

# Droit des personnes physiques et de la famille

Résumé sur base du cours de 2019 / 2020, dispensé par  
les professeures COTTIER et PAPAUX VAN DELDEN

# Table des matières

CHAPITRE 1 : LE DÉBUT ET LA FIN DE LA PERSONNALITÉ.....	3
I. Notions fondamentales .....	3
II. Systématique légale du Code civil.....	3
III. Début de la personnalité .....	4
IV. Fin de la personnalité .....	5
CHAPITRE 2 : NOM, PARENTÉ-ALLIANCE, ORIGINE, DROIT DE CITÉ ET DOMICILE.....	9
I. Nom .....	9
II. Parenté et alliance.....	13
III. Origine et droit de cité .....	14
IV. Domicile .....	15
CHAPITRE 3 : CAPACITÉ CIVILE.....	18
I. La systématique du Code civil.....	18
II. La capacité des personnes physiques en général .....	18
III. La pleine capacité civile .....	22
IV. La capacité civile restreinte .....	23
V. L'incapacité civile totale.....	23
VI. L'incapacité civile restreinte .....	29
CHAPITRE 4 : LES COMMUNAUTÉS DE VIE .....	35
I. Généralités .....	35
II. Conclusion – A. Mariage .....	37
II. Conclusion – B. Partenariat enregistré.....	43
II. Conclusion – C. Communauté de vie de fait.....	45
III. Effets – A. Mariage .....	46
III. Effets – B. Partenariat enregistré .....	53
III. Effets – C. Communauté de vie de fait .....	54
IV. Dissolution – A. Divorce.....	54

IV. Dissolution - B. La dissolution judiciaire du partenariat enregistré .....	66
IV. Dissolution - C. La fin de la communauté de vie de fait.....	69
CHAPITRE 5 : ÉTABLISSEMENT ET CONTESTATION DE LA FILIATION (HORS ADOPTION) .....	72
I. Définition et principes .....	72
II. Contenu du droit de la filiation.....	73
III. Sources du droit de la filiation.....	73
IV. Règles principales du droit de la filiation .....	74
V. Procréation médicalement assistée .....	90
VI. Conclusion .....	90
CHAPITRE 6 : ADOPTION .....	92
I. Introduction .....	92
II. Adoption interne.....	94
CHAPITRE 7 : LES EFFETS DE LA FILIATION .....	108
I. Le statut de l'enfant.....	108
II. Les relations parents-enfants .....	111
III. La protection de l'enfant .....	130
IV. L'entretien de l'enfant.....	140
CHAPITRE 8 : PROTECTION DE L'ADULTE .....	150
I. Introduction .....	150
II. Mesures appliquées de plein droit aux personnes incapables de discernement .....	150
III. Mesures personnelles anticipées.....	152
IV. Les mesures prises par l'autorité .....	158
CHAPITRE 9 : LA PROTECTION DE LA PERSONNALITÉ .....	174
I. Généralités .....	174
II. Actions .....	180
III. Le droit de réponse (art. 28g à 28l CC).....	186
IV. La protection des données.....	190

# CHAPITRE 1 : LE DÉBUT ET LA FIN DE LA PERSONNALITÉ

## I. Notions fondamentales

### La notion de personne

La notion juridique de « **personne** » permet de désigner une entité à laquelle l'ordre juridique reconnaît des droits et des obligations. On parle aussi des **sujets de droit**, c'est-à-dire titulaire des droits subjectifs. On distingue les personnes physiques et les personnes morales. Les choses ne sont pas des personnes. Ils ne peuvent donc pas avoir des droits ou des obligations.

### **Quid des animaux ?**

Les animaux ont un statut à part. L'art. 641a al. 1 du CC prévoit que « Les animaux ne sont pas des choses. » Néanmoins, sans dispositions contraire, les règles applicables aux choses s'appliquent aussi aux animaux. Il y a quelques dispositions spécifiques par rapport aux animaux :

- la libéralité pour cause de mort faite à un animal est réputée charge d'en prendre soin (art. 482 al. 4 CC)
- attribution de l'animal domestique en cas de litige (art. 651a CC)
- Il y a eu un arrêt sur l'objet.

### Notion de personnalité

La notion de la personnalité est utilisée dans le CC à plusieurs reprises, mais avec des sens différents :

- début et fin de la personnalité (art. 31 al. 1 CC)
- aptitude à être titulaire de droits et d'obligations
- protection de la personnalité (art. 27 ss CC)
- ensemble d'attributs essentiels de la personne, tels que la vie, l'honneur, le nom
- **Droit des personnes physiques (art. 11 à 49 CC)**

## II. Systématique légale du Code civil

### **Titre premier ; Des personnes physiques**

#### **Chapitre premier : De la personnalité**

De la personnalité en général (art. 11 - 26 CC)

Jouissance des droits civils

Exercice des droits civils et incapacité d'exercer les droits civils

Parenté et alliance

Droit de cité et domicile

Protection de la personnalité (art. 27 - 30a CC)

Contre des engagements excessifs

Contre des atteintes

Relative au nom

Commencement et fin de la personnalité (art. 31-38 CC)

#### **Chapitre deuxième : Des actes de l'état civil**

## III. Début de la personnalité

L'effet du début de la personnalité est l'acquisition de la jouissance des droits civils (art. 11 CC). Toute personne jouit des droits civils. Ainsi, toute personne est sujet de droits et d'obligations.

### 1. Conditions d'acquisition de la personnalité

Trois conditions cumulatives à l'acquisition de la personnalité (art. 31 al. 1 CC)

#### 1.1. Naissance accomplie

L'enfant entièrement sorti du ventre de sa mère. Il n'est pas nécessaire que le cordon ombilical ait été coupé ou que la e placenta ait été expulsé.

#### 1.2. D'un enfant

L'enfant doit avoir dépassé le stade de développement correspondant à un fœtus, c'est-à-dire que l'enfant doit avoir un degré de maturité suffisant pour se développer *extra utero*. Le degré de maturité doit être apprécié à la lumière de l'état de la médecine des grands prématurés. L'art. 9 al. 2 OEC prévoit qu'un enfant est mort-né (donc pas une personne), si au moment de sa naissance « si son poids est d'au moins 500 grammes **ou** 22 semaines minimum de gestation ». On en déduit que si aucune de ces deux conditions n'est remplie, il s'agit d'un enfant né sans vie (expulsion d'un *fœtus*).

#### 1.3. Vivant

C'est-à-dire que l'enfant doit donner des signes de vie au moment de la naissance (tels que la respiration ou des battements de cœur). En revanche, le droit suisse ne prévoit pas d'exigence de viabilité.

#### 1.4. Majeure

L'art. 31 al. 1 CC prévoit que « [l]a personnalité commence avec la naissance accomplie de l'enfant vivant ». D'après la doctrine, une naissance est accomplie lorsque l'enfant est sortie complètement du corps de la mère. Or, le terme « enfant » présuppose un degré de maturité permettant la survie. L'art 9 al. 2 de l'Ordonnance sur l'état civil (OEC) dispose qu'« [u]n enfant est désigné comme mort-né s'il ne manifeste aucun signe de vie à la naissance et si son poids est d'au moins 500 grammes ou si la gestation a duré au moins 22 semaines entières. ». *A contrario*, un fœtus ou embryon qui naît ayant moins de 500 grammes et dont la gestion a duré moins que 22 semaines n'est pas un enfant au sens de la loi. Un enfant est réputé né vivant lorsqu'il donne un signe de vie quelconque à la naissance.

### 2. Non acquisition de la personnalité

L'OEC a été modifié le 1<sup>er</sup> janvier 2019. Elle distingue entre enfant mort-né et enfant né sans vie. L'enfant mort-né et l'enfant né sans vie n'acquièrent les deux pas la personnalité juridique.

L'enfant est mort-né (art. 9 al. 2 OEC), s'il ne donne aucun signe de vie et a au moins 500 grammes ou 22 semaines minimum de gestation. Un enfant mort-né peut-être enregistré à l'état civil (art. 8 let. e ch. 4 OEC).

L'enfant qui ne donne aucun signe de vie et a moins de 500 grammes **et** moins de 22 semaines de gestation est dit « né sans vie » (art. 9a al. 1 OEC). L'enfant né sans vie peut être annoncé à l'état civil (art. 9a al. 2 OEC). Une confirmation de l'annonce est délivrée sur demande. Dans le cas de l'enfant né sans vie, le législateur aurait dû plutôt parler d'un fœtus.

### 3. Preuve de la naissance

Le fardeau de la preuve est à la charge de celui qui prétend qu'une personne est née (art. 32 al. 1 CC, application de l'art. 8 CC). Il n'y a pas une présomption de vie.

#### Moyens de preuve

L'inscription dans le registre de l'état civil est un moyen de preuve (art. 33 al. 1 CC). L'art. 9 al. 1 CC prévoit que « Les registres publics et les titres authentiques font foi des faits qu'ils constatent et dont l'inexactitude n'est pas prouvée. ».

À défaut d'inscription ou actes de l'état civil inexacts, la preuve peut être apporté par tout autre moyen (cf. art. 33 al. 2 CC). Sont des autres moyens par exemple des témoins ou des experts médicaux. Les cliniques médicales ont l'obligation d'annoncer la naissance (art. 40 al. 1 CC et 34 OEC).

### L'enfant conçu

L'enfant conçu (art. 31 al. 2 CC) a la jouissance des droits civils dès la « conception » à la condition de naître vivant. On parle donc de « personnalité conditionnelle ». La personnalité conditionnelle confère :

- la capacité de succéder (art. 544 CC)
- protection de la personnalité (art. 28 CC)
  - o p. ex. dommages-intérêts prénatales en cas de blessure dans le ventre
- reconnaissance anténatale (art. 260 CC et 11 al. 2 OEC)
- l'enfant a la qualité pour agir en paternité (art. 263 al. 1 ch. 2 CC). Cela se fait bien sûr par le billet d'un représentant.

La notion du moment de la « conception » est controversée. La loi fait la présomption que l'enfant a été conçu entre les 180<sup>e</sup> et 300<sup>e</sup> jours avant la naissance (art. 256a al. 2 et 262 al. 1 CC par analogie). Généralement, on choisit le statut le plus favorable pour l'enfant. Cette présomption est toutefois réfragable, si une preuve du contraire est apportée. Une preuve admissible serait par exemple une expertise médicale.

#### **Quid du *nondum conceptus* (l'enfant non encore conçu) ?**

La règle de principe est l'absence de la personnalité juridique.

#### **Exception**

Prise en considération par le droit d'un enfant non encore conçu

- Si un parent subit le retrait de l'autorité parentale (art. 311 al. 3 CC). Il vaut aussi pour les enfants non encore conçus
- exhérédation d'un insolvable (art. 480 al. 1 CC)
- clause de substitution (art. 545 al. 1 CC). Un enfant qui n'est pas encore conçu peut-être désigné comme le bénéficiaire d'une assurance-vie.

## IV. Fin de la personnalité

Les effets de la fin de la personnalité sont :

- la perte de la jouissance/exercice des droits civils. Le défunt ne peut donc pas être titulaire de droits et d'obligations.
  - o L'absence de protection de la personnalité *post mortem*.
- Néanmoins, la loi prévoit une certaine protection de la personnalité. Le droit

constitutionnel et le droit pénal prévoient une protection du défunt (droit à un enterrement décent qui découle de la dignité humaine, art. 7 Cst.). Or, la loi prévoit le respect des dispositions prises par le défunt sur le sort de son corps. De plus, il y a une protection indirecte du défunt par le biais de la protection des sentiments d'affection et de piété des proches (sur base de l'art. 28 CC, donc personnalité des proches).

## 1. La mort

La personnalité juridique finit par la mort (art. 31 al. 1 CC). Le CC ne donne pas de définition de la mort, puisque le législateur voulait être capable de renvoyer aux définitions scientifiques évolutives :

- art. 9 al. 1 LF sur la transplantation donne une définition de la mort dans le contexte des transplantations des organes
  - o arrêt irréversible des fonctions du cerveau, y compris du tronc cérébral
- L'art. 9 al. 2 LF sur la transplantation prévoit que les signes cliniques nécessaires à la constatation du décès édictés par voie d'Ordonnance. L'Ordonnance contient à son tour un renvoi aux Directives médico-éthiques de l'Académie Suisse des Sciences médicales (ASSM; art. 7 Ordonnance sur la transplantation).

## 2. Preuve du décès

Par rapport au fardeau de la preuve, la loi (art. 32 al.1 CC) applique la règle générale de l'art. 8 CC.

### 2.1. Moyens de preuve

- inscription dans le registre de l'état civil (art. 33 al. 1 CC)
- à défaut d'inscription ou actes de l'état civil inexacts, tout autre moyen de preuve peut être apporté (cf. art. 33 al. 2 CC)
- Si le cadavre d'une personne n'est pas retrouvé, mais il y a des indices d'une mort certaine, on peut déclarer la personne morte (art. 34 CC)
- obligation d'annoncer le décès (art. 40 al. 1 CC et 34a OEC). Notamment les directions des hôpitaux ou des EMS.

### 2.2. Preuve du moment du décès

Le Certificat de décès établi par un médecin, donne la date, le lieu et l'heure du décès.

#### **Théorie des comourants (art. 32 al. 2 CC)**

Si plusieurs personnes meurent sans qu'il soit possible d'établir l'ordre des décès, la loi prévoit la présomption de comourance. Ceci peut être le cas de deux personnes impliquées dans le même accident ou bien des accidents séparés qui prennent place simultanément. La présomption de comourance est réfragable.

La présomption de comourance a pour conséquence qu'aucun droit ne peut exister s'il dépend de la survie d'une personne sur l'autre. Cela a une grande importance en matière successorale (cf. art. 542 al. 1 CC).

### 2.3. Les indices de mort (art. 34 CC)

C'est le cas dans laquelle la personnalité prend fin malgré le fait que le cadavre n'a pas été retrouvé.

#### **A. Conditions matérielles**

- absence de corps  
ET
- disparition dans des circonstances telles que la mort doit être tenue pour certaine.

C'est-à-dire qu'une autre issue que la mort absolument exclue (cf. arrêt I/1, JT 1950 I 229/ATF 75 II 328). L'interprétation est très restrictive ! En 2004 (tsunami), cette condition a été admise pour les occupants d'un seul hôtel.

« La mort ne peut donc être tenue pour certaine que si la personne a été victime d'un événement dont la conséquence nécessaire était la mort, et non pas seulement si elle a disparu en danger de mort. Il faut donc qu'une issue autre que la mort soit absolument exclue. » [ATF 75 II 328, consid. 4]

**Majeure :** À teneur de l'art. 34 CC : « Le décès d'une personne dont le corps n'a pas été retrouvé est considéré comme établi, lorsque cette personne a disparu dans des circonstances telles que sa mort doit être tenue pour certaine. » Le tribunal fédéral précise que : « La mort ne peut donc être tenue pour certaine que si la personne a été victime d'un événement dont la conséquence nécessaire était la mort, et non pas seulement si elle a disparu en danger de mort. Il faut donc qu'une issue autre que la mort soit absolument exclue » (ATF 75 II 328 consid. 4).

## B. Condition formelle

- action en inscription du décès (art. 42 al. 1 CC)
  - o examen judiciaire de la réalisation des conditions de l'art. 34 CC

## 2.4. Déclaration d'absence (art.35ss CC)

Le cas qu'une personne disparaît en danger de mort ou bien qu'elle ne donne plus des nouvelles pendant une longue durée.

### A. Conditions matérielles

- disparition en danger de mort (décès pas certain, mais très probable)  
OU
- absence sans nouvelles depuis longtemps  
ET
- décès très probable

### B. Condition formelle

- requête des titulaires de droits subordonnés au décès
  - o 1 an au moins après le danger de mort  
OU
  - o 5 ans après les dernières nouvelles (art. 36 al. 1 CC)
- ouverture par le juge d'une instruction
  - o deux sommations au moins
  - o délai d'un an au moins (art. 36 al. 2 et 3 CC)

### C. Effets (art. 38 CC)

La déclaration d'absence entraîne l'effet que les droits ouverts par le décès peuvent être exercés (art. 38 al. 1 CC)

- avec effets rétroactifs (art. 38 al. 2 CC) au moment du danger de mort ou des dernières nouvelles
- En matière successorale, les héritiers ont des sûretés à fournir (art. 546 CC) (si l'absent revient)
- dissolution du mariage et du partenariat enregistré *de jure*
  - o avec effet *ex nunc* d'un point de vue civil (art. 38 al. 3 CC, par analogie pour le partenariat enregistré cf. art. 8f al. 1 OEC). *Ex nunc* veut dire que la dissolution prend effet au moment du jugement (pas rétroactif au moment de disparation).
  - o Le mariage ne renaît pas si l'absent réapparaît.
- Cependant, la présomption de paternité tient compte de la date de disparation en danger de mort ou des dernières nouvelles (et non pas de la date du jugement) (art. 255 al. 3 CC).

**Majeure :** Faire une majeure séparée pour les conditions formelles et matérielles.

# CHAPITRE 2 : NOM, PARENTÉ-ALLIANCE, ORIGINE, DROIT DE CITÉ ET DOMICILE

## Plan :

### I. Nom

- A. Acquisition du nom
- B. Changement de nom

### II. Parenté et alliance

### III. Origine et droit de cité

### IV. Domicile

Afin d'individualiser et rattacher les personnes, le législateur a défini cinq paramètres qui, ensemble, forment l'état civil de base.

- Le nom individualise la personne au sein de la société
- La parenté rattache la personne à une famille
- L'alliance rattache la personne à la famille de son conjoint
- L'origine (ou droit de cité) rattache la personne à une collectivité publique
- Le domicile rattache la personne à un lieu

## I. Nom

### 1. Notion

Le nom est défini comme le groupe de mots (nom de famille et prénoms) qui sert à désigner une personne et à la distinguer des autres sujets de droit.

**Principe d'immutabilité :** On ne peut pas librement changer son nom. Ce principe connaît des exceptions (art. 30 al. 1 CC). Le principe de l'immutabilité n'existe d'ailleurs pas dans des autres juridictions, notamment dans les pays anglosaxons.

Le nom est considéré comme un élément de la personnalité et pas comme un objet de propriété. Ainsi, sa protection est assurée par les normes générales du **droit de la personnalité (art. 28 ss CC)** ainsi que par des **normes spéciales (art. 29 à 30a CC)**.

### 2. Types de noms

#### 2.1. Composantes officielles inscrites au Registre de l'état civil

**Nom de famille :** (s'acquiert à la naissance de par la loi) : Le nom de famille sert à marquer l'appartenance de la personne à une famille. La loi mentionne spécifiquement le *nom de célibataire*, c'est-à-dire le nom que la personne portait immédiatement avant la conclusion du premier mariage ou partenariat enregistré (art. 24 al. 2 OEC).

**Prénom(s) :** (cf. arrêt I/4, JT 2017 II 468 /ATF 143 III 3) : distingue la personne au sein de sa famille. Peut-être unique ou multiple.

#### 2.2. Noms non-inscrits au Registre de l'état civil

**Nom d'usage / pseudonyme :** à usage par ex. littéraire ou professionnel ayant acquis valeur d'identification.

- Un tel nom d'usage ne peut être inscrit au à l'état civil. En revanche, l'inscription du

nom d'artiste sur les documents d'identité est possible (art. 2 al. 4 Loi sur les documents d'identité et 14 al. 5 Ordonnance sur les documents d'identité). Le nom d'usage peut être protégé par l'art. 29 CC, dès l'instant où il a acquis une force d'identification suffisante (p. ex. pour « DJ Bobo »).

- Un nom d'usage ou un pseudonyme qui a acquis une forte valeur d'identification peut être « officialisé » par une action en changement de nom (cf. arrêt I/2, ATF 145 II 149 et arrêt I/3, SJ 2018 I 389)

**Le prénom usuel :** n'est pas inscrit à l'état civil (arrêt I/4 – JT 2017 II 468/ATF 143 III 3). L'état civil ne prend pas non plus compte de l'ordre préféré des prénoms (arrêt I/4 - ATF 143 III 3). Une personne qui a plusieurs prénoms peut choisir librement lequel elle souhaite utiliser. De plus, elle peut, dans la vie quotidienne, même utiliser un nom usuel qui n'a aucun rapport avec ses prénoms officiels. Tout cela ne sera pas inscrit à l'état civil (sous réserve d'une action en changement du nom).

**Nom d'alliance (*infra*) :** inscription possible sur les documents d'identité (art. 2 al. 4 Loi sur les documents d'identité et 14 al. 1 *in fine* Ordonnance sur les documents d'identité). En revanche, il ne sera pas inscrit au registre d'état civil.

## 3. Acquisition du nom de famille

### 3.1. Acquisition originaire du nom de famille

Chaque personne reçoit un nom de famille à sa naissance. L'art. 270 CC s'applique aux enfants de parents mariés, tandis que l'art. 270a CC régit le nom d'enfants de parents non mariés. Les articles sont suffisamment clairs.

### 3.2. Acquisition dérivée du nom de famille par le mariage

Réforme **entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2013**. Les buts de la réforme étaient de promouvoir l'égalité entre femmes et hommes. De plus, la loi réformée prévoit l'égalité entre mariage et partenariat enregistré.

La loi prévoit plusieurs **choix possibles (époux et partenaires enregistrés) :**

1. **Maintien** du nom de famille de chaque époux/partenaire enregistré (art. 160 al. 1 CC/art. 12a al. 1 LPart)
2. **Nom de famille commun** (art. 160 al. 2 CC/art. 12a al. 2 LPart)
  - Il doit s'agir du *nom de célibataire* de l'un ou de l'autre. Le nom de célibataire n'est pas nécessairement le nom porté avant le mariage, mais le nom porté avant le premier mariage (cf. art. 24 al. 2 OEC).
3. **Nom d'alliance :** faire suivre le nom porté à la suite du mariage ou du partenariat enregistré (cf. art. 160 al. 1 et 2 CC, art. 12a al. 1 et 2 LPart)
  - o d'un trait d'union  
ET
  - o de son propre nom de célibataire OU du nom de célibataire de son époux
  - Malgré le fait que le nom d'alliance n'est pas un nom officiel, on ne peut le changer librement. Il fallait tenter une action en changement du nom.

*Les choix qu'aurait le couple Amal Alamuddin et George Clooney en vertu du droit suisse en vigueur:*

	Nom de famille: Alamuddin	Nom de famille: Clooney	Chaque époux garde son nom
Noms officiels après le mariage	Amal Alamuddin	Amal Clooney	Amal Alamuddin
	George Alamuddin	George Clooney	George Clooney
Noms d'alliance après le mariage	Amal Alamuddin-Clooney	Amal Clooney-Alamuddin	Amal Alamuddin-Clooney
	George Alamuddin-Clooney	George Clooney-Alamuddin	George Clooney-Alamuddin

### 3.3. Acquisition dérivée du nom de famille - Fin du mariage ou partenariat enregistré

En cas de dissolution du mariage ou du partenariat enregistré, l'époux ou le partenaire qui a changé de nom à cause du mariage conserve ce nom.

Il peut toutefois *déclarer en tout temps* à l'officier de l'état civil de vouloir reprendre son nom de célibataire.

- Art. 30a CC en cas de **décès** d'un des époux
  - o application par analogie en cas de décès du partenaire enregistré
- Art. 119 CC en cas de **divorce**, Art. 30a LPart en cas de **dissolution judiciaire du partenariat**
  - o application par analogie à l'annulation du mariage, respectivement du partenariat enregistré (art. 109 al. 2 CC et art. 11 al. 2 LPart)

### 3.4. Droit transitoire

Droit pour l'époux ayant changé de nom suite au mariage sous l'ancien droit de reprendre **en tout temps** son **nom de célibataire** (art. 8a Titre final du Code civil)

Droit pour les partenaires enregistrés de déclarer à l'officier de l'état civil vouloir porter un nom commun dans un délai d'un an à compter de l'entrée en vigueur de la modification (art. 37a LPart). Le délai est donc échu le 1<sup>er</sup> janvier 2014.

### 3.5. Ancien droit

**Droit du nom des époux en vigueur dans le Code civil du 1<sup>er</sup> janvier 1988 au 31 décembre 2012**

#### **Art. 160 aCC– Nom de famille**

1. Le nom de famille des époux est le nom du mari.
2. La fiancée peut toutefois déclarer à l'officier de l'état civil vouloir conserver le nom qu'elle portait jusqu'alors, suivi du nom de famille.
3. Lorsqu'elle porte déjà un tel double nom, elle ne peut faire précéder le nom de famille que du premier de ces deux noms.

### **Art. 30 aCC – Changement de nom**

1. Le gouvernement du canton de domicile peut, s'il existe de justes motifs, autoriser une personne à changer de nom.
2. Il y a lieu d'autoriser les fiancés, à leur requête et s'ils font valoir des intérêts légitimes, à porter, dès la célébration du mariage, le nom de la femme comme nom de famille.
3. Toute personne lésée par un changement de nom peut l'attaquer en justice dans l'année à compter du jour où elle en a eu connaissance.

### **Des effets du divorce sur le nom du 1<sup>er</sup> janvier 2000 au 31 décembre 2012**

Chapitre III : Des effets du divorce

### **Art. 119 aCC – Condition des époux divorcés**

1. L'époux qui a changé de nom conserve le nom de famille qu'il a acquis lors du mariage, à moins que, dans le délai d'une année à compter du jugement passé en force, il ne déclare à l'officier de l'état civil vouloir reprendre son nom de célibataire ou le nom qu'il portait avant le mariage.
2. Le divorce n'a pas d'effet sur le droit de cité cantonal et communal.

## **4. Acquisition des Prénom(s)**

### **4.1. Acquisition originaire**

Annonce à l'Office de l'état civil en même temps que la naissance (art. 37c al. 2 OEC)

**Parents mariés** : choix en commun (art. 301 al. 4 CC et 37c al. 1, 1<sup>ère</sup> phr. OEC)

**Parents non mariés** : choix de la mère en l'absence d'autorité parentale conjointe (art. 37c al. 1, 2<sup>ème</sup> phr. OEC). Il y a un droit d'être entendu du père.

Pour *l'enfant adopté* (art. 267a al. 1 CC) : règle spéciale

Pour *l'enfant trouvé* (art. 38 al. 2 OEC)

### **Contrôle de l'officier de l'état civil**

- refus des prénoms « manifestement préjudiciables aux intérêts de l'enfant » (art. 37c al. 3 OEC)

**Jurisprudence de la CourEDH** : La CourEDH a défendu une large liberté des parents dans le choix du prénom. Elle voyait ainsi une violation de l'art. 8 CEDH dans le refus du prénom « Axl » (ACDEH Johansson c. Finlande du 6.9.2007).

### **4.2. Acquisition dérivée**

Hormis le changement de nom au sens de l'art. 30 al. 1 CC, il n'existe que trois hypothèses d'acquisition dérivée du prénom.

- Après l'adoption si « motifs légitimes » (art. 267a al. 1 CC)
- L'enfant trouvé dont on retrouve la mère
- Le changement de sexe

## **5. Changement de nom**

### **5.1. Notion**

Le changement de nom est une notion large qui inclut l'adoption d'un autre nom, autre prénom, modification de la graphie, ajout ou traduction.

Le principe est l'*immutabilité* du nom. Le *changement* du nom est donc une exception. Cette exception intervient :

- suite à un changement d'état civil
- de plein droit ou par simple déclaration (lors du mariage ou enregistrement d'un partenariat)
- Un changement de nom peut aussi intervenir sur décision de l'autorité.

## **5.2. Sur décision de l'autorité – Action en changement de nom**

On peut demander un changement de nom à l'autorité en cas de « motifs légitimes » (art. 30 al. 1 CC). Sont des motifs légitimes notamment :

- Les motifs liés au nom lui-même
- Un motif légitime serait aussi le besoin avéré de faire coïncider le nom de l'enfant avec celui du titulaire de l'autorité parentale (arrêt I/6, SJ 2015 I 281/ATF 140 III 577)
- faire coïncider l'identité officielle avec l'identité administrative, sociale et professionnelle (arrêt I/2, ATF145 III 49)
- Il est possible de changer de nom pour adopter un pseudonyme si le requérant démontre que celui-ci a une importance objective dans sa vie économique et sociale (arrêt I/3, SJ 2018 I 389)
- La composante subjective ou émotionnelle de la motivation du requérant ne peut en revanche être écartée comme par le passé, pour autant toutefois que les raisons invoquées atteignent une certaine gravité et ne soient pas purement futiles (arrêt I/2, ATF 145 III 49)

Anciennement, la loi prévoyait la condition des « justes motifs ». Les deux notions confèrent une large marge d'appréciation à l'autorité. Cependant la nouvelle notion est plus large et admet aussi des motifs subjectifs.

Le droit de demander le changement de nom est un droit strictement personnel relatif (sujet à représentation) et proprement dit (consentement du représentant légal non nécessaire). Une personne capable de discernement mais privée de l'exercice des droits civils peut exercer ce droit de manière autonome. Le TF admet la capacité de discernement à partir de douze ans, par analogie avec l'art. 270b CC (arrêt I/6, SJ 2015 I 281/ATF 140 III 577).

## **5.3. Action en contestation du changement de nom (art. 30 al. 3 CC)**

C'est un cas particulier. Toute personne qui est lésée par un changement de nom peut agir en contestation de ceci.

Seuls les porteurs du nom choisi par le requérant du changement de nom ont la **qualité pour agir**. Le délai est d'un an. C'est un délai de péremption relatif, c'est-à-dire il court à partir de la prise de connaissance du changement de nom. Ensuite, il faut faire une pesée des intérêts.

- intérêts de changer le nom *versus* intérêt digne de protection s'opposant au changement de nom
- par ex. risque de confusion, impression de parenté

# **II. Parenté et alliance**

## **1. Parenté (art. 20 CC)**

### **1.1. Notion**

La parenté est le lien qui est créé par une filiation commune. Sont ainsi des parents toutes les personnes qui descendent d'un ancêtre commun, à travers une succession de liens juridiques de filiation.

On distingue la parenté *en ligne directe* (art. 20 al. 2 *ab initio* CC) et la parenté *en ligne collatérale* (art. 20 al. 2 *in fine* CC). Les parents en ligne directe descendent l'un de l'autre (grand-mère et petit-enfant). Les parents en ligne collatérale descendent d'un auteur commun (frère et sœur).

## **1.2. Calcule de proximité**

La proximité de parenté est exprimée par le nombre de générations, soit de liens de filiation (art. 20 al. 1 CC). Dans la ligne directe, l'établissement de la proximité de la parenté est logique : le père et la mère sont des parents de premier degré de leurs enfants. Les grands-parents sont parents au deuxième degré avec leurs petit-enfants.

Dans la ligne collatérale, le législateur suisse a adopté le système de computation romaine. La proximité de la parenté s'établit en calculant le nombre de générations qui séparent les deux personnes, en remontant de la première jusqu'au parent commun puis en redescendant vers la seconde. Un frère et une sœur sont donc des parents en ligne collatérale au deuxième degré, tandis que les cousins sont des parents au quatrième degré.

## **2. Alliance (art. 21 CC)**

### **2.1. Notion**

L'alliance désigne les liens existants entre un époux et les parents de son conjoint ou de son partenaire enregistré. Il n'y a pas d'alliance fondée sur une autre alliance.

La dissolution du mariage ou du partenariat enregistré ne met pas fin à l'alliance (art. 21 al. 2 CC). En revanche, aucun nouveau lien d'alliance est créé avec la dissolution du mariage (p. ex. enfants de l'ex nés après la dissolution du mariage).

### **2.2. Calcul de proximité**

La proximité d'alliance est exprimée en degrés, comme pour la parenté. Une épouse est par exemple l'alliée en ligne collatérale au quatrième degré de la cousine de son mari et l'alliée en ligne directe au deuxième degré du grand-père de son mari.

## **III. Origine et droit de cité**

Le droit de cité opère le rattachement en droit privé d'une personne physique à une collectivité publique (commune, canton, Etat). L'origine est déterminée par le droit de cité (art. 22 al. 1 CC). En cas de pluralités de droits de cité cf. art. 22 al. 3 CC.

Le droit de cité est uniquement pertinent en cas de nationalité suisse.

Rôle limité de l'origine ; par ex. compétences de la commune d'origine (cf. art. 259 al. 2 ch. 3 et 442 al. 4 CC)

## **1. Acquisition et perte du droit de cité**

L'acquisition et la perte du droit de cité sont principalement réglées par le droit public (art. 22 al. 2 CC). L'acquisition du droit de cité peut se faire par le seul effet de la loi lors de la naissance. Ainsi, l'enfant acquiert le droit de cité du parent dont il porte le nom (art. 271 CC). Si seulement un des conjoints est de nationalité suisse, acquiert la nationalité suisse et le droit de cité de son parent suisse (art. 1 al. 1 lit. a LN). Il en va de même pour l'enfant adopté (art. 267a CC).

Le mariage est sans effet sur le droit de cité (art. 161 CC).

Le droit de cité peut aussi s'acquérir par une décision de l'autorité, à savoir la naturalisation ordinaire (art. 9 à 19 LN), la naturalisation facilitée (art. 20 à 25 LN) et la réintégration (art. 26 à 29 LN). Cf. aussi les dispositions communes aux art. 30 à 36.

La perte du droit de cité est réglée dans la LN (art. 5 à 8, 37ss et 42 LN)

## Ancien droit

### **Droit de cité cantonal et communal du 1<sup>er</sup> janvier 1992 au 31 décembre 2012**

#### **Art. 161 aCC – Droit de cité cantonal et communal**

La femme [de nationalité suisse] acquiert le droit de cité cantonal et communal de son mari sans perdre le droit de cité cantonal et communal qu'elle possédait lorsqu'elle était célibataire.

### **Des effets du divorce sur le droit de cité du 1<sup>er</sup> janvier 2000 au 31 décembre 2012**

#### **Art. 119 al. 2 aCC – Condition des époux divorcés**

2. Le divorce n'a pas d'effet sur le droit de cité cantonal et communal.

## IV. Domicile

### 1. Notion

Le domicile est le rattachement d'une personne physique à une localisation géographique et partant l'adresse juridique. Le domicile a une importance en droit civil, mais également en droit public (p. ex. pour la fiscalité).

« La plupart du temps, c'est le domicile civil qui sert de point de référence aux autres domaines du droit » (arrêt no I/8, TF 2C\_341/2016 du 3 octobre 2016, consid. 4.2)

### 2. Principes

Nécessité du domicile (cf. art. 24 CC)

Unité du domicile (art. 23 al. 2 CC)

Pour répondre au principe de la nécessité du domicile, le législateur a prévu trois catégories de domiciles :

- le domicile volontaire (art. 23 al. 1 CC)
- le domicile dérivé ou légal (art. 25 CC)
- le domicile subsidiaire ou fictif (art. 24 CC)

### 3. Domicile volontaire (art. 23 al. 1 CC)

#### 3.1. Conditions :

La définition comporte un élément territorial objectif et un élément subjectif.

#### **Élément territorial objectif**

L'élément objectif est la résidence. La résidence implique pour le TF « un séjour d'une certaine durée dans un endroit donné et la création en ce lieu de rapports (de fait [ATF 119 II 167]) assez étroits » (ATF 87 II 7, 10).

## Élément subjectif

L'élément subjectif du domicile tient à la volonté de la personne de s'établir en un lieu pour une certaine durée, en d'autres termes de faire de cet endroit le centre de son existence. Il s'agit d'une volonté extériorisée, qui ressort de circonstances objectives.

- La volonté de s'établir suppose la capacité de discernement, mais la notion est très large par rapport au domicile (Arrêt I/5 - ATF 134 V 236 consid. 2.1)
- L'arrêt I/8 utilise la notion de « centre de vie » (arrêt no I/8, TF 2C\_341/2016 du 3 octobre 2016, consid. 4.2)

## Majeure

L'art. 23 al. 1 phr. 1 CC dispose que : « Le domicile de toute personne est au lieu où elle réside avec l'intention de s'y établir » Deux éléments doivent donc être réalisés pour la constitution du domicile volontaire : le premier, la résidence, soit un séjour effectif d'une certaine durée en un endroit déterminé, est objectif et externe, tandis que le second, soit la volonté de rester dans un endroit de façon durable, est subjectif et interne. Pour cet élément, ce n'est cependant pas la volonté interne de la personne concernée qui importe, mais les circonstances reconnaissables pour des tiers, qui permettent de déduire qu'elle a la volonté d'y établir le centre de son existence (arrêt I/5 - ATF 134 V 236 consid. 2.1).

### 3.2. Cas particulier – Séjour dans un but précis

L'art. 23 al. 1 *in fine* CC précise qu'un séjour dans un but précis (p. ex. études, soins médicaux) ne constitue pas un domicile, faute de volonté de s'y établir.

Il y a donc une présomption réfragable d'absence de volonté de s'y établir (art. 23 al. 1 *in fine* CC). Afin de renverser la présomption, il faut donc apporter la preuve que la personne a la volonté de s'établir (centre de l'existence) au lieu de séjour.

#### **Arrêt I/5, ATF 134 V 236 consid. 2.1**

« Lors du placement dans un établissement par des tiers, on devra donc exclure régulièrement la création d'un domicile à cet endroit, l'installation dans l'établissement relevant de la volonté de tiers et non de celle de l'intéressé. Il en va en revanche autrement lorsqu'une personne majeure et capable de discernement décide de son plein gré, c'est-à-dire librement et volontairement, d'entrer dans un établissement pour une durée illimitée et choisit par ailleurs librement l'établissement ainsi que le lieu de séjour. Dans la mesure où, lors de l'entrée dans un établissement qui survient dans ces circonstances, le centre de l'existence est déplacé en ce lieu, un nouveau domicile y est constitué. L'entrée dans un établissement doit aussi être considérée comme le résultat d'une décision volontaire et libre lorsqu'elle est dictée par "la force des choses (*Zwang der Umstände*)", tel le fait de dépendre d'une assistance ou d'avoir des difficultés financières »

## Majeure

L'art. 23 al. 1 phr. 2 prévoit que : « le séjour dans une institution de formation ou le placement dans un établissement d'éducation, un home, un hôpital ou une maison de détention ne constitue en soi pas le domicile. » Cette présomption est toutefois réfragable lorsqu'une personne majeure et capable de discernement décide de son plein gré, c'est-à-dire librement et volontairement, d'entrer dans un établissement pour une durée illimitée et choisit par ailleurs librement l'établissement ainsi que le lieu de séjour. Dans la mesure où, lors de l'entrée dans un établissement qui survient dans ces circonstances, le centre de l'existence est déplacé en ce lieu, un nouveau domicile y est constitué. L'entrée dans un établissement doit aussi être considérée comme le résultat d'une décision volontaire et libre lorsqu'elle est dictée par "la force des choses (*Zwang der Umstände*)", tel le fait de dépendre d'une assistance ou d'avoir des difficultés financières (Arrêt I/5, ATF 134 V 236 consid. 2.1).

## **4. Domicile légal (art. 25 et 26 CC)**

Pour les personnes mineures et les personnes sous tutelle de portée générale, le domicile découle de la loi. On parle de domicile légal/dérivé.

### **4.1. Du mineur (art. 25 CC)**

(Cf. cours « Effets de la filiation », p. 109 de ce résumé)

Le domicile de l'enfant sous autorité parentale coïncide avec le domicile de ses père et mère, à défaut avec le domicile du parent qui a la garde et, à défaut encore avec la résidence de l'enfant.

### **4.2. Du majeur sous curatelle de portée générale (art. 26 CC)**

Le domicile est fixé au siège de l'autorité de protection de l'adulte (APA)

## **5. Domicile fictif (art. 24 CC)**

Cf. principe de la nécessité du domicile. L'art. 24 CC ne s'applique pas au droit fiscal, ni aux questions de for.

### **Domicile antérieur (art. 24 al. 1 CC) si :**

- abandon du domicile sans création d'un nouveau domicile

### **Lieu de résidence (art. 24 al. 2 CC)**

Séjour d'une certaine durée et création de rapports assez étroits

- si domicile antérieur inconnu
- ou si abandon du domicile à l'étranger sans création d'un nouveau domicile en Suisse
  - o Conditions
    - Abandon du domicile à l'étranger
    - Absence de création d'un nouveau domicile en Suisse
    - Rapports étroits créés (résidence)

# CHAPITRE 3 : CAPACITÉ CIVILE

## I. La systématique du Code civil

<b>I. Jouissance des droits civils</b>	Art. 11 CC
<b>II. Exercice des droits civils</b>	
1. Son objet	Art. 12 CC
2. Ses conditions	
a. En général	Art. 13 CC
b. Majorité	Art. 14 CC
c. [abrogé]	
d. discernement	Art. 16 CC
<b>III. Incapacité d'exercer les droits civils</b>	
1. En général	Art. 17 CC
2. Absence de discernement	Art. 18 CC
3. Personnes capables de discernement qui n'ont pas l'exercice des droits civils	
a. Principe	Art. 19 CC
b. Consentement du représentant légal	Art. 19a CC
c. Défaut de consentement	Art. 19b CC
4. Droits strictement personnels	Art. 19c CC
<b>III<sup>bis</sup>. Exercice restreint des droits civils</b>	Art. 19d CC

## II. La capacité des personnes physiques en général

### Deux aspects

1. Jouissance des droits civils (capacité civile passive, *Rechtsfähigkeit*, *godimento dei diritti civili* ; art. 11 CC)
  - Qui peut être titulaire de droits et obligations dans notre ordre juridique ?
2. Exercice des droits civils (capacité civile active, *Handlungsfähigkeit*, *esercizio dei diritti civili* ; art. 12 19 d CC)
  - Qui peut faire produire des effets juridiques par ses propres actes ?

### 1. La jouissance des droits civils

#### **Art. 11 CC – Jouissance des droits civils**

1. Toute personne jouit des droits civils.
2. En conséquence, chacun a, dans les limites de la loi, une aptitude égale à devenir sujet de droits et d'obligations.

## 1.1. Notion

La jouissance des droits civils (ou capacité civile active) est l'aptitude à être sujet de droits et d'obligations (art. 11 CC). C'est la condition fondamentale pour la participation aux rapports juridiques.

**Toute personne** physique jouit des droits civils (cf. l'art. 53 CC pour les personnes morales). La jouissance des droits civils est indépendante du comportement de la personne, de sa possibilité ou de sa volonté d'agir (personne inconsciente par exemple). Le critère d'être une personne physique revient aux règles sur le début et la fin de la personnalité qu'on a vu.

- Excursus : on est au début d'une discussion sur l'extension de la personnalité juridique (plus large que personnes physiques et morales) aux êtres électroniques plus ou moins intelligentes tels que les voitures automatiques. Cela pourrait être intéressant pour des questions de responsabilité.

## 1.2. Principe d'égalité

La loi prévoit l'aptitude égale de toute personne physique ; des restrictions ne peuvent être prévues que par la loi pour certains groupes, quant à certains droits et obligations (art. 11 al. 2 CC). Le principe est issu du siècle des lumières. C'est l'application du principe de non-discrimination dans le droit civil. La loi prévoit les exceptions suivantes :

- **L'âge** : Quelques droits ne sont pas acquis avant un certain âge (p. ex. se marier [94 CC] ou faire un testament [467 CC])
- **Le sexe** : Notamment en matière de mode d'établissement de filiation
- **L'incapacité de discernement** : Les droits strictement personnels, non sujets à représentation (art. 19c al. 2 CC) ne peuvent être exercés par une personne incapable de discernement, ni par leur représentant. En revanche, l'égalité vaut pour tous les autres droits !
- **La filiation** : L'établissement de la filiation varie selon que les parents sont mariés ou pas.

## 2. L'exercice des droits civils

Majorité/minorité Curatelle de portée générale Capacité de discernement	Personne majeure Art. 14 CC (sans curatelle de portée générale)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Personne mineure Art. 14 CC</li> <li>• Personne majeure sous curatelle de portée générale Art. 398 al. 3 CC</li> </ul>
Personne capable de discernement Art. 16 CC	Pleine capacité civile Art. 12/13 CC Capacité civile restreinte Art. 19d CC /mariage et partenariat enregistré	Incapacité civile restreinte Art. 19-19c CC
Personne incapable de discernement Art. 16 CC	Incapacité civile totale Art. 17/18 CC	Incapacité civile totale Art. 17/18 CC

### **Art. 12 CC – Exercice des droits civils – Son Objet**

Quiconque a l'exercice des droits civils est capable d'acquiescer et de s'obliger.

#### **Notion**

L'exercice des droits civils est la capacité d'accomplir des actes juridiques. L'acte juridique est défini comme une manifestation de volonté destinée et apte à produire des effets juridiques. La capacité civile active permet ainsi de produire des effets juridiques par ses propres actes. Par exemple de consentir à un contrat.

## **3. Les trois conditions du plein exercice des droits civils (art. 13 et 17 CC)**

### **Art. 13 CC – Exercice des droits civils – Ses conditions – En général**

Toute personne **majeure** et **capable de discernement** a l'exercice des droits civils.

### **Art. 17 CC – Incapacité d'exercer les droits civils – En général**

Les personnes **incapables de discernement**, les **mineurs** et les **personnes sous curatelle de portée générale** n'ont pas l'exercice des droits civils.

L'exercice des droits civils est soumis à trois conditions :

1. La capacité de discernement (art. 16 CC ; *Urteilsfähigkeit, capacità di discernimento*)
2. La majorité (art. 14 CC ; *Volljährigkeit, maggiore età*)
3. L'absence de curatelle de portée générale (cf. art. 398 CC ; *umfassende Beistandschaft, curatela générale*)

### **3.1. La capacité de discernement**

#### **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.

Notion négative => deux conditions cumulatives de l'incapacité de discernement selon l'art. 16 CC

#### **A. Absence de la faculté d'agir raisonnablement**

Contient deux éléments (cf. arrêt II/2 JT 1998 I 361/ATF 124 III 5) :

##### **Composante intellectuelle (pensée)**

La capacité de reconnaître le sens, la nature raisonnable et les effets d'un acte précis. Plus précisément, la composante intellectuelle consiste en la faculté de percevoir et de comprendre une situation déterminée, puis de se forger une opinion et de prendre une décision qui ne soit pas complètement en dehors des valeurs de la société.

##### **Composante volitive (volonté)**

La capacité d'agir librement en fonction d'une compréhension raisonnable et de pouvoir opposer une résistance suffisante à d'éventuelles influences extérieures.

Attention, une personne peut se comporter d'une manière déraisonnable en pleine capacité de discernement. Ce qui compte est la FACULTÉ d'agir raisonnablement.

#### **B. Du fait d'une des causes prévues par la loi (liste exhaustive)**

**Jeune âge :** Le droit suisse ne fixe pas d'âge déterminé à partir duquel l'enfant serait considéré comme capable de discernement. Il admet dès lors que, selon les cas, un enfant puisse être tout à fait capable d'apprécier une situation et d'agir en conséquence.

**Déficience mentale ou troubles psychiques :** Ce ne sont pas des notions précises. Un état mental anormal ne doit être pris en compte seulement s'il est suffisamment grave pour altérer la faculté d'agir raisonnablement.

**Ivresse :** le seuil constituant l'ivresse est défini dans un cas concret, à la lumière de l'acte accompli.

**Autres causes semblables :** p. ex. sommeil ou hypnose, intoxication due à la prise de médicaments ou de stupéfiants. Mais pas les émotions fortes !

### C. Relativité du discernement

La capacité de discernement est une notion dite « relative » : la capacité de discernement doit être appréciée en rapport avec un acte déterminé, selon la difficulté et la portée de cet acte.

- cf. arrêt II/2 JT 1998 I 361/ATF 124 III 5.

### D. Preuve du discernement

**Présomption :** la capacité de discernement est présumée. La présomption est réfragable (fardeau de preuve porté par la partie qui l'invoque)

**Exception :** présomption d'incapacité de discernement

- Dans les cas de maladie mentale ou une personne qui a une faiblesse d'esprit à cause de son âge.
- Pour les enfants, la présomption de capacité devient de plus en plus faible avec des enfants très jeunes, jusqu'à se renverser à une présomption d'incapacité.
- cf. arrêts n o II/2 et II/3.

### E. Vision binaire de la capacité de discernement

Existe ou non : en droit civil, il n'existe pas de discernement partiel.

### F. Majeure

**En premier lieu, il faut toujours voir si la présomption s'applique :**

**Majeure générale :** La capacité de discernement (art. 16 CC) est la règle. Elle est présumée. Celui qui en allègue l'absence doit prouver l'incapacité de discernement au stade de la vraisemblance prépondérante [Arrêt II/1 TF 6B\_869\_2010 consid. 4.2]

**Majeure en cas d'une personne mineure :** La capacité de discernement est généralement présumée ; celui qui prétend qu'elle fait défaut doit le prouver. Toutefois, plus un mineur est jeune et plus la présomption s'affaiblit en fait, jusqu'à disparaître (ATF 90 II 9, consid. 3). On peut présumer qu'un petit enfant n'a pas la capacité de discernement nécessaire pour **acte en question**, alors que la capacité de discernement pourra être présumée pour un jeune proche de l'âge adulte. Dans la tranche d'âge intermédiaire, l'expérience générale de la vie ne permet cependant pas d'admettre cette présomption, car la capacité de discernement de l'enfant dépend de son degré de développement. Il appartient alors à celui qui entend se prévaloir de la capacité ou de l'incapacité de discernement de la prouver, conformément à l'art. 8 (ATF consid. 4.3.3.).

**Circonstances exceptionnelles - présomption réfragable d'incapacité de discernement :** La capacité de discernement est la règle. Elle est présumée. En revanche, lorsque l'expérience de la vie conduit à présumer (par exemple pour les jeunes enfants, en présence de certaines affections psychiques ou pour les personnes affaiblies par l'âge) que la personne en cause, en fonction de sa constitution, ne doit pas être jugée capable de discernement, la preuve est considérée comme suffisamment rapportée et la présomption renversée. L'autre partie peut alors tenter de prouver un intervalle de lucidité. La présomption d'incapacité de discernement concerne, selon la jurisprudence, les cas

dans lesquels la personne en cause se trouve, au moment d'agir, diminuée psychiquement de manière durable en raison de l'âge ou de la maladie, comme cela est notoirement le cas en présence de démences séniles. Elle n'est, en revanche, pas présumée et doit, partant, être prouvée, par exemple chez une personne d'un âge avancé qui n'est que faible, atteinte dans sa santé et confuse par moment, chez une personne qui ne souffre que d'absences sporadiques ensuite d'une apoplexie ou encore qui ne souffre que de trous de mémoire liés à l'âge (Arrêt II/1 TF 6B\_869\_2010 consid. 4.2 et 4.3).

### **S'il y a lieu d'examiner la capacité de discernement dans un cas concret :**

L'art. 16 CC prévoit que : « [t]oute 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. » La notion de faculté d'agir raisonnablement contient deux éléments : d'une part, une composante intellectuelle, soit la capacité de reconnaître le sens, la nature raisonnable et les effets d'un acte précis et, d'autre part, une composante volitive, qui est également en rapport avec le caractère de la personne, soit sa capacité d'agir librement en fonction d'une compréhension raisonnable et de pouvoir opposer une résistance suffisante à d'éventuelles influences extérieures. La faculté d'agir raisonnablement doit faire défaut à cause d'une cas énuméré exhaustivement par la loi.

- Explication de la cause légale visée :

Or, la capacité de discernement doit être comprise de manière relative et ne peut pas être appréciée abstraitement; elle doit l'être en rapport avec un acte déterminé, selon la difficulté et la portée de cet acte (ATF 124 III 5 consid. 1a).

## **3.2. La majorité**

### **Art. 14 CC**

La majorité est fixée à 18 ans révolus.

La majorité civile : 18 ans révolus.

≠ **majorité civique** : La majorité civique est la majorité en matière de droits politiques. Elle est souvent aussi fixée à 18 ans, sauf dans le canton de Glarus (16 ans).

≠ **majorité religieuse** (art. 303 al. 3 CC) : Fixé à 16 ans

## **3.3. L'absence de curatelle de portée générale**

### **Conditions de l'institution d'une curatelle de portée générale :**

- état de faiblesse (art. 390 al. 1 ch. 1 CC) ou empêchement d'agir par soi-même (art. 390 al. 1 ch. 2 CC);
  - o Condition pour toute tutelle
- art. 398 al. 1 CC: besoin d'aide particulier, notamment incapacité durable de discernement.
  - o Condition pour la tutelle de portée générale

Effets : la personne concernée est privée de plein droit de l'exercice des droits civils (art. 398 al. 3 CC).

*Nota bene* : Une personne sous curatelle de portée générale peut être capable de discernement pour certains actes: on parle dans ce cas d'incapacité civile restreinte, cf. art. 19 à 19c CC.

## **III. La pleine capacité civile**

On parle de pleine capacité civile lorsque les trois conditions de la capacité civile (= exercice des droits civils) sont remplies.

#### **Art. 12 CC**

Quiconque a l'exercice des droits civils est capable d'acquérir et de s'obliger.

#### **Art. 13 CC**

Toute personne majeure et capable de discernement a l'exercice des droits civils.

**Notion :** la personne qui a la pleine capacité civile (= qui est au bénéfice du plein exercice des droits civils) peut faire produire des effets juridiques à chacun de ses actes.

#### **Majeure (pour des cas qui ne font aucun doute)**

L'art. 13 CC dispose que : « Toute personne majeure et capable de discernement a l'exercice des droits civils. » L'art. 17 CC ajoute qu'en outre : « les personnes sous curatelle de portée générale n'ont pas l'exercice des droits civils ». L'art. 14 CC précise que : « la majorité est fixée à 18 ans révolus ». La capacité de discernement (art. 16 CC) est la règle. Elle est présumée.

## **IV. La capacité civile restreinte**

Certaines personnes subissent une restriction de la capacité civile active pour certains actes, malgré le fait qu'ils remplissent les trois conditions.

### **1. Les restrictions découlant d'une curatelle (art 19d CC)**

#### **Art. 19d CC**

L'exercice des droits civils peut être restreint par une mesure de protection de l'adulte.

Il y a des mesures de protection d'adulte qui sont moins incisives que la curatelle de portée générale. On aura un cours sur les types de curatelle en printemps.

- Curatelle de représentation (art 394 CC)
- Curatelle de gestion du patrimoine (art 395 CC)
- Curatelle de coopération (art 396 CC)

Contrairement à la curatelle de portée générale, les mesures précitées laissent subsister en principe la capacité civile active de la personne sous curatelle. Mais l'exercice des droits civils de cette dernière peut être restreint, dans une mesure qui est déterminée dans la décision de mise sous curatelle rendue par l'autorité de protection de l'adulte.

### **2. Les restrictions découlant du mariage ou d'un partenariat enregistré**

- Logement de la famille (art 266 m CO, 169 CC et 14 LPart)
- Conclusion d'un contrat de cautionnement (art. 494 CO)

## **V. L'incapacité civile totale**

Le régime général de l'incapacité civile est prévu à l'art. 18 CC. Elle est la conséquence de l'**incapacité de discernement**.

En principe, les actes juridiques d'une personne incapable de discernement n'ont pas de force juridique (nullité absolue). La loi peut toutefois prévoir des exceptions (art. 18 CC), notamment

en matière de la responsabilité civile (art. 54 CO).

## 1. Le principe de la nullité absolue

### Art. 18 CC

Les actes de celui qui est incapable de discernement n'ont pas d'effet juridique; demeurent réservées les exceptions prévues par la loi.

**Principe :** nullité absolue des actes de la personne incapable de discernement (art. 18 CC). Même la bonne foi d'un tiers qui se serait fié à la validité d'un acte conclu n'est pas protégée (ATF 55 II 157).

**Effets *ex tunc* :** la nullité peut être invoquée en tout temps par tout intéressé, sous réserve de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC). La nullité rétroagit au moment de la conclusion de l'acte.

## 2. Exceptions à la nullité absolue

### 2.1. Actes annulables

Annulabilité veut dire que la nullité n'intervient pas de par la loi, mais elle doit être invoquée devant un juge. Les effets de la nullité n'interviennent que *ex nunc*.

#### Exemples :

- Mariage (art. 105 ch. 2, 106, 107 ch. 1 et 108 CC)
- Dispositions pour cause de mort (art. 519 al. 1 ch. 1 CC)

### 2.2. Comportements ne supposant pas le discernement de l'auteur

#### Exemples :

- Responsabilités objectives ou causales (ex. art. 333 et 679 CC, art. 54 56 et 58 CO, art. 58 LCR)
- Obligation de restitution découlant d'un enrichissement illégitime (art. 62 ss CO);
- Acquisition d'une succession par l'héritier (art. 539 al. 1 et 560 CC)

## 3. La responsabilité selon l'art. 54 CO

### Art. 54 CO

1. Si l'équité l'exige, le juge peut condamner une personne même incapable de discernement à la réparation totale ou partielle du dommage qu'elle a causé.

2. Celui qui a été frappé d'une incapacité passagère de discernement est tenu de réparer le dommage qu'il a causé dans cet état, s'il ne prouve qu'il y a été mis sans sa faute.

Les deux hypothèses de l'art. 54 CO :

- Responsabilité en cas d'incapacité de discernement non fautive (art. 54 al. 1 CO)
- Responsabilité en cas d'incapacité passagère de discernement fautive (art. 54 al. 2 CO)

### 3.1. La responsabilité en cas d'incapacité de discernement non fautive (art. 54 al. 1 CO)

Conditions de l'art. 54 al. 1 CO :

1. Dommage
2. Acte illicite
3. Lien de causalité naturel et adéquat entre l'acte illicite et le dommage

4. Faute fictive
5. Incapacité de discernement durable ou preuve libératoire quant à l'incapacité de discernement passagère
6. Considérations d'équité.

#### **Arrêt II/4 - TF 6B\_505/2014 du 17 février 2015, cons. 2.1. :**

L'art. 54 al. 1 CO institue une responsabilité causale fondée sur les risques que présente pour autrui l'état de la personne incapable de discernement (ATF 103 II 330 consid. 4aa p. 335). Il s'agit d'une responsabilité exceptionnelle, pour les cas où, selon l'équité, la pesée des intérêts en présence justifie que le prévenu acquitté supporte tout ou partie des frais qu'il a provoqués (ATF 115 la 111 consid. 3 p. 113). Il faut prendre notamment en considération la situation financière des deux parties au moment du jugement (ATF 102 II 226 consid. 3b p. 231 et les références citées).

#### **1. Dommage**

Le dommage correspond à une diminution involontaire du patrimoine d'autrui.

On doit comparer la situation actuelle du patrimoine (= avec le dommage) à la situation du patrimoine sans le fait dommageable (= théorie de la différence).

#### **2. Acte illicite**

L'acte illicite est une violation, sans motif légitime, d'une norme qui impose un devoir général de ne pas nuire à autrui.

Deux cas :

- a) La lésion d'un droit subjectif absolu sans motif justificatif est un acte illicite.
- b) Violation d'une prescription de l'ordre juridique (par ex. : art. 146 CP, escroquerie).

#### **3. Lien de causalité naturel et adéquat entre l'acte illicite et le dommage**

##### **Causalité naturelle**

Le fait imputable à l'auteur est une condition *sine qua non* du dommage subi par la victime

C'est-à-dire que la causalité naturelle est établie lorsqu'on ne peut faire abstraction d'un fait (comportement) sans que le résultat (dommage) en question ne tombe aussi.

##### **Causalité adéquate**

TF : Il y a cause adéquate d'un dommage si d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, le fait était propre en soi à entraîner un effet du genre de celui qui s'est produit

#### **4. Faute fictive**

Si ce comportement avait été adopté par une personne capable de discernement, il aurait été qualifié de fautif.

La faute est un manquement individuel à un devoir imposé par l'ordre juridique.

La faute s'établit par la comparaison du comportement de l'intéressé avec le comportement standard d'une personne diligente placée dans les mêmes circonstances.

La faute peut être intentionnelle ou résulter d'une négligence.

#### **5. Incapacité de discernement durable ou preuve libératoire quant à l'incapacité de discernement passagère**

- a) Incapacité de discernement durable : cf. conditions incapacité de discernement.
- b) Incapacité de discernement passagère et preuve libératoire
  - Incapacité de discernement passagère : cf. conditions incapacité de discernement.
  - Preuve libératoire : La personne concernée prouve qu'elle a été mise dans un état d'incapacité de discernement passagère sans sa faute.

#### **6. Considérations d'équité**

Est-il équitable, compte tenu des circonstances, de condamner l'incapable de discernement à

la réparation totale ou partielle du dommage

Appréciation de la situation patrimoniale du lésé et de l'auteur sous l'angle de l'équité (art. 4 CC)

## Majeure

L'art. 54 al. 1 CO dispose que : « [s]i l'équité l'exige, le juge peut condamner une personne même incapable de discernement à la réparation totale ou partielle du dommage qu'elle a causé. Le dommage correspond à une diminution involontaire du patrimoine. On le calcule d'après la théorie de la différence, qui consiste en comparant la situation actuelle du patrimoine avec la situation hypothétique du patrimoine sans le fait dommageable. Le dommage doit être causé par un acte illicite, c'est-à-dire

- a) La lésion d'un droit subjectif (à savoir la vie, l'intégrité physique ou un droit réel) absolu sans motif justificatif
- b) Violation d'une prescription de l'ordre juridique (par ex. : art. 146 CP, escroquerie).

De plus, le dommage doit être lié à cet acte illicite par un lien de causalité naturel et adéquat. La causalité naturelle suppose que le fait imputable à l'auteur est une condition *sine qua non* du dommage subi par la victime. Il y a causalité adéquate si - d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie - le fait était propre en soi à entraîner un effet du genre de celui qui s'est produit. L'art. 54 al. 2 exige une faute fictive, c'est-à-dire que si le comportement avait été adopté par une personne capable de discernement, il aurait été qualifié de fautif. La faute est définie comme un manquement individuel à un devoir imposé par l'ordre juridique. On compare ainsi le comportement de l'intéressé avec le comportement standard d'une personne diligente placée dans les mêmes circonstances. La faute peut être intentionnelle ou résulter d'une négligence.

- a) Il faut d'ailleurs que l'incapacité de discernement soit durable.
- b) Il faut d'ailleurs que l'intéressé qui souffre d'une incapacité de discernement passagère puisse apporter la preuve qu'elle a été mise dans un état d'incapacité de discernement passagère sans sa faute (preuve libératoire).

Dernièrement, il faut qu'il soit équitable (au sens de l'art. 4 CC), compte tenu des circonstances, de condamner l'incapable de discernement à la réparation totale ou partielle du dommage. Il faut prendre notamment en considération la situation financière des deux parties au moment du jugement (ATF 102 II 226 consid. 3b).

## La responsabilité en cas d'incapacité de discernement passagère fautive (art. 54 al. 2 CO)

Conditions de l'art. 54 al. 2 CO

1. Dommage
2. Acte illicite
3. Lien de causalité naturel et adéquat entre l'acte illicite et le dommage
4. Faute fictive
5. Absence de preuve libératoire quant à l'incapacité de discernement passagère.

**Ad 1 à 4: cf. conditions de la responsabilité selon l'art. 54 al. 1 CO**

### **5. Absence de preuve libératoire quant à l'incapacité de discernement**

Incapacité passagère de discernement : cf. conditions incapacité de discernement.

Absence de preuve libératoire : La personne concernée ne peut pas prouver qu'elle a été mise dans un état d'incapacité de discernement passagère sans sa faute.

## Majeure

L'art 54 al. 2 CO prévoit que : « [c]elui qui a été frappé d'une incapacité passagère de

discernement est tenu de réparer le dommage qu'il a causé dans cet état, s'il ne prouve qu'il y a été mis sans sa faute. » Le dommage correspond à une diminution involontaire du patrimoine. On le calcule d'après la théorie de la différence, qui consiste en comparant la situation actuelle du patrimoine avec la situation hypothétique du patrimoine sans le fait dommageable. Le dommage doit être causé par un acte illicite, c'est-à-dire la lésion d'un droit subjectif absolu sans motif justificatif. De plus, le dommage doit être lié à cet acte illicite par un lien de causalité naturel et adéquat. La causalité naturelle suppose que le fait imputable à l'auteur est une condition *sine qua non* du dommage subi par la victime. Il y a causalité adéquate si - d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie - le fait était propre en soi à entraîner un effet du genre de celui qui s'est produit. L'art. 54 al. 2 exige une faute fictive, c'est-à-dire que si le comportement avait été adopté par une personne capable de discernement, il aurait été qualifié de fautif. La faute est définie comme un manquement individuel à un devoir imposé par l'ordre juridique. On compare ainsi le comportement de l'intéressé avec le comportement standard d'une personne diligente placée dans les mêmes circonstances. La faute peut être intentionnelle ou résulter d'une négligence. Finalement, il faut que la personne intéressée ne soit pas en mesure de prouver qu'elle a été mise dans un état d'incapacité de discernement passagère sans sa faute.

## 4. L'exercice des droits des personnes incapables de discernement

En principe, les personnes incapables de discernement exercent leurs droits par le biais de leur représentant légal. Il y a toutefois des droits strictement personnels, qui suivent des règles particulières.

### 4.1. Principe : la représentation légale

#### Notion

La représentation consiste en un mécanisme juridique qui permet à une personne d'agir valablement au nom d'une autre personne et de créer pour cette dernière des droits et des obligations. La représentation **légale** trouve sa source dans la loi. Par exemple, les détenteurs de l'autorité parentale sont les représentants légaux de leurs enfants.

Le représentant légal a le pouvoir d'agir à la place de la personne incapable de discernement. Les représentants de la personne mineure sont les parents (art. 304 al. 1 CC) ou le tuteur (art. 327c al. 1 CC).

#### Personne majeure :

- Mandat pour cause d'inaptitude (art. 360 al. 2 CC)
- Directives anticipées (art. 370 CC)
- Mesures appliquées de plein droit (art. 374 à 387 CC)
  - o Par exemple pour le traitement médical, les proches doivent prendre les décisions au sens de la personne incapable de discernement. De plein droit veut dire qu'il ne faut pas avoir une décision d'une autorité afin que cette représentation s'applique.
- Mesures prises par l'autorité de protection de l'adulte (art. 388 ss CC).

### 4.2. L'exercice des droits strictement personnels

#### A. Notion de droit strictement personnel et distinction avec les autres droits civils

Les droits strictement personnels sont des droits subjectifs privés qui portent sur des attributs essentiels de la personne, comme les biens de la personnalité ou l'aménagement des relations familiales. Ils peuvent normalement être exercés dès que leur titulaire possède la capacité de discernement (art. 19c CC). On les distingue des autres droits civils, notamment des droits patrimoniaux. Les droits patrimoniaux consistent en des droits subjectifs privés portant sur le

patrimoine, c'est-à-dire sur l'ensemble des biens ayant une valeur économique. L'exercice des droits patrimoniaux suppose en principe que leur titulaire possède le plein exercice des droits civils (art. 19 al. 1 CC).

## B. Règle de l'art 19c al. 2 CC

L'art. 19c al. 2 CC prévoit des règles spéciales pour l'exercice des droits strictement personnels d'une personne incapable de discernement (incapacité civile complète).

### Art. 19c al. 2 CC – Droits strictement personnels

2. Les personnes incapables de discernement sont représentées par leur représentant légal, sauf pour les droits qui ne souffrent aucune représentation en raison de leur lien étroit avec la personnalité.

Le droit strictement personnel, peut-il être exercé par un représentant quand le titulaire n'est pas capable de discernement ?

Oui pour les droits strictement personnels **sujets à représentation** (art. 19c al. 2 *in initio* CC).

On les appelle aussi droits strictement personnels **relatifs**.

Non pour les droits strictement personnels **non-sujets à représentation** (art. 19c al. 2 *in fine* CC). On les appelle aussi droits strictement personnels **absolus**. Ils ne souffrent aucune représentation en raison de leur lien étroit avec la personnalité

Le TF et la doctrine prévoient le critère de distinction suivant : est-il en faveur du représenté de pouvoir exercer ce droit par la représentation ou non.

## C. Les droits strictement personnels sujets à représentation

Les droits strictement personnels **relatifs / sujets à représentation** : Le représentant légal peut exercer ces droits lorsque le titulaire est incapable de discernement.

### Exemples

- Consentir à un traitement médical à portée thérapeutique ;
- Exercer les droits de la personnalité (art. 28 CC) ;
- Intenter une action en paternité (art. 261 ss CC).
- Cf. schéma *infra*

## D. Les droits strictement personnels non-sujets à représentation

Les droits strictement personnels absolus / non-sujets à représentation : Le représentant légal n'a pas le pouvoir de représenter l'incapable de discernement.

### Exemples

- Consentir à des traitements médicaux sans portée thérapeutique (p. ex. le curateur ne peut pas consentir à un *face-lifting*)
- Conclure des fiançailles (art. 90 CC)
- Conclure un mariage (art. 94 CC)
- Conclure un contrat de mariage (art. 183 al. 1 CC)
- Reconnaître un enfant (art. 260 CC).
- Cf. schéma *infra*

## E. Schéma

Tableau 2 : Droits strictement personnels sujets ou non sujets à représentation



## VI. L'incapacité civile restreinte

Les termes 'incapacité civile restreinte' ou 'capacité partielle' sont utilisés.

Bases légales : art. 19 à 19c CC (cf. aussi les art. 305 al. 1 et 407 CC sur les compétences des parents et du curateur).

Le cercle de personnes concernées contient les personnes mineures et les personnes majeures sous curatelle de portée générale **pour autant qu'elles soient capables de discernement.**

### **Distinction selon les actes concernés :**

- Les actes accomplis avec le consentement du représentant légal (1.)
- Les actes accomplis sans consentement (2.)
- Les actes illicites (3.)

## **1. Les actes accomplis avec le consentement du représentant légal**

### **Art. 19 al. 1 CC**

1. Les personnes capables de discernement mais privées de l'exercice des droits civils ne peuvent contracter une obligation ou renoncer à un droit qu'avec le consentement de leur représentant légal.

### **Art. 19a al. 1 et 2 CC**

1. Sous réserve de dispositions légales contraires, le représentant légal peut consentir expressément ou tacitement à l'acte par avance ou le ratifier.

2. L'autre partie est libérée si la ratification n'a pas lieu dans un délai convenable, qu'elle a fixé ou fait fixer par le juge.

### **Art. 19b CC**

1. Si l'acte n'est pas ratifié par le représentant légal, chaque partie peut réclamer les

prestations qu'elle a fournies. La personne privée de l'exercice des droits civils ne répond toutefois que jusqu'à concurrence des sommes dont elle a tiré profit, dont elle se trouve enrichie au moment de la répétition ou dont elle s'est dessaisie de mauvaise foi.

2. La personne privée de l'exercice des droits civils qui s'est faussement donnée pour capable répond envers les tiers du dommage qu'elle leur a causé.

Bases légales : art. 19 al. 1, 19a et 19b CC. L'art. 19 al. 1 CC pose les principes pendant que les art. 19a et 19b règlent les détails de ce régime. La loi renvoie aux art. 19 ss CC par l'art. 305 al. 1 CC (enfant capable de discernement sous autorité parentale) et indirectement à l'art. 327c CC (enfant capable de discernement sous tutelle).

**Notion de la capacité conditionnelle :** La doctrine utilise ce terme pour les actes exercés avec le consentement du représentant légal, pour exprimer que l'acte n'est valable que si le représentant donne son accord.

En principe tous les actes juridiques sont soumis au consentement. Ainsi par exemple de contracter une obligation, modifier ou renoncer à un droit. Le but est de protéger la personne privée de l'exercice des droits civils mais capable de discernement des engagements excessifs.

### 1.1. Le consentement du représentant légal

Le consentement du représentant légal est une **condition de validité des actes** (art. 19 al. 1 CC).

