reçu la compétence de maintenir une autorité parentale conjointe après divorce, sur requête commune des père et mère, pour autant que cela soit compatible avec le bien de l'enfant et que les parents soumettent à sa ratification une convention qui détermine leur participation à la prise en charge de l'enfant et la répartition des frais d'entretien de celui-ci (art. 133 al. 3 aCC, par renvoi de l'art. 297 al. 3 aCC *in fine*). À la mort de l'un des époux, l'autorité appartenait, comme auparavant déjà, à l'époux survivant (art. 297 al. 3 aCC). Si le parent divorcé était seul titulaire de l'autorité parentale, l'art. 298 al. 2 aCC s'appliquait par analogie à son décès (tutelle ou transfert de l'autorité parentale à l'autre parent).

⁵ Outre les commentaires de ces deux dispositions, cf. la thèse de ROHDE, ainsi que KAMP/BREITSCHMID, p. 94 ss ; MEIER/STETTLER, N 1258 et MOOSER, p. 13 ss.

⁶ Pour les détails : MEIER, RDT 2001, p. 63 ss.

⁷ ATF 123 III 445, c. 2, JdT 1998 I 354 ; ATF 117 II 523, c. 1, JdT 1994 I 561.

S'agissant des parents non mariés, l'art. 298a al. 1 aCC introduisait une possibilité similaire : ils pouvaient convenir ensemble d'instituer une autorité parentale conjointe, aux mêmes conditions que pour les parents divorcés (la ratification étant de la compétence de l'autorité tutélaire). À la mort d'un parent non marié, l'autorité tutélaire nommait un tuteur à l'enfant (art. 368 al. 1 aCC) ou transférait l'autorité parentale au père selon ce que le bien de l'enfant commandait (art. 298 al. 2 aCC) lorsque la mère était seule détentrice de l'autorité parentale. L'art. 297 al. 3 aCC s'appliquait par analogie aux parents non mariés détenteurs d'une autorité conjointe.

Dans la mesure où l'accord des parents (divorcés ou non mariés) était nécessaire, nombreux étaient encore les parents, après le 1^{er} janvier 2000, à détenir une autorité parentale exclusive... et parfois à s'inquiéter du sort de leur enfant mineur au moment du décès. C'est dans ce contexte que s'inscrivait le testament parental : il s'agissait pour le titulaire exclusif de l'autorité parentale d'une part d'indiquer les raisons pour lesquelles l'autorité parentale ne devait pas être transférée à l'autre parent, d'autre part de proposer le nom d'un tuteur de confiance⁸.

Lorsque les parents étaient encore mariés et tous les deux titulaires de l'autorité parentale, le testament parental n'avait en principe pas de portée, puisque l'autre parent demeurait seul titulaire de l'autorité. Il en allait de même pour les parents divorcés et les parents non mariés qui avaient convenu d'une autorité parentale conjointe (art. 297 al. 3 aCC). Il fallait toutefois réserver une modification de cette autorité parentale (par l'autorité tutélaire dans le premier cas, par l'autorité de surveillance dans le second) lorsque des faits nouveaux importants l'exigeaient pour le bien de l'enfant (art. 134 al. 1 et 3, art. 298a al. 2 aCC). De plus, les parents cotitulaires de l'autorité parentale pouvaient vouloir prendre des dispositions pour l'hypothèse d'un décès simultané ou successif rapproché (un parent décède dans un accident de voiture, l'autre reste dans le coma pendant quelque temps puis décède à son tour).

B. Depuis le 1^{er} juillet 2014

Le nouveau droit de l'autorité parentale, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2014, a apporté un changement de paradigme. L'art. 296 al. 2 CC, rédigé sans référence à l'état civil des père et mère, prévoit en effet que l'enfant est soumis, pendant sa minorité, à l'autorité parentale conjointe de ses père et mère.

