

Tribunal fédéral – 5A_75/2020 et
[5A_69/2020](#), destinés à la publication
II^{ème} Cour de droit civil
Arrêts du 12 janvier 2022 (d)

Newsletter avril 2022



Résumé et analyse

Couple non marié,
entretien, avis débiteur,
procédure

Proposition de citation :

François Bohnet / Michael Saul, Objet et
conséquences procédurales de la
subrogation légale en cas d'avances sur
aliments par la collectivité publique – volte-
face jurisprudentielle, analyse des arrêts du
Tribunal fédéral 5A_75/2020 et 5A_69/2020,
Newsletter DroitMatrimonial.ch avril 2022

Art. 131a al. 2, 289 al. 2,
291, 293 al. 2 et 308
al. 2 CC ; 296 al. 1 et 3 CPC ;
OAIr

Objet et conséquences procédurales de la subrogation légale en cas d'avances sur aliments par la collectivité publique – volte-face jurisprudentielle

François Bohnet / Michael Saul

I. Objet des arrêts

A l'occasion de deux affaires jugées le 12 janvier 2022, le Tribunal fédéral réexamine et modifie sa jurisprudence relative à la subrogation légale en cas d'avances sur contributions d'entretien par la collectivité publique (art. 289 al. 2 CC), suite aux critiques de la doctrine. Ainsi, la subrogation légale ne porte pas (plus) sur le droit à l'entretien en tant que tel (*Stammrecht*), mais uniquement sur les contributions d'entretien périodiques individuelles qui ont été effectivement versées par la collectivité publique. Il s'ensuit que celle-ci ne dispose jamais de la légitimation passive en cas de demande en modification intentée par la partie débitrice de l'entretien et qu'une procédure en modification opposera uniquement l'enfant, cas échéant agissant par son ou sa représentant·e légal·e, et la partie débitrice de l'entretien.

II. Résumé de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_75/2020 du 12 janvier 2022

A. Les faits

Par convention d'entretien ratifiée du 30 mars 2010, l'intimé s'est engagé à verser une contribution d'entretien au recourant, son fils, né en 2007 d'un montant de Fr. 650.-- jusqu'à l'âge de six ans révolus, Fr. 750.-- jusqu'à l'âge de douze ans révolus et de Fr. 850.-- jusqu'à la majorité. Les contributions d'entretien ont été avancées par la collectivité publique.

Par requête de conciliation du 18 mai 2016 et par demande du 19 novembre 2016 introduite uniquement contre son fils, l'intimé a requis la suppression de l'obligation d'entretien à compter du mois de juin 2015. Par jugement du 19 septembre 2018, le *Bezirksgericht* a rejeté la demande pour défaut de légitimation passive s'agissant des contributions d'entretien qui avaient été avancées, mais a toutefois retenu qu'il n'était pas nécessaire d'agir conjointement

contre la collectivité publique pour les contributions d'entretien futures qui ont dès lors été réduites.

Le fils a fait appel de ce jugement. Le père dépose un appel joint avec sa réponse, dans lequel il mentionne également comme adverse partie la collectivité publique, en plus de son fils. Par arrêt du 9 décembre 2019, mentionnant uniquement le fils comme partie défenderesse, le *Kantonsgericht* du canton de Lucerne a réduit les contributions d'entretien dues à compter du mois de juin 2016, arguant notamment que la légitimation passive appartenait au fils exclusivement.

Le 29 janvier 2020, le fils a adressé un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre l'arrêt du *Kantonsgericht*.

B. Le droit

2.

Lorsque la collectivité publique avance des contributions d'entretien relevant du droit de la famille, elle est subrogée dans le droit à l'entretien sur la base de l'art. 131a al. 2 ou de l'art. 289 al. 2 CC. Encore faut-il déterminer l'objet de la subrogation et les conséquences s'agissant de la titularité matérielle, en particulier la légitimation passive lorsque la partie débitrice de l'entretien en réclame la suppression ou la réduction.

Le Tribunal fédéral résume dans ce considérant sa jurisprudence récente sur la question : ATF 137 III 193 ; 5A_634/2013 du 12 mars 2014, consid. 4.1 ; 5A_499/2015 du 20 janvier 2016, consid. 2.3 ; ATF 143 III 177 ; 5A_643/2016 du 21 juin 2017 ; 5A_847/2018 du 6 décembre 2019 ; 5A_694/2019 du 24 février 2020 ; 5A_943/2019 du 29 avril 2020 ; 5D_211/2019 du 29 mai 2020 ; 5A_694/2019 du 24 février 2020.