L'art 19a al. 1 prévoit la forme du consentement. Il peut être donné expressément ou tacitement. De plus, le consentement du représentant légal peut intervenir avant (autorisation), simultanément (concours) ou après (ratification) l'acte juridique. Le consentement peut préalablement porter sur un patrimoine déterminé. La remise d'argent de poche autorise ainsi l'achat des biens normaux, tels que des bonbons.

Cf. aussi l'art. 416 al. 1 et 3 CC pour le consentement supplémentaire de l'APAE : Dans certains cas, l'autorité doit consentir en sus du curateur, afin de protéger la personne privée d'abus par le curateur.

Droit de recours contre le refus de consentement du curateur ou tuteur (art. 419 CC). N'existe pas pour le refus d'un parent.

Si le consentement n'avait pas été donné préalablement ou de manière concomitante, **l'acte est boiteux**, jusqu'au moment que le représentant se prononce. Cela signifie que tant que le représentant légal ne s'est pas prononcé sur le contrat, la personne mineure (ou sous CPG) n'est pas engagée ; en revanche, l'autre partie qui, par hypothèse, avait le plein exercice des droits civils, est provisoirement liée par le contrat conclu. Cette dernière peut dès lors fixer, ou faire fixer par un le juge, un délai raisonnable au représentant légal pour qu'il prenne position sur le contrat. En l'absence de détermination du représentant légal dans le délai imparti, l'autre partie est alors libérée, conformément à l'art. 19a al. 2 CC. L'acte devient caduc *ex tunc*.

**Exemple :** une personne en situation d'handicap et sous tutelle de portée générale achète une télé dans un magasin. La personne assure au vendeur que son curateur ratifiera la vente. Le vendeur est lié par l'offre qu'il a faite. Mais il peut fixer un délai pour la ratification. Après l'échéance de ce délai, il n'est plus lié par son offre.

### 1.2. Le défaut de consentement

L'art. 19b al. 1 phr. 1 CC prévoit la conséquence de la nullité *ex tunc* si des prestations ont été faites. En principe, la loi prévoit la restitution (au sens de l'art. 641 al. 2 CC), mais protège la

personne mineure ou sous CPS.

Ainsi, d'après l'art. 19b al. 1 phr. 2 CC, la personne mineure ou sous curatelle de portée générale ne doit restituer que les sommes dont elle a tiré profit, dont elle se trouve enrichi au moment de la restitution ou dont elle s'est dessaisie de mauvaise foi. Le cocontractant, en revanche, doit restituer tout ce qu'il a reçu.

Dans notre exemple, la personne sous CPS devrait restituer la télé, mais ne pas dédommager le vendeur pour le fait qu'elle est désormais plus neuve.

### **A. Protection du cocontractant – responsabilité en cas d'induction en erreur**

L'art. 19b al. 2 CC prévoit la responsabilité de la personne qui s'est faussement donnée pour capable. L'application de cet article est soumise à trois conditions :

#### **1. Dommage causé au cocontractant**

Dommage = Diminution des actifs ou gain manqué.

L'art. 19b al. 2 CC permet la réparation du dommage négatif : Il s'agit de replacer la personne dans la situation qui aurait été la sienne si elle n'avait jamais entendu parler de l'acte caduc.

C'est à distinguer du dommage positif : la compensation du dommage positif permet de replacer la personne lésée dans la situation qui aurait été la sienne avec le contrat.

#### **2. Comportement fautif de la personne privée de l'exercice des droits civils**

La personne prétend jouir de l'exercice des droits civils ou elle trompe le cocontractant sur l'existence d'un consentement de son représentant légal.

- Ne peut être invoqué si la personne était manifestement mineure ou sous tutelle de portée générale.

Il faut que la personne privée de l'exercice des droits civils ait la **capacité délictuelle** selon l'art. 19 al. 3 CC.

#### **3. Lien de causalité.**

Lien de causalité naturelle et adéquate entre le comportement de la personne privée de l'exercice des droits civils et le dommage.

Par exemple absent dans notre exemple si la télé avait perdu de la valeur non pas par l'usage, mais parce qu'un employé du magasin l'a laissé tomber lors de la livraison.

Naturelle : L'acte doit être une condition sine qua non du dommage.

Adéquate : selon le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, l'acte illicite était propre à causer un effet du genre.

#### **Majeure**

L'art. 19b al. 2 CC dispose que : « [l]a personne privée de l'exercice des droits civils qui s'est faussement donnée pour capable répond envers les tiers du dommage qu'elle leur a causé. » Le dommage (négatif) correspond à une diminution involontaire du patrimoine. On le calcule d'après la théorie de la différence, qui consiste en comparant la situation actuelle du patrimoine avec la situation hypothétique du patrimoine sans l'acte caduc. La doctrine dit que la personne agit fautivement si elle trompe son cocontractant sur son exercice des droits civils ou bien sur le consentement de son représentant légal. Il faut d'ailleurs que la personne privée de l'exercice des droits civils ait la capacité délictuelle concernant l'acte en question (art. 19 al. 3 CC). Il faut finalement un lien de causalité naturel et adéquat entre le comportement et le dommage.

## 2. Les actes accomplis sans consentement

Il y a trois types d'actes qu'une personne capable de discernement mais privée de l'exercice des droits civils peut accomplir seule. On parle ainsi de la **capacité inconditionnelle**.

### Les trois types d'actes concernés :

- Les acquisitions à titre purement gratuit (art. 19 al. 2 CC)
- Les affaires mineures se rapportant à la vie quotidienne (art. 19 al. 2 CC)
- En principe : Les droits strictement personnels (art. 19c CC)

#### Art. 19 al. 2 CC

Elles n'ont pas besoin de ce consentement pour acquérir à titre purement gratuit ni pour régler les affaires mineures se rapportant à leur vie quotidienne.

### 2.1. Acquisition à titre purement gratuit

Art. 19 al. 2 CC : « acquérir à titre purement gratuit »

Exemples : acquisition sous la forme d'un legs ou d'une donation, réception d'une offre.

Contre-exemples : acte qui implique la renonciation à un droit ou à une prestation, ou une augmentation des charges.

### 2.2. Les affaires mineures se rapportant à la vie quotidienne

Art. 19 al. 2 CC : « régler les affaires mineures se rapportant à leur vie quotidienne »

Exemples : petits achats tels que la nourriture, des produits d'hygiène personnelle, des crédits pour téléphones portables "prepaid", etc.

Contre-exemple : conclusion d'un contrat de téléphonie mobile de longue durée.

### 2.3. Les droits strictement personnels

#### Art. 19c al. 1 CC

1. Les personnes capables de discernement mais privées de l'exercice des droits civils exercent leurs droits strictement personnels de manière autonome; les cas dans lesquels la loi exige le consentement du représentant légal sont réservés.

L'art. 19c al. 1 CC règle l'exercice des droits strictement personnels par les personnes capables de discernement mais privées de l'exercice des droits civils.

**Notion :** Les droits strictement personnels sont des droits subjectifs privés qui portent sur des attributs essentiels de la personne

Cf. l'arrêt no II/5 (ATF 134 II 235) et l'arrêt no II/6 (ATF 120 Ia 369).

#### A. Principe

En principe, les personnes capables de discernement mais privées de l'exercice des droits civils exercent leurs droits strictement personnels de manière autonome (art. 19c al. 1 *in initio* CC). On parle alors de **droits strictement personnels proprement dits**.

#### Exemples :

- Consentir à un traitement médical ;
- Exercer les droits de la personnalité (art. 28 CC) ;
- Conclure un mariage (art. 94 CC) ;

- Intenter une action en paternité (art. 261 ss CC).

## B. Exception

Dans des cas prévus par la loi, le mineur ou la personne sous curatelle de portée générale capable de discernement a besoin du consentement d'un représentant légal pour exercer un droit. On parle alors des droits strictement personnels **improprement dits** (art. 19c al. 1 *in fine* CC).

### Exemples :

- Conclure des fiançailles (art. 90 al. 2 CC)
- Conclure un contrat de mariage (art. 183 al. 2 et 184 CC)
- Reconnaître un enfant (art. 260 al. 2 CC).

Tableau 1 : Exercice des droits strictement personnels par la personne mineure ou la personne majeure sous curatelle de portée générale capables de discernement

<p>peut exercer seule (capacité inconditionnelle)</p> <p style="text-align: center;">↑</p> <p>Droits qu'elle</p> <p style="text-align: center;">↓</p> <p>ne peut exercer seule (capacité conditionnelle)</p>	<p>Par exemple:</p> <p>Droits de la personnalité, notamment qualité pour agir et défendre dans les actions défensives et en réparation du tort moral (art. 28a al. 1 et 3 CC), mais pas pour les actions réparatrices (art. 28a al. 3 CC)</p> <p>Droit de demander un changement de nom (art. 30 CC)</p> <p>Droit de consentir à un changement de nom (dès 12 ans) (art. 270b CC)</p> <p>Droit de l'enfant adopté de consentir à un changement de prénom (dès 12 ans) (art. 267a al. 1 nCC)</p> <p>Droit de rompre les fiançailles (art. 91 ss CC)</p> <p>Droit de devenir et de rester membre d'une association (art. 70 CC)</p> <p>Droit d'accès à ses données personnelles (art. 8 LPD)</p> <p>Droit de la personne sous curatelle de portée générale d'intenter les actions en annulation du mariage, en divorce et en séparation de corps (art. 104 ss CC, art. 111 ss CC, art. 117 CC)</p> <p>Droit d'intenter les actions en paternité, en désaveu de paternité et de contester la reconnaissance ou de défendre à ces actions (art. 261, 256 et 260a CC)</p> <p>Droit de consentir à être adopté, à ce que son enfant soit adopté et, pour la personne sous curatelle de portée générale, à l'adoption de l'enfant de son conjoint (art. 265 al. 2/art. 265 al. 1 nCC, art. 265a, art. 264a al. 3 CC/art. 264c nCC)</p> <p>Droit de la personne sous curatelle de portée générale de demander la levée de la curatelle et de recourir contre les décisions du curateur ou de l'autorité de protection de l'adulte (art. 399 al. 2, 423 al. 2, 450 al. 2 ch. 1 CC)</p> <p>Droit de s'opposer à une mesure de placement à des fins d'assistance et de demander sa libération (art. 426 al. 4 CC)</p> <p>Droit de la personne majeure sous curatelle de portée générale de tester ou d'une personne majeure dont la curatelle ne s'étend pas à la conclusion d'un pacte successoral, de conclure un tel pacte (art. 467 s. CC)</p> <p>Droit du mineur d'interjeter un recours contre le refus d'être entendu (art. 298 al. 3 CPC, art. 314a al. 3 CC) et de requérir l'institution d'une curatelle de procédure (art. 299 al. 3 CPC).</p> <p>Par exemple:</p> <p>Droit de se fiancer (art. 90 al. 2 CC)</p> <p>Droit de conclure un contrat de mariage (art. 183 al. 2 CC)</p> <p>Droit de reconnaître un enfant (art. 260 al. 2 CC)</p>
--	---

## 3. Les actes illicites

### Art. 19 al. 3 CC

3. Ils sont responsables du dommage causé par leurs actes illicites.

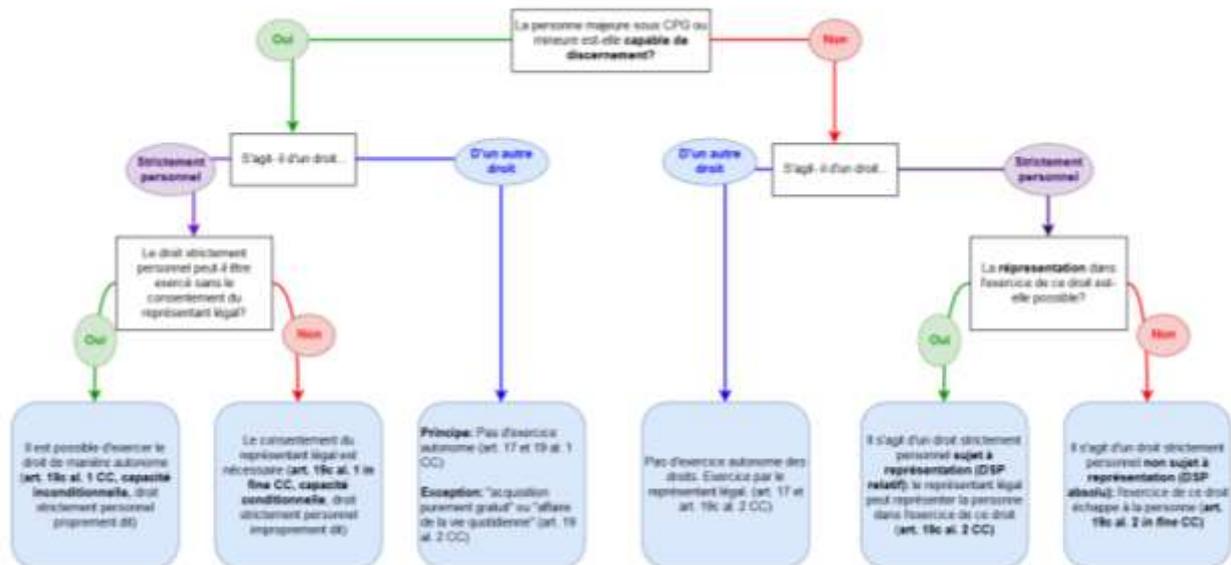
Selon l'art. 19 al. 3 CC, les personnes capables de discernement mais privées de l'exercice des droits civils sont responsables du dommage causé par leurs actes illicites.

**Notion de la capacité délictuelle :** Une personne a la capacité délictuelle si elle pouvait discerner le caractère dangereux de son comportement et pouvait librement se déterminer sur la base de cette appréciation. Il n'est pas nécessaire qu'elle en ait entrevu toutes les conséquences possibles. Il suffit qu'elle ait eu conscience de créer un péril. (arrêt no II/7, ATF 90 II 9).

Responsabilité autant en matière contractuelle (art. 97 ss CO), qu'en matière extracontractuelle (art. 41 ss CO).

## Tableau sommaire de l'exercice des droits civils de la personne mineure ou majeure sous curatelle de portée générale

Ce tableau **ne s'applique pas** aux personnes qui ont l'exercice des droits civils (pleine capacité civile).



# CHAPITRE 4 : LES COMMUNAUTÉS DE VIE

## I. Généralités

### 1. Les différentes communautés de vie

#### Mariage

Institution de droit civil, réservée aux couples de sexe opposé.

#### Partenariat enregistré

Institution de droit civil, réservée aux couples du même sexe.

#### Communauté de vie de fait (« concubinage »)

Pure relation de fait à laquelle la loi et la jurisprudence rattachent certains effets.

### 2. Réalité sociale

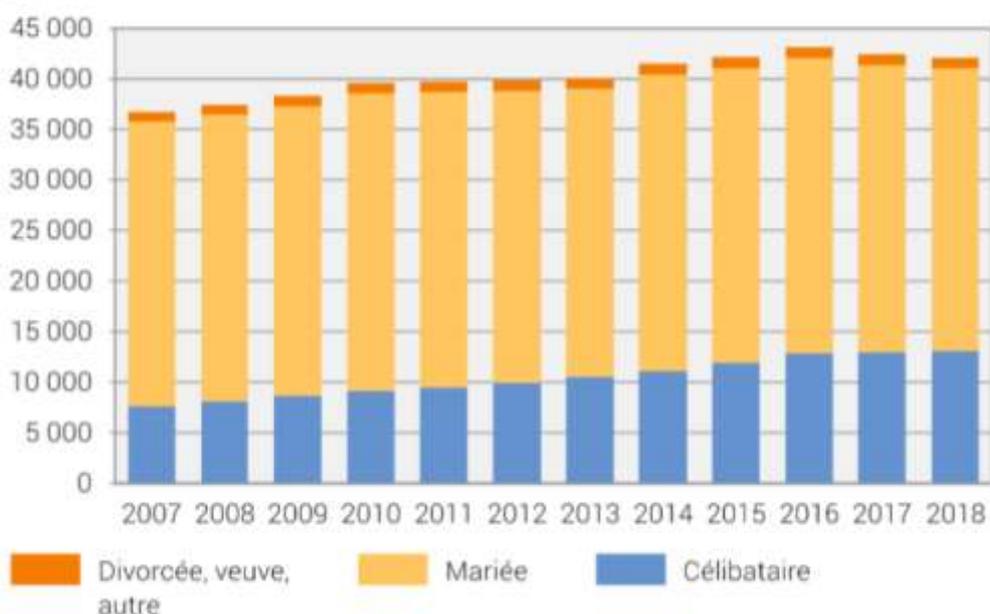
« Golden Age of Marriage » : années 50 et 60 du 20e siècle.

Depuis : mariage en décroissance, taux d'enfants nés hors mariage croissant

Divortialité de plus en plus élevée

Acceptation sociale de plus en plus grande d'une pluralité de formes familiales

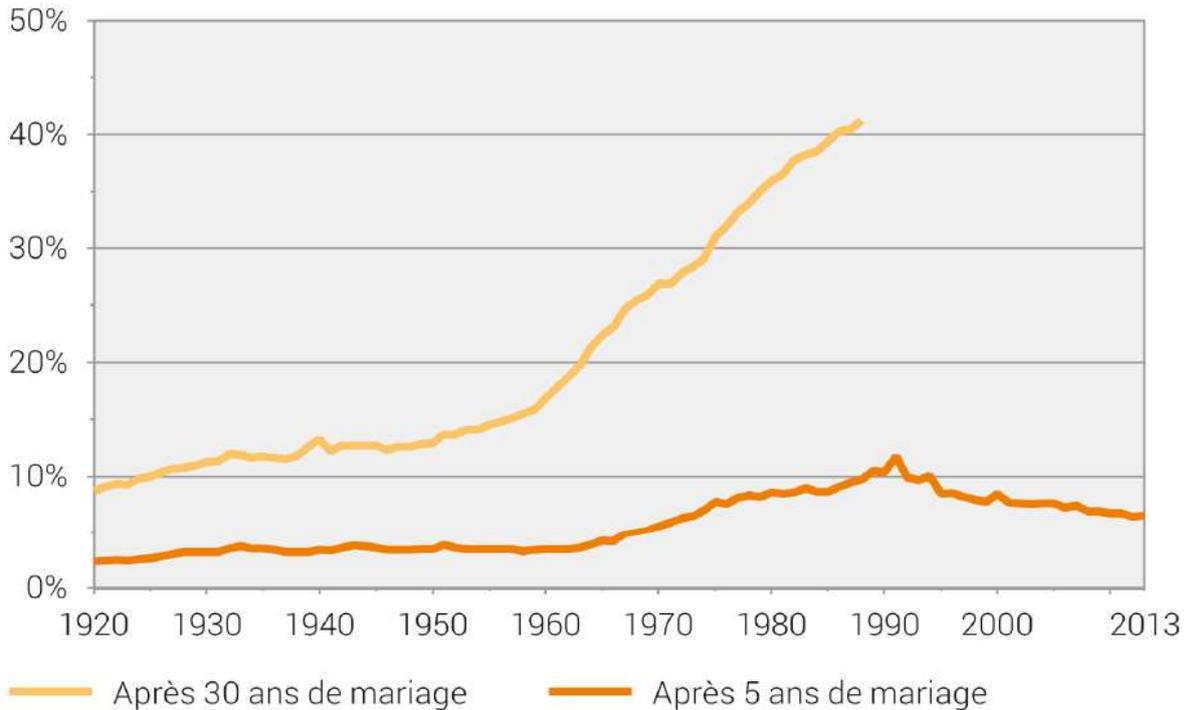
### Naissances vivantes du premier enfant selon l'état civil de la mère



## Divortialité selon la promotion de mariages

---

### Proportion de divorces



Promotion: ensemble des mariages célébrés la même année civile.

## 3. Sources de droit

### Droit international

Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)

Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF)

### Droit suisse

Constitution fédérale (Cst.)

Code civil (CC)

Loi sur le partenariat (LPart)

Code des obligations (CO)

Code de procédure civile (CPC)

Ordonnance sur l'état civil (OEC)

## 4. Systématique légale du Code civil

**Livre deuxième: Droit de la famille**

**Première partie: Des époux**

*Titre troisième: Du mariage*

*Titre quatrième: Du divorce et de la séparation de corps*

*Titre cinquième: Des effets généraux du mariage*

*Titre sixième: Du régime matrimonial*

## 5. Systématique légale de la LPart

### Chapitre 1 Dispositions générales

### Chapitre 2 Enregistrement du partenariat

#### Section 1 Conditions et empêchements

#### Section 2 Procédure

#### Section 3 Annulation

### Chapitre 3 Effets du partenariat enregistré

#### Section 1 Droits et devoirs généraux

#### Section 2 Rapports patrimoniaux

#### Section 3 Effets particuliers

### Chapitre 4 Dissolution judiciaire du partenariat enregistré

#### Section 1 Conditions

#### Section 2 Effets

### Chapitre 5 Dispositions finales

## II. Conclusion – A. Mariage

### 1. Les fiançailles

#### 1.1 Les fiançailles : notion et conditions

##### Bases légales: art. 90-93 CC

**Notion :** contrat par lequel un homme et une femme manifestent leur volonté de se marier ultérieurement et de former dans l'intervalle certains liens quasi-familiaux. Les fiançailles désignent aussi bien le contrat par lequel le couple se promet le mariage que le statut qui découle de cette promesse. Toute personne mariée a nécessairement été auparavant fiancée, au plus tard à l'instant où la demande en exécution de la procédure préparatoire du mariage a été déposée à l'office de l'état civil. Il n'y pas d'application par analogie au partenariat enregistré.

##### Trois conditions personnelles

1. Capacité de discernement (art. 16 CC)
  - Il s'agit d'un droit strictement personnel non-sujet à représentation (art. 19c al. 2 CC)
2. Pour les mineurs : consentement du représentant légal (art. 90 al. 2 CC)
  - Droit strictement personnel improprement dit (art. 19c al. 1 CC)
  - Une personne sous CPG peut valablement se fiancer sans le consentement du curateur
3. Absence d'empêchements définitifs au mariage
  - En vertu de l'art. 20 CO (nullité du contrat dont l'objet est impossible), la promesse de mariage est nulle se elle est échangée entre deux personnes qui, à cause d'un empêchement définitif au mariage, ne pourront jamais se marier.
    - Par exemple personnes en lien de parenté direct (art. 95 al. 1 CC)
  - Un contrat de fiançailles d'une personne encore mariée est nul, d'après la doctrine majoritaire, car il est contraire aux mœurs (art. 20 CO).

## 1.2 Les fiançailles : conclusion et effets

### **A. Conclusion**

Les règles générales sur la formation des contrats s'appliquent (art. 1 CO). Aucune forme spéciale n'est exigée. En d'autres termes, le contrat de fiançailles est conclu lorsqu'un homme et une femme ont réciproquement et de manière concordante manifesté leur volonté de se marier.

### **B. Effets**

#### **Absence d'effets dans les rapports internes :**

1. Pas d'exécution forcée de la promesse du mariage (art. 90 al. 3 CC)
  - Aussi portée négative de l'art. 14 Cst.
2. Pas d'obligation d'entretien
3. Pas de position d'héritier légal

#### **Certains effets dans les rapports externes, p.ex.:**

1. Droit à une indemnité pour perte de soutien (art. 45 CO)
2. Qualité de « proche » (art. 477 ch. 1 CC)

## 1.3 Rupture des fiançailles

Les fiançailles peuvent prendre fin par le mariage, par une rupture unilatérale, par commun accord ou par le décès d'un des fiancés.

Les fiancés ont le droit de rompre les fiançailles. Le droit de rompre les fiançailles est un droit strictement personnel que le mineur ou la personne sous CPG peut exercer sans le consentement du représentant (art. 19c al. 1 CC). La rupture des fiançailles résulte d'une déclaration de volonté de mettre fin aux fiançailles qui n'est soumise à aucune condition de forme.

#### **Conséquences de la rupture des fiançailles unilatérale ou d'un commun accord :**

- A. Restitution des présents (art. 91, 93 CC)
- B. Participation financière appropriée aux frais ou à la perte de gain de l'autre fiancé (art. 92-93 CC)

### **A. L'action en restitution des présents**

**Bases légales :** art. 91, 93 CC

#### **Conditions:**

1. **Qualité pour agir et défendre :** seuls les fiancés
2. **Rupture des fiançailles** pour une cause autre que la mort d'un des fiancés
3. **Donations** au sens de l'art. 239 CO, à l'exception des cadeaux d'usage (p. ex. pour anniversaires)
4. **Délai de prescription :** un an dès la rupture (art. 93 CC)

### **B. Participation financière appropriée**

**Bases légales:** art. 92, 93 CC

#### **Conditions :**

1. **Qualité pour agir et défendre:** seuls les fiancés
2. **Dispositions** en vue du mariage : frais ou perte de gain. Par exemple si on a déjà réservé le restaurant.
3. Fiancé a agi de **bonne foi**

4. **Dommege négatif** (pas de gain manqué) : or, il faut que la rupture soit une cause naturelle et adéquate du dommege.
5. Participation financière n'apparaît **pas inéquitable** : on tient compte notamment de la cause de la rupture.
6. **Délai de prescription**: un an dès la rupture (art. 93 CC)

## 2. Les conditions du mariage

La conclusion du mariage est soumise à des conditions de fond (art. 94 à 96 CC) et de forme (art. 97 à 103 CC). Cette partie énonce les conditions de fond. La procédure sera abordée dans la suite.

### 1. Deux personnes de sexe opposé (art. 94 CC)

### 2. Capacité matrimoniale (art. 94 CC)

Être âgé de 18 ans au moins

Capacité de discernement

- Notion relative, la jurisprudence est libérale dans l'appréciation de la capacité de discernement en vue du mariage : « Lorsque le mariage projeté est manifestement dans l'intérêt du futur conjoint, on peut se contenter de poser des exigences minimales quant à sa capacité de discernement » (ATF 109 II 273).

### 3. Absence d'empêchements :

Lien de parenté (art. 95 CC, cf. aussi art. 65 al. 1 let. c OEC)

Bigamie (art. 96 CC, cf. aussi art. 65 al. 1 let. d OEC) : Un mariage antérieur doit être dissous ou annulé avant de se marier. La même chose vaut pour le partenariat enregistré préexistant (art. 26 LPart).

## 3. La procédure de mariage

**Bases légales** : art. 97 à 103 CC, art. 62-75 OEC

**Deux stades** :

- Procédure préparatoire (3.1)
- Célébration du mariage (3.2)

### 3.1 La procédure préparatoire

Au cours de la procédure préparatoire, l'officier de l'état civil doit vérifier que les conditions de base du mariage sont remplies. La procédure se scinde en trois phases

#### **A. Demande en exécution de la procédure préparatoire**

La demande en exécution de la procédure préparatoire est réglée à art. 98 CC et aux art. 62 à 69 OEC). La demande doit être déposée personnellement auprès de l'office de l'état civil du domicile d'un des fiancés (art. 98 al. 1 CC). S'ils ne peuvent comparaître personnellement pour des raisons majeures, ils peuvent demander que la procédure ait lieu par écrit (art. 98 al. 2 CC) Cette exception vise principalement des personnes résidant à l'étranger qui souhaitent se marier en Suisse.

Lors de la demande, les fiancés procèdent à l'établissement de leur identité (art. 98 al. 3 CC) et de la **légalité du séjour en Suisse** (art. 98 al. 4 CC).

**Mais** : garantie du droit au mariage (art. 12 CEDH et art. 14 Cst.)

- droit à un titre de séjour temporaire en vue du mariage. Le titre de séjour doit, le cas échéant être délivré par l'autorité cantonale de police des étrangers. L'officier de l'état

civil n'a aucune marge de manœuvre : s'il n'y a pas de titre de séjour, il ne peut ouvrir la procédure.

- Arrêt III/2, ATF 137 I 351: Le titre de séjour temporaire doit être délivré lorsqu'il n'y a pas d'indice que l'étranger entend, par cet acte, invoquer abusivement les règles sur le regroupement familial, et qu'il apparaît clairement que l'intéressé remplira les conditions d'une admission en Suisse après son union.

## **B. Examen de la demande**

### **Exécution**

Examen des conditions du mariage, notamment capacité matrimoniale, absence d'empêchements, libre volonté (**prévention des mariages forcés**)

- (art. 99 al. 1 ch. 3 CC, cf. aussi art. 181a CP; art. 43a al. 3bis CC; art. 16 al. 7, art. 65 al. 2 OEC)

**Refus de célébration** d'un mariage qui a pour seul motif d'éluider les dispositions sur l'admission et le séjour des étrangers (art. 97a CC, art. 74a OEC)

- L'office de l'état civil a le droit de se renseigner (pouvoir d'instruction)
- Arrêt III/1, TF 5A\_337/2016 du 6 septembre 2016
  - o Selon l'art. 97a al. 1 CC (concrétisation de l'interdiction de l'abus de droit au sens de l'art. 2 al. 2 CC), l'officier de l'état civil refuse son concours à la célébration du mariage lorsque deux conditions sont remplies : D'une part, les intéressés ne doivent avoir aucune volonté de fonder une communauté conjugale : ils ne souhaitent pas former une communauté de vie d'une certaine durée, voir durable, à caractère en principe exclusif, présentant une composante tant spirituelle que corporelle et économique. D'autre part, ils doivent avoir l'intention d'éluider les dispositions sur l'admission et le séjour des étrangers. La réalisation de ces deux conditions doit être manifeste. La volonté de fonder une communauté conjugale est un élément intime qui, par la nature des choses, ne peut pas être prouvé directement. Le plus souvent, l'abus ne pourra être établi qu'au moyen d'un faisceau d'indices (grande différence d'âge entre les fiancés, l'impossibilité pour ceux-là de communiquer, la méconnaissance réciproque du cadre de vie et des conditions d'existence (famille, amis, profession, hobbies, habitudes, etc.). Ils peuvent aussi consister en des éléments d'ordre psychique, relevant de la volonté interne (volonté des époux).

Vérification **séjour légal** (art. 66 al. 2 let. e et al. 3 OEC, art. 99 al. 4 CC)

- L'office de l'état civil doit annoncer à la police de étrangers les couples qui n'ont pas pu établir la légalité de leur séjour.
- Certains des tâches de l'office de l'état civil sont critiqués en doctrine, puisqu'ils relèvent plutôt de la compétence de la police des étrangers.

## **C. Clôture**

Clôture par communication écrite (art. 99 al. 2 CC, art. 67-68 OEC). L'officier de l'état civil fixe ensuite le moment de la cérémonie avec les fiancés (dans les trois mois qui suivent la décision, art. 68 OEC) ou leur donne l'autorisation de célébrer le mariage dans un autre arrondissement (art. 99 al. 3 CC)

- cf. modification du 28 septembre 2018 (FF 2018 6039), en vigueur depuis le 1er janvier 2020 : auparavant, il y avait un délai d'attente de 10 jours avant la célébration du mariage.

## **3.2 La célébration du mariage**

**Célébration** dans la salle des mariages de l'arrondissement de l'état civil choisi par les fiancés (art. 97 al. 2 et 101 al. 1 CC, art. 70 OEC)

La célébration est **publique** et se déroule en présence de **deux témoins** majeurs et capables de discernement (art. 102 al. 1 CC, art. 71 al. 1 OEC).

Chaque époux doit manifester réciproquement sa volonté réelle et sérieuse de se marier. C'est pourquoi l'officier de l'état civil fait une demande séparée aux fiancés. S'ils répondent par l'affirmative, l'officier fait la déclaration : « vous êtes unis par les liens du mariage » (art. 102 al. 2 et 3 CC, art. 71 al. 2-3 OEC).

- Un fiancé ne peut se faire représenter pour la manifestation de volonté.

Signature de l'acte de mariage par les époux et les témoins en vue de l'enregistrement (art. 71 al. 4, art. 21 OEC).

La cérémonie religieuse peut avoir lieu par la suite (art. 97 al. 3 CC).

### **3.3 Les effets personnels du mariage – cf. aussi suite (III. Effets du mariage)**

Le mariage crée l'union conjugale (art. 159 al. 1 CC). Cette union se définit comme une communauté d'intérêts entre les époux, considérés comme deux partenaires égaux et solidaires qui doivent œuvrer de concert afin d'en assurer la prospérité (art. 159 al. 2 CC). Si les époux ont des enfants, ils doivent en outre pourvoir ensemble à l'entretien et à l'éducation de ceux-ci (art. 270ss CC). L'art. 159 al. 3 CC impose aux époux une obligation mutuelle d'assistance et de fidélité.

L'union conjugale fonde également l'obligation des époux de mener une vie commune. Cette obligation n'a aucune influence sur le domicile civil, qui se détermine uniquement selon les art. 23ss CC. Le domicile des époux peut être différent.

En principe, le mariage n'a plus d'influence sur le nom d'une personne depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2013 (art. 160 CC). Ils peuvent cependant choisir l'un de leurs noms de célibataire comme nom de famille (art. 160 al. 2 CC).

## **4. L'annulation du mariage en général**

### **4.1. Notion**

Un mariage prend fin par dissolution, par décès ou déclaration d'absence, par annulation ou par divorce. L'annulation vise les cas dans lesquels un mariage formellement célébré présente un défaut susceptible de remettre en question sa validité. Le CC énumère aux art. 105 et 107 **exhaustivement** les motifs pouvant donner lieu à une action en annulation du mariage.

Il faut distinguer la nullité du mariage (cas d'annulation) de l'inexistence du mariage. Par exemple, un mariage qui est seulement religieux n'est pas nul ; elle n'existe tout simplement pas.

#### **A. Action en annulation**

L'action en annulation est une action d'état, c'est-à-dire touchant au statut civil des personnes concernées et échappant ainsi à la libre disposition des parties. Il s'agit d'une action formatrice, puisque le jugement a pour effet de modifier le rapport juridique existant entre les parties.

Le droit d'intenter l'action en annulation est un droit strictement personnel non-sujet à représentation. Cela signifie d'un part que l'époux sous CPS mais capable de discernement peut introduire l'action seul, sans consentement du curateur (aussi capacité pour défendre). Cela signifie d'autre part que le représentant légal ne peut pas agir au nom d'un conjoint incapable de discernement. En revanche, le représentant légal d'un conjoint incapable de discernement peut défendre l'action.

Causes d'annulation du mariage :

- **Causes absolues (4.2)**: l'action en annulation vise à protéger non seulement les intérêts d'un ou des époux mais aussi des intérêts publics.
- **Causes relatives (4.3)**: l'action en annulation protège que les intérêts d'un des époux.

## **4.2. Les causes absolues**

**Les conditions de l'action en annulation fondée sur une cause absolue :**

1. Cause absolue (art. 105 CC)
2. Qualité pour agir (art. 106 al. 1 CC)
3. Qualité pour défendre
4. Aucun délai de péremption (art. 106 al. 3 CC)

### **Ad 1 : Causes absolues (art. 105 CC):**

Mariage préexistant (art. 105 ch. 1 CC)

Incapacité de discernement durable (art. 105 ch. 2 CC)

Lien de parenté prohibé (art. 105 ch. 3 CC)

Volonté d'éluder les dispositions sur l'admission et le séjour des étrangers (art. 105 ch. 4 CC)

Violation de la libre volonté d'un des époux (art. 105 ch. 5 CC)

Minorité d'un époux, à moins que son intérêt supérieur ne commande de maintenir le mariage (art. 105 ch. 6 CC).

### **Ad 2 : Qualité pour agir (art. 106 al. 1 CC)**

**Autorité cantonale compétente**

Obligation des autorités fédérales ou cantonales d'informer l'autorité compétente en cas de soupçons (art. 106 al. 1 in fine CC). L'action doit être intentée d'office.

**Toute personne intéressée**

**Cas spécial du mariage déjà dissous :** pas d'action de l'autorité cantonale compétente mais action ouverte à toute personne intéressée (art. 106 al. 2 CC)

### **Ad 3 : Qualité pour défendre**

**L'autre époux** (action du conjoint);

**Les deux époux** (action de l'autorité cantonale compétente ou de la personne intéressée)

## **4.3 Les causes relatives**

**Les conditions de l'action fondée sur les causes relatives**

1. Cause relative (art. 107 CC)
2. Qualité pour agir (art. 107 i.i., art. 108 al. 1 i.i. CC)
3. Qualité pour défendre
4. Délais de péremption (art. 108 al. 1 CC)

### **Ad 1. Causes relatives (art. 107 CC):**

**Incapacité passagère de discernement** (art. 107 ch. 1 CC)

**L'erreur** (art. 107 ch. 2 CC) : Sont seulement envisageables une erreur de déclaration (fiancé n'a pas compris la déclaration de mariage, car il ne parle pas la langue) ou d'identité (conjoints se sont rencontrés uniquement en ligne).

**Le dol** (art. 107 ch. 3 CC) : il faut qu'un époux ait contracté le mariage parce qu'il a été délibérément induit en erreur sur une qualité personnelle essentielle du conjoint (p. ex. conjoint qui dissimule le fait d'être gravement malade).

### **Ad 2. Qualité pour agir**

La qualité pour agir revient à **l'époux** qui invoque une cause relative **ayant trait à sa propre personne** (art. 107 i.i., art. 108 al. 1 i.i. CC)

Les héritiers n'ont pas qualité pour agir; un héritier peut toutefois poursuivre la procédure déjà ouverte au moment du décès (art. 108 al. 2 CC).

### **Ad 3. Qualité pour défendre**

L'autre époux.

### **Ad 4. Délais de péremption (art. 108 al. 1 CC):**

**Délai relatif:** délai de **six mois** à compter du jour où l'époux a découvert la cause d'annulation

**Délai absolu:** en tout cas dans les **cinq ans** qui suivent la célébration du mariage.

## **4.4. Les effets de l'annulation**

### **Effets *ex nunc* de l'annulation**

Tant que le mariage n'a pas été annulé par le juge, il demeure pleinement valable, jusqu'au jugement. Une exception sont les droits successoraux du conjoint survivant. Dans cette perspective, l'annulation déploiera un effet *ex tunc* (art. 109 al. 1 CC).

Pour le reste, la loi prévoit l'application des règles du divorce par analogie (art. 109 al. 2 CC).

Lorsque le mariage est annulé du fait qu'il a été contracté pour éluder les dispositions sur l'admission et le séjour des étrangers, l'époux étranger perd tout droit à une autorisation de séjour. Dans les autres hypothèses, sa situation serait analogue à celle du conjoint divorcé.

Si des enfants sont nés pendant le mariage, ils conservent en principe le statut juridique et les liens de filiation établis avant le jugement d'annulation. La loi prévoit toutefois la cessation de la présomption de paternité du mari pour les enfants de conjoints qui s'étaient mariés pour éluder les dispositions sur l'admission et le séjour des (art. 109 al. 3 CC).

## **II. Conclusion – B. Partenariat enregistré**

### **1. Les conditions de l'enregistrement**

#### **1. Deux personnes du même sexe (art. 2 al. 1 LPart)**

#### **2. Capacité d'enregistrer le partenariat (art. 3 LPart)**

Être âgé de 18 ans au moins

Capacité de discernement

#### **3. Libre volonté (art. 6 al. 1 LPart)**

#### **4. Absence d'empêchements**

Lien de parenté (art. 4 al. 1 LPart) => inclut les liens découlant de l'adoption, malgré le texte (FF 2003 1192, p. 1232)

Mariage ou partenariat enregistré préexistants (art. 4 al. 2 LPart)

### **2. La procédure : comparaison avec la procédure de mariage**

<b>Mariage</b>	<b>Partenariat enregistré</b>
<b>Procédure préparatoire</b> art. 98-100 CC art. 62 OEC	<b>Procédure préliminaire</b> art. 5-6 LPart art. 75a-75g OEC
<b>Célébration</b> art. 101-102 CC art. 70-72 OEC	<b>Enregistrement/conclusion</b> Art. 7 LPart Art. 75i-75l OEC

## **2.1 La procédure préliminaire**

### **A. Demande d'enregistrement (art. 5 LPart, art. 75a-75d OEC)**

La demande d'enregistrement est à déposer auprès de l'office de l'état civil du domicile d'un des partenaires (art. 5 al. 1 LPart). L'enregistrement du partenariat en Suisse, à défaut de domicile en Suisse, est seulement possible en cas de nationalité suisse d'un-e des partenaires. La loi prévoit l'obligation de comparution personnelle, mais permet exceptionnellement la forme écrite (art. 5 al. 2 LPart).

Présentation de documents et déclarations des partenaires (art. 5 al. 3 LPart)  
 Etablissement de la **légalité du séjour** en Suisse (art. 5 al. 4 LPart)

### **B. Exécution et clôture de la procédure préparatoire par l'office de l'état civil**

Examen des conditions de l'enregistrement, notamment capacité d'enregistrer le partenariat, absence d'empêchements, libre volonté (**prévention des partenariats forcés**)

- (art. 6 al. 1 LPart, cf. aussi art. 181a CP; art. 43a al. 3bis CC; art. 16 al. 7, art. 75d al. 1<sup>bis</sup> et al. 2 OEC)

Refus d'enregistrer un partenariat qui a pour seul motif d'éluder les dispositions sur l'admission et le séjour des étrangers (art. 6 al. 2 LPart, art. 74a OEC)

## **2.2 L'enregistrement**

Célébration dans la salle de l'arrondissement de l'état civil choisi par les partenaires (art. 75i al. 1 OEC).

Refus de la célébration en cas de soupçon de partenariat forcé (art. 75k al. 4 OEC).

Déclaration publique de vouloir enregistrer le partenariat et signature de l'acte de partenariat (art. 7 LPart, art. 75k OEC).

## **3. L'annulation du partenariat enregistré**

### **Causes**

Comme dans le cadre du mariage (art. 105 et 107 CC), la LPart prévoit des causes absolues (art. 9 LPart) et des causes relatives d'annulation (art. 10 LPart).

### **Annulation fondée sur les causes absolues (art. 9 LPart)**

Causes absolues et caractéristiques de l'action correspondent aux art. 105-106 CC

### **Annulation fondée sur les causes relatives (art. 10 LPart)**

Les causes relatives, en revanche, diffèrent de celles prévues à l'art. 107 CC. En fait, l'art. 10 LPart opère un renvoi global aux vices du consentement prévus dans le CO (art. 23ss CO). D'après le message du CF, il faut ajouter l'incapacité de discernement passagère.

L'annulation du partenariat enregistré pour une cause relative est donc plus facile que celle du mariage.

### **Effets (art. 11 LPart)**

Les effets de l'annulation (art. 11 LPart) correspondent aux effets de l'annulation du mariage. L'annulation du partenariat enregistré produit des effets *ex nunc*, dès l'entrée en force du jugement, et ne rétroagit pas au moment de la conclusion du partenariat. Comme pour un époux, les droits successoraux du partenaire survivant s'éteignent cependant rétroactivement (art. 11 al. 2 LPart).

## **II. Conclusion – C. Communauté de vie de fait**

### **1. Notion et termes**

La communauté de vie de fait est un **fait social** (et non un statut juridique) qui entraîne certaines conséquences juridiques.

Les termes 'concubinage', 'union libre', 'mener de fait une vie de couple' et 'communauté de vie' sont interchangeableables. Le terme concubinage est utilisé par le TF dans la jurisprudence relative à l'obligation d'entretien (mariage, divorce). Les termes mener de fait une vie de couple ou communauté de vie ont été utilisés dans les lois plus récentes (p. ex. art. 47 al. 1 let. c CPC ; art. 20a al. 1 let. a LPP).

À la différence du mariage et du partenariat enregistré, le concubinage présente une pure nature conventionnelle. La conclusion, souvent tacite, du « contrat de concubinage » est régie par les règles générales du CO et les règles du CC sur l'exercice des droits civils (art. 12ss CC). Le contenu du contrat peut être défini librement par les concubins, dans les limites posées par les art. 20 CO (objet licite, conforme au mœurs et possible) et 27 CC (engagement non excessif). Le concubinage se différencie des fiançailles par le fait qu'il n'implique pas une promesse de mariage ultérieure.

### **2. Définitions du Tribunal fédéral**

« La relation de concubinage stable n'est pas définie par le droit suisse. Elle doit être comprise comme une communauté de vie d'une certaine durée, voire durable, entre deux personnes, à caractère en principe exclusif, qui présente une composante tant spirituelle que corporelle et économique, et qui est parfois désignée comme une communauté de toit, de table et de lit » (ATF 138 III 157, cons. 2.3.3. se référant à l'ATF 118 II 235)

Cette définition repose sur deux composantes :

1. Les deux concubins forment une communauté de table, de toit et lit. Le juge doit cependant faire une appréciation globale de la situation. Ainsi, un arrêt récent a confirmé que la communauté domestique n'a pas besoin d'être permanente, pour autant que les concubins soient toujours prêts à s'assister et à se soutenir

- économiquement (ATF 134 V 369).
2. Les concubins sont engagés dans une relation stable et durable à caractère exclusif. Cependant, il n'y a pas une durée minimale, il faut apprécier la question d'une manière cas par cas.

Des personnes du même sexe peuvent également former une communauté de vie de fait / un concubinage (ATF 134 V 369 cons. 6.3.1).

## **III. Effets – A. Mariage**

### **1. Généralités**

Ancien droit du mariage de 1907/1912 : répartition inégale des droits et obligations du mari et de la femme. La loi désignait le mari comme chef de l'union conjugale, choisir le domicile etc.

Réforme du droit du mariage 1984/1988 : réalisation du principe de l'égalité entre hommes et femmes (art. 4 al. 2 aCst., art. 8 al. 3 Cst.)

### **2. Les effets généraux du mariage (aperçu)**

#### **2.1. Effets personnels**

##### **A. La création de l'union conjugale**

Le mariage a pour principal effet de créer l'union conjugale (art. 159 al. 1 CC). Elle se définit comme une communauté des intérêts entre les époux, considérés comme deux partenaires égaux et solidaires qui doivent œuvrer de concert afin d'en assurer la prospérité (art. 159 al. 2 CC). Si les époux ont des enfants, ils doivent en outre pourvoir ensemble à l'entretien et à l'éducation des ceux-ci (art. 270ss CC)

##### **B. Les devoirs attachés au mariage**

L'art. 159 al. 3 CC impose aux époux une obligation mutuelle de fidélité et d'assistance. L'obligation de fidélité englobe un devoir général de loyauté, mais reflète aussi la conception monogamique et exclusif du mariage. On peut en déduire notamment un devoir d'information réciproque.

Le devoir d'assistance comporte à la fois un aspect personnel (soutien moral et affectif) et un aspect patrimonial (soutien économique, cf. art. 163 CC).

L'union conjugale fonde également l'obligation des époux de mener une vie commune. Normalement, les conjoints partagent donc une demeure commune, qu'ils choisissent ensemble (art. 162 CC). Mais l'obligation de mener une vie commune signifie simplement que les époux doivent posséder au moins un lieu de résidence commune. Ils peuvent parfaitement avoir deux logements et se rejoindre à l'occasion dans l'un ou l'autre (cf. ATF 121 II 49). La demeure commune des époux ne coïncide pas nécessairement avec leur domicile. Ce dernier se détermine après les art. 23ss CC et peut être différent pour chaque époux.

##### **C. Autres effets**

À partir du mariage, le statut d'état civil des époux sera « mariés » (art. 8 let. f OEC).

Le mariage peut avoir un impact sur le droit de séjour en Suisse d'un conjoint étranger. Celui-ci a en principe droit d'obtenir une autorisation de séjour, valable en principe une année et renouvelable (art. 33 LEI) en vertu de l'art. 42 al. 1 LEI. Après cinq ans de vie en communauté en Suisse, le conjoint étranger a droit à une autorisation d'établissement (durée indéterminée) (art. 42 al. 3 LEI), aux conditions de l'art. 58a LEI. Si un ressortissant étranger épouse une personne de nationalité étrangère bénéficiant d'une autorisation d'établissement en Suisse, il

a également droit à l'octroi d'une autorisation de séjour aux conditions de l'art 43 al. 1 LEI. Après cinq ans de séjour et aux conditions de l'art. 58a LEI, l'étranger aura droit à une autorisation d'établissement.

Pour les effets quant au nom (art. 160 CC) et au droit de cité (art. 161 CC), cf. le chapitre « Nom/droit de cité »

### Les effets patrimoniaux

#### **L'entretien de la famille (3.)**

- L'obligation d'entretien réciproque (art. 163 CC) **(3.1.)**
- Le montant à libre disposition (art. 164 CC) **(3.2.)**
- La contribution extraordinaire d'un époux (art. 165 CC) **(3.3.)**

#### **Autres effets patrimoniaux, qui seront abordés en 3<sup>e</sup> année :**

Représentation de l'union conjugale (art. 166 CC)

Profession et entreprise des époux (art. 167 CC)

Actes juridiques des époux (art. 168 CC)

Logement de la famille (art. 169 CC)

Devoir de renseigner (art. 170 CC)

## **3. L'entretien de la famille**

Le CC contient trois dispositions portant sur l'entretien de la famille pendant le mariage. Il s'agit des art. 163, 164 et 165 CC. Ces articles sont complétés par l'art. 159 al. 1 CC.

### 3.1. L'obligation d'entretien réciproque (art. 163 CC)

#### **Art. 163 - E. Entretien de la famille / I. En général**

1. Mari et femme contribuent, chacun selon ses facultés, à l'entretien convenable de la famille.
2. Ils conviennent de la façon dont chacun apporte sa contribution, notamment par des prestations en argent, son travail au foyer, les soins qu'il voue aux enfants ou l'aide qu'il prête à son conjoint dans sa profession ou son entreprise.
3. Ce faisant, ils tiennent compte des besoins de l'union conjugale et de leur situation personnelle.

#### **Alinéa 1**

Les **deux époux** contribuent à l'entretien convenable de la famille (art. 163 al. 1 CC)

#### **La notion d'entretien convenable**

L'entretien de la famille englobe en premier lieu la satisfaction des besoins ordinaires de la famille, soit les dépenses liées au logement, à l'habillement, à l'alimentation, à l'hygiène et aux soins médicaux. Sont également comprises dans l'entretien de base les dépenses pour l'acquisition d'un revenu (frais de transport), les dépenses liées à la prévoyance et aux assurances sociales. Finalement, lorsque les ressources le permettent, il faut aussi tenir compte des impôts sur le revenu et la fortune (ATF 140 III 137).

En deuxième lieu, l'entretien comprend la satisfaction des besoins personnels des époux et des enfants liés par exemple à la formation et aux loisirs. Une *provisio ad litem*, c'est-à-dire d'avances des frais judiciaires de son conjoint font également partie de l'entretien de la famille.

Le niveau de l'entretien convenable se détermine par référence aux besoins de la famille et au train de vie adopté par les époux. Il dépasse donc plus ou moins largement la notion de minimum vital en droit des poursuites. Il implique aussi que chaque époux puisse profiter d'un niveau de vie équivalent, y compris en cas de séparation.

#### **Le cercle des bénéficiaires**

La famille au sens de l'art. 163 al. 1 CC ne comprend pas seulement les époux et les enfants communs, mais peut aussi inclure d'autres personnes faisant ménage commun et envers lesquelles un époux assume une obligation légale d'entretien (p. ex. enfant d'un premier lit, avec nuances, cf. Guillod – Droit de la famille - p. 250).

### **Alinéa 2**

Ils **conviennent** de la façon dont chacun apporte sa contribution (art. 163 al. 2 CC)

La contribution est apportée notamment sous **forme**

- de prestations en argent
- de travail au foyer
  - o si les époux travaillent tous les deux, on présume que le travail au foyer est divisé équitablement
- de soins aux enfants
- d'aide au conjoint dans sa profession ou son entreprise.

Une fois que les époux sont convenus de la répartition des rôles entre eux, la valeur des contributions de chaque époux est considérée comme égale, quelle que soit leur nature (contribution en argent, tâches domestiques etc.) et leur étendue.

### **Alinéa 3**

Les époux tiennent compte des **besoins de l'union conjugale** et de leur **situation personnelle** (art. 163 al. 3 CC)

### **Portée de la disposition**

Importance de la disposition : c'est la base légale pour la fixation de la contribution d'entretien en cas de suspension de la vie commune dans le cadre des MPUC (cf. **4.3.**). Donc le juge peut fixer le montant de contribution en matière pécuniaire.

À certaines conditions fixées à l'art. 125 CC, même la dissolution de l'union conjugale par le divorce laisse subsister un devoir d'aider financièrement son ex-conjoint (cf. *infra*)

### **3.2. Le montant à libre disposition (art. 164 CC)**

Epoux créancier : l'époux au foyer

*Ratio legis* : établir l'égalité entre l'époux au foyer et l'autre époux

Montant à libre disposition de l'époux au foyer ( $\neq$  entretien de la famille). Le montant à libre disposition est destiné à satisfaire à des besoins personnels allant au-delà de l'entretien convenable

Le montant alloué à l'époux au foyer doit être équitable. Il appartient aux époux de s'entendre sur la quotité du montant. En cas de désaccord, le juge des MPUC peut être requis de la fixer (durant la vie commune, art 173 CC ; en cas de séparation, art. 176 CC). Le montant se définit dans chaque cas d'espèce d'après les contributions des époux au ménage et de leurs besoins personnels respectifs.

La disposition n'a que très peu d'importance en pratique.

### **3.3. La contribution extraordinaire d'un époux (art. 165 CC)**

Droit à une **indemnité équitable** en cas de **contribution extraordinaire** :

- à la profession ou à l'entreprise de l'autre conjoint (art. 165 al. 1 CC)
- à l'entretien de la famille (art. 165 al. 2 CC)

### **A. La notion de contribution extraordinaire**

On admet généralement l'existence d'une contribution extraordinaire au sens de l'art. 165 al. 1 CC lorsque l'aide professionnelle fournie par le conjoint équivaut en pratique à l'activité que déploierait un employé salarié (à temps plein ou partiel). Il faut prendre en compte des éléments objectifs (nature et durée du travail, régularité, niveau de qualification requis ainsi que les tâches domestiques que le conjoint a continué à accomplir). Il n'est pas nécessaire que le conjoint ait eu conscience du fait que son aide dépassait son devoir de contribution.

La contribution extraordinaire de l'art. 165 al. 2 CC vise des prestations pécuniaires qu'un époux a affectées à l'entretien de la famille dans une mesure dépassant nettement ce qui découlait du partage des rôles et ressources des époux. Il peut s'agir par exemple d'un époux sans activité lucrative qui utilise un héritage pour assurer l'entretien de la famille alors que l'autre conjoint garde pour lui tout le produit de sa propre activité rémunérée. Un autre exemple serait le financement des études du conjoint. L'importance pratique de la disposition concerne surtout les cas d'un régime matrimonial de la séparation de biens par contrat de mariage.

- Cf. arrêt III/7 - ATF 138 III 348,. Conjoint a payé l'entretien de la maison appartenant à sa femme.

### **B. Exclusion de l'indemnité en cas d'un contrat entre les époux**

Il n'y a pas d'indemnité en présence d'un contrat (de travail) entre les époux (art. 165 al. 3 CC).

« L'époux qui entend se voir indemniser pour cause de contribution extraordinaire à l'entretien de sa famille doit invoquer sa prétention **au plus tard** dans la procédure de divorce » (ATF 123 III 433)

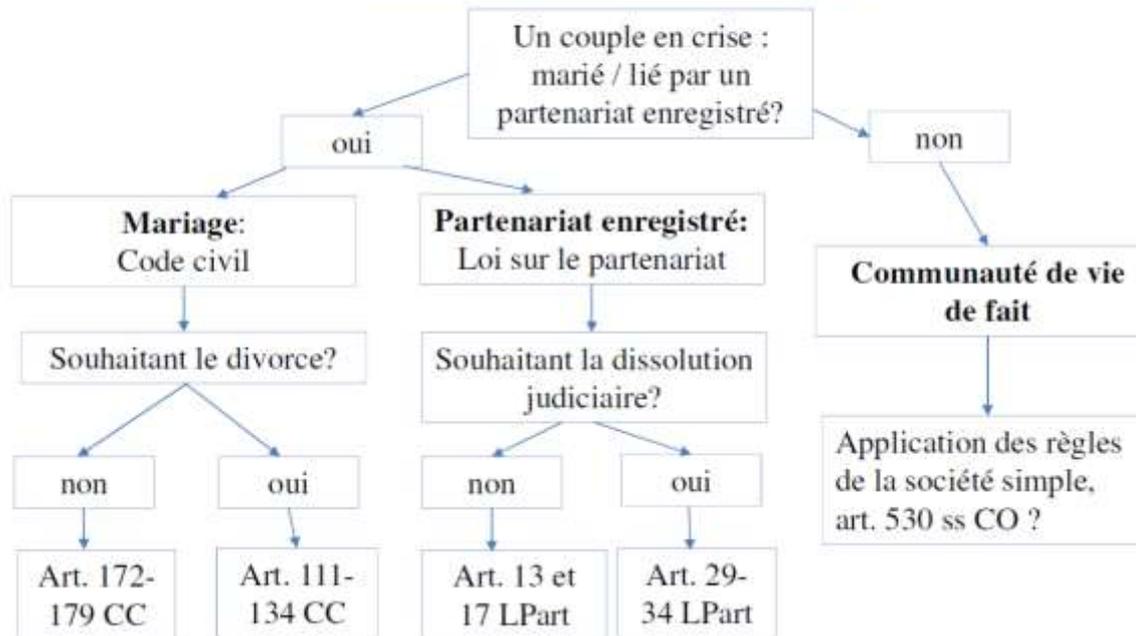
## **4. La protection de l'union conjugale**

Les mesures protectrices de l'union conjugale (MPUC) sont énumérées aux art. 171 à 179 CC. Certaines d'entre elles visent la protection de l'union conjugale en tant que telle, tandis que d'autres tendent à la protection des époux et/ou de leurs enfants.

En théorie, le but premier des mesures protectrices consistait à sauvegarder l'existence du mariage, en permettant aux époux de surmonter la crise qu'ils traversaient et de se reconcilier. Pour cette raison, le législateur a prévu des mesures de conciliation ou de médiation (art. 171 et 172 CC), avant de parler – subsidiairement – des mesures contraignantes (art. 173ss CC).

En pratique, les MPUC servent le plus souvent à organiser la vie séparée des époux dans la période transitoire avant le divorce. L'utilité des MPUC est donc plutôt dans la protection des intérêts patrimoniaux et personnels des conjoints et de leurs enfants.

## « Couples en crise »: Questions d'entrée pour la résolution de cas pratiques



Art. 172 à 179 CC: mesures protectrices de l'union conjugale (MPUC).

- Mesures permettant au juge de régler quelques aspects provisoirement (contribution, logement, garde des enfants)

### 4.1. Conditions et types de mesures protectrices (MPUC)

**Condition formelle:** Requête d'un ou des deux époux (art. 172 al. 3 CC)

**Conditions matérielles** (art. 172 al. 1 CC):

- Un époux ne remplit pas ses devoirs de famille
  - P. ex. l'obligation d'entretien à l'autre époux ou le soin des enfants.
  - Manquement objectif d'une certaine intensité, mais pas de faute requise.
- ou les conjoints sont en désaccord sur une affaire importante pour l'union conjugale.

**Types de mesures protectrices** (cf. en détail ci-après):

- Les mesures non contraignantes (**4.2.**)
- Les mesures contraignantes (**4.3.**), applicables :
  - pendant la vie commune
  - après suspension de la vie commune
  - dans les deux situations.

### 4.2. Les mesures non contraignantes

**Mesures extrajudiciaires** : conseils, séances de conciliation, médiation (art. 171 CC)

**Mesures judiciaires** : conciliation par le juge (art. 172 al. 2 CC)

Normalement en accompagnement des mesures contraignantes.

### 4.3. Les mesures contraignantes pendant la vie commune

#### **Contributions pécuniaires (art. 173 CC) :**

Fixé par le juge sur base de l'art. 163 et 164 CC. Le point de départ doit donc être l'accord des conjoints sur la répartition des tâches. Le juge doit commencer par établir les revenus (aussi revenu hypothétique, cf. suite) et les charges de la famille au moment du dépôt de la requête des MPUC. Il examinera ensuite le mode de contribution de chaque époux à l'entretien de la famille, l'accomplissement effectif de ces tâches par chaque époux, le niveau de vie habituel de la famille et les besoins qui en découlent. Il prend en compte aussi la composition de la famille, notamment la présence des enfants.

#### **Retrait du pouvoir de représenter l'union conjugale (art. 174 CC)**

- cf. cours « Droit patrimonial de la famille » (3e année)

### 4.4. Les mesures contraignantes – En cas de suspension de la vie commune (art. 176 CC)

#### **Condition : la suspension de la vie commune doit être fondée.**

D'après la loi, c'est notamment le cas s'il y a une menace à la personnalité, la sécurité matérielle ou le bien de la famille (art. 175 CC) *ou* si la vie commune se révèle impossible, notamment parce que son conjoint la refuse sans y être fondé (art. 176 al. 2 CC).

Dans la pratique, on ne suit pas la lettre de la loi. Une requête suffit, car elle indique qu'une partie souhaite la suspension de la vie commune ce qui justifie des MPUC.

#### **Mesures :**

- A. contribution pécuniaire (art. 176 al. 1 ch. 1 CC)
- B. usage du logement et du mobilier (art. 176 al. 1 ch. 2 CC)
  - régime matrimonial (art. 176 al. 1 ch. 3 CC)
    - cf. cours « Droit patrimonial de la famille » (3e année)
  - sort des enfants (art. 176 al. 3 CC)
    - cf. chapitre « effets de la filiation »

#### **A. La contribution pécuniaire en cas de suspension de la vie commune (art. 176 al. 1 ch. 1 CC)**

La base légale pour le calcul est l'**art. 163 CC**. Le point de départ est donc l'**accord exprès ou tacite des époux** sur la répartition entre eux des tâches et des ressources (cf. JT 2012 II 479 / ATF 138 III 97, arrêt no III/6).

En cas de suspension de la vie commune chacun des époux doit subvenir, selon ses facultés, aux frais supplémentaires engendrés par la vie séparée (JT 2012 II 479 / ATF 138 III 97, arrêt III/6).

Si on ne peut plus compter sérieusement sur une reprise de la vie commune, on peut exiger la **reprise ou augmentation de l'activité lucrative** de l'époux créancier.

Le **minimum vital de l'époux débiteur de l'entretien** doit toujours être préservé dans son entier (JT 2010 I 167 / ATF 135 III 66, arrêt no III/4).

#### **Revenu hypothétique**

Le juge peut prendre en compte un revenu supérieur à celui effectivement réalisé par l'époux débiteur. La prise en compte d'un revenu hypothétique est en principe soumis à deux conditions cumulatives. Premièrement, on doit raisonnablement pouvoir exiger de la personne d'exercer une activité lucrative (plus soutenue), compte tenu de son âge et santé. Deuxièmement, la personne doit être en mesure d'exercer concrètement cette activité, compte tenu du marché de travail etc. (ATF 137 III 118 ; TF 5A\_571/2018 du 14 septembre 2018, arrêt

no III/5)

En cas de réduction intentionnelle des revenus, même irréversible, on est face à un abus de droit. Dans un cas pareil, il ne faut pas que la personne soit en mesure d'exercer concrètement cette activité (ATF 143 III 233, arrêt no III/9).

**Concubinage** (cf. JT 2012 II 479 / ATF 138 III 97, arrêt III/6.) Trois situations possibles :

1. Prise en compte des **prestations de soutien effectivement reçues**.  
S'il n'y a aucun soutien financier ou si les prestations à ces fins de la part du nouveau partenaire ne peuvent être prouvées :
2. Prise en compte de l'avantage économique d'une (simple) « **communauté de toit et de table** »  
Notamment frais de logement moins élevés.
3. **Suppression** de la contribution d'entretien en cas de **concubinage stable/qualifié**.  
Dès que le nouveau partenariat à une certaine stabilité, l'ancien conjoint est libéré.  
Un concubinage stable est présumé s'il dure depuis 5 ans au moment d'introduction de la procédure des MPUC.

Les prestations peuvent être réclamées pour l'avenir et pour l'année qui précède l'introduction de la requête (application par analogie de l'art. 173 al. 3 CC).

## **B. L'usage du logement et du mobilier de ménage (art. 176 al. 1 ch. 2 CC)**

Le juge attribue provisoirement le logement conjugal à l'une des parties en faisant usage de son **pouvoir d'appréciation** en procédant à une **pesée des intérêts**. Puisque l'attribution du logement influence le montant d'une éventuelle contribution pécuniaire, cette question doit souvent être abordée en premier lieu. L'attribution ne confère pas un droit réel, ni même un droit personnel. Le conjoint qui a la jouissance d'un logement sur lequel il n'a aucun titre doit le quitter lors que les MPUC cessèrent de déployer leurs effets (sauf attribution définitive après divorce, art. 121 CC).

### **Critères (arrêt III/8 – TF 5A\_291/2013 et 5A\_320/2013 du 27 janvier 2014, consid. 5) :**

En 1er lieu : à quel époux le domicile conjugal est-il le plus utile ?

- P. ex. pour la garde des enfants ou bien une activité professionnelle

En 2e lieu : à quel époux peut-on le plus raisonnablement imposer de déménager, compte tenu de toutes les circonstances ?

- Circonstances liées à l'âge, la santé etc.

En 3e lieu : statut juridique de l'immeuble (attribution au propriétaire ou à l'époux qui bénéficie d'autres droits d'usage sur l'immeuble)

TF 5A\_291/2013 et 5A\_320/2013 du 27 janvier 2014, arrêt no III/8.

## **4.4 Les mesures applicables pendant la vie commune ou après sa suspension**

Protection de la personnalité en cas de violence, de menaces ou de harcèlement (art. 172 al. 3, renvoi à l'art. 28b CC)

Avis aux débiteurs (art. 177 CC)\*

Restrictions du pouvoir de disposer (art. 178 CC)\*

\* cf. cours « **Droit patrimonial de la famille** » (3e année)

### III. Effets – B. Partenariat enregistré

Effets personnels

- Devoir d'assistance et de respect (art. 12 LPart)
- Nom (art. 12a LPart)

Entretien (art. 13 LPart)

- Renvoi aux art. 163 à 165 CC

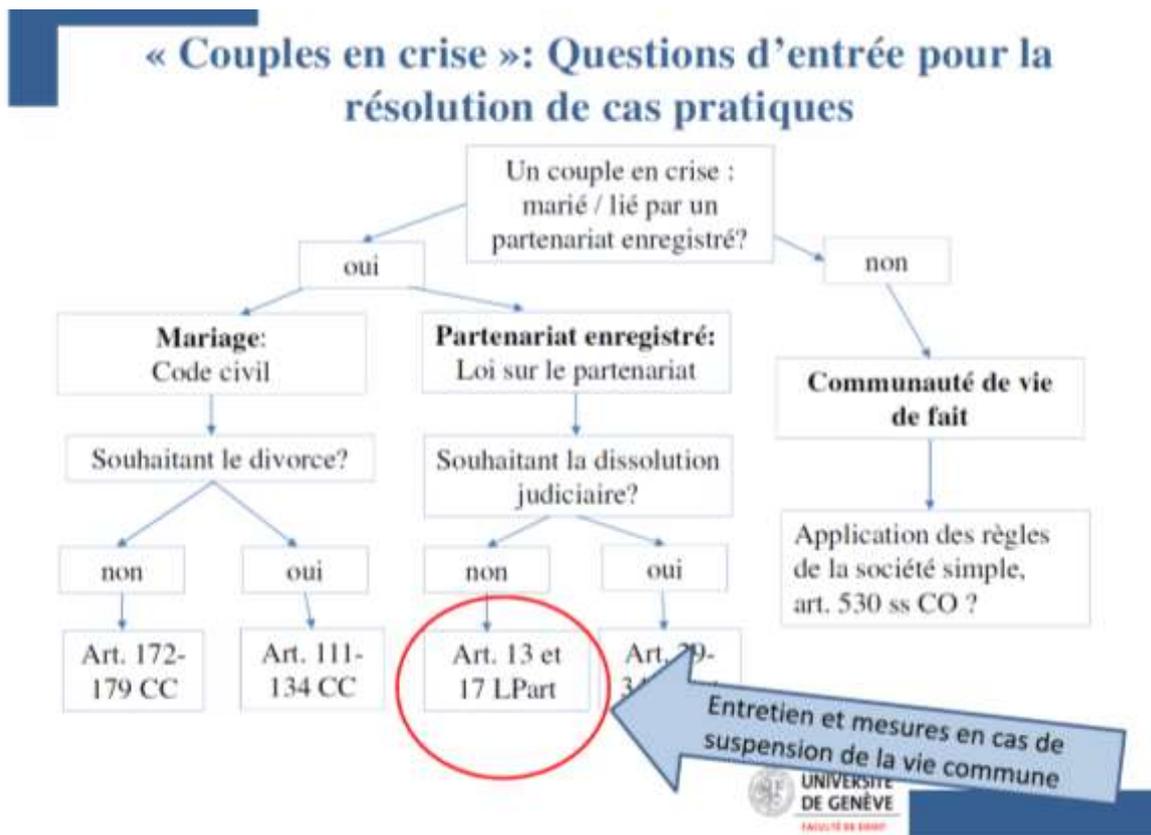
Logement commun (art. 14 LPart)

Représentation de la communauté (art. 15 LPart)

Devoir de renseigner (art. 16 LPart)

Mesures contraignantes en cas de suspension de la vie commune (art. 17 LPart)

- Les règles et la jurisprudence élaborées en matière des MPUC s'appliquent par analogie
- Pour les modifications, l'art. 17 al. 4 LPart est applicable de manière pareille à l'art. 179 CC.



Régime analogue au mariage pour le MPUC.

### III. Effets – C. Communauté de vie de fait

En principe, le concubinage est marqué par une absence de normes sur les « effets généraux » similaires au mariage et au partenariat enregistré.

L'absence porte sur les effets personnels (le nom, le droit de cité, la nationalité, le domicile et, plus généralement, sur l'état civil des concubins), de devoir d'entretien, de protection du logement commun, de mesures protectrices.

En revanche, vu leurs liens affectifs étroits, les concubins doivent naturellement être qualifiés de proches et bénéficient des droits qui leur sont reconnus par la législation et la jurisprudence. En matière de protection de l'adulte, la loi prévoit un pouvoir de représentation spécial de la personne qui fait ménage commun avec une personne incapable de discernement pour décider des soins médicaux (art. 378 al. 1 ch. 4 CC).

Protection de la personnalité en cas de violence, de menaces ou de harcèlement (art. 28b CC).

Pour le reste : applicabilité des normes générales du droit privé. Ceci est par exemple le cas en matière de représentation (art. 32ss CO).

### IV. Dissolution – A. Divorce

#### 1. Généralités

Code civil de 1907/1912 : conception du divorce-sanction

- Par exemple, pas de droit d'entretien pour l'époux qui aurait entamé une relation extra-conjugale

Réforme du droit du divorce 1998/2000 : conception du divorce-faillite

#### 2. Les conditions du divorce

Le code civil prévoit les types suivants de divorce :

- Le divorce sur requête commune (**2.1**) avec accord complet (art. 111 CC) ou avec accord partiel (art. 112 CC)
- Le divorce sur requête unilatérale (**2.2**) après suspension de la vie commune (art. 114 CC) ou pour rupture de la vie conjugale (art. 115 CC)
- Il existe des passerelles (**2.3**) entre le divorce sur requête commune et le divorce sur requête unilatérale.

Le but était qu'un divorce unilatéral n'intervient qu'en cas exceptionnel. En pratique, 90% des divorces sont communs.

##### 2.1. Le divorce sur requête commune

**Cause du divorce** : rupture irrémédiable du lien conjugal

**Accord complet (art. 111 CC) ; conditions :**

- Accord sur le principe du divorce (volonté de divorcer)
- Accord complet sur les effets accessoires du divorce

**Accord partiel (art. 112 CC) ; conditions :**

- Accord sur le principe du divorce
- Pas d'accord ou accord partiel sur les effets accessoires du divorce

S'il n'y pas un accord sur le principe du divorce, il ne s'agit pas d'un divorce commun.

