

Tribunal fédéral – 5A_244/2018, destiné à la publication

II^{ème} Cour de droit civil

Arrêt du 26 août 2019 (d)

Résumé et analyse

Proposition de citation :

Jérôme Saint-Phor, La représentation de l'enfant par le parent dans la procédure en entretien : quel risque de conflit d'intérêts ? ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_244/2018, Newsletter DroitMatrimonial.ch décembre 2019

Newsletter décembre 2019

Couple non marié, autorité parentale, entretien, procédure ; représentation des enfants et conflits d'intérêts

Art. 301 al. 1 et 1bis, 304 al. 1, 306 al. 2 et 3 CC ; 299 CPC

La représentation de l'enfant par le parent dans la procédure en entretien : quel risque de conflit d'intérêts ?

Jérôme Saint-Phor¹

I. Objet de l'arrêt

Dans l'arrêt 5A_244/2018 du 26 août 2019, destiné à la publication, le Tribunal fédéral examine à quelles conditions un parent détenant l'autorité parentale conjointe peut représenter l'enfant dans des procédures concernant l'entretien de ce dernier (art. 304 CC) et quand l'on doit admettre l'existence d'un conflit d'intérêts (art. 306 al. 2 et 3 CC).

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

A. (ci-après « le père » ou « le recourant ») et C. (ci-après « la mère ») sont les parents non mariés de B. (ci-après « l'enfant »), née en 2013. Les parents se sont séparés à Noël 2014. La mère et l'enfant ont quitté la résidence commune, où réside toujours le père. Par décision du 6 septembre 2016, l'Autorité de protection de l'enfant (ci-après « APE ») a attribué l'autorité parentale conjointe sur l'enfant aux deux parents. La garde a été confiée à la mère conformément à un accord des parents. Le père garde sa fille toutes les quatre semaines du jeudi soir au dimanche soir, ainsi que la moitié des jours fériés.

Le 19 mai 2016, soit avant la décision de l'APE précitée, l'enfant B., représentée par sa mère, a saisi le Tribunal de district de son nouveau domicile pour agir contre le père afin d'obtenir le versement d'une contribution d'entretien. Par décision du 22 décembre 2016, ledit tribunal a condamné le père au paiement d'une contribution d'entretien mensuelle de CHF 530.- du 1^{er} janvier 2017 au 31 juillet 2017, puis de CHF 580.- à partir du 1^{er} août 2017 jusqu'à la

¹ Je remercie infiniment Olivier Guillod pour ses précieux conseils et ses remarques constructives, ainsi que Sabrina Burgat pour sa relecture attentive.

majorité ou à l'achèvement d'une formation appropriée. Suite à l'appel du père, la Cour d'appel du canton de Zurich a essentiellement confirmé la décision de première instance, tout en ajustant la contribution d'entretien pour l'adapter à la hausse du coût de la vie, par décision du 31 janvier 2018.

Par acte du 14 mars 2018, le père exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral. Il conclut notamment à l'annulation de la décision attaquée ou, en cas de rejet de ses conclusions principales, au renvoi de la cause devant la juridiction inférieure. Il demande également l'octroi de l'effet suspensif et l'assistance judiciaire. Par ordonnance du 15 mars 2018, le Président a rejeté la demande d'effet suspensif.

Dans sa réponse datée du 1^{er} avril 2019, la mère conclut au rejet du recours, pour autant qu'il soit recevable. Le recourant a répliqué le 15 avril 2019 ; l'intimée a dupliqué le 29 avril 2019. L'instance inférieure a renoncé à une audience. Le Tribunal fédéral a demandé la production des dossiers cantonaux.

B. Le droit – traduction des considérants pertinents

Le recourant commence par alléguer que l'action n'a pas été valablement engagée, au motif que la mère n'aurait pas le pouvoir de représenter légalement l'enfant, car elle n'est pas seule habilitée à décider en tant que détentrice conjointe de l'autorité parentale (art. 304 CC). Il ajoute que selon l'art. 306 al. 3 CC, l'existence d'un conflit d'intérêts entraîne de plein droit la fin des pouvoirs de représentation des père et mère pour l'affaire en cause (consid. 2.1).