3.

Le Tribunal fédéral expose ensuite les vives critiques suscitées en doctrine par sa jurisprudence, en particulier par l'ATF 143 III 177.

6.

6.2

Le droit de procédure en général, ainsi que les aides à l'exécution comme les avances sur aliments et l'avis aux débiteurs, ont une fonction auxiliaire et doivent permettre une mise en œuvre simple du droit matériel, *in casu* le droit à l'entretien de l'enfant. Il convient en outre de tenir compte de la force dérogatoire du droit fédéral (art. 49 al. 1 Cst.), en lien avec la réglementation cantonale relative aux avances sur aliments.

En d'autres termes, le point de départ du raisonnement ne se situe pas au niveau des instruments d'exécution ou du droit public cantonal relatif aux avances sur aliments. Le devoir d'entretien du droit civil découle directement du lien de filiation matériel entre l'enfant et son père ou sa mère (art. 276 CC). L'étendue de l'obligation d'entretien est réglée par le droit civil (art. 285 al. 1 CC). La partie créancière de l'entretien est l'enfant (art. 289 al. 1 CC), le père ou la mère titulaire respectivement de l'autorité parentale et de la garde pouvant intervenir dans

le procès civil en tant que *Prozessstandschaftler-in* (ATF 142 III 78, consid. 3), en particulier lorsque l'entretien de l'enfant est examiné dans une procédure matrimoniale.

6.3

Il découle de l'interprétation téléologique de l'art. 289 al. 2 CC que le législateur a voulu faire de la collectivité publique la créancière des contributions d'entretien qu'elle a avancées, mais aussi la faire bénéficier de privilèges en général liés à l'entretien de l'enfant (faire valoir en justice les contributions avancées, requête d'avis aux débiteurs ou en fourniture de sûretés).

Néanmoins, rien n'indique que le législateur envisageait un transfert du droit à l'entretien en tant que tel (*Stammrecht*). Au contraire, il convient de retenir que la cession légale prévue à l'art. 289 al. 2 CC, comme celle de l'art. 131a al. 2 CC (comp. ég. art. 131 al. 3 aCC), porte uniquement sur les créances d'entretien effectivement avancées par la collectivité publique.

Cette approche est conforme à l'essence de la cession légale qui envisage que seules les créances effectivement versées ou avancées sont transférées, non les créances futures, et à concurrence des montants versés ou avancés.

Même si la cession de créances futures est envisageable en droit suisse, en particulier dans le cadre d'une cession globale, elle repose, cas échéant, sur une déclaration expresse de la partie cédante. Une telle déclaration fait toutefois défaut en cas de cession légale.

6.4

Dans la plupart des cantons, l'avance de contributions d'entretien n'est accordée qu'en présence d'un titre (jugement ou convention ratifiée) qui fixe l'entretien dû à l'enfant. Nonobstant l'entrée en vigueur de l'OAIr, l'avance de contributions d'entretien demeure du ressort exclusif du droit public cantonal (art. 293 al. 2 CC). Les cantons sont libres de décider s'ils veulent avancer des contributions d'entretien, à quelle hauteur et à quelles conditions, et ils supportent les risques en la matière.

En pratique, la collectivité publique ne participe donc pas à la fixation initiale de l'entretien, sous réserve de l'instauration d'une curatelle à cette fin (art. 308 al. 2 CC), et rien ne justifie une autre solution pour la procédure de modification. L'intérêt de la collectivité publique à un encaissement des contributions avancées ne peut pas l'emporter sur la protection du minimum vital de la partie débitrice qui ne doit pas non plus subir de préjudice du fait de la subrogation.

En outre, l'application systématique, lors de la fixation de l'entretien, de la maxime inquisitoire illimitée (art. 296 al. 1 CPC), en plus de la maxime d'office (art. 296 al. 3 CPC), garantit que l'entretien correspond à la situation juridique effective.