**Les effets accessoires du divorce :** entretien du conjoint (art. 125 CC), entretien des enfants, liquidation du régime matrimonial (art. 120 CC), partage du 2e pilier (art. 122ss CC), sort des enfants etc.

#### **A. Procédure en cas d'accord complet**

Dans ce cas, les époux déposent une requête commune. De plus, ils produisent une convention complète quant aux effets accessoires du divorce et des conclusions communes relatives aux enfants (art. 111 al. 1 CC et art. 285 CPC).

Conformément à l'art. 279 al. 1 CPC, le juge doit vérifier que la convention qui lui est présentée correspond bien à la volonté librement exprimée des deux époux. Pour s'en assurer, il doit procéder à une audition des époux, séparément puis ensemble (art. 111 al. 1 CC).

Le juge doit aussi s'assurer que la convention est claire, complète et pas manifestement inéquitable. S'agissant des questions concernant le bien de l'enfant (art. 133 CC), la maxime d'office s'applique. C'est-à-dire que le juge a l'obligation de vérifier si les idées des parties correspondent au bien de l'enfant. Leurs conclusions ne lient nullement le juge. La loi prévoit l'audition des enfants (art. 298 al. 1 CPC).

Lorsque le tribunal est assuré que la requête en divorce et la convention concrétisent l'aboutissement d'une mûre réflexion, libre de toute pression, le juge prononce le divorce. Il s'agit d'un jugement de divorce avec homologation de la convention (art. 111 al. 2 CC, art. 279, art. 288 al. 1 CPC).

Si le juge refuse de ratifier une convention, il doit permettre aux époux de la modifier ou de la compléter lors de la première audition. Si cela ne produit pas un résultat suffisant, le juge applique la procédure en cas de requête commune avec accord partiel (art. 112 CC) et tranche lui-même les points restés litigieux.

#### **B. Procédure en cas d'accord partiel**

Requête commune, déclaration au juge pour le règlement des points litigieux et conclusions motivées sur ces points (art. 112 al. 2 CC et art. 285, 286 al. 1 et 2 CPC)

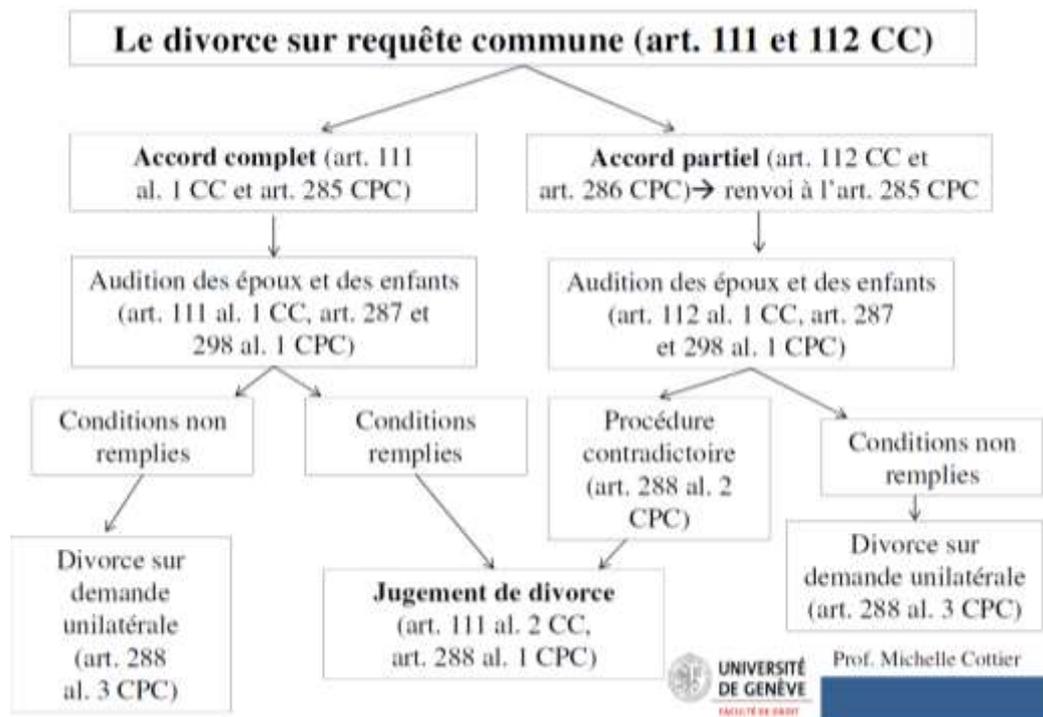
Audition des époux (art. 111 al. 1 CC)

Examen : Conditions du divorce remplies? (art. 111 al. 1 et 2 CC)

Audition des enfants (art. 298 al. 1 CPC)

Procédure contradictoire pour le reste (art. 288 al. 2 CPC)

Jugement de divorce, points litigieux et non litigieux (art. 111 al. 2 CC, art. 288 al. 1 CPC)



## 2.2. Le divorce sur demande unilatérale

Dans les deux cas, le divorce sur demande unilatérale est subsidiaire au divorce sur requête commune. Il faut donc l'absence d'un accord sur le principe de divorce.

### **A. Après suspension de la vie commune (art. 114 CC)**

En cas d'absence d'un accord sur le principe du divorce, l'art. 114 CC permet à l'époux qui veut divorcer de déposer une demande unilatérale. La séparation de deux ans des époux fait preuve, aux yeux du législateur, d'un échec du mariage.

#### **La condition de deux ans de séparation au début de la litispendance**

La séparation ne doit pas nécessairement avoir fait l'objet d'une réglementation judiciaire (art. 176 CC, voire art. 117 CC), même si cela facilite la preuve. Une séparation de fait suffit et peut être trouvée par tous moyens (témoignages etc.). La preuve doit porter sur l'élément objectif (vie séparée) et sur l'élément subjectif (volonté d'un conjoint au moins de ne plus faire vie commune), dans la mesure notamment où les époux peuvent avoir des domiciles séparés tout en maintenant leur communauté de vie. Cette séparation a été admise – par un tribunal cantonal – même lorsque les époux vivaient dans le même logement sur des étages différents.

Une brève reprise de la vie commune dans le cadre d'une tentative de réconciliation n'interrompt pas forcément le délai.

#### **Majeure**

L'art. 114 CC prévoit que : « [u]n 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. » L'art. 114 CC, qui est subsidiaire à la requête commune, suppose une séparation de deux ans. La séparation de deux ans implique un élément subjectif et un élément objectif : l'élément subjectif est la volonté de mettre fin au mariage pendant le délai de séparation. L'élément objectif est le fait que la communauté corporelle, affective, morale et économique a pris fin pour la durée de deux ans. Ceci implique généralement (mais pas forcément) que les intéressés ne vivent plus sous le même toit.

## B. Pour rupture du lien conjugal (art. 115 CC)

De nouveau, l'absence d'un accord sur le principe du divorce est requise. De plus, le divorce au sens de l'art 115 CC est subsidiaire à l'art 114 CC. Il faut ainsi que le délai de séparation de deux ans n'a pas encore expiré.

### Conditions (arrêt III/10, TF 5A\_177/2012, FamPra.ch 2012 p. 114)

#### 1. Des motifs sérieux

- Il s'agit ainsi de déterminer si le maintien du lien légal peut raisonnablement être exigé sur le plan affectif et psychique, autrement dit si la réaction émotionnelle et spirituelle qui pousse le conjoint demandeur à ressentir comme insupportable la perpétuation de ce lien pendant deux ans est objectivement compréhensible. Des réactions excessives, suscitées par une susceptibilité particulièrement vive, étant toutefois insuffisantes (arrêt III/10 consid. 2.1).

#### 2. Des motifs qui ne sont pas imputables à l'époux demandeur

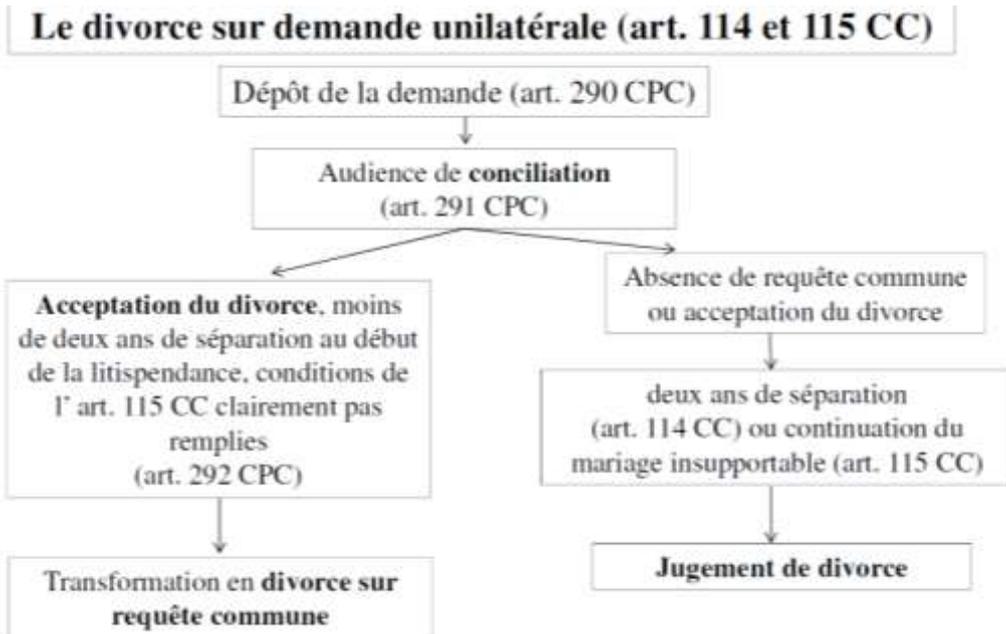
- La responsabilité du conjoint demandeur du divorce dans la désunion n'est pas prépondérante par rapport à des facteurs objectifs ou au comportement de l'autre conjoint. Critère dépassé en pratique, par exemple pas évoqué dans l'arrêt III/6

#### 3. Des motifs qui rendent la continuation du mariage insupportable.

- Cette condition est étroitement liée à la première. Il y a une casuistique, notamment des actes de violence mettant en danger la santé physique ou psychique d'un conjoint. Le fait que le conjoint ne voulait jamais fonder une communauté conjugale, mais cherchait seulement des avantages sur le plan de police des étrangers suffit aussi. En revanche, un cas d'infidélité ne suffit pas. Le **lien juridique** en tant que tel doit être insupportable, autrement il suffit de déménager et d'attendre deux ans.

## Majeure

Aux termes de l'art. 115 CC « [u]n 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. » Cette cause de divorce - subsidiaire à celle de l'art. 114 CC - permet de déroger à la règle du divorce sur demande unilatérale dans des cas où il serait excessivement rigoureux d'imposer au demandeur de patienter durant le délai légal de séparation. Il s'agit ainsi de déterminer si le maintien du lien légal peut raisonnablement être exigé sur le plan affectif et psychique, autrement dit si la réaction émotionnelle et spirituelle qui pousse le conjoint demandeur à ressentir comme insupportable la perpétuation de ce lien pendant deux ans est objectivement compréhensible, des réactions excessives, suscitées par une susceptibilité particulièrement vive, étant toutefois insuffisantes. Savoir si tel est le cas dépend des circonstances particulières de chaque espèce, de sorte qu'il n'est pas possible, ni souhaitable, d'établir des catégories fermes de motifs sérieux au sens de l'art. 115 CC. Il est toutefois unanimement admis que les actes de violence mettant en péril la santé physique et psychique du conjoint demandeur peuvent constituer des motifs sérieux permettant de solliciter le divorce pour rupture du lien conjugal. Une infraction pénale grave contre le conjoint demandeur ou l'un de ses proches, des abus sexuels démontrés contre les enfants communs ou issus d'un premier lit, un délit infamant ou encore une maladie mentale grave peuvent également constituer des motifs sérieux permettant de fonder la demande de divorce sur l'art. 115 CC (arrêt III/10, TF 5A\_177/2012 du 2 mai 2012, consid. 2.1).



### 2.3. Les passerelles

#### **Art. 288 al. 3 CPC**

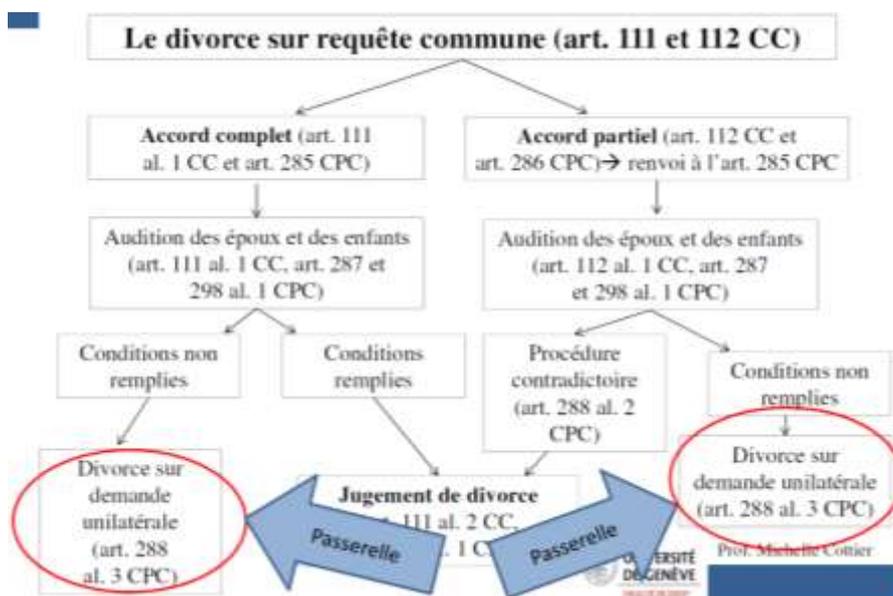
Passerelle permettant de passer de la procédure sur requête commune à celle sur demande unilatérale. Notamment si un des époux retire son accord à la requête commune ou si la volonté d'un époux est viciée.

#### **Art. 292 CPC**

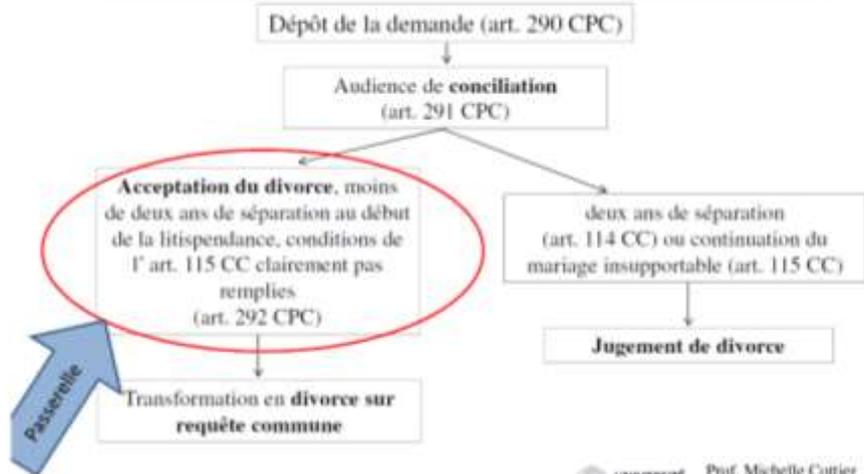
Passerelle permettant de passer de la procédure sur demande unilatérale à la procédure sur requête commune.

Conditions :

- acceptation du divorce
- séparation de moins de 2 ans (conditions de l'art. 114 CC pas remplies)
- les conditions de l'art. 115 CC ne sont clairement pas remplies



## Le divorce sur demande unilatérale (art. 114 et 115 CC)



Prof. Michelle Cottier

## 3. Les effets du divorce en général

### 3.1. Effets personnels

#### A. Dissolution de l'union conjugale

L'entrée en force du jugement de divorce entraîne la dissolution définitive de l'union conjugale. Chacun des époux peut ainsi librement se remarier ou conclure un partenariat enregistré (art. 96 CC respectivement art. 4 al. 2 LPart).

#### B. Autres effets

Nom (art. 119 CC, art. 13 OEC, art. 8a titre final CC) et droit de cité

- Cf. cours sur le nom

### 3.2. Effets patrimoniaux

- Régime matrimonial et successions (art. 120 CC) \*
- Logement de la famille (art. 121 CC) (5.)
- Prévoyance professionnelle (art. 122-124 CC) \*
- Contribution d'entretien (art. 125-132 CC) (4.)

**Sort des enfants** (art. 133-134, art. 298 CC) \*\*

\* cf. cours « Droit patrimonial de la famille » (3e année)

\*\* cf. chapitre « Effets de la filiation »

## 4. La contribution d'entretien après divorce

Entretien par l'époux économiquement plus riche pour l'époux plus fort.

### 4.1. Principes

**Principes sous-tendant l'art. 125 CC sont : (attention, pendant le mariage, l'entretien se base sur l'art. 163 CC, après divorce, c'est l'art. 125 CC)**

**Clean break** : « dans toute la mesure du possible, chaque conjoint doit acquérir son indépendance et subvenir à ses propres besoins après le divorce » (ATF 129 III 7). L'idée c'est que les époux sont désormais économiquement indépendants, sous réserve de la solidarité post-matrimoniale.

**Solidarité post-matrimoniale** : Ce principe vient tempérer les rigueurs du clean break pour l'époux économiquement défavorisé. La justification est que « les époux doivent supporter en commun non seulement les conséquences de la répartition des tâches convenue durant le mariage (art. 163 al. 2 CC), mais également les désavantages qui ont été occasionnés à l'un d'eux par l'union et qui l'empêchent de pourvoir à son entretien ». (ATF 137 III 102, c. 4.1.1, arrêt no III/12.)

Clean Break et solidarité post-matrimonial sont partiellement antinomiques.

**Egalité entre femme et homme (art. 8 al. 3 Cst.)** :

Notamment réalisation de l'égalité matérielle : répartition entre les époux des désavantages économiques liés au mariage.

Chercher un équilibre dans les faits.

**Voir également la Recommandation générale n° 29 du Comité CEDEF** (Convention de

l'ONU sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femme, entrée en vigueur pour la Suisse le 26 avril 1997) au sujet de l'art. 16 CEDEF\* invitant les Etats parties à « mettre en place un système de *jure* et de *facto* égalitaire, dans lequel les hommes et les femmes partagent à égalité les avantages et les coûts économiques du mariage et de l'union libre et supportent à parts égales les conséquences économiques de la dissolution de ceux-ci ».

Coûts du mariage : on pense notamment à une diminution de la participation au marché de travail par exemple pour assurer la garde des enfants. Or, une absence au marché de travail amène à un salaire plus bas lors de la reprise d'une activité en plein temps. De plus, une absence au marché de travail à des conséquences pour les assurances de prévoyance vieillesse.

#### A. L'entretien convenable et la contribution équitable

##### 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**.

Deux choses distinctes :

**Entretien convenable :** Montant nécessaire pour le maintien du niveau de vie. Se pose donc la question quel niveau de vie est déterminant. On tient compte du niveau de vie pendant le mariage, si le mariage a concrètement influencé la situation financière de l'époux crédictier (*lebensprägend*).

Lorsque le niveau de vie pendant l'union conjugale est déterminant, le principe est que le standard de vie choisi d'un commun accord doit être maintenu pour les deux parties dans la mesure où leur situation financière le permet. Quand il n'est pas possible, en raison de l'augmentation des frais qu'entraîne l'existence de deux ménages séparés, de conserver le niveau de vie antérieur, le créancier de l'entretien peut prétendre au même train de vie que le débiteur de l'entretien.

**Contribution équitable :** pose des limites à l'entretien convenable, notamment en cas de déficit.

L'art. 125 al. 1 CC ne concerne que la compensation pécuniaire accordée à un ex-époux. L'entretien des enfants n'est pas visé par cette disposition, mais reste régi par les dispositions sur les effets de la filiation (art. 276ss CC)

#### 4.2. Critères (art. 125 al. 2 CC)

Les huit critères devraient aider à résoudre plusieurs questions :

1. Entretien convenable
2. Possibilité de chaque époux de subvenir à ces propres besoins (indépendance économique)
3. Contribution équitable

Ces huit critères sont déterminants pour le principe du droit à une contribution ainsi qu'au montant de cette dernière (permet ainsi de fixer les deux montants de l'entretien convenable [le budget auquel l'époux faible à théoriquement droit] et la contribution équitable [montant à verser effectivement par l'époux économiquement fort]).

Les critères sont à interpréter à la lumière de la jurisprudence.

#### Trois premiers critères

- Ch. 1 : la **répartition des tâches** pendant le mariage
- Ch. 2 : la **durée du mariage**
- Ch. 3 : le **niveau de vie** des époux pendant le mariage

Cf. ATF 137 III 102, c. 4.1.2, arrêt **III/12** et TF 5A\_748/2012 du 15 mai 2013, arrêt **III/13**

Ces critères sont notamment utiles pour déterminer le principe d'une contribution et le montant de l'entretien convenable.

La répartition des tâches permet d'établir l'influence du mariage à la situation concrète de l'époux demandeur d'entretien.

On peut ajouter, lors du calcul de la durée du mariage, une période de concubinage antérieure, si cette période était déjà *prägend*. (JT 2009 I 627 / ATF 135 III 59, arrêt no III/14). La durée du mariage permet de faire des présomptions quant à l'influence concrète du mariage sur la situation financière de l'époux créancier. Un mariage de moins que 5 ans est présumé ne pas être *lebensprägend*, pendant qu'un mariage qui a duré au moins 10 ans est présumé *lebensprägend*. Lorsque le mariage a duré entre 5 et 10 ans, il faut procéder à une analyse concrète des circonstances. Le fait d'avoir pris l'habitude d'un train de vie luxurieux est considéré suffisamment *lebensprägend* par le TF (TF 5C.187/2000). Or, le critère est rempli lorsque les époux ont des enfants communs, notamment si un des époux a réduit son taux d'activité. Si les époux ont été séparés pour plus que dix ans avant le divorce, le niveau de vie pendant la période de séparation est déterminant.

Les époux ne devraient, si possible, pas se trouver pénalisés économiquement en raison du divorce. Cependant, celui-ci entraîne généralement une augmentation des frais fixes des ex-époux (p. ex. deux logements). Le niveau de vie des époux pendant le mariage constitue ainsi la limite supérieure de l'entretien convenable. S'il n'est pas possible de maintenir le même train de vie, chaque époux a en principe droit au même train de vie inférieur. Si le mariage n'était pas *lebensprägend* parce qu'il était plus court que 5 ans, le niveau de vie déterminant est celui avant le mariage. Si les époux ont vécu séparés durant de nombreuses années, le train de vie durant la séparation sera déterminant pour fixer l'entretien convenable (ATF 130 III 537).

#### **Ch. 4**

Ch. 4 : **l'âge et l'état de santé** des époux

- cf. ATF 137 III 102, c. 4.2.2.2, arrêt no III/12.

On principe, on ne peut plus exiger d'un conjoint qui a plus que 45 à 50 ans au moment de la séparation de reprendre une activité lucrative si l'en a plus exercé une depuis longtemps du fait de la répartition des tâches au sein d'un mariage de longue durée. À l'inverse, un conjoint qui était toujours inséré au marché de travail doit augmenter le cas échéant son taux d'activité. Lors de l'analyse de la capacité de travail des époux, il faut tenir compte de leur état de santé.

#### **Ch. 5**

Ch. 5 : **les revenus et la fortune** des époux

##### **Revenu hypothétique (même système que pour les MPUC)**

- cf. ATF 137 III 102, c. 4.2.2.2, arrêt no III/12;
- Le principe est de dire qu'un revenu hypothétique peut être imposé si un époux pourrait gagner plus. Cela doit être exigible et doit être effectivement possible, compte tenu du marché de travail, santé etc.
  - Si un époux a diminué ses revenus de mauvaise foi, un revenu hypothétique peut être imposé même s'il n'est plus effectivement réalisable. Si alors un conjoint diminue de mauvaise foi de manière irréversible sa capacité de gagner

plus, on peut quand même lui imposer un revenu plus haut.

### **Protection du minimum vital du débirentier**

- cf. JT 2010 I 167 / ATF 135 III 66, arrêt no III/4.
- C'est donc l'époux crédirentier qui doit se retourner vers l'aide sociale.

La substance de la fortune n'est normalement pas prise en considération. C'est-à-dire qu'on principe en se base uniquement sur les revenus et non sur la fortune.

### **Ch. 6**

Ch. 6 : l'ampleur et la durée de la **prise en charge des enfants** qui doit encore être assurée ; nouvelle jurisprudence, ATF 144 III 481, cons. 4.7, arrêt III/11 :

- A partir du début de la scolarité obligatoire de l'enfant cadet : activité lucrative de 50 %
- A partir du niveau secondaire I de l'enfant cadet : activité lucrative de 80 %
- A partir des 16 ans du cadet : activité lucrative de 100 %

Auparavant on avait le droit de rester à la maison jusqu'à ce que l'enfant avait dix ans.

Jurisprudence pose des principes, qui peuvent être changés dans des cas concrets, d'après la situation. Il faut notamment tenir compte des besoins des enfants, par exemple en cas de handicap.

### **Ch. 7**

Ch. 7 : la **formation professionnelle** et les **perspectives de gain** des époux, le coût probable de **l'insertion professionnelle**

S'applique notamment au crédirentier, qui doit mettre au profit ses propres capacités pour subvenir dans la mesure du possible à ses propres besoins.

### **Chiffre 8**

Ch. 8 : les **expectatives de prévoyance**.

- Cf. TF 5C.265/2002 du 1er avril 2003, arrêt no III/15.

Les lacunes de prévoyance durant le mariage sont compensées par le partage des avoirs de prévoyance (art. 122 CC)

Les lacunes que se forment après le divorce (p. ex. à cause de garde des enfants) peuvent être compensés par une cotisation de l'époux bénéficiaire à une forme de prévoyance professionnelle, financé par les contributions de l'époux crédirentier.

## **4.3. Forme et conditions**

**Rente** (art. 126 al. 1 CC)

**Capital** (art. 126 al. 2 CC)

Conditions : les circonstances le justifient, le débiteur dispose d'un capital suffisant.

Par exemple si un époux veut déménager à l'étranger, le capital suffisant liquide doit exister

**Conditions** (art. 126 al. 3 CC) par exemple diminution/augmentation de la rente en cas de retraite, remariage, promotion professionnelle etc.

## **4.4. Refus total ou partiel**

Base légale : Art. 125 al. 3 CC

**Refus total ou partiel** d'une contribution d'entretien lorsqu'elle s'avère **manifestement inéquitable**, en particulier parce que le créancier :

- a gravement violé son obligation d'entretien de la famille (ch. 1) ;
- a délibérément provoqué la situation de nécessité dans laquelle il se trouve (ch. 2) ;
- a commis une infraction pénale grave contre le débiteur ou un de ses proches (ch. 3).
  - Une menace de mort ne suffit pas

La jurisprudence est très restrictive pour admettre une application de cette base légale, afin d'éviter la réintroduction de la faute dans le droit de mariage.

#### **4.5. Modification**

**Objet** : Modification de la contribution d'entretien fixée par le jugement de divorce

##### **A. Modification conventionnelle**

Moyennant une **convention** de divorce, les époux peuvent **exclure** (art. 127 CC) ou **prévoir** une modification ultérieure de la contribution d'entretien.

Les époux peuvent **convenir** d'une modification ultérieure sans nécessité de ratification par le juge (art. 284 al. 2 CPC).

##### **B. Modification par le juge**

En cas de litige il peut sous certaines conditions avoir une modification **par le juge** (art. 129 CC)

##### **Modification par le juge: Art. 129 CC**

**Art. 129 al. 1 CC** : diminution de la rente; suspension de la rente pour une durée déterminée; ou suppression de la rente.

**Art. 129 al. 2 CC** : adaptation de la rente au renchérissement

**Art. 129 al. 3 CC** : Allocation ultérieure ou augmentation d'une rente.

##### **Art. 129 al. 1 CC : Diminution, suspension ou suppression de la rente par le juge**

**Conditions** (cf. TF 5A\_762/2015 du 8 avril 2016, arrêt no III/16):

1. Faits nouveaux importants et durables ;
  - Présomption réfragable que tous les faits ont été prévus lors de la convention. Faut donc apporter la preuve qu'un fait est effectivement nouveau (p. ex. invalidité, retraite anticipée etc.). Cependant, ce qui est déterminant, ce n'est pas la prévisibilité des circonstances nouvelles mais exclusivement le fait que la pension ait été fixée sans tenir compte de ces circonstances futures
2. Péjoration de la situation du débiteur ou amélioration de la situation du créancier
  - Cependant : 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 (art. 129 al. 1 *in fine* CC). Donc pas applicable s'il y avait antérieurement un déficit.

##### **En particulier à cause du concubinage du créancier :**

cf. TF 5A\_373/2015 du 2 juin 2016, FamPra.ch 2016, p. 996, arrêt III/17

- Lorsque le créancier vit dans un concubinage, le droit à l'entretien après le divorce peut être supprimé ou suspendu. On distingue trois situations de concubinage, à savoir la communauté de toit et de lit, le concubinage simple et le concubinage qualifié (cf. chapitre sur les MPUC). Il incombe au débiteur d'entretien de prouver que le créancier

vit dans un concubinage qualifié avec un nouveau partenaire toutefois celui-ci est présumé lorsqu'il dure depuis cinq ans au moment de l'ouverture de l'action en modification du jugement de divorce. Le choix entre la suspension ou la suppression de la rente doit procéder d'une pesée des intérêts entre celui du créancier et celui du débiteur. Lorsque le concubinage est qualifié, le droit à l'entretien tombe dans tous les cas.

#### **Art. 129 al. 2 CC : Adaptation de la rente au renchérissement**

##### **Conditions :**

- La rente n'est pas indexée (voir l'art. 128 CC);
- les revenus du débiteur ont augmenté de manière imprévisible depuis le divorce.

#### **Art. 129 al. 3 CC : Allocation ultérieure ou augmentation d'une rente**

Seulement en cas de déficit. Hypothèse où le revenu du débiteur n'a pas permis de fixer un entretien convenable.

##### **Conditions**

- La situation du débiteur s'est améliorée ;
- le jugement de divorce constate (explicitement) qu'il n'a pas été possible de fixer une rente permettant d'assurer l'entretien convenable du créancier ;
- délai de 5 ans depuis le divorce.

#### **Extinction de par la loi (art. 130 CC) de l'obligation d'entretien**

- Décès du débiteur ou du créancier (art. 130 al. 1 CC)
- remariage du créancier (sauf convention contraire) (art. 130 al. 2 CC).

## **5. Le logement de la famille**

### **5.1. Conditions**

**Les trois conditions cumulatives pour le transfert du contrat de bail (art. 121 al. 1 CC) ou l'attribution d'un droit d'habitation (art. 121 al. 2 CC) à un conjoint non titulaire des droits :** (différent aux MPUC)

1. il doit s'agir du logement de la famille (résidence principale, à l'exclusion des appartements de vacances)
2. présence d'enfants ou d'autres motifs importants, comme la santé ou l'exercice d'une activité professionnelle dans le logement.
3. attribution peut raisonnablement être imposée à l'autre conjoint.
  - Lien étroit avec la question de l'entretien.

### **5.2. Transfert du contrat de bail**

Si le logement familial a été loué, le juge peut prononcer le transfert du contrat de bail (art. 121 al. 1 CC). Le consentement du bailleur n'est pas requis. On impose donc au tiers un nouveau locataire. Afin de mitiger les conséquences de ce fait, la loi prévoit la responsabilité solidaire de l'époux économiquement fort.

La responsabilité solidaire de l'époux non-locataire est prévue par la loi (art. 121 al. 2 CC). Elle dure jusqu'à la fin contractuelle du bail, mais au maximum deux ans.

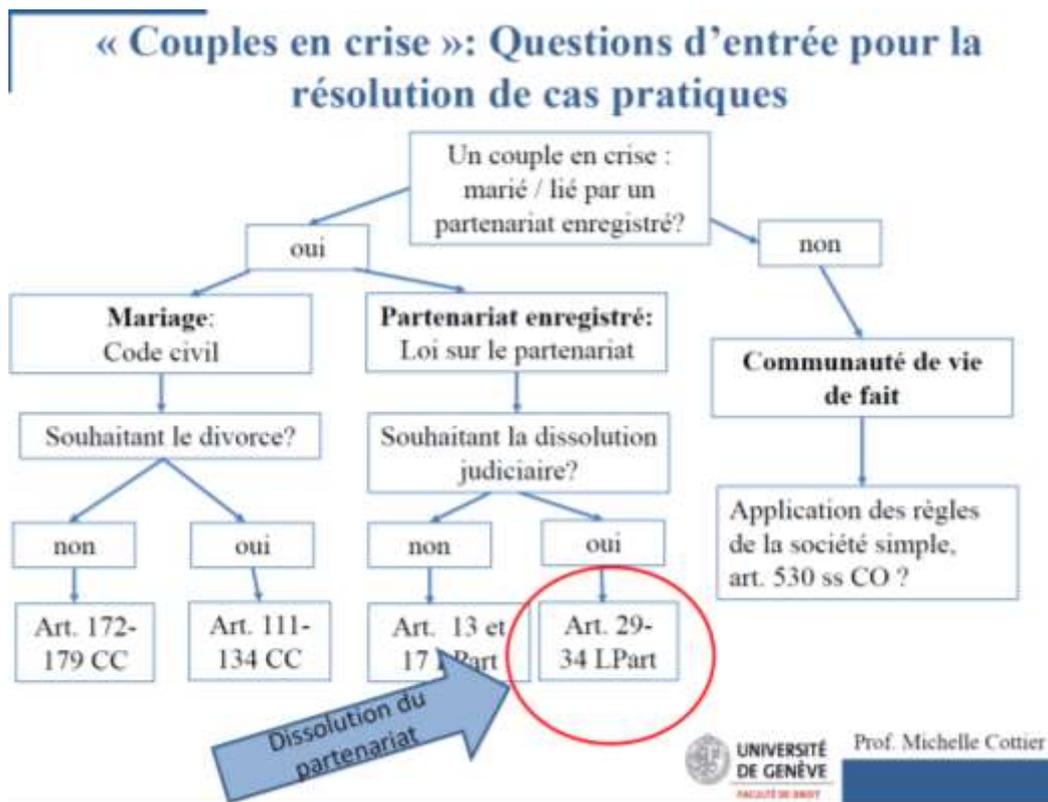
### **5.3. Attribution d'un droit d'habitation**

Si le logement de la famille est propriété d'un des époux, le juge peut prononcer l'attribution d'un droit d'habitation de durée limitée (art. 121 al. 3 CC).

Il s'agit d'un droit d'habitation au sens de l'art. 776ss CC. La durée doit être déterminé par le juge en tenant compte des circonstances.

Le droit d'habitation – tout comme son exercice – est incessible et intransmissible, mais il n'est pas gratuit. L'art. 121 al. 3 prévoit une indemnité équitable ou une déduction équitable de la contribution d'entretien de l'époux propriétaire (économiquement fort).

## IV. Dissolution - B. La dissolution judiciaire du partenariat enregistré



### 1. Les causes de dissolution

Le partenariat enregistré prend fin, tout comme le mariage, en raison de la mort de l'un des partenaires (ou déclaration d'absence), de l'annulation judiciaire du partenariat (cf. cours « communautés de vie I »). Or, la loi prévoit la dissolution judiciaire du partenariat par la volonté des parties (pendant du divorce).

### 2. La procédure

#### 2.1. Dissolution sur requête commune

##### **Conditions de la dissolution sur requête commune (art. 29 LPart)**

Accord sur le principe de la dissolution du partenariat

Accord complet ou partiel sur les effets accessoires de la dissolution

- Les effets accessoires sont les mêmes que pour le divorce

## **2.2. Dissolution sur demande unilatérale**

### **Conditions de la dissolution sur demande unilatérale (art. 30 LPart):**

Absence d'accord sur le principe de la dissolution

Un an de séparation au moment du dépôt de la demande

- Une séparation de fait suffit, de sorte qu'un partenaire n'a pas besoin d'avoir préalablement requis le règlement judiciaire de la suspension de la vie commune au sens de l'art. 17 LPart.

Le délai en droit du divorce est de deux ans, art. 114 CC. En revanche, le droit de la dissolution judiciaire ne connaît pas une clause pareille à l'art. 115 CC (divorce sur demande unilatérale pour rupture du lien conjugal). Aucune circonstance ne permet donc à un partenaire enregistré d'obtenir, sans l'accord de l'autre, la dissolution du partenariat avant d'avoir vécu séparé pendant au moins douze mois.

Pour le reste, les règles du CPC relatives au divorce s'appliquent par analogie (art. 307 CPC).

### **Majeure**

La dissolution sur demande unilatérale du partenariat enregistré est régie par l'art. 30 LPart. Celui-ci prévoit que : « Un partenaire peut demander la dissolution du partenariat enregistré si, au moment du dépôt de la demande, les partenaires ont vécu séparés pendant un an au moins. » Les conditions sont ainsi une absence d'accord sur le principe de la dissolution et un an de séparation au moment du dépôt de la demande. Une séparation de fait suffit. Objectivement, les partenaires doivent s'avoir séparés, c'est-à-dire ne plus fonder une communauté de toit, de table et de lit. Subjectivement, il doit y avoir la volonté (reconnaissable pour des tiers) du partenaire demandeur de ne plus vivre en communauté.

## **3. Les effets de la dissolution**

### **3.1 Effet personnel : le nom (art. 30a LPart)**

**Principe :** la personne garde le nom choisi lors de l'enregistrement.

**Exception :** la personne peut déclarer à l'officier de l'état civil vouloir reprendre son nom de célibataire, en tout temps.

### **3.2 Partage des biens**

Différent du droit de divorce. Le principe en droit de divorce est le partage des acquêts et l'exception est la séparation des biens. En droit du partenariat enregistré, le principe est la séparation des biens. Le régime de partage des acquêts peut être convenu par un contrat.

A l'entrée en vigueur de la LPart, le législateur partait de l'idée de deux partenaires **économiquement indépendants**, en l'absence d'enfants communs (cf. aussi art. 28 LPart). Changement avec la réforme du droit de l'adoption (entrée en vigueur le 1er janvier 2018) : nouvelle possibilité de l'adoption de l'enfant du / de la partenaire (cf. infra).

*Principe :* pas de partage des biens (art. 18 LPart).

*Par convention:* les partenaires peuvent convenir que les biens seront partagés conformément aux règles sur la participation aux acquêts (art. 196 à 219 CC; art. 25 al. 1 LPart).

### **3.3 Contribution d'entretien**

En principe, la loi prévoit l'**indépendance économique** des partenaires après la dissolution (*clean break*, art. 34 al. 1 LPart).

### **Exception : contribution d'entretien**

Deux circonstances peuvent cependant justifier l'allocation de contributions d'entretien :

#### **1. Conséquences de la répartition des tâches (art. 34 al. 2 LPart)**

Il peut arriver que les partenaires soient convenus d'une répartition « traditionnelle » des tâches au sein du couple et que l'un d'entre eux ait par conséquent diminué son temps de travail ou ait même abandonné son activité professionnelle durant la vie commune. La conséquence de cette décision doit alors être assumée par les deux partenaires, à l'instar de ce que la jurisprudence retient pour les couples divorcés. Celui qui est resté au foyer peut alors demander une contribution d'entretien équitable à son ex-partenaire jusqu'au moment où il sera en mesure d'assumer lui-même son entretien grâce à une activité lucrative.

#### **2. Principe de la solidarité (art. 34 al. 3 LPart).**

3. En outre, un partenaire peut demander une contribution d'entretien équitable lorsqu'il tombe dans le dénuement en raison de la dissolution du partenariat enregistré et que le versement de la contribution peut être raisonnablement imposé à son ex—partenaire, compte tenu des circonstances.

La disposition vise notamment les situations où l'un des partenaires était malade ou invalide et ne pouvait subvenir seul à ses besoins (FF 2003 1192, 1249).

En matière des contributions d'entretien, la LPart prévoit l'application par analogie des critères de l'art. 125 al. 2 et 3, et 126 à 134 CC, concernant notamment la prise en charge des enfants communs. (cf. l'art. 34 al. 4 LPart).

### **3.4 Succession (art. 31 LPart)**

Analogie au droit du divorce : les partenaires cessent d'être héritier l'un de l'autre dès le prononcé de la dissolution. Ils perdent aussi « tous les avantages résultant de dispositions pour cause de mort faites avant l'ouverture de la procédure en dissolution ».

### **3.5 Logement commun (art. 32 LPart)**

Analogie au droit du divorce.

Le juge peut attribuer le logement à l'un ou l'une des partenaires en présence de justes motifs (santé ou présence d'enfants par exemple).

Protection accordée au bailleur: le partenaire qui n'est plus locataire répond solidairement du loyer pendant une durée déterminée.

Droit d'habitation (expression du principe de solidarité)

### **Majeure logement locatif**

L'attribution du contrat de bail d'un appartement locatif est régie par l'art. 32 al. 1 et 2 LPart. L'art. 32 al. 1 LPart prévoit que : « Le juge peut, pour de justes motifs, attribuer à l'un des partenaires les droits et les obligations qui résultent du contrat de bail portant sur le logement commun, pour autant que cette décision puisse raisonnablement être imposée à l'autre partenaire. » La loi prévoit donc trois conditions. Premièrement, il faut qu'il s'agisse d'un domicile commun. Deuxièmement, il faut avoir des justes motifs et troisièmement l'attribution doit raisonnablement être exigible de l'autre partenaire.

### **3.6 Prévoyance professionnelle**

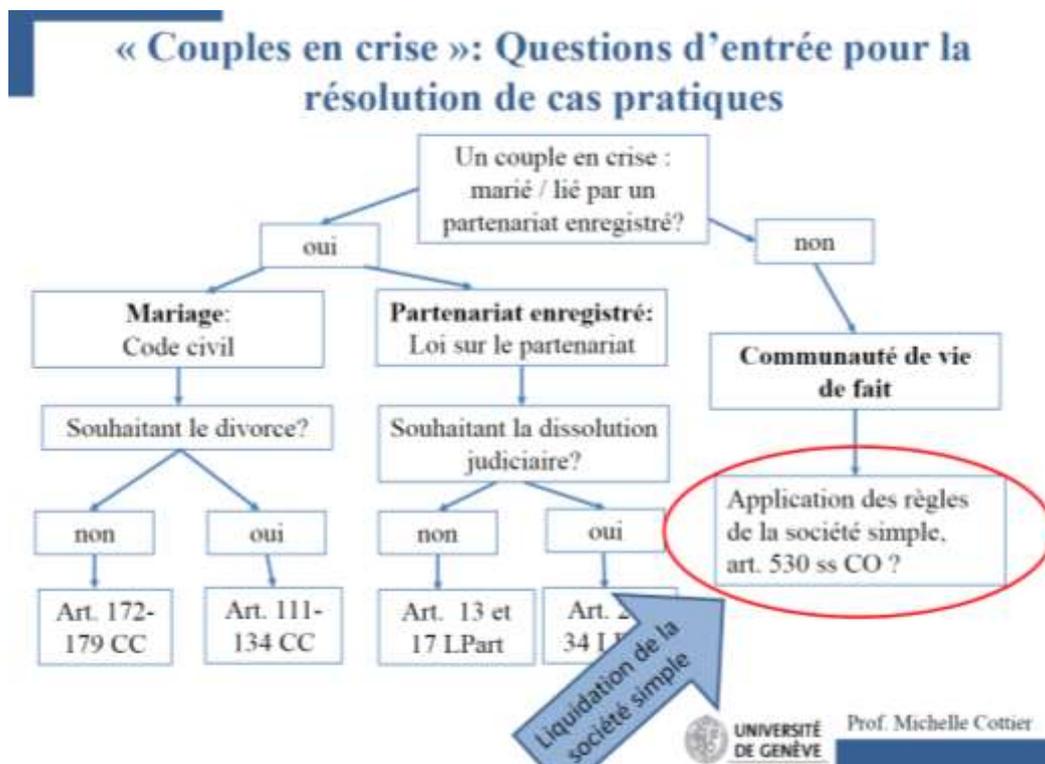
Règles analogues au divorce.

### 3.7 Sort des enfants

*Enfants communs*: nouveau droit de l'adoption: selon l'**art. 34 al. 4 LPart** application par analogie des art. 133-134 CC.

*Enfants non communs*: un droit à des relations personnelles en faveur du partenaire qui n'est pas le père ou la mère de l'enfant (27 al. 2 LPart).

## IV. Dissolution - C. La fin de la communauté de vie de fait



## 1. Généralités

### 1.1 Fin de la communauté de vie de fait

**Volonté** d'une des parties ou **accord mutuel**. Pour créer une telle communauté, il ne faut aucune intervention de la puissance publique. Il suffit de conclure un contrat (même tacitement). Il en va de même pour la séparation.

### 1.2 Base légale

Absence de dispositions légales spécifiques réglant les conditions et les effets de la dissolution de la communauté de vie de fait.

Selon la jurisprudence du TF on ne peut pas appliquer par analogie les règles concernant la liquidation du régime matrimonial.

En revanche, les partenaires peuvent conclure un contrat pour régler les aspects patrimoniaux de leur communauté.

### **1.3 Obligation d'entretien**

Absence d'obligation d'entretien (cf. arrêt TF 4A\_441/2007 du 17 janvier 2008/n° III/19).

### **1.4 Engagements contractuels ?**

Possibilité de conclure un **contrat de concubinage** régissant expressément les rapports patrimoniaux.

En cas d'absence de disposition contractuelle expresse, application selon les circonstances des règles relatives à :

- La société simple
- Le contrat de travail
- Le contrat de prêt
- Le contrat de mandat
- etc.

## **2. L'application des règles de la société simple**

La société simple est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent d'unir leurs efforts ou leurs ressources en vue d'atteindre un but commun. Il y a donc trois conditions. L'existence d'un contrat de société simple doit être démontré dans chaque cas d'espèce pour un concubinage. En règle générale, on admettra une société simple en cas de concubinage stable. En cas de concubinage simple, le TF admet une société simple avec retenue.

### **2.1. Conditions**

#### **A. Manifestation de volontés réciproques et concordantes**

Un contrat suppose des manifestations de volontés réciproques et concordantes (art. 1 al. 1 et 530 CO), qui peuvent être expresse ou tacite (art. 1 al. 2 CO). En cas de concubinage, il s'agit généralement d'un accord tacite, par actes concluants (caisse commune, répartition des tâches, etc.).

#### **B. But commun**

Le but commun définit l'étendue de la société simple (TF le déduit des faits en cause, à un impact large sur la liquidation)

**But étroit :** « Satisfaction des besoins communs dans le cadre d'une communauté domestique » (cf. l'arrêt TF 4A\_441/2007 du 17 janvier 2008/n° III/19)

**But large :** « prospérité économique de l'union » (cf. l'arrêt JT 1984 I 482 / ATF 109 II 228/n° III/18)

#### **C. Apports**

Chaque partie doit apporter qqch (art. 531 al. 1 CO)

- Argent (par ex. le salaire)
- Créances
- Biens (par ex. le logement, le mobilier)
- Industries (par ex. tenue du ménage, prise en charge des enfants)

### **2.2. Les effets de la société simple durant la vie commune**

Lorsque les concubins forment une société simple, le patrimoine social leur appartient en commun (art. 544 al. 1 CO). Cela implique que l'administration ordinaire des biens du couple peut être effectuée par chacun des concubins. L'administration extraordinaire requiert le consentement des deux concubins (art. 544 al. 1 et 3 CO). Les concubins sont solidairement responsables des engagements du couple, sauf accord contraire (art. 544 al. 3 CO). Les pouvoirs de gestion d'un des concubins peut être restreint pour des justes motifs, en application de l'art. 539 CO. Enfin, chaque concubin a le droit de se renseigner sur les affaires du couple (art. 541 al. 1 CO).

### 3. La liquidation

En général, la société simple prend fin à la séparation du couple. Elle est dès lors liquidée selon les règles de l'art. 549 al. 1 CO.

Chacun des associés a en principe droit à une part équivalente du **bénéfice** de la société simple (art. 533 al. 1, 549 al. 1 CO). « Si l'activité en question laisse un bénéfice, la partie qui n'a fait qu'un apport en industrie participe à la répartition. » (cf. arrêt JT 1984 précité/n° III/18)

- Les partenaires ont un droit égal à la masse de bénéfice qui reste
- L'étendue du but commun détermine la masse à liquider.
  - P. ex. famille avec trois enfants. But est la prospérité de l'unité familiale. Madame est passionnée de la navigation à voile. Elle a un bateau qu'elle utilise souvent. Monsieur n'a jamais fait de la navigation dans sa vie et ne sait même pas nager. En conséquence, il convient de conclure que le bateau est étranger au but commun et n'entre donc pas dans la masse à liquider de la société simple.
- Arrêt III/18
  - TF analyse la présence d'une société simple. Il conclut à la présence d'une société simple avec un but large. Or, les apports étaient l'hôtel (biens) et Madame son travail (apport en industrie). Ainsi, Madame aura droit à la moitié des bénéfices faites pendant leur communauté
- Arrêt III/19
  - TF conclut un but étroit. Il exclut donc l'obligation d'entretien et aussi le partage du bénéfice.

Les éventuelles **pertes** sont supportées à parts égales par les associés (art. 533 al. 1, 549 al. 1 CO).

Attention : lien de connexité entre l'union et l'activité (cf. arrêt JT 1984 précité/n° III/18)

# **CHAPITRE 5 : ÉTABLISSEMENT ET CONTESTATION DE LA FILIATION (HORS ADOPTION)**

## **I. Définition et principes**

### **Définition**

La filiation est une notion polysémique, qui peut être envisagée selon la perspective biologique, psycho-sociale et juridique. Ces aspects de la notion coïncident souvent, mais pas toujours. La filiation au sens juridique est lien entre un enfant et ses parents établi par la loi. La réalité biologique joue un rôle important dans l'établissement de la filiation juridique. Ainsi, la mère juridique est la femme qui a donné naissance à l'enfant (art. 252 al. 1 CC).

### **Principes**

En droit suisse, on part de la prémisse que le père et la mère juridiques sont les géniteurs de l'enfant.

### **Fondements du lien de filiation**

Filiation biologique et/ou la filiation psycho-sociale.

### **Filiation biologique**

La réalité biologique joue un rôle important dans l'établissement de la filiation juridique. Ainsi, la mère juridique est la femme qui a donné naissance à l'enfant (art. 252 al. 1 CC). Il s'ensuit qu'en Suisse, la mère gestatrice, qui accouchait d'un enfant issu de l'ovule d'une autre femme devient la mère juridique. L'établissement de la filiation paternelle se base sur des faits indices (mariage avec la mère etc.), qui laissent présumer qu'un homme est le géniteur de l'enfant. Cependant, un homme peut aussi reconnaître un enfant – et ainsi devenir père juridique – sans en être le géniteur.

Le lien biologique joue un rôle décisif dans le cadre de l'établissement de la paternité par une action en justice (action en paternité, art. 261ss CC). En outre, la « vérité biologique » constitue également le critère déterminant dès qu'il existe un litige sur la paternité juridique d'un enfant, à savoir dans l'action en désaveu de paternité (art. 256ss CC) et dans l'action en contestation de la paternité (art. 260a ss CC).

### **Filiation psycho-sociale**

La filiation psycho-sociale est celle qui se construit à travers la relation effectivement vécue avec l'enfant. L'adoption en est la consécration la plus évidente. Mais, la reconnaissance d'un enfant peut aussi en résulter, dans la mesure où aucune vérification du lien biologique est nécessaire.

### **Unicité ou double lien de filiation**

Il ne peut y avoir que deux liens de filiation juridique au même temps. Dans la plupart des cas, il s'agit d'un lien de filiation maternelle et un lien de filiation paternelle. Si un lien de filiation est détruit (p. ex. action en désaveu), un autre peut être établi à sa place (p. ex. reconnaissance de l'enfant par un autre homme). En Suisse, il n'y a pas de pluri-parentalité.

## II. Contenu du droit de la filiation

### **Systematique légale**

#### **Titre septième du CC**

établissement de la filiation (art. 252 à 269c CC)

- Chapitre I à III (hors adoption)
- Chapitre IV: De l'adoption

#### **Titre huitième du CC**

effets de la filiation (art. 270 à 327c CC)

#### **Droit de la filiation ≠ droit des mineurs**

Les liens de filiation peuvent aussi être créés pour une personne majeure

## III. Sources du droit de la filiation

### **Normes juridiques de source internationale**

Convention internationale des droits de l'enfant (CDE)

- intérêt supérieur de l'enfant = considération primordiale dans toutes décisions le concernant (art. 3 § 1)
- droit d'être entendu (art. 12)
  - Mise en œuvre par le CC

Convention européenne des droits de l'homme (**CEDH**)

- droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8)
- interdiction de la discrimination (art. 14, en lien avec l'art. 8)

### **Normes supérieures du droit suisse**

Constitution fédérale (Cst.)

- protection des enfants et des jeunes (art. 11 Cst.)
- bien de l'enfant = droit de rang constitutionnel et principe fondamental

### **Lois fédérales**

Code civil (CC)

Loi sur la procréation médicalement assistée (LPMA)

- dernières modifications entrées en vigueur au 1.9.2017

### **Normes de rang inférieur**

Ordonnance sur l'état civil (OEC)

Ordonnance sur l'adoption (OAdo)

## IV. Règles principales du droit de la filiation

ETABLISSEMENT ET CONTESTATION DE LA FILIATION		
<u>Filiation</u>	<u>Établissement</u>	<u>Contestation</u>
Maternelle	<b>de par la loi</b> (art. 252 CC) et enregistrement à l'Etat civil (art. 7 al. 2 lit. a et l. 8 lit. e, l et o, 9 al. 1 OEC)	aucune action
Paternelle	<b>1. de par la loi</b> Présomptions (art. 255, 257 CC) et enregistrement (art. 7 al. 2 lit. a et l. 8 lit. e, l et o, 9 al. 1 OEC)	<b>action en désaveu</b> (art. 256 ss CC) (art. 8 lit. o OEC)
	<b>2. reconnaissance</b> Déclaration unilatérale (art. 260 / 259 CC) et enregistrement (art. 7 al. 2 lit. f et l. 8 lit. l et o, 11, 21 al. 2 OEC)	<b>action en contestation de la reconnaissance</b> (art. 260a ss / 259 CC) (art. 8 lit. o OEC)
	<b>3. action en recherche de paternité</b> (art. 261 ss CC) et enregistrement (art. 7 al. 2 lit. l, 8 lit. l et o OEC)	aucune action
Maternelle et/ou paternelle	<b>Adoption</b> Décision de l'autorité (art. 264 ss CC) et enregistrement (art. 7 al. 2 lit. l et m, 8 lit. m et o OEC)	<b>action en annulation de l'adoption</b> (art. 269 ss CC) (art. 8 lit. o OEC)
Enfant trouvé	<b>Filiation inconnue</b> Inscription au registre des naissances (art. 7 al. 2 lit. a et b, 10 et 38 OEC) et mise sous tutelle (art. 327a CC)	

### 1. Etablissement du lien de filiation

#### 1.1. Filiation maternelle

Selon l'art. 252 al. 1 CC, la filiation maternelle découle de la naissance (*mater semper certa est*). Au regard du droit suisse, la femme qui a donné naissance à l'enfant (mère gestatrice) est nécessairement la mère juridique, quand bien même elle ne serait pas la mère génétique. La filiation maternelle existe déjà, de manière conditionnelle, dès la conception jusqu'à la naissance de l'enfant vivant (art. 31 al. 2 CC). Si l'enfant est mort-né, le lien de filiation juridique est considéré comme n'ayant jamais existé.

Un couple qui a eu recours à une mère gestatrice à l'étranger doit, d'après le TF, utiliser la voie d'adoption pour créer un lien juridique avec ses enfants (ATF 141 III 328). Si les cas de recours à des mères gestatrices à l'étranger peuvent amener à des solutions insupportables, le lien de filiation (paternel) peut être inscrit sur base de l'art. 8 CEDH (cf. arrêt IV/15 - ATF 141 III 312).

L'art. 28 LPart interdit l'adoption conjointe de partenaires enregistrés. En revanche, l'art. 264c CC, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2018, à une personne d'adopter l'enfant de son partenaire enregistré ou de la personne avec laquelle elle mène de fait une vie de couple, après trois ans de vie de couple.

La filiation maternelle est la condition nécessaire pour l'établissement de la filiation paternelle (sauf en cas d'adoption). En effet, le fait que la mère soit mariée au moment de la naissance de l'enfant permet d'établir automatiquement la paternité (présomption de paternité du mari, art. 255 CC). Si la mère n'est pas mariée quand elle met l'enfant au monde, la filiation paternelle ne peut alors être établie que par une reconnaissance du père ou par une action judiciaire.

La filiation maternelle doit faire l'objet d'une déclaration à l'état civil dans les trois jours qui suivent la naissance de l'enfant (art. 35 al. 1 OEC).

En cas d'enfant trouvé (cf. *infra*) une action en maternité n'est pas directement prévue par la loi. Elle est néanmoins ouverte comme action en contestation positive (art. 88 CPC).

## 1.2. Filiation paternelle

L'art. 252 al. 2 CC pose le principe que la filiation paternelle peut découler du mariage avec la mère de l'enfant, d'une reconnaissance ou d'un jugement.

Il ne peut y avoir qu'un seul lien de paternité, sous réserve d'un homme qui adopte l'enfant de son partenaire enregistré ou son concubin de plus de trois ans (art. 264c CC).

## 1.3. La présomption de paternité

À l'art 255 CC, le droit suisse instaure une présomption de paternité du mari de la mère (*pater is est, quem nuptiae demonstrant*). La présomption découle directement de la loi, peu importe qu'elle coïncide avec la réalité biologique ou pas. La présomption est réfragable par une action en désaveu (art. 256ss CC).

Les al. 1 à 3 de l'art. 255 visent des hypothèses différentes, qui aboutissent toutes à une paternité automatique du père, qui ne peut être écarté que par une action ultérieure :

<i>255 I</i>	<i>255 II &amp; III</i>	<i>255 II, 2e hyp.</i>
I _____	I _____	I.....
mariage	décès du mari danger de mort/ dern. nouvelles + 300 jours	décès du mari > 300 jours (si <b>preuve</b> de la conception pendant le mariage)

### **Al. 1 : L'enfant né durant le mariage**

Si la naissance de l'enfant intervient pendant le mariage, du jour de sa célébration au jour de sa dissolution, le père juridique de l'enfant est automatiquement le mari de la mère (art. 255 al. 1 CC). En revanche, l'enfant né le lendemain du jour du divorce n'est plus présumé être l'enfant de l'ex-mari. Il suffit que le mariage existe formellement. Peu importe que la vie commune des époux soit suspendue. Cette disposition **n'est pas** appliquée par analogie à un concubinage stable.

### **Al. 2 et 3 : L'enfant né dans les 300 jours suivant le décès du mari**

Visé aussi la disparition en danger de mort, voire ses dernière nouvelles si le mari a été déclaré absent au sens des art. 35ss CC. La présomption s'applique même si elle est très peu probable (p. ex. enfant né après presque 300 jours, mais en stade de développement de nettement moins).

### **Al. 2 *in fine* : L'enfant né après les 300 jours suivant le décès du mari, mais conçu par le mari**

Cette preuve doit être apportée dans le cadre d'une action en constatation positive de la paternité, voire d'une action en rectification de l'état civil (art. 42 CC). Très improbable en pratique.

## **A. La présomption de paternité prime la reconnaissance**

Parmi les modes d'établissement de la filiation paternelle, la présomption de paternité liée au mariage avec la mère constitue la règle prioritaire qui l'emporte sur les autres. Une éventuelle reconnaissance de l'enfant pendant la grossesse, même du père génétique, serait mise à néant par la présomption. L'action en désaveu n'étant pas ouverte à des tiers, l'auteur de la reconnaissance n'a aucun moyen juridique pour contester le lien de filiation.

## **B. Conflit de présomptions**

Si la mère s'est remariée suite au décès de son premier mari, le second mari est présumé être le père (art. 257 CC, qui règle le conflit des présomptions). Si la présomption de paternité du second mari est écartée à l'issue d'une action en désaveu, le premier mari (décédé) devient alors automatiquement le père juridique de l'enfant (qui, lui, devient par conséquent héritier légal).

Il n'y a pas d'assimilation avec la déclaration d'absence. Un père déclaré absent ne « redevient » donc pas père si la présomption en faveur du deuxième mari est écartée.

## **C. Présomption de paternité et annulation du mariage (art. 109 CC)**

En principe, l'annulation du mariage est sans effet sur la présomption de paternité du mari de la mère (art. 109 al. 1 CC).

Il y a cependant une exception pour des raisons de politique migratoire. L'annulation du mariage contracté pour éluder les dispositions sur l'admission et le séjour des étrangers selon l'art. 105 ch. 4 CC (art. 109 al. 3 CC)

### **1.4. La reconnaissance**

La reconnaissance de l'enfant est régie par l'art. 260 CC, complété par l'art. 11 OEC. Ces dispositions prévoient que lorsque le rapport de filiation existe seulement avec la mère, le père peut reconnaître l'enfant.

Pour qu'une reconnaissance soit possible, il faut d'une part, que l'enfant ait déjà un lien de filiation maternelle et, d'autre part, qu'il soit dépourvu de filiation paternelle (Arrêt IV/1 - ATF 107 II 403). Il s'ensuit que la reconnaissance est exclue si la mère est mariée au moment de la naissance, puisque le mari devient père juridique par présomption (sous réserve d'une action en désaveu). La reconnaissance d'un enfant n'est soumise à aucun délai. Elle peut intervenir à n'importe quel moment de la vie de l'enfant, qu'il soit mineur ou majeur. La reconnaissance peut intervenir avant la naissance. Dans ce cas, elle déploie ses effets sous conditions que l'enfant naisse vivant et que la mère ne se marie pas avant l'accouchement. En revanche, une reconnaissance « conditionnelle » pendant qu'il y a encore un autre père légal, qui devra prendre effet lorsque ce lien de paternité est écarté, n'est pas possible (Arrêt IV/1 - ATF 107 II 403).

La reconnaissance peut être faite par tout homme capable de discernement. Si l'auteur de la reconnaissance est mineur ou sous CPG, le consentement écrit (art. 11 al. 4 OEC) du représentant légal est cependant nécessaire (droit strictement personnel improprement dit).

Le droit de reconnaître un enfant est d'ailleurs un droit strictement personnel (malgré le texte erroné de l'art. 11 al. 4 OEC) non-sujet à représentation. Il ne peut donc pas être exercé par un représentant. Le seul moyen d'établir la paternité d'un homme incapable de discernement est de l'intenter contre lui une action en paternité (art. 261 CC).

La forme de la reconnaissance est réglée par l'art. 260 al. 3 CC.

La reconnaissance ne doit pas correspondre à la « vérité biologique » (reconnaissance de complaisance). Elle est cependant exclue lorsqu'il a été constaté, par jugement entré en force, que le déclarant n'est pas le père biologique (arrêt IV/2 – ATF 122 III 99).

La reconnaissance est un acte juridique formateur irrévocable (sauf en cas de reconnaissance par testament, cf. art. 509 CC).

Le lien de filiation établi par la reconnaissance a un effet rétroactif au moment de la naissance de l'enfant, même si elle intervient que bien des années plus tardes (cf. notamment l'arrêt IV/4, qui affirme cela en relation avec des contributions d'entretien [pas forcements exigibles pour tout ce temps, cf. suite du cours]).

## Conditions (résumé)

Filiation maternelle établie (art. 260 al. 1 CC)

Capacité de discernement (art. 16 CC)

- Consentement du représentant légal
  - mineurs, majeurs sous curatelle de portée générale ou décision de l'APA (art. 260 al. 2 CC et 11 al. 4 OEC)

Forme (art. 260 al. 3 CC)

- déclaration devant l'officier de l'état civil
- testament (art. 498 ss CC)
- devant le juge saisi d'une action en paternité

### 1.5. Action en recherche de la paternité

Lorsque la mère n'est pas mariée au moment de la naissance et qu'aucun homme n'a reconnu l'enfant, la mère et l'enfant peuvent recourir en justice pour faire établir la paternité du géniteur de l'enfant. Il s'agit d'une action formatrice, qui crée – si elle aboutit – un lien de paternité entre le défendeur et l'enfant.

L'absence de reconnaissance peut se produire si le père putatif ne veut pas reconnaître l'enfant ou ne peut pas le faire. Ce dernier cas est notamment celui du mineur de moins de 16 ans (limite de la capacité de discernement pour la reconnaissance de l'enfant) ou toute autre personne incapable de discernement (maladie mentale, coma). Or, c'est le cas du mineur de plus que 16 ans, dont le représentant refuse la reconnaissance.

Dans un premier temps, on examine les conditions de forme. Dans un deuxième temps, en analyse les conditions de fond.

**Condition préalable :** lien de filiation maternelle établi, mais aucun lien de filiation paternelle

#### **A. Conditions de forme**

Qualité pour agir : mère et enfant (art. 261 al. 1 CC)

Qualité pour défendre : père putatif (art. 261 al. 2 CC) ou ses descendants

#### **Capacité pour agir**

La mère mineure ou sous CPG capable de discernement peut agir seule, sans l'accord de son représentant légal, puisque le droit d'intenter l'action en paternité est un droit strictement personnel proprement dit (art. 19c al. 1 CC). Le représentant légal de la mère incapable de discernement peut agir en son nom (droit strictement personnel sujet à représentation ; art. 19c al. 2 CC).

Si la mère n'intente pas une action en paternité, l'action de l'enfant est souvent (pour ne pas dire toujours) intentée de l'office, par le biais d'un curateur (art. 308 al. 2 CC). Ceci même si la mère ne souhaite explicitement pas établir le lien de filiation paternelle (arrêt IV/16 consid. 2.1). Le curateur (ou tuteur, art. 327a CC) doit en principe tout entreprendre en vue de faire établir la filiation paternelle de l'enfant. Si l'établissement du lien de filiation semble contraire à l'intérêt de l'enfant, on nomme quand même un curateur, mais ce dernier peut renoncer à intenter l'action (arrêt IV/16 consid. 3.2).

#### **B. Délais (font en principe partie des conditions de forme / de recevabilité)**

*Délais* de péremption (art. 263 al. 1 ch. 1-2 et al. 2 CC). Différents pour la mère et l'enfant.

En principe, délais de péremption, qui ne peuvent donc pas être suspendu, interrompu, ni prolongé. Cependant, la loi prévoit la restitution pour justes motifs (art. 263 al. 3 CC, cf. arrêts IV/14, SJ 2013 I 505, et arrêt IV/17, SJ 2017 I 424). La restitution pour justes motifs joue un rôle important en pratique. Dès que les justes motifs sont réalisés, il faut réagir dans le mois qui suit.

Arrêt IV/14, SJ 2013 I 505

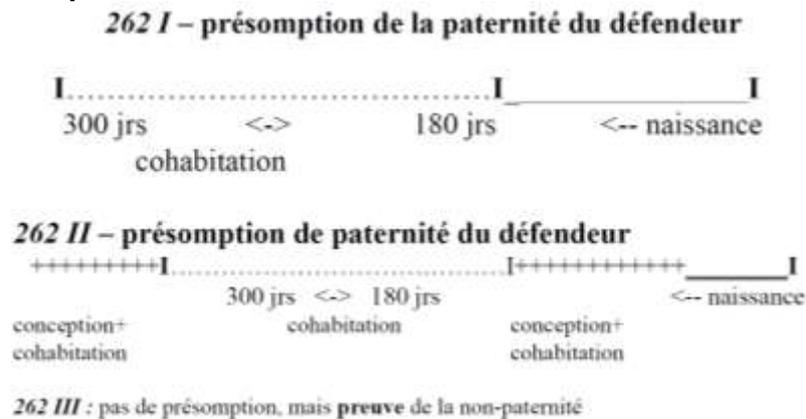
- reprend la jurisprudence de l'action en désaveu et en contestation de la reconnaissance. En l'espèce, la restitution du délai était confirmée, car des nouveaux faits étaient disponibles (test ADN, certifié par une instance juridique). À la lumière de la difficulté procédurale, le TF admet que l'action introduite 7 semaines après la réception de l'analyse ADN est intervenue en temps utile.

Arrêt IV/17, SJ 2017 I 424

- Est en particulier un juste motif le fait que l'enfant majeur ne puisse prouver l'identité de son géniteur que par analyse génétique qui ne peut être obtenue qu'à la suite d'une procédure longue et complexe. En revanche, le simple fait de ne pas savoir qu'il n'y a pas un lien de filiation n'est pas un juste motif, car il est facile d'entreprendre la vérification nécessaire.

### C. Conditions de fond

#### Systeme de présomptions de l'art. 262 CC



Dans l'action en paternité, la partie demanderesse bénéficie d'un système de présomptions favorisant l'établissement de la paternité du défendeur. Les présomptions sont fondées sur la cohabitation du père putatif avec la mère. Il faut que la mère prouve la cohabitation. Par le mot « cohabitation », le législateur visait toute relation sexuelle entre un homme et une femme. La vraisemblance de cohabitation suffit.

Les maximes inquisitoires et d'office s'appliquent à l'action en paternité (art. 296 CPC). Le juge établit donc d'office les faits et apprécie librement les preuves. Il n'est pas lié par les allégations, ni les conclusions des parties.

La cohabitation entre le 300<sup>e</sup> et le 180<sup>e</sup> jour (période légale) précédant la naissance doit être prouvée par la partie demanderesse. La durée effective de la grossesse n'importe pas pour cette présomption. Donc même la naissance d'un grand prématuré, né manifestement avant le 180<sup>e</sup> jour de grossesse, peut fonder la présomption qu'un homme qui cohabitait avec la mère pendant la période légale est le père. Il n'importe pas si la partie demanderesse a cohabité avec plusieurs personnes pendant la période légale.

L'alinéa 2 vise le cas, fort improbable, que la conception a eu lieu hors de la période légale et que le père putatif et la mère aient cohabités au moment de la conception. Dans ce cas, il faut prouver le moment de la conception, ainsi que la cohabitation à ce moment.

La présomption de paternité naît donc de la preuve de la cohabitation (+ conception, al. 2) pendant la période légale de conception, sous réserve que la présomption soit renversée. La présomption est le fondement d'un jugement en paternité, qui est en principe définitif (sauf révision en cas de faits nouveaux).

#### Renversement de la présomption

L'art. 262 al. 3 CC permet au défendeur de renverser la présomption de paternité tirée de sa

cohabitation avec la mère s'il parvient de prouver « que sa paternité est exclue ou moins vraisemblable que celle d'un tiers ». Le juge n'écartera la présomption que si le défendeur établit avec une probabilité proche de la certitude qu'il n'est pas le père. Les moyens de preuve sont les mêmes que dans une action en désaveu ou une action en contestation de la reconnaissance (cf. *infra*).

### Preuve directe de la paternité

La preuve directe de la paternité est nécessaire seulement si le demandeur ne parvient pas à faire naître la présomption fondée sur la cohabitation pendant la période légale de conception ou si le défendeur réussit à la faire cesser (art. 262 al. 3 CC). La preuve directe est normalement apportée par une analyse ADN. L'art. 296 al. 2 CPC oblige les personnes concernées à subir une telle analyse. Le juge peut même ordonner l'exécution forcée de l'analyse (cf. notamment l'arrêt IV/18 - ATF 143 III 624).