Examinant ce premier grief, le Tribunal fédéral rappelle le cadre légal applicable. D'après l'art. **301 CC**, les père et mère déterminent les soins et l'éducation en ce qui concerne le bien-être de l'enfant et prennent les décisions qui s'imposent, sous réserve de sa propre capacité (al. 1). Le parent qui s'occupe de l'enfant peut décider seul s'il s'agit d'une affaire courante ou urgente (al. 1*bis* ch. 1) ou si l'autre parent ne peut être atteint moyennant un effort raisonnable (al. 1*bis* ch. 2). S'agissant du pouvoir de représentation, l'art. **304 CC** dispose que les père et mère sont les représentants légaux de leurs enfants à l'égard des tiers, dans les limites de leur autorité parentale (al. 1). Les tiers de bonne foi peuvent présumer que chaque parent détenteur de l'autorité parentale agit avec le consentement de l'autre (al. 2). L'art. **306 CC** dispose que si les père et mère sont empêchés d'agir ou que leurs intérêts entrent en conflit avec ceux de l'enfant, l'autorité de protection de l'enfant nomme un-e curateur-trice ou prend elle-même les mesures nécessaires (al. 2). L'existence d'un conflit d'intérêts entraîne de plein droit la fin des pouvoirs des père et mère pour l'affaire en cause (al. 3). L'autorité de protection de l'enfant peut confier des pouvoirs spéciaux à un-e curateur-trice, notamment en ce qui concerne la représentation de l'enfant pour faire valoir sa créance alimentaire (art. **308 al. 2 CC**). Selon l'art. **299 CPC**, le tribunal ordonne si nécessaire la représentation de l'enfant et désigne un-e curateur-trice expérimenté-e dans le domaine de l'assistance et en matière juridique (al. 1). Il examine la nécessité d'une représentation, en particulier si les parents présentent des conclusions différentes relatives à la contribution d'entretien (al. 2 let. a ch. 5). Cette disposition ne s'appliquait qu'aux affaires judiciaires jusqu'au 31 décembre 2016 (RS 2010 1809), mais, depuis le 1^{er} janvier 2017, elle s'applique également aux demandes de pension alimentaire indépendantes (RS 2015 4304-4306, art. 407*b* al. 1 CPC) (consid. 2.2).

Le Tribunal fédéral constate qu'au moment de l'introduction de la demande d'aliments (le 19 mai 2016), la mère était l'unique titulaire de l'autorité parentale. En application de

l'art. 304 al. 1 CC, elle était donc en mesure de représenter seule l'enfant à l'ouverture de l'action. L'allégation selon laquelle l'action n'aurait pas valablement été introduite n'est dès lors pas fondée (consid. 2.3).

En revanche, depuis le 6 septembre 2016, le recourant et la mère de l'enfant partagent l'autorité parentale. La question se pose de savoir si une curatelle aurait dû être instaurée pour le reste de la procédure en aliments de l'enfant. La poursuite d'une procédure en aliments ne relève pas d'une affaire courante ni urgente au sens de l'art. 301 al. 1^{bis} ch. 1² (consid. 2.4).

La juridiction inférieure a nié l'existence d'un conflit d'intérêts, car il était dans l'intérêt à la fois de l'enfant et de sa mère que le recourant participe à l'entretien de l'enfant. Au contraire, le recourant perd son pouvoir de décision dans la mesure où c'est sa propre contribution d'entretien qui est en cause. L'autorité parentale commune ne signifie pas que les parents doivent toujours agir ensemble dans la gestion du patrimoine de leur enfant (consid. 2.5).

La doctrine est en désaccord sur l'admissibilité de la représentation de l'enfant par le parent qui en a la garde³ (consid. 2.6).

Il faut en principe déterminer de manière abstraite s'il existe ou non un conflit d'intérêts au sens de l'art. 306 al. 2 et 3 CC. Selon la jurisprudence, un tel conflit existe lorsque les intérêts du représenté et ceux du représentant légal se contredisent (ATF 118 II 101 consid. 4c) ou lorsque le représentant légal pourrait être influencé par les intérêts de tiers qui lui sont proches et qui ne coïncident pas avec ceux du représenté (ATF 107 II 105 consid. 4). La question décisive est de savoir s'il existe une possibilité que le représentant légal agisse au détriment de la personne représentée⁴ (consid. 2.7).