⁸ Pour une analyse approfondie, cf. MEIER, RDT 2001, p. 61 ss.

- 14 Si la règle va de soi pour les parents mariés, elle modifie le système pour les parents divorcés : le juge peut certes toujours attribuer une autorité exclusive à un parent, mais seulement « si le bien de l'enfant le commande » (art. 298 al. 1 CC). La même prérogative existe en mesures protectrices de l'union conjugale (art. 176 al. 3 CC) et en mesures provisionnelles de divorce (art. 276 CPC), mais dans la règle, le juge de la séparation ne touche pas à l'autorité parentale⁹. Quant aux parents non mariés, ils peuvent, comme depuis 2000, convenir d'une autorité parentale conjointe. Les modalités ont changé : ils déposeront leur déclaration commune auprès de l'officier de l'état civil ou auprès de l'autorité de protection de l'enfant, selon le moment auquel elle intervient, et y déclareront qu'ils sont disposés à assumer conjointement la responsabilité de l'enfant et qu'ils se sont entendus sur la garde, les relations personnelles ou la participation à la prise en charge (en cas de garde alternée), ainsi que sur la contribution d'entretien (art. 298a CC). L'autorité réceptrice ne vérifie pas le contenu matériel de l'accord à l'aune du bien de l'enfant (une intervention de l'autorité de protection en cas de mise en danger de celui-ci, art. 307 ss CC, est réservée). Jusqu'au dépôt de la déclaration, la mère est en principe titulaire d'une autorité parentale exclusive sur l'enfant (art. 298a al. 5 CC – il faut réserver les cas de minorité, de curatelle de portée générale ou d'incapacité de discernement, art. 296 al. 3 CC).
- 15 Lorsque la mère refuse une déclaration commune, le père peut réclamer une autorité parentale conjointe soit à l'autorité de protection de l'enfant s'il reconnaît l'enfant (art. 260 CC, art. 298b CC), soit au juge de l'action en paternité dans le cas contraire (art. 256 ss CC, art. 298c CC). Selon l'art. 298b al. 2 CC, l'autorité de protection institue en principe l'autorité parentale conjointe à moins que le bien de l'enfant ne commande que la mère reste seule détentrice de l'autorité parentale ou que cette dernière doive être attribuée au père exclusivement ; l'art. 298c CC comprend une règle identique. Les mêmes règles s'appliquent lorsque le juge matrimonial (art. 134 al. 1 CC), le juge alimentaire (dans le cas des art. 298b al. 3 et 298d al. 3 CC) ou l'autorité de protection doivent se prononcer sur une modification des droits parentaux (art. 298d al. 1 CC).
- 16 Lorsque les père et mère sont tous les deux titulaires de l'autorité parentale, elle revient au seul survivant en cas de décès de l'un d'eux (art. 297 al. 1 CC)¹⁰. L'art. 297 al. 2 CC prévoit pour sa part qu'en cas de décès du parent

⁹ MEIER/STETTLER, N 604 ; cf. en outre TF, 5A_745/2015 et TF, 5A_755/2015 du 15.06.2016, c. 8.3.2. Pour l'ancien droit : MEIER, RDT 2001, p. 65 en note. Il existe bien sûr des contre-exemples (TF, 5A_382/2017 du 02.11.2017, c. 8 ; TF, 5A_280/2016 du 18.11.2016, c. 3.3.1).