**Tableau pour la détermination de la période légale de conception, extrait de :  
HEGNAUER, Commentaire bernois, ad art. 262 CC, p. 392**

*Tabelle zur Bestimmung der gesetzlichen Empfängniszeit. 1 = Geburtstag, 2 = erster, 3 = letzter Tag der Empfängniszeit (vgl. im übrigen N 49).*

1	2	3	1	2	3	1	2	3	1	2	3	1	2	3	1	2	3	1	2	3	1	2	3				
Jan.	März	Juli	Febr.	April	Aug.	März	Juni	Sept.	Mai	Juli	Nov.	Juni	Aug.	Dec.	Juli	Okt.	Febr.	Sept.	Nov.	März	Okt.	Dec.	April	Dec.	Febr.	Juni	
1	7	5	13	19	17	28	1	29	8	12	9	20	24	22	31	4	1	12	16	16	25	29	28	6	9	9	
2	8	6	14	20	18	29	2	30	9	13	10	21	25	23	Aug.	5	2	13	17	17	26	30	29	7	10	10	
3	9	7	15	21	19			Okt.	10	14	11	22	26	24	1	6	3	14	18	18	27	31	30	8	11	11	
4	10	8	16	22	20	30	3	1	11	15	12	23	27	25	2	7	4	15	19	19				9	12	12	
5	11	9	17	23	21	31	4	2	12	16	13	24	28	26	3	8	5	16	20	20	28	1	1	10	13	13	
6	12	10	18	24	22	April			13	17	14	25	29	27	4	9	6	17	21	21	29	2	2	11	14	14	
7	13	11	19	25	23	1	5	3	14	18	15	26	30	28	5	10	7	18	22	22	30	3	3	12	15	15	
8	14	12	20	26	24	2	6	4	15	19	16	27	31	29	6	11	8	19	23	23	31	4	4	13	16	16	
9	15	13	21	27	25	3	7	5	16	20	17			Sept.	7	12	9	20	24	24	Nov.			14	17	17	
10	16	14	22	28	26	4	8	6	17	21	18	28	1	30	8	13	10	21	25	25	1	5	5	15	18	18	
11	17	15	23	29	27	5	9	7	18	22	19	29	2	31	9	14	11	22	26	26	2	6	6	16	19	19	
12	18	16	24	30	28	6	10	8	19	23	20	30	3	Jan.	10	15	12	23	27	27	3	7	7	17	20	20	
13	19	17				7	11	9	20	24	21	31	4	1	11	16	13	24	28	28	4	8	8	18	21	21	
14	20	18	25	1	29	8	12	10	21	25	22			Juli	12	17	14	25	29	29	5	9	9	19	22	22	
15	21	19	26	2	30	9	13	11	22	26	23	1	4	2	13	18	15	26	30	30	6	10	10	20	23	23	
16	22	20	27	3	31	10	14	12	23	27	24	2	5	3	14	19	16			Dec.	7	11	11	21	24	24	
17	23	21				11	15	13	24	28	25	3	6	4	15	20	17	27	1	31	8	12	12	22	25	25	
18	24	22	28	4	1	12	16	14	25	29	26	4	7	5	16	21	18	28	1	April	9	13	13	23	26	26	
19	25	23				13	17	15	26	30	27	5	8	6	17	22	19	29	2	1	10	14	14	24	27	27	
20	26	24	1	5	2	14	18	16	27	31	28	6	9	7	18	23	20	30	3	2	11	15	15	25	28	28	
21	27	25	2	6	3	15	19	17			Aug.	7	10	8	19	24	21	31	3	3	12	16	16				
22	28	26	3	7	4	16	20	18	28	1	29	8	11	9	20	25	22	Okt.	4		13	17	17	26	1	29	
23	29	27	4	8	5	17	21	19	29	2	30	9	12	10	21	26	23	1		4	14	18	18	27	2	30	
24	30	28	5	9	6	18	22	20			Dec.	10	13	11	22	27	24	2	5	5	15	19	19				
25	31	29	6	10	7	19	23	21	30	3	1	11	14	12	23	28	25	3	6	6	16	20	20	28	3	1	
			7	11	8	20	24	22	31	4	2	12	15	13	24	29	26	4	7	7	17	21	21	29	4	3	
26	1	30	8	12	9	21	25	23			Jan.	13	16	14	25	30	27	5	8	8	18	22	22	30	5	3	
27	2	31	9	13	10	22	26	24	1	5	3	14	17	15	26	31	28	6	9	9	19	23	23	31	6	4	
			10	14	11	23	27	25	2	6	4	15	18	16	27	32	29	7	10	10	20	24	24				
28	3	1	11	15	12	24	28	26	3	7	5	16	19	17			Nov.	8	11	11	21	25	25				
29	4	2	12	16	13	25	29	27	4	8	6	17	20	18	28	1	1	9	12	12	22	26	26				
30	5	3	13	17	14	26	30	28	5	9	7	18	21	19	29	2	2	10	13	13	23	27	27				
31	6	4	14	18	15				6	10	8	19	22	20	30	3	3	11	14	14	24	28	28				
			15	19	16	27	1	29	7	11	9	20	23	21	31	4	4	12	15	15	25	29	29				
Febr.	1	7	5	16	20	28	2	30	8	12	10	21	24	22			Sept.	13	16	16	26	30	30				
2	8	6	17	21	18	29	3	31	9	13	11	22	25	23	1	5	5	14	17	17	27	31	31				
3	9	7	18	22	19			Nov.	10	14	12	23	26	24	2	6	6	15	18	18			Febr.	Juni			
4	10	8	19	23	20	30	4	1	11	15	13	24	27	25	3	7	7	16	19	19	28	1	1				
5	11	9	20	24	21			Mai	12	16	14	25	28	26	4	8	8	17	20	20	29	2	2				
6	12	10	21	25	22	1	5	2	13	17	15	26	29	27	5	9	9	18	21	21	30	3	3				
7	13	11	22	26	23	2	6	3	14	18	16	27	30	28	6	10	10	19	22	22			Dec.				
8	14	12	23	27	24	3	7	4	15	19	17			Okt.	7	11	11	20	23	23	1	4	4				
9	15	13	24	28	25	4	8	5	16	20	18	28	1	29	8	12	12	21	24	24	2	5	5				
10	16	14	25	29	26	5	9	6	17	21	19	29	2	30	9	13	13	22	25	25	3	6	6				
11	17	15	26	30	27	6	10	7	18	22	20	30	3	31	10	14	14	23	26	26	4	7	7				
12	18	16	27	31	28	7	11	8	19	23	21				11	15	15	24	27	27	5	8	8				

## 1.6. Filiation maternelle et paternelle - Adoption

Art. 252 III et 264 ss CC

Cf. suite du cours

## 2. Contestation du lien de filiation

### 2.1. Introduction et formes de contestation

## A. Filiation maternelle

La filiation maternelle est établie par la naissance. Il n'y a pas d'action judiciaire extinctive. En cas de substitution de nouveau né, il faut intenter l'action de l'art. 42 CC en rectification des données du RC.

## B. Filiation paternelle

Il faut tenir compte de l'intérêt de l'enfant d'avoir un père juridique, et l'intérêt d'un homme qui n'est pas le père biologique de ne pas être tenu comme tel. L'action à choisir pour rompre le lien de filiation paternelle dépend de la manière dont le lien a été établi.

Établissement de la filiation	Moyen de rompre la filiation
Art. 255 et 257 CC	⇒ action en <b>désaveu</b> (art. 256ss CC)
Art. 260 CC	⇒ action en <b>contestat</b> ion de la reconnaissance (art. 260a ss, 259 II et III CC)
Art. 261 ss CC	⇒ action en <b>paternité</b> définitive (sous réserve de l'action en révision)

## C. Filiation maternelle et paternelle : adoption

Action en annulation de l'adoption (art. 269ss CC)

### 2.2. Action en désaveu

C'est la procédure à envisager (uniquement) en cas de lien de filiation paternelle fondé sur le mariage avec la mère (art. 255 et 257 CC). L'action vise un jugement qui rompt le lien de filiation. La procédure tend à démontrer que le mari n'est pas le père biologique ou que la présomption ne peut pas entrer en ligne de compte. L'action en désaveu est régie par les art. 256 à 256c, ainsi que 258 CC (for : 25 CPC).

**Distinction avec l'art. 42 CC :** L'art. 42 CC (action en rectification de l'état civil) permet à toute personne intéressée de constater l'inexistence de l'une des conditions de présomption de paternité et d'ordonner par conséquent la rectification ou la radiation des données litigieuses. On n'attaque donc pas la présomption de paternité (« vérité biologique »), mais les conditions de son existence. La partie demanderesse devait donc établir, par exemple, que l'enfant n'est pas né pendant le mariage ou qu'il est né après l'expiration du délai de 300 jours après le mort du mari.

### A. Conditions de recevabilité (forme)

#### Qualité pour agir

Personne qui est devenu père juridique sur base de la présomption de l'art. 255 CC (et 257 CC), c'est-à-dire le mari de la mère au moment de la naissance (art. 256 al. 1 ch. 1 CC)

- Peu importe qu'ils sont encore mariés ou pas au moment de l'introduction de l'action
- exception (art. 256 al. 3 CC), s'il a consenti à la conception par un tiers (consentement à une relation adultère ne suffit pas)

Père et mère du mari (art. 258 al. 1 CC)

- « Lorsque le mari est décédé ou devenu incapable de discernement avant l'expiration du délai ». En revanche, si le mari a laissé expirer le délai, ses parents ne peuvent pas agir à sa place.
- Pour le délai, l'art. 258 al. 2 renvoie aux dispositions sur l'action du mari, c'est-à-dire à l'art. 256c CC.
- Le point du départ du délai relatif change cependant : « lorsque le père ou la mère a appris le décès ou l'incapacité de discernement du mari ».

L'enfant si la vie commune des époux a pris fin pendant sa minorité (art. 256 al. 1 ch. 2 CC)

- Une simple séparation de fait suffit. Il faut toutefois qu'une reprise de la vie commune n'est pas envisagée, ni envisageable.
- La séparation après que l'enfant a atteint sa majorité ne procure pas la qualité pour agir.
- La mère ne peut pas agir au nom de l'enfant en se prévalent de son rôle de représentant légal
- Exception : l'enfant conçu grâce à un don de sperme respectant le cadre fixé par la LPMA ne peut pas contester le lien de filiation établi à l'égard du mari de sa mère (art. 23 al. 1 LPMA par renvoi de l'art. 256 al. 3 CC). Cette exception ne s'applique pas en cas de conception par un tiers de manière « naturelle ».

Le père biologique n'a pas la qualité pour agir. Le seul moyen qu'ont le père biologique et la mère est de signaler l'état de fait à l'autorité de protection de l'enfant, dans l'espoir que celle-ci nomme un curateur et intente l'action au nom de l'enfant. Si l'autorité refuse de nommer un curateur, ils peuvent recourir devant le juge, à condition de défendre l'intérêt de l'enfant (art. 450 CC)

#### **Qualité pour défendre (art. 256 al. 2 CC)**

- action de l'enfant contre le mari et la mère
- action du mari ou de ses parents contre la mère et l'enfant (consortité nécessaire)

#### **B. Capacité pour agir**

**Du mari :** Le droit d'agir en désaveu est, pour le mari, un droit strictement personnel proprement dit, sujet à représentation. Si le mari est sous CPG, mais capable de discernement, il peut donc décider seul d'intenter l'action. S'il est incapable de discernement, son représentant légal (curateur de portée générale), voire un curateur spécifiquement nommé pour cet effet, peut intenter l'action en son nom.

**De l'enfant :** Le droit d'intenter une action en désaveu étant un droit strictement personnel proprement dit (art. 19c al. 1 CC), l'enfant capable de discernement peut l'intenter seul. L'âge limite de capacité de discernement a été retenu à 12 ou bien 14 ans par la doctrine. Si l'enfant n'est pas capable de discernement, l'action doit être intentée par un curateur nommé par l'autorité de protection de l'enfant (art. 306 al. 2 CC). Les parents, détenteurs de l'autorité parentale (principalement donc la mère), ne peuvent pas agir en désaveu au nom et pour le compte de l'enfant (conflit d'intérêts, art. 306 al. 3 CC). L'autorité tient compte de l'intérêt de l'enfant (en comparant sa situation avec et sans le désaveu) pour décider si elle nomme un curateur et intente l'action. L'autorité de protection tient compte des « conséquences d'ordre tant psycho-social que matériel, par exemple la perte du droit à l'entretien et des expectatives successorales ; il ne sera pas dans l'intérêt de l'enfant d'introduire une telle action lorsqu'il est incertain que le mineur puisse avoir un autre père légal, lorsque la contribution d'entretien serait notablement moindre, lorsque la relation étroite entre l'enfant et ses frères et sœurs serait sérieusement perturbée et lorsqu'il n'y a pas lieu d'admettre que l'enfant serait en mesure d'entretenir une relation positive sur le plan socio-psychique avec son géniteur » (arrêt IV/9 - TF 5A\_128/2009 du 22 juin 2009, consid. 2.3) Cf. aussi l'arrêt IV/13 qui répète les mêmes conditions pour nommer un représentant.

#### **C. Délais pour agir**

Les délais sont prévus par l'art. 256c CC. Il s'agit de délais de **péremption**.

#### **Action du père (art. 256c al. 1 CC)**

Si le père n'a pas cohabité avec la mère ou sait certainement qu'il est stérile, le délai relatif commence à couler lorsque le père apprend la naissance de l'enfant. Autrement, il commence

à courir dès que le père sait que sa paternité est exclue (p. ex. caractères raciaux de l'enfant que les parents ne possèdent pas). Le délai relatif court également dès que le mari apprend qu'un tiers a cohabité avec la mère à l'époque de la conception. Il suffit que la mère lui indique avoir eu une relation sexuelle avec un tiers ou qu'il soit possible que l'enfant ne soit pas de lui. De simples doutes ou craintes ne suffisent en revanche pas pour déclencher le délai, aussi longtemps que les circonstances n'exigent pas du mari qu'il clarifie la situation. (arrêt IV/12 – TF 5A\_240/2011 consid. 2). En revanche, le mari doit prouver le moment où il a appris des faits lui permettant de douter sa paternité de manière certaine. Le délai absolu est de 5 ans.

#### **Action de l'enfant (art. 256c al. 2 CC)**

Jusqu'au 19<sup>e</sup> anniversaire.

#### **Action des parents (art. 258 CC)**

Comme pour le mari, toutefois, le *dies ad quo* est le jour où le parent a appris le décès ou l'incapacité de discernement du mari.

#### **Restitution pour justes motifs**

Par exemple si le mari n'avait aucune raison de douter sa paternité avant. Suite à la survenance des justes motifs, l'action doit être introduite avec toute célérité, c'est-à-dire dans le mois qui suit (cf. Arrêt IV/11, ATF 136 III 593, concernant la contestation de la reconnaissance).

Arrêt IV/6, ATF 132 III 1

- Le TF rappelle qu'il y a « de justes motifs lorsque le mari n'avait aucune raison suffisante de douter de sa paternité, de simples doutes qui ne reposent pas sur des indices concrets ne permettant pas de fonder l'action » (renvoyant à l'arrêt IV/3 quant à l'art. 260c al. 3 CC). Le TF rappelle que des simples doutes ne permettent pas de motiver une action en justice. Cela justifie la restitution des délais pour justes motifs dans le cas où le mari apprend ultérieurement qu'il n'est pas le père biologique. Or, « [I]l incombe au demandeur d'agir avec toute la célérité possible dès que la cause du retard a pris fin ». En l'espèce l'action a été introduit environ un mois plus tard, ce qui est suffisant (cf. l'arrêt IV/11 qui consacre définitivement le délai d'un mois, concernant la contestation de la reconnaissance, en citant cet arrêt-ci).

Arrêt IV/10, TF 5A\_298/2009 du 31 août 2009)

- Ayant attendu 11 mois après la découverte qu'il n'est pas le père, le droit d'intenter une action en désaveu, même après restitution de délais est échu.

#### **D. Conditions de fond**

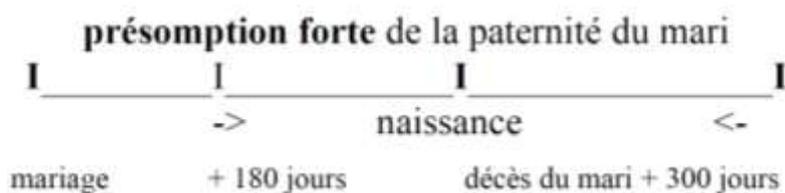
Il y a trois hypothèses :

1. Si l'enfant est né 180 jours au moins après la célébration du mariage et 300 jours au plus après sa dissolution par suite de décès, l'enfant est (fortement) présumé conçu pendant le mariage (art. 256a al. 2 CC). Le demandeur doit dans ce cas prouver la non-paternité (par un test ADN) (art. 256a al. 1 CC).
2. L'enfant est né moins de 180 jours après la célébration du mariage ou plus de 300 jours après sa dissolution (art. 256a al. 2 CC *a contrario*) : le demandeur doit simplement prouver l'un de ces deux faits.
3. L'enfant a été conçu avant la célébration la célébration du mariage ou à une époque où la vie commune des époux était suspendue (art. 256b al. 1 CC) : le demandeur doit prouver simplement que le moment de la conception est antérieur au mariage, ou qu'il coïncide

avec une période de suspension de la vie commune des époux.

Dans les hypothèses 2 et 3, la présomption est faible (preuve facilitée) en ce sens que le demandeur n'a pas à apporter la preuve directe de non-paternité. Il peut se borner à établir l'une des circonstances prévues par ces deux hypothèses. En revanche, la partie défenderesse peut se borner également à rendre vraisemblable que le mari a cohabité avec la mère à l'époque de conception pour faire renaître la présomption forte (art. 256b al. 2 CC), nécessitant donc une preuve directe de non-paternité.

### ***Action en désaveu: conditions de fond art. 256a I et II***

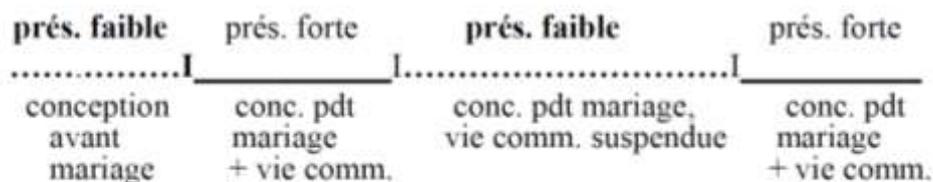


-> **preuve de la non-paternité du mari**

sous réserve de la preuve de la conception avant le mariage: art. 256b I

### ***Action en désaveu: conditions de fond art. 256b I et II CC***

#### **256b I**



**prés. faible -> preuve de la conception avant le mariage  
ou pendant la suspension de la vie commune**

#### **256b II**

= si hyp. 256b I + vraisemblance de cohabitation à l'époque de la conception = **présomption forte: 256a I p. a.**

-> **preuve de la non-paternité du mari**

#### **E. Effets**

Si l'action aboutit, la filiation paternelle s'éteint, de même que tous ses effets (droit de cité, nom, autorité parentale, vocation successorale et obligation d'entretien). Pour la restitution des éventuelles prestations d'entretien déjà versés, cf. arrêt IV/4 (par analogie, puisqu'il s'agit d'un cas de contestation de la reconnaissance).

#### **2.3. Contestation de la reconnaissance**

L'action en contestation de la reconnaissance tend à mettre à néant le rapport de filiation paternelle créé par la reconnaissance. Le demandeur à l'action conteste dans ce cadre la paternité biologique de l'auteur de la reconnaissance et non les conditions de la reconnaissance.

## **A. Conditions de recevabilité (forme)**

### **Qualité pour agir**

« Tout intéressé » (art. 260a al. 1 CC)

- notamment la mère, qui ne peut pas se prononcer sur une reconnaissance.
- L'enfant (et ses descendants, s'il est décédé)
- Les communes, en cas des reconnaissances abusives. L'intérêt digne de protection des communes d'origine et de domicile résulte, pour la première, de l'obligation d'admettre en son sein un citoyen ayant obtenu le droit de cité de manière abusive et, pour la seconde, de l'obligation de fournir des prestations d'assistance à la mère et à l'enfant en raison du droit de séjour que la première tire de la nationalité du second. (Arrêt IV/18 - ATF 143 III 624)
- Toute autre personne qui peut faire valoir un intérêt digne de protection (p. ex. les autres enfants de l'auteur de la reconnaissance, ou bien l'homme qui prétend être le véritable père biologique)

Conditions plus strictes si l'auteur de la reconnaissance a épousé la mère de l'enfant (avant ou après la reconnaissance)

- L'art. 259 al. 2 ch. 1 à 4 prévoit les règles spéciales pour ce cas de figure.

Conditions plus strictes pour l'auteur de la reconnaissance même (art. 260a al. 2 CC)

- La reconnaissance constitue un acte formateur irrévocable, sur lequel l'auteur ne peut revenir que si sa volonté était viciée, ce qu'il doit prouver.
- Soit, l'auteur devait croire – à tort ou à raison – qu'un danger imminent le menaçait lui-même ou ses proches dans sa vie, sa santé, son honneur ou ses biens. Le danger ou la menace doit avoir un lien de causalité avec la reconnaissance.
- Soit l'auteur était dans l'erreur en ce qui concerne sa paternité. L'erreur doit être déterminant (causale) par rapport à la reconnaissance. C'est-à-dire que si l'auteur avait eu connaissance de son erreur, il n'aurait pas reconnu l'enfant. Le simple fait que l'auteur sache que la mère a cohabité avec d'autres hommes ne constitue pas un motif suffisant. Or l'erreur doit être excusable.

### **Qualité pour défendre (art. 260a al. 3 CC)**

- action de l'enfant contre l'auteur
- action de l'auteur contre l'enfant
- action d'un tiers contre l'auteur et l'enfant

## **B. Délais**

### **Délais de péremption (art. 260c CC)**

#### **Délais différents selon le demandeur**

Tiers (notamment mère) : Le délai relatif est d'une année à partir du moment où ils ont appris la reconnaissance et le fait que son auteur n'est pas le père biologique de l'enfant ou qu'un autre homme a cohabité avec la mère à l'époque de la conception. Le délai absolu de cinq ans court depuis la reconnaissance (lendemain du décès du testateur en cas de reconnaissance par testament).

Auteur de la reconnaissance : une année à partir du jour où il a découvert son erreur ou le jour où la menace a été écartée. Le délai absolu de cinq ans subsiste.

Enfant : L'enfant peut agir dans tous les cas jusqu'à l'âge de 19 ans révolus (art. 260c al. 2 CC). S'il a été reconnu après avoir atteint cet âge, il peut agir dans le même délai que les autres intéressés, soit un an (délai relatif) dès la connaissance des faits pertinents et cinq ans (délai absolu) dès la reconnaissance.

### **Restitution pour justes motifs (art. 260c al. 3 CC)**

Arrêts IV/3, TF 5C.130/2003 du 14.10.2003

- Constituent de tels motifs le fait pour le demandeur de n'avoir pas eu de raison suffisante (éléments de fait) pour avoir des doutes sérieux quant à sa paternité. En revanche, l'erreur n'est pas déterminante si l'intéressé a reconnu l'enfant en sachant ou en pouvant compter avec le fait que la mère avait des relations avec des tiers au moment déterminant.
- Il est possible d'admettre néanmoins la restitution du délai lorsque l'intérêt du demandeur l'emporte très nettement sur celui de l'enfant, respectivement lorsque l'enfant lui-même est intéressé à l'aboutissement de l'action. Le besoin de faire coïncider la situation juridique avec la situation biologique, établie avec certitude par expertise, ne constitue pas un tel intérêt prépondérant

Arrêt IV/8, TF 5A\_315/2008 du 29.9.2008

- On l'espèce pas des justes motifs car le déclarant avait déjà longtemps des doutes sur sa paternité, à cause de l'absence de ressemblance et des relations multiples connues de la mère.
- Même s'il y avait des justes motifs, l'action aurait dû ensuite être introduite sans délai (en principe un mois cf. arrêt IV/11)

Arrêt IV/11, ATF 136 III 593

- Une fois que le demandeur a connaissance du motif de restitution du délai, l'art. 256c al. 3 CC ne lui accorde cependant aucun délai supplémentaire, même de courte durée ; il lui incombe ainsi d'agir avec toute la célérité possible, dès que la cause du retard a pris fin.
- Il ne faut pas que la restitution du délai c'est dans l'intérêt de l'enfant.

### **C. Conditions de fond (art. 260b CC)**

**Art. 260b al. 1 CC (contestation ordinaire) :** Le demandeur doit prouver la non-paternité de l'auteur de la reconnaissance (test ADN).

**sauf**

**Art 260b al. 2 CC (contestation facilitée) :** si les demandeurs sont la **mère ou l'enfant**, la non-paternité est présumée.

**Art. 260b al. 2 in fine CC (renversement de la présomption de non-paternité) :** Si les demandeurs sont la mère ou l'enfant, mais l'auteur de la reconnaissance peut rendre vraisemblable qu'il a cohabité avec la mère au moment de la conception. Dans ce cas, la mère et l'enfant doivent approuver la preuve de non-paternité.

L'auteur de la reconnaissance peut aussi rapporter lui-même la preuve de sa paternité, en faisant un test ADN.

### **D. Effets**

Si l'action est admise, la reconnaissance est annulée avec effet rétroactif au jour de la naissance (cf. l'arrêt IV/4). Les effets juridiques produits par la reconnaissance se trouvent ainsi anéantis. L'entrée en force du jugement annulant la reconnaissance fait partir le délai d'une année (art. 263 al. 2 CC) pour ouvrir une action en paternité fondée sur l'art. 261 CC.

## **3. Etablissement et contestation de la filiation : récapitulatif**

### **3.1. Formalités**

simples pour l'établissement de la paternité  
strictes pour imposer et contester la paternité

- actions judiciaires

### **3.2. Conditions de recevabilité (forme)**

Qualité pour agir

- Questions de représentation

Qualité pour défendre

- Questions de représentation

Délais

For (pas dans ce cours)

### **3.3. Conditions matérielles (fond)**

#### **A. Articulation des preuves et présomptions**

Définition de la présomption : permettre de tenir pour établi un fait dont l'existence n'est pas prouvée ou ne peut l'être

La preuve concerne le fait juridiquement pertinent . En matière de filiation, le fait juridiquement pertinent est la paternité biologique.

Atout de la présomption : allègement du fardeau de la preuve

#### **B. Distinguer présomption légale réfragable et irréfragable**

##### **Pour la filiation maternelle**

- présomption irréfragable = fiction
- absence d'action en contestation de la maternité

##### **Pour la filiation paternelle**

- présomptions réfragables permettant de contester la filiation
- renversement de la présomption dans le cadre d'une action

Etablissement de la filiation maternelle	Contestation de la filiation maternelle	Etablissement de la filiation paternelle	Contestation de la filiation paternelle
Établissement de par la loi (art. 252 CC)		Présomption de paternité (art. 255 et 257 CC)	Désaveu de paternité (art. 256 ss CC)
		Reconnaissance (art. 260 / 259 CC)	Action en contestation de la reconnaissance (art. 260a ss / 259 CC)
		Action en recherche de paternité (art. 261ss CC)	
Adoption (art. 264 ss CC)	Action en annulation de l'adoption (art. 269 ss CC)	Adoption (art. 264 ss CC)	Action en annulation de l'adoption (art. 269 ss CC)

UNIVERSITÉ DE GENÈVE

	Etablissement	Contestation
<b>Père marié avec la mère</b>	1. La présomption de paternité	2. Le désaveu de paternité
<b>Père non marié avec la mère</b>	3. La reconnaissance	5. La contestation de la reconnaissance
	4. Le jugement de paternité	

#### 4. Actions d'état du droit de la filiation : éléments de procédure

Dispositions communes à toutes les actions en établissement ou en contestation de la filiation.

For au domicile de l'une des parties (art. 25 CPC)

**Maximes inquisitoire et d'office** (art. 296 CPC)

Le juge doit donc établir d'office les faits pertinents (inquisitoire). Il peut faire appel à des experts (p ex. médecins ou psychologues) et demander à des travailleurs sociaux des rapports sur la situation. Les partis peuvent aussi propose des moyens de preuve. Le juge n'est pas lié par les conclusions des parties à la procédure et applique le droit d'office.

La coopération des parties et des tiers est obligatoire, au besoin sous la menace de la sanction prévue à l'art. 292 CP

**Profil ADN en procédure civile** (art. 32 al. 1 de la Loi fédérale sur l'analyse génétique humaine, LAGH ; RS 810.12)

- profil ADN uniquement sur **ordre du juge** ou **consentement écrit** de la personne concernée
- Mais les parties peuvent être contraints à collaborer, même avec le recours à la force publique (art. 296 al. 2 CPC, arrêt IV/18)

## Représentation de l'enfant mineur dans la procédure

**Mineur capable de discernement** (art. 16 CC) agit lui-même (art. 19c al. 1 et 305 al. 1 CC).

- La présomption de capacité de discernement en matière de la filiation est fixée aux alentours de **14 ans**
- Attention, la reconnaissance d'un enfant par un père mineur est soumis au consentement du représentant légal

**Représentation du mineur incapable de discernement (art. 16 CC)**

- par son représentant légal (art. 19c al. 2 CC; art. 304 al. 1 CC)
- ou par un curateur de représentation
  - conflit d'intérêts parents-enfant (art. 306 al. 2 et 3 CC)
  - un conflit d'intérêt, même virtuel pour qu'il faut de nommer un curateur légal
  - Le représentant perde son pouvoir *ex lege* s'il y a conflit d'intérêt entre lui et l'enfant.

## 5. Enfant sans filiation

### 5.1. Enfant trouvé

Définition : « [e]nfant exposé, abandonné, dont la filiation est inconnue » (art. 10 OEC)

Obligation d'**annonce** à la personne qui trouve l'enfant (art. 38 al. 1 OEC)

**Nom et prénom(s)** (art. 38 al. 2 OEC)

**Tuteur** (art. 327a CC)

Domicile de l'enfant (art. 25 al. 2 CC)

**Entretien** (art. 330 al. 1 CC)

#### **A. Caractéristiques (différentes de l'orphelin):**

Aucune filiation jamais établie

- sans filiation maternelle
  - ni présomption de paternité, ni reconnaissance, ni action en paternité

Placement en vue d'adoption

- abandon de l'enfant ≠ consentement à l'adoption

- donc décision d'abstraction du consentement nécessaire (art. 265c CC)

## B. Deux cas de figure particuliers

### 1. La « boîte à bébé »

Zone grise juridique. La professeure voit particulièrement des violations des droits de l'enfant :

Violation des droits de l'enfant

- violation du droit de l'enfant d'être immédiatement et correctement enregistré
- violation des devoirs parentaux
- violation du droit de connaître ses origines

Action en constatation de la maternité

- nécessaire à la mise en œuvre des modes d'établissement de la filiation paternelle

### 2. L'accouchement anonyme ou sous X

Possible en France et en Italie pour les femmes non-mariées.

Identité de la mère non révélée

Quid du droit de l'enfant de connaître ses origines ?

- ACEDH Godelli c. Italie du 25.9.2012
  - Italie condamnée, car pas d'équilibre des intérêts de la mère et de l'enfant.
- ACEDH de Grande Chambre Odièvre c. France du 13.2.2003
  - France a réussi à trouver un juste équilibre ayant garanti au moins l'accès à des informations non identifiantes

L'accouchement anonyme ou sous X n'est pas admis en droit suisse

- mais forme d'accouchement dans la discrétion (art. 46 al. 1 let. a OEC)
- L'enfant reçoit des informations sur sa mère à sa majorité

## 6. Action *sui generis* en connaissance des origines

Droit de connaître ses origines relève du droit fondamental à la vie privée (art. 8 CEDH).

### Titulaire

- tout enfant

### Distinguer

- Il s'agit d'un droit absolu pour l'enfant adopté majeur (art. 268c CC) et l'enfant majeur issu d'une procédure de PMA (art. 27 LPMA). Dans ce cas, il n'y a donc pas besoin d'une action *sui generis*.
- L'enfant adopté mineur et la personne issue d'une procédure de PMA qui est encore mineure ont un droit relatif à obtenir toutes les informations sur leurs géniteurs (art. 268c al. 2 CC et art. 27 al. 2 LPMA). Il faut faire valoir des intérêts légitimes
- Dans tous les autres cas, il s'agit aussi d'un droit relatif (besoin des intérêts légitimes). L'action à intenter est une action *sui generis*. Puisqu'il faut juger si le requérant a un intérêt légitime qui prime celui des parents biologiques de rester anonyme, le juge doit faire une pesée des intérêts.

### Fondement de l'action *sui generis*

**Art. 28 CC** (protection de l'identité)

Exigence d'une pesée des intérêts des parties (= droit relatif). Cela se fonde sur l'art. 28 al. 2 CC, qui prévoit qu'une atteinte à la personnalité peut être licite, si un intérêt (privé) prépondérant la justifie. La jurisprudence du TF admet très largement que l'intérêt de l'enfant

à connaître ses origines l'emporte.

### **Procédure**

Les règles des actions d'état de la filiation s'appliquent par analogie. Ainsi, le juge peut ordonner un test ADN (arrêt IV/7 – ATF134 III 241 consid. 5.3.2). Il en va de même pour la qualité pour défendre.

L'action *sui generis* peut être intenté hors des délais des actions en établissement ou contestation de la filiation.

### **Effets**

L'action *sui generis* est **indépendante** de l'action en contestation et/ou en établissement de la paternité. Les résultats de cette action n'ont aucun impact sur le lien de filiation. Ainsi, l'action *sui generis* peut être intenté hors des délais des actions en établissement ou contestation de la filiation.

Ex. : ATF 134 III 241/JT 2009 I 411 (arrêt IV/7)

- Enfant né pendant le mariage, mais qui a des raisons pertinentes de douter que le mari de la mère était son père biologique. Le TF, à l'issue d'une pesée des intérêts, décide que le recourant a le droit d'obtenir une analyse ADN de son père putatif.

## **V. Procréation médicalement assistée**

### **1. Conditions pour obtenir un traitement PMA (art. 3 à 6 LPMA)**

Conditions préalable relative au futur enfant :

- Le bien de l'enfant (art. 3 al. 1 LPMA)

Conditions préalables relatives aux parents

- Art. 3 al. 2 let .a et b LPMA
- Art. 4 al. 4 et 5 LPMA
- [lien de filiation double]
- Art. 5 let. a et b LPMA (cf. art. 119 al. 2 lit. c LPMA)

Conditions relatives à la procréation assistée

- Art. 6 LPMA : information et conseil (ev. 6a)
- Art. 6 al. 3 LPMA : délai de réflexion de 4 semaines
- Art. 5b LPMA : consentement écrit du couple
  - o Doit être renouvelé après 3 cycles de traitement
  - o Le défaut de consentement écrit est soumis à sanction pénale
  - o La LPMA prévoit plein des sanctions pénales pour assurer qu'elle soit respectée.

## **VI. Conclusion**

**Attention : le moyen de rompre le lien de filiation paternelle dépend du mode de création de ce lien**

Maternité et paternité juridiquement établies en principe destinées à durer.

Lien de filiation maternelle rompu que par l'adoption

Filiation maternelle préalable à l'établissement de la filiation paternelle

Lien de filiation paternelle rompu par l'adoption ou une action judiciaire à des conditions en général strictes

Impossibilité, tant qu'existe un lien de filiation paternelle, de créer un autre lien de filiation paternelle par une reconnaissance ou une action en paternité

Action *sui generis* en connaissance des origines indépendante des actions d'état de la filiation. En fait, le droit de connaître ses origines ne confère aucun droit d'établir ou d'écarter un lien de parenté juridique.

# CHAPITRE 6 : ADOPTION

## I. Introduction

### 1. Historique

L'**adoption** a été introduit en droit suisse le 1<sup>er</sup> janvier 1912. Il s'agissait d'une adoption simple. Le droit d'adoption a été totalement révisé en 1973. Le principe de l'adoption plénière était introduit. Par l'adoption plénière, la personne adoptée perd les liens de filiation antérieurs et acquiert un statut identique à celui d'un enfant naturel de ses parents adoptifs (cf. art. 267 al. 1 du CC actuel, qui défend toujours cette vision). La révision de 1973 prévoyait aussi le secret de l'adoption.

Modifications ponctuelles

- Convention européenne en matière d'adoption
- Révision du droit du divorce (2000)
  - adoption de l'enfant du conjoint
- CLaH et LF-CLaH (2003)
  - lien nourricier de 1 an
  - droit de connaître son ascendance

Le droit d'adoption en Suisse a subi une **refonte d'importance au 1<sup>er</sup> janvier 2018**. Elle se base notamment sur la jurisprudence de la CourEDH. En 2008, la Cour a changé sa jurisprudence, pour dire que l'interdiction d'adopter un enfant sur seule base de l'orientation sexuelle du requérant est désormais discriminatoire. Or, la CourEDH a condamné la Suisse dans l'affaire *Emonet et autres c. Suisse*, parce que le droit Suisse ne permettait pas l'adoption des enfants d'un partenaire de vie / conjoint. En effet, une adoption rompait tous les liens de filiation antérieurs, notamment celui avec la mère biologique comme il était le cas pour Mme Emonet. Par la révision, la possibilité d'adopter l'enfant du conjoint a aussi été ouvert aux partenaires enregistrés. En revanche, l'adoption conjointe est toujours réservée aux couples mariés.

### 2. Définition et principes

**Définition :** Création d'un lien de filiation en principe hors de la filiation génétique

#### **Principes**

Le fondement juridique de la création d'un lien de filiation est une décision de l'autorité compétente (art. 268 al. 1 CC).

L'adoption amène à la rupture des liens de filiation antérieurs avec un ou deux parents

L'adoption est plénière et irrévocable.

### 3. Statistiques

429 enfants adoptés en 2018

- env. 27 % par un couple marié
- env. 69 % adoption de l'enfant du conjoint
- env. 3 % adoption par une personne seule

## 4. But de la loi

Le but principal de la loi est le **bien de l'enfant** (art. 264 al. 1 CC).

C'était par exemple le critère décisif dans les arrêts V/13 et V/14.

### **Adoption par le grand frère (Arrêt V/13 - TF 5A\_619/2008 du 16 décembre 2008)**

- Demande rejetée parce que l'adoption n'était pas nécessaire pour le bien de l'enfant. En fait, le lien familial fraternel suffisait pour assurer son accueil. Or, le changement des liens familiaux (mère biologique deviendrait grand-mère juridique) amènerait à des problèmes imprévus, notamment des conflits psychologiques.

### **Adoption d'un neveu par un couple sans enfant (Arrêt V/14 - SJ 2010 I 337/ATF 135 III 80)**

- Admis, car l'enfant, qui avait 3 ans, vivait déjà depuis plus d'un an avec la famille nourricier et la rupture de ce lien nourricier serait contraire au bien de l'enfant.

« La Cour le répète avec force : dans les affaires de ce type, **l'intérêt de l'enfant doit passer avant toute autre considération** » (ACEDH *Akinnibosun c. Italie* du 16.7.2015, § 75)

## 5. Sources – Droit applicable

### 5.1. Importance de la jurisprudence de la CourEDH

**ACEDH *Schwizgebel c. Suisse*** du 10 juin 2010, qui a maintenu l'arrêt V/10 - TF 5A\_19/2006 du 5 décembre 2006.

- Le TF a refusé l'autorisation de placement pour un 2<sup>e</sup> enfant. La requérante voulait entreprendre une adoption seule. Son âge avancé et le fait qu'elle s'occupait déjà d'un premier enfant adopté et de son père âgé, à côté d'un travail, ont amène le TF à considérer que la recourant n'a pas les disponibilités requises.

**ACEDH *Emonet et autres c. Suisse*** du 13 décembre 2007

- Adoption de l'enfant par le « beau-parent de fait » = adoption coparentale (*cf. infra* Critiques de l'ancien droit, arrêt *Emonet*)
- Suite à cet arrêt le TF a rendu l'arrêt V/12 - TF 5F\_6/2008 du 18 juillet 2008.
- Adoption par le beau-père après le divorce d'avec la mère juridique - application de la jurisprudence *Emonet* ? Le TF a refusé d'élargir la jurisprudence *Emonet* à un ex-conjoint de la mère juridique (arrêt V/17 – TF 5A\_822/2010 du 13 mai 2011).

### **Droit d'adopter ?**

Question laissée ouverte (ACEDH de Grande Chambre *E.B. c. France* du 22 janvier 2008, § 46)

### **Interdiction de la discrimination**

La décision de refuser l'agrément d'adopter à cause de l'orientation sexuelle de l'adoptant est une violation des art. 8 et 14 CEDH (ACEDH de Grande Chambre *E.B. c. France* du 22 janvier 2008).

### **Existence d'une vie familiale en l'absence d'effectivité de la relation entre l'enfant et ses parents adoptifs**

Vie familiale projetée sur la base d'une décision définitive et irrévocable d'adoption (ACEDH *Pini et autres c. Roumanie* du 22 juin 2004, § 140 ss)

### Conventions internationales

**Convention relative aux droits de l'enfant** (CDE), notamment les art. 3 al. 1 et 21.

**Convention de La Haye du 29 mai 1993** sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale

- Entrée en vigueur pour la Suisse le 1<sup>er</sup> janvier 2003 (**CLaH** ; RS 0.211.221.311)

### Droit interne

**Loi fédérale** relative à la Convention de La Haye sur l'adoption et aux mesures de protection de l'enfant en cas d'adoption internationale du 22 juin 2001

- Entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2003 (**LF-CLaH** ; RS 211.221.31)

### **Code civil (art. 264ss et 316)**

- Autorité cantonale unique pour délivrer l'autorisation d'accueil et pour surveiller le placement (art. 316 al.1<sup>bis</sup> CC)
  - À Genève, le Service d'autorisation et de surveillance des lieux de placement (SASLP), rattaché à l'Office de l'enfance et de la jeunesse (OEJ) –DIP (*cf.* art. 233 al. 2 LaCC)
- Modification du 17 juin 2016 (FF 2016 4757)
  - entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2018

### **Ordonnance sur l'adoption du 29 juin 2011 (OAdo; RS 211.221.36)**

- en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2012 ;
- A engendré l'abrogation
  - de l'Ordonnance sur l'activité d'intermédiaire en vue de l'adoption (Oaiad)
  - et de la section 2a de l'Ordonnance réglant le placement d'enfants à des fins d'entretien et en vue d'adoption (OPEE)
- Cette dernière est devenue l'Ordonnance sur le placement d'enfants (OPE; RS 211.222.338)

## II. Adoption interne

On distingue l'adoption interne et l'adoption internationale. Dans le premier cas, la personne adoptée et les adoptants ont tous leur lieu de résidence en Suisse. Ce cas de figure est principalement régi par le CC. L'adoption internationale, qui intervient entre un couple ou une personne résidant habituellement en Suisse et un enfant dont la résidence habituelle se trouve à l'étranger, est régi principalement par la Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale (1993) et la loi fédérale y relative.

L'adoption interne est régie pour l'essentiel par les art. 264 à 269c CC et par l'OAdo.

### **1. Problématique de l'ancien droit (en vigueur jusqu'au 31.12. 2017)**

#### 1.1. Evolution de la société

**Statistiques** : Recul du nombre d'adoptions

- S'il y a encore adoption, c'est le plus souvent l'adoption des enfants du conjoint

LPart en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2007

- interdiction d'adopter et d'accès à la PMA (art. 28 LPart)
- conformité avec le droit international laissée ouverte *in* ATF 137 III 241, c. 5/JT 2012 I 142

Taux de divortialité élevé : stabilité liée au mariage remise en cause

## 1.2. Critiques de l'ancien droit

### **Inégalité de traitement fondée sur l'état civil**

#### **ACEDH *Emonet et autres c. Suisse* du 13 décembre 2007**

C'était un cas d'adoption de l'enfant de la partenaire de fait (adoption coparentale). B est la mère de C. B fait ménage commun avec D. D a adopté l'enfant de sa partenaire en 2001, avec l'accord de la fille et de la mère. Cela a entraîné la suppression du lien juridique entre la mère biologique et la fille, conformément au droit en vigueur à l'époque. Ceci prévoyait que tous les liens de filiation antérieurs à l'adoption seront rompus, la seule exception étant à l'égard du conjoint de l'adoptant. Pour des concubins, l'ancien droit ne prévoyait pas cette possibilité. Le TF maintenu la suppression du lien de filiation de la fille avec la mère. La famille *Emonet* a recouru à la CourEDH, qui leur a donné raison :

- le « respect de la vie familiale ... aurait exigé la prise en compte des réalités, tant biologiques que sociales, pour éviter une application mécanique et aveugle de dispositions de la loi » (§ 86), soit de l'art. 267 al. 2 aCC

La Cour a conclu à l'unanimité qu'il y a eu violation de l'art. 8 CEDH. Le TF a transposé le jugement de la CourEDH dans l'arrêt V/12 - TF 5F\_6/2008 du 18 juillet 2008. Depuis 2018, le champ de l'adoption coparentale a été étendu pour tenir compte de l'ACEDH (art. 264c CC, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2018).

Dans l'arrêt V/17 - TF 5A\_822/2010 du 13 mai 2011, le TF a refusé d'élargir la jurisprudence *Emonet* à un ex-conjoint. Le TF dit ainsi que l'adoption d'un enfant par l'ex-conjoint du parent biologique supprime forcément le lien avec celui-ci.

### **Inégalité de traitement fondée sur l'orientation sexuelle**

ACEDH de Grande Chambre X. *et autres c. Autriche* du 19.2.2013, Recueil 2013

- adoption par une femme du fils biologique de sa compagne (adoption coparentale)
  - situation juridique non comparable au mariage
    - absence de discrimination par rapport à un couple marié (unanimité)
- distinction entre les couples hétérosexuels non mariés et les couples homosexuels non mariés en matière d'adoption coparentale
  - discrimination par rapport à un couple hétérosexuel non marié (10 c. 7)

### **Conditions très strictes de l'ancien droit**

- manque de flexibilité
  - peu compatible avec la CEDH
- âge (35 ans, record européen)
- durée du mariage (5 ans)
- la question se posait si la durée du mariage est vraiment un indicateur de stabilité plus fiable que le simple concubinage
- secret de l'adoption stricte

### **Evolution législative et objectifs**

Message du 28 novembre 2014 (FF 2015 835; cf. extraits *in* Document 5, p. 7 ss)

But

- **bien de l'enfant** au centre de la décision d'adoption
  - souplesse dans l'application des conditions légales
- « élimination » des inégalités de traitement
- reconnaissance de la vie familiale *de facto*
- renforcement de la position de l'enfant
- assouplissement du secret de l'adoption

## 2. Adoption depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2018

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2018, le droit suisse consacre trois différents types d'adoption : l'adoption conjointe (réservée aux couples mariés, art. 264a CC), l'adoption par une personne seule (art. 264b CC), ainsi que l'adoption de l'enfant du partenaire de vie (art. 264c CC).

## 3. Types de requête

### 3.1. Adoption conjointe

#### Conditions cumulatives spécifiques de l'adoption conjointe (art. 264a CC)

##### 1. Ménage commun de 3 ans

- Des séjours linguistiques ou professionnels ne font pas obstacle à la réalisation de cette condition. En revanche, si la relation a été rompue, même de manière courte, le juge doit faire preuve de caution.
- La durée de 3 ans ne souffre aucune exception
- Le couple doit être marié au moment qu'il dépose la requête. Une séparation ou même un divorce au cours de la procédure n'empêche pas forcément une adoption. Le juge apprécie au cas par cas, dans l'intérêt de l'enfant (Arrêt V/5 - ATF 126 III 412)

##### 2. Âge minimal de 28 ans

- Sauf dérogation en vue du bien de l'enfant (art. 264a al. 2 CC)

##### 3. Couple doit être marié au moment du dépôt de leur demande

- L'adoption conjointe demeure réservée exclusivement aux **couples mariés**, à l'exclusion des personnes liées par un partenariat enregistré (art. 28 LPart).

### 3.2. Adoption par une personne seule

#### Conditions spécifiques de l'adoption par une personne seule (art. 264b CC)

##### Âge minimal de 28 ans

Exceptions admissibles si nécessaires pour le bien de l'enfant (art. 264b al. 4 CC). Les conditions sont identiques à l'exception en matière d'adoption conjointe.

##### En principe : personne ni mariée, ni partenariat

Exception pour la personne mariée dont l'époux souffre d'une incapacité de discernement durable, qui est absent depuis deux ans sans résidence connue ou si la séparation des corps (au sens de l'art. 117 CC) a été prononcée depuis plus de trois ans (art. 264b al. 2 CC). Cela vaut aussi pour les personnes en partenariat enregistré, avec l'exception de la séparation des corps, qui n'a pas d'équivalent pour le partenariat enregistré (art. 264b al. 3 CC).

Une séparation de fait, même avec des MPUC, ne suffit pas.

##### Exigences de capacité accrues – (art. 264 CC)

Arrêt V/4 - ATF 125 III 161 : L'adoption par une personne seule établit le lien de filiation qu'avec un seul parent. Ceci n'est pas *a priori* contraire au bien de l'enfant. Toutefois, l'adoptant doit en principe assumer seul toutes les exigences répondant aux besoins de l'enfant, à son intérêt, et être disponible pour s'en occuper dans une mesure qui dépasse celle qui est exigée de chacun des époux qui ont adopté conjointement. Aussi les aptitudes du futur parent adoptif feront-elles l'objet d'une attention particulière. Il est notamment nécessaire d'examiner de façon approfondie si le requérant est apte à éduquer l'enfant et s'il dispose du temps nécessaire à cet effet. Le TF dit que l'aptitude d'éduquer l'enfant ne suppose pas une formation pédagogique. Or, un travail à 50% est admissible.

Arrêt V/10 - TF 5A\_19/2006 du 5 décembre 2006 : Le TF a refusé l'autorisation de placement

pour un 2<sup>e</sup> enfant. La requérante voulait entreprendre une adoption seule. Son âge avancé et le fait qu'elle s'occupait déjà d'un premier enfant adopté et de son père âgé, à côté d'un travail, ont amené le TF à considérer que la recourante n'a pas les disponibilités requises.

Arrêt V/19 - TF 5A\_207/2012 du 25 avril 2012 : Refus d'autorisation de placement à un jeune chef d'étude d'avocat. L'avocat s'engageait de prendre 5 mois de congé et de ne travailler qu'à 55% pendant une année. Le TF considère cette organisation peu réaliste et refuse l'autorisation faute de disponibilité.

### **3.3. Adoption de l'enfant du conjoint**

#### **Adoption de l'enfant du conjoint ou du partenaire de droit comme de fait (art. 264c CC)**

L'ouverture de cette possibilité est la conséquence d'une évolution de la conception du bien de l'enfant. Lorsqu'une femme a eu un enfant avant de se marier et que son conjoint actuel (qui n'est pas le géniteur) souhaite établir un lien de filiation avec cet enfant, le mari devrait procéder à l'adoption de l'enfant de son conjoint et non à une reconnaissance (de complaisance) ; même si l'enfant n'a eu aucun lien de filiation paternelle. Une reconnaissance de complaisance est en soi valable, mais précaire, car elle pourrait être attaquée avec succès en vertu de l'art. 259 al. 2 CC (voire 260a CC, si pas marié, mais seulement concubins).

#### **Conditions spécifiques**

1. Ménage commun de 3 ans (art. 264c al. 2 CC).
2. Pas d'âge minimal pour les adoptants, mais l'âge peut être déterminant lors du contrôle de la personnalité de l'adoptant au sens de l'art. 268a CC.

#### **Cas de figure :**

enfant du conjoint

enfant du partenaire enregistré (art. 27a LPart)

- vie familiale *de facto*
- consolider la situation juridique de l'enfant

enfant de la personne menant de fait une vie de couple

- vie familiale *de facto*
- indépendamment de l'orientation sexuelle
  - ni l'adoptant, ni le parent ne doit être marié ou partenaire avec un tiers (art. 264c al. 3 CC)

#### **Effets**

Contrairement aux deux autres types d'adoption, l'adoption de l'enfant du partenaire de vie ne supprime pas tous les liens de filiation antérieurs, mais uniquement avec l'un des parents. L'enfant adopté conserve le lien juridique avec son parent « de référence », mais perd le lien de filiation (éventuel) avec son autre parent (art. 267 al. 3 CC).

Le TF a exclu l'application par analogie de l'art. 267 al. 3 ch. 1 à 3 CC à un ex-conjoint de la mère juridique (Arrêt V/17 - TF 5A\_822/2010 du 13 mai 2011). Ainsi, le TF a refusé d'élargir la jurisprudence *Emonet* au-delà des cas visés par l'art. 267 al. 3 CC.

## **4. Conditions (approfondie)**

### **4.1. Durée de la relation de couple**

**Durée de la relation de couple** (art. 264a et 264c CC)

3 ans de « ménage commun ». L'état civil n'est pas relevant pour la détermination de la durée

du ménage commun. Un couple marié pourra donc par exemple entamer une procédure d'adoption alors que le mariage ne remonte qu'à un an s'il a fait ménage commun pendant quelques années auparavant.

## **4.2. Quant à l'âge des adoptants et la différence d'âge entre l'enfant et les adoptants**

### **A. Âge minimal et maximal**

28 ans pour l'adoption conjointe ou par une personne seule (art. 264a et 264b CC)

- exception « si le bien de l'enfant le commande »
- L'âge minimal a donc été maintenu lors de la révision du droit de l'adoption (*contra*: LPMA)

Absence d'âge minimal pour l'adoption de l'enfant du conjoint ou du partenaire (art. 264c CC)

Il n'y a pas un âge maximale, mais les adoptants doivent avoir la capacité à prendre en charge l'enfant jusqu'à la majorité (art. 264 al. 2 CC, *cf.* principe contenu à l'art. 3 al. 2 let. b LPMA).  
Cf. cependant les limites concernant la différence d'âge ci-dessus :

### **B. Différence d'âge (art. 264d CC)**

#### **Différence d'âge minimale**

Maintenue à 16 ans. Mais exception « si le bien de l'enfant le commande »

#### **Différence d'âge maximale**

La différence d'âge ne peut dépasser 45 ans (*cf.* art. 264d al. 1 CC et art. 5 al. 4 OAdo).  
L'ordonnance prévoit une exception « si le bien de l'enfant le commande ».

- La jurisprudence concernant l'ancien droit - qui ne prévoyait pas de différence d'âge maximale – examinait la différence d'âge de cas par cas, avec toutefois une attention particulière à partir d'un écart de 40 ans (*cf.* p. ex. l'arrêt V/4)

#### **Exceptions pour le bien de l'enfant**

Ce peut être le cas si une personne veut adopter plusieurs enfants de son conjoint ou de son partenaire et que la différence d'âge entre lui et un des enfants est soit supérieure à 45 ans, soit inférieure à 16 ans. Pour que cet enfant puisse lui aussi être intégré dans la nouvelle famille et être adopté en même temps que ses frères et sœurs, il doit être possible de s'écarter de la condition de l'âge minimal ou maximal au cas par cas.

## **4.3. Conditions personnelles tenant à l'adopté**

Pour être adoptable, l'enfant doit être déjà né et vivant. L'adoption conditionnelle d'un enfant à naître n'est donc pas possible, ni l'adoption posthume d'un enfant décédé.

## **4.5. Consentement de l'enfant**

**Le consentement de l'enfant est requis**, s'il a la capacité de discernement (art. 265 al. 1 CC). La doctrine récente fixe la capacité de discernement d'un enfant quant à son adoption à 12 ans. Lorsque l'enfant est sous tutelle ou curatelle, le consentement de l'autorité de protection de l'enfant est requis, même s'il est capable de discernement (art. 265 al. 2 CC). Le droit de l'enfant de consentir est un droit strictement personnel proprement dit (art. 19c al. 1 *ab initio* CC), non sujet à représentation (art. 19c al. 2 *in fine* CC).

L'enfant incapable de discernement ne peut pas consentir à son adoption (et personne d'autre peut le faire à sa place). Cet enfant a néanmoins le **droit d'être entendu** (art. 268a<sup>bis</sup> CC.)

Un **représentant** lui est nommé si nécessaire (art. 268a<sup>ter</sup> CC).

**Prénom et nom de l'enfant (art. 267a CC ; cf. infra dias 36 et 37)**

## 4.6. Autres consentements

### **A. Consentement des parents juridiques (avant l'adoption) de l'enfant**

L'obligation d'obtenir le **consentement des parents** de l'enfant mineur est prévu à l'art. 265a CC. Cette exigence découle de leur droit de personnalité.

#### **Renoncement au consentement (art. 265c CC)**

Les conditions sous lesquelles on peut faire abstraction du consentement d'un des parents sont très strictes. On peut faire abstraction du consentement d'un des parents « lorsqu'il est inconnu, absent depuis longtemps sans résidence connue ou incapable de discernement de manière durable » (art. 265c CC). Une autorité ne saurait déclarer un parent comme inconnu uniquement par la motivation qu'il n'est pas inscrit à l'état civil (défaut de parenté juridique). S'il y a suffisamment des faits qui font preuve de l'existence d'une parenté biologique, l'autorité est tenue par le principe de la bonne foi d'aviser ce parent biologique. Cela permettrait au parent biologique d'acquiescer le droit de consentir (ou pas), en reconnaissant l'enfant (arrêt V/3 - ATF 113 la 271).

L'ancien droit – en vigueur jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2018 – permettait encore de faire abstraction du consentement d'un parent lorsqu'il ne s'est pas soucié sérieusement de l'enfant (art. 265c ch.2 aCC). La jurisprudence retient un critère objectif (lien vivant) et un critère subjectif (la volonté de créer un lien vivant).

Ne s'est pas soucié sérieusement de ses enfants le parent qui, sans marquer une indifférence totale, a manqué cependant de constance dans ses efforts, n'ayant fait que des essais de rapprochement sporadiques et brefs. Il faut tenir compte de l'attitude du parent et pas uniquement du résultat. On admettrait donc pas l'application de l'art. 265c ch. 2 aCC si un parent a sérieusement essayé d'entretenir des liens, mais des circonstances extérieures l'ont rendu impossible (cf. l'arrêt V/2 - ATF 111 II 317).

Également sur base de cet ancien article, le TF a décidé qu'un lien fortement perturbé entre un enfant et sa mère suffit pour faire abstraction, même si la mère a essayé – en vain – d'établir des bons rapports. Le TF a notamment tenu compte des vœux de l'enfant (arrêt V/6 - TF 5C.4/2001 du 26 avril 2001). En se faisant, le TF a uniquement pris en compte le lien objectif (absent en l'espèce) et a fait primer le droit de personnalité de l'enfant capable de discernement sur la volonté de la mère de créer ce lien.

Il n'est pas admissible d'assimiler l'absence de toute relation vivante à une relation mauvaise ou fortement perturbée lorsque le parent en question a été empêché, pour des motifs qui ne relèvent pas de sa sphère de responsabilité, de nouer une telle relation (*in casu*, la mère lui a fait croire que l'enfant était mort-né) (Arrêt V/8 - TF 5C.165/2003 du 30 septembre 2003).

La jurisprudence peut toujours être appliquée, malgré l'abolition de l'alinéa, sous l'angle de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC).

Le droit de consentir ou, au contraire, de s'opposer à l'adoption constitue un droit strictement personnel, proprement dit et non sujet à représentation.

**Modalités du consentement des père et mère de l'enfant :** Peut être « à blanc » ou en faveur d'adoptants déterminés. Peut être soumise à des conditions, qui peuvent porter uniquement sur le bien de l'enfant.

**Moment du consentement :** Cf. art. 256b CC

### **B. Consentement de l'APE**

L'APE doit donner son consentement si l'enfant, capable ou incapable de discernement, est sous tutelle « ou curatelle » (art. 265 al. 2 CC).

Ceci est en principe le cas pendant la procédure d'adoption, à cause de l'art. 312 ch. 2 CC.

Si dans un canton l'APE est aussi l'autorité compétente pour l'adoption (p. ex. à Neuchâtel), le consentement fait partie de la décision d'adoption. Dans le cas contraire l'APE ne vérifie que le bien de l'enfant (personnel et économique), sans vérifier les conditions d'adoption.

#### **4.7. Le lien nourricier**

L'adoption ne peut être prononcée que lorsque les futurs parents ont fourni des soins à l'enfant et pourvu à son éducation pendant au moins un an (art. 264 al. 1 CC). Toute adoption doit, par conséquent, être précédée d'un placement qui permet d'établir **le lien nourricier d'un an**. Condition impérative de l'adoption, cette mesure constitue une justification de l'établissement ultérieur d'un lien de filiation, un délai d'épreuve pour les intéressés, ainsi qu'une occasion et un moyen de s'assurer que l'adoption servira au bien de l'enfant (arrêt V/4 - ATF 125 III 161). Un placement couronné de succès constitue une justification autonome de l'adoption. Un rejet de la requête d'adoption après le placement n'entre en considération que dans des cas particulièrement graves (arrêt V/14 - SJ 2010 I 337/ATF 135 III 80).

La durée de ce lien ne peut pas être réduite et l'an entier doit être écoulé au moment de l'adoption. Il n'est pas nécessaire que l'an entier se déroule en un seul tenant, mais des vacances isolées ne suffisent pas, même si la durée totale est supérieure à un an (ATF 111 II 230, cons. 3). Dans le cas d'une adoption conjointe, le lien nourricier doit durer un an à l'égard de chacun des époux. Des interruptions courtes (vacances, séjours professionnels etc.) n'interrompent pas la formation du lien nourricier. Même en cas de séparation de longue durée, le défaut de communauté domestique pourra être compensé par l'intensité, la fréquence et la régularité des relations personnelles entretenues (p. ex. si un des conjoints habite ailleurs mais visite souvent) (Arrêt V/5 - ATF 126 III 412).

#### **4.8. Bien de l'enfant**

Le principe essentiel qui sous-tend l'adoption est le **bien de l'enfant** (art. 264 CC et art. 3 OAdo). L'analyse doit se faire selon tous les points de vue (affectif, intellectuel et physique), en se gardant d'attribuer un poids excessif au facteur matériel (cf. arrêts V/4 et V/10).

Le bien de l'enfant fait partie de l'enquête lors de l'autorisation de placement (art. 4ss OAdo) et lors de l'enquête finale exigée par l'art. 268a CC.

#### **4.9. Aptitude des parents**

Réglé par l'art. 5 OAdo.

Une formation pédagogique n'est pas requise (Arrêt V/4 - ATF 125 III 161)

L'adoptant doit avoir la capacité de discernement au moment du dépôt de la requête. Le plein exercice des droits civils n'est pas forcément requis. L'adoption est un droit strictement personnel non sujet à représentation.

La perte de la capacité de discernement pendant la procédure, ni même la mort, met forcément fin à une procédure d'adoption (art. 268 al. 3 CC).

#### **4.10. Lien de parenté existant**

L'existence d'un lien de parenté antérieur n'est pas en soi un empêchement

##### **Arrêt V/13 - TF 5A\_619/2008 du 16 décembre 2008**

L'existence d'un lien de parenté préexistant entre l'adoptant et l'adopté n'est pas en soi un empêchement à l'adoption ; celle-ci rompt en effet tous les liens de filiation antérieurs et les remplace par un nouveau lien de filiation ou de parenté. Toutefois, du point de vue du bien de l'enfant, un tel changement des liens au sein de la famille ne doit pas être décidé à la légère mais doit faire l'objet d'une attention particulière L'adoption entre frères et sœurs est possible,

le fait qu'elle serve au bien de l'enfant ne devant toutefois être admis que dans des circonstances exceptionnelles.

#### **Arrêt V/15 - JT 2010 I 483 (ATF 136 III 423)**

L'adoption d'un enfant apparenté est en principe admise. Elle présente toutefois des circonstances extraordinaires dont l'appréciation est soumise **au seul critère du bien de l'enfant** ; une telle requête d'adoption doit être examinée avec une attention particulière. Il faut notamment se demander s'il est dans l'intérêt de l'enfant de carrément supprimer le lien juridique avec les parents biologiques, au lieu de simplement transférer l'autorité parentale. **Il faut en principe refuser l'adoption, si l'enfant a encore un lien avec les parents biologiques**, à cause du potentiel du conflit.

- Cependant : Selon la doctrine et la jurisprudence, une adoption peut se révéler dans l'intérêt de l'enfant lorsque la mère biologique, respectivement le père biologique, eu égard à son jeune âge ou son état mental, n'est absolument pas capable de nouer une relation sociale et psychique normale avec son enfant,
- Dans le cas d'espèce, le TF a dit que l'adoption n'est pas dans l'intérêt de l'enfant

#### **4.11. Liste des conditions générales de l'adoption**

1.	Art. 264d al. 1 CC : écart des âges
2.	Art. 265 al. 1 CC : consentement de l'enfant <ul style="list-style-type: none"> <li>- Enfant capable de discernement à partir de 12 ans (jurisprudence récente)</li> <li>- L'enfant doit être entendu personnellement (art. 268a<sup>bis</sup> CC)</li> </ul>
3.	Art. 265 al. 2 CC : consentement de l'APE <ul style="list-style-type: none"> <li>- Représentant procédural (art. 268a<sup>ter</sup> CC). N'est pas forcément nommé.</li> </ul>
4.	Art. 265a CC : Consentement du père et de la mère de l'enfant <ul style="list-style-type: none"> <li>- Pas lié à l'autorité parentale</li> </ul> <p>Modalités du consentement dans les art. 265a à 265d CC</p> <p>Notamment art. 265c CC concernant la possibilité de faire abstraction du consentement</p>
5.	Art. 264 al. 1 CC : <ul style="list-style-type: none"> <li>- 1 an de lien nourricier</li> </ul>
6.	Nouvelle condition depuis 1 <sup>er</sup> janvier 2018 Art. 264 al. 1 CC <ul style="list-style-type: none"> <li>- Aptitude de prendre en charge jusqu'à la majorité (notamment âge des adoptants)</li> </ul>
7.	Art. 264 al. 1 <i>in fine</i> CC <ul style="list-style-type: none"> <li>- Art. 268a<sup>quater</sup> CC (autres enfants doivent être entendus)</li> </ul>
8.	Art. 264 al. 1 CC <ul style="list-style-type: none"> <li>- Bien de l'enfant</li> <li>- Dernière condition, car les autres prennent déjà largement en compte le bien de l'enfant</li> </ul>

### **5. Cas particulier : Adoption des personnes majeures (art. 266 CC)**

L'art. 266 CC prévoit une procédure d'adoption d'une personne majeure.

La révision du droit de l'adoption – entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2018 – a facilité la démarche.

La condition d'absence de descendance a été supprimée et la durée de vie commune a été réduite de 5 ans à 1 an.

#### **3 Conditions**

## 1. Majorité du futur adopté

## 2. Un an de communauté domestique

Soit durant la minorité de la personne faisant l'objet d'une demande d'adoption (art. 266 al. 1 ch. 2 CC), soit pendant la majorité (art. 266 al. 1 ch. 1 et 3 CC).

Arrêt V/1 – ATF 106 II 6 : La notion de communauté domestique implique une vie en commun sous le même toit, avec des contacts quotidiens et continus. Des séjours de fin de semaine ne suffisent pas. Or, même des très justes motifs ne sauraient guérir l'absence de vie commune, qui est une condition nécessaire.

Arrêt V/11 - TF 5C.296/2006 du 23 octobre 2007 : Même si une relation étroite et une solidarité au quotidien pourraient aussi naître autrement que par le partage du toit et de la table, la communauté domestique est nécessaire. Or, le fait d'habiter dans le même logement dans des appartements différents ne suffit pas (interprétation stricte de communauté domestique)

## 3. Relation particulièrement solide et étroite liant l'adoptant et l'adopté (art. 266 al. 1 ch. 1 à 3 CC)

Al. 1 ch. 1 : Adoptants fournissent des soins à la personne adoptée qui a besoin d'assistance permanente

Al. 1 ch. 2 : Un an de communauté domestique **pendant la minorité** suffit

Al. 1 ch. 3 : Justes motifs

- Arrêt V/20 - TF 5A\_126/2013 du 13 juin 2013 : Les liens affectifs unissant le ou les adoptant(s) et l'adopté doivent en effet être suffisamment étroits pour que leur relation puisse être assimilée à une filiation naturelle. La relation liant les protagonistes doit être perçue et vécue par eux comme une relation de nature filiale. Le fait que les parents adoptifs aient assuré directement et personnellement une assistance importante et des soins à l'adopté ou inversement peut en particulier parler en faveur de l'existence d'un tel lien. Une relation personnelle étroite n'est à elle seule pas suffisante. Des motivations purement successorales, fiscales ou relevant du droit d'établissement ne constituent pas un juste motif à l'adoption d'un majeur. Cependant, un tel souci n'exclut pas non plus qu'il y ait un lien de nature filial.
- Arrêt V/21 - TF 5A\_636/2018 du 8 octobre 2018 : Afin de qualifier en tant que lien filial, la relation doit notamment être plus étroite que celle qui lie habituellement une tante et son neveu.

## Autres éléments

**Art. 264ss CC par analogie, sauf les art. 265a ss CC (consentement du parent)**

**Opinion des personnes concernées (art. 268a<sup>quater</sup> CC)**

D'après l'art. 268 al. 4 CC, « [l]orsque l'enfant devient majeur après le dépôt de la requête, les dispositions sur l'adoption de mineurs restent applicables si les conditions étaient réalisées auparavant ». C'est-à-dire que le cas spécial prévu à l'art. 266 CC ne s'applique pas dans ce cas-là. Seulement l'exigence de l'accord des parents naturels tombe (art. 256a ss CC).

## 6. Procédure

### Phase 1 - La préparation de l'accueil

Toute personne résidant habituellement en Suisse qui veut accueillir un enfant en vue d'adoption doit être au bénéfice d'une **autorisation** délivrée par l'autorité cantonale compétente (art. 316 al. 1 et 1<sup>bis</sup> CC et art. 4 OAdo)

L'autorité mène donc une enquête en vue de la décision d'**agrément** (cf. art. 6 OAdo et art. 5 al. 1 OAdo). L'art. 5 OAdo décrit les exigences de manière détaillée :

- Conditions en matière d'aptitude (art. 5 al. 2 OAdo)
- Exigences plus élevées dans certaines circonstances, par exemple lorsque l'enfant est atteint dans sa santé ou a déjà plus que 4 ans (art. 5 al. 3 OAdo),
- Si la différence d'âge entre un adoptant et l'enfant est de plus que 45 ans, l'OAdo rappelle la présomption d'inaptitude. Celle-ci est réfragable exceptionnellement (art. 264d CC et 5 al. 4 OAdo)
- Conditions supplémentaires en cas d'adoption internationale (art. 5 al. 2 let. d ch. 2 et 5 OAdo)

Lorsque l'autorité constate que les conditions de l'art. 5 OAdo sont remplies, elle émette une décision d'agrément. Celle-ci est valable trois ans, mais il doit indiquer spécifiquement l'Etat d'origine de l'enfant, son âge minimum et son âge maximum (art. 6 OAdo). L'agrément est nécessaire pour obtenir une autorisation d'accueillir un enfant déterminé (art. 7 OAdo).

L'enquête en vue de l'agrément n'est pas la même que celle de l'art. 268a CC, qui intervient à la fin de la procédure.

#### **Arrêt V/14 - SJ 2010 I 337/ATF 135 III 80**

L'autorisation de placement en vue d'adoption n'est accordée que lorsque - selon l'enquête menée par l'autorité cantonale compétente - il n'existe aucun empêchement légal s'opposant à la future adoption et que l'ensemble des circonstances, notamment les mobiles des futurs parents adoptifs, permettent de prévoir que l'adoption servira au bien de l'enfant. L'autorisation de placement en vue d'adoption par l'autorité crée une certaine confiance, si bien qu'un refus ultérieur de l'adoption n'entre en compte que dans des situations graves, notamment en cas de changement des circonstances qui ont permis d'autoriser le placement.