Comme le relève le Tribunal fédéral, de toute évidence, le conflit d'intérêts existe entre l'enfant et le parent contre lequel une action en paiement de l'entretien est ouverte⁵ ; son pouvoir de représentation prend ainsi fin de plein droit (art. 306 al. 3 CC), ce qui conduit en principe au droit de représentation exclusif de l'autre parent⁶. La doctrine admet également un conflit d'intérêts si l'entretien entre époux entre en concurrence avec l'entretien de

² AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Berner Kommentar, 2016, N. 36a sur Art. 301 CC ; BRÄNDLI, Kinderunterhalt : Interessenkollisionen bei der Vertretung, Plädoyer 2019 p. 38 ; GEISER, Übersicht über die Revision des Kindesunterhaltsrechts, AJP 2016 p. 1289 ; MARANTA/FASSBIND, Interessenkollisionen im Kindesunterhaltsrecht ?, ZKE 2016 p. 460.

³ Sont favorables : AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, précité, N. 36a sur Art. 301 CC ; FOUNTOLAKIS/BREITSCHMID, in : Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, 6. Aufl. 2018, N. 7 sur Art. 279 CC ; MARANTA/FASSBIND, précité, pp. 459 ss. ; ROELLI, in : Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. Aufl. 2012, N. 2 sur Art. 279 CC ; SENN, Verfahrensrechtliche Streiflichter zu den Revisionen der elterlichen Sorge und des Kindesunterhaltsrechts, FamPra.ch 2017 p. 982 ; ZOGG, Selbständige Unterhaltsklagen mit Annexentscheid über die weiteren Kinderbelange – verfahrensrechtliche Fragen, FamPra.ch 2019 p. 16.
Sont opposés : BRÄNDLI, précité, p. 41 ; GEISER, précité, p. 1288 ss. ; KONFERENZ FÜR KINDES- UND ERWACHSENENSCHUTZ, Praxisanleitung Kindesschutzrecht, 2017, Rz. 14.51 ; SCHWEIGHAUSER/STOLL, Neues Kindesunterhaltsrecht – Bilanz nach einem Jahr, FamPra.ch 2018 p. 649.

⁴ Voir AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, précité, N. 36 sur Art. 306 CC ; voir également SCHNYDER/MURER, Berner Kommentar, 1984, N. 83 sur Art. 392 CC.

⁵ AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, précité, N. 36a sur Art. 301 CC ; MARANTA/FASSBIND, précité, p. 460 ; ZOGG, précité.

⁶ AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, précité, N. 36a sur Art. 301 CC.

l'enfant⁷ ou quand une contribution de prise en charge est demandée⁸. En revanche, l'intérêt du parent demandeur à moins contribuer de son côté à l'entretien de l'enfant ne crée pas de conflit d'intérêts, car il va dans le même sens que l'intérêt de l'enfant à recevoir une contribution de l'autre parent (consid. 2.7.1).

D'après le Tribunal fédéral, les considérations de la doctrine (voir note 2) relatives au conflit d'intérêts valent non seulement pour des parents mariés ou divorcés, mais en principe aussi pour des parents qui n'ont jamais été mariés. Si les parents sont ou ont été mariés, l'entretien est décidé dans le cadre d'une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale (art. 176 CC), d'une procédure de mesures provisionnelles (art. 276 CPC), d'une procédure de divorce (art. 133 al. 1 et 4 CC) ou d'une procédure en modification (art. 134 al. 2, respectivement art. 179 al. 1, 286 CC et art. 276, 268 CPC). Dans ces procédures, l'enfant n'a pas la qualité de partie mais est représenté-e par le parent qui demande une pension alimentaire en son nom. Le tribunal doit *examiner* la nécessité de nommer un-e représentant-e à l'enfant et l'ordonner *si nécessaire* (art. 299 CPC). Par conséquent, le législateur n'a en principe pas reconnu de conflit d'intérêts pertinent entre le parent représentant et l'enfant représenté-e – ou il l'a du moins accepté –, car dans le cas contraire, il aurait dû prévoir dans la loi une représentation de l'enfant par un-e curateur-trice. Dans une procédure indépendante en entretien, l'enfant a qualité de partie et sa position procédurale est plus forte que dans une procédure matrimoniale. Toutefois, si, conformément à la volonté du législateur, l'enfant n'a pas besoin d'être représenté-e dans une procédure matrimoniale alors que le risque de conflit d'intérêts est tout aussi, voire plus intense, cette règle doit s'appliquer *a fortiori* à la procédure indépendante en entretien (consid. 2.7.2).