¹⁰ Pour un exemple : ATF 144 III 442, c. 4, JdT 2019 II 132 (le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant a cependant été retiré au père pour pouvoir laisser la

qui a l'exercice exclusif de l'autorité parentale (marié – l'autre se l'étant vu retirer selon l'art. 311 CC, divorcé, non marié)¹¹, l'autorité de protection attribue l'autorité parentale au parent survivant ou nomme un tuteur selon le bien de l'enfant. Les deux solutions sont sur un pied d'égalité, malgré la priorité donnée normalement à une prise en charge familiale : on ne se trouve en effet pas dans une situation ordinaire, mais dans une situation où un parent n'avait pas été jugé capable d'assumer l'autorité parentale ou ne l'avait pas réclamée et où la personne de référence de l'enfant est décédée. C'est sous forme d'une concession faite à la famille que la loi envisage néanmoins d'examiner un transfert de l'autorité parentale plutôt que d'opter pour la solution étatique¹². C'est d'autant plus vrai depuis 2014, puisque les cas où le parent a été privé de l'autorité parentale conjointe sont devenus l'exception (cf. *supra* N 13 et *infra* N 18)¹³.

C'est principalement dans cette hypothèse que le testament parental peut 17 déployer ses effets, même si aujourd'hui aussi, des parents cotitulaires de l'autorité parentale pourraient vouloir prendre des dispositions pour l'hypothèse d'un décès simultané (cf. *supra* N 12 *in fine*). En effet, dans un tel cas, une tutelle sera obligatoirement instituée puisque l'autorité parentale ne peut pas, en droit suisse, être confiée à une autre personne que les père et mère juridiques¹⁴.

La différence majeure par rapport au droit d'avant 2014 réside dans le fait que 18 désormais l'autorité parentale conjointe est la règle même pour les parents divorcés et les parents non mariés. En effet, bien que la loi réserve à chaque fois le bien de l'enfant et que le Tribunal fédéral a rapidement et à juste titre précisé, peu de temps après l'entrée en vigueur de la nouvelle, que le seuil pour instituer une autorité parentale exclusive n'est pas aussi élevé que pour le retrait de l'autorité parentale comme mesure de protection de l'enfant fondée sur l'art. 311 CC (alors que celle-ci présuppose que le bien de l'enfant soit menacé, il n'est pas nécessaire d'atteindre le degré de gravité exigé par cette

jeune fille dans le milieu familial de la mère décédée, auprès de son dernier compagnon).

¹¹ Pour l'ancien droit : MEIER, RDT 2001, p. 64 s.

¹² MEIER, RDT 2001, p. 66 s., avec une analyse terminologique (l'ordre des solutions a été modifié en allemand au 1^{er} janvier 2000, mais pas dans les autres langues). Historiquement, en 1974/1976, il avait été très sérieusement envisagé de ne pas mentionner du tout le transfert au parent survivant (MEIER, RDT 2001, p. 68 avec références aux travaux préparatoires). Dans le même sens : BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, Art. 297 N 4 ; *contra* : BSK ZGB I-LIENHARD/AFFOLTER, Art. 327a N 25. Pour d'autres références plus anciennes sur la question : CR CC I-VEZ, Art. 297 N 15.

¹³ OFK ZGB-MARANTA, Art. 297 N 2 ; BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, Art. 297 N 4.

¹⁴ MEIER/STETTLER, N 559 s. et 790.

disposition pour déroger au principe de l'autorité parentale conjointe)¹⁵, la jurisprudence a depuis clairement confirmé que l'attribution ou la confirmation d'une autorité parentale exclusive par le juge du divorce ou l'autorité de protection/le juge de paternité était l'exception et que l'autorité parentale conjointe était la règle, ce indépendamment de l'état civil des parents¹⁶. Une exception est en particulier envisageable en présence d'un conflit important et durable entre les parents ou d'une incapacité durable pour ceux-ci de communiquer entre eux à propos de l'enfant, pour autant que cela exerce une influence négative sur celui-ci et que l'autorité parentale exclusive permette d'espérer une amélioration de la situation¹⁷. De simples différends, tels qu'ils existent au sein de la plupart des familles, d'autant plus en cas de séparation ou de divorce, ne constituent pas un motif d'attribution de l'autorité parentale exclusive, respectivement de maintien d'une autorité parentale exclusive préexistante¹⁸.