### **Phase 2 – Insertion de l'enfant dans sa future famille**

Durée d'un an (cf. art. 264 CC)

Enfant entretenu par ses futurs parents adoptifs (art. 294 al. 2 CC)

Adoption en blanc

- retrait de l'autorité parentale (art. 312 ch. 2 CC)
- tuteur (art. 327a CC)

But de l'intervention des autorités

- surveillance et soutien de la famille
- obligations d'informer (art. 9 OAdo)
- surveillance (art. 10 OAdo)

### **Phase 3 – Dépôt de la requête et enquête**

Enquête (art. 268a CC)

Toutes les conditions doivent être remplies, dont les consentements

- de l'enfant capable de discernement (art. 265 al. 1 CC)
- des parents de l'enfant, détenteurs ou non de l'autorité parentale (art. 265a al. 1 CC)
- de l'APE, si enfant sous tutelle ou curatelle (art. 265 al. 2 CC)

Conditions pour faire abstraction du consentement d'un des parents (art. 265c CC)

- impossibilité objective (ch. 1)
- le parent « ne s'est pas soucié sérieusement de l'enfant » (art. 265c ch. 2 aCC)
  - o supprimé au 1<sup>er</sup> janvier 2018
  - o réserve de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC)

**Fin de la procédure :** prononcé de l'adoption ou rarement échec

## 7. Effets de l'adoption

### 7.1. Adoption plénière

L'effet primaire de l'adoption est l'établissement d'un lien de filiation entre l'adopté et ses parents adoptifs (art. 267 al. 1 CC). L'adoption est plénière et irrévocable, c'est-à-dire que l'enfant adopté devient parent et allié des membres de la nouvelle famille (art. 20 et 21 CC). Les liens de filiation antérieurs sont rompus (art. 267 al. 2 CC)

Exception

- En cas d'adoption de l'enfant du conjoint et du partenaire de droit ou de fait, le lien de filiation avec le parent « de référence » (partenaire de l'adoptant) est maintenu (art. 267 al. 3 CC).
- L'adoption ne supprime pas les empêchements au mariage (art. 95 al. 2 CC)

### 7.2. Nom (art. 267a CC) et droit de cité (art. 267b CC)

#### A. Nom

**Nom** selon les dispositions relatives aux effets de la filiation (art. 267a al. 2 CC)

- changement de nom de plein droit
- exception : l'enfant majeur peut adresser une requête à l'autorité qui prononce l'adoption de garder son nom. L'enfant majeur devrait faire valoir des motifs légitimes (art. 267a al. 3 CC). Cependant, la seule volonté de vouloir garder son nom constitue un motif légitime, car elle témoigne du lien étroit entre le nom et la personnalité. Ainsi, l'enfant majeur a en réalité le libre choix de garder son nom antérieur.
- Arrêt V/16 - SJ 2011 I 369/ATF 137 III 97
  - Dans cet arrêt, le TF dit que le souhait de l'adulte adopté de continuer à porter son nom de famille d'origine peut constituer un juste motif selon l'art. 30 al. 1 CC, car cela démontre un lien étroit entre son nom et sa personnalité. L'art. 267a al. 3 CC consacre cette jurisprudence dans la loi depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2018. Il suffit désormais de demander l'autorité compétente de l'adoption (et plus intenter l'action de l'art. 30 al. 1 CC).
- controverse sur le consentement de l'enfant mineur dès 12 ans (art. 270b CC, cf. renvoi de l'art. 267a al. 2 CC). Doit l'enfant consentir ?
  - D'après la professeure, le consentement est requis en cas adoption de l'enfant du conjoint/ partenaire.
  - Dans les autres cas (adoption conjointe et adoption par une personne seule), la professeure dit qu'il faut raisonner comme pour une personne majeure.

#### **Prénom (art. 267a al. 1 CC)**

Possibilité de donner un nouveau prénom uniquement en cas d'adoption conjointe ou par une personne seule. Il faut avoir des motifs légitimes. Il faut d'ailleurs prendre en compte l'opinion de l'enfant (audition de l'enfant), voire même obtenir le consentement de l'enfant (dès 12 ans) (même règle que pour le nom de famille dans le droit de filiation régulier, art. 270b CC).

#### **Droit de cité**

Le **droit de cité** est réglé selon les dispositions relatives aux effets de la filiation (art. 267b CC). L'art. 267b CC est un renvoi à l'art. 271 CC. L'enfant adopté perd le droit de cité qu'il possédait antérieurement et acquiert celui du parent dont il porte le nom. Si seulement un des parents a la nationalité suisse, l'enfant reçoit la nationalité suisse et prend le droit de cité du parent suisse, même s'il n'en porte pas le nom.

Ces règles s'appliquent uniquement à l'enfant **adopté en tant que mineur**. L'adopté majeur n'acquiert pas le droit de cité des adoptants.

### **7.3. Secret de l'adoption et droit aux informations concernant l'ascendance**

#### **A. Principe - Secret de l'adoption**

L'enfant adopté et les parents adoptifs ont droit au respect du **secret de l'adoption**, cf. droit au respect de la vie privée (art. 268b al. 1 CC).

#### **B. Exceptions - Droit aux informations :**

##### **En faveur des parents biologiques**

Les informations permettant d'identifier l'enfant ou ses parents adoptifs ne peuvent être révélées aux parents biologiques que s'il est capable de discernement et que les parents adoptifs et l'enfant y ont consenti (art. 268b al. 2 CC). Si l'enfant est incapable de discernement, le transfert de données est impossible.

Lorsque l'enfant adopté est devenu majeur, les informations permettant de l'identifier peuvent être révélées aux parents biologiques et à leurs descendants directs si l'enfant y a consenti (art. 268b al. 3 CC)

##### **Droit de l'enfant aux informations**

Elargissement du droit aux informations sur l'adoption, les parents biologiques et leurs descendants (art. 268c CC). L'art. 268c CC est la transposition en droit interne des normes découlant de l'art. 30 CLaH et art. 7 CDE. Il consacre le droit de l'enfant de savoir qu'il est adopté (art. 268c al. 1 CC).

L'enfant mineur (art. 268c al. 2 CC) :

- A un droit absolu à des données non identifiantes
- En revanche, il n'a qu'un droit relatif aux données identifiantes. Il doit donc faire valoir un intérêt légitime (art. 268c al. 2 CC)

L'enfant majeur (art. 268c al. 3 CC)

- A un droit absolu aux données identifiantes et autres informations concernant les parents biologiques. Ce droit est de rang constitutionnel (fondée sur la liberté personnelle, art. 10 al. 2 Cst.). Il s'agit d'un droit inconditionnel, imprescriptible et absolu. L'art. 268c CC ne confère pas un droit au dossier complet, mais uniquement de l'inscription au registre des naissances. Dans la mesure où le dossier d'adoption complète contient des informations supplémentaires sur les parents biologiques, l'accès est soumis à une pesée des intérêts, au sens de l'art. 27 al. 2 LPMA par analogie (cf. note attaché à l'arrêt V/7 - ATF 128 I 63).
- Peut demander les informations concernant les descendants des parents biologiques si lesdits descendants sont majeurs et y ont consenti.

Le Service cantonal d'information a l'obligation d'avertir les parents biologiques (art. 268d CC).

- Même si les parents biologiques ne sont pas d'accord : intérêt de l'enfant prépondérant (al. 3)

### **7.4. Relations personnelles avec les parents biologiques (art. 268e CC)**

Adoption ouverte

- convention approuvée par l'APE
- consentement de l'enfant capable de discernement

## **8. Annulation**

L'adoption est irrévocable. Elle ne peut être révoquée ni par les parents adoptifs, ni par l'adopté. L'annulation est le seul moyen de supprimer une adoption. Elle est soumise à des conditions très restrictives.

Deux cas d'espèce : absence de consentement ou autres vices graves

## **8.1. Action en annulation pour défaut de consentement (art. 269 CC)**

### **A. Conditions cumulatives**

#### **Absence d'un consentement exigé**

- Il y a trois situations qui sont assimilées à un défaut de consentement
  - Le consentement a été donné avant la fin du délai d'attente de six semaines après la naissance de l'enfant (art. 265b al. 1 CC)
  - Le consentement a été révoqué en vertu de l'art. 265b al. 2 CC sans être renouvelé par la suite
  - Le consentement est entaché d'un vice de volonté au sens des art. 23ss CO.

#### **ET bien de l'enfant non sérieusement compromis**

TF 5C.18/2004 du 30 août 2004, arrêt V/9

- Lorsque l'enfant est bien enraciné dans sa famille adoptive, l'annulation ne peut plus être prononcée. Le juge doit peser les intérêts des parties intéressées conformément aux exigences posées par les art. 264 et 268a CC.
- Le fait de perdre la nationalité suisse n'est pas contraire au bien des enfants, notamment si les conditions de naturalisation sont données et permettraient donc de la réobtenir rapidement.
- Si l'enfant est capable de subvenir à ces propres besoins, notamment parce qu'il a achevé sa formation, il n'est pas contraire au bien de l'enfant que le soutien financier des parents adoptifs sera supprimé en cas d'annulation.

### **B. Qualité pour agir**

Personnes habilitées à donner leur consentement :

- L'enfant capable de discernement (art. 265 al. 1 CC)
- L'autorité de protection de l'enfant adopté (APE), quand ce dernier est sous tutelle ou sous curatelle (art. 265 al. 2 CC)
- Le père et/ou la mère naturels de l'enfant adopté (art. 265a al. 1 CC)

L'art. 269 al. 2 CO exclut cependant l'action par les parents naturels qui ont eu connaissance de la décision d'adoption et de la décision de faire abstraction de leur consentement qui ont renoncé à recourir contre ces décisions. Cette disposition est moins importante, sachant que l'abstraction ne peut plus être faite pour défaut de se soucier sérieusement des enfants depuis 2018.

### **C. Qualité pour défendre**

La qualité pour défendre appartient aux parents adoptifs et à l'enfant, pour autant que ce dernier n'agisse pas lui-même.

## **8.2. Action en annulation pour autres vices graves (art. 269a CC)**

### **A. Conditions**

#### **Autres vices graves (art. 269a al. 1 CC)**

Arrêt V/18 - ATF 137 I 154 : Sont des "vices d'un caractère grave" par exemple une différence d'âge notablement inférieure au minimum requis, l'absence d'une véritable fourniture de soins, un but principal qui serait de désavantager d'autres personnes du point de vue successoral, ou d'acquiescer un droit de cité, ou encore une erreur essentielle.

- Pas de vice grave dans le cas d'espèce

**À l'exclusion de vices relatifs à des prescriptions de procédure (al. 2).**

**Si le vice a été écarté entre-temps, l'action est exclue aussi (al. 2)**

### **ET bien de l'enfant non sérieusement compromis**

- même si cette condition n'est pas expressément dans la loi, l'intérêt de l'enfant est toujours primordial *cf.* ACEDH *Zaieț c. Roumanie* du 24.3.2015

### **B. Qualité pour agir**

Tout intéressé

### **C. Qualité pour défendre**

La qualité pour défendre appartient aux parents adoptifs et à l'adopté, dans la mesure où ils ne sont pas demandeurs.

### **8.3. Délais (art. 269b CC)**

#### **Délai subjectif**

6 mois dès la découverte du motif

#### **Délai objectif**

2 ans depuis l'adoption

#### **Restitution du délai pour justes motifs** admise par la jurisprudence

- Arrêt V/9 - TF 5C.18/2004 du 30 août 2004 : les art. 256c al. 3, 260c al. 3 et 263c al. 3 s'appliquent par analogie
- Introduction de l'action dans le mois suivant la connaissance du motif de restitution, sous réserve de circonstances exceptionnelles

### **8.4. Effet de l'annulation**

Une admission de l'action annule l'adoption avec effet rétroactif (*ex tunc*).

## **9. Conclusion (to delete ? ou bien mettre avant)**

#### **À saluer. Atouts de la nouvelle loi :**

- refonte d'un droit datant des années '70
- flexibilité
- abaissement de l'âge pour adopter
- Reconnaissance de la vie familiale de facto
- assouplissement du secret de l'adoption
- renforcement de la participation de l'enfant

#### **Mais l'objectif n'est que partiellement atteint**

Égalité de traitement entre les différents types de famille

- adoption conjointe réservée aux couples mariés

# CHAPITRE 7 : LES EFFETS DE LA FILIATION

## Systematique du Code civil

**Livre deuxième: Droit de la famille**

**Première partie: Des époux**

**Deuxième partie: Des parents**

**Titre septième: De l'établissement de la filiation**

**Titre huitième: Des effets de la filiation (art. 270-327c CC)**

Chapitre premier: De la communauté entre les père et mère et les enfants (art. 270-275a CC)

Chapitre II: De l'obligation d'entretien des père et mère (art. 276-295 CC)

Chapitre III: De l'autorité parentale (art. 296-317 CC)

Chapitre IV: Des biens des enfants (art. 318-327 CC)

Chapitre V: Des mineurs sous tutelle (art. 327a-327c CC)

## I. Le statut de l'enfant

### 1. Le nom de l'enfant

#### 1.1. Le prénom

**Le droit de choisir le prénom de l'enfant** incombe au(x) détenteur(s) de l'autorité parentale, cf. art. 301 al. 4 CC et art. 37c al. 1 OEC

(*contra*: MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, 6<sup>e</sup> éd., Genève et al. 2019, n. 826: « l s'agit ... bien d'un effet du lien de filiation », c'est-à-dire indépendant de l'autorité parentale).

**Limites du choix :** prénom manifestement préjudiciable aux intérêts de l'enfant (art. 37c al. 3 OEC).

**Adoption :** possibilité de donner un nouveau prénom à l'enfant (art. 267a al. 1 CC).

**Enfant trouvé :** choix par l'autorité désigné par le droit cantonal (art. 38 al. 2 OEC).

#### 1.2. Le nom de famille : parents mariés

**Bases légales :** art. 270, art. 160 CC

**Choix possibles :**

Maintien du nom de famille de chaque époux (art. 160 al. 1 CC)

- à la conclusion du mariage choix d'un nom de célibataire d'un des parents pour les enfants (art. 270 al. 1 CC)
- changement possible dans l'année après la naissance du premier enfant (art. 270 al. 2 CC).

Choix d'un nom de famille commun (art. 160 al. 2 CC).

- L'enfant porte le nom de famille commun (art. 270 al. 3 CC).

#### 1.3. Le nom de famille : parents non mariés

**Base légale :** art. 270a CC

Autorité parentale **exclusive** : nom de célibataire du parent **qui l'exerce** (art. 270a al. 1 1<sup>ère</sup> phr. CC).

Autorité parentale **conjointe**(APC) :

- APC **dès la naissance**: acquisition du nom de célibataire d'un des parents choisi (art. 270a al. 1, 2<sup>ème</sup> phr. CC).
- APC **après la naissance** du premier enfant : délai **d'un an** pour choisir le nom de célibataire de l'autre parent (art. 270a al. 2 CC).

Parents **dépourvus d'autorité parentale** : nom de célibataire **de la mère** (art. 270a al. 3 CC).

Changement d'attribution de l'autorité parentale ne produit **pas** d'effets sur le nom, sous réserve de l'art. 30 al. 1 CC (art. 270a al. 4 CC).

#### 1.4. Le nom de famille : parents adoptifs et enfant trouvé

**Bases légales** : art. 267a al. 2 à 4 CC, art. 38 al. 2 OEC

**Enfant adopté**: cf. cours «adoption»

**Enfant trouvé**: choix par l'autorité désigné par le droit cantonal (art. 38 al. 2 OEC).

#### 1.5. Le changement de nom

**Bases légales**: art. 270, 270b CC

**Hypothèses de changement** : Mariage **postérieur à la naissance** (art. 259, art. 270 al. 1 par analogie CC).

Déclaration conjointe **dans l'année après l'institution de l'autorité parentale conjointe** (art. 270a al. 2 CC).

**Rupture du lien de filiation** (désaveu, contestation de la reconnaissance): changement potentiel de nom

Pour toutes ces hypothèses: **droit de véto** de l'enfant âgé de **plus de 12 ans** (art. 270b CC).

#### **Action en changement du nom pour motifs légitimes**

L'art. 30 al. 1 CC permet de demander un changement pour motifs légitimes. Le lien de filiation et l'autorité parentale peuvent constituer des motifs légitimes au sens de cet article.

Arrêt VI/2 (ATF 140 III 577) = Arrêt I/6 : le besoin avéré de faire coïncider le nom de l'enfant avec celui du titulaire de l'autorité parentale constitue un motif légitime. L'enfant qui a plus que 12 ans doit tenter l'action lui-même, voire ratifier l'action intentée par son représentant (par analogie à l'art. 270b CC).

Arrêt VI/1 (ATF 124 III 49) : le père a le droit d'être entendu dans la procédure en changement de nom de son enfant mineur. Cela est le plus fréquemment le cas des enfants des parents divorcés dont l'AP est attribué à la mère. Le père a un intérêt légitime à ce que l'enfant porte son nom et donc être entendu si une procédure est intentée afin de changer cela. Le TF a laissé ouverte la question de savoir s'il faut aussi entendre le père si l'enfant n'a jamais porté son nom.

## **2. Le droit de cité de l'enfant**

**Base légale** : art. 271 CC

L'art. 271 CC ne s'applique qu'en situation de nationalité suisse de l'enfant et des deux parents. Pour l'acquisition de la nationalité cf. Loi sur la nationalité (LN).

**Principe** : l'enfant a le droit de cité du parent **dont il porte le nom** (art. 271 al. 1 CC).  
Ce principe s'applique **aussi** en cas de changement de nom de l'enfant **mineur** (art. 271 al. 2 CC).

### 3. Le domicile de l'enfant

**Rappel :** Le domicile est le rattachement juridique d'une personne physique à un endroit géographique.

Le domicile des mineurs est réglé par l'art. 25 CC. Il s'agit d'un domicile dérivé. L'art. 25 CC fait un argument en cascade.

#### L'argument en cascade de l'art. 25 al. 1 CC

##### 1. Rattachement principal (art. 25 al. 1 1<sup>ère</sup> hypoth. CC)

Le domicile de l'enfant mineur est domicile du ou des détenteur(s) de l'autorité parentale. Il s'agit des cas de figure suivants :

- AP conjointe et domicile commun des parents. S'applique aussi
  - si logements séparés des parents, mais dans la même commune
  - même en cas de retrait du droit de déterminer le lieu de résidence selon l'art. 310 CC. Cf. arrêt no VI/4 (ATF 133 III 305).
    - *Ratio legis* : le but des rattachements secondaires est de trancher la question du domicile des parents disposant d'un droit équivalent lorsqu'aucun autre critère légal ne permet de le faire. Dans le cas de l'APC et domicile commun, il ne faut pas trancher et donc pas recourir à un critère subsidiaire.
- AP exclusive => domicile du détenteur de l'AP.
  - même en cas de retrait du droit de déterminer le lieu de résidence selon l'art. 310 CC. Cf. arrêt no VI/4 (ATF 133 III 305).

##### 2. Rattachement subsidiaire primaire (art. 25 al. 1 2<sup>e</sup> hypoth. CC)

Si un rattachement principal n'est pas possible, on passe à l'examen du rattachement subsidiaire primaire. C'est le cas de l'AP conjointe, mais en absence d'un domicile commun. Dans ce cas, le domicile de l'enfant mineur est le domicile du détenteur de la garde.

##### 3. Rattachement subsidiaire secondaire (art. 25 al. 1 3<sup>e</sup> hypoth. CC)

Si les deux étapes antérieures ne trouvent pas à s'appliquer, le domicile est le lieu de **résidence** de l'enfant. Le lieu de résidence suppose « un séjour d'une certaine durée dans un endroit donné et la création en ce lieu de rapports assez étroits » (ATF 87 II 10).

Cas de figure :

- APC, absence de domicile commun des parents et garde alternée
  - o lieu de résidence = lieu de scolarisation.
- APC, absence de domicile commun des parents et retrait du droit de déterminer le lieu de résidence [ancien « droit de garde »]
  - o lieu de résidence = lieu du placement de l'enfant.
  - o Cf. arrêt no VI/3 ATF 135 III 49

#### **Majeure**

L'art. 25 al. 1 CC règle le domicile de mineurs sous autorité parentale.

Le rattachement principal est « le domicile de ses père et mère » (art. 25 al. 1 1<sup>ère</sup> hypothèse CC), soit des détenteurs de l'autorité parentale. Le premier rattachement s'applique lorsque les parents détiennent l'autorité parentale conjointe et vivent dans la même commune. D'après le TF (arrêt VI/3 - ATF 135 III 49), il n'importe pas s'il s'agit d'un logement commun ou pas. Il n'importe pas non plus si les deux se sont vu retirer le droit de déterminer le lieu de résidence (art. 310 CC, cf. arrêt VI/4 - ATF 133 III 305). En cas d'autorité parentale exclusive, le domicile de l'enfant est toujours celui du parent détenteur de l'autorité parentale (FF 1979 II 1323-1324). De nouveau, un retrait du droit de déterminer le lieu de résidence n'a pas d'incidence.

Si un rattachement principal n'est pas possible, on passe à l'examen du rattachement subsidiaire primaire. C'est le cas de l'autorité parentale conjointe, mais en absence d'un

domicile commun. Dans ce cas, le domicile de l'enfant mineur est le domicile du détenteur de la garde (art. 25 al. 1 2<sup>e</sup> hypoth. CC).

Si les deux étapes antérieures ne trouvent pas à s'appliquer, le domicile est le lieu de **résidence** de l'enfant (art. 25 al. 1 3<sup>e</sup> hypoth. CC). Le lieu de résidence suppose « un séjour d'une certaine durée dans un endroit donné et la création en ce lieu de rapports assez étroits » (ATF 87 II 10). Il s'agit notamment du cas de garde alternée, si les deux détenteurs de l'autorité parentale conjointe ne vivent pas dans la même commune (lieu de résidence = lieu de scolarisation). Si le droit de déterminer le lieu de résidence a été retiré aux deux détenteurs de l'autorité parentale commune et ils ne vivent pas dans la même commune, le lieu de résidence (et ainsi le domicile) de l'enfant est le lieu du placement de l'enfant (cf. arrêt VI/3 - ATF 135 III 49)

### **Art. 25 al. 2 CC – Domicile de l'enfant sous tutelle**

Endroit de l'APE

## **II. Les relations parents-enfants**

### **1. Devoirs réciproques**

Devoirs d'aide, d'égards et de respect.

**Base légale: art. 272 CC.**

Nature juridique : Obligation naturelle (ne peut être imposé par la voie judiciaire), clause générale, ligne directrice.

Conséquences d'une violation des devoirs réciproques, p.ex.

- perte des prétentions d'entretien (art. 277 al. 2, art. 329 al. 2 CC)
- motif d'exhérédation (art. 477 ch. 2 CC)

### **2. Autorité parentale et garde**

#### **2.1. Autorité parentale**

**Bases légales: art. 296-306, 318-327 CC**

##### **A. Notion**

L'autorité parentale n'est pas définie par la loi qui ne fait qu'énoncer son but (« l'autorité parentale sert le bien de l'enfant » ; art. 296 al. 1 CC) et son contenu essentiel aux art. 301 à 306 CC et 318ss CC en ce qui concerne les biens de l'enfant mineur. En doctrine, l'autorité parentale est appréhendée comme un « droit-fonction » ou un faisceau de droits et devoirs des père et mère à l'égard de l'enfant. D'après la professeure Cottier, l'AP est la « responsabilité et le pouvoir légal des parents de prendre les décisions nécessaires pour l'enfant mineur ». Les contours de cette responsabilité varient avec l'âge et la capacité de discernement de l'enfant.

L'AP est une obligation. Le titulaire de l'AP ne peut y renoncer à son propre chef. La loi lui impose d'exercer ses droits et d'assumer ses devoirs tant et aussi longtemps qu'une décision de retrait ou d'attribution exclusive à l'autre parent n'a été prise par l'autorité compétente. La déclaration de l'un des parents de renoncer à l'AP au profit de l'autre ne lie donc pas l'auteur. Seule l'autorité compétente peut modifier l'attribution de l'AP. Si le titulaire demande que l'AP lui soit retirée, l'APE n'ordonnera le retrait que s'il existe de justes motifs (art. 312 ch. 1 CC).

« L'autorité parentale sert le bien de l'enfant » (**art. 296 al. 1 CC**).

Le bien de l'enfant est la **ligne directrice et la limite** de l'exercice de l'autorité parentale.

Le bien de l'enfant est un **droit fondamental** (**art. 11 al. 1 Cst.; art. 3 CDE**: « l'intérêt supérieur de l'enfant »).

**L'avis de l'enfant** est partie intégrante du bien de l'enfant (**art. 12 CDE**).

L'autorité parentale est protégée par le droit. Il y a des conventions internationales qui se chargent de favoriser le retour de l'enfant auprès du titulaire de l'AP, en cas d'enlèvement. Or, l'AP constitue un élément de la personnalité protégée par l'art. 28 CC.

## **B. Contenu (cf. chapitre 3. ci-dessous)**

L'autorité parentale porte sur les domaines suivants :

- détermination du lieu de résidence, éducation et représentation légale (art. 301 - 306 CC).
- administration des biens de l'enfant (art. 318-327 CC).

## **C. Conditions générales pour détenir l'autorité parentale**

### **Existence d'un lien de filiation selon les art. 252ss CC**

Ce qui est demandé est un lien de filiation **juridique**. L'AP de la mère et du père découle de la loi (art. 296 al. 2 CC). Ni les beaux-parents, ni les parents nourriciers détiennent l'AP (art. 299 et 300 CC). Le lien de filiation juridique implique *a priori* l'autorité parentale, mais ce lien peut être brisé. Dans certains cas exceptionnels, le bien de l'enfant commande que l'AP soit détenue par un parent à titre exclusif (p. ex. certains divorces, art. 133 et 298 CC). Si l'APE retire l'AP à la fois au père et à la mère (art. 311 et 312 CC), elle doit nommer un tuteur à l'enfant (art. 327a CC)

### **Plein exercice des droits civils**

Les personnes qui n'ont pas l'exercice des droits civils, à savoir les mineurs et personnes sous CPG (art. 17 CC) ne peuvent pas détenir l'AP, comme le rappelle l'art. 296 al. 3 CC. Le parent mineur obtient automatiquement l'AP dès qu'il devient majeur (art. 296 al. 3 *in medio* CC).

Si un parent détenant l'AP est placé sous CPG (art. 398 CC), celle-ci est automatiquement retirée, peu importe les motifs qui ont conduit à prendre cette mesure. Si la mesure est levée, l'APE décide de l'attribution de l'AP en fonction du bien de l'enfant (art. 296 al. 3 *in fine* CC). La prononce d'une autre forme de curatelle que la CPG n'a pas d'incidence sur l'AP, puisque celles-ci ne privent pas la personne de l'exercice des droits civils.

L'incapacité de discernement n'exclut pas la détention de l'AP, mais empêche simplement de l'exercer, conformément à la règle générale de l'art. 18 CC.

## **D. L'exercice de l'autorité parentale**

D'exercer l'AP, c'est-à-dire de prendre des décisions au nom et pour le bien de l'enfant présuppose la capacité de discernement.

Dans certaines circonstances, une partie des prérogatives de l'AP peut être exercée par une personne autre que son titulaire, à travers un mécanisme de représentation. La loi prévoit que les beaux-parents et les parents nourriciers peuvent représenter les parents dans l'exercice de l'AP.

## **E. L'autorité parentale des parents mariés ensemble**

Si les père et mère juridiques de l'enfant sont mariés ensemble au moment de sa naissance, ils sont tous deux titulaires de l'AP et l'exercent en commun, de par la loi (art. 296 al. 2 CC). S'ils ne se marient qu'après la naissance de l'enfant, l'art. 259 al. 1 CC prévoit, par renvoi à l'art. 296 CC, que la mère et le père détiennent en commun l'AP dès que la paternité du mari est établie (par reconnaissance ou jugement de paternité).

Si un époux décède, l'AP appartient de plein droit à l'autre conjoint (art. 297 al. 1 CC).

L'art. 298 al. 1 CC prévoit que le juge peut accorder l'AP exclusive à un conjoint dans le cadre des MPUC (par renvoi de l'art. 176 al. 3 CC), d'une séparation de corps (par renvoi de l'art.

118 et l'art. 176 al. 3 CC) ou un divorce (art. 133 al. 1 CC).

## **F. L'autorité parentale des parents divorcés**

Le principe est le maintien de l'AP conjointe lors du divorce. Lorsque le bien de l'enfant le commande, le juge peut accorder l'AP exclusive à un des conjoints (art. 298 al. 1 CC par renvoi de l'art. 133 al. 1 CC).

Si un des ex-conjoints, qui avait l'AP exclusive, meurt, l'AP ne revient pas automatiquement à l'ex-conjoint survivant. L'APE décide si l'ex-conjoint survivant ou un tuteur devraient se charger de l'AP (art. 297 al. 2 CC).

## **G. L'autorité parentale de parents non mariés**

Si les parents ne sont pas mariés au moment de la naissance de leur enfant, l'AP appartient à la mère dès la naissance (cf. art. 298a al. 5 CC), à moins qu'elle soit mineure ou sous CPG (art. 296 al. 3 CC). Si la mère est mineure ou sous CPG, l'APE peut accorder l'AP au père (ayant l'exercice des droits civils, donc majeur) ou nommer un tuteur à l'enfant, en fonction de l'intérêt de l'enfant (art. 298b al. 4 CC).

Dès l'instant où le lien de filiation paternelle est établi avec le père, les parents obtiennent l'AP conjointe sur la base d'une déclaration commune, dans laquelle ils confirment simplement être disposés à assumer ensemble la responsabilité ainsi que sur leur participation à la prise en charge et à l'entretien de l'enfant (art. 298a al. 1 et 2 CC).

La déclaration commune peut être faite en même temps que la reconnaissance de l'enfant devant l'officier d'état civil, donc y compris avant la naissance de l'enfant. Si la demande est déposée après la reconnaissance de l'enfant, elle doit être adressée à l'APE du lieu de domicile de l'enfant (art. 298a al. 4 CC).

Si l'un des parents refusait de déposer cette déclaration commune, l'autre pourrait s'adresser à l'APE (art. 298b al. 1 CC). L'autorité doit alors instituer l'AP conjointe, sauf si le bien de l'enfant exige de n'attribuer l'AP qu'à l'un des parents (art. 298b al. 2 CC).

L'AP exclusive doit être une exception, qui ne doit intervenir que si cette solution garantit une meilleure des intérêts de l'enfant. Par exemple, un conflit sérieux et durable entre les parents ou une incapacité persistante à communiquer l'un avec l'autre pourraient justifier l'attribution exclusive de l'AP, à condition que le conflit ou l'incapacité de communiquer ait des conséquences néfastes sur l'enfant (ATF 141 III 472)

Si le lien de filiation paternelle était établi par jugement, le juge devrait simultanément prononcer l'AP conjointe, sauf si le bien de l'enfant commande l'attribution exclusive au père ou la mère (art. 298c CC).

## **2.2 Garde de l'enfant**

Il n'y a pas de définition légale de la garde. On utilise donc la définition de la garde par la jurisprudence : « l'encadrement quotidien de l'enfant et l'exercice des droits et des devoirs liés aux soins et à l'éducation courante » (Cf. arrêt no VI/12, ATF 142 III 617, cons. 3.2.2, p. 42).

En cas de divorce ou séparation, la garde peut être confiée exclusivement à un parent (garde exclusive) ou laissée aux deux parents dans un mode de prise en charge équivalent (garde alternée / garde partagée). C'est au juge (art. 298 CC) ou à l'APE (art. 298d CC) de prendre, le cas échéant, une telle décision.

Il faut distinguer l'AP de la garde. L'AP conjointe, qui est généralement maintenu en cas de séparation, ne signifie pas la garde commune (ou alternée). Dans un tel cas, les décisions importantes sont prises par le père et la mère (détenteurs de l'AP conjointe), pendant que le parent ayant la garde prend les décisions de moindre importance.

Le 1<sup>er</sup> janvier 2017 : Introduction du terme de la **garde alternée** dans le texte de la loi, ainsi que du but de favoriser le contact de l'enfant avec les deux parents (art. 298 al. 2<sup>bis</sup> et 2<sup>ter</sup>, art. 298b al. 3<sup>bis</sup> et 3<sup>ter</sup> CC).

La garde n'englobe **pas** le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant, **cf. l'art. 301a CC** (Cf. arrêt no VI/12, ATF 142 III 617, cons. 3.2.2, p. 42). Attention, le terme « droit de garde » de l'ancien droit (jusqu'au 30 juin 2014) était défini par le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant.

### **Conséquences juridiques de la garde**

En l'absence de domicile commun des père et mère, l'enfant partage **le domicile** de celui de ses parents qui détient la garde, **art. 25 al. 1 CC**.

**Relations personnelles et prise en charge de l'enfant** : Le parent non détenteur de la garde a droit à des relations personnelles avec l'enfant (« droit de visite », art. 273 ss CC).

**Garde alternée ou partagée** : réglementation de la prise en charge et non des relations personnelles (cf. art. 298 al. 2, 298 al. 2bis, 298a al. 2 ch. 2, 298b al. 3bis, 298d al. 2 CC).

## **3. Contenu de l'autorité parentale**

### **3.1. Principes**

Le contenu de l'autorité parentale est déterminé par les art. 301 à 306 CC. Elle habilite – et en même temps oblige – ses titulaires à prendre toutes les décisions nécessaires au bon développement de l'enfant, tant que ce dernier est mineur.

Pour éviter des engagements n'apportant aucun bénéfice à l'enfant, l'art. 304 al. 3 dispose que les père et mère ne peuvent effectuer valablement certains actes (cautionner, créer une fondation et effectuer une donation) au nom de leur enfant (cf. art. 412 CC pour les mêmes règles pour le curateur).

L'AP est par ailleurs limitée tant par le principe du bien de l'enfant que par la propre capacité civile de celui-ci (art. 301 al. 1 *in fine* CC). Les parents doivent respecter l'avis exprimé par l'enfant, en tenant compte de son degré de maturité (art. 301 al. 2 CC). Le respect de la personnalité de l'enfant, découlant tant de l'art. 301 CC que de l'art. 272 CC, n'enlève rien au droits et devoirs de l'AP : ceux-ci sont tenus d'assurer l'éducation de l'enfant et répondent, en tant que chefs de famille, du dommage causé par l'enfant mineur vivant dans leur maison, à moins de justifier l'avoir surveillé « de la manière usitée et avec l'attention commandée par les circonstances » (art. 333 CC).

L'art. 305 al. 1 CC rappelle que l'enfant capable de discernement peut exercer ses droits strictement personnels et s'engager « dans les limites prévues par le droit des personnes », ce qui renvoie aux art. 19 al. 2 et 19c CC. En conséquence, l'enfant qui s'est obligé vis-à-vis un tiers « est tenu sur ses propres biens » (art. 305 al. 2 CC).

### **3.1. Droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant**

#### **A. Principes**

**Bases légales** : art. 301 al. 3, art. 301a, art. 310 CC

Le **droit de déterminer le lieu de résidence** est une composante de l'autorité parentale. Ce droit permet aux détenteurs de l'AP de déterminer le lieu de vie de l'enfant, notamment de décider qu'il vivra chez eux ou chez des tiers.

Le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant est indissociable de l'AP. Ainsi, le juge ne peut pas attribuer l'AP conjointe (qui est la règle), mais réserver à un parent seulement le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant.

Sont réservés des exceptions, par exemple si on essaie d'éviter de devoir mettre en place une AP exclusive en conférant certaines parties de l'AP (p. ex. le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant à un conjoint, cf. arrêt VI/11, consid. 4.3.2).

Les parents divorcés, partenariat dissolu ou séparés, qui ont l'AP conjointe, doivent en principe décider ensemble chez lequel des deux parents l'enfant vivra. Le juge peut en revanche se prononcer sur l'organisation de la prise en charge de l'enfant, et le cas échéant déterminer avec quel parent il vivra de manière prépondérante (art. 133 al. 1 ch. 2 et 298 al. 2 CC).

### **B. Limitation des décisions unilatérales (conflit sur le lieu de résidence)**

En principe, un parent exerçant conjointement l'autorité parentale ne peut pas choisir unilatéralement le lieu de résidence de l'enfant. Ainsi, si le parent vivant avec l'enfant veut modifier le lieu de résidence de l'enfant, il a besoin de l'accord de l'autre parent si le nouveau lieu se trouve à l'étranger ou s'il avait un impact important sur l'exercice de l'AP et du droit de visite de l'autre parent (art. 301a al. 2 CC).

Si l'autre parent ne consente pas, il faut obtenir une autorisation de déménager du juge ou de l'APE (art. 301a al. 2 *in fine* CC) La question d'autoriser le déménagement doit être résolue en prenant en considération le bien de l'enfant (art. 301a al. 5 CC).

#### **Lit. a – Étranger – Arrêt VI/8 – JdT 2017 II 427 (ATF 142 III 481)**

Le raisonnement se fait en deux étapes : premièrement, il faut déterminer le mode de prise en charge qui avait cours jusque-là. Ensuite, dans la deuxième étape, le raisonnement diffère selon le mode de garde que les parents ont adopté :

- Si les enfants ont jusqu'alors été confiés aux deux parents dans la même mesure et que les deux parties sont disposées à s'occuper personnellement et à fournir une prise en charge conforme aux intérêts de l'enfant, la situation de départ est en principe neutre. Pour savoir quelle est la meilleure solution pour le bien de l'enfant, on pourra s'aider d'autres critères comme l'environnement familial et économique, la stabilité des relations, la langue au futur domicile, la scolarisation, les besoins de santé ou la prise de position des enfants plus âgés.
- En revanche, si le parent qui souhaite partir à l'étranger est jusque-là la personne qui assure entièrement ou principalement la prise en charge de l'enfant et qu'il souhaite également le faire dans le futur, il devrait en règle générale être autorisé à déplacer le lieu de résidence de l'enfant à l'étranger. En fait, dans ce cas, la liberté de mouvement du parent qui souhaite déménager pèsent plus lourde que l'intérêt du parent qui reste en Suisse.
  - Exception : Si le parent n'a pas de raisons plausibles de déménager et qu'il part de manière évidente uniquement pour éloigner l'enfant de l'autre parent, les capacités éducatives du parent concerné sont remises en question avec la conséquence que l'attribution de l'enfant est à reconsidérer.

#### **Lit b. – À l'intérieur de la Suisse - Arrêt VI/9 – ATF 142 III 502**

L'impact du déménagement peut être soit sur l'exercice de l'AP, soit sur les relations personnelles (conditions alternatives).

Les « conséquences importantes » se référant à l'exercice de l'AP **et** aux relations personnelles. En présence de conséquences importantes, le TF dit que les critères sont les mêmes que pour un déménagement à l'étranger (cf. *supra*).

### **C. Opposabilité**

#### **À l'enfant**

Vis-à-vis de l'enfant, le droit des parents de déterminer son lieu de résidence ne cesse qu'au 18<sup>ème</sup> anniversaire (**art. 301 al. 3 CC**). Cf. l'art. 310 al. 2 CC pour les conflits graves.

#### **Aux tiers**

Un tiers, y compris un parent qui ne détient pas l'AP, ne peut enlever l'enfant sans cause légitime (art. 301 al. 3 CC). Il est ainsi interdit de ne pas ramener l'enfant à l'expiration du droit de visite (cf. aussi art. 220 CP).

### **Devoirs d'information**

Devoir d'information du parent détenteur de l'autorité parentale exclusive qui change de lieu de résidence avec l'enfant (**art. 301a al. 3 CC**).

Devoir d'information du parent non détenteur de l'autorité parentale qui change son propre lieu de résidence (**art. 301a al. 4 CC**).

Principe : les parents doivent trouver un accord quant à l'adaptation nécessaire du régime de l'autorité parentale, de la garde, des relations personnelles et de l'entretien (art. 301a al. 5 1<sup>ère</sup> phr. CC).

En cas de conflit: décision du juge ou de l'autorité de protection de l'enfant (art. 301a al. 5 2<sup>ème</sup> phr. CC).

Critère relatif à l'accord de l'autre parent, la convention entre les parents et de la décision du tribunal ou de l'autorité de protection (art. 301a al. 2 et 5 CC): le bien de l'enfant.

## **3.2. Éducation de l'enfant**

**Bases légales: art. 301 al. 1 et 2, 302 et 303 CC.**

### **A. En général**

L'éducation au sens large inclut les soins à donner l'enfant (alimentation, soins corporels, traitement médical, vêtements) ainsi que la formation de l'enfant (générale, religieuse et professionnelle). L'éducation de l'enfant est un droit et une obligation des parents. Les parents sont obligés de diriger l'éducation et de prendre les décisions nécessaires (art. 301 al. 1 CC).

Les détenteurs de l'AP disposent d'une large autonomie en ce qui concerne l'éducation qu'ils étendent donner à leur enfant. Les autorités étatiques n'interviennent que si l'éducation dispensée par les parents est contraire au bien de l'enfant : Le bien d'enfant doit être la ligne directrice et la limite de l'éducation de l'enfant. L'art. 301 al. 1 CC rappelle le principe posé à l'art. 296 al. 1 CC.

Le bien de l'enfant doit toujours être examiné de manière concrète, en fonction des circonstances du cas d'espèce. Les notions bien d'enfant et « intérêt de l'enfant » sont interchangeable. Les parents sont tenus de veiller que l'éducation corresponde aux goûts et aux aptitudes de l'enfant (art. 302 al. 2 CC, s'appliquant à l'éducation entière et non seulement à la formation scolaire et professionnelle).

Les but de l'éducation de l'enfant est de favoriser et protéger son développement corporel, intellectuel et moral (art. 302 al. 1 CC).

### **B. Formation scolaire et professionnelle**

Fait partie des obligations des détenteurs de l'AP de donner à leurs enfants une formation **scolaire et professionnelle (art. 302 CC)**. L'effort des parents doit correspondre à leurs facultés et leurs moyens (art. 301 al. 1 CC). Cet article doit être lu en lien avec l'obligation d'entretien (art. 276ss CC). Or, la formation de l'enfant doit correspondre aux goûts et aux aptitudes de l'enfant (art. 302 al. 2 CC). Ceci vaut particulièrement lorsque l'enfant présente un handicap. Sous réserves de ces différences, les frères et sœurs doivent être traités de manière identique. De plus, les parents doivent collaborer avec l'école et les autres institutions publiques de protection de la jeunesse (art. 302 al. 3 CC). Le terme « autre institutions publiques [...] de protection de la jeunesse » est à lire particulièrement en lien avec les art. 307 ss CC.

## C. Formation religieuse

L'art. 303 CC prévoit que les détenteurs de l'AP peuvent disposer de l'éducation religieuse de l'enfant. En revanche, l'enfant peut librement décider sa confession à partir de 16 ans. En vertu de la liberté religieuse, les parents ne sauraient imposer cependant un changement de religion ou de confession à un enfant, même moins de 16 ans. Cela découle aussi du fait que l'enfant exerce lui-même son droit dans la limite de sa capacité de discernement (art. 305 al. 1 CC).

## D. Prise de décisions en matière d'éducation

**Principe:** en cas d'autorité parentale conjointe toutes les décisions sont prises conjointement.

**Exception (art. 301 al. 1<sup>bis</sup> CC):** le parent qui a la **charge de l'enfant** peut prendre seul:

**ch. 1:** les décisions courantes ou urgentes;

- FF 2011 8344 :

- Sont des décisions courantes : alimentation, habillement et loisirs de l'enfant
- Ne sont pas des décisions courantes : changement de domicile, d'école ou de religion.

**ch. 2:** d'autres décisions, si l'autre parent ne peut être atteint moyennant un effort raisonnable.

## E. Droits de l'enfant

**Devoir d'obéissance** de l'enfant limité (art. 301 al. 2 CC).

**Droit de l'enfant** d'organiser sa vie selon son degré de maturité (art. 301 al. 2 CC).

Obligation des parents de prendre en compte l'**avis de l'enfant** (art. 301 al. 2 CC).

## 3.3. Représentation de l'enfant

**Bases légales:** art. 304 à 306 CC, art. 12 à 19c CC

### A. Principes

Les parents détenteurs de l'autorité parentale sont les représentants légaux de l'enfant (art. 304 al. 1 CC). Le représentant légal de l'enfant sous tutelle est le tuteur (art. 327c al. 1 CC).

Dès lors, ils agissent dans tous les domaines nécessaires comme représentants de l'enfant incapable (voir capable) de discernement et donnent leur consentement aux actes juridiques de l'enfant capable de discernement, à moins que ce dernier exerce un droit strictement personnel proprement dit ou l'une des autres prérogatives lui appartenant selon le droit des personnes (l'art. 305 al. 1 CC renvoie aux art. 19 et 19c CC).

Quand ils représentent l'enfant, les titulaires de l'AP doivent être guidés par le bien de l'enfant (art. 296 al. 1 CC) et doivent, autant que possible, tenir compte de l'avis de l'enfant (art. 301 al. 2 CC).

L'accord des deux parents détenant en commun l'autorité parentale est requise quand la loi exige le consentement du représentant légal (p. ex. art. 19 al. 1 *in fine* CC). Toutefois, en vertu de l'art. 304 al. 2 CC, les tiers de bonne foi sont protégés s'ils présument qu'un des parents parle pour les deux. Plus l'affaire est importante, plus on exigera des tiers qu'ils vérifient que les parents consentent bien tous deux à l'acte en question. En outre, les tiers ne sauraient présumer l'accord des deux parents lorsque les intérêts de l'un sont manifestement en contradiction avec l'intérêt de l'enfant.

### B. Limites de la représentation de l'enfant

**i) Le bien de l'enfant (art. 307 à 312 CC, art. 324 à 327 CC)**

**ii) Actes accomplis par l'enfant lui-même – Capacité civile de l'enfant sous AP (cf. aussi le cours « Capacité civile »**

Pour l'enfant incapable de discernement : les droits strictement personnels absolus ne sont pas sujets à représentation.

Pour l'enfant capable de discernement : Exercice de certains droits par l'enfant capable de discernement (art. 305 al. 1 CC)

- Art. 19 à 19c CC
  - Acquisition gratuite ou actes mineurs se rapportant à la vie quotidienne (art. 19 al. 2 CC)
  - Droits strictement personnels (art. 19c et 305 al. 1 *in fine* CC), sauf disposition légale contraire
- Art. 323 al. 1 CC : Disposer du produit de son travail
- L'art. 306 al. 1 CC prévoit que l'enfant peut agir comme représentant de ses père et mère. Il s'agit d'un renvoi aux art. 32ss CO.

Lorsque l'enfant s'est valablement engagé, il est tenu de ses engagements sur l'ensemble de ses biens (art. 305 al. 2 CC).

### **iii) Actes prohibés**

Prohibition de cautionnements, fondations et donations au nom de l'enfant (art. 304 al. 3 CC). Sous certaines conditions, les parents ne peuvent pas disposer des libéralités faites pour l'enfant sous (art. 321 CC).

### **iv) Conflit d'intérêts (art. 306 al. 2 et 3 CO)**

En cas de conflit d'intérêts entre parents et enfant, le pouvoir de représentation s'éteint de par la loi (art. 306 al. 3 CO). Une curatelle de représentation doit être instituée (art. 306 al. 2 CC). L'extinction du pouvoir de représentation vaut cependant déjà avant que le curateur soit nommé.

Le conflit d'intérêt peut être concret ou abstrait. Il peut d'ailleurs être direct ou indirect.

Règles spéciales concernant l'administration des biens de l'enfant (art. 318 ss CC).

## **4. Critères d'attribution de l'autorité parentale et de la garde en général**

### **4.1. Principes généraux**

#### **A. Principe**

L'autorité parentale conjointe est la règle, aussi en cas de séparation ou de divorce des parents (art. 296 al. 2 CC)

Cependant, sous certaines conditions, le juge ou l'APE doivent examiner si des motifs existent, qui exigent l'attribution de l'autorité parentale exclusive. Si le juge ou l'APE décident qu'il faut attribuer l'AP exclusive à un des parents, ils doivent procéder à l'attribution de l'AP selon les critères établis par la jurisprudence.

Si le juge ou l'APE décident qu'il convient de maintenir le principe de base, à savoir l'AP conjointe, il faut, le cas échéant, décider lequel des parents obtiendra la garde de l'enfant.



## B. Conditions d'attribution de l'autorité parentale exclusive (faut-il établir une AP exclusive ?)

L'arrêt VI/5 (ATF 141 III 472, cons. 4.6) est l'arrêt de principe dans lequel le TF a défini ses conditions. Le TF précise que l'attribution de l'AP exclusive n'est pas équivalent à un retrait d'AP au sens de l'art. 311 CC. Les critères sont donc moins stricts.

1. un conflit durable et grave entre les parents ou une incapacité persistante à communiquer peuvent justifier l'attribution de l'autorité parentale à l'un des parents
2. le problème a un effet négatif sur le bien de l'enfant
3. la mesure permet d'espérer une amélioration
4. Le principe de la subsidiarité est respecté. C'est-à-dire que des mesures moins incisives ont été essayées. P. ex. :
  - Attribution de certaines compétences à un seul parent. Il peut s'agir par exemple de questions religieuses ou sur l'éducation de l'enfant (cf. VI/5, ATF 141 III 472, cons. 4.7).
  - Mesures de protection de l'enfant telles que médiation ordonnée (art. 307 al. 3 CC) ou curatelle (art. 308 CC).

Arrêt VI/7 - JdT 2017 II 179 (ATF 142 III 197) : Mère refuse que le père voie l'enfant pendant des années. Elle détient l'AP exclusive, mais le père demande que l'AP conjointe soit mise en place. Le TF décide que cela ne se justifie pas, en vue du conflit entre les parents. Or, une AP exclusive du père n'est aussi pas dans l'intérêt de l'enfant (le père est un demandeur d'asile débouté). Il s'ensuit que la mère garde l'AP exclusive, même si le conflit est principalement « sa faute ». Le TF souligne que l'AP est une question de fait et que la *Schuldfrage* n'a pas d'influence.

## C. Critères d'attribution de l'autorité parentale exclusive (quel parent reçoit l'AP exclusive ?)

**Arrêt no VI/11, TF 5A\_714/2015 du 28 avril 2016, cons. 4.2.1.3 :**

- relations personnelles entre parents et enfants
- capacités éducatives respectives des parents, leur aptitude à prendre soin de l'enfant personnellement
- aptitude à favoriser les contacts avec l'autre parent
- intérêts communs de la fratrie
- stabilité des relations nécessaires à un développement harmonieux des points de vue affectif, psychique, moral et intellectuel.
- Lorsque le père et la mère offrent des conditions équivalentes, la préférence doit être donnée, dans l'attribution d'un enfant en âge de scolarité ou qui est sur le point de l'être, à celui des parents qui s'avère le plus disponible pour l'avoir durablement sous sa propre garde, s'occuper de lui et l'élever personnellement. Si le juge ne peut se contenter d'attribuer l'enfant au parent qui en a eu la garde pendant la procédure, ce critère jouit d'un poids particulier lorsque les capacités d'éducation et de soin des parents sont similaires

L'arrêt VI/11 se réfère à l'attribution de la garde, mais les critères sont les mêmes pour l'attribution de l'AP exclusive.

#### **D. Attribution de la garde en cas d'AP conjointe**

##### **Arrêt no VI/12, ATF 142 III 617, cons. 3.2.3**

Absence de règle concernant la garde : « Bien que l'autorité parentale conjointe soit désormais la règle et qu'elle comprenne le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant (art. 296 al. 2 et 301a al. 1 CC...), elle n'implique pas nécessairement l'instauration d'une garde alternée »

**Critères (à qui attribuer la garde ?) :** *idem* critères d'attribution de l'AP exclusive

#### **E. Critères d'attribution d'une garde alternée en particulier**

##### **Principe :**

Bien que l'autorité parentale conjointe soit désormais la règle et qu'elle comprenne le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant (art. 296 al. 2 et 301a al. 1 CC), elle n'implique pas nécessairement l'instauration d'une garde alternée. Le juge doit néanmoins examiner, nonobstant et indépendamment de l'accord des parents quant à une garde alternée, si celle-ci est possible et compatible avec le bien de l'enfant (art. 298 al. 2<sup>er</sup> CC). En matière d'attribution des droits parentaux, le bien de l'enfant constitue la règle fondamentale, les intérêts des parents devant être relégués au second plan. (arrêt VI/14 – TF 5A\_425/2016 du 15 décembre 2016, consid. 3.4.2).

##### **Critères : VI/12, ATF 142 III 617, cons. 3.2.3**

- Capacités éducatives chez les deux parents;
- Bonne capacité et volonté des parents de communiquer et coopérer. Le seul fait qu'un parent s'oppose à la garde alternée n'est pas en soi un obstacle à la volonté de coopérer. Un conflit durable, en revanche, milite contre la garde alternée.
- Situation géographique et distance séparant les logements des deux parents
- Stabilité → garde alternée plus facilement si déjà pratiquée avant la séparation
- Possibilité pour les parents de s'occuper personnellement de l'enfant
- Âge de l'enfant
- Appartenance de l'enfant à une fratrie ou à un cercle social
- Souhait de l'enfant

Ces critères d'attribution s'appliquent en principe à toutes les relations entre parents juridiques et leurs enfants. Cependant: Différences en matière d'acquisition et de modification de l'autorité parentale selon le statut de la relation des parents et le mode d'établissement de la filiation :

4.2. Parents non mariés (hors adoption)

4.3. Parents mariés

4.4. Parents adoptifs

4.5. Beaux-parents et parents nourriciers (absence d'autorité parentale, mais certains droits et obligations)

#### **4.2. Parents non mariés (hors adoption)**

**Bases légales :** art. 296, 297, 298a à 298d CC

Si les parents ne sont pas mariés au moment de la naissance de leur enfant, l'AP appartient à la mère dès la naissance (cf. art. 298a al. 5 CC), à moins qu'elle soit mineure ou sous CPG (art. 296 al. 3 CC). Dans cette dernière hypothèse (mère mineure ou sous CPG), l'AP doit attribuer l'AP au père juridique éventuel ou nommer un tuteur à l'enfant (art. 298b al. 4 CC), en fonction de l'intérêt de l'enfant.

L'AP conjointe des parents non mariés est la règle (cf. art. 298b al. 2 *ab initio* CC), mais il n'y a pas d'automatisme. La suite de cette section explique comment les parents non mariés obtiennent l'AP :

A. Conditions générales de l'AP conjointe

B. Déclaration commune (art. 298a CC)

**ou**

C. Décision de l'APE (art. 298b ou 298d CC)

**ou**

D. Décision du juge saisi d'une action alimentaire (art. 298b al. 3 2ème phrase et art. 298d al. 3 CC)

**ou**

E. règlementation par le juge suite à la constatation de paternité (art. 298c CC).

### **A. Conditions générales de l'autorité parentale conjointe**

1. Lien de filiation à l'égard de la mère (art. 252 al. 1 CC)

2. Lien de filiation à l'égard du père suite à reconnaissance ou jugement de paternité (art. 252 ss CC)

3. Les deux parents sont majeurs, absence de curatelle de portée générale (art. 296 al. 3 CC)

### **B. Autorité parentale conjointe par déclaration commune (298a CC)**

Les conditions générales de l'AP conjointe (cf. *supra* A.) doivent être réunies.

Dès l'instant où le lien de filiation paternelle est établi avec le père, les parents obtiennent l'AP conjointe sur base d'une déclaration commune (art. 298a al. 1 CC)

L'art. 298a al. 2 CC prévoit le **contenu** de la déclaration commune. Il s'agit d'une (simple) **confirmation** des parents :

- qu'ils sont disposés à assumer conjointement la responsabilité de l'enfant (ch. 1)
  - qu'ils se sont entendus sur la garde de l'enfant, sur les relations personnelles ou la participation de chaque parent à sa prise en charge ainsi que sur la contribution d'entretien (ch. 2)
- ⇒ une **convention** est facultative mais recommandée.

### **Forme et compétence**

La déclaration commune peut être faite en même temps que la reconnaissance de l'enfant, même avant la naissance. Dans ce cas, la déclaration est reçue par tout officier de l'état civil (art. 298a al. 4 phr. 1 CC ; art. 11b al. 1 OEC ; cf. aussi al. 11 al. 5 OEC). Si la déclaration commune intervient après la reconnaissance ou le jugement de paternité, il faut s'adresser à l'APE (art. 298a al. 4 phr. 2 CC). Dans tous les cas, la déclaration doit être écrite. L'OEC prévoit que la déclaration devant elle doit être signée à la main en présence de la personne chargée de sa réception (art. 18 al. 1 lit. b<sup>bis</sup> OEC)

### **C. Décision de l'autorité de protection de l'enfant (art. 298b CC)**

Si l'un des parents refusait de déposer cette déclaration commune, l'autre pourrait s'adresser à l'APE (art. 298b al. 1 CC). L'autorité doit alors instituer l'APC, sauf si le bien de l'enfant exige de n'attribuer l'AP qu'à l'un des parents (art. 298b al. 2 CC)

### **Conditions**

- Conditions générales de l'AP conjointe (cf. *supra* A)
- Refus d'un parent de déposer une déclaration commune (art. 298b al. 1 CC)
- Demande d'un parent d'instituer l'AP conjointe.

L'APE du domicile de l'enfant est compétent (art. 298b al. 1 CC). Le but de la procédure est d'obtenir l'accord des deux parents concernant l'APC. En l'absence d'un accord des deux parents, l'APE doit prendre une **décision**. La règle est – comme on l'a dit – l'institution de l'APC des deux parents de l'enfant (art. 298b al. 2 hypo. 1 CC). Seulement si cela s'avère

contraire au bien de l'enfant, l'APE prononce exceptionnellement l'AP exclusive de la mère ou du père (art. 298b al. 2 hypo. 2 CC). Pour les cas de figure qui justifient l'attribution d'une AP exclusive et les critères d'attribution, cf. *supra* 4.1.

En cas de litige sur la règlementation de la garde, des relations personnelles ou de la prise en charge (mais non de l'entretien), l'APE prend une décision (art. 298b al. 3 CC). Attention, il peut aussi avoir des litiges lorsque l'APC a été prononcé.

Pour la procédure devant l'APE cf. **III. La protection de l'enfant**

#### **D. Décision du juge saisi d'une action alimentaire**

On peut faire une attraction de compétence en faveur du **juge saisi d'une action alimentaire** ou d'une **action en modification** de la contribution d'entretien. Cela est prévue aux art. 298b al. 3 2<sup>ème</sup> phrase CC, l'art. 298d al. 3 CC (action en modification) et à l'art. 304 al. 2 CPC. Dans ce cas, le juge statue en même temps sur l'autorité parentale, la garde et les relations personnelles et la prise en charge des enfants.

#### **E. Règlementation suite à la constatation de paternité (art. 298c CC)**

Le juge qui constate la paternité (art. 261ss CC) règle aussi la question de l'autorité parentale (art. 298c CC).

La règle est l'institution de l'APC de l'autorité de protection de l'enfant. Seulement si cela s'avère contraire au bien de l'enfant, l'APE prononce exceptionnellement l'AP exclusive de la mère ou du père (art. 298c CC). Pour les cas de figure qui justifient l'attribution d'une AP exclusive et les critères d'attribution, cf. *supra* 4.1. Les circonstances de la constatation de paternité peuvent être prises en compte, notamment un désintérêt du père.

L'art. 298c CC dispose seulement que le juge se prononce sur l'AP. D'après la doctrine, il fallait cependant appliquer les art. 298 al. 2 CC et 298b al. 3 CC par analogie, c'est-à-dire que le juge règle également la garde, des relations personnelles ou de la prise en charge en cas de litige.

Si l'action en constatation de paternité est couplée avec la demande d'aliments (ce qui est possible, cf. art. 303 al. 2 CPC), on applique l'art. 298b al. 3 phr. 2 CC qui dit que le juge règle également la garde, les relations personnelles et la prise en charge (comme si s'était une pure action alimentaire, cf. *supra* D.).

#### **F. Modification à cause de faits nouveaux (art. 298d CC)**

La loi prévoit que la règlementation trouvée selon les règles évoqués ci-dessus (art. 298a, 298b ou 298c, *supra* A à E) peut être modifiée « lorsque des faits nouveaux importants le commandent pour le bien de l'enfant ». L'art. 298d prévoit le même régime pour les parents non mariés qui s'applique aussi en cas de parents divorcés (art. 134 al. 1 CC) et en cas de MPUC (art. 179 al. 1 CC).

L'APE statue suite à la requête d'un des parents, de l'enfant même ou d'office.

Pour la procédure devant l'APEA cf. **III. La protection de l'enfant**

#### **Conditions pour une modification de l'autorité parentale :**

- Faits nouveaux importants, notamment séparation des parents
- Le bien de l'enfant requiert une modification (pour les critères, cf. *supra* 4.1).

**Avec la décision au sujet de l'autorité parentale :** règlementation de la garde, des relations personnelles ou de la prise en charge en cas de litige **par l'autorité de protection de l'enfant** (art. 298d al. 2 CC, application par analogie des art. 298 al. 2 CC et art. 298b al. 3 CC).

#### **G. Décès (art. 297 CC)**

Décès d'un des parents en cas **d'autorité parentale conjointe** : l'autorité parentale appartient de par loi au parent survivant (art. 297 al. 1 CC).

Décès d'un des parents en cas **d'autorité parentale exclusive** : l'autorité de protection de l'enfant attribue l'autorité parentale au parent survivant ou nomme un tuteur, selon le bien de l'enfant (art. 297 al. 2 CC). Il n'y a donc pas un automatisme en faveur du parent survivant qui n'avait pas l'AP avant. Il se peut par exemple qu'on nomme plutôt le beau-parent comme tuteur.

### **4.3. Parents mariés**

#### **A. Pendant le mariage**

Si les père et mère juridiques de l'enfant sont mariés ensemble au moment de sa naissance, ils ont – de par la loi – l'autorité parentale conjointe (art. 296 al. 2 CC).

Si les parents se marient après la naissance, il y a autorité parentale conjointe dès l'établissement de la filiation (art. 259 al. 1 CC, qui renvoie à l'art. 296 al. 2 CC).

Si les parents ont l'AP conjoint et un d'entre eux décède, l'autorité parentale appartient de par loi au parent survivant (art. 297 al. 1 CC).

#### **B. Mesures protectrices de l'union conjugale**

Lorsque les parents mariés vivent séparés au sens de l'art. 175 CC, le juge peut, dans le cadre des MPUC, prendre des mesures judiciaires (art. 176 CC). Une des mesures possibles est de régler le sort des enfants. À cette fin, l'art. 176 al. 3 CC renvoie à l'art. 298 CC (normalement applicable au divorce). Cet article dispose que le juge attribue l'AP exclusive à un des parents si le bien de l'enfant l'exige (pour cas de figure, cf. *supra* 4.1). L'attribution de l'AP exclusive est une exception.

La modification du règlement est possible en cas de faits nouveaux, si le bien de l'enfant l'exige (art. 179 al. 1 CC).

Si le juge des MPUC estime qu'aucun des deux parents de l'enfant n'est apte à exercer l'AP, il doit inviter l'APE à nommer un tuteur à l'enfant (art. 298 al. 3 et 327a CC).

⇒ ces règles s'appliquent *muta mutandis* à la séparation de corps (art. 117s CC)

#### **C. Divorce (art. 133 al. 1 → 298 CC)**

L'art. 133 al. 1 CC prévoit que le juge du divorce doit régler les points suivants :

- autorité parentale (art. 133 al. 1 ch. 1 CC)
- garde de l'enfant (art. 133 al. 1 ch. 2 CC)
- relations personnelles ou participation de chaque parent à la prise en charge de l'enfant (art. 133 al.1 ch. 3 CC);
- contribution d'entretien (art. 133 al.1 ch.4 CC);

Pour ce qui concerne l'AP, l'art. 133 al. 1 CC opère un renvoi l'art. 298 CC. Cet article dispose que le juge attribue l'AP exclusive à un des parents si le bien de l'enfant l'exige (pour cas de figure, cf. *supra* 4.1). L'attribution de l'AP exclusive est une exception.

Si le juge du divorce n'estime qu'aucun des deux parents de l'enfant n'est apte à exercer l'AP, il doit inviter l'APE à nommer un tuteur à l'enfant (art. 298 al. 3 et 327a CC).

En cas de conflit concernant un déménagement (art. 301a al. 2 CC): **lieu de résidence de l'enfant.**

### **Éléments à prendre en compte par le juge du divorce (art. 133 al. 2 CC)**

- La requête commune des parents. En règle générale, il y a une convention des époux (art. 111 al. 1, art. 112 al. 2 CC) contenant la requête commune des parents. Cependant, concernant l'AP et le reste du sort des enfants, le juge n'est pas lié par les conclusions des parties.
- L'avis de l'enfant
- Les circonstances importantes pour le bien de l'enfant (cf. *supra* 4.1.)

La modification du règlement est possible en cas de faits nouveaux, si le bien de l'enfant l'exige (art. 134 CC, renvoi à l'art. 298 CC).

### **D. Éléments de procédure**

**Compétence matérielle** du **juge** pour la règlementation de l'autorité parentale et de la garde de parents mariés ensemble/divorcés :

- art. 176 al. 3, art. 179 al. 1, art. 133 al. 1 ch. 1 et 2, art. 134 al. 3, art. 315b al. 1 CC

Pour la **compétence locale** du juge cf. l'art. 23 al. 1 CPC

### **Procédure devant le juge**

**Art. 296 CPC** : Maxime inquisitoire et maxime d'office

**Art. 297 CPC** : Audition des parents et médiation

**Art. 298 CPC** : Audition de l'enfant

Cf. arrêt no VI/22, TF 5A\_971/2015 du 30 juin 2016

- Consid. 5.1. : la question de savoir si et à quelles conditions ce dernier doit être entendu est résolue au premier chef par l'art. 298 al. 1 CPC, selon lequel les enfants sont entendus personnellement et de manière appropriée par le juge ou par un tiers nommé à cet effet, pour autant que leur âge ou de justes motifs ne s'y opposent pas. Dans le cadre des procédures relatives aux enfants, la maxime inquisitoire - et la maxime d'office - trouvent application, conformément à l'art. 296 CPC. Le juge est dès lors tenu d'entendre l'enfant, non seulement lorsque celui-ci ou ses parents le requièrent, mais aussi dans tous les cas où aucun juste motif ne s'y oppose. L'audition ne présuppose pas que l'enfant ait la capacité de discernement. S'il n'a pas encore de capacité de discernement par rapport aux enjeux, l'audition de l'enfant vise avant tout à permettre au juge compétent de se faire une idée personnelle et de disposer d'une source de renseignements supplémentaire pour établir l'état de fait et prendre sa décision. Pour cette raison, on ne doit pas interroger les jeunes enfants sur leurs désirs concrets quant à leur attribution à l'un ou l'autre de leurs parents, dans la mesure où ils ne peuvent pas s'exprimer à ce sujet en faisant abstraction de facteurs d'influence immédiats et extérieurs et n'arrivent pas à formuler une volonté stable. L'audition d'un enfant est en principe possible dès qu'il a six ans révolus. Cet âge minimum est indépendant du fait que, en psychologie infantine, on considère que les activités mentales de logique formelle ne sont possibles qu'à partir d'un âge variant entre onze et treize ans environ et que la capacité de différenciation et d'abstraction orale ne se développe plus ou moins qu'à partir de cet âge-là.
- Consid. 5.2. : Si, dans le cadre d'un même conflit conjugal, le juge est appelé à intervenir par plusieurs décisions successives ou que la décision de première instance est portée devant les autorités d'appel, l'audition de l'enfant n'aura pas à être répétée chaque fois. En outre, lorsque l'enfant a déjà été entendu par un tiers, en général dans le cadre d'une expertise, le juge peut renoncer à l'entendre une nouvelle fois si une audition répétée représente pour l'enfant une charge insupportable (par ex. en cas de conflit de loyauté aigu) et que l'on ne peut attendre aucun nouveau résultat d'une audition supplémentaire ou que l'utilité escomptée est sans rapport raisonnable avec la charge causée par la nouvelle audition. Le juge peut alors se fonder sur les résultats

de l'audition effectuée par le tiers pour autant qu'il s'agisse d'un professionnel indépendant et qualifié, que l'enfant ait été interrogé sur les éléments décisifs pour l'affaire à juger et que l'audition, respectivement ses résultats, soient actuels.

**Art. 299s CPC** : Représentation de l'enfant

#### 4.4. Parents adoptifs

##### **A. Parents adoptifs dans le cadre du partenariat enregistré**

En cas d'adoption de l'enfant du partenaire enregistré (art. 264c al. 1 ch. 2 CC), l'art. 27a LPart prévoit qu'on applique les art. 270 à 327a CC par analogie. Par conséquence, le partenaire adoptant acquiert automatiquement l'autorité parentale par l'adoption (art. 267 al. 1 CC en lien avec l'art. 296 CC) Il détient l'autorité parentale conjointe selon l'art. 296 al. 2 CC.

En cas de **suspension de la vie commune**, l'art. 17 al. 3<sup>bis</sup> LPart (disposition analogue à l'art. 176 al. 3 CC pour les MPUC) renvoie notamment à l'art. 298 CC, qui est appliqué par analogie.

Dans le cadre de la **dissolution du partenariat enregistré**, selon l'art. 34 al. 4 LPart application par analogie des règles concernant le sort de l'enfant lors du divorce de ses parents, art. 133, 134 CC → 296 al. 2 et 298 CC.

**Procédure, art. 307a CPC** : application par analogie des art. 295 à 302 CPC.

##### **B. Parents adoptifs menant de fait une vie de couple avec la mère ou le père de l'enfant**

En cas d'adoption par une personne qui mène de fait une vie de couple avec la mère ou le père de l'enfant (art. 264c al. 1 ch. 3 CC) :

- acquisition de l'autorité parentale par l'adoption (art. 267 al. 1 en lien avec l'art. 296 CC)
- autorité parentale conjointe selon l'art. 296 al. 2 CC.

Selon l'art. 298e CC, application par analogie de l'art. 298d CC pour la modification de l'autorité parentale en cas de faits nouveaux importants (notamment séparation des parents).

#### 4.5. Beaux-parents et parents nourriciers

##### **A. Beaux-parents (art. 299 CC, art. 27 al. 1 LPart)**

Le beau-parent au sens juridique du terme est le conjoint ou le partenaire enregistré d'un parent de l'enfant. Cependant, les art. 299 CC et 27 al. 1 LPart sont appliqués par analogie aux partenaires de fait du parent.

Ni le beau-père, ni la belle-mère, ne peut être le détenteur ou la détentrice de l'autorité parentale. Ils peuvent cependant, dans des cas exceptionnels, être nommé tuteur et se voir attribuer l'enfant (art. 311s et 327a CC).

Devoir d'**assistance** (cf. aussi l'art. 159 al. 3 CC).

**Représentation** du détenteur de l'autorité parentale dans l'exercice de la dernière.

##### **B. Parents nourriciers (art. 300 CC)**

« Parent nourricier » est une notion très large.

Les parents nourriciers **ne peuvent pas** être détenteurs de l'autorité parentale. Ils assurent la **représentation** des détenteurs de l'autorité parentale dans l'exercice de la dernière (art. 300 al. 1 CC).

Les parents nourriciers ont le droit d'être entendu avant toute décision importante (art. 300 al.

2 CC).

Question ouverte : les parents nourriciers sont-ils détenteurs de la garde de l'enfant ?

## 5. Les relations personnelles et le droit à l'information

### 5.1. Les relations personnelles entre l'enfant et ses parents

**Bases légales : art. 273, 274, 275 CC**

#### A. La notion

Les relations personnelles sont régies par les art. 273 à 275a CC. Elles font l'objet d'un droit réciproque de l'enfant mineur et de chaque parent d'entretenir des contacts. Ceci peut se faire par des contacts directs (« visites »), par téléphone, appel vidéo, sms, e-mail, lettres etc. Le but est le maintien (ou construction) de la relation parent-enfant vis-à-vis des deux parents. La doctrine dit que le droit doit permettre aux intéressés de maintenir un « lien vivant ». Le droit d'entretenir des relations personnelles appartient en premier lieu aux parents privés de l'AP ou de la garde (art. 273 al. 1 CC).