Cette conclusion se justifie aussi pour d'autres raisons. Dans les procédures matrimoniales comme dans la procédure indépendante en entretien de l'enfant, la maxime inquisitoire illimitée et la maxime d'office s'appliquent (art. 296 al. 1 et 3 CPC). Autrement dit, la décision du tribunal ne dépend ni des allégations de fait des parties ni de leurs conclusions, de sorte que les intérêts de l'enfant sont suffisamment protégés. La nécessité de prendre des mesures ne s'impose que lorsqu'il existe un conflit d'intérêts manifeste ou en cas de manquements clairs de la part du parent représentant⁹, deux hypothèses où le conflit d'intérêts n'est pas caché, mais au contraire évident pour chacun¹⁰. En outre, l'obligation d'entretenir l'enfant mineur-e a préséance sur toutes les autres obligations d'entretien du droit de la famille (art. 276a CC). En d'autres termes, la concurrence entre, d'une part, l'entretien entre l'époux et l'épouse, et, d'autre part, l'entretien des enfants est régie par la loi selon une hiérarchie claire ; l'entretien des enfants jouit d'une priorité légale. Ainsi, l'enfant a droit à une contribution de prise en charge, s'il nécessite des soins personnels de la part d'un parent et que ce dernier n'arrive plus à subvenir à sa propre subsistance par l'exercice d'une activité lucrative en raison des prestations de prise en charge (ATF 144 III 481 consid. 4.3, 377 consid. 7.1.3). Puisque la contribution de prise en charge – et donc la possibilité d'une prise en charge personnelle par un parent – sert avant tout l'intérêt de l'enfant, on voit difficilement un problème de conflit d'intérêts¹¹. Bien entendu, la contribution de prise en

⁷ Voir GEISER, précité, p. 1284.

⁸ GEISER, précité, p. 1288 ss ; MARANTA/FASSBIND, précité, p. 457 ; SCHWEIGHAUSER/STOLL, précité.

⁹ Voir ROELLI, précité.

¹⁰ Voir MARANTA/FASSBIND, précité, p. 458

¹¹ Du même avis, ZOGG, précité.

charge est économiquement destinée au parent gardien, qui a un intérêt propre à son versement. Mais cet intérêt n'entre pas en conflit avec ceux de l'enfant. La contribution de prise en charge est subsidiaire à l'entretien de base, en espèce, de l'enfant. En outre, elle n'a pas pour vocation d'assurer un niveau de vie élevé au parent qui s'occupe de l'enfant (ATF 144 III 377 consid. 7.1.4) (consid. 2.7.3).

En conséquence, l'art. 299 CPC doit être appliqué de la même manière dans la procédure indépendante en entretien de l'enfant que dans les procédures matrimoniales. Le tribunal ne doit nommer un-e curateur-trice de représentation à l'enfant que si cela apparaît nécessaire dans le cas d'espèce (consid. 2.7.4).

En l'absence de conflit d'intérêts en l'espèce, il n'est pas nécessaire de désigner un-e curateur-trice pour représenter l'enfant dans la procédure après l'octroi de l'autorité parentale aux deux parents (consid. 2.8 et 2.9).

Au vu de ce qui précède¹², le Tribunal fédéral rejette le recours.

III. Analyse

Le présent arrêt apporte des précisions sans doute bienvenues pour la pratique. Les différents points qui sont désormais éclaircis sont les suivants :

1. La question du pouvoir de représentation des parents sur l'enfant et du conflit d'intérêts en matière d'entretien

La question du pouvoir de représentation des parents sur l'enfant dans une procédure en entretien a été examinée sous l'angle des articles 301 et 304 CC, au regard de l'attribution de l'autorité parentale.