6.5

Il convient dès lors, sur la base d'une interprétation téléologique de l'art. 289 al. 2 CC conforme à la volonté du législateur de limiter la portée de cette disposition aux seules créances périodiques d'entretien – déduites du droit de base à l'entretien – qui ont été effectivement avancées par la collectivité publique, celle-ci étant subrogée dans ces créances uniquement.

La *ratio legis* de la norme et le but de la cession légale qu'elle prévoit sont que la partie débitrice d'entretien ne doit pas profiter de sa négligence lorsque la collectivité publique avance à sa place l'entretien de l'enfant (ATF 138 III 145, consid. 3.3.1 et 3.3.2). Pour cette raison, la partie débitrice d'entretien doit rester tenue de le payer et la partie bénéficiaire de l'entretien ne doit pas se retrouver tenue de rembourser la collectivité publique. C'est dans ce but que le législateur prévoit que les créances avancées passent à la collectivité publique dans le cadre d'une cession légale, de sorte que la collectivité publique peut les faire valoir sans changement en tant que créances d'entretien contre la partie débitrice d'entretien, avec pour conséquence que la collectivité publique peut également se référer au titre juridique dans lequel les contributions d'entretien ont été fixées, notamment dans la procédure de mainlevée (ATF 140 III 372, consid. 3).

Il n'est toutefois pas justifié que le droit de base et/ou les futures créances individuelles périodiques passent à la collectivité publique au-delà des créances d'entretien périodiques effectivement avancées. Cela conduirait en fin de compte à une communauté de destin durable sous l'égide de la collectivité publique en lien avec la fixation de la contribution d'entretien et l'exécution du titre d'entretien, dans la mesure où la collectivité publique serait subrogée dans le droit de base, même en cas d'avances seulement temporaires, et qu'elle pourrait en conséquence obtenir l'entretien de l'enfant jusqu'à sa majorité et se fonder sur son propre droit, à savoir dans sa position de créancière d'aliments, faire du droit de base l'objet de la procédure en entretien.

6.6

Dans le même temps, le législateur a précisé qu'avec la subrogation, le droit de requérir l'avis aux débiteurs (art. 291 CC) passe en tant que « droit accessoire » à la collectivité publique. Dans ce contexte se pose le problème déjà identifié dans l'ATF 137 III 193, consid. 3.6 à 3.8, à savoir que l'avance concerne une période passée, alors que l'avis aux débiteurs ne peut être ordonné, par définition, que pour l'avenir. Mais contrairement à ce qui a été dit dans l'ATF 137 III 193, consid. 3.8, cela n'implique pas que le droit de base doive être transféré en cas de subrogation.

L'avis aux débiteurs repose toujours sur une déduction du passé pour l'avenir, ce qui est également exprimé dans le texte de l'art. 291 al. 1 CC (« lorsque les père et mère négligent de prendre soin de l'enfant »). Il n'y a jamais de certitude absolue que la partie débitrice d'aliments ne paiera pas non plus à l'avenir, mais c'est plutôt le fait qu'elle ne l'ait pas fait dans le passé qui permet d'établir un pronostic négatif. Il n'est donc pas nécessaire de présupposer que le droit de base a été transféré à la collectivité publique par l'avance de certaines contributions d'entretien. Au contraire, en raison de la réticence de la partie débitrice à payer, qui découle directement de l'avance effectuée par le passé, on peut, pour des raisons politico-juridiques, accorder à la collectivité publique le droit d'exiger un avis aux débiteurs pour le montant concerné, en raison de la subrogation légale. C'était en tout cas la volonté manifeste du législateur, qui n'est d'ailleurs pas lié par les considérations dogmatiques. Autre est la question de savoir si le concept légal consistant à faire passer l'avis aux débiteurs en tant que « droit accessoire » des créances avancées (comme déjà dit, pas du droit de base) est vraiment judicieux, puisque l'avis aux débiteurs pourrait justement permettre à l'enfant de se libérer de la dépendance aux avances de la collectivité. Toutefois, les intentions du législateur ressortent clairement du Message (voir consid. 6.3) et il n'y a pas lieu de revenir sur le résultat de l'ATF 137 III 193.

6.7

Ainsi, le droit de base à l'entretien n'est en outre jamais fractionné, même lorsque l'avance prévue en droit cantonal est inférieure au montant de la contribution due. Cela évite de créer des difficultés pratiques, notamment du point de vue procédural.