Le TF rappelle que le droit aux relations personnelles de l'art. 273 al. 1 CC est conçu comme un droit-devoir réciproque qui sert en premier lieu les intérêts de l'enfant (cf. par exemple l'arrêt VI/19 (TF 5A\_334/2018 consid. 3.1)

Plusieurs articles rappellent que l'autorité compétente dans des décisions en matière familiale doit tenir compte du droit aux relations personnelles (cf. les art. 298 al. 2<sup>bis</sup>, art. 298b al. 3<sup>bis</sup> CC).

#### B. Mise en œuvre

Le droit aux relations personnelles dépend directement de l'existence d'un lien de filiation juridique (art. 252 ss CC). À l'égard du père, le droit est reconnu dès le moment où la paternité juridique est établie, même s'il ne s'agit pas du père biologique (ATF 127 III 295, 298). Le père génétique qui n'est pas le père juridique est un tiers au sens de la loi (cf. *infra* 5.2.).

**Condition :** Lien de filiation selon les art. 252 ss CC. Le droit cesse donc immédiatement en cas de rupture du lien juridique (par exemple en cas d'une action en désaveu).

La réglementation se fait – si possible - par accord entre les parents. Subsidiairement, les parents peuvent demander l'autorité compétente (APE) de fixer les modalités et l'étendue. En cas de divorce / séparation juridique des parents, le juge doit d'office régler les relations personnelles (ATF 123 III 445), mais respecter l'accord trouvé par les père et mère si cette solution ne met pas en danger le bien de l'enfant.

#### C. L'étendue du droit aux relations personnelles

Les relations personnelles doivent être « indiqués par les circonstances » (art. 273 al. 1 *in fine* CC), en fonction du bien de l'enfant. Le juge doit tenir compte des circonstances du cas concret, en particulier l'âge de l'enfant, de sa santé et de sa relation avec le parent non gardien.

L'étendue dépend donc de la situation de l'enfant et du parent (cf. Guillod, *Droit des familles* n° 260, p. 160)

**Devoir de loyauté réciproque des parents :** À teneur de l'art. 274 al. 1 CC, chaque parent doit veiller à ne pas perturber les relations entre l'enfant et l'autre parent. Il ne doit pas non plus rendre l'éducation de l'enfant plus difficile.

## D. Le retrait et le refus du droit aux relations personnelles (art. 274 al. 2 CC)

L'art. 274 al. 2 CC permet au détenteur de la garde ou à l'AP de refuser le droit aux relations personnelles au parent titulaire de ce droit.

Le refus ou retrait du droit aux relations personnelles ne peut être demandé que si le bien de l'enfant l'exige impérieusement et qu'il est impossible de trouver une réglementation du droit de visite qui sauvegarde ses intérêts: la disposition a pour objet de protéger l'enfant, et non de punir les parents. Ainsi, la violation par eux de leurs obligations et le fait de ne pas se soucier sérieusement de l'enfant ne sont pas en soi des comportements qui justifient le refus ou le retrait des relations personnelles; ils ne le sont que lorsqu'ils ont pour conséquence que ces relations portent atteinte au bien de l'enfant (arrêt VI/16, TF 5A\_756/2013 consid. 5.1.2).

L'autorité judiciaire doit retirer ou soumettre à des conditions l'exercice du droit de visite dans quatre situations :

1. Les relations personnelles compromettent le développement physique, moral ou psychique de l'enfant (p. ex. maltraitance par le titulaire du droit aux relations personnelles, alcoolisme, ou même en cas de conflit entre les parents.)
2. Le titulaire du droit aux relations personnelles viole ses obligations (p. ex. violation du devoir de loyauté au sens de l'art. 274 al. 1 CC).
3. Le titulaire ne se soucie pas sérieusement du bien de l'enfant
  - Élément objectif (absence de lien vivant entre titulaire et l'enfant)
  - Élément subjectif (volonté du titulaire d'entretenir ce lien. Le fait de ne pas payer l'entretien est un signe d'absence de volonté)
  - L'absence de lien vivant n'est un motif que lorsqu'elle a pour conséquence de porter atteinte au bien de l'enfant (arrêt VI/16, TF 5A\_756/2013 consid. 5.1.3).
4. Autres justes motifs (p. ex. si le titulaire est totalement étranger à l'enfant à cause d'un séjour prolongé en prison)

Conformément au principe de la proportionnalité, il importe en outre que ce danger ne puisse être écarté par d'autres mesures appropriées. Le retrait de tout droit à des relations personnelles constitue l'*ultima ratio* et ne peut être ordonné dans l'intérêt de l'enfant que si les effets négatifs des relations personnelles ne peuvent être maintenus dans des limites supportables pour l'enfant. Le refus ou le retrait du droit aux relations personnelles selon l'art. 274 al. 2 CC nécessite des indices concrets de mise en danger du bien de l'enfant (arrêt VI/16, TF 5A\_756/2013 consid. 5.1.2).

### Cas spécial de justes motifs : Refus par l'enfant

Un enfant capable de discernement peut refuser les relations personnelles. Dans ce cas, il n'y a pas lieu de procéder à une « exécution forcée ». En effet, la liberté personnelle d'une personne capable de discernement empêche qu'on force une personne d'entretenir une relation avec une autre. La capacité de discernement est fixée autour de 12 ans pour cette question. En revanche, l'exercice des relations personnelles peut être ordonnée en dépit du refus d'un enfant en bas âge.

Arrêt VI/16, TF 5A\_756/2013 du 9 janvier 2014 : Audition de l'enfant en principe possibles à partir de six ans dans le cadre des procédures de droit matrimonial (cf. arrêt VI/22). À cause des capacités mentales limitées d'un enfant à cet âge, l'audition de l'enfant est plutôt une source de renseignement. Dans le cas d'espèce, le TF a décidé qu'un enfant de 4 ans ne pouvait valablement exprimer une volonté de ne plus voir son père, notamment car l'enfant était fortement influencé par la mère, qui détenait la garde.

Arrêt no VI/17, TF 5A\_459/2015 du 13 août 2015 cons. 6.2.2. : L'avis de l'enfant n'est pas le seul critère, puisque l'enfant n'est pas toujours en mesure d'apprécier son propre bien

à long terme. En principe, il est dans l'intérêt de l'enfant d'avoir des relations personnelles avec les deux parents. Pour apprécier le poids qu'il convient d'accorder à l'avis de l'enfant, son âge et sa capacité à se forger une volonté autonome, ce qui est en règle générale le cas aux alentours de 12 ans révolus, ainsi que la constance de son avis sont centraux. Néanmoins, il demeure que, si un enfant capable de discernement refuse de manière catégorique et répétée, sur le vu de ses propres expériences (p. ex. violences), d'avoir des contacts avec l'un de ses parents, il faut les refuser en raison du bien de l'enfant; en effet, face à une forte opposition, un contact forcé est incompatible avec le but des relations personnelles ainsi qu'avec les droits de la personnalité de l'enfant

### **Conséquences**

Si un des cas mentionnés ci-dessus est réalisée, l'autorité dispose d'une certaine marge de manœuvre. Elle peut refuser, supprimer, limiter ou soumettre à des modalités (cf. *infra* E mesures de protection ou d'accompagnement) le droit aux relations du titulaire.

Le retrait complet du droit de visite constitue une *ultima ratio*. L'autorité ne l'ordonnera donc que lorsqu'il ne lui est pas possible de protéger le bien de l'enfant d'une autre manière.

### **E. Mesures de protection ou d'accompagnement**

#### **Instructions par l'APE (art. 273 al. 2 CC)**

L'APE peut rappeler les père et mère à leurs devoirs et leur donner des instructions lorsque l'exercice ou le défaut d'exercice du droit aux relations personnelles est préjudiciable à l'enfant ou que d'autres motifs l'exigent. Sur cette base, l'autorité de protection peut par exemple ordonner au parent en sa possession de déposer le passeport de l'enfant, assortir l'exercice du droit de visite de l'exigence de se soumettre à une thérapie par le jeu avec l'enfant ou ordonner aux parents de prendre contact avec un centre de consultation familiale (arrêt VI/18 TF 5A\_7/2016 du 15 juin 2016 ; cons. 4.3).

#### **Droit de visite accompagné (art. 274 al. 2 et art. 307 al. 3 CC)**

Arrêt VI/19 TF 5A\_334/2018 du 7 août 2018 : Par exemple en présence d'un curateur de surveillance ou auprès d'un Point Rencontre. Le droit de visite surveillé tend à mettre efficacement l'enfant hors de danger, à désamorcer des situations de crise, à réduire les craintes et à contribuer à l'amélioration des relations avec l'enfant et entre les parents. Il constitue en principe une solution provisoire et ne peut donc être ordonné que pour une durée limitée.

**Médiation ou thérapie ordonnée (art. 307 al. 3 CC, cf. arrêt no VI/15, TF 5A\_34/2017 du 4 mai 2017).**

#### **Curatelle de surveillance des relations personnelles (art. 308 al. 2 CC)**

Arrêt VI/18, TF 5A\_7/2016 du 15 juin 2016) : La curatelle de surveillance des relations personnelles selon l'art. 308 al. 2 CC a pour but de faciliter, malgré les tensions existant entre les père et mère, le contact entre l'enfant et le parent qui n'est pas au bénéfice de la garde et de garantir l'exercice du droit de visite. Le rôle du curateur de surveillance des relations personnelles est proche de celui d'un intermédiaire et d'un négociateur. Il n'a pas le pouvoir de décider lui-même de la réglementation du droit de visite, mais le juge peut lui confier le soin d'organiser les modalités pratiques de ce droit dans le cadre qu'il aura préalablement. Ces modalités pratiques peuvent notamment consister dans la fixation d'un calendrier, les arrangements liés aux vacances, les lieu et moment précis auxquels l'enfant doit être remis à l'autre parent, les lieu et moment précis où l'enfant sera accueilli, la garde-robe à fournir à celui-ci et le rattrapage ponctuel des jours où le droit de visite n'a pas pu être exercé comme prévu.

Une curatelle de surveillance des relations personnelles sera en principe instaurée lorsqu'elle apparaît être la seule mesure à même de prévenir une rupture des relations de l'enfant avec le parent avec lequel il ne vit pas. En revanche, la curatelle de surveillance des relations personnelles n'a en effet pas pour vocation d'offrir une situation de confort à

- des parents en froid qui souhaiteraient par ce biais s'épargner tout contact.
- Attention, le curateur n'a pas la compétence de fixer lui-même quoique ce soit.

Une modalité peut aussi être l'interdiction de quitter la Suisse.

## **F. Compétence matérielle**

### **Compétence hors procédure matrimoniale**

En premier lieu, il incombe aux parents de régler les relations personnelles avec l'enfant. Le parent non détenteur de l'AP ne peut pas imposer l'exercice de son droit aux relations personnelles à l'autre parent (art. 275 al. 3 CC), mais doit saisir l'APE pour le faire reconnaître et en fixer les modalités, qui, alors seulement, deviendront opposables au parent détenant l'AP.

Si les parents ne trouvent pas d'accord, l'autorité de protection de l'enfant est compétente pour prendre les mesures nécessaires (art. 275 al. 1 CC). Elle peut intervenir d'office, si l'intérêt de l'enfant l'exige, ou sur requête de l'un des parents (art. 273 al. 3 CC), de l'enfant capable de discernement ou du tuteur. L'APE est aussi compétent dans des autres hypothèses : art. 298b al. 3, 298d al. 2, 298e CC.

Juge : Dans le cadre d'un jugement en paternité (art. 298c CC)

### **Compétence en relation avec une procédure matrimoniale (art. 275 al. 2 CC)**

Règle : juge du divorce ou des mesures protectrices de l'union conjugale, aussi pour la modification du jugement de divorce ou des MPUC (art. 133 al. 1 ch. 3, 134 al. 3 et 4, 176 al. 3, 179 al. 1 CC)

Exception : autorité de protection de l'enfant (seules les relations personnelles sont litigieuses dans le cadre de la modification du jugement de divorce ou des MPUC: art. 134 al. 3 et 4, art. 179 al. 1 CC).

## **G. Procédure**

Pour la procédure voir :

### **III. La protection de l'enfant – 4. Éléments de procédure**

- **4.3 Procédure devant l'APE**
- **4.4. Procédure devant le juge**

### **5.2. Les relations personnelles entre l'enfant et des tiers**

**Bases légales:** art. 274a, 275 CC, art. 27 al. 2 LPart

À titre exceptionnel, le droit d'entretenir des relations personnelles avec l'enfant peut être reconnu à d'autres personnes que les père et mère juridiques de l'enfant, « à condition que ce soit dans l'intérêt juridique de l'enfant » (art. 274a al. 1 CC). L'art. 274a al. 1 mentionne, comme exemple, les membres de la parenté.

Des autres tiers qui entrent en considération sont par exemple : le partenaire enregistré du parent (art. 27 al. 2 LPart), un beau-parent, les grands-parents, les parents nourriciers, le père biologique avec qui aucun lien juridique n'existe.

**Adoption :** Généralement, le droit aux relations personnelles entre les parents naturels et l'enfant donné en adoption cesse au moment du placement de l'enfant en vue d'adoption (art. 274 al. 3 CC). Cependant, les parents adoptif est les parents naturels peuvent convenir que les premiers gardent le droit aux relations personnelles après l'adoption (art. 268e CC).

**Condition :** Les relations personnelles correspondent au bien de l'enfant.

**Compétence :** autorité de protection de l'enfant (art. 275 al. 1 CC), à l'exception des relations avec le beau-parent, compétence du juge dans les procédures matrimoniales

ou concernant le partenariat enregistré.

### **5.3. Information et renseignement**

**Base légale : art. 275a CC**

Le droit aux relations personnelles implique aussi de recevoir du parent gardien des informations relatives à l'enfant.

**Ayants droit:** parents (art. 252 ss CC) non détenteurs de l'autorité parentale.

#### **A. Contenu**

Arrêt VI/20, TF 5A\_638/2014 du 3 février 2015 : L'art. 275a CC prévoit que le père ou la mère qui ne détient pas l'autorité parentale doit être informé des événements particuliers survenant dans la vie de l'enfant et être entendu avant la prise de décisions importantes pour le développement de celui-ci (al. 1); il peut, tout comme le détenteur de l'autorité parentale, recueillir auprès des tiers qui participent à la prise en charge de l'enfant, notamment auprès de ses enseignants ou de son médecin, des renseignements sur son état et son développement (al. 2); les dispositions limitant le droit aux relations personnelles avec l'enfant et la compétence en la matière s'appliquent par analogie (al. 3).

Droit de recevoir des informations et d'être entendu avant la prise de décisions importantes (art. 275a al. 1 CC); droit de recueillir des informations (art. 275a al. 2 CC)

#### **Limites**

Limites de l'art. 274 al. 2 CC (renvoi de l'art. 275a al. 3 CC);  
Droits de la personnalité de l'enfant.

Cf. l'arrêt VI/21, TF 5A\_889/2014 du 11 février 2015.

### **5.4. Compétences**

**Compétence matérielle** (en matière de relations personnelles): art. 275 CC

Compétence matérielle ordinaire: **autorité de protection de l'enfant** (art. 275 al. 1 CC).

Compétence matérielle en relation avec une **procédure matrimoniale** (art. 275 al. 2 CC)

**Règle:** juge du divorce ou des mesures protectrices de l'union conjugale, aussi pour la modification du jugement de divorce ou des MPUC (art. 133 al. 1 ch. 3, 134 al. 3 et 4, 176 al. 3, 179 al. 1 CC)

**Exception:** autorité de protection de l'enfant (art. 315a al. 3, art. 315b al. 2 en lien avec les art. 134 al. 3 et 4, art. 179 al. 1 CC).

## **III. La protection de l'enfant**

Le CC contient, à ces art. 307ss CC, un chapitre sur la protection de l'enfant.

### **1. Les principes généraux**

#### **1.1. Le bien de l'enfant**

**Le bien de l'enfant** (cf. aussi art. 11 al. 1 Cst.; art. 3 CDE) joue un double rôle :

1. La mise en danger du bien de l'enfant est une condition de toutes les mesures de protection de l'enfant (cf. art. 307 al. 1, art. 310 al. 1 CC). Peut constituer une mise en

danger par exemple la maltraitance physique ou psychologique, l'inaptitude ou la négligence dans l'éducation ou la prise en charge ou le refus de donner le consentement à un traitement médical nécessaire.

2. Le bien de l'enfant est la **ligne directrice** pour le choix de la mesure et sa mise en œuvre (cf. art. 307 al. 1 CC)

## **1.2. Le principe de la proportionnalité**

Les mesures de protection sont une intervention de l'État dans la sphère privée des parents et de l'enfant. Les mesures constituent souvent des atteintes à des droits fondamentaux. Ainsi, l'État doit respecter le principe de la proportionnalité. Ce principe s'exprime de différents façons :

- Gradation de l'intervention (art. 307 à 311/312 CC)
- Nécessité, adéquation, proportionnalité au sens étroit (cf. art. 307 al. 1, 308 al. 1, 310 al. 1, 311 al. 1 CC)
- Subsidiarité et complémentarité (cf. art. 307 al. 1 CC)
  - o Les mesures de l'État doivent compléter les efforts des parents et non les remplacer.
- Adaptation d'office ou sur demande (art. 313 al. 1 CC)

### **Majeure**

Toute mesure de protection de l'enfant est par le principe de la proportionnalité (au sens large). Ce principe s'articule par plusieurs concepts qui sont à respecter. Premièrement, les mesures étatiques sont subsidiaires et complémentaires aux efforts des parents, ce qui implique que le danger que court l'enfant ne puisse être prévenu par les père et mère eux-mêmes (cf. art. 307 al. 1 CC). Les art. 307 à 311/312 CC prévoient des ingérences de plus en plus attentatoires. Il faut choisir la mesure la moins incisive possible (gradation de l'intervention). Il faut que la mesure ordonnée soit apte à atteindre le but de protection visé et nécessaire à cette fin, et que l'intervention apparaisse appropriée pour atteindre ce but (d'adéquation / proportionnalité au sens étroit) (Arrêt VII/26 - TF 5A\_476/2016 du 21 septembre 2016 ; cons. 5.2.2.).

## **1.3. Principe de prévention**

Les mesures visent à prévenir des atteintes au bien de l'enfant. En revanche, elles ne visent pas à punir les père et mère de l'enfant.

# **2. Les mesures de protection de l'enfant**

## **2.1. Les mesures non spécifiques (art. 307 CC)**

On parle aussi de l'assistance éducative. Ce sont les mesures les moins incisives.

### **A. Condition (= Majeure)**

L'art. 307 CC prévoit les mesures non spécifiques. Les conditions d'une telle mesure sont une mise en danger du bien de l'enfant ainsi que le respect du principe de la proportionnalité. Peut constituer une mise en danger par exemple la maltraitance physique ou psychologique, l'inaptitude ou la négligence dans l'éducation ou la prise en charge ou le refus de donner le consentement à un traitement médical nécessaire.

Dans le cadre de l'assistance éducative, il suffit que le bien-être corporel, intellectuel ou affectif de l'enfant soit menacé pour que l'APE puisse appliquer l'art. 307 CC. Il n'est pas nécessaire que le danger se soit déjà concrétisé, la seule menace étant suffisante. Il s'agit donc d'une mesure essentiellement préventive (Guillod, *Droit des personnes*, éd. 5 p. 279, n° 348).

### **B. Mesures**

**Destinataires :** père, mère, enfant et/ou parents nourriciers (art. 307 al. 2 CC).

### **Large pouvoir d'appréciation, exemples de mesures (art. 307 al. 3 CC) :**

- Rappel des devoirs (peu utilisé en pratique, car non efficace)
- Indications et instructions ; p.ex. médiation ordonnée, thérapie ordonnée (cf. arrêt VI/15, TF 5A\_34/2017 du 4 mai 2017) traitement médical de l'enfant
  - o L'art. 307 CC n'est pas une base légale suffisante pour ordonner une thérapie d'un des parents. Une thérapie est seulement envisageable si elle est en lien direct avec l'intérêt de l'enfant (p. ex. pour aider aux parents de surmonter un conflit grave entre eux)
- Désignation d'une personne ou d'un office qui a un droit de regard et d'information, mais aucun pouvoir coercitif à l'égard des parents (ATF 56 II 8).

L'APE peut assortir sa décision de la menace des peines prévues à l'art. 292 CP.

## **2.2. Les curatelles (art. 308 CC)**

La curatelle est la mesure la plus fréquente en matière de protection des enfants.

### **A. Condition**

Afin d'instituer une curatelle, il faut qu'il y ait une mise en danger du bien de l'enfant. Or, les autres principes généraux doivent être respectés. En vertu du principe de la proportionnalité, sous l'angle de la gradation des interventions et de la nécessité, il faut que les mesures non spécifiques (art. 307 CC) ne soient pas suffisantes.

L'APE doit respecter le droit d'être entendu des détenteurs de l'AP et de l'enfant capable de discernement.

### **B. Mesures**

La curatelle a pour but d'assister les détenteurs de l'AP. Cependant, la mission du curateur doit être clairement circonscrite. Il y a donc différents types de curatelle. La loi ne prévoit pas une liste exhaustive, mais seulement des indications quant aux curatelles imaginables :

#### **Curatelle éducative (art. 308 al. 1 CC)**

Le curateur ou la curatrice a la mission d'assister les père et mère son conseil et son appui dans la prise en charge de l'enfant. La curatelle éducative selon l'art. 308 al. 1 CC va plus loin que la simple surveillance d'éducation au sens de l'art. 307 al. 3 CC, en ce sens que le curateur ne se borne pas à exercer une surveillance, mais intervient lui-même activement auprès des parents par des conseils et un appui dans la prise en charge, voire par des directives et autres instructions (Arrêt VI/26 - TF 5A\_476/2016 du 21 septembre 2016 ; cons. 5.2.1).

D'après l'art. 308 al. 2 CC, l'APE peut conférer au curateur certains pouvoirs. Dans ce cas, le curateur et les parents ont des pouvoirs parallèles :

#### **Curatelle de paternité (art. 308 al. 2 CC)**

Cf. l'arrêt VI/23 –ATF 142 III 545.

- Cons. 2.3. : En n cas de naissance d'un enfant hors mariage, une curatelle tendant à faire établir la filiation paternelle ne doit être instituée que si cette mesure apparaît nécessaire. Conformément au principe général énoncé à l'art. 307 al. 1 CC, tel est le cas lorsque le développement de l'enfant est menacé et que la mère n'y remédie pas d'elle-même ou soit hors d'état de le faire.
- Cons. 3.1. : Il est manifeste que le bien-être de l'enfant ne se résume pas à la satisfaction de ses seuls besoins matériels (art. 276 CC; [...]), mais comprend tout ce qui est propre à favoriser et à protéger son développement corporel, intellectuel et moral (art. 302 al. 1 CC); à elle seule, la bonne situation professionnelle et financière de la mère (non mariée) n'exclut dès lors pas l'institution d'une curatelle de paternité.

La mission du curateur de paternité est de convaincre le père de reconnaître l'enfant. Si le père refuse, le curateur peut intenter l'action en paternité en tant que représentant de l'enfant. Un curateur de paternité est uniquement envisageable si l'enfant n'a pas de lien de filiation paternelle, ou risque de le perdre à cause d'une action en contestation de la reconnaissance ou action en désaveu. S'il faut de toute façon nommer un tuteur (p. ex. car la mère est mineure), la nomination d'un curateur est sans objet.

En principe, l'APE charge le curateur de paternité de faire valoir le droit de l'enfant à des contributions d'entretien (donc une curatelle alimentaire) :

#### **Curatelle alimentaire (art. 308 al. 2 CC)**

Cette curatelle sert à obtenir une contribution alimentaire pour assurer l'entretien de l'enfant. Si les parents ne peuvent se mettre d'accord par une convention, le curateur doit intenter une action contre le parent non-gardien (et *a fortiori* contre le parent qui ne détient pas l'AP).

#### **Curatelle de surveillance de relations personnelles (art. 308 al. 2 CC)**

Dans cette forme, le curateur ne représente pas l'enfant. Il peut aider les parents à trouver des modalités des droits de visite convenables etc. Il a donc le rôle de médiateur entre les parents. La jurisprudence a décidé que le curateur ne peut pas lui-même prendre des décisions en attribution ou modification d'un droit de visite.

En principe, la compétence du curateur est parallèle, dans le domaine de son mandat, à la compétence des parents. La loi prévoit cependant qu'on peut **limiter l'autorité parentale** (art. 308 al. 3, art. 314 al. 3 CC). On peut notamment attribuer un pouvoir de représentation exclusif au curateur pour certains domaines (p. ex. domaine médical). Une telle décision s'impose en cas des parents qui ne collaborent pas avec le curateur.

Il faut distinguer la curatelle de protection de l'enfant de l'art. 308 CC des autres curatelles prévues par la loi (p. ex. curatelle de représentation dans le cadre d'une procédure matrimoniale, art. 299 CPC). Ces autres normes sont des normes spéciales qui s'appliquent uniquement à la représentation de l'enfant dans des procédures spécifiques (p. ex. devant le juge ou devant l'APE).

L'art. 306 CC est une *lex specialis* à l'art. 308 CC en cas d'un conflit d'intérêts.

### **2.3. Le retrait du droit de déterminer le lieu de résidence (art. 310 CC)**

Le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant fait partie intégrante de l'AP (art. 301a CC). Il consiste dans la compétence de déterminer l'endroit où résidera durablement l'enfant et le mode d'encadrement de ce dernier. Le retrait du droit de déterminer le lieu de résidence est rare en pratique. Il n'y avait que 386 cas à Genève en 2018 (contre 2'232 curatelles).

#### **A. Conditions**

Le retrait de ce droit est envisageable quand l'APE « ne peut éviter autrement que le développement de l'enfant ne soit compromis » (art. 310 al. 1 CC).

#### **Retrait d'office (art. 310 al. 1 CC)**

Il est prononcé d'office (art. 310 al. 1 CC) lorsque le développement mental, corporel, intellectuel ou affectif de l'enfant n'est pas suffisamment protégé chez les parents ou chez les personnes chez lesquelles ceux-ci l'ont placé. Il n'importe pas si la mise en péril découle du milieu ou de la faute des parents. (arrêt VI/24 –TF 5A\_724/2015 du 2 juin 2016).

D'après le principe de proportionnalité, cette mesure s'applique uniquement si les mesures des art. 307 et 308 CC ne suffisent pas. Puisque le retrait du droit de déterminer le lieu de résidence est une atteinte grave aux droits des parents, il faut scrupuleusement appliquer le principe de proportionnalité (cf. p. ex. l'arrêt VI/24 –TF 5A\_724/2015 du 2 juin 2016).

L'enfant est placé, ce qui implique la disponibilité d'un lieu de placement adéquat.

### **Retrait sur demande de père et mère ou l'enfant (art. 310 al. 2 CC)**

Le retrait est aussi prononcé lorsque les rapport entre enfant et parents « sont si gravement atteints que le maintien de l'enfant dans la communauté familiale est devenu insupportable et que, selon toute prévision, d'autres moyens seraient inefficaces ». La demande de retrait peut provenir du père, de la mère ou de l'enfant. L'enfant est placé, ce qui implique la disponibilité d'un lieu de placement adéquat.

### **Interdiction de reprendre l'enfant (art. 310 al. 3 CC)**

Si les parents ont eux-mêmes placé l'enfant chez des tiers (p. ex. grands-parents), l'APE peut prononcer l'interdiction de reprendre l'enfant placé chez des parents nourriciers (art. 310 al. 3 CC). Ce dernier cas intervient notamment si les parents ont déposé l'enfant chez les grands-parents, l'ont complètement négligé pendant une dizaine d'années et puis veulent soudainement reprendre l'enfant.

L'APE peut interpréter librement le terme « longtemps » dans la loi. La jurisprudence exige que les parents nourriciers soient devenus la principale référence de l'enfant du point de vue socio-psychologique.

### **C. Effet**

Le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant passe des père et mère à l'autorité. Le retrait ne supprime pas l'AP des père et mère, mais la limite. Les détenteurs de l'AP gardent le droit aux relations personnelles (art. 273 CC), sous réserve de limitations (art. 274 CC). Or, les parents doivent désormais verser d'entretien en la forme pécuniaire (art. 276 al. 2 CC).

### **D. Cas spécial – Placement de l'enfant dans une institution fermée ou dans un établissement psychiatrique**

La loi prévoit l'application par analogie des dispositions concernant le placement des adultes à des fins d'assistance (cf. *infra* cours sur la protection des adultes). Ce sont les art. 426-437 CC (par renvoi de l'art. 314b al. 1 CC).

## **2.4. Le retrait de l'autorité parentale (art. 311 et 312 CC)**

### **A. Conditions**

Les art. 311 et 312 CC permettent de retirer l'AP à des parents. Cette mesure est l'*ultima ratio*, c'est-à-dire qu'elle n'intervient que si toutes les autres mesures n'ont pas eu de succès ou paraissent d'emblée insuffisantes. À Genève, seulement 15 retraits de l'AP ont été prononcés en 2018.

### **B. Mesures**

#### **Retrait ordinaire (art. 311 al. 1 CC) :**

Le retrait ordinaire intervient d'office. L'art. 311 al. 1 ch. 1 et 2 CC énumère les causes qui peuvent motiver un retrait ordinaire. Il doit s'agir de motifs objectifs.

La jurisprudence a par exemple retenu comme motifs une incarcération de longue durée d'un parent ou des troubles psychologiques graves des parents,

#### **Retrait facilité (art. 312 CC)**

C'est l'hypothèse de retrait avec le consentement des parents. Les père et mère peuvent en principe pas renoncer l'AP. C'est seulement en présence de justes motifs qu'ils peuvent poser la demande (art. 312 ch. 1 CC). Les parents qui consentent à une adoption de l'enfant par des adoptants connus posent en principe une telle demande.

Or, l'APE retire l'AP des parents « lorsqu'ils ont donné leur consentement à l'adoption future de l'enfant par des **tiers anonymes** » (art. 312 ch. 2 CC).

### **C. Effets**

Le retrait de l'AP engendre la perte des droits et obligations découlant de l'autorité parentale :

- prise de décisions (art. 301 al. 1 CC) ; droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant (art. 301a al. 1 CC) ; éducation (art. 302 s. CC) ; représentation (art. 304 à 306 CC) ; administration des biens de l'enfant (art. 318 CC).

En revanche, les droits et obligations découlant du lien de filiation sont **maintenus** :

- devoirs d'aide, d'égards et de respect (art. 272 CC)
- droit aux relations personnelles (art. 273 ss CC)
- droit à l'information et aux renseignements (art. 275a)
- obligation d'entretien (art. 276 CC).

Le retrait de l'AP à un parent engendre l'exercice de l'AP par l'autre parent seul. Si aucun des parents ne détient encore l'AP, un tuteur est nommé à l'enfant (art. 311 al. 2 et art. 327a CC).

Les effets de la mesure s'étendent en principe aux enfants nés après son prononcé, sauf décision contraire (art. 311 al. 3 CC).

Durée minimale d'un an du retrait de l'AP (art. 313 al. 2 CC).

## **2.5. Les mesures de protection des biens de l'enfant (art. 324 et 325 CC)**

### **A. Condition**

Les biens patrimoniaux de l'enfant sont mis en danger par la gestion des père et mère ou utilisés de manière contraire à la loi.

**Proportionnalité** : priorité des mesures préventives des art. 318 al. 2 et 3 CC (inventaire, remise périodique de comptes et de rapports).

### **B. Mesures de protection :**

- Mesures non spécifiques (art. 324 al. 1 CC)
  - o exemples: instructions concernant l'administration, consignation, sûretés (art. 324 al. 2 CC);
- Retrait de l'**administration** des biens de l'enfant et institution d'une **curatelle** (art. 325 CC).

## **3. La tutelle des mineurs (art. 327a à 327c CC)**

Même si la tutelle des mineurs des trouve pas dans le même chapitre que les autres mesures, elle en fait quand même partie.

**Condition** : L'enfant mineur n'est pas soumis à l'autorité parentale (art. 327a CC).

- P. ex. parents mineurs, parents sous CPG, retrait de l'AP ou les deux parents sont décédés.

**Droits et devoirs de l'enfant sous tutelle** : correspond aux droits et devoirs de l'enfant sous autorité parentale (art. 327b CC). C'est-à-dire notamment que l'enfant à le droit d'exercer ses droits strictement personnels (art. 19ss CC) de manière autonome.

### **Droits et devoirs du tuteur**

**Tâches** : représentation de l'enfant, soins personnels, administration des biens de l'enfant (art. 327c al. 1 en lien avec les art. 301-306, art. 318 ssCC).

Application par analogie des art. 400 ss CC (art. 327c al. 2 CC). L'APE surveille le tuteur et doit consentir à certains actes.

Le tuteur a en principe le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant. Cependant, le placement dans une établissement fermée ou dans un établissement psychiatrique doit être faite par l'APE. Il s'agit d'une application par analogie des art. 426-437 CC (art. 327c al. 3 CC,

analogue à l'art. 314*b* CC)

## 4. Éléments de procédure

### 4.1. Compétence matérielle

La compétence matérielle en matière de mesures de protection de l'enfant est réglée aux art. 315, 315*a* et 315*b* CC.

La compétence matérielle ordinaire revient à l'**autorité de protection de l'enfant** (art. 315 CC).

La compétence matérielle en relation avec une **procédure matrimoniale** (art. 315*a* et 315*b* CC) : **cf. Tableau**

**Règle :** juge du divorce ou des mesures protectrices de l'union conjugale, de modification du jugement de divorce ou des MPUC (art. 315*a* al. 1, 315*b* al. 1, 133 al. 1, 134 al. 3 et 4, 176 al. 3, 179 al. 1 CC)

**Exception :** autorité de protection de l'enfant (art. 315*a* al. 3; art. 315*b* al. 2 CC en lien avec les art. 134 al. 3 et 4, 179 al. 1 CC).

**Compétences en matière de modification du jugement de divorce relatif au sort de l'enfant** *Fonctionnement de l'art. 134 en lien avec les art. 315a et 315b CC*

		Modification sans intervention de l'APE ou du juge	Autorité de protection de l'enfant	Juge matrimonial
1.	<b>Autorité parentale</b> (art. 296, 297, 298 CC)	-	<b>Accord</b> ou à la suite du décès, ou de la mise sous curatelle de portée générale, du parent détenant l'autorité parentale exclusive (art. 134 al. 3 1 <sup>ère</sup> phrase / art. 315b al. 2 CC / art. 297 al. 2 CC / art. 296 al. 3 CC)	<b>Litige</b> (art. 134 al. 3 2 <sup>e</sup> phrase / art. 315b al. 1 ch. 2 CC)
2.	<b>Garde</b> (art. 298 al. 2 CC)	<b>Accord</b>	<b>Accord</b> (art. 134 al. 3 1 <sup>ère</sup> phrase / art. 315b al. 2 CC)	<b>Litige</b> (art. 134 al. 3 / art. 315b al. 1 ch. 2 CC)
3.	<b>Relations personnelles / participation à la prise en charge de l'enfant</b> (art. 273 ss. CC)	<b>Accord</b>	<b>Si seules</b> les relations personnelles ou la participation à la prise en charge sont <b>litigieuses</b> (art. 134 al. 4 / art. 315b al. 2 CC)	Si l'autorité parentale, la garde <b>et/ou l'entretien</b> sont également litigieux (art. 134 al. 3 et 4 / art. 275 al. 2 CC)
4.	<b>Entretien de l'enfant mineur</b> (art. 276 ss CC)	-	<b>Accord</b> (art. 134 al. 3 1 <sup>ère</sup> phrase / art. 287 al. 2 CC)	<b>Litige</b> (art. 134 al. 3 2 <sup>e</sup> phrase / art. 315b al. 1 ch. 2 CC)
5.	<b>Mesures de protection de l'enfant</b> (art. 307 ss CC)	-	- Modification des mesures de protection prises par le tribunal du divorce si seules ces mesures sont sujettes à modification <sup>1</sup> (art. 275 al. 1 / art. 315b al. 2 CC) - En cas d'urgence (art. 315a al. 3 ch. 2 CC)	Modification des mesures de protection si l'autorité parentale, la garde et/ou l'entretien sont également litigieux (art. 134 al. 3 et 4 / art. 315a al. 1 / art. 275 al. 2 CC)

<sup>1</sup> Ou si seules ces mesures et les relations personnelles / la participation à la prise en charge sont litigieuses (voir 3.)

## 4.2. Compétence locale

En cas de compétence matérielle de l'autorité de protection de l'enfant :

- compétence locale au domicile de l'enfant (art. 315 al. 1 CC)

En cas de péril

- au lieu où l'enfant se trouve (art. 315 al. 2 CC)

En cas de compétence matérielle du juge :

- compétence locale au domicile d'une des parties, art. 23 al. 1 CPC

## 4.3. Procédure devant l'autorité de protection de l'enfant APE

La procédure est réglée par les **art. 314 ss** en lien avec les **art. 443 à 449c CC**.

### **Art. 314 al. 1 CC en lien avec l'art. 446 CC: maxime inquisitoire et maxime d'office**

L'APE doit donc établir d'office les faits pertinents. Elle peut faire appel à des experts (p ex. médecins ou psychologues) et demander à des travailleurs sociaux des rapports sur la situation. Les partis peuvent aussi propose des moyens de preuve, L'autorité n'est pas lié par les conclusions des parties à la procédure et applique le droit d'office.

**Art. 314 al. 1** en lien avec **l'art. 447 al. 1 CC**: audition des parents

**Art. 314 al. 2 CC**: exhortation à la médiation (≠médiation ordonnée)

### **Art. 314a CC : audition de l'enfant**

Arrêt VI/25 - TF 5A\_354/2015 du 3 août 2015

- Cons. 3.1. : À teneur de l'art. 314a al. 1 CC, l'enfant est entendu personnellement et de manière appropriée par l'autorité de protection de l'enfant ou le tiers qui en a été chargé, à moins que son âge ou d'autres justes motifs ne s'y opposent. En principe, l'audition est effectuée par la juridiction compétente elle-même. Elle peut toutefois aussi être menée par un spécialiste de l'enfance, en particulier en cas de conflit familial aigu et de dissensions entre les époux concernant le sort des enfants. L'audition ne présuppose pas que l'enfant ait la capacité de discernement au sens de l'art. 16 CC. Selon la ligne directrice suivie par le Tribunal fédéral, l'audition d'un enfant est possible dès qu'il a six ans révolus. Cet âge minimum est indépendant du fait que, en psychologie infantine, on considère que les activités mentales de logique formelle ne sont possibles qu'à partir d'un âge variant entre onze et treize ans environ et que la capacité de différenciation et d'abstraction orale ne se développe plus ou moins qu'à partir de cet âge-là. Avant cet âge-là, l'audition de l'enfant vise avant tout à permettre au juge compétent de se faire une idée personnelle et de disposer d'une source de renseignements supplémentaires pour établir l'état de fait et prendre sa décision. Pour cette raison, on ne doit pas interroger les jeunes enfants sur leurs désirs concrets quant à leur attribution à l'un ou l'autre de leurs parents, dans la mesure où ils ne peuvent pas s'exprimer à ce sujet en faisant abstraction de facteurs d'influence immédiats et extérieurs et n'arrivent pas à formuler une volonté stable. En général, il y a lieu de partir de l'idée que, s'agissant de la question de l'attribution de l'autorité parentale, un enfant n'est capable de discernement qu'à partir de 12 ans.
- Un entretien tout général avec l'enfant, dans lequel la question de la procédure (p. ex. lieu de résidence, AP etc.) n'est jamais mentionnée ne suffit pas.

Arrêt no VI/22, TF 5A\_971/2015 du 30 juin 2016 (par analogie à l'art. 298 al. 1 CPC, applicable pour la procédure devant e juge)

- Consid. 5.2. : Si, dans le cadre d'un même conflit conjugal, le juge est appelé à

intervenir par plusieurs décisions successives ou que la décision de première instance est portée devant les autorités d'appel, l'audition de l'enfant n'aura pas à être répétée chaque fois. En outre, lorsque l'enfant a déjà été entendu par un tiers, en général dans le cadre d'une expertise, le juge peut renoncer à l'entendre une nouvelle fois si une audition répétée représente pour l'enfant une charge insupportable (par ex. en cas de conflit de loyauté aigu) et que l'on ne peut attendre aucun nouveau résultat d'une audition supplémentaire ou que l'utilité escomptée est sans rapport raisonnable avec la charge causée par la nouvelle audition. Le juge peut alors se fonder sur les résultats de l'audition effectuée par le tiers pour autant qu'il s'agisse d'un professionnel indépendant et qualifié, que l'enfant ait été interrogé sur les éléments décisifs pour l'affaire à juger et que l'audition, respectivement ses résultats, soient actuels.

**Art. 314a<sup>bis</sup> CC:** Représentation de l'enfant dans la procédure

- Arrêt VI/7, JdT 2017 II 179 (ATF 142 III 197).
- Arrêt VI/17, SJ 2016 I 113 (TF 5A\_459/2015 du 13 août 2015)
  - o Consid. 5.1. : Aux termes de l'art. 314a<sup>bis</sup> CC, l'autorité de protection de l'enfant ordonne, si nécessaire, la représentation de l'enfant et désigne un curateur expérimenté en matière d'assistance dans le domaine juridique (al. 1). Elle examine si elle doit instituer une curatelle, en particulier, lorsque les personnes concernées déposent des conclusions différentes relatives à l'attribution de l'autorité parentale ou à des questions importantes concernant les relations personnelles avec l'enfant (al. 2 ch. 2). Le curateur peut faire des propositions et agir en justice (al. 3).

**Art. 314b et art. 327c al. 3 CC:** procédure en cas de placement de l'enfant dans une institution fermée ou dans un établissement psychiatrique.

**Art. 314c CC:** droit d'aviser l'APE

**Art. 314d CC:** obligation d'aviser l'APE

**Art. 314e CC:** collaboration et assistance administrative

#### **4.4. En cas de compétence matérielle du juge**

**Art. 296 CPC :** Maxime inquisitoire et maxime d'office

Le juge doit donc établir d'office les faits pertinents (inquisitoire). Il peut faire appel à des experts (p ex. médecins ou psychologues) et demander à des travailleurs sociaux des rapports sur la situation. Les partis peuvent aussi proposer des moyens de preuve, Le juge n'est pas lié par les conclusions des parties à la procédure et applique le droit d'office.

**Art. 297 CPC :** Audition des parents et médiation

**Art. 298 CPC :** Audition de l'enfant

Cf. arrêt no VI/22, TF 5A\_971/2015 du 30 juin 2016

- Consid. 5.1. : la question de savoir si et à quelles conditions ce dernier doit être entendu est résolue au premier chef par l'art. 298 al. 1 CPC, selon lequel les enfants sont entendus personnellement et de manière appropriée par le juge ou par un tiers nommé à cet effet, pour autant que leur âge ou de justes motifs ne s'y opposent pas. Dans le cadre des procédures relatives aux enfants, la maxime inquisitoire - et la maxime d'office - trouvent application, conformément à l'art. 296 CPC. Le juge est dès lors tenu d'entendre l'enfant, non seulement lorsque celui-ci ou ses parents le requièrent, mais aussi dans tous les cas où aucun juste motif ne s'y oppose. L'audition ne présuppose pas que l'enfant ait la capacité de discernement. S'il n'a pas encore de capacité de discernement par rapport aux enjeux, l'audition de l'enfant vise avant tout à permettre au juge compétent de se faire une idée personnelle et de disposer d'une source de renseignements supplémentaire pour établir l'état de fait et prendre sa

décision. Pour cette raison, on ne doit pas interroger les jeunes enfants sur leurs désirs concrets quant à leur attribution à l'un ou l'autre de leurs parents, dans la mesure où ils ne peuvent pas s'exprimer à ce sujet en faisant abstraction de facteurs d'influence immédiats et extérieurs et n'arrivent pas à formuler une volonté stable. L'audition d'un enfant est en principe possible dès qu'il a six ans révolus. Cet âge minimum est indépendant du fait que, en psychologie infantile, on considère que les activités mentales de logique formelle ne sont possibles qu'à partir d'un âge variant entre onze et treize ans environ et que la capacité de différenciation et d'abstraction orale ne se développe plus ou moins qu'à partir de cet âge-là.

- **Consid. 5.2.** : Si, dans le cadre d'un même conflit conjugal, le juge est appelé à intervenir par plusieurs décisions successives ou que la décision de première instance est portée devant les autorités d'appel, l'audition de l'enfant n'aura pas à être répétée chaque fois. En outre, lorsque l'enfant a déjà été entendu par un tiers, en général dans le cadre d'une expertise, le juge peut renoncer à l'entendre une nouvelle fois si une audition répétée représente pour l'enfant une charge insupportable (par ex. en cas de conflit de loyauté aigu) et que l'on ne peut attendre aucun nouveau résultat d'une audition supplémentaire ou que l'utilité escomptée est sans rapport raisonnable avec la charge causée par la nouvelle audition. Le juge peut alors se fonder sur les résultats de l'audition effectuée par le tiers pour autant qu'il s'agisse d'un professionnel indépendant et qualifié, que l'enfant ait été interrogé sur les éléments décisifs pour l'affaire à juger et que l'audition, respectivement ses résultats, soient actuels.

**Art. 299s CPC** : Représentation de l'enfant

## IV. L'entretien de l'enfant

### 1. L'entretien de l'enfant en général

L'obligation d'entretien consiste dans le devoir des père et mère juridiques de l'enfant d'assumer les soins, l'éducation et les prestations pécuniaires (art. 276 al. 1 CC) Les père et mère contribuent ensemble à l'entretien de l'enfant, en assumant en particulier les frais de sa prise en charge, de son éducation, de sa formation et des mesures prises pour le protéger (art. 276 al. 2 CC).

Dans le cas d'un divorce, les contributions d'entretien de l'enfant se combine avec les contributions d'entretien pour l'ex-conjoint.

Dans le cadre d'une séparation d'un couple vivant en union libre, l'entretien de l'enfant est la seule contribution qui peut être demandé, puisque toute obligation d'entretien du concubin fait défaut.

#### 1.1. La réforme de 2017

##### **Objectifs de la réforme au 1<sup>er</sup> janvier 2017**

Placer le bien de l'enfant au centre

Renforcer le droit à l'entretien de l'enfant

Garantir l'égalité entre enfants, indépendamment du statut civil de leurs parents

Pallier la problématique du déficit touchant les ménages monoparentaux suite au principe d'intangibilité du minimum vital du parent débiteur de l'entretien. Cependant, le législateur a maintenu le principe, malgré les critiques.

#### 1.2. Contenu de l'entretien de l'enfant

Tout ce qui est nécessaire au **bon développement** de l'enfant :

- Besoins vitaux : nourriture, habillement, logement, hygiène, santé
- Frais liés à l'éducation de l'enfant (art. 276 al. 2 CC), y inclus loisirs, activités culturelles et sportives;
- Frais liés à sa formation (art. 276 al. 2 CC);

- Frais des mesures de protection de l'enfant (art. 276 al. 2 CC, voir art. 307 ssCC)

Frais de la **prise en charge de l'enfant** (art. 276 al. 2, 285 al. 2 CC)

### **1.3. Priorité de l'entretien de l'enfant mineur**

Selon l'art. 276a CC, l'obligation d'entretien envers un enfant mineur prime les autres obligations du droit de la famille, soit en particulier l'entretien entre époux ou l'entretien de l'enfant majeur. Cela veut dire que – si les moyens du parent débiteur sont limités – les besoins des enfants mineurs sont couverts avant de verser des moyens à l'ex-conjoint ou un enfant majeur. Quoi qu'il en soit, le minimum vital du parent débiteur doit toujours être maintenu.

Des dérogations sont possibles, en particulier pour éviter de porter préjudice à l'enfant majeur (art. 276a al. 2 CC). Une telle dérogation serait par exemple envisageable si un enfant de 18 ans était poursuivi des études et a donc besoin d'entretien pour finir sa formation.

### **1.4. Les débiteurs de l'entretien**

#### **A. Père et mère de l'enfant (art. 276 al. 1 CC)**

La condition est le lien de filiation juridique selon les art. 252 ss CC. Il n'est pas nécessaire que les père et mère détiennent l'AP. En revanche, le père biologique avec lequel aucun lien juridique n'a été établi n'est pas débiteur de l'obligation d'entretien.

Pour les parents mariés l'art. 278 al. 1 CC renvoie aux art. 159 al. 2 et 163 CC. Ces articles prévoient que père et mère ont l'obligation de subvenir ensemble à l'entretien de l'enfant.

Les père et mère juridiques assument cette obligation de manière solidaire. Cela signifie que si l'un d'entre eux fait défaut, l'obligation d'entretien doit être entièrement assumée par l'autre.

#### **B. Autres débiteurs (obligations similaires à une obligation d'entretien)**

L'art. 278 al. 2 CC prévoit un devoir d'assistance du beau-parent. L'art. 27 al. 1 LPart prévoit la même obligation pour le partenaire enregistré. En revanche, un tel devoir n'existe nullement pour les couples de concubins.

Les parents nourriciers ont une « obligation d'entretien indirecte » en cas de gratuité (art. 294 al. 2 CC). C'est-à-dire que les parents nourriciers n'ont pas droit à une indemnité dans les cas prévues par cette disposition. Cela constitue l'obligation indirecte

Les parents en ligne directe ascendante et descendante ont une dette alimentaire subsidiaire (art. 328 al. 1 CC). Ils sont donc tenus de venir à l'aide d'un descendant ou un ascendant dans le besoin (seuil de l'aide sociale), s'ils vivent en aisance (revenus plus importants que CHF 10'000 par mois).

Obligation subsidiaire de la collectivité public (art. 293 al. 1 CC). La collectivité publique intervient seulement si ni les père et mère (débiteurs de l'entretien), ni les parents en ligne directe (dette alimentaire), ni l'enfant ne peuvent subvenir aux besoins de ce dernier. Si la collectivité publique doit assumer l'entretien de l'enfant, elle est subrogée à l'enfant en tant que débitrice de l'entretien.

### **1.5. Les créanciers de l'entretien**

Le créancier de l'entretien est en premier lieu l'enfant.

**L'enfant mineur** (art. 277 al. 1 CC) : Contributions versées au représentant légal ou au parent gardien de l'enfant mineur, sauf si le juge en décide autrement (art. 289 al. 1 CC).

À certaines conditions **l'enfant majeur** (art. 277 CC). Les contributions sont alors versées à directement l'enfant majeur (art. 289 al. 1 CC)

La collectivité publique devient créancière de l'obligation d'entretien lorsqu'elle se charge de l'enfant. L'aide sociale peut donc exiger le paiement des contributions d'entretien par le débiteur (art. 289 al. 2 CC).

### **1.6. Forme**

Forme de l'entretien de l'enfant (art. 276 al. 1 CC)

- Prestation en nature (soins et éducation)
- Prestation pécuniaire : La prestation pécuniaire est normalement versée périodiquement (note marginale de l'art. 287 CC) et d'avance (art. 285 al. 3 CC).

**Exception** : indemnité unique (art. 288 CC). Cette solution doit être prévue par une convention des parents, qui doit être approuvée par le juge.

### **1.7. Durée de l'obligation d'entretien**

En principe, l'obligation naît dès l'existence d'un lien de filiation et subsiste jusqu'à la majorité (art. 277 al. 1 CC). En cas de formation inachevée, elle peut durer plus longue (art. 277 al. 2 CC, voir *infra* « 3. Critères de fixation : enfant majeur » et l'arrêt VI/29 -ATF 139 III 401).

En cas de reconnaissance ou jugement en paternité bien après la naissance, la réclamation de l'entretien est possible pour l'avenir et pour l'année qui précède le dépôt de la demande (art. 279 al. 1 CC).

## **2. Critères de fixation : enfant mineur**

Bases légales : art. 285, art. 276 al. 3, 285a CC

Vue d'ensemble des critères de fixation de la contribution d'entretien de l'enfant mineur :

1. Besoins de l'enfant (coûts directs)
2. Prise en charge de l'enfant (coûts indirects)
3. Situations et ressources financières des père et mère
4. Autres critères
  - Revenus et fortune de l'enfant
  - Allocations familiales et prestations d'assurances sociales

### **2.1. Besoins de l'enfant (coûts directs)**

**Coûts directs** : dépenses de consommation (habillement, vêtements, crèche, assurances etc.) pour les enfants, les coûts de prise en charge par des tiers inclus;

#### **A. Montant**

Établissement selon l'art. 4 CC et des méthodes établies par la pratique, p.ex. « Tabelles zurichoises » (doc 6, p. 4).

#### **Majeure (Arrêt no VI/32 TF 5A\_100/2012 du 30 août 2012 ; cons. 6.1.) :**

À teneur de l'art. 285 al. 1 CC, la contribution d'entretien doit correspondre aux besoins de l'enfant. Il faut notamment prendre en compte les circonstances tel que l'âge de l'enfant. La loi ne prescrit pas de méthode de calcul particulière pour arrêter la contribution d'entretien. Sa fixation relève de l'appréciation du juge, qui applique les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC). Les besoins d'entretien statistiques moyens retenus dans les « Tabelles zurichoises » peuvent servir de point de départ pour la détermination des besoins d'un enfant dans un cas concret. Il y a toutefois lieu de les affiner en tenant compte, conformément à l'art. 285 al. 1 CC, des besoins concrets particuliers de l'enfant, ainsi que du niveau de vie et de la capacité contributive des parents.

#### **B. Égalité de traitement des enfants (mineurs) d'un parent**

En principe, l'obligation d'entretien est égale envers tous les enfants mineurs du parent débiteur de l'entretien, qu'ils soient nés durant le mariage ou non, voire de plusieurs mariages. Il ne s'agit toutefois pas d'une stricte égalité mathématique (notamment du point de vue monétaire), puisqu'il faut tenir compte des besoins effectifs de chacun des enfants, de même que de ses ressources éventuelles (art. 276 al. 3 CC).

La priorité des enfants mineurs est évidemment réservée.

Or, l'égalité de traitement ne s'étend pas aux « beaux-enfants ».

Arrêt VI/28 -SJ 2011 I 221 (ATF 137 III 59)

- Cons. 4.2.3 : Lorsque les revenus déterminants du débiteur dépassent son minimum vital, l'excédent doit être réparti en premier lieu entre tous ses enfants créditeurs (en vertu de leurs besoins respectifs et de la capacité contributive de l'autre parent. A cet égard, il convient de déduire des besoins de chaque enfant créditeur ses propres allocations familiales ou d'études. Lorsque l'excédent du parent débiteur ne suffit pas pour couvrir les besoins de tous ses enfants, alors le découvert est à répartir entre tous ses enfants et, partant, entre toutes les familles concernées. Lorsqu'il n'y a aucun excédent, aucune contribution d'entretien ne peut être arrêtée.

## **2.2. Prise en charge de l'enfant (coûts indirects) – art. 285 al. 2 CC**

**Coûts indirects :** baisse du revenu professionnel de la personne qui s'occupe de la prise en charge de l'enfant.

**Buts** selon le Message du Conseil fédéral, FF 2016, p. 553 ss. :

- Permettre à l'enfant de pouvoir bénéficier de la prise en charge qui lui convient le mieux, que cela soit par le biais de tiers ou de l'un de ses parents, indépendamment de l'état civil de ses parents.
- Répartition entre les deux parents non seulement des coûts directs de l'enfant, mais aussi des coûts indirects (la contribution de prise en charge couvre une partie des coûts indirects).
- Avant la réforme de 2017, il était uniquement possible de tenir compte de ces coûts indirectes dans le cadre d'une contribution d'entretien après divorce, mais non pas pour des parents avec un autre état civil.

**Calcul** de la contribution de prise en charge: sur la base du montant qui manque au parent gardien pour couvrir ses propres **frais de subsistance** (minimum vital élargi). Si le parent gagne assez pour couvrir son propre minimum vital, aucune contribution de prise en charge sera accordée (cf. arrêt VI/27, SJ 2018 I 467/ATF 144 II 377).

### **Durée de la contribution de prise en charge**

Le critère principal est le bien de l'enfant. On tient compte de l'organisation familiale avant la séparation.

Il faut aussi tenir compte de la jurisprudence quant à la reprise du travail par le parent qui prend en charge l'enfant (arrêt VI/27, SJ 2018 I 467/ATF 144 II 377, note p. 81) :

- 50 % dès l'école obligatoire
  - 80 % dès le degré secondaire
  - 100 % dès 16 ans
- ⇒ fixation d'un revenu hypothétique sur cette base (attention, Guillod publié avant la publication de cet arrêt).

## **2.3. Situations et ressources financières des père et mère**

### **A. Situation aisée**

Droit de l'enfant au niveau de vie correspondant à la situation des parents (s'applique seulement aux coûts directs)

Arrêt no VI/32 TF 5A\_100/2012 du 30 août 2012

- Cons. 6.1. : Les enfants ont le droit de recevoir une éducation et de bénéficier d'un niveau de vie qui corresponde à la situation des parents ; leurs besoins doivent également être calculés de manière plus large lorsque les parents bénéficient d'un niveau de vie plus élevé. Le juge applique les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC).

## **B. Situation précaire**

D'après la jurisprudence constante du TF, le minimum vital du débirentier doit toujours être protégé (arrêt no VI/28 ATF 137 III 59, cons. 4.2.1.)

## **Prise en compte aussi d'un revenu hypothétique**

Arrêt VI/32 TF 5A\_100/2012, du 30 août 2012 :

- Cons. 4.1.2. : Lorsque le juge entend tenir compte d'un revenu hypothétique, il doit examiner successivement deux conditions. Tout d'abord, il doit juger si l'on peut raisonnablement exiger de cette personne qu'elle exerce une activité lucrative ou augmente celle-ci, eu égard, notamment, à sa formation, à son âge et à son état de santé. Il ne suffit pas dire, de manière toute générale, que la personne en cause pourrait obtenir des revenus supérieurs en travaillant ; il faut préciser le type d'activité professionnelle que cette personne peut raisonnablement devoir accomplir. Ensuite, il doit examiner si la personne a la possibilité effective d'exercer l'activité ainsi déterminée et quel revenu elle peut en obtenir, compte tenu des circonstances subjectives susmentionnées, ainsi que du marché du travail.

Arrêt VI/34 TF 5A\_874/2014, du 8 mai 2015

- Cons. 6.2.2 : Selon la jurisprudence, on ne devrait en principe plus exiger d'un époux qui n'a pas exercé d'activité lucrative pendant un mariage de longue durée de se réinsérer dans la vie économique, lorsqu'il est âgé de 45 ans au moment de la séparation; il ne s'agit toutefois pas d'une règle stricte et la limite d'âge tend à être portée à 50 ans.

## **2.4. Autres critères**

### **A. Revenus et fortune de l'enfant**

Les père et mère sont déliés de leur obligation d'entretien dans la mesure où l'on peut attendre de l'enfant qu'il subviene à son entretien par le produit de son travail ou par ses autres ressources (art. 276 al. 3 CC)

Il s'agit d'un renvoi aux dispositions sur les biens de l'enfant (art. 319 al. 1, art. 320, art. 323 al. 2 CC).

### **B. Allocations familiales et prestations d'assurances sociales**

L'art. 285a al. 1 et 2 CC traite du sort des allocations familiales et prestations d'assurances sociales versées au parent débirentier, mais destinées directement à l'entretien de l'enfant. Toutes ces prestations doivent être versées à l'enfant « en sus de la contribution d'entretien », à moins que le juge ne prévoit pas le contraire.

## **3. Critères de fixation : enfant majeur**

**Bases légales :** art. 277 al. 2, art. 276 al. 3, art. 285 CC.

En principe, l'obligation d'entretien prend fin à la majorité de l'enfant (art. 277 al. 1 CC). L'art. 277 prévoit cependant une obligation d'entretien extraordinaire pour l'enfant majeur.

**Cette obligation est soumise à trois critères cumulatifs:**

1. L'enfant n'a pas acquis une formation appropriée à sa majorité
2. La formation est achevée dans des délais normaux
3. Contribution exigible au vu des circonstances des parents

### **3.1. Formation appropriée**

**Critère :** L'enfant n'a pas encore de formation appropriée (art. 277 al. 2 CC)

La formation est considérée comme appropriée lorsqu'elle correspond aux aptitudes et goûts de l'enfant (art. 302 al. 2 CC) et permette à l'enfant d'accéder à l'autonomie économique. D'après la jurisprudence, ni la maturité, ni un bachelor universitaire constituent une formation achevée.

Les parents sont en principe tenus de financer le « plan d'ensemble de la formation » (*Lebensplan*). Généralement, il s'agit d'un projet initial, qui peut subir quelques modifications en cours de route. Même un changement de filière suite à un échec définitif peut faire partie du *Lebensplan*.

### **3.2. Délais normaux**

La formation doit être achevée dans des délais normaux (cf. 277 al. 2 *in fine*). Des échecs isolés font partie des délais normaux au sens de la loi.

### **3.3. Contribution exigible au vu des circonstances**

**Critère :** **La contribution est exigible au vu des circonstances (art. 277 al. 2 CC), prise en compte des circonstances économiques et personnelles**

#### **A. Circonstances économiques**

**Circonstances économiques :** revenu (hypothétique) de l'enfant, capacité contributive des deux parents.

Arrêt VI/31 SJ 2010 I 110 (TF 5A\_685/2008 du 18 décembre 2008)

- Cons. 3.2. : L'obligation de subvenir à l'entretien de l'enfant qui n'a pas achevé sa formation à sa majorité doit constituer une solution d'équité entre ce qu'on peut raisonnablement exiger de ses parents, en fonction de l'ensemble des circonstances, et ce qu'on peut raisonnablement attendre de l'enfant, en ce sens qu'il pourvoit à ses besoins par le produit de son propre travail ou par d'autres moyens. La fixation de la quotité de la contribution d'entretien relève du pouvoir d'appréciation du juge, qui applique les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC)

Généralement, on admet un revenu hypothétique de 20 % pour un étudiant.

#### **B. Circonstances personnelles**

Notamment le refus injustifié des relations personnelles par l'enfant ou une autre violation des obligations découlant de l'art. 272 CC. Théoriquement, en cas d'inexistence des relations personnelles, imputables à l'enfant seul, même une suppression totale est envisageable. La jurisprudence admet très restrictivement une suppression totale de l'entretien et prévoit plutôt la réduction.

Arrêt no VI/33 TF 5A\_64/2015 du 2 avril 2015

- Cons. 5. : Il faut que l'attitude de l'enfant lui soit imputable à faute, celle-ci devant être appréciée subjectivement l'enfant doit avoir violé gravement les devoirs qui lui incombent en vertu de l'art. 272 CC, et dans les cas où les relations personnelles sont rompues, avoir provoqué la rupture par son refus injustifié de les entretenir, son attitude gravement querelleuse ou son hostilité profonde.

## 4. Fixation dans le cadre des MPUC et du divorce

### 4.1. Mesures protectrices de l'union conjugale (MPUC)

Règlementation de l'entretien de l'enfant en cas de suspension de la vie commune: art. 176 al. 3 CC.

Modification de l'entretien selon l'art. 179 al. 1 CC.

### 4.2. Divorce

Règlementation de l'entretien de l'enfant dans le cadre du **divorce des parents**, art. 133 al. 1 ch. 4 CC.

Fixation possible de la contribution d'entretien pour la période postérieure à la majorité même pour un enfant très jeune (arrêt VI/29 -ATF 139 III 401, cons. 3.2).

**Modification** du jugement de divorce selon l'art. 134 al. 2 ou al. 3 CC.

- L'alinéa 2 prévoit un renvoi à l'art. 286 al. 2 CC, donc une action en modification de l'entretien (qui est une procédure litigieuse)
- L'alinéa 3 prévoit la possibilité d'une convention passée entre les parents et approuvée par le juge

## 5. L'action en réclamation de l'entretien

L'action de l'art. 279 CC permet de fixer la contribution d'entretien lorsque les parents ne sont pas mariés ou lorsqu'ils sont mariés, mais pas engagés dans une procédure matrimoniale.

### 5.1. Sur le fonds

#### A. Qualité pour agir

##### **Enfant**

L'enfant majeur agit seul

L'enfant capable de discernement doit agir avec l'accord de son représentant légal. L'enfant incapable de discernement est représenté *a priori* par le détenteur de l'AP/ la garde (art. 304 al. 1 CC). Si le représentant légal ne peut pas représenter l'enfant (p. ex. difficultés de langue) un curateur est nommé à l'enfant (art. 308 al. 2 CC). Si l'enfant agit contre les deux parents, il y a un conflit d'intérêts au sens de l'art. 306 al. 2 et 3 CC et un curateur doit être nommé. Il n'existe pas un conflit d'intérêt abstrait lorsque le parent gardien agit (au nom de l'enfant) contre l'autre parent détenant l'AP (mais pas la garde). Alternativement, le juge peut instituer une curatelle de procédure sur base de l'art. 299 CPC.

Le représentant légal peut agir **en son propre nom** pour défendre les intérêts de l'enfant (*Prozessstandschaft*);

La **collectivité publique** a la qualité pour agir, en cas de subrogation légale (art. 289 al. 2 CC).

#### B. Qualité pour défendre

L'enfant peut agir soit uniquement contre son père ou sa mère, soit contre les deux ensemble.

#### C. Étendue de la prétention

Le jugement a un effet rétroactif **d'un an** à partir du jour de l'ouverture de la procédure (art. 279 al. 1 CC).

### 5.2. Modification du jugement

**Par convention (art. 287 al. 1 CC).**

Cf. suite.

### **Par action en modification (art. 286 al. 2 CC)**

Arrêt VI/30 -SJ 2010 I 538, TF 5A\_326/2009 du 24 décembre 2009

- Cons. 2.1. : Aux termes de l'art. 286 al. 2 CC (applicable par renvoi de l'art. 134 al. 2 CC en cas de modification du jugement de divorce), si la situation change notablement, le juge modifie ou supprime la contribution d'entretien à la demande du père, de la mère ou de l'enfant. Cette modification ou suppression suppose que des faits nouveaux importants et durables surviennent, qui commandent une réglementation différente. La procédure de modification n'a pas pour but de corriger le premier jugement, mais de l'adapter aux circonstances nouvelles
- En l'espèce, la mère créancière de l'entretien gagne un revenu largement supérieur à celui retenu au moment de la divorce, pendant que l'ex-conjoint a toujours un revenu très modeste.

Dans les situations de déficit, possibilité de demander une augmentation de la contribution d'entretien en cas d'amélioration exceptionnelle ultérieure de la situation du débiteur (art. 286a CC).

### **5.3. Eléments de procédure**

#### **A. Cas de figure de la procédure**

Cumul possible de l'action en réclamation de l'entretien avec l'action en paternité, art. 303 al. 2 CPC.

**Attraction de compétence** en faveur du juge saisi d'une action alimentaire ou d'une action en modification de la contribution d'entretien pour statuer sur l'autorité parentale, la garde et les relations personnelles/la prise en charge des enfants (cf. également cours effets de la filiation, 2<sup>e</sup> partie).

Cf. art. 298b al. 3 2<sup>e</sup> phrase et art. 298d al. 3 CC, art. 304 al. 2 CPC.

#### **B. Procédure**

Pour les actions en réclamation de l'entretien et en modification de l'entretien la **procédure simplifiée** s'applique (art. 295 CPC).

#### **Maxime inquisitoire et maxime d'office (art. 296 CPC)**

Le juge doit donc établir d'office les faits pertinents. Il peut faire appel à des experts (p ex. médecins ou psychologues) et demander à des travailleurs sociaux des rapports sur la situation. Les partis peuvent aussi proposer des moyens de preuve,

Le juge n'est pas lié par les conclusions des parties à la procédure et applique le droit d'office.

**Audition de l'enfant** (art. 298 CPC).

**Curatelle de procédure** selon l'art. 299 CPC,

cf. également art. 300 let. e CPC: l'entretien de l'enfant fait partie des compétences du représentant

- Curatelle sur la base de l'art. 299 CPC pas nécessaire si curatelle selon l'art. 306 al. 2 et 3 CC, ou curatelle alimentaire selon l'art. 308 al. 2 CC déjà instituée.

#### **Contenu de la décision fixant les contributions, art. 301a CPC**

- obligation de chiffrer
- éléments du revenu et de la fortune des parents et de l'enfant (let. a)
- montant attribué à chaque enfant (let. b)
- montant nécessaire pour assurer l'entretien convenable de chaque enfant (let. c; cf. art. 286a CC)

- variations du coût de la vie (let. d).

## 6. La convention d'entretien

Une convention d'entretien de l'enfant est le mode de fixation de l'entretien le plus courant (ca. 90%).

### 6.1. Contenu de la convention (art. 287a CC et 301a CPC)

Le contenu est fixé dans les art. 287a CC (en cas de compétence de l'APE) et à l'art. 301a CPC (en cas de procédure juge). Les articles ont une teneur identique.

- obligation de chiffrer
- éléments du revenu et de la fortune des parents et de l'enfant (let. a)
- montant attribué à chaque enfant (let. b)
- montant nécessaire pour assurer l'entretien convenable de chaque enfant (let. c; cf. art. 286a CC)
- variations du coût de la vie (let. d)

### 6.2. L'approbation de la convention

Pour être valable et lier l'enfant, la convention doit être approuvée par l'APE ou par le juge compétent. L'autorité procède à un examen du respect des critères fixés à l'art. 285 CC.

#### **Compétence matérielle:**

- autorité de protection de l'enfant en cas de convention hors contexte judiciaire (art. 287 al. CC);
- juge matrimonial dans le cadre des MPUC/du divorce (art. 287 al. 3, cf. *supra* 4. Fixation dans le cadre des MPUC et du divorce)
- juge en cas d'action alimentaire indépendante (art. 287 al. 3, art. 279 CC, cf. *supra* 5. L'action en réclamation de l'entretien).
- L'APE est compétente en cas de modification du jugement de divorce qui porte uniquement sur la convention d'entretien de l'enfant (art. 134 al. 3 CC).

L'enfant majeur peut conclure seul une convention avec le débiteur. Cette convention n'est pas soumise à approbation d'une autorité.

### 6.3. La modification de la convention

À moins que le point n'ait été expressément exclu, la convention est susceptible d'être modifiée selon l'évolution des circonstances (art. 287 al. 2 CC). La modification peut se faire par une nouvelle **convention** (art. 287 al. 1 CC). Toute modification, même en faveur de l'enfant, doit de nouveau être ratifiée par l'autorité compétente.

On peut aussi modifier un règlement conventionnel par une **action en modification** (art. 286 al. 2 CC). La modification doit alors être justifiée par la survenance de faits nouveaux. Dans les situations de déficit, la loi prévoit explicitement la possibilité de demander une augmentation de la contribution d'entretien en cas d'amélioration exceptionnelle ultérieure de la situation du débiteur (art. 286a CC, cf. *supra* « 5. L'action en réclamation d'entretien, notamment la section « 5.2. Modification du jugement »).

Modification par **modification du jugement de divorce** selon l'art. 134 al. 2 ou 3 CC.

Modification par **modification des mesures protectrices de l'union conjugale** selon l'art. 179 al. 1 CC.

## 7. L'exécution et l'aide au recouvrement

**Aide au recouvrement**, art. 290, art. 131 CC  
**Avis aux débiteurs**, art. 291, art. 132 al.1 CC  
**Sûretés**, art. 292, art. 132 al. 2 CC  
**Versement d'avances**, art. 293 al. 2, art. 131a CC

## **8. Les droits pécuniaires de la mère non mariée**

**Base légale : art. 295 CC.**

**Prétentions en cas de grossesse menée à terme:** Frais de couches (art. 295 al. 1 ch. 1 CC);  
Frais d'entretien (art. 295 al. 1 ch. 2 CC);  
Autres dépenses (art. 295 al. 1 ch. 3 CC).