D'après l'art. 301 al. 1 CC, relatif à l'exercice de l'autorité parentale et à la coopération entre parents, les père et mère déterminent les soins et l'éducation au regard du bien-être de l'enfant et prennent les décisions qui s'imposent, sous réserve de sa propre capacité. Les parents doivent donc, en principe, prendre ensemble les décisions importantes pour l'enfant. Il existe deux exceptions au principe d'une prise de décision commune des deux parents. En effet, le parent qui a la charge de l'enfant peut prendre seul la décision s'il s'agit d'une affaire courante ou urgente ou si l'autre parent ne peut être atteint moyennant un effort raisonnable (art. 301 al. 1bis ch. 1 et 2 CC ; la deuxième hypothèse n'étant pas traitée dans l'arrêt). Le Tribunal fédéral ainsi que la doctrine sont clairs à ce sujet : la poursuite d'une procédure en aliments ne relève pas d'une affaire courante ni urgente (consid. 2.4). Ce qui paraît logique, vu le caractère exceptionnel que doit conserver une telle situation. Il n'y a pas de distinction à faire ici s'agissant de l'autorité parentale. C'est bien le parent qui a *la charge* de l'enfant, soit celui qui s'occupe de l'enfant (et non celui qui détient le droit de déterminer le lieu de résidence), qui peut prendre seul des décisions dans les cas exceptionnels susmentionnés. Ainsi, lorsque l'un des parents désire entamer une procédure en entretien de l'enfant, il ne peut pas le faire en invoquant l'urgence ou une affaire courante. Autrement dit, **il n'existe pas**

¹² Les considérants relatifs à la détermination de la contribution d'entretien de l'enfant et à la fixation du revenu hypothétique de la mère (consid. 3), contestés par le père, n'ont pas été repris ici, car il ne s'agit pas de la question essentielle de l'arrêt.

de pouvoir décisionnel¹³ exclusif d'un seul parent en matière d'entretien de l'enfant, sous l'angle de l'art. 301 al. 1bis ch. 1 CC.

En dehors des cas d'urgence ou courants, il est nécessaire d'examiner l'attribution de l'autorité parentale. En effet, **l'autorité parentale délimite les contours du pouvoir de représentation légal sur l'enfant** (art. 304 al. 1 CC). Par principe, les deux parents détiennent une autorité parentale conjointe sur leur enfant (art. 296 al. 2 CC) et ils le représentent donc légalement tous les deux (présomption à l'égard des tiers de bonne foi, art. 304 al. 2 CC). A *contrario*, lorsqu'un parent détient une autorité parentale exclusive, il sera le seul représentant légal de l'enfant¹⁴.

Toutefois, l'existence d'un conflit d'intérêts entre les père et mère et l'enfant entraîne de plein droit la fin de leur pouvoir de représentation pour l'affaire en cause (art. 306 al. 3 CC). Ainsi, même en cas d'**autorité parentale exclusive**, il y a lieu d'examiner si les intérêts du détenteur ou de la détentrice n'entrent pas en conflit avec ceux de l'enfant. Si c'est le cas, le pouvoir de représentation du parent s'éteint de plein droit¹⁵ et l'autorité de protection nomme un-e curateur-trice *ad hoc*¹⁶ à ce dernier ou prend elle-même les mesures nécessaires (art. 306 al. 2 et 308 al. 2 CC). Si aucun conflit d'intérêts n'existe, le parent détenteur exclusif de l'autorité parentale peut représenter l'enfant.

Lorsque l'autorité parentale est d'abord exclusive, puis est attribuée conjointement aux deux parents en cours de procédure, comme c'est le cas en l'espèce, le Tribunal fédéral indique qu'il faut examiner s'il existe un conflit d'intérêts, selon le raisonnement qui suit.

Dans le cas d'une **autorité parentale conjointe**, trois hypothèses de conflit d'intérêts entre l'enfant et les parents peuvent donc survenir. Soit on considère qu'il n'existe aucun conflit d'intérêts ni avec la mère ni avec le père ; soit qu'un conflit existe avec les deux parents ou soit avec un seul des parents.