De plus, indépendamment d'éventuelles avances et de leur durée, la procédure en modification de l'entretien opposera toujours uniquement la partie débirentière et l'enfant ou son/sa représentant-e légale-e agissant comme *Prozessstandschafter-in*. La collectivité publique ne sera, quant à elle, jamais partie à la procédure en modification. Cela découle moins du fait que les avances portent sur des créances échues et la procédure en modification sur des contributions dues au plus tôt à compter du jour de la litispendance que du fait que le droit à l'entretien découle directement du lien de filiation et existe dès la naissance de l'enfant, l'art. 276 CC en étant le fondement légal. Le titre qui fixe l'étendue de l'entretien concrétise ce droit de base selon les critères applicables. En raison du principe de périodicité des contributions d'entretien (ATF 132 III 593, consid. 7.3 ; ATF 133 III 57, consid. 3 ; ATF 145 III 169, consid. 3.6), le dispositif du jugement indique systématiquement le montant à verser mensuellement, une capitalisation n'étant en principe pas possible, contrairement à l'entretien entre ex-conjoint-e-s post-divorce (art. 126 al. 2 CC) (voir cependant l'art. 288 CC). Il n'en demeure pas moins que c'est le droit de base à l'entretien dont il est question et que la décision ou la convention d'entretien quantifie. La question de savoir sous quelle forme procédurale la collectivité publique devrait participer à une procédure concernant la modification de l'entretien de l'enfant est dès lors obsolète.

La réaction de la collectivité publique en cas d'action en modification (*e.g.* suspension des avances) relève du droit cantonal, ainsi que la question de savoir si la collectivité publique réclame la différence à l'enfant, lorsque la collectivité a versé des avances durant la procédure et que celles-ci étaient plus élevées que les contributions fixées pour la période considérée dans le jugement en modification, le fondement matériel resp. l'objet de la subrogation faisant alors défaut dans la mesure correspondante.

6.8

Finalement, il faut relever ce qui suit à fin de clarification : dans le Message relatif à la révision du droit de la filiation, il était retenu, en lien avec l'art. 289 al. 2 CC, non seulement que la collectivité publique qui concède des avances dispose de l'option de l'avis aux débiteurs, mais aussi que la possibilité d'introduire une action en entretien selon les art. 279 ss CC passait à la collectivité publique en tant que droit accessoire (FF 1974 II 1, p. 66 ; voir également le Message relatif à la révision du droit de l'entretien de l'enfant, FF 2014 511, p. 564).

Toutefois, si, selon ce qui précède, ce n'est pas le droit de base (*Stammrecht*), mais bien les contributions d'entretien individuelles effectivement avancées qui sont transférées à la collectivité publique, alors celle-ci peut agir contre la partie débitrice d'entretien uniquement en paiement de ces contributions d'entretien individuelles précisément. Dans ce sens – tout comme l'avis aux débiteurs est un « droit accessoire » transféré avec les contributions d'entretien périodiques avancées jusqu'alors (voir consid. 6.5) – le droit d'action est un « droit accessoire » des contributions d'entretien effectivement avancées et non du droit de base (*Stammrecht*). Une autre solution reviendrait à outrepasser le sens et le but de la subrogation décrits au consid. 6.5 et ne résisterait pas à une interprétation téléologique de l'art. 289 al. 2 CC.

Cependant, il peut s'avérer nécessaire que la collectivité publique ne se limite pas seulement à faire valoir en justice les contributions d'entretien effectivement avancées, afin d'être désintéressée par la partie matériellement débitrice de l'entretien pour les contributions avancées, mais qu'elle se préoccupe également d'une action orientée sur la durée, en particulier lorsque l'enfant ou son/sa représentant·e légal·e restent inactifs/inactives et n'intentent pas d'action en entretien ou d'action en modification visant à augmenter l'obligation d'entretien en cas de changement de circonstances. En pareil cas, la collectivité publique peut instaurer une curatelle de représentation au sens de l'art. 308 al. 2 CC, qui fera valoir les droits de l'enfant, avec pour conséquence que le droit de base (*Stammrecht*) en tant que tel devient alors l'objet du litige.

7.