Prétentions en cas de fin prématurée de la grossesse: art. 295 al. 2 CC.

Imputation des prestations de tiers: art. 295 al. 3 CC.

# CHAPITRE 8 : PROTECTION DE L'ADULTE

## I. Introduction

Le droit de la protection de l'adulte a pour objet les mesures de protection mises en œuvre par des organes de l'Etat ou prévues par l'ordre juridique pour protéger les personnes totalement ou partiellement incapables d'agir dans leur intérêt.

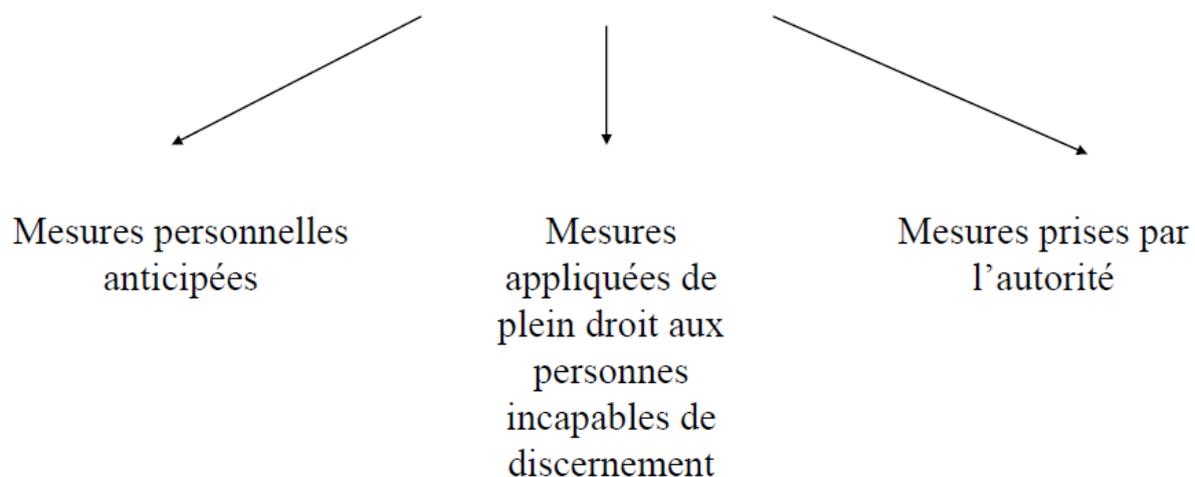
Le droit de la protection de l'adulte occupe dans l'ordre juridique une place mixte, entre le droit privé et le droit public. Lorsque les mesures de protection résultent directement de la loi (mesures appliquées de plein droit) ou nécessitent une intervention d'un organe de l'État (mesures prises par l'autorité), les dispositions relèvent matériellement du droit public, malgré le fait qu'elles se trouvent dans le CC.

Les mesures personnelles anticipées, en revanche, relèvent bien du droit privé.

La loi prévoit trois catégories de mesures :

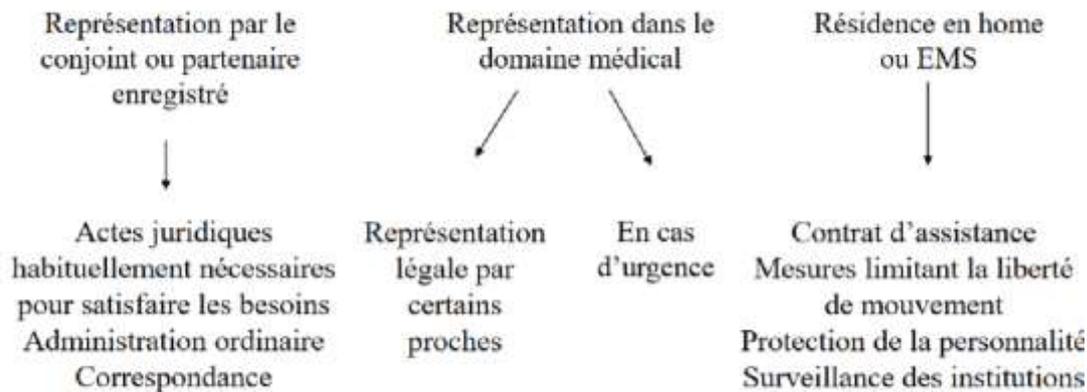
- Mesures appliquées de plein droit (cf. *infra* II)
- Mesures personnelles anticipées (cf. *infra* III)
- Mesures prises par l'autorité (cf. *infra* IV.)

### Les trois catégories de mesures



## II. Mesures appliquées de plein droit aux personnes incapables de discernement

### 1. Le catalogue des mesures



## 2. La représentation (en matière patrimoniale) par le conjoint ou par le partenaire enregistré (art. 374 à 376 CC)

L'art. 374 al. 2 CC prévoit certaines actes pour lesquels le conjoint ou le partenaire enregistré peut représenter une personne incapable de discernement.

En cas d'incapacité de discernement durable, ses compétences ne suffisent pas. Il s'ensuit que l'autorité de protection de l'adulte devra instituer un curateur. Il arrive fréquemment que le conjoint / partenaire enregistré assure le rôle de curateur (art. 401 al. 2 CC).

### 2.1. Conditions du pouvoir de représentation

Le pouvoir de représentation instauré par l'art. 374 CC est soumis à quatre conditions :

1. La personne concernée est incapable de discernement
2. Le représentant jouit de la pleine exercice des droits civils
3. Le conjoint ou partenaire enregistré doit faire ménage commun avec la personne concernée ou lui fournir une assistance personnelle régulière.
4. La représentation du conjoint / partenaire enregistré est subsidiaire à un mandat pour cause d'incapacité ou une curatelle.

### 2.2. L'étendue du pouvoir de représentation

#### **Art. 374 al. 2 ch. 1 à 3 CC**

2. Le pouvoir de représentation porte:

1. sur tous les actes juridiques habituellement nécessaires pour satisfaire les besoins de la personne incapable de discernement;  
P. ex. dépenses liées à la nourriture, vêtements, hygiène etc.
2. sur l'administration ordinaire de ses revenus et de ses autres biens;  
L'administration ordinaire vise les actes nécessaires à la conservation et au maintien du patrimoine (p. ex. entretien courant d'un immeuble)
3. si nécessaire, sur le droit de prendre connaissance de sa correspondance et de la liquider.

### 2.3. Intervention de l'autorité de protection

#### **Art. 374 al. 3 CC**

3. Pour les actes juridiques relevant de l'administration extraordinaire des biens, le conjoint ou le partenaire enregistré doit requérir le consentement de l'autorité de protection de l'adulte.

L'autorité peut intervenir, d'office ou sur requête d'une personne proche de la personne concernée, si les intérêts de cette dernière sont compromis ou risquent de l'être (art. 376 al. 2 CC).

### **3. Représentation dans le domaine médical (art. 377 à 381 CC)**

#### **3.1. Le principe**

Une personne incapable de discernement a le droit que son traitement soit discuté et établi avec la collaboration de son représentant. L'art. 377 al. 1 CC cristallise ce droit.

#### **3.2. Exceptions**

Dans trois cas, les règles sur la représentation dans le domaine médical ne s'appliquent pas :

1. En présence des directives anticipées. En effet, celles-ci priment les règles des art. 377 ss CC, pour autant qu'on se trouve dans une hypothèse envisagée par les dispositions des directives.
2. En cas d'urgence (art. 379 CC) ; dans ce cas, le médecin agit conformément à l'intérêt présumé de la personne incapable de discernement
3. En cas de placement dans un home ou un EMS (cf. *infra* 4)

#### **3.3. Personne habilitée**

L'art. 378 al. 1 ch. 1 à 7 CC prévoit un ordre en cascade. La notion d'« assistance personnelle régulière » (ch. 3 à 7) contient des prestations matérielles comme de faire les courses ou des prestations immatérielles comme des visites régulières.

Si le patient n'a plus aucun proche ou si tous les proches refusent d'exercer une telle charge, l'autorité de protection de l'adulte doit nommer un curateur de représentation (art. 394 CC) et lui confier notamment la tâche de décider des soins médicaux (art. 381 al. 1 CC). Il en va de même si les représentants du même rang ne trouvent pas d'accord (art. 381 al. 2 ch. 2 CC). Cependant, le médecin peut présumer, s'il est de bonne foi, que chacun des représentants d'un rang agit avec le consentement des autres (art. 378 al. 2 CC).

L'autorité de protection peut intervenir dans plusieurs hypothèses, énumérées à l'art. 381 al. 2 CC.

### **4. Résidence en home ou EMS (art. 382 à 387 CC)**

Les art. 382 à 387 CC contiennent un *patchwork* de mesures destinées à améliorer la protection de la personne incapable de discernement hébergée dans un EMS. Ces règles se trouvent dans le CC pour des raisons politiques. En effet, la Confédération a la compétence exclusive en matière de droit civil, mais pas en matière de la santé.

En cas de séjour prolongé, la loi dispose qu'un contrat soit conclu, qui règle les prestations à fournir par l'institution (art. 382 al. 1 CC). Les mesures limitant la liberté de mouvement du résident est réglé aux art. 383 à 385 CC. En effet, par le billet de l'art. 28 CC, la liberté de mouvement (art. 10 Cst.) en tant que droit fondamental s'applique aussi entre individus.

L'art. 386 CC prévoit la protection de la personnalité du résident (de manière analogue à l'art. 328 CO pour les travailleurs).

## **III. Mesures personnelles anticipées**

D'après le principe de proportionnalité, y compris les principes de la subsidiarité et de complémentarité, l'État ne doit intervenir que si les mesures privées ne sont pas aptes à

apporter une protection appropriée à la personne concernée. Ainsi, le CC prévoit, à ses art. 360 à 373 CC des mesures personnelles anticipées (*eigene Vorsorge*). Les mesures personnelles anticipées permettent à une personne d'exprimer à l'avance ses choix et de désigner formellement la personne qui se chargera de certaines tâches.

La loi prévoit deux instruments :

1. Le mandat pour cause d'inaptitude (art. 360 à 369 CC)
2. Les directives anticipées (art. 370 à 373 CC)

## 1. Le mandat pour cause d'inaptitude (art. 360 à 369 CC)

### Art. 360 al. 1 CC

1. Toute personne ayant l'exercice des droits civils (mandant) peut charger une personne physique ou morale (mandataire) de lui fournir une assistance personnelle, de gérer son patrimoine ou de la représenter dans les rapports juridiques avec les tiers au cas où elle deviendrait incapable de discernement.

L'art. 360 al. 3 CC ajoute que : « Il peut prévoir des solutions de remplacement pour le cas où le mandataire déclinerait le mandat, ne serait pas apte à le remplir ou le résilierait ».

La doctrine admet d'ailleurs un « mandat négatif », soit l'expression du souhait d'être mise sous curatelle au lieu d'être représenté par le conjoint.

Or, on peut aussi exprimer un souhait de curateur, que l'autorité va respecter si les conditions légales sont remplies (art. 401 CC).

### 1.1. Constitution

#### A. Conditions matérielles

Pour constituer valablement un mandant pour cause d'inaptitude, la personne doit avoir l'exercice des droits civils. À teneur de l'art. 13 CC : « Toute personne majeure et capable de discernement a l'exercice des droits civils ». « La majorité est fixée à 18 ans révolus » (art. 14 CC). La capacité de discernement (art. 16 CC) est présumée. Or, une personne sous curatelle de portée générale (au sens de l'art. 398 CC) n'a pas l'exercice des droits civils (art. 17 CC).

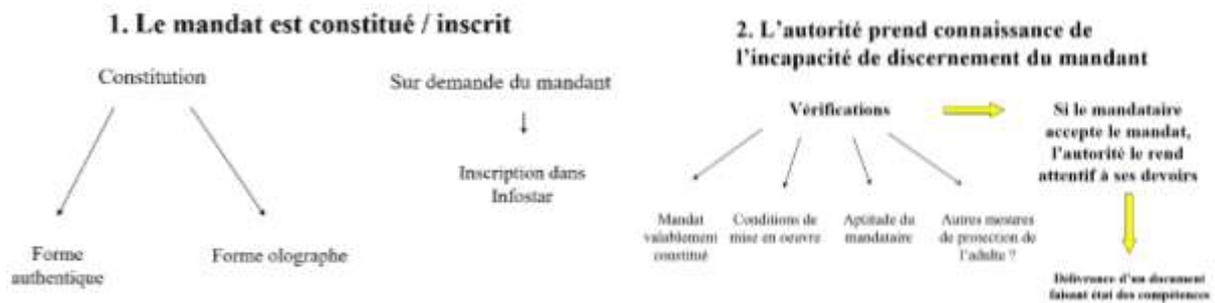
Il appartient au mandant de définir les tâches qu'il veut confier au mandataire et de donner à celui-ci d'éventuelles instructions (art. 360 al. 2 CC), voire de lui désigner un substitut (art. 360 al. 3 CC). Les tâches peuvent comprendre des mesures en lien avec l'assistance personnelle et/ou la gestion du patrimoine etc. Les tâches s'accompagnent en principe d'un pouvoir de représentation dans le domaine.

#### B. Conditions formelles

Quant à la forme, cf. l'art. 361 CC :

### Art. 361 CC

1. Le mandat pour cause d'inaptitude est constitué en la forme olographe ou authentique.
2. Le mandat olographe doit être écrit en entier, daté et signé de la main du mandant.
3. Le mandant peut demander à l'office de l'état civil d'inscrire la constitution et le lieu de dépôt du mandat dans la banque de données centrale. Le Conseil fédéral édicte les dispositions nécessaires, notamment en matière d'accès aux données [cf. art. 8 lit. k OEC].



## 1.2. Le contrôle du mandat par l'autorité de protection de l'adulte

Contrairement au contrat de mandat habituel (art. 394 ss CO), où règne la liberté contractuelle, le mandat pour cause d'incapacité est soumis au contrôle d'une autorité étatique. Ce contrôle, assuré par l'autorité de protection de l'adulte, est prévu à l'art. 363 CC :

### **Art. 363 CC - Constatation de la validité et acceptation**

1. Lorsque l'autorité de protection de l'adulte apprend qu'une personne est devenue incapable de discernement et qu'elle ignore si celle-ci a constitué un mandat pour cause d'incapacité, elle s'informe auprès de l'office de l'état civil.

2. S'il existe un mandat pour cause d'incapacité, elle examine:

1. si le mandat a été constitué valablement;
2. si les conditions de sa mise en œuvre sont remplies;
3. si le mandataire est apte à le remplir;
4. si elle doit prendre d'autres mesures de protection de l'adulte.

3. Si le mandataire accepte le mandat, l'autorité de protection de l'adulte le rend attentif aux devoirs découlant des règles du code des obligations sur le mandat et lui remet un document qui fait état de ses compétences.

Si une condition de validité fait défaut (forme écrite simple, mandant mineur etc.), le mandat pour cause d'incapacité est frappé de nullité. Dans ce cas, l'autorité de protection de l'adulte instaure la forme de curatelle appropriée en vue des circonstances (art. 401 al. 1 CC). Elle évalue si la personne désignée comme mandataire (de manière invalide), peut être nommé curateur.

Une curatelle complémentaire s'impose si le mandat est complet, mais ne prévoit pas tous les besoins d'assistance de la personne concernée.

En cas de doute « [l]e mandataire peut demander à l'autorité de protection de l'adulte d'interpréter le mandat et de le compléter sur des points accessoires » (art. 364 CC). Sauf disposition expresse, l'autorité fixe une rémunération appropriée (art. 366 al. 1 CC).

## 1.3. Exécution du mandat pour cause d'incapacité

### **Art. 365 CC - Exécution**

1. Le mandataire représente le mandant dans les limites du mandat pour cause d'incapacité et s'acquitte de ses tâches avec diligence et selon les règles du code des obligations (art. 397 à 400 CO) sur le mandat.

2. S'il y a lieu de régler des affaires qui ne sont pas couvertes par le mandat ou s'il existe un conflit d'intérêts entre le mandant et le mandataire, celui-ci sollicite immédiatement l'intervention de l'autorité de protection de l'adulte.

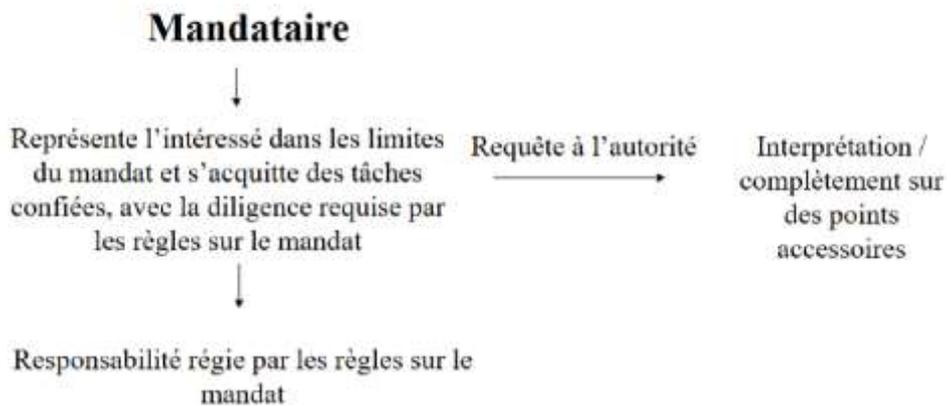
3. En cas de conflit d'intérêts, les pouvoirs du mandataire prennent fin de plein droit.

Si des affaires à régler ne sont pas couvertes par le mandat ou en cas de conflit des intérêts, le mandataire doit aviser l'autorité de protection de l'adulte. Celle-ci prend les mesures nécessaires, comme l'institution d'une curatelle (art. 393 ss CC) ou d'assumer elle-même une

tâche (art. 392 CC). L'autorité peut aussi intervenir – d'office ou sur demande d'un proche de la personne concernée – lorsque les intérêts de cette dernière semblent mis en danger (art. 368 al. 1 CC).

L'autorité peut prendre les mesures prévues à l'art. 368 al. 2 CC, qui vont jusqu'à la terminaison du mandat (*in fine*).

## Une fois le mandat accepté



### 1.4. Fin du mandat

#### Fin du mandat : quelques cas



#### A. Révocation par le mandant

##### **Art. 362 CC - Révocation**

1. Le mandant peut révoquer le mandat en tout temps dans l'une des formes prévues pour sa constitution.
2. Il peut également le révoquer par la suppression de l'acte.
3. Le mandat pour cause d'inaptitude qui ne révoque pas expressément un mandat précédent le remplace dans la mesure où il n'en constitue pas indubitablement le complément.

#### B. Résiliation du mandat par le mandataire

La personne désignée comme mandataire peut refuser d'assumer cette charge, soit d'emblée quand le mandant la sollicite, soit au moment où l'autorité de protection vérifie la validité du mandat (art. 363 al. 3 CC). Même après avoir formellement accepté le mandat (au sens de l'art. 363 al. 3 CC), le mandataire peut résilier en tout temps en respectant deux conditions (art. 367 al. 1 CC) :

1. Il doit informer l'autorité de protection de l'adulte par écrit
2. Il doit respecter un délai de deux mois

La résiliation avec effet immédiate est possible en cas de justes motifs (art. 367 al. 2 CC), soit des « circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger du mandataire la continuation du mandat » (Message, FF 2006 6635, 6663).

### **C. Révocation par l'autorité de protection de l'adulte**

Cf. art. 368 al. 2 *in fine* CC

### **D. Recouvrement du discernement par le mandant**

Si la personne concernée recouvre la capacité de discernement, le mandat s'éteint de plein droit (art. 369 al. 1 CC). Cependant, le mandataire est tenu de continuer d'exercer sa tâche jusqu'au moment où la personne concernée peut effectivement veiller à ses intérêts (art. 369 al. 2 CC). Or, les tiers de bonne foi qui concluent des affaires avec le mandataire après l'extinction de la tâche (art. 369 al. 3 CC, *lex specialis* à l'art. 37 al. 1 CO, qui prévoit la même règle pour tout représentant).

## **2. Les directives anticipées (*Patientenverfügung*)**

### **Art. 370 CC**

1. Toute personne capable de discernement peut déterminer, dans des directives anticipées, les traitements médicaux auxquels elle consent ou non au cas où elle deviendrait incapable de discernement.
2. Elle peut également désigner une personne physique qui sera appelée à s'entretenir avec le médecin sur les soins médicaux à lui administrer et à décider en son nom au cas où elle deviendrait incapable de discernement. Elle peut donner des instructions à cette personne.
3. Elle peut prévoir des solutions de remplacement pour le cas où la personne désignée déclinerait le mandat, ne serait pas apte à le remplir ou le résilierait.

Les directives anticipées ont donc deux contenus essentiels : d'une part des instructions anticipées (al. 1) et d'autre part la désignation d'un « représentant thérapeutique ».

### **2.1. Les trois conditions de validité des directives anticipées**

L'adoption de directives anticipées juridiquement valables est soumise à deux conditions de fond (la capacité de discernement de leur auteur et un contenu licite) et à une condition de forme (forme écrite). Aucun contrôle de l'autorité n'est prévu. Cela s'explique par le fait qu'un contrôle *ad hoc* se fait automatiquement par le personnel médical en cas de décision à prendre.

#### **A. La capacité de discernement**

Alors que la constitution d'un mandat pour cause d'inaptitude exige le plein exercice des droits civils, la rédaction des directives anticipées ne présuppose que la capacité de discernement (art. 16 CC).

#### **B. Contenu licite**

Cf. notamment l'art. 372 al. 2 CC

Le représentant thérapeutique doit être une personne physique (art. 370 al. 2 CC).

#### **C. Forme écrite**

L'art. 371 al. 1 CC exige que les directives anticipées soient faites en la forme écrite simple. Elles doivent en outre être datées et signées par l'auteur.

## **2.2. Fin des directives anticipées**

### **A. Révocation par l'auteur**

L'art. 371 al. 3 CC renvoie aux dispositions concernant le mandat pour cause d'inaptitude, c'est-à-dire à l'art. 362 CC.

### **B. Renonciation par le représentant thérapeutique**

La personne désignée comme représentant thérapeutique peut renoncer cette charge à tout moment, même durant l'accomplissement de la tâche.

## **2.3. La force obligatoire des directives anticipées**

### **A. Principes**

Le personnel médical est tenu de respecter les directive anticipées (art. 372 al. 2 CC)  
La volonté exprimée de manière suffisamment claire dans les directive vaut consentement ou refus de traitement (FF 2006 6635, 6666).

### **B. Exception**

Le texte légal prévoit trois exceptions (art. 372 al. 2 CC) :

1. Si la volonté de l'auteur est contraire à des dispositions légales (p. ex. souhait d'être tué)
2. En cas de doute que les directives représentent la libre volonté de l'auteur
3. En cas de doutes que les directives correspondent à la volonté présumée (p. ex. inventions médicales qui permettent désormais un traitement).

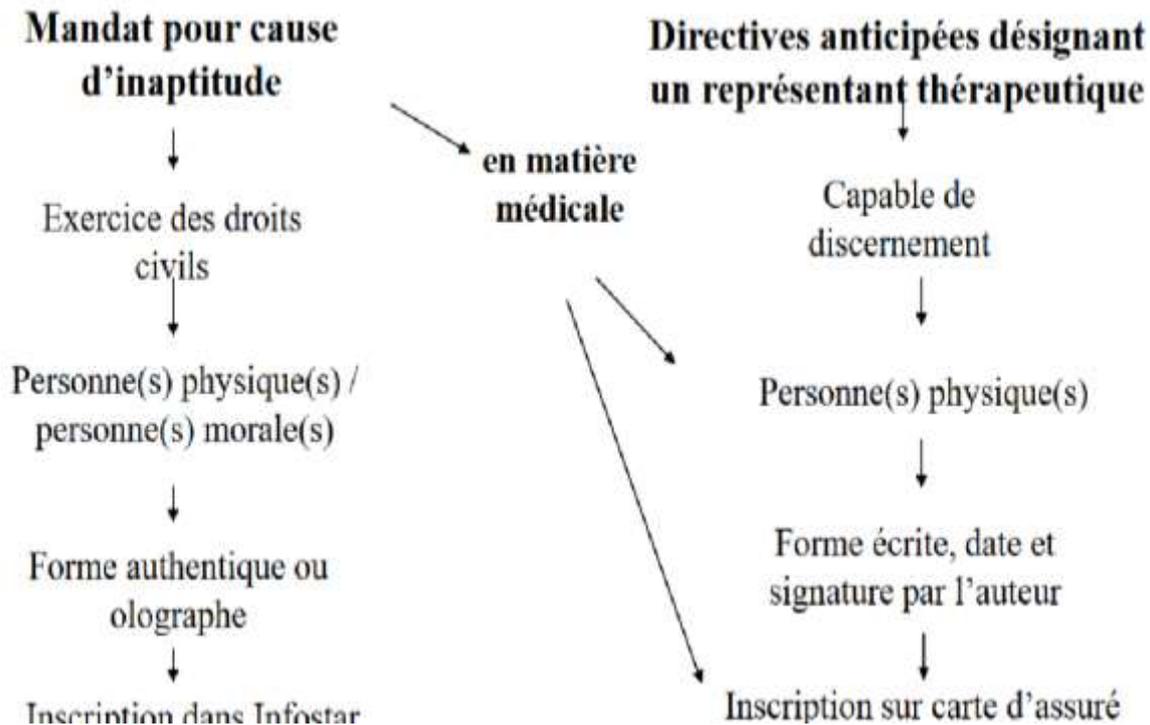
Si le médecin décide d'outrepasser les directives, il doit le mentionner et motiver dans le dossier médical (art. 372 al. 3 CC)

## **2.4. Intervention de l'autorité de protection de l'adulte**

### **Art. 373 CC**

1. Tout proche du patient peut en appeler par écrit à l'autorité de protection de l'adulte lorsque:
  1. les directives anticipées du patient ne sont pas respectées;
  2. les intérêts du patient sont compromis ou risquent de l'être;  
[notamment si l'auteur a exprimé ultérieurement des vœux contraires aux directives]
  3. les directives anticipées ne sont pas l'expression de la libre volonté du patient.
2. La disposition régissant l'intervention de l'autorité de protection de l'adulte dans le cadre du mandat pour cause d'inaptitude s'applique par analogie aux directives anticipées [renvoi à l'art. 368 CC].

## **3. Mandat en matière médicale**



## IV. Les mesures prises par l'autorité

Les mesures prises par l'autorité sont subsidiaires aux mesures appliquées de plein droit et les mesures personnelles anticipées (art. 389 al. 1 CC).

Dans la logique du législateur de 1907, les mesures sont subsidiaires à l'intervention par la famille, raison pour laquelle les dispositions se trouvent dans le livre deuxième du CC concernant la famille.

### 1. Introduction

#### Trois questions : comment répondrait-on sans connaissance de la loi ?

1. Lorsqu'une personne âgée souffrant d'un début de faiblesse due à l'âge n'a plus le courage s'occuper de ses affaires, l'autorité institue une curatelle de représentation et de gestion des biens.

- FAUX, mesure trop incisive. Une curatelle d'accompagnement serait suffisante.

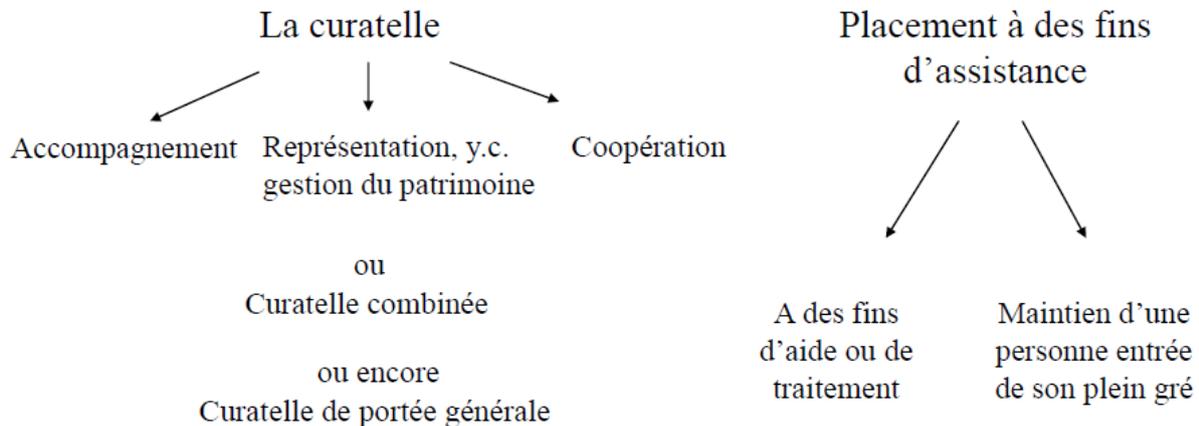
2. Lorsqu'une personne peu informée des prix du marché immobilier envisage de vendre son immeuble et qu'elle risque de le vendre trop bon marché, l'autorité institue une curatelle de gestion du patrimoine ?

- FAUX, les conditions ne sont pas remplies.

3. Lorsqu'une personne capable de discernement mais souffrant de troubles psychiques dilapide son héritage en faisant en faveur de son salut des donations importantes à des œuvres caritatives religieuses, tout en réussissant à pourvoir à son propre entretien au quotidien, l'autorité institue une curatelle de coopération ?

- VRAI,

## 2. Catégories de mesures



## 3. Curatelle

### 3.1. Conditions (art. 390 CC)

#### Première hypothèse (art. 390 al. 1 ch. 1 CC)

La personne concernée est totalement ou partiellement empêchée de sauvegarder ses intérêts, en raison

- d'une déficience mentale (faiblesse d'esprit, soit déficiences d'intelligence, congénitales ou acquises, arrêt VII/8) et/ou
- des troubles psychiques (maladie mentale, soit des pathologies psychiatriques comme des démences, arrêt VII/8) et/ou
- d'un autre état de faiblesse affectant sa condition personnelle (notamment à cause de leur âge avancé ou l'inexpérience manifeste)
  - Arrêt VII/3 (TF 5A\_844/2017) : L'état de faiblesse ne concerne pas seulement les affections semblables à un handicap mental ou à des troubles psychiques, mais aussi des cas extrêmes d'inexpérience, de gaspillage et de mauvaise gestion. Les affaires en cause (pour lesquelles la personne concernée est empêchée de sauvegarder ses intérêts) doivent être essentielles pour la personne à protéger: les difficultés qu'elle rencontre doivent avoir, pour elle, des conséquences importantes, d'ordre patrimonial ou personnel.
  - Arrêt VII/4 : Une faiblesse uniquement physique est en soi suffisante pour satisfaire à la condition de l'existence d'un « autre état de faiblesse » pour autant qu'elle empêche au moins partiellement l'intéressée d'assurer la sauvegarde de ses intérêts.

Attention, l'absence complète de la capacité de discernement **n'est pas** une condition.

#### Deuxième hypothèse (art. 390 al. 1 ch. 2 CC)

La personne majeure n'a pas désigné de représentant pour les affaires à régler et est empêchée d'agir elle-même, en raison :

- d'une incapacité passagère de discernement (cause subjective). L'incapacité de discernement est une absence de la faculté d'agir raisonnablement engendrée par un

des causes légales énumérées à l'art. 16.

et/ou

- d'une absence (cause objective)

Il faut que l'affaire à régler ne peut pas attendre que l'empêchement prenne fin (recouvrement du discernement ou retour de la personne absente).

### **Autres conditions**

Une curatelle de protection de l'adulte ne peut viser qu'une personne majeure. Pour les mineurs, cf. l'art. 308 CC.

L'art. 390 al. 2 CC prévoit que : « L'autorité de protection de l'adulte prend en considération la charge que la personne concernée représente pour ses proches et pour les tiers ainsi que leur besoin de protection. »

### **Majeure**

#### **Première hypothèse (ch. 1) :**

L'art. 390 al. 1 ch. 1 CC prévoit que : « [l'autorité de protection de l'adulte institue une curatelle lorsqu'une personne majeure:] est partiellement ou totalement empêchée d'assurer elle-même la sauvegarde de ses intérêts en raison d'une déficience mentale, de troubles psychiques ou d'un autre état de faiblesse qui affecte sa condition personnelle.

La notion de « déficience mentale » vise les déficiences d'intelligence, congénitales ou acquises, de degrés divers (FF 2006 6635, 6676). Les « troubles psychiques » englobent toutes les pathologies mentales reconnues en psychiatrie, à savoir les psychoses et les psychopathies ayant des causes physiques ou non ou encore les démences, notamment la démence sénile (arrêt VII/8 - TF 5A\_617/2014, du 1er décembre 2014 ; ch. 6 du résumé). Font partie des troubles psychiques les dépendances telles que la toxicomanie, l'alcoolisme ou la pharmacodépendance (Olivier Guillod, *Droit des personnes*, 5<sup>ème</sup> ed., p. 258). La déficience mentale est une notion quantitative et se distingue ainsi des troubles psychiques, qui sont une notion qualitative (Olivier Guillod, *op. cit.*, loc cit). Les notions de déficience mentale et de troubles psychiques ne se confondent pas avec les notions médicales. Si la personne concernée présentera généralement un trouble au sens médical de ces termes, seule est juridiquement déterminante la conséquence que cet état a sur son besoin de protection » (arrêt VII/8 cité, ch. 7 du résumé). L'expression d'un « autre état de faiblesse » affectant la condition personnelle de la personne concernée concerne certaines affections semblables à un handicap mental ou à des troubles psychiques (notamment l'âge très avancé), mais aussi des cas extrêmes d'inexpérience, de gaspillage et de mauvaise gestion (arrêt VII/3 -TF 5A\_844/2017). Une faiblesse uniquement physique (p. ex. la surdi-mutité) est en soi suffisante pour satisfaire à la condition de l'existence d'un « autre état de faiblesse » pour autant qu'elle empêche au moins partiellement l'intéressée d'assurer la sauvegarde de ses intérêts (arrêt VII/4 - TF 5A\_417/2018, du 17 octobre 2018).

Les affaires en cause (pour lesquelles la personne concernée est empêchée de sauvegarder ses intérêts) doivent être essentielles pour la personne à protéger: les difficultés qu'elle rencontre doivent avoir, pour elle, des conséquences importantes, d'ordre patrimonial ou personnel (arrêt VII/3 -TF 5A\_844/2017)

#### **Hypothèse 2 (ch. 2)**

L'art. 390 al. 1 ch. 2 CC prévoit que : « [l'autorité de protection de l'adulte institue une curatelle lorsqu'une personne majeure:] est, en raison d'une incapacité passagère de discernement ou pour cause d'absence, empêchée d'agir elle-même et qu'elle n'a pas désigné de représentant pour des affaires qui doivent être réglées ». Quant à la capacité de discernement (cause subjective d'empêchement d'agir), l'art. 16 CC prévoit que : « 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 ». L'absence est un empêchement objectif d'agir. Il faut que l'affaire

à régler ne peut pas attendre que l'empêchement prenne fin (recouvrement du discernement ou retour de la personne absente).

#### **Dans les deux cas :**

Les mesures de protection d'adulte s'appliquent uniquement aux majeurs. « La majorité est fixée à 18 ans révolus » (art. 14 CC). L'art. 390 al. 2 CC prévoit que : « L'autorité de protection de l'adulte prend en considération la charge que la personne concernée représente pour ses proches et pour les tiers ainsi que leur besoin de protection. »

### **3.2. Tâches du curateur (art. 391 CC)**

Le curateur doit être une personne physique (art. 400 al. 1 CC)

Les tâches du curateur sont déterminées par l'APA en fonction des besoins de la personne concernée (art. 391 al. 1).

Ils concernent par exemple l'assistance personnelle, la gestion du patrimoine ou les rapports juridiques avec les tiers (art. 391 al. 2)

Exceptionnellement, sur autorisation expresse de l'APA, le curateur peut ouvrir la correspondance et pénétrer dans le logement, à défaut de consentement de la personne concernée (art. 391 al. 3).

### **3.3. Principe de la proportionnalité**

Système des « **mesures sur mesure** »

Art. 389 CC

- **principe de subsidiarité** (art. 389 al. 1)
- **principe de proportionnalité** (art. 389 al. 2)
  - o mesures appropriées (adéquation, aptitude)
  - o nécessaires pour atteindre le but visé
  - o respect du principe de proportionnalité au sens étroit

Arrêt VII/6 (TF 5A\_795/2014) : Le choix entre les différentes curatelles doit notamment obéir au principe de proportionnalité. Dans ce cadre, il faut en principe commencer par la mesure la plus légère (la curatelle d'accompagnement) si elle suffit à couvrir les besoins de la personne concernée. On ne peut pas y renoncer au profit d'une mesure plus forte au seul motif qu'elle n'a pas encore fait ses preuves en pratique et que la mesure plus incisive couvre de toute façon les besoins de l'intéressé (une telle approche ferait fi du principe de proportionnalité). Si en revanche la mesure la plus faible risque de favoriser la survenance d'un préjudice important – que l'on ne pourrait pas prévenir à temps –, il faut alors immédiatement prononcer une mesure plus forte.

#### **A. Majeure (arrêt VII/8, TF 5A\_617/2014, du 1<sup>er</sup> décembre 2014) :**

L'autorité de protection de l'adulte prend les mesures appropriées pour garantir l'assistance et la protection de la personne qui a besoin d'aide (art. 388 al. 1 CC), dans le respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité (art. 389 CC). L'application du principe de subsidiarité implique que l'autorité de protection de l'adulte ne peut prendre des mesures de protection que si l'aide dont nécessite la personne concernée ne peut pas être procurée par sa famille, ses proches ou par les services publics ou privés compétents (art. 389 al. 1 ch. 1 CC). Or, il faut qu'une éventuelle mesure personne anticipée (directives anticipées et mandat pour cause d'inaptitude) ou la représentation *ex lege* (cf. les art. 374 à 381 CC) s'avèrent insuffisantes (art. 389 al. 1 ch. 2 CC). Si l'autorité de protection de l'adulte constate que l'aide apportée par ce cercle de personnes ne suffit pas ou estime qu'elle sera insuffisante, elle doit

ordonner une mesure qui respecte le principe de la proportionnalité, à savoir une mesure nécessaire et appropriée (art. 389 al. 2 CC). Cette mesure doit donc se trouver en adéquation avec le but fixé, représenter l'atteinte la plus faible possible pour être compatible avec celui-ci (nécessité ; **il faut passer en revue toutes les curatelles et les écarter, sauf celle qu'on retient !**) et rester dans un rapport raisonnable entre lui et l'atteinte engendrée (proportionnalité au sens étroit). Ces principes valent aussi pour la curatelle de représentation.

Les tâches à accomplir dans le cadre de la mesure ordonnée doivent ensuite être déterminées en fonction des besoins de la personne concernée (art. 391 al. 1 CC). Le principe de proportionnalité veut aussi que l'autorité tienne compte des intérêts légitimes des tiers et considère la charge que la personne concernée représente pour son entourage (art. 390 al. 2 CC). Ces intérêts peuvent justifier l'adoption d'une mesure plus incisive, mais ne peuvent jamais être la cause d'une mesure.

## **B. Art. 392 – Autres mesures**

L'art. 392 CC prévoit des solutions ponctuelles qui peuvent remplacer une curatelle si cette dernière paraît disproportionnée. Le justiciable n'a pas de prétention à ce que l'autorité fasse usage de l'art. 392 CC ; il s'agit d'une norme potestative soumise au pouvoir d'appréciation de l'autorité (arrêt VII/1 – TF 5A\_638/2015)

### **Majeure (arrêt VII/7, TF 5A\_356/2015, du 26 juin 2015, cons. 3.1) :**

Aux termes de l'art. 392 CC, lorsque l'institution d'une curatelle paraît manifestement disproportionnée, l'autorité de protection de l'adulte peut assumer elle-même les tâches à accomplir, notamment consentir à un acte juridique (ch. 1), donner mandat à un tiers d'accomplir des tâches particulières (ch. 2) ou déléguer une personne ou un office qualifiés qui auront un droit de regard et d'information dans certains domaines (ch. 3). Cette disposition doit être interprétée restrictivement: il ne s'agit pas pour l'autorité de protection de l'adulte d'écarter de façon générale les curateurs pour leur substituer des mandataires privés ou sa propre intervention directe.

## **3.4. Fin de la curatelle**

La curatelle, quelle que soit sa forme prend fin soit de par la loi (au décès de la personne concernée, art. 399 al. 1 CC), soit par décision de l'APA (art. 399 al. 2 CC).

## **3.5. Types de curatelle et effets sur la capacité civile**

Les art. 393 à 398 CC énumèrent cinq types de curatelle.

### **A. Curatelle d'accompagnement (art. 393 CC)**

La curatelle d'accompagnement représente le type le moins incisive de curatelle, puisqu'elle n'est instituée qu'avec le consentement de la personne concernée. Elle n'a aucun effet sur la capacité civile.

Cette curatelle est souvent prononcée pour des personnes âgées qui ont encore la capacité de discernement, mais demandent de l'aide ponctuelle pour certaines affaires.

### **B. Curatelle de représentation, y compris de gestion (art. 394 et 395 CC)**

Le prononcé d'une curatelle de représentation présuppose que la personne concernée ne puisse accomplir certains actes indispensables et qu'elle ait par conséquent besoin d'être représenté. La curatelle se subdivise entre la représentation en général (art. 394 CC) et la gestion du patrimoine (art. 395 CC), qui en constitue une forme spéciale.

En cas de curatelle de gestion, il appartient à l'autorité de déterminer les biens qui sont gérés par le curateur. Il peut s'agir de l'ensemble du patrimoine de la personne concernée ou d'une

partie déterminée du revenu et/ou de la fortune (p. ex. seulement les rentes AVS).

Or, l'APA peut aussi priver la personne concernée de certains éléments de son patrimoine, sans limiter l'exercice des droits civils (art. 395 al. 3 CC). Cette mesure est comparable à un « blocage de compte » (FF 2006 6635, 6680)

Pour la représentation en général, aussi bien que la gestion du patrimoine, L'APA peut prévoir une limitation de la capacité civile active de la personne concernée (art. 394 al. 2 CC). Même si la personne concernée continue d'exercer ses droits civils, elle est liée par les actes du curateur (art. 394 al. 3 CC).

### **C. Curatelle de coopération (art. 396 CC)**

La curatelle de coopération prévoit la coopération du curateur pour des actes expressément prévus dans la décision de l'APA. L'exercice des droits strictement personnels par un curateur de coopération est exclu.

La curatelle de coopération entraîne la limitation de la capacité civile active pour les actes soumis à l'exigence du consentement du curateur (art. 396 al. 2 CC). L'absence de coopération du curateur à un acte juridique visé par la décision de la mise sous curatelle rendrait cet acte boiteux (cf. art. 19a et 19b CC). En revanche, le curateur n'a aucun pouvoir de représentation (seulement consentement).

### **D. Curatelle combinée (art. 397 CC)**

Permet de combiner les curatelles évoquées ci-dessus (mais pas la CPG).

Arrêt VII/3 (TF 5A\_844/2017) : La curatelle instituée est une combinaison (art. 397 CC) d'une curatelle de coopération et d'une curatelle de représentation/gestion. Les curatelles de représentation au sens de l'art. 394 al. 1 CC et de coopération selon l'art. 396 al. 1 CC ne peuvent pas être combinées si elles portent sur les mêmes cercles de tâches. Mais si une tâche individuelle prévue pour un type de curatelle est également incluse dans la description très générale d'un autre type de curatelle ou qu'elles se chevauchent, la disposition spéciale l'emportera alors sur la disposition générale. Il est ainsi envisageable d'instituer une curatelle de représentation avec gestion de l'ensemble du patrimoine et une curatelle de coopération pour des tâches de gestion plus spécifiques telles les donations ou les affaires conclues à crédit. Une telle combinaison ne fait sens que si la curatelle de représentation/gestion est prononcée sans limitation de l'exercice des droits civils pour les actes qui ne tombent pas sous la curatelle de coopération.

### **E. Curatelle de portée générale (art. 398 CC)**

La CPG n'entre en ligne de compte que si aucun autre type de curatelle ne suffit à remplir les objectifs d'assistance et de protection de la personne concernée (*ultima ratio*). La CPG vise des personnes ayant un besoin d'aide à la fois durable et important.

Le curateur a la capacité de représenter la personne concernée (art. 398 al. 2 CC). Sont exclus des droit strictement personnels dans la mesure où la personne concernée est capable de discernement (et les droits strictement personnels non sujets à représentation).

Une CPG entraîne la privation de plein droit de l'exercice des droits civils (art. 398 al. 3 CC).

### **Arrêt VII/8 (TF 5A\_617/2014, du 1<sup>er</sup> décembre 2014)**

Si l'un des deux cas de curatelle de l'art. 390 al. 1 CC est donné, il faut ensuite que la condition spécifique à la curatelle de portée générale de l'art. 398 al. 1 CC soit remplie, à savoir que la personne concernée ait «particulièrement besoin d'aide». La curatelle de portée générale est une *ultima ratio*: la condition de l'art. 398 al. 1 CC doit être comprise en ce sens qu'aucune des autres formes de curatelles prévues aux art. 393 à 396 CC ou combinaison de ces

curatelles (art. 397 CC) ne suffit à apporter la protection requise. Cette forme de curatelle doit être envisagée en particulier pour les personnes durablement incapables de discernement comme le rappelle l'art. 398 al. 1 *in fine* CC. L'incapacité de discernement n'est toutefois ni une condition ni, à elle seule, un critère suffisant pour le prononcé d'une telle mesure.

### **3.6. Le choix du curateur**

#### **A. En général**

##### **Arrêt VII/9 - ATF 140 III 1 ; cons. 4.2.**

4.2 Le curateur doit être une personne physique qui possède les aptitudes et les connaissances nécessaires à l'accomplissement des tâches qui lui seront confiées (art. 400 al. 1 CC). Parmi les éléments déterminants pour juger de l'aptitude figurent notamment le fait de posséder les qualités professionnelles et relationnelles, ainsi que les compétences professionnelles requises pour les accomplir (FF 2006 6683 ad art. 400), de disposer du temps nécessaire et d'exécuter les tâches en personne (art. 400 al. 1 CC), mais aussi de ne pas se trouver en situation de conflit d'intérêts. Ce dernier critère doit permettre au curateur de se dédier à sa tâche sans que l'exécution de celle-ci ne soit rendue impossible ou difficile à l'excès par une autre activité qui lui serait contraire, ou par tout autre intérêt dont il aurait la charge, et de respecter son devoir de diligence ainsi que le secret professionnel auquel il est tenu en vertu de l'art. 413 al. 1 et 2 CC.

#### **B. Conflit d'intérêts**

##### **Arrêt VII/9 - ATF 140 III 1 ; cons. 4.2.**

La loi envisage expressément les cas dans lesquels les intérêts du curateur et ceux de l'intéressé entreraient en conflit (art. 403 al. 1 CC). La notion de "conflit d'intérêts" peut aussi englober les cas dans lesquels le mandataire est en charge, successivement, de deux mandats contradictoires. En l'occurrence, se pose la question de l'existence d'un conflit d'intérêts, pour la curatrice, entre sa mission de représentation durant la procédure (art. 449a CC) et la mission subséquente de curatrice de représentation avec gestion (art. 394 s. CC). Cette question ne peut être résolue de façon uniforme, mais doit être analysée dans chaque cas d'espèce en tenant compte de l'ensemble des circonstances. En principe, dans le cas où l'intéressé s'oppose au principe même de la curatelle, il n'est pas opportun de confier le mandat de curatelle à celui qui avait été nommé pour l'assister au cours de la procédure. En effet, l'intéressé ne peut en général pas avoir une relation de confiance avec cette personne, si celle-ci assume par la suite le mandat, ce qui compromet les chances de succès de la mesure. En revanche, lorsque l'intéressé a consenti à la curatelle, il n'est pas forcément inopportun de confier les deux mandats successifs à la même personne.

#### **C. Vœux de la personne concernée**

##### **Arrêt VII/9 - ATF 140 III 1 ; cons. 4.1**

4.1. La possibilité pour l'intéressé de proposer une personne en qualité de curateur a été reprise dans le nouveau droit à l'art. 401 al. 1 CC. Lorsque la personne concernée propose une personne comme curateur, l'autorité de protection de l'adulte accède à son souhait (entspricht; accoste) à condition que la personne proposée remplisse les conditions requises et accepte la curatelle (art. 401 al. 1 CC). La prise en considération des vœux de la personne qui a besoin d'aide permet de tenir compte du fait que, si celle-ci choisit une personne en qui elle a confiance, les chances de succès de la curatelle augmentent. Le principe de l'autonomie de la personne est au centre de cette disposition (FF 2006 6684 ad art. 401).

#### **D. Objections de la personne concernée**

##### **Arrêt VII/9 - ATF 140 III 1 ; cons. 4.3.2 :**

4.3.1 [En vertu de l'art. 401 al. 3 CC], l'autorité de protection de l'adulte doit tenir compte autant que possible des objections que la personne concernée soulève à la nomination d'une

personne déterminée. Le droit de l'intéressé de refuser la nomination d'une personne n'est cependant pas absolu, car il y a lieu d'éviter que des refus répétés n'empêchent d'instituer la curatelle (FF 2006 6684 ad art. 401). Lorsque l'intéressé formule des objections, l'autorité de protection de l'adulte doit examiner si celles-ci sont objectivement plausibles. Il y a lieu de se montrer moins strict dans l'appréciation des objections lorsque la personne s'oppose, pour la première fois, à ce qu'une personne soit désignée comme curatrice et qu'elle ne conteste pas la mesure en tant que telle.

## **E. Majeure**

Le curateur doit être une personne physique qui possède les aptitudes et les connaissances nécessaires à l'accomplissement des tâches qui lui seront confiées (art. 400 al. 1 CC). Parmi les éléments déterminants pour juger de l'aptitude figurent notamment le fait de posséder les qualités professionnelles et relationnelles, ainsi que les compétences professionnelles requises pour les accomplir (FF 2006 6683 ad art. 400), de disposer du temps nécessaire et d'exécuter les tâches en personne (art. 400 al. 1 CC), mais aussi de ne pas se trouver en situation de conflit d'intérêts. Ce dernier critère doit permettre au curateur de se dédier à sa tâche sans que l'exécution de celle-ci ne soit rendue impossible ou difficile à l'excès par une autre activité qui lui serait contraire, ou par tout autre intérêt dont il aurait la charge, et de respecter son devoir de diligence ainsi que le secret professionnel auquel il est tenu en vertu de l'art. 413 al. 1 et 2 CC.

La loi envisage expressément les cas dans lesquels les intérêts du curateur et ceux de l'intéressé entreraient en conflit (art. 403 al. 1 CC). La notion de "conflit d'intérêts" peut aussi englober les cas dans lesquels le mandataire est en charge, successivement, de deux mandats contradictoires. En l'occurrence, se pose la question de l'existence d'un conflit d'intérêts, pour la curatrice, entre sa mission de représentation durant la procédure (art. 449a CC) et la mission subséquente de curatrice de représentation avec gestion (art. 394 s. CC). Cette question ne peut être résolue de façon uniforme, mais doit être analysée dans chaque cas d'espèce en tenant compte de l'ensemble des circonstances. En principe, dans le cas où l'intéressé s'oppose au principe même de la curatelle, il n'est pas opportun de confier le mandat de curatelle à celui qui avait été nommé pour l'assister au cours de la procédure. En effet, l'intéressé ne peut en général pas avoir une relation de confiance avec cette personne, si celle-ci assume par la suite le mandat, ce qui compromet les chances de succès de la mesure. En revanche, lorsque l'intéressé a consenti à la curatelle, il n'est pas forcément inopportun de confier les deux mandats successifs à la même personne.

## **4. Le placement à des fins d'assistance**

### **4.1. Introduction**

#### **A. Historique**

En 1981, la « privation de liberté à des fins d'assistance » a été introduite dans le CC Suisse. Auparavant, les divers droit cantonaux prévoyaient un « internement administratif ». La législation au niveau national avait le but de mettre en place des règles conformes à l'art. 5 CEDH. Le droit actuel, contient pour l'essentiel encore les règles établies en 1981. La terminologie a été changée, on parle désormais de placement à des fins d'assistance. Or, la protection de la personne placée a été renforcée.

#### **B. Notion**

Le placement à des fins d'assistance (ci-après « pàfa ») est à la fois la décision par laquelle une autorité place ou retient une personne dans un établissement afin de lui apporter l'aide dont elle a besoin et le statut créé par cette décision. Il s'agit d'une mesure spéciale de protection de l'adulte qui peut être appliquée aussi bien à des personnes faisant déjà l'objet d'une mesure ordinaire de protection (une des curatelles des art. 393 ss CC) ou ayant adopté des mesures personnelles anticipées (art. 360 ss CC), qu'à des personnes ne faisant l'objet

d'aucune mesure de protection de l'adulte.

Le pàfa tend à assurer la protection de l'individu, au besoin contre lui-même, et à lui fournir l'aide et les soins dont il a besoin. Il doit donc être distinguée d'un internement fondé sur une raison de police (p. ex. pour la sécurité des tiers) ou une privation de liberté suite à un jugement pénal.

ATF 145 III 441

- Danger pour des tiers n'est pas un motif suffisant en soi, mais ça peut être prise en compte (arrêt VII/11)
- La CourEDH dit que le danger pour des tiers est un motif suffisante. Mais en Suisse, il n'y pas un base légale pour une telle mesure.

### C. Placement des mineurs

#### **Art. 314b CO - Placement dans une institution fermée ou dans un établissement psychiatrique**

1. Lorsque l'enfant est placé dans une institution fermée ou dans un établissement psychiatrique, les dispositions de la protection de l'adulte sur le placement à des fins d'assistance sont applicables par analogie.

2. Si l'enfant est capable de discernement, il peut lui-même en appeler au juge contre la décision de placement.

Les règles sur le placement à des fins d'assistance se trouvent dans la partie du CC consacrée à la protection de l'adulte. Cependant, les règles s'appliquent par analogie aux mineurs placés, par renvoi de l'art. 314b CC. L'enfant capable de discernement peut lui-même recourir contre une décision de placement (art. 314b al. 2 CC).

### D. Délimitations

#### **Entre pàfa et soins médicaux stationnaires**

Le pàfa d'une personne incapable de discernement doit être distingué des soins médicaux généraux d'une telle personne. Le traitement médical, même stationnaire, d'une personne incapable de discernement, par exemple suite à un accident, relève de la compétence du représentant de la personne (art. 378 CC). Cependant, le traitement des troubles psychiques sont soumis aux règles du pàfa est donc pas de la compétence du représentant médical (art. 380 CC).

#### **Entre pàfa et entrée dans un établissement médico-social**

Une personne incapable de discernement peut résider dans un établissement médico-social pour recevoir les soins dont elle a besoin. La résidence dans un EMS peut même être accompagnée de certaines mesures limitant la liberté de mouvement (p. ex. des barrières de lit). Cette résidence est réglée par un contrat d'assistance (art. 382 al. 1 CC), qui peut être conclu par le représentant médical de la personne (art. 378 CC), à moins que la personne concernée ait manifesté son opposition à l'entrée en EMS. Dans cette dernière hypothèse, le représentant doit saisir l'APEA, pour qu'elle prononce un pàfa.

### 4.2. Conditions matérielles

#### **Art. 426 al. 1 CC**

1. Une personne peut être placée dans une institution appropriée lorsque, en raison de troubles psychiques, d'une déficience mentale ou d'un grave état d'abandon, l'assistance ou le traitement nécessaires ne peuvent lui être fournis d'une autre manière.

La loi prévoit donc trois conditions cumulatives :

- A. Existence d'une des causes retenues par la loi
- B. Un besoin d'assistance ou de traitement

## C. Une institution appropriée

### A. Existence d'une des causes retenues par la loi



Les notions de troubles psychiques et de déficience mentale sont interprétées de manière identique aux notions correspondantes dans le cadre de l'analyse de la capacité de discernement. Il faut rappeler que « [l]es notions de déficience mentale et de troubles psychiques ne se confondent pas avec les notions médicales. Si la personne concernée présentera généralement un trouble au sens médical de ces termes, seule est juridiquement déterminante la conséquence que cet état a sur son besoin de protection » (arrêt VII/8 - TF 5A\_617/2014, du 1er décembre 2014 ; cons. 7, par rapport à l'art. 390 CC).

**Troubles psychiques :** Toutes les pathologies mentales reconnues en psychiatrie, à savoir les psychoses et les psychopathies ayant des causes physiques ou non ou encore les démences, notamment la démence sénile. Font partie des troubles psychiques les dépendances telles que la toxicomanie, l'alcoolisme ou la pharmacodépendance. L'existence de troubles psychiques doit être attestée par une expertise (art. 450e al. 3 CC), qui doit répondre aux exigences imposées par la jurisprudence (cf. arrêt VII/16 et VII/17). L'art. 5 CEDH §1 lit. e parle d'« aliéné ».

**Déficience mentale :** Les déficiences d'intelligence, congénitales ou acquises, de degrés divers (FF 2006 6635, 6676). L'art. 5 CEDH §1 lit. e parle d'« aliéné ». La déficience mentale est une notion quantitative et se distingue ainsi des troubles psychiques, qui sont une notion qualitative.

**Grave état d'abandon :** La CEDH parle de « vagabond ». C'est la situation lors que l'état de la personne est contraire à la dignité humaine. Un mode de vie « alternatif », même un mode de vie « messie » ne suffit donc pas. Souvent, une personne vivant ainsi souffre également de troubles psychiques ou de déficience mentale.

### B. Un besoin d'assistance ou de traitement

Il faut une nécessité d'une assistance personnelle (accomplir les gestes de la vie quotidienne) ou d'un traitement (soins de santé) **et** l'impossibilité de fournir l'assistance personnelle ou le traitement à la personne concernée d'une autre manière (pàfa est la *ultima ratio*).

Il faut avoir un lien de causalité entre le besoin d'assistance et la cause légale.

Dans l'arrêt 5A\_444/2014 du 26 juin 2014, le TF rappelle une fois encore que malgré la formulation de l'art. 426 al. 2 CC, le PAFA doit servir à protéger la personne concernée, non son entourage. La protection des tiers peut certes être prise en compte, mais ne saurait être à elle seule déterminante.

### C. Une institution appropriée

L'institution doit être :

- Apte à répondre au besoin de protection. Il faut par exemple que la mission de soins corresponde à l'état de la personne (p. ex. soins psychiques pour des personnes avec des troubles psychiques). Un établissement approprié doit d'ailleurs avoir une organisation et le personnel permettant de celui qui y est placé pour recevoir soins et assistance (cf. par exemple l'arrêt VII/12 ; TF 5A\_257/2015, du 23 avril 2015). Cela peut tout à fait exceptionnellement être le cas d'un établissement pénitentiaire (arrêt VII/11 - ATF 138 III 593).
- Pas nécessairement une institution fermée
- Forme juridique importe peu

Peuvent être des institutions appropriées les hôpitaux, les EMS, les home, les appartements protégés etc. Dans des situations extraordinaires, on peut même envisager le placement dans une institution pénitentiaire.

Si on ne trouve pas une institution appropriée, on ne peut pas prendre la mesure.

#### **D. Si une condition fait défaut**

Si une des conditions n'est plus remplie, la personne doit être libérée (art. 426 al. 3 CC). La personne concernée ou une de ses proches peuvent demander la libération en tout temps (art. 426 al. 4 CC).

#### **E. Majeure pour les conditions matérielles d'un pàfa**

##### **Condition préliminaire de la majorité**

Les conditions matérielles du placement à des fins d'assistance se trouvent à l'art. 426 CC. L'art. 426 CC se trouve dans la troisième partie du livre deuxième du CC, intitulée « De la protection de l'adulte ». Ces articles sont donc, sauf dispositions légale contraire, uniquement applicables aux personnes majeures. D'après l'art. 14 CC : « La majorité est fixée à 18 ans révolus ».

##### **Introduction aux sous-majeures suivantes**

L'art. 426 al. 1 CC dispose que : « [u]ne personne peut être placée dans une institution appropriée lorsque, en raison de troubles psychiques, d'une déficience mentale ou d'un grave état d'abandon, l'assistance ou le traitement nécessaires ne peuvent lui être fournis d'une autre manière ».

Le placement à des fins d'assistance (ci-après : « pàfa ») est donc soumis à trois conditions cumulatives : l'existence d'une cause légale exhaustivement listées dans la loi, un besoin d'assistance ou de traitement et la disponibilité d'une institution appropriée.

##### **Première condition – Cause légale**

Les causes légales sont les troubles psychiques, une déficience mentale ou un grave état d'abandon. L'expression « trouble psychique » englobe toutes les pathologies mentales reconnues en psychiatrie, à savoir les psychoses et les psychopathies ayant des causes physiques ou encore les démences, notamment la démence sénile (arrêt VII/8 - TF 5A\_617/2014, du 1er décembre 2014 ; ch. 6 du résumé). Les troubles liés aux dépendances telles que la toxicomanie, l'alcoolisme ou la pharmacodépendance peuvent également être considérés comme des troubles psychiques (Olivier Guillod, *Droit des personnes*, 5<sup>ème</sup> ed., p. 258). La « déficience mentale » se réfère aux déficiences de l'intelligence, congénitales ou acquises, de degrés divers (arrêt VII/8 cité, ch. 6 du résumé). La notion de déficience mentale, de nature plutôt quantitative, se distingue des troubles psychiques, qui sont de nature plutôt qualitative (Olivier Guillod, *op. cit.*, loc cit). Les notions de déficience mentale et de troubles psychiques ne se confondent pas avec les notions médicales. Si la personne concernée présentera généralement un trouble au sens médical de ces termes, seule est juridiquement déterminante la conséquence que cet état a sur son besoin de protection » (arrêt VII/8 cité,

ch. 7 du résumé). Par grave état d'abandon (correspondant à la notion de « vagabond » à l'art. 5 para. 1 lit. e *in fine* CEDH), on entend un grave état de déprivation – en matière de propreté, d'alimentation, d'hygiène et des soins, absolument incompatible avec la dignité humaine. Le simple fait que la personne concernée « s'écarte des formes traditionnelles de bienséance sociale » ne suffit pas (FF 1977 III 1, 27).

#### **Deuxième condition – Besoin de traitement qui ne peut être fourni autrement**

Il faut que la cause légale engendre causalement une nécessité d'une assistance personnelle (accomplir les gestes de la vie quotidienne) ou d'un traitement (soins de santé, somatique ou psychique) **et** l'impossibilité de fournir l'assistance personnelle ou le traitement à la personne concernée d'une autre manière. Ceci est une concrétisation du principe de proportionnalité (art. 389 al. 2 CC). Le pàfa étant une mesure incisive, qui prive la personne concernée de sa liberté de mouvement, il n'est envisageable que comme *ultima ratio*. En vertu du principe de nécessité, le pàfa n'est envisageable si une curatelle semble insuffisante. **Il faut exclure toutes les autres mesures possibles, c'est-à-dire toutes les curatelles.**

Pour tempérer la subsidiarité à l'appui des proches (cf. art. 389 al. 1 ch. 1 CC), l'autorité prend d'ailleurs en compte « [l]a charge que la personne concernée représente pour ses proches et pour des tiers ainsi que leur protection » (art. 426 al. 2 CC). Malgré la teneur trompeuse de l'art. 426 al. 2 CC, le pàfa uniquement pour but de protéger la personne concernée (cf. art. 388 CC). La notion de proche au sens de l'art. 426 al. 2 CC vise toutes les personnes dont la situation serait directement influencée par la décision de placer la personne concernée (p. ex. conjoint, partenaire enregistré, concubin, la famille etc.) (Oliver Guillod, *op. cit.*, p. 259).

#### **Troisième condition – Institution appropriée**

Pour être appropriée, l'institution doit être apte à répondre au besoin de protection. Il faut que la mission de soins de l'institution corresponde au besoin de la personne. Notamment, l'institution doit avoir pour mission des soins psychiques pour accueillir des personnes avec des troubles psychiques. Un établissement approprié doit d'ailleurs avoir une organisation et le personnel permettant de celui qui y est placé pour recevoir soins et assistance (cf. par exemple l'arrêt VII/12 ; TF 5A\_257/2015, du 23 avril 2015). Cela peut tout à fait exceptionnellement être le cas d'un établissement pénitentiaire (arrêt VII/11 - ATF 138 III 593). L'institution ne doit pas nécessairement être une institution fermée et la forme juridique de l'institution ne joue pas de rôle.

### **E. Cas spécial : Maintien d'une personne en institution qui est entrée de son plein gré**

Une personne qui est entrée dans une institution peut y être maintenu, pour un maximum de trois jours, si les conditions suivantes sont réunies :

1. La personne concernée est entrée dans l'institution pour traiter des troubles psychiques (art. 427 al. 1 CC). L'art. 427 CC ne s'applique donc pas aux personnes qui sont dans un home à cause d'une déficience mentale.
2. La personne doit être un danger pour sa propre intégrité corporelle ou celle des tiers (art. 427 al. 1 ch. 1 et 2 CC).
3. Seulement le médecin-chef de l'institution peut prononcer la mesure (art. 427 al. 1 CC)

La personne concernée ou un de ses proches peuvent contester la décision aux conditions de l'art. 439 CC.

### **4.3. Effets**

Placement de la personne concernée, sans ou contre sa volonté, dans une institution appropriée.

Pour les personnes incapable de discernement, on parle de placement **sans** volonté. Les personnes capables de discernement, mais qui s'opposent au placement peuvent être placées même **contre** leur volonté.

#### **4.4. Traitement des troubles psychiques pendant un pàfa**

Les art. 433 et 434 CC introduisent trois particularités par rapport au régime juridique ordinairement applicable aux patients.

Premièrement, le représentant médical (art. 378 CC) est mis de côté. Deuxièmement, les directives anticipées perdent leur force contraignante (art. 433 al. 3 CC). Troisièmement, le consentement de la personne concernée n'est pas nécessaire, si les conditions de l'art. 434 al. 1 CC sont réunies.

1. Le consentement de la personne concernée fait défaut (art. 434 al. 1 *ab initio* CC). La personne peut même s'opposer au traitement.
2. Le défaut de traitement me gravement en péril la santé de la personne concernée ou la vie ou l'intégrité corporelle d'autrui (art. 434 al. 1 ch. 1 CC)
3. La personne concernée n'a pas la capacité de discernement requise pour saisir la nécessité du traitement (art. 434 al. 1 ch. 2 CC)
4. Il n'existe pas de mesures appropriées moins rigoureuses (art. 434 al. 1 ch. 3 CC)

Ce régime particulièrement sévère, qui permet d'imposer un traitement à une personne sans son consentement, s'applique uniquement aux personnes qui font l'objet d'un pàfa à cause de troubles psychiques. Une personne souffrant des troubles psychiques et incapable de discernement, mais pas pàfa, doit être traité selon l'art. 379 CC en cas d'urgence.

L'art. 435 al. 1 CC dispose que : « [e]n cas d'urgence, les soins médicaux indispensables peuvent être administrés immédiatement si la protection de la personne concernée ou celle d'autrui l'exige ». L'art. 435 CC se réfère uniquement aux soins médicaux en lien avec les troubles psychiques à l'origine du pàfa. Toutes les autres mesures doivent être basées sur l'art. 379 CC.

#### **4.5. Eléments de procédure**

Il y a certaines normes procédurales spéciales dans la matière de placement à des fins d'assistance.

##### **A. Compétence matérielle**

###### **Pour prononcer la mesure**

Autorité de protection de l'adulte (art. 428 al. 1 CC)

Médecins désignés par les cantons (art. 429 al. 1 CC)

- pour une durée fixée par le droit cantonal, au maximum six semaines

###### **Art. 60 al. 1 et 2 LaCC/GE - Compétences des médecins**

1. Seul un médecin au bénéfice d'une formation post-graduée reconnue et inscrit au registre de sa profession, à l'exclusion des médecins du service où la prise en charge hospitalière aura lieu, peut ordonner le placement d'un patient, dans la mesure où il n'est ni parent ni allié.

2. Le placement ordonné par un médecin prend fin au plus tard après 40 jours, sauf s'il est prolongé par une décision du Tribunal de protection.

###### **Pour lever la mesure**

Autorité de protection de l'adulte (art. 428 al. 1 CC)

Dans les autres cas : l'institution (art. 428 al. 2 et 429 al. 3 CC)

##### **B. Compétence à raison du lieu**

###### **Compétence ordinaire**

Autorité du lieu de domicile de la personne concernée (art. 442 al. 1 CC).

Eventuellement l'autorité du lieu d'origine à la place de l'autorité du lieu du domicile si les cantons le décrètent et que les conditions prévues par la loi sont remplies (art. 442 al. 4 CC)

### **Compétence extraordinaire**

En cas de péril en la demeure, autorité du lieu de résidence est aussi compétente (art. 442 al. 2 CC)

D'après la professeure, il en va du même pour le médecin : c'est le médecin désigné par le canton de domicile qui est compétent, sauf en cas d'urgence.

### **C. Garanties procédurales en cas de décision prise par un médecin**

Droit à être examiné par le médecin ordonnant le placement et à être entendu par lui (art. 430 al. 1 CC)

Droit à ce que la décision du médecin comprenne un certain nombre d'indications (art. 430 al. 2 CC). Notamment les raisons et le but du placement (ch. 3). Il s'agit d'une concrétisation du droit constitutionnel d'être informé de la raison de toute privation de liberté, inscrit à l'art. 31 al. 2 Cst. et à l'art. 5 par. 2 CEDH.

Droit à ce que la décision soit communiquée à un proche avec indication de la possibilité de recourir (art. 430 al. 5 CC)

Droit à un contrôle judiciaire lorsque la décision n'a pas été rendue par un juge (art. 439 CC). Par renvoi de l'art. 439 al. 3 CC à l'art. 450e al. 3 CC, le contrôle du juge doit aussi être prise sur base d'un rapport d'expertise indépendant (cf. *infra*), si elle est relative à des troubles psychiques.

### **D. Autres garanties procédurales**

Droit à un examen périodique du bien-fondé du maintien de la mesure (art. 431 CC). Le p<sup>a</sup>fa ordonné par l'APA est en principe pas limité dans le temps. Cependant, lorsqu'il s'avère lors d'un examen périodique que les conditions ne sont plus remplies, la personne doit être libérée (art. 426 al. 3 CC).

Droit de faire appel à une personne de confiance (art. 432 CC). Sans procuration, la personne de confiance n'a pas un pouvoir de représentation.

Droit d'être en principe entendu personnellement, en général par l'autorité de protection réunie en collège (art. 447 CC). Cette réunion doit comporter trois membre au moins (art. 440 al. 2 CC), dont un devrait être un juriste. En cas de recours contre une décision de l'APA, l'instance judiciaire doit de nouveau entendre – personnellement et réunie en collège – la personne concernée (art. 450e al. 4 CC et arrêt VII/15 - ATF 139 III 257 cons. 4.3.).

Droit à ce que la décision, si elle est relative à des troubles psychiques, soit prise sur la base d'un rapport d'expertise (art. 446 CC) et à ce que l'expert soit indépendant au plus tard au stade du recours devant l'instance judiciaire de recours (art. 450e al. 3 CC). L'expertise doit notamment s'exprimer sur le danger concret pour la santé ou la vie de l'intéressé ou des tiers, sur la nécessité d'un traitement stationnaire, sur la perception que l'intéressé a de son état et sur le caractère approprié de l'institution (cf. arrêt VII/16 – ATF 143 III 189).