Toute la question réside dans la détermination de l'existence d'un conflit d'intérêts ou non. Dans tous les cas, il appartient au tribunal d'ordonner si nécessaire la représentation de l'enfant par un-e curateur-trice (art. 299 al. 1 CPC) et il a l'obligation d'examiner la nécessité d'une telle représentation si les parents présentent des conclusions différentes relatives à la contribution d'entretien (art. 299 al. 2 let. a ch. 5 CPC). On peut déjà tirer ici la conclusion que **si les parents présentent des conclusions concordantes, le tribunal n'a pas à examiner la nécessité d'une représentation et, partant, pas à examiner l'existence d'un éventuel conflit d'intérêts**. Dans cette hypothèse, le parent demandeur d'entretien pour l'enfant garde son pouvoir de représentation. Il n'y a en effet aucune raison de nommer un-e curateur-trice si la situation n'est pas conflictuelle.

En revanche, comme le rappelle le Tribunal fédéral en revisitant la jurisprudence constante (consid. 2.7), en cas de conclusions divergentes des parents, le tribunal doit examiner s'il existe un conflit d'intérêts, **une mise en danger abstraite des intérêts de l'enfant étant**

¹³ PARISIMA VEZ parle du *pouvoir de direction des parents*. Commentaire Romand – Code civil I-VEZ, 2010, art. 301 N 3-6.

¹⁴ Commentaire Romand – Code civil I-PERRIN, art. 304 N6.

¹⁵ Indépendamment de la question de savoir si l'autorité a ou non désigné un-e curateur-trice. Cf. MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, 2019 p. 809.

¹⁶ Compétent pour déposer des conclusions concernant la contribution d'entretien, art. 300 let. e CPC.

suffisante pour désigner un-e curateur-trice. De manière générale, il y a conflit d'intérêts dans les cas où les intérêts d'un-e représenté-e et d'un-e représentant-e se contredisent ou s'il y a un risque d'influence des intérêts d'un tiers au détriment de la personne représentée¹⁷. Ces principes généraux apportent *a priori* un pouvoir d'appréciation très large à l'autorité. Dans le cadre d'une affaire matrimoniale, la question est délicate, car elle touche au cercle familial, il y avait donc lieu d'apporter des réponses plus précises. D'autant plus que la doctrine se révèle très divergente sur la question de l'admissibilité de la représentation de l'enfant par le parent qui en a la garde.

Reprenant ainsi l'avis d'une partie de la doctrine, le Tribunal fédéral a précisé les différents cas de figure envisageables sous l'angle du conflit d'intérêts, qui sont les suivants :

- **Le conflit d'intérêts entre le parent débirentier et l'enfant crédirentier-ère est évident¹⁸.**
- **Le parent réclame une pension pour lui-même et au nom de l'enfant ; il existe un conflit d'intérêts si les deux pensions entrent en concurrence¹⁹.**
- **Le parent réclame une pension uniquement au nom de l'enfant ; il n'existe pas de conflit d'intérêts²⁰. Le parent garde son pouvoir de représentation.**

Par conséquent, dans le cadre d'une procédure en entretien de l'enfant, un pouvoir de représentation du parent demandeur sur l'enfant est admis lorsque **les conclusions des deux parents sont convergentes**, lorsque **la demande porte uniquement sur l'entretien de l'enfant** ou lorsque, malgré une concurrence des pensions demandées pour l'enfant et le parent, **l'autorité n'estime pas que la nomination d'un-e curateur-trice de représentation soit nécessaire**. Dans tous les autres cas, il faut admettre qu'il existe un conflit d'intérêts.