- 19 Il n'en demeure pas moins que c'est particulièrement dans les situations rares où l'autorité parentale conjointe est refusée que le parent qui la détient souhaitera éviter que l'autre parent (ou des membres de sa famille) ne s'occupe de l'enfant une fois qu'il sera décédé¹⁹.
- 20 Les règles sur la tutelle des mineurs figurent désormais aux art. 327a ss CC. L'art. 327c al. 2 CC prévoit que les dispositions sur la nomination du curateur s'appliquent par analogie à la nomination du tuteur. Il renvoie ainsi notamment à l'art. 401 CC, qui permet à la personne concernée et à ses proches d'exprimer des vœux quant à la personne du mandataire désigné et qui a succédé aux art. 380 et 381 aCC du droit de la tutelle d'avant 2013.

¹⁵ ATF 141 III 472, c. 4, JdT 2016 II 130.

¹⁶ ATF 142 III 56, c. 3 ; ATF 142 III 1, c. 3.3, JdT 2016 II 395 ; récemment : TF, 5A_174/2022 du 29.06.2023, c. 3.1 ; TF, 5A_152/2022 du 05.06.2023, c. 3.1 ; TF, 5A_119/2022 du 07.11.2022, c. 3.1 ; TF, 5A_277/2021 du 30.11.2021, c. 4.1.1 ; TF, 5A_489/2019 du 24.08.2020, c. 4.1.

¹⁷ Pour un cas récent : TF, 5A_152/2022 du 05.06.2023, c. 3 (incapacité patente de communication sur tout sujet en lien avec les enfants).

¹⁸ ATF 142 III 1, c. 3.3, JdT 2016 II 395 ; ATF 141 III 472, c. 4.3 et 4.7, JdT 2016 II 130.

¹⁹ La déclaration d'absence du parent en question (art. 35 ss CC) doit en principe être traitée de la même manière que le décès, mais compte tenu du temps nécessaire jusqu'au prononcé officiel (de deux à six ans au minimum, art. 36 CC), une décision devra être prise bien avant concernant le sort de l'enfant (prise de mesures provisoires, puis retrait de l'autorité parentale comme mesure de protection selon l'art. 311 al. 1 ch. 1 CC pour absence de fait ; BK-AFFOLTER/VOGEL, Art. 327a CC N 29 s. ; BSK ZGB I-LIENHARD/AFFOLTER, Art. 327a N 26 ; BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, Art. 297 N 2 ; MEIER, RDT 2001, p. 64 en note ; MEIER/STETTLER, N 791).

III. Contenu du testament parental et nature juridique des dispositions prises

A. Parent détenteur exclusif de l'autorité parentale

Le testament parental du parent seul détenteur de l'autorité parentale peut contenir tout ou partie des dispositions suivantes, qui sont à mettre en lien avec la situation juridique présentée sous II. :

- exposer les motifs pour lesquels l'autorité compétente (l'autorité de protection de l'enfant) ne doit pas transférer l'autorité parentale au parent survivant (respectivement, mais c'est très exceptionnel, les raisons pour lesquelles il lui faut au contraire privilégier cette option), puis (mais pas nécessairement) proposer une ou plusieurs personnes pour exercer la fonction de tuteur, en justifiant ce ou ces choix ;
- proposer une ou plusieurs personnes pour exercer le mandat de tuteur, en justifiant ce ou ces choix, ce qui, implicitement, demande à l'autorité de ne pas prendre en compte l'option d'un transfert de l'autorité parentale à l'autre parent²⁰ ; il est conseillé de désigner des personnes de remplacement, en cas d'incapacité, de prédécès ou de refus de la personne proposée en premier lieu. S'il y a plusieurs personnes proposées, ce peut être dans cette idée de subsidiarité ou de suppléance, mais aussi de cotutelle (art. 400 al. 1 *in fine* et art. 402 CC, en lien avec l'art. 327c al. 2 CC) ;
- écarter une ou plusieurs personnes qui pourraient entrer en ligne de compte pour exercer le mandat de tuteur (des personnes déterminées : un grand-parent, un parrain, une marraine, ou une catégorie de personnes : les membres de la famille de l'autre parent, une personne appartenant à une religion ou à une ethnie déterminée, etc.), en justifiant ce ou ces vetos. Si le veto concerne l'autre parent, il emportera implicitement le souhait d'une mise sous tutelle de l'enfant²¹ ;
- ajouter des conditions ou un terme aux propositions faites (par exemple proposer X uniquement si la tutelle doit être ouverte avant l'âge de 12 ans de l'enfant, pour tenir compte d'un âge déjà avancé de X ; proposer Y uniquement si elle vit toujours dans le canton de résidence de l'enfant au moment du décès du parent).