Arrêt VII/17 - ATF 140 III 101 : Le rapport d'expertise doit se prononcer sur l'état de santé de l'intéressé. Il doit également indiquer en quoi les éventuels troubles psychiques risquent de mettre en danger la vie de la personne concernée ou son intégrité personnelle, respectivement celles d'autrui, et si cela entraîne chez lui la nécessité d'être assisté ou de prendre un traitement. Dans l'affirmative, il lui incombe de préciser quels seraient les risques concrets pour la vie ou la santé de cette personne, respectivement pour les tiers, si la prise en charge préconisée n'était pas mise en œuvre. Il doit encore indiquer si, en vertu du besoin de protection de l'intéressé, un internement ou une rétention dans un établissement est indispensable, ou si l'assistance ou le traitement nécessaire pourraient lui être fournis de manière ambulatoire. Il doit préciser également si la personne concernée paraît, de manière crédible, prendre conscience de sa maladie et de la nécessité d'un traitement. Enfin,

l'expert doit indiquer s'il existe un établissement approprié et, le cas échéant, pourquoi l'établissement proposé entre effectivement en ligne de compte.

#### **D. Voies de recours**

Lorsqu'une décision émane d'un médecin ou une institution, la personne concernée ou l'un de ses proches peuvent demander un contrôle par un juge (art. 439 CC). Lorsque la décision est prise par l'APEA, un recours est ouvert en vertu des art. 450 ss CC.

Les dispositions procédurales sont les mêmes, car l'art. 439 al. 3 CC renvoie aux art. 450 ss CC.

#### **Qualité d'agir de la personne concernée**

La personne concernée est partie à la procédure et a donc la qualité pour recourir (art. 450 al. 2 ch. 1 CC). La qualité d'ester en justice suppose la capacité de discernement. Dans le cadre du recours contre un pàfa, cette notion est très large : toute personne capable de rendre sa requête par écrit est capable de discernement relative au recours.

#### **Qualité d'agir d'un « proche »**

Puisque la personne concernée est par la force des choses vulnérable, la loi octroie le droit de demander un contrôle judiciaire ou de recourir aux **proches** de la personne concernée (art. 439 al. 1 et art. 450 al. 2 ch. 2 CC). Cette notion vise les personnes « qui connaissent bien (la personne en cause) en raison de leurs liens de parenté ou d'amitié avec elle, de leur fonction ou de leur activité professionnelle (médecin, assistant social enseignant, prêtre ou pasteur, etc.) » (ATF 114 II 213).

Arrêt VIII/14 - TF 5A\_112/2015, du 7 décembre 2015 ; cons. 3 : le TF estime que seul le proche qui défend les intérêts de la personne concernée à la qualité pour recourir au sens de l'art. 450 al. 2 ch. 2 CC. Toute personne (proche ou non) qui fait valoir ses propres intérêts est un tiers au sens de l'art. 450 al. 2 ch. 3 CC. Elle n'est légitimée à recourir que pour autant que les intérêts juridiques (de nature économique ou idéale) qu'elle fait valoir sont en lien direct avec la mesure prononcée ou doivent être protégés par celle-ci et qu'ils auraient donc dû être pris en compte par l'autorité de protection. Le tiers qui prétend faire valoir les intérêts de la personne concernée sans être un proche n'a pas la qualité pour recourir.

La qualité de recourir des proches n'existe pas devant le TF (Art. 76 LTF), sauf s'ils ont aussi un intérêt personnel au recours.

Le délai de recours est de dix jours (art. 439 al. 2 CC et art. 450b al. 2 CC). Le recours doit intervenir par écrit (art. 450 al. 3 CC). En matière de pàfa, aucune motivation n'est nécessaire (art. 450e al. 1 CC).

#### **4.6. Affirmations**

Quatre affirmations (vrai/faux)

1. Le vagabondage permet de prononcer une mesure de placement à des fins d'assistance.  
- FAUX
2. Une personne ayant besoin d'assistance pourra être dans un établissement pénitentiaire.  
- VRAI
3. Le placement d'une personne âgée, incapable de discernement et sans réaction en EMS, est un placement à des fins d'assistance.  
- FAUX
4. Un simple médecin de famille peut être habilité à prononcer un placement à des fins d'assistance.

- VRAI

# CHAPITRE 9 : LA PROTECTION DE LA PERSONNALITÉ

## I. Généralités

### 1. Introduction

#### 1.1. Notions

**Problématique :** protection de la personne par le droit contre des atteintes aux biens qui lui sont propres en tant que sujet de droit

La personnalité au sens des art. 27 et 28 ss CC peut être définie comme l'ensemble des biens ou valeurs qui appartiennent à une personne du seul fait de son existence.

Il s'agit donc de biens extra-patrimoniaux.

Les biens patrimoniaux sont transmissibles, les biens de la personnalité ne le sont pas.

Le droit de la personnalité est le pendant en droit privé des droits fondamentaux. Chaque bien de la personnalité correspond à un droit. L'honneur, par exemple, est protégé par le droit à l'honneur.

Les droits de la personnalité contrairement aux droits fondamentaux, sont applicables entre individus. La majorité des « droits fondamentaux » transposés au droit privé par le droit de la personnalité sont des droits de la première génération, soit des droits défensives (obligation des tiers de s'abstenir). Cependant, certains rares obligations positives envers des tiers existent en vertu du droit de la personnalité. Il en va ainsi par exemple du test qu'un tiers peut être obligé d'accomplir dans le cadre d'une action en connaissance de son ascendance.

#### 1.2. Titularité

##### **Titulaires**

- Personnes physiques
- Personnes morales, pour les aspects qui ne sont pas inséparables de la condition humaine (art.53CC)

#### 1.3. Sources

### Normes générales :

Art. 27 CC : contre des engagements excessifs



Art. 28 ss CC :  
contre les atteintes de tiers

### et en particulier :

Art. 28g-28l CC :  
Droit de réponse

Art. 29-30 CC :  
protection relative au nom

Autres ...

Art. 28b :  
Protection à l'encontre de violence, menaces ou harcèlement

LPD :  
Protection des données

LCart, LCD :  
Liberté en matière économique

Et les autres domaines du droit : procédure civile, droit constitutionnel, droit pénal

## 2. Caractéristiques des droits de la personnalité

Les droits de la personnalité, au sens du droit privé, présentent plusieurs caractéristiques qui les différencient nettement des autres droits (notamment patrimoniaux). Les droits de la personnalité sont des droits strictement personnels, absolus, inaliénables et extra-patrimoniaux.

### 2.1. Caractère strictement personnel des droits de la personnalité

Conformément à l'art. 19c al. 1 CC, la capacité de discernement est suffisante pour les exercer. Ainsi, les mineurs et les personnes sous CPG capables de discernement peuvent les exercer et les faire valoir en justice sans le consentement de leurs représentants légaux.

Par exemple, une personne adolescente peut consentir à un traitement médical, ce qui constitue un motif justificatif (art. 28 al. 2 CC) de l'atteinte à la personnalité par le médecin. Les mineurs et personnes sous CPG mais capable de discernement peuvent aussi introduire des actions défensives en justice (art. 28a al. 1 CC).

En revanche, si un mineur ou une personne sous CPG capable de discernement a subi un préjudice consécutivement à une atteinte à sa personnalité, il **ne** peut **pas** exercer seul les actions en réparation de caractère pécuniaire au sens de l'art. 28a al. 3 CC, mais a besoin du consentement du représentant légal. Fait exception à cette règle l'action en réparation du tort moral (art. 28a al. 3 CC, qui renvoie à l'art. 49 CC), qu'elle peut tenter seul.

La majorité des droits de la personnalité sont sujets à représentation. Le détenteur de l'AP ou le tuteur d'une personne mineure ainsi que le curateur d'une personne sous CPG peuvent exercer ses droits au nom de la personne représentée. La loi pose cependant un certain nombre des limites (art. 416 CC, cf. renvoi de l'art. 327c al. 2 CC pour le tuteur).

### 2.2. Caractère absolu des droits de la personnalité

Les droits de personnalité sont un droit de maîtrise. Ainsi, ils permettent à leur titulaire de jouir du bien à l'exclusion de toute autre personne (effet *erga omnes*). En d'autres termes, chacun a l'obligation de s'abstenir de porter atteinte à la personnalité d'autrui. Cette obligation d'abstention explique que toute atteinte à la personnalité soit, *a priori*, illicite.

### 2.3. Les droits de personnalité sont inaliénables

Les droits de la personnalité sont indissolublement liés, par leur nature, à la personne de leur titulaire. L'inaliénabilité englobe quatre propriétés :

#### **A. L'incessibilité**

Les droits de personnalité ne peuvent pas être cédés (vendu etc.) à un tiers.

Le titulaire peut céder à un tiers l'usage de certains de ses droits de la personnalité (p. ex. le droit à l'image), mais pas le droit de la personnalité en tant que tel. Il peut également, à certaines conditions, céder à autrui les droits patrimoniaux qui découlent de la violation d'un de ses droits de la personnalité, y compris la créance en réparation du tort moral.

#### **B. Intransmissible**

Les droits de la personnalité, toute comme la personnalité elle-même (art. 31 al. 1 CC), s'éteignent avec la mort de leur titulaire et ne passent pas à ses héritiers. Ceux-ci ne peuvent ni intenter, ni même poursuivre une action défensive (art. 28a al. 1 CC) ouverte par le défunt. En revanche, les actions réparatrices (art. 28a al. 3 CC) sont bien transmissibles. Les héritiers peuvent les intenter ou poursuivre l'action intentée par le défunt. La transmissibilité de l'action pour tort moral est controversée en doctrine (cf. Guillod, *Droit des personnes*, 5<sup>e</sup> ed. p. 113). Dans certains cas, les proches d'une personne décédée peuvent intenter une action pour atteinte à leur propre personnalité affective.

#### **C. Imprescriptibilité**

Les actions défensives sont imprescriptibles. Elles peuvent être intentées aussi longtemps que le demandeur peut invoquer un intérêt digne de protection, donc tant qu'un trouble subsiste. Les actions réparatrices obéissent aux règles ordinaires de prescription (art. 60 CO).

#### **D. Inamissibilité**

Le titulaire ne peut pas valablement renoncer à ses droits de personnalité (contrairement aux droits patrimoniaux). Il peut cependant renoncer à exercer un droit spécifique dans un cas particulier.

### 2.4. Droits extra-patrimoniaux

Les droits de la personnalité n'ont aucune valeur juridique propre.

## **3. Protection contre les engagements excessifs (protection interne)**

La loi protège les droits de la personnalité contre des engagements excessifs qu'elle pourra conclure. On parle de protection interne des droits de la personnalité.

L'art. 27 CC al. 1 pose le principe de l'**inaliénabilité de la capacité civile**. Il n'est donc pas permis de renoncer à la jouissance ni à l'exercice de ses droits civils. Une telle renonciation serait totalement nulle et ne produirait aucun effet juridique.

L'art. 27 al. 2 CC protège **la liberté de décision** de la personne. En principe, chaque personne est libre de s'engager, même en sa défaveur. L'art. 27 al. 2 CC pose cependant certaines limites.

L'aliénation totale de la liberté n'est pas possible (art. 27 al. 2 *ab initio* CC). Une tel engagement serait radicalement nul.

Les engagements qui limitent la liberté dans ne mesure contraire aux lois ou aux mœurs ne

sont pas valables non plus. Un engagement peut être excessif en raison de sa nature, de sa durée ou de son étendue matérielle. La jurisprudence mentionne notamment un contrat de travail qui n'est pas résiliable.

En fonction des prestations, le contrat consacrant un engagement excessif au sens de l'art. 27 al. 2 est annulable / révocable pour l'avenir (effet *ex nunc*) ou bien nul (totalement ou partiellement).

Un contrat instantané unique, comme un contrat de vente, ne constitue jamais un engagement excessif, même si la personne dépasse largement ses moyens financiers.

Si l'engagement devient excessif en raison de circonstances extérieures, il convient plutôt d'invoquer une *clausula rebus sic stantibus*.

Les règles spéciales de protection contre des engagements excessifs (p. ex. art. 334 al. 3 CO concernant le contrat de travail) sont des *lex specialis* qui priment l'art. 27 CC.

## 4. Protection contre les atteintes de tiers (protection externe)

La loi protège la personne contre les atteintes des tiers à ses droits de personnalité. On parle de protection externe.

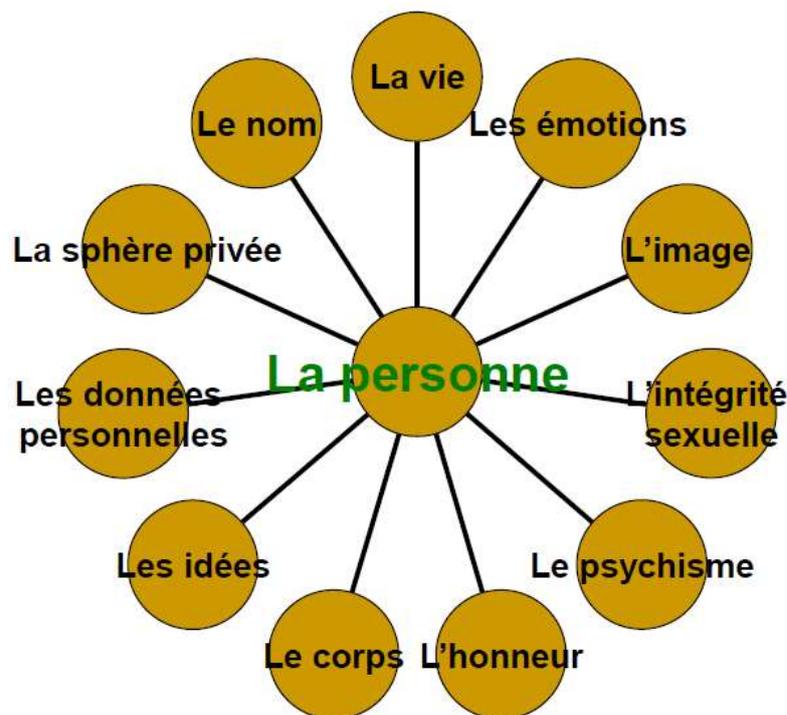
Les dispositions applicables sont :

Dispositions générales (art. 28 ss CC)

Dispositions spéciales, par ex.

- protection contre le harcèlement (art. 28b)
- droit de réponse (art. 28 g ssCC)
- autres lois ; par ex. LPD, LCD

### 4.1. Les biens de la personnalité protégés



Les biens de la personnalité protégés ne sont pas énumérés par la loi. Il n'y a pas de *numerus*

*clausus*. Le législateur n'a en effet pas voulu freiner l'évolution de la jurisprudence. La consécration des nouveaux droits (p. ex. droit à l'intégrité numérique) est donc possible. La classification que nous retiendrons dans la suite ne sert qu'à des fins didactiques. Le régime de protection est le même, quel que soit le bien de la personnalité touché. Les biens de la personnalité protégés contre les atteintes des tiers peuvent être groupés en la personnalité physique, affective, sociale et économique.

#### 4.2. La personnalité physique

Les biens de la personnalité physique englobent la vie, l'intégrité corporelle, la liberté de mouvement, la liberté sexuelle et le droit de décider le sort de son cadavre.

L'intégrité corporelle comprend à la fois l'intégrité physique et psychique.

#### 4.3. La personnalité affective

Les liens affectifs que la personne entretient avec son entourage bénéficient également de la protection découlant des art. 28 ss CC. La loi protège ainsi les relations d'une personne avec les proches.

Ainsi, la vie affective est protégée. Cette notion vise le mariage, le partenariat enregistré, les fiançailles et le concubinage et les relations entre parents et enfants. La jurisprudence a aussi admis que les proches d'une personne tué ou gravement blessé peuvent demander une indemnité pour tort morale à cause de leur propres souffrances (cf. Guillod, *Droit des personnes*, 5<sup>e</sup> ed. p. 118).

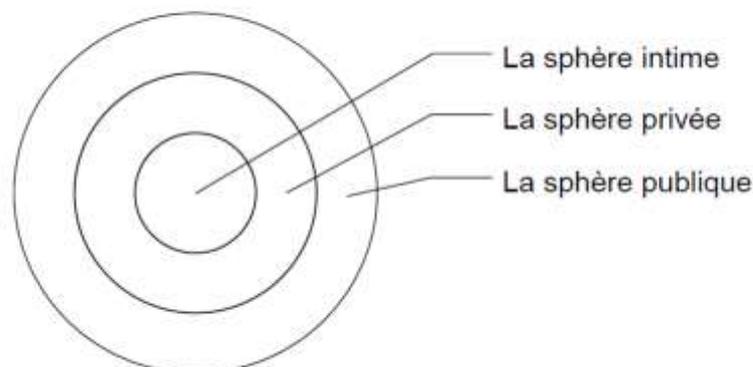
La piété filiale est aussi protégée. Il s'agit de l'attachement, fait de tendresse et de respect, envers un parent disparu et le souvenir que l'on garde de cet être cher. Les proches du défunt peuvent donc agir pour protéger son honneur dès l'instant où le dénigrement de la personne décédée fait atteinte à leur piété filiale. Les sentiments d'affection des proches envers la personne décédée justifient aussi leur droit subsidiaire de décision sur le sort du cadavre. Il s'agit donc d'un bien de personnalité des proches eux-mêmes et non pas une exercice par « représentation » d'un bien du défunt. Entre les proches, on pourrait appliquer la hiérarchie de l'art. 378 CC par analogie, d'après Guillod (*Droit des personnes*, 5<sup>e</sup> ed. p. 119). En cas de don d'organes, l'art. 5 de l'Ordonnance sur la transplantation s'applique.

#### 4.4. La personnalité sociale

La protection de la personnalité sociale porte sur le nom, l'honneur et la sphère privée.

##### **A. La vie privée**

Chaque personne a le droit d'exiger qu'on la laisse tranquille (*right to be left alone*). Le TF avait distingué trois sphères de la vie privée (cf. graphique). Les faits de la vie intime et ceux de la vie privée sont protégés par l'art. 28 CC.



La **sphère intime** comprend les faits et gestes que la personne ne veut pas partager avec

autrui, si ce n'est, sur le ton de la confiance, avec quelques proches spécialement choisis. Il s'agit notamment des faits sur la santé physique et mentale de la personne, les conflits de famille ainsi que des activités sexuelles.

La **sphère privée au sens étroit** englobe tous les événements que la personne accepte de révéler au sein de sa famille ou avec des amis et des connaissances, mais pas au-delà. Il s'agit notamment de la filiation biologique, l'appartenance à une association privée et l'image de la personne.

La **sphère publique** s'étend à tous les faits et gestes de la personne dont chacun pourrait librement prendre connaissance et qui ne méritent pas de protection juridique.

La délimitation de sphère privée au sens étroit et sphère publique se fait en fonction de la situation sociale et politique de la personne. La sphère privée des personnes publiques est en principe réduite. Les « personnes publiques » sont ceux qui font durablement partie de l'histoire contemporaine.

La théorie des trois cercles est actuellement mise à mal. Elle n'est pas utilisée par la CourEDH, ni par la LPD.

Arrêt VIII/9 – CMPEA.2016.4 du 29 mars 2016 ; cons. 4a : Le droit à l'image fait partie des droits de la personnalité, protégés par l'article 28 CC; chacun a le droit de s'opposer à l'utilisation de son image par des tiers sans son consentement. Il n'est ici pas contesté que, s'agissant d'un enfant mineur qui n'a pas encore le discernement, le consentement relève des détenteurs de l'autorité parentale.

### **Majeure sphère privée et notamment droit à l'image**

Par atteinte, on entend toute trouble à la personnalité que subit une personne en raison du comportement d'un tiers. L'atteinte doit revêtir une intensité suffisante. Le trouble à la personnalité peut notamment prendre la forme de trouble à la vie privée. La vie privée est le droit de se tenir écarté de la vie en société. On distingue trois sphères : la sphère intime (faits qui doivent être soustraits à la connaissance d'autrui, sous réserve des personnes auxquels ces faits ont été expressément confiés.), la sphère privée (faits qu'on veut partager avec un nombre restreint des personnes auxquelles on est lié relativement étroitement comme les proches ou les amis) au sens étroit et la sphère publique (faits accessibles à la connaissance de tous). Seulement les deux premiers sont couverts par le droit à la vie privée.

L'image d'une personne fait partie de la sphère privée et est donc protégée par les art. 28 et suivants du CC. Le droit à l'image comprend le droit de se déterminer sur la prise et diffusion de sa propre image.

### **B. La protection des données personnelles**

La protection des art. 28 ss CC est complétée par la LPD.

La LPD ne reprend pas la théorie des trois sphères, mais distingue entre données sensibles et autres. Elle consacre également un droit à l'oubli.

### **C. L'honneur**

L'art. 28 CC protège à la fois le sentiment d'une personne de sa propre dignité (« honneur interne ») et l'ensemble des qualités nécessaires pour être respecté dans son milieu social (« honneur externe »).

L'honneur externe comprend à la fois les qualités morales de la personne, c'est-à-dire sa réputation en tant que personne honnête, et des considérations sociales (réputation professionnelle, économique et sociale).

Le Code pénal ne sanctionne que le dénigrement des qualités morales d'une personne. Cette protection est donc moins étendue.

### **Majeure**

Par atteinte, on entend toute trouble à la personnalité que subit une personne en raison du

comportement d'un tiers. L'atteinte doit revêtir une intensité suffisante. Il y a atteinte à la personnalité notamment lorsqu'une personne est troublée dans son honneur.

Est protégé le sentiment d'une personne de sa propre dignité (« honneur interne ») et l'ensemble des qualités nécessaires pour être respecté dans son milieu social (« honneur externe »). L'honneur externe comprend la considération morale (réputation en tant que personne honnête), sociale ou professionnelle dont jouit la personne (ATF 127 III 481 consid. 2b/aa). Pour juger si une déclaration est propre à porter atteinte à la considération d'une personne, il faut se servir de critères objectifs et se placer du point de vue de l'auditeur ou du lecteur moyen, en tenant compte également du contexte dans lequel la déclaration a été faite (ATF 127 III 481 consid. 2b/aa).

La publication d'un écrit peut porter atteinte à la personnalité de quelqu'un soit par la relation de faits, soit par leur appréciation (ATF 126 III 305 consid. 4b). Si les faits sont vrais, leur relation est justifiée par la mission d'information de la presse, qui englobe notamment la tâche de rendre compte des interdépendances économiques (ATF 122 III 449 consid. 3b), à moins qu'il ne s'agisse de faits relevant de la sphère intime ou privée ou que la forme de la description, inutilement blessante, ne rabaisse la personne de manière inadmissible (ATF 129 III 529 consid. 3.1). En revanche, l'atteinte qui résulte d'allégations de fait inexactes n'est en principe jamais licite (ATF 126 III 209 consid. 3a). Toutefois, n'importe quelle incorrection, imprécision, généralisation ou approximation ne suffit pas à faire apparaître un compte rendu comme erroné dans son ensemble; un écrit ne sera considéré comme globalement inexact et attentatoire aux droits de la personnalité que s'il ne correspond pas à la réalité sur des points essentiels et montre la personne concernée sous un angle si erroné, ou en donne une image si faussée, qu'elle s'en trouve rabaissée de manière sensible dans la considération de ses semblables (ATF 129 III 49 consid. 2.).

Lorsque la presse relate qu'une personne est soupçonnée d'avoir commis un acte délictueux ou que d'aucuns supposent qu'elle pourrait avoir commis un tel acte, seule est admissible une formulation qui fasse comprendre avec suffisamment de clarté qu'il s'agit en l'état d'un simple soupçon ou d'une simple supposition. Pour déterminer la clarté nécessaire, il y a lieu de se placer du point de vue du lecteur moyen (arrêt VIII/6 - TF 5C.180/2004 du 14 janvier 2005 cons. 4.1.).

#### **D. Le nom**

L'art. 29 CC accorde à la personne une protection spéciale contre la contestation et l'usurpation de son nom.

Les autres atteintes au nom sont couvertes par l'art. 28 CC

#### **5.5. La personnalité économique**

Chacun a le droit d'être protégé contre les comportements de tiers qui restreindraient sa liberté économique (son droit d'exercer une activité lucrative privée, lui permettant de subvenir à ses besoins).

## **II. Actions**

Il faut distinguer les actions défensives des actions réparatrices. En premier lieu, les actions défensives et les actions réparatrices.

Pour les actions défensives (art. 28a al. 1 CC)

- pas de cumul possible entre les actions défensives

Pour les actions réparatrices (art. 28a al. 3 CC)

- cumul possible d'une action défensive avec une ou plusieurs actions réparatrices

### **1. Actions défensives (art. 28a CC)**

## **1.1. Éventail des actions défensives**

### **A. Action en prévention de l'atteinte (al. 1 ch. 1)**

Menace sérieuse d'une atteinte à la personnalité

### **B. Action en cessation de l'atteinte (al. 1 ch. 2)**

Atteinte en cours au moment du jugement

### **C. Action en constatation du caractère illicite de l'atteinte (al. 1 ch. 3)**

Trouble subsiste

- image négative persistante
- ou doutes sur la licéité du comportement de l'auteur de l'atteinte
- indépendamment de la gravité du trouble (cf. arrêt n° VIII/2 - JT 2002 I 426 [ATF 127 III 481], cons. 1.c, aa.)

Action subsidiaire aux ch. 1 et 2

### **D. Majeure actions défensives**

L'art. 28a al. 1 CC dispose que « [l]e demandeur peut requérir le juge : d'interdire une atteinte illicite, si elle est imminente (ch. 1, « action en prévention ») ; de la faire cesser, si elle dure encore (ch. 2, « action en cessation ») ; [ou] d'en constater le caractère illicite, si le trouble qu'elle a créé subsiste (ch. 3, « action en constatation ») ».

L'action en prévention (ch. 1) est ouverte seulement lorsqu'il y a une menace sérieuse d'une atteinte à la personnalité. L'action en cessation (ch. 2) vise une atteinte qui est encore en cours au moment du jugement. L'action en constatation (ch. 3) est subsidiaire aux deux autres actions défensives. Elle s'applique lorsque l'atteinte a pris fin et ne risque pas de se reproduire imminemment, mais un trouble latent subsiste. Par trouble latent, on entend un image négatif persistant auprès des tiers ou des sur la licéité du comportement de l'auteur de l'atteinte. La gravité du trouble n'est pas déterminante (cf. arrêt n° VIII/2 - JT 2002 I 426 [ATF 127 III 481], cons. 1.c, aa.).

### **E. Deux modalités particulières (art. 28a al. 2 CC)**

L'art. 28a al. 2 CC dispose que : « [Le demandeur] peut en particulier demander qu'une rectification ou que le jugement soit communiqué à des tiers ou publié ».

La publication ou communication du jugement n'entre en considération que « lorsque cette mesure paraît indiquée au vu de l'importance et de la nature du trouble à supprimer » (arrêt VIII/6 - TF 5C.180/2004 du 14 janvier 2005 ; cons. 4.1).

Le but des deux modalités (communication à des tiers ou publication du jugement ou d'une rectification) est de supprimer les conséquences de l'atteinte.

### **F. Moyens spéciaux que la victime peut demander en cas de violence, menaces ou harcèlement**

Cf. art. 28b CC

L'art. 28b CC concrétise les mesures que le juge peut prendre dans le cadre des actions défensives de l'art. 28a CC.

## **1.2. Conditions matérielles des actions défensives**

Les actions défensives sont soumises à deux conditions : Premièrement, il faut une atteinte à la personnalité (art. 28 al. 1 CC) et deuxièmement, cette atteinte doit être illicite (art. 28 al. 2 CC).

### **A. Atteinte à la personnalité**

Par atteinte, on entend toute trouble à la personnalité atteignant une intensité suffisante.

L'atteinte doit être distinguée du préjudice. Ce dernier est la répercussion d'une atteinte à la personnalité sur le patrimoine ou sur le bien-être du lésé. Le préjudice comporte alors deux aspects, à savoir le dommage et le tort moral.

### **B. Illicéité de l'atteinte (art. 28 al. 2 CC)**

L'art. 28 al. 2 CC pose la présomption qu'une atteinte est illicite, à moins qu'il y ait un motif justificatif. Cela découle d'ailleurs aussi du caractère de droit absolu qui est inhérent aux droits de la personnalité.

Les **motifs justificatifs** sont des circonstances spéciales ayant pour effet d'exclure l'illicéité de l'atteinte à la personnalité. L'art. 28 al. 2 CC énumère trois motifs justificatifs : Le consentement de la victime, l'intérêt privé ou public et la loi.

Le consentement est un motif justificatif absolu (pas de pesé des intérêts). Le consentement est un acte juridique unilatéral, révocable à tout temps, qui n'est soumise à aucune forme. Il s'interprète conformément au principe de la confiance (art. 2 CC). Il doit en outre être libre et éclairé. Ainsi, la personne doit donner son accord en se représentant correctement la réalité et en dehors de toute tromperie ou pression de tiers qui altérerait sa libre formation de volonté. Elle doit recevoir toutes les informations susceptibles d'influencer sa volonté et donc de lui permettre de prendre une décision en toute connaissance de cause (Guillod, *Droit des personnes*, 2018, 5<sup>e</sup> éd., p. 134). Le consentement à une atteinte à la personnalité est un droit strictement personnel. Il doit donc émaner d'une personne capable de discernement (art. 19c al. 1 CC). Les représentants sont habillés de consentir au nom des personnes incapables de discernement (art. 19c al. 2 *ab initio* CC).

L'intérêt prépondérant public ou privé est un motif justificatif relatif, impliquant que le juge pondère l'intérêt de la victime à ne pas être atteinte dans sa personnalité et l'intérêt qu'invoque l'auteur pour justifier l'atteinte.

- L'intérêt public permet de répondre aux intérêts de la collectivité ou d'une pluralité de personnes
- L'intérêt est privé lorsqu'il s'agit de procurer un avantage à une personne déterminée, la victime, l'auteur de l'atteinte, parfois un tiers.

L'intérêt, public ou privé, doit être prépondérant. Ainsi, plus la personnalité est atteinte, plus l'intérêt doit être manifeste.

La loi est un motif justificatif absolu, qui permet d'éviter de procéder à une pesée des intérêts. De nombreuses dispositions légales (privé, public ou pénal ; cantonal ou fédéral) peuvent justifier une atteinte à la personnalité, par ex.

- art. 296 al. 2 CPC
- art. 8 LPD

### **Majeure (diviser si nécessaire)**

L'art. 28 al. 2 CC prévoit que : « 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 ». Il s'ensuit que, dès lors qu'une atteinte est établie, celle-ci est présumée illicite, à moins que l'auteur puisse avancer un motif justificatif. L'art. 28 al. 2 CC énumère trois motifs justificatifs : Le consentement de la victime, l'intérêt privé ou public et la loi.

Le consentement est un motif justificatif absolu (pas de pesé des intérêts). Le consentement est un acte juridique unilatéral, révocable à tout temps, qui n'est soumise à aucune forme. Il s'interprète conformément au principe de la confiance (art. 2 CC). Il doit en outre être libre et éclairé. Ainsi, la personne doit donner son accord en se représentant correctement la réalité et en dehors de toute tromperie ou pression de tiers qui altérerait sa libre formation de volonté. Elle doit recevoir toutes les informations susceptibles d'influencer sa volonté et donc de lui permettre de prendre une décision en toute connaissance de cause (Guillod, *Droit des personnes*, 2018, 5<sup>e</sup> éd., p. 134). Le consentement à une atteinte à la personnalité est un droit strictement personnel. Il doit donc émaner d'une personne capable de discernement (art. 19c

al. 1 CC). Les représentants sont habillés de consentir au nom des personnes incapables de discernement (art. 19c al. 2 *ab initio* CC).

L'intérêt public permet de répondre aux intérêts de la collectivité ou d'une pluralité de personnes. L'intérêt est privé lorsqu'il s'agit de procurer un avantage à une personne déterminée, qui peut être la victime, l'auteur de l'atteinte, ou même un tiers. Les intérêts privés purement patrimoniaux ne sont – en principe - pas suffisants. L'intérêt prépondérant public ou privé est un motif justificatif relatif, impliquant que le juge pondère l'intérêt de la victime à ne pas être atteinte dans sa personnalité et l'intérêt qu'invoque l'auteur pour justifier l'atteinte. L'intérêt, public ou privé, doit être prépondérant. Ainsi, plus la personnalité est atteinte, plus l'intérêt doit être manifeste.

La loi est un motif justificatif absolu, qui permet d'éviter de procéder à une pesée des intérêts. De nombreuses dispositions légales (privé, public ou pénal ; cantonal ou fédéral) peuvent justifier une atteinte à la personnalité,

### **C. Faute pas exigée !**

La faute n'est pas une condition des actions défensives

### **1.3. Conditions formelles des actions défensives**

#### **Qualité pour agir (art. 28 al. 1 CC)**

- la victime capable de discernement (art. 19c CC, droit strictement personnel)
- ou son représentant si elle est incapable de discernement

#### **Qualité pour défendre (art. 28 al. 1 CC)**

- toutes les personnes ayant participé à l'atteinte
- Arrêt VIII/8 – TF, 5A\_792/2011 du 14 janvier 2013 ; cons. 6.2. : [Cela] vise non seulement l'auteur originaire de l'atteinte, mais aussi toute personne dont la collaboration cause, permet ou favorise celle-ci, sans qu'il soit nécessaire qu'elle ait commis une faute (FF 1982 II 681 N 222.2). La seule collaboration porte (objectivement) atteinte, même si son auteur ne s'en rend pas compte ou ne peut même pas le savoir (FF 1982 précitée). En d'autres termes, peut ainsi être concerné celui qui, sans être l'auteur propos litigieux ou même en connaître le contenu ou l'auteur, contribue à leur transmission. Le lésé peut agir contre quiconque a objectivement joué, que ce soit de près ou de loin, un rôle – fût-il secondaire – dans la création ou le développement de l'atteinte (ATF 126 III 161 consid. 5a/aa). En cas, plus particulièrement, d'atteinte causée par les médias, il peut attirer en justice l'auteur, le rédacteur responsable, l'éditeur ou toute autre personne qui participe à la diffusion du journal (ATF 126 III 161 consid. 5a/aa).

#### **Absence de délai**

#### **Majeure**

La qualité pour agir appartient à « [celui] qui subit une atteinte illicite à la personnalité » (art. 28 al. 1 CC), soit la victime de l'atteinte pour autant qu'elle est capable de discernement (art. 16 et 19c CC). A la qualité pour défendre « toute personne qui y participe » (art. 28 al. 1 CC). L'action n'est soumise à aucun délai.

## **2. Actions réparatrices**

Les actions réparatrices tendent à supprimer les conséquences d'une atteinte à la personnalité sur la situation, notamment patrimoniale, de la victime et à replacer celle-ci dans la situation qui serait la sienne si l'atteinte n'avait jamais existé.

Les actions réparatrices sont réglées par le CO, sur renvoi de l'art. 28a al. 3 CC.

### **2.1. Choix de l'action**

L'action réparatrice doit être choisie en fonction de la nature du dommage :

Domage pécuniaire	→	Action en dommage-intérêts (art. 41 ss CO)
Tort moral	→	Action en réparation du tort moral (en particulier, art. 49 CO)
Réalisation d'un gain par l'auteur de l'atteinte	→	Action en remise du gain (art. 423 al. 1 CO)

## **2.2. Action en dommage-intérêts (art. 41 CO)**

### **A. Quatre conditions matérielles :**

1. atteinte illicite à un droit de la personnalité
2. dommage pécuniaire (diminution involontaire du patrimoine)
3. rapport de causalité naturelle et adéquate entre l'atteinte et le dommage
  - l'atteinte illicite est la cause nécessaire du dommage
  - l'atteinte est propre selon le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie à produire un dommage du genre de ce lui qui s'est produit
4. chef de responsabilité : la faute de l'auteur de l'atteinte (manquement à la diligence due)

### **B. Conditions formelles**

L'action en dommages-intérêts se prescrit selon l'art. 60 CO.

Le demandeur doit avoir l'exercice des droits civils. Les mineurs et personnes sous CPG, même capable de discernement ne peuvent donc agir qu'avec le consentement de leur représentant légal (art. 19 al. 1 CC)

Le représentant légal ou le curateur peut agir seul au nom de la personne représentée. Le curateur doit cependant avoir une autorisation préalable de l'APA (art. 416 al. 1 ch. 9 CC).

## **2.3. Action en réparation du tort moral (art. 49 CO)**

### **A. Cinq conditions matérielles**

1. atteinte illicite à un droit de la personnalité
2. tort moral grave dû à l'atteinte (ce n'est donc pas l'atteinte même qui est grave !)
  - souffrances physiques ou psychiques ressenties par la victime suite à une atteinte à sa personnalité
  - préjudice dépassant par son intensité les souffrances morales que l'individu doit pouvoir supporter dans la vie courante
3. rapport de causalité naturelle et adéquate entre l'atteinte illicite et le tort moral
4. chef de responsabilité : la faute
5. absence d'une autre forme de réparation (cf. art. 49 al. 1 *in fine* CO)
  - Malgré le texte de la loi, il n'importe pas si l'auteur a lui-même joué un rôle actif dans la réparation ou pas. La réparation peut par exemple consister dans la publication d'un jugement pénal

### **B. Conditions formelles**

L'action en réparation du tort moral se prescrit par les règles de l'art. 60 CO.

L'intention d'une action en réparation du tort moral est un droit strictement personnel. Les personnes capables de discernement mais privées de l'exercice des droits civils (mineurs ou personnes sous CPG) peuvent donc l'intenter seule (art. 19c CC).

S'ils sont incapables de discernement, le représentant légal peut agir en leur nom (art. 304 CC pour les mineurs et art. 408 et 416 al. 1 ch. 9 CC pour les personnes sous CPG).

### **C. Effets**

Le juge peut allouer une indemnité ou « un autre mode de réparation » (art. 49 al. 2 CO).

Arrêt VIII/5 – ATF 131 III 26 : En matière d'atteinte à l'honneur, la publication du jugement peut constituer un "autre mode de réparation" au sens de l'art. 49 al. 2 CO; il appartient au juge, en vertu de son pouvoir d'appréciation (art. 4 CC), de décider si cette modalité doit s'ajouter ou se substituer à l'allocation d'une somme d'argent (consid. 12).

### **Action en remise de gain (art. 423 al. 1 CO)**

L'action en remise de gain tend à allouer à la victime à la victime d'une atteinte à la personnalité le gain que le défendeur a réalisé grâce à son comportement illicite. L'art. 28a al. 3 CC renvoie à l'art. 413 al. 1 CO concernant la gestion d'affaires imparfaite.

#### **A. Trois conditions matérielles**

1. atteinte illicite à un droit de la personnalité
2. gain, soit un profit pécuniaire de l'auteur de l'atteinte
3. rapport de causalité naturelle et adéquate entre l'atteinte illicite et le gain

Un chef spécifique de responsabilité, comme la faute, n'est pas requis.

## **3. Mesures provisionnelles**

Les mesures provisionnelles sont « les mesures que le juge peut ordonner au terme d'une procédure simplifiée afin d'assurer l'exécution ultérieure du jugement, organiser un statut provisoire des parties ou faciliter l'administration des preuves » (Tercier, 148, dans Guillod, . 154).

Le but des mesures provisionnelles est d'obtenir rapidement le prononcé, à titre provisoire, d'une décision judiciaire exécutoire. Ceci peut être nécessaire, car la procédure ordinaire des actions de l'art. 28a peuvent durer des mois, voire des années.

### **3.1. Trois conditions matérielles (art. 261 CPC)**

#### **A. Conditions**

1. Le requérant doit rendre vraisemblable (charge de la preuve facilitée) qu'il est victime d'une atteinte ou qu'il risque de l'être (art. 261 al. 1 let. a CPC)
2. ET que l'atteinte risque de lui causer un préjudice difficilement réparable (al. 1 let. b)
3. Le **défendeur** ne rend pas vraisemblable qu'il est au bénéfice d'un motif susceptible de justifier l'atteinte

Le juge peut soumettre la prononcé de mesures provisionnelles à la fourniture de sûretés par le requérant pour limiter risque de dommage à la partie adverse dû à la mesure (art. 264 CPC). Pour l'action en D-I. si les mesures s'avèrent infondées cf. Guillod, *Droit des personnes*, 5e éd., p. 159).

#### **B. « Traitement de faveur » pour les médias à caractère périodique (art. 266 CPC)**

Mesures provisionnelles admises avec réserve.

Les mesures à l'encontre des médias à caractère périodique sont soumises à des conditions qualifiées :

- atteinte imminente (ou actuelle) et propre à causer un préjudice particulièrement grave (let. a)
- atteinte manifestement pas justifiée (let. b)
- la mesure ne paraît pas disproportionnée (let. c)

Or, les mesures provisionnelles sont en principe subsidiaires à un droit de réponse (ATF 118 II 369). Cela découle du fait que les mesures provisionnelles sont soumises à la condition que

le dommage serait difficile de détourner autrement. Ainsi, la publication d'un rectificatif dans un média de caractère périodique à titre de mesure provisionnelle est seulement envisageable si les conditions du droit de réponse ne sont pas remplies.

### **C. Majeure conditions matérielles**

L'art. 261 CPC al. 1 prévoit que : « Le tribunal ordonne les mesures provisionnelles nécessaires lorsque le requérant rend vraisemblable qu'une prétention dont il est titulaire remplit les conditions suivantes: elle est l'objet d'une atteinte ou risque de l'être (lit. a) [et] cette atteinte risque de lui causer un préjudice difficilement réparable (lit. b). La partie requérante doit rendre vraisemblable une atteinte à sa personnalité, de manière à ce que le juge émette une prognostique favorable quant à une action au fond. Cela implique notamment que la partie défenderesse n'arrive pas à rendre vraisemblable qu'elle est au bénéfice d'un motif justificatif.

#### **Analyse suit les étapes suivantes :**

1. Y-a-t-il vraisemblablement atteinte à la personnalité ?
  - Cf. *supra* pour majeure
2. Y-a-t-il vraisemblablement un motif justificatif ?
  - Cf. *supra* pour majeure
3. L'atteinte vraisemblable, risque-t-elle de causer un préjudice difficilement réparable ?
  - Majeure : Dans le cadre des mesures provisionnelles, l'atteinte doit d'ailleurs risquer de causer un préjudice difficilement réparable (art. 261 al .1 lit. b CPC). Par préjudice difficilement réparable, on entend un trouble subsistant au sens de l'art. 28a al. 1 ch. 3 CC. La réalisation de cette condition doit être admise largement, car il est propre aux atteintes à la personnalité qu'elles sont souvent difficiles à réparer. Par ailleurs, le risque de de préjudice difficilement réparable suppose une certain urgence, qui doit être appréciée selon les circonstances du cas d'espèce.

### **3.2. Mesures envisageables**

#### **Le juge peut ordonner notamment à titre provisoire (art. 262 CPC)**

- l'interdiction de l'atteinte (let. a)
- la cessation de l'atteinte (let. b)
- un ordre à un tiers (let. c)

Le requérant doit intenter une action au fond dans le délai imparti par le juge (art. 263 CPC). Si une telle action est introduite à temps, les mesures provisionnelles conservent leur validité durant toute la procédure. Dans le cas contraire, les mesures deviennent caduques à l'échéance du délai imparti par le juge pour ouvrir l'action.

L'entrée en force de la décision de fond, selon la procédure ordinaire, met fin de par la loi aux mesures provisionnelles (art. 268 al. 2 CPC).

### **3.3. Les mesures superprovisionnelles (art. 265 CPC)**

Malgré son caractère urgent, la procédure de mesures provisionnelles « ordinaires » doit respecter le droit d'être entendu de la partie intimée. L'art. 265 al. 1 CPC permet de déroger à ce principe en cas d'urgence particulière.

Une personne qui craint qu'elle soit « sanctionnée » par une mesure superprovisionnelle et qui veut s'assurer que le juge prendra en considération son point de vue peut déposer un mémoire préventif (art. 270 CPC).

## **III. Le droit de réponse (art. 28g à 28l CC)**

# 1. Introduction

## 1.1 Origines

La liberté d'opinion et liberté des médias (art. 16 et 17 Cst.) sont des valeurs fondamentales. Cependant, les médias sont aptes à mettre en cause une personne, ternir sa réputation et sa vie privée.

Les actions civiles sanctionnant une atteinte à un droit de la personnalité sont un moyen qui n'est pas toujours approprié face à la rapidité de la diffusion d'une information concernant une personne. Or, les actions civiles sont soumises à la preuve d'une atteinte à la personnalité.

## 1.2. Objectifs

Le droit de réponse a pour objectif de permettre à la personne touchée par une présentation de faits, intervenue dans un média à caractère périodique, d'opposer sa propre version et de la faire diffuser gratuitement par la même voie (rétablir l'« égalité des armes »).

# 2. Liens avec les actions défensives

Moyen en principe **extrajudiciaire**

Relations du droit de réponse (**art. 28g à 28l CC**)

- avec les actions défensives
  - o cumul possible
- avec la demande, en mesures provisionnelles, de la publication d'un rectificatif (art.28a al.1 et 2 CC)
  - o droit de réponse prime en principe (ATF 118 II 369)
    - Les mesures provisionnelles sont seulement envisageables si les conditions du droit de réponse ne sont pas remplies (subsidiarité). Car les mesures provisionnelles sont soumises à la condition que le dommage serait difficile de détourner autrement.

# 3. Conditions

L'art. 28g al. 1 CC prévoit que : « 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 ».

Une personne peut donc solliciter un droit de réponse si trois conditions sont réunies :

## 3.1. Une personne est directement touchée dans sa personnalité

L'information doit se rapporter à une personne (physique ou morale) identifiable pour un lecteur moyen. L'information diffusée doit **toucher** un bien de la personnalité (p. ex. l'honneur, la sphère privée etc.). L'exigence d'être « touché » dans sa personnalité implique un seuil plus bas qu'une atteinte. De plus, l'atteinte n'a pas besoin d'être illicite.

Selon le TF, une personne est directement touchée dans sa personnalité dès que la version des faits rapportée par le média diffère de la sienne et la fait apparaître aux yeux du public sous un jour peu favorable (ATF 119 II 1).

Le fait de diffuser une information inexacte (mais pas un jugement de valeur) suffit pour toucher une personne (mais ne suffit pas pour constituer une atteinte). La personne est aussi touchée si l'information est mise hors contexte ou des éléments pertinents ont été omis.

## 3.2. Par une présentation de faits

Le droit de réponse n'est ouvert qu'envers la présentation de faits. Constitue un fait tout ce qui est susceptible d'être prouvé (arrêt VIII/3 - JT 2004 I 192 - ATF 130 III 1).

On oppose les faits, constatations objectives, aux opinions et jugements de valeur, appréciations subjectives. Contre un jugement de valeur, seulement une action défensive est ouverte, notamment en demandant une rectification au sens de l'art. 28a al. 2 CC

Une allusion d'un fait suffit. Il y a également présentation de faits lorsque l'auteur d'une publication amène le destinataire à opérer une certaine relation entre des faits (arrêt VIII/3 - JT 2004 I 192 - ATF 130 III 1). La présentation du fait peut prendre la forme d'un texte, un photo, un dessin etc. Peu importe si le fait a été publié par un collaborateur du média en question ou s'il est paru dans une annonce publicitaire ou une lettre d'un lecteur.

Jugement de valeur mixte : une opinion, qui dans l'opinion publique est lié étroitement à un fait. Exemple : journal qui qualifie un politicien de discret peut laisser entendre qu'il est souvent absent (arrêt VIII/4 - TF 5C.135/2004 du 15 septembre 2003)

- Arrêt VIII/2 : métaphore peut être un jugement de valeur mixte (braconnier)

Arrêt VIII/4 - TF 5C.135/2004 du 15 septembre 2003, cons. 3.2.1. : La distinction entre ce qui relève du fait et ce qui n'en relève pas est parfois difficile à opérer, notamment en présence d'un "jugement de valeur mixte" ("gemischtes Werturteil"). On est en présence d'un tel jugement lorsque l'expression d'une opinion comporte une allégation de fait ou constitue le prolongement d'une analyse portant sur des faits. Il donne droit à une réponse lorsque les assertions de faits fondant le jugement de valeur ressortent expressément du texte ou sont du moins reconnaissables pour un lecteur moyen. Seules ces assertions-là sont susceptibles d'être l'objet du droit de réponse.

### 3.3. par un média à caractère périodique

La présentation de faits émane d'un média à caractère périodique. Est qualifiée de média toute personne ou entreprise diffusant des informations— dont elle détermine le contenu - à un nombre indéterminée de personnes.

Présente un caractère périodique le média qui diffuse des informations de manière répétée, en principe à intervalle régulier et qui touche ordinairement le même cercle de personnes.

### 3.4. Subsidiarité

Le droit de réponse est exclu lorsque la personne touchée aurait pu se défendre en participant au débat public.

=> 28g al. 2 CC

## **4. Exercice du droit**

### 4.1. Droit d'accès

La personne touchée doit tout d'abord pouvoir prendre connaissance de la présentation de faits concernée Elle a donc un **droit d'accès** à la présentation contestée (cf. art. 28/ al. 1 CC).

### 4.1. Contenu et forme de la réponse

- concise (art. 28h al. 1 CC)
- dans la langue de la présentation contestée
- en principe sous la forme d'un texte (cf. art. 28i al. 1 CC)
  - o photo cependant admis en principe
- limitée à l'objet de la présentation contestée (art. 28h al. 1 CC)
  - o « faits contre faits », la personne ne peut pas émettre ses opinions personnelles
- pas manifestement inexacte ou contraire au droit ou aux mœurs (art. 28h al. 2 CC a)

*contrario*)

- interprétation restrictive ; le média doit apporter une preuve claire et immédiate que la réponse est inexacte ou contraire aux mœurs.
- interdiction générale de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC)

### **Majeure :**

La réponse doit être concise (art. 28h al. 1 CC) et dans la langue de la présentation contestée. Il s'agit en principe d'un texte (cf. art. 28i al. 1 CC). Le contenu est limité à l'objet de la présentation contestée (art. 28h al. 1 CC). Suivant le principe « faits contre faits », la personne ne peut pas émettre ses opinions personnelles. Les faits dans la réponse ne peuvent pas être manifestement inexacte ou contraire au droit ou aux mœurs (art. 28h al. 2 CC *a contrario*). Cependant, le TF prône une interprétation restrictive ; le média doit apporter une preuve claire et immédiate que la réponse est inexacte ou contraire aux mœurs. Or, la réponse est soumise à l'interdiction générale de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC).

## **4.2. Procédure**

La personne touchée doit adresser à l'entreprise de média une demande de diffusion de sa réponse (c'est-à-dire le texte de sa réponse) (art. 28i al. 1 CC).

### **Délai (de péremption)**

L'art. 28i al. 1 CC prévoit que : « [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 ». Guillod précise que le délai relatif de vingt jours court « dès que la personne concernée a elle-même vu, lu ou entendu la présentation contestée. Si un tiers lui en a parlé sans qu'elle en prenne directement connaissance, le délai court depuis le moment où elle a obtenu communication de l'information par le média. Le délai absolu court dès la première diffusion publique de la présentation contestée » (Guillod, *Droit des personnes*, éd. 5 p. 166, n° 198). Les délais se calculent d'après l'art. 77 CO (par renvoi de l'art. 7 CC).

### Réponse de l'entreprise de média (**art. 28i al. 2 CC**)

- sans délai
- en cas de refus, communication des motifs y relatifs
- en cas d'acceptation, indication du moment de la diffusion
  - le lésé n'a pas droit à la remise d'un exemplaire dans lequel se trouve sa réponse

## **5. Modalités de diffusion de la réponse (art. 28k CC)**

### **Quatre principes :**

1. diffusion « le plus tôt possible » (al. 1)
2. atteinte du même cercle de personnes (al. 1)
  - en principe dans la même rubrique ou émission que la présentation contestée
  - Il n'est donc pas admissible de publier la réponse comme lettre de lecteur
3. réponse « désignée comme telle » (al. 2)
  - l'entreprise peut indiquer qu'elle maintient sa présentation ou/et donner ses sources. Le média peut aussi conclure brièvement que la question de savoir quelle version est vraie reste ouverte.
  - Cependant, le média ne peut plus d'avant commenter la réponse
4. gratuité de la réponse (al. 3)
  - Cependant, il n'y a pas un droit d'accès à l'exemplaire contenant la réponse

## **6. Recours au juge**

## **6.1. Action en exécution du droit de réponse (art. 28/ CC)**

Trois cas de figure :

1. si l'entreprise empêche l'exercice du droit
2. si elle refuse la diffusion
3. si elle ne l'exécute pas correctement

L'action en exécution du droit de réponse est une voie de droit *sui generis* indépendante des actions de l'art 28a CC.

## **6.2. Conditions formelles/de recevabilité de l'action en exécution du droit de réponse**

### **Qualité pour agir**

- la personne directement touchée dans sa personnalité (art. 28i al. 1 CC)
- qui a demandé, sans succès, que le média diffuse sa réponse

### **Qualité pour défendre**

- l'entreprise de média ayant refusé la diffusion

### **Délai**

- 20 jours dès le refus de diffuser la réponse, ou le moment où on peut admettre que le silence équivaut à un refus (art. 28i CC par analogie)
- présomption réfragable qu'au-delà absence d'intérêt digne de protection à agir (arrêt VIII/1 – ATF 116 II 1)

Arrêt VIII/1 - ATF 116 II 1/JT 1992 I 646, regeste : Lorsque l'intéressé ne s'adresse au juge qu'après l'écoulement d'un délai de vingt jours à compter du jour où l'entreprise a refusé la diffusion de la réponse, il faut admettre, dans le sens d'une présomption de fait, qu'il n'a pas (plus) d'intérêt digne de protection à faire valoir judiciairement le droit de réponse et ne pas donner suite à sa demande, autant qu'il ne peut démontrer le contraire.

### **Conditions de l'action en exécution du droit de réponse remplies**

Le juge ordonne à l'entreprise de médias de diffuser la réponse. Il peut le faire sous la menace des actions pénales (art. 292 CP). Si nécessaire, le juge peut adapter légèrement la réponse aux fins de la rendre conforme aux exigences légales.

## **IV. La protection des données**

### **1. Introduction**

De la nécessité d'une Loi fédérale sur la protection des données

- Contexte de l'affaire dite des fiches
- La collection peut constituer une atteinte à la personnalité. Cependant, l'art. 28 ss CC se sont avérés insuffisants. Il est souvent difficile de savoir, voire de prouver que ses données sont traitées abusivement.

### **La Loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1993 (LPD ; RS 235.1)**

Malgré son titre, la LPD protège pas les données en soi, mais la personnalité et les droits fondamentaux des personnes qui font l'objet d'un traitement de données (art. 1 LPD).

La loi a subi une importante révision du 24 mars 2006, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2008. Celle-ci a renforcée le respect des principes généraux, fondements de la protection de la

personnalité.

La LPD est un complément et une concrétisation du Code civil.

Actuellement, une révision totale est en cours.

Projet : FF 2017 6803ss, 6815-6843 ; Message du Conseil fédéral : FF 2017 6565

## 2. Spécificités de la LPD

La LPD à l'avantage qu'elle précise plusieurs notions qui découlent aussi des art. 28 ss CC. Or, elle introduit des instruments facilitant la mise en œuvre.

### 2.1. Précisions

Liste des cas d'atteinte (art.12 al. 2 LPD)

Qualification de traitement de données en principe licite (art. 12 al. 3 LPD; voir également : art. 10a et 13 LPD)

Concrétisations des motifs justificatifs (art. 12 et 13 LPD)

- intérêts prépondérants (art. 13 al. 2 LPD)

### 2.2. Instruments facilitant la mise en œuvre

*Droit d'accès* aux données (art. 8 LPD)

- restrictions à ce droit (art. 9-10 LPD)

**Déclaration obligatoire** de la tenue de certains fichiers par des organes étatiques (art. 11a LPD).

En matière privée, déclaration obligatoire du maître de fichier uniquement :

- lors de la collecte de données sensibles ou de profils de la personnalité (art. 11a al. 3, let. a; art. 14 LPD)
- en cas de communication régulière à des tiers des données personnelles (art. 11a al. 3, let. b LPD)
- Exceptions à l'obligation de déclarer (art. 11a al. 5 LPD)

**Institution d'une autorité administrative**, à savoir le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence = PFPDT (section 5, art. 26-31 LPD)

Le PFPDT a un mandat de conseil et de surveillance. Il a le pouvoir d'adresser des recommandations aux particuliers et aux organes fédéraux. Les recommandations sont en principe publiés. Si les recommandations ne sont pas suivies, le Préposé peut porter recours au Tribunal administratif fédéral, puis au Tribunal fédéral (art. 29 al. 4 LPD ; par ex. arrêt Google Street View, ATF 138 II 346 / JT 2013 I 71, arrêt VIII/7).

## 3. Champ d'application de la LPD

### 3.1. Champ d'application matériel (art. 2 LPD)

**Tout traitement de données personnelles (art. 2 al. 1 LPD).**

Est un **traitement** « 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 » (art. 3 lit. e LPD). Le traitement ne doit pas forcément être électronique.

Sont des **données personnelles** toutes les informations qui se rapportent à une personne, physique ou morale, identifiée ou identifiable (art. 3 let. a et b LPD).

### **Arrêt Google Street View, ATF 138 II 346, c. 6.1 et 6.5 /JT 2013 I 71, arrêt VIII/7 :**

Cons. 6.1. : Une personne est identifiée lorsqu'il découle de l'information même qu'il s'agit précisément de cette personne (ex. : papiers d'identité). Une personne est identifiable lorsqu'il n'est pas possible de l'identifier clairement sur la seule base des données mais que son identité peut être élucidée d'après les circonstances, c'est-à-dire d'après le contexte de l'information ou sur la base d'informations supplémentaires (par exemple lorsque l'identité d'un propriétaire peut être déterminée à partir d'informations sur ses biens-fonds). La simple possibilité théorique de procéder à une identification ne suffit cependant pas à ce qu'une personne soit identifiable. La personne n'est pas identifiable lorsque le coût est si élevé que l'on ne doit pas prévoir, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, qu'une personne intéressée le prendra en charge (Message du 23 mars 1988 concernant la loi fédérale sur la protection des données, FF 1988 II 452 s.). La question doit être résolue en fonction du cas concret, où il convient de tenir particulièrement compte des possibilités offertes par la technique, à l'exemple des outils de recherche disponibles sur internet. Le coût objectivement nécessaire pour rattacher une information à une personne déterminée n'est pas le seul élément pertinent; il faut également prendre en considération l'intérêt à l'identification que possède un tiers ou toute personne procédant au traitement des données.

Cons. 6.5 : Ainsi, 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 et toute représentation de maisons, jardin et cours, dans la mesure où elle permet d'établir sans difficulté un lien avec une personne. Des plaques d'immatriculation ou des maisons peuvent à peu de frais être reliées à une personne.

### **Exclusion de la LPD (art. 2 al. 2 LPD)**

#### **Notamment**

Le traitements de données à usage exclusivement personnel, sans communication à des tiers (art. 2 al. 2, *let. a* LPD).

Registres officiels relatifs aux rapports juridiques de droit privé (art. 2 al. 2, *let. d* LPD), par ex. le registre de l'état civil, le registre foncier ou le registre de commerce.

### **3.2. Champ d'application personnel**

**Traitement de données personnelles**(art. 2 al. 1 LPD) effectué par

- des personnes privées (art. 12-15 LPD) ou des organes fédéraux (art. 16-25<sup>bis</sup> LPD)

### **3.3. Majeure champ d'application**

L'art. 2 al. 1 LPD prévoit que : « La présente loi régit le traitement de données concernant des personnes physiques et morales effectué par des personnes privées (lit. a) [et] des organes fédéraux (lit. b) ». L'art. 2 al. 2 lit a à e prévoient certaines exceptions.

On entend par données personnelles (ou simplement données), « toutes les informations qui se rapportent à une personne identifiée ou identifiable » (art. 3 lit. a LPD). Une personne est identifiée lorsqu'il découle de l'information même qu'il s'agit précisément de cette personne (ex. : papiers d'identité). Une personne est identifiable lorsqu'il n'est pas possible de l'identifier clairement sur la seule base des données mais que son identité peut être élucidée d'après les circonstances, c'est-à-dire d'après le contexte de l'information ou sur la base d'informations supplémentaires (par exemple lorsque l'identité d'un propriétaire peut être déterminée à partir d'informations sur ses biens-fonds). La simple possibilité théorique de procéder à une identification ne suffit cependant pas à ce qu'une personne soit identifiable. La personne n'est pas identifiable lorsque le coût est si élevé que l'on ne doit pas prévoir, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, qu'une personne intéressée le prendra en charge (Message du 23 mars 1988 concernant la loi fédérale sur la protection des données, FF 1988 II 452 s.). La question doit être résolue en fonction du cas concret, où il convient de tenir particulièrement compte des possibilités offertes par la technique, à l'exemple des outils de

recherche disponibles sur internet. Le coût objectivement nécessaire pour rattacher une information à une personne déterminée n'est pas le seul élément pertinent; il faut également prendre en considération l'intérêt à l'identification que possède un tiers ou toute personne procédant au traitement des données (cf. arrêt Google Street View, ATF 138 II 346, c. 6.1 et 6.5 /JT 2013 I 71, arrêt VIII/7 ; cons. 6.1).

L'art. 3 lit. c LPD qualifie (exhaustivement) de données sensibles les données personnelles concernant « les opinions ou activités religieuses, philosophiques, politiques ou syndicales (ch. 1), la santé, la sphère intime ou l'appartenance à une race (ch. 2), des mesures d'aide sociale (ch. 3) [et] des poursuites ou sanctions pénales et administratives (ch. 4) ».

Par traitement, on entend « 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 » (art. 3 lit. e LPD).

## 4. Concrétisation de la notion d'atteinte

### 4.1. Cas en principe constitutif d'une atteinte

#### **Principe général (art. 12 al. 1 LPD)**

Tout traitement de données personnelles ne doit pas porter une atteinte illicite à la personnalité des personnes concernées

- arrêt Google Street View (ATF 138 II 346, c. 8.3 / JT 2013 I 71, arrêt VIII/7)

#### **Liste non exhaustive de cas constitutifs d'une atteinte (art. 12 al. 2 LPD)**

La liste est pour but de faciliter la preuve d'une atteinte à la personnalité :

**Lit. a :** *Violation des principes généraux* de protection des données

- principe de la licéité (art. 4 al. 1 LPD)
- principe de la bonne foi (art. 4 al. 2 LPD)
- principe de la proportionnalité (art. 4 al. 2 LPD)
  - o Seulement les données nécessaires pour le but poursuivi doivent être traitées.
- principe de la finalité (art. 4 al. 3 LPD)
  - o Impose au maître du fichier d'une part de traiter les données dans un but déterminé à l'avance, d'autre part de ne pas modifier ou remplacer le but initial, sauf si une modification législative ultérieure l'exige.
- principe de la reconnaissabilité (art. 4 al. 4, 14 LPD)
- principe de la qualité des données (art. 5 al. 1 LPD)
- principe de la sécurité (art. 7 al. 1 LPD)

**Lit. b :** *traitement contre la volonté expresse* sans motifs justificatifs (cf. ATF 127 III 481/JT 2002 I 426, arrêt VIII/2)

**Lit. c :** *communication de données sensibles ou de profils de la personnalité* sans motifs justificatifs (let. c)

- liste exhaustive des données sensibles : art. 3 let. c, ch. 1 - 4 LPD
- un profil de la personnalité, soit un assemblage de données qui permet d'apprécier les caractéristiques essentielles de la personnalité d'une personne physique, est traité comme des données sensibles, même s'il est composé des données anodines (art. 3 let. d LPD).

### 4.2. Cas en principe non constitutif d'une atteinte

La personne concernée

- a rendu les données accessibles
- et ne s'est pas opposée formellement à leur traitement

Conséquence : Présomption légale réfragable d'absence d'atteinte

### **4.3. Majeure – Y a-t-il atteinte à un droit de la personnalité ?**

L'art. 12 al. 1 LPD prévoit que : « Quiconque traite des données personnelles ne doit pas porter une atteinte illicite à la personnalité des personnes concernées ». L'alinéa 2 dresse une liste non-exhaustive de cas constitutifs d'atteinte. Ainsi personne n'est en droit de : « traiter des données personnelles en violation des principes définis aux art. 4, 5, al. 1, et 7, al. 1 (lit. a) ; traiter des données contre la volonté expresse de la personne concernée sans motifs justificatifs (lit. b.) ; communiquer à des tiers des données sensibles ou des profils de la personnalité sans motifs justificatifs (lit. c.) ».

L'art. 12 al. 2 lit. a LPD renvoie à des principes généraux de protection de données. L'art. 4 al. 1 LPD pose le principe de la licéité. D'après ce principe, des données ne peuvent pas être collectés ou autrement traitées en violation d'un règle légale (de droit privé, pénal ou administratif). L'art. 4 al. 2 *ab initio* LPD prévoit que le traitement de données « doit être effectué conformément aux principes de la bonne foi », soit contrairement à une attitude qu'on est en droit d'attendre dans la vie sociale. L'art. 4 al. 3 LPD consacre le principe de la finalité, à savoir le principe que : « Les données personnelles ne doivent être traitées que dans le but qui est indiqué lors de leur collecte, qui est prévu par une loi ou qui ressort des circonstances ». Le principe de la finalité impose au maître du fichier d'une part de traiter les données dans un but déterminé à l'avance, d'autre part de ne pas modifier ou remplacer le but initial (immutabilité du but), sauf si une modification législative ultérieure l'exige. Le principe de la bonne foi est concrétisé par l'art. 4 al. 4 LPD, qui dispose que : « La collecte de données personnelles, et en particulier les finalités du traitement, doivent être reconnaissables pour la personne concernée ». Le maître du fichier doit d'ailleurs « informer la personne concernée de toute collecte de données sensibles ou de profils de la personnalité la concernant » (art. 14 al. 1 LPD). L'art. 5 al. 1 LPD consacre le principe de la qualité des données. Ainsi, « [c]elui qui traite des données personnelles doit s'assurer qu'elles sont correctes » (art. 5 al. 1 *ab initio* LPD).

L'art. 12 al. 3 LPD précise qu'« [e]n 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 ». Il s'ensuit qu'une personne rendant ses données personnelles, sensibles ou anodins, accessibles, doit s'opposer formellement (volonté expresse) à leur traitement (cf. aussi art. 12 al. 2 lit. b LPD).

Si un des cas de l'art. 12 al. 2 LPD est donné, la loi instaure la fiction qu'il y atteinte, sans qu'il soit nécessaire de définir le bien de la personnalité atteinte. La discussion est dans ce cas déplacé au champs des motifs justificatifs.

## **5. Motifs justificatifs**

### **5.1. Motifs généraux (art. 13 al. 1 LPD)**

#### **A. Consentement**

Le consentement doit être libre et éclairé (art. 4 al. 5 LPD). En matière de **données sensibles**, le consentement doit être « explicite » (art. 4 al. 5 *in fine* LPD). C'est-à-dire qu'il doit donner de manière expresse, des actes concluants ne suffisent pas.

#### **B. Intérêt prépondérant**

Liste non exhaustive à l'art. 13 al. 2 LPD

La réalisation de l'une des hypothèses mentionnées dans cet article ne signifie pas automatiquement qu'un intérêt prépondérant de l'auteur de l'atteinte doit être admis, mais simplement qu'il existe un indice dans ce sens.

#### **C. Loi**

Cf. exigence d'une base légale pour les organes fédéraux (art. 17 al. 1 LPD)

## **5.2. Motifs spécifiques (art. 13 al. 2 LPD)**

- liste non exhaustive de motifs **non absolus**, dont
  - o existence de relations contractuelles (art. 13 al. 2 *let. a* LPD)
  - o publication dans un média à caractère périodique (art. 13 al. 2 *let. d* LPD)

## **5.3. Majeure – L'atteinte est-elle illicite ? (motif justificatif)**

L'art. 13 al. 1 LPD prévoit que : « 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 ».

Le consentement est un motif justificatif absolu. Le consentement est un acte juridique unilatéral, révocable à tout temps, qui n'est soumise à aucune forme. Il s'interprète conformément au principe de la confiance (art. 2 CC). Le consentement à une atteinte à la personnalité est un droit strictement personnel. Il doit donc émaner d'une personne capable de discernement (art. 19c CC). La capacité de discernement (art. 16 CC) est présumée. L'art. 4 al. 4 LPD dispose d'ailleurs que : « [...] la personne concernée ne consent valablement que si elle exprime sa volonté librement et après avoir été dûment informée. Lorsqu'il s'agit de données sensibles et de profils de la personnalité, son consentement doit être au surplus explicite ».

L'intérêt public permet de répondre aux intérêts de la collectivité ou d'une pluralité de personnes. L'intérêt est privé lorsqu'il s'agit de procurer un avantage à une personne déterminée, qui peut être la victime, l'auteur de l'atteinte, ou même un tiers. Les intérêts privés purement patrimoniaux ne sont – en principe - pas suffisants. L'intérêt prépondérant public ou privé est un motif justificatif relatif, impliquant que le juge pondère l'intérêt de la victime à ne pas être atteinte dans sa personnalité et l'intérêt qu'invoque l'auteur pour justifier l'atteinte. L'intérêt, public ou privé, doit être prépondérant. Ainsi, plus la personnalité est atteinte, plus l'intérêt doit être manifeste.

L'art. 13 al. 2 lit. a LPD dispose notamment que : « [l]es intérêts prépondérants de la personne qui traite des données personnelles entrent notamment en considération si] le traitement est en relation directe avec la conclusion ou l'exécution d'un contrat et les données traitées concernent le cocontractant ». L'art. 13 al. 2 lit. d LPD mentionne que l'intérêt prépondérant entre aussi en considération lorsque « les données personnelles sont traitées de manière professionnelle exclusivement en vue d'une publication dans la partie rédactionnelle d'un média à caractère périodique ». Est qualifiée de média toute personne ou entreprise diffusant des informations – dont elle détermine le contenu - à un grand nombre de personnes.

La réalisation de l'une des hypothèses mentionnées à l'art. 13 al. 2 LPD ne signifie pas automatiquement qu'un intérêt prépondérant de l'auteur de l'atteinte doit être admis, mais simplement qu'il existe un indice dans ce sens.

## **6. Droit d'accès**

### **Droit d'accès aux données (art. 8 LPD)**

- nul besoin de faire valoir un intérêt particulier
- droit indépendant de toute atteinte à la personnalité
- droit strictement personnel (art. 19c CC). Les mineurs et majeurs sous CPG mais capables de discernement n'ont par conséquent pas besoin du consentement de leur représentant légal pour l'exercer.
- impossible d'y renoncer par avance (art. 8 al. 6 LPD)
- demande de renseignements en principe gratuitement et par écrit (art. 8 al. 5 LPD). Le requérant doit justifier de son identité (OLDP, art. 1 al. 1)
- droit non absolu

### **Obligation du maître de fichier de communiquer (art. 8 al. 2 LPD), sauf**

- restrictions au droit d'accès (art. 9 et 10 LPD)

- loi formelle (art. 9 al. 1, *let. a* LPD)
- intérêts prépondérants d'un tiers (art. 9 al. 1, *let. b* LPD)
- protection des médias à caractère périodique (art. 10)

Refus injustifié : *action en exécution du droit d'accès* (art. 15 al. 4 LPD)

## **7. Voies de droit (art. 15 LPD)**

Qualité pour agir à la personne objet du traitement

- Alors un tiers, dont les données n'ont pas été traitées n'a pas la qualité pour agir, malgré le fait qu'une atteinte résulte du traitement de données. Il faut dès lors voir si ces tiers ont la qualité pour agir sur base du CC.

Principe (art. 15 *al. 1* LPD)

- renvoi aux art. 28, 28a et 28l CC

Complément et précision sur les conclusions (art. 15 *al. 1 et 3* LPD)

- interdiction du traitement, rectification ou destruction des données
- communications à des tiers

Mention du caractère litigieux (art. 15 *al.2* LPD)

Exécution du droit d'accès (art. 15 *al. 4* LPD)