2. La question du conflit d'intérêts dans les différentes procédures

Le Tribunal fédéral poursuit son analyse en indiquant dans quelles procédures les règles susmentionnées trouvent application (consid. 2.7.2 à 2.7.4). La réponse est ainsi donnée. **Elles s'appliquent à toutes les procédures matrimoniales.** S'est dès lors posée la question de l'application de l'art. 299 CPC à une procédure indépendante en entretien. D'un point de vue systématique, l'art. 299 CPC trouve son emplacement sous le Titre 7 du Code de procédure civile relatif à la « procédure applicable aux enfants dans les affaires de droit de la famille » et sous le chapitre 2 intitulé « Procédures de droit matrimonial ». La procédure indépendante en aliments est réglementée dans un chapitre distinct (Chapitre 4, « Demande d'aliments et action en paternité »), qui ne possède pas de règle spécifique s'agissant de la représentation de l'enfant. Le Tribunal fédéral relève que la maxime inquisitoire (illimitée) et la maxime d'office (art. 296 CPC, situé dans le chapitre sur les dispositions générales) s'appliquent tant pour les procédures matrimoniales que pour les procédures indépendantes en aliments. Etant donné que la protection apportée par les maximes de procédure applicables est suffisante et que le risque de conflits d'intérêts est similaire²¹, c'est à juste titre que le Tribunal fédéral

¹⁷ Commentaire Romand – Code civil I-PERRIN, art. 306 N5-7 ; MEIER/STETTLER, précité, p. 808.

¹⁸ Reprenant ainsi les avis de AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL et MARANTA/FASSBIND.

¹⁹ Reprenant l'avis de GEISER.

²⁰ Aucun postulat n'indiquant le contraire.

²¹ En effet, trois cas d'actions indépendantes selon l'art. 279 CC peuvent se présenter : l'action contre le père ou la mère lorsqu'ils ne sont pas mariés ; l'action contre les père et mère mariés, mais à qui l'autorité

estime qu'il n'y a pas lieu de traiter différemment l'enfant lors d'une action indépendante. Autrement dit, il n'y a pas d'obstacles à **appliquer par analogie les règles de l'art. 299 CPC à la procédure indépendante en entretien.**

S'agissant de l'examen de la *nécessité* d'instaurer une curatelle de représentation en faveur de l'enfant²² (art. 299 CPC), le Tribunal fédéral procède à une interprétation littérale et téléologique de la loi. Selon lui, le législateur n'a de toute évidence pas admis comme principe l'existence d'un conflit d'intérêts entre le parent et l'enfant, auquel cas il l'aurait précisé dans la loi. Nous considérons dès lors qu'il faut admettre avec retenue la nécessité de nommer un·e curateur·trice de représentation à l'enfant, quelle que soit la procédure applicable. Ce raisonnement a l'avantage de respecter le principe de proportionnalité et d'envisager la désignation d'un·e curateur·trice de représentation uniquement comme *ultima ratio*.

Dans tous les cas, l'application par analogie de l'art. 299 CPC doit être saluée, rien ne justifiant le fait de protéger davantage l'enfant dans la procédure indépendante que dans la procédure matrimoniale, puisque l'examen d'une nécessité d'avoir recours à un·e curateur·trice de représentation est le même.

3. Le conflit d'intérêts dans le nouveau droit de l'entretien de l'enfant

Pour rappel, le nouveau droit de l'entretien de l'enfant entré en vigueur au 1^{er} janvier 2017²³ a notamment apporté la notion de contribution de prise en charge²⁴. Cette nouvelle réglementation a également apporté son lot de questions et de difficultés supplémentaires. Prenant en compte les récents arrêts de principe sur ce sujet (ATF 144 III 377²⁵ ; ATF 144 III 481²⁶), le Tribunal fédéral examine le conflit d'intérêts en relation avec la contribution de prise en charge.

Comme indiqué ci-dessus (cf. chapitre 1), lorsque le parent réclame une pension uniquement pour l'enfant, il n'existe pas de conflit d'intérêts. En revanche, le raisonnement peut-il être le même sous l'angle de la contribution de prise en charge ? En effet, le Tribunal fédéral admet qu'il est incontestable que la contribution de prise en charge bénéficie économiquement au parent gardien. La doctrine est divisée sur cette question. Du point de vue des auteurs·trices qui s'opposent à un pouvoir de représentation, GEISER²⁷ estime que l'institution de la contribution de prise en charge a augmenté le risque de conflit d'intérêts entre l'enfant et le

parentale ou la garde a été retirée ou encore l'action contre les père et mère mariés lorsque l'enfant est majeur. Dans ce dernier cas, la question du conflit d'intérêts ne se pose plus, puisque l'enfant majeur devra agir par lui-même. S'il devient majeur en cours de procédure, le pouvoir du représentant légal s'éteint et l'enfant doit poursuivre lui-même le procès (CPra actions civiles-BOHNET, p. 318 et 322 ; ATF 129 III 55 consid. 3.1.2). Dans les autres cas, le risque de conflit d'intérêts est similaire à ceux présents dans la procédure matrimoniale.