Il est évidemment toujours possible d'exprimer des propositions sans aucune justification, mais cela enlève beaucoup de sa portée au testament parental. Dans la règle, le parent devrait exposer les raisons qui le conduisent à

²⁰ MEIER, RDT 2001, p. 73.

²¹ MEIER, RDT 2001, p. 76.

proposer une personne particulière à la fonction de tuteur (lien de confiance particulier, personne connue de longue date, qui a déjà un bon rapport avec l'enfant, qui dispose des compétences particulières nécessaires aux affaires dont hériterait l'enfant ou à sa prise en charge personnelle, etc.).

- 23 Le parent pourrait aussi vouloir expliquer pour quelles raisons le proche qu'il a désigné devrait être dispensé de tout ou partie des obligations administratives pesant normalement sur un tuteur, en vertu de l'art. 420 CC²².
- 24 Il peut être utile de confirmer à intervalles réguliers (toutes les années ou tous les deux ans p. ex.) que la situation n'a pas changé, par une simple déclaration de maintien des dispositions antérieures, qui n'a pas besoin d'être redéposée ou communiquée mais que l'on doit naturellement pouvoir retrouver le moment voulu.
- 25 Le parent peut aussi, en lien avec les dispositions qui précèdent ou sans même exprimer un choix s'agissant de l'autorité parentale ou de la tutelle, manifester des souhaits quant à des questions d'environnement de vie (maintenir l'enfant dans son milieu scolaire et social actuel), éducatives (maintien de l'enfant en scolarité privée ou choix d'un établissement spécifique pour répondre aux besoins de l'enfant, notamment lorsqu'il est en situation de handicap), sociales et familiales (maintien de certains liens privilégiés avec des membres de la famille du défunt ou d'autres personnes de référence de l'enfant), médicales (traitement d'une problématique particulière, maintien du thérapeute actuel, etc.), financières (gestion des biens par des personnes déterminées qui ont la confiance du parent), religieuses (maintien de l'éducation religieuse passée, l'art. 303 al. 3 CC relatif à la majorité religieuse de l'enfant étant réservé) ou autres (encouragement d'une activité artistique ou sportive de haut niveau d'ores et déjà en cours).

B. Parent(s) codétenteur(s) de l'autorité parentale

- 26 Le parent ne peut en soi s'opposer à la règle de l'art. 297 al. 1 CC, qui prévoit simplement que l'autorité parentale appartient au survivant. Il n'y a pas lieu à

²² L'art. 420 CC s'applique en effet aussi au tuteur du mineur, par renvoi de l'art. 327c al. 2 CC. Aujourd'hui, il existe une liste exhaustive de proches qui peuvent bénéficier des dispenses ou allègements de l'art. 420 CC. L'avant-projet de révision du droit de la protection de l'adulte mis en consultation en 2023 prévoit de limiter ces assouplissements (en ne prévoyant en principe que des allègements, non des dispenses complètes) sur le plan matériel, mais de les rendre possibles pour tous les proches définis selon le nouvel art. 389a AP-CC (OFJ, Rapport 2023, p. 41 s. et 60).