²² Ce qui suppose une pesée d'intérêts ; BOHNET, CPC annoté, art. 299 N1.

²³ RO 2015 4299 ; FF 2014 511.

²⁴ Cf. GUILLOD, La détermination de l'entretien de l'enfant, in : BOHNET/DUPONT (éd.), Le nouveau droit de l'entretien de l'enfant et du partage de prévoyance, pp. 19 ss.

²⁵ Cf. DE WECK-IMMELÉ/SAINT-PHOR, La contribution de prise en charge : de nouveaux repères ?, Newsletter DroitMatrimonial.ch septembre 2018.

²⁶ Cf. BURGAT, Les nouvelles lignes directrices du Tribunal fédéral en matière de contributions d'entretien en droit des familles, Newsletter DroitMatrimonial.ch novembre 2018.

²⁷ GEISER, précité, p. 1288-1289.

parent gardien ; ce dernier a un intérêt propre qui doit avoir pour conséquence la fin de son pouvoir de représentation. Dans la même lignée, MARANTA/FASSBIND²⁸ considèrent que le parent gardien a un intérêt au moins abstrait à voir fixer la contribution de prise en charge la plus élevée possible. Pour SCHWEIGHAUSER/STOLL²⁹, le conflit d'intérêts est évident et il faut nommer un-e curateur-trice de représentation, sauf s'il est possible de trouver un accord. Le Tribunal fédéral a désormais tranché la question. Il relève avant tout la primauté de l'entretien de l'enfant sur les autres obligations d'entretien de la famille (art. 276a CC), puis estime que l'intérêt du parent gardien à pouvoir s'occuper de l'enfant (ce qui est rendu possible par le versement d'une contribution de prise en charge) converge avec l'intérêt de l'enfant à une prise en charge personnelle du parent. Il n'existe dès lors aucun conflit d'intérêts (pas même abstrait) qui permettrait de justifier la suppression du pouvoir de représentation du parent gardien. Nous partageons l'avis du Tribunal fédéral. Quand bien même le parent gardien peut être tenté de réclamer la contribution de prise en charge la plus élevée possible, l'application de la maxime inquisitoire illimitée impose à l'autorité compétente de la fixer en fonction d'un entretien convenable de l'enfant. On ajoutera que la création même d'une contribution de prise en charge a pour objectif de préserver l'intérêt de l'enfant, et non celui du parent. Admettre que la contribution de prise en charge puisse créer un conflit d'intérêts irait dès lors à l'encontre de la volonté du législateur.

4. Conclusions

L'arrêt apporte plusieurs précisions relatives au conflit d'intérêts, notamment sur la base légale applicable, les conditions auxquelles on peut admettre un conflit d'intérêts et sur les procédures concernées.

En résumé, on sait désormais que la représentation de l'enfant par le parent en procédure doit être examinée sous l'angle de l'art. 304 CC et non pas de l'art. 301 al. 1*bis* CC. Les contours du conflit d'intérêts selon l'art. 306 al. 2 et 3 CC ont été précisés et les différents cas de figure possibles examinés. Ainsi, il est admis qu'il n'y pas de conflit d'intérêts (ou qu'il ne doit pas être examiné) lorsque les conclusions des parents sont convergentes ou que la demande d'entretien vise uniquement l'enfant.

Les règles sur le conflit d'intérêts, ainsi que sur la représentation de l'enfant (art. 299 CPC), doivent s'appliquer de la même manière dans la procédure matrimoniale et dans la procédure indépendante en entretien.

Finalement, l'arrêt suit à juste titre les objectifs du nouveau droit de l'entretien de l'enfant avec la mise en place d'une contribution de prise en charge en indiquant qu'il n'existe pas de conflit d'intérêts, sous le seul prétexte que le parent gardien a un intérêt propre à son versement.

²⁸ MARANTA/FASSBIND, précité, p. 457.

²⁹ SCHWEIGHAUSER/STOLL, précité, p. 649.