Tout bien considéré, les conditions pour un changement de jurisprudence dans le sens de ce qui précède sont remplies et une modification en conséquence de la jurisprudence s'impose, d'autant que cela ne nuit pas à la sécurité juridique, mais, au contraire, écarte une insécurité juridique actuelle et apporte de la sécurité juridique pour l'avenir.

8.

Au vu de ce qui précède, le Tribunal fédéral retient que la décision entreprise ne viole pas le droit fédéral lorsqu'elle retient que les conditions pour une modification sont remplies.

III. Bref résumé de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_69/2020 du 12 janvier 2022

Cet arrêt traite lui aussi de la légitimation passive à l'occasion d'une demande en modification introduite par la partie débitrice de l'entretien de l'enfant, mais lorsque des avances (art. 289 al. 2 CC) sont effectuées par la collectivité publique pour la première fois après l'introduction de l'instance en modification de l'entretien de l'enfant (faits et consid. 1).

Résumé de la jurisprudence topique antérieure du Tribunal fédéral (consid. 2). Bref examen et rejet des griefs du recourant relatifs à la mise en œuvre procédurale de la jurisprudence du Tribunal fédéral précédemment applicable. Un examen approfondi n'est toutefois pas (plus) nécessaire compte tenu du changement de jurisprudence opéré par le Tribunal fédéral dans l'arrêt 5A_75/2020 (destiné à la publication) (consid. 5). Résumé de cet arrêt et de la nouvelle jurisprudence (consid. 1 *i.f.* ; consid. 5 *i.f.* ; consid. 6).

Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral retient que l'action en modification visant la réduction de l'entretien était dirigée contre les enfants uniquement, et ce, non seulement au moment de l'introduction de l'instance, mais également tout au long de la procédure, les enfants étant seuls titulaires de la légitimation passive nonobstant les avances versées par la collectivité publique en cours de procédure et la subrogation légale qui en a découlé (consid. 6 *i.f.*).

IV. Analyse

L'ATF 143 III 117, du 6 mars 2017, avait suscité de vives critiques dans la doctrine. Cet arrêt, qui confirmait une jurisprudence non publiée du 12 mars 2014 (arrêt du TF 5A_634/2013 du 12 mars 2014, consid. 4.1 et 4.2) exigeait qu'une demande en modification de l'entretien de l'enfant mineur·e soit dirigée contre celui-ci ou celle-ci, par le biais de son/sa représentant·e légal·e, mais également contre la collectivité publique subrogée au droit de l'enfant à hauteur des avances sur contribution qu'elle lui verse. Cette jurisprudence prolongeait l'ATF 137 III 193, consid. 3.1 et 3.8, selon lequel la collectivité pouvait agir en modification de la

contribution d'entretien. Dans cette ligne de raisonnement, les arrêts précités considéraient que la partie débitrice de l'entretien devait également attirer la collectivité publique subrogée au droit de la partie créancière d'entretien, puisque la collectivité publique allait continuer à verser des avances sur contribution lors de la procédure et qu'il n'était pas admissible qu'elle se retrouve liée par un prononcé supprimant les pensions au dépôt de la demande alors qu'elle n'avait pas été attirée à la procédure. Ainsi, si la demande n'avait été formée que contre l'enfant, elle devait nécessairement être rejetée pour la période précédant le prononcé définitif.

Cette jurisprudence était source de difficultés procédurales sérieuses, tant théoriques que pratiques. Sur le plan pratique, c'est la difficulté pour l'organisme chargé d'avancer les contributions de s'impliquer dans la procédure qui doit être relevée, faute généralement de moyens pour ce faire. Ainsi, il n'était pas rare que dans les faits la collectivité publique demeure entièrement en retrait dans cette procédure, voire même ne réagisse pas matériellement. Sur le plan théorique, on pouvait s'interroger sur le lien unissant les parties défenderesses à la procédure tel qu'envisagé par le Tribunal fédéral. Comme le relève AEBI-MÜLLER et LORENZ DROESE (*Das Kind, der Staat und der Vorschuss, Das Bundesgericht und die Passivlegitimation im Abänderungsverfahren bei Bevorschussung des Kindesunterhalts durch das Gemeinwesen*, in: *Brücken bauen, Festschrift für Thomas Koller*, Berne 2018, p. 25 ss), l'enfant et la collectivité publique n'étaient pas dans ce cadre des consorts nécessaires, le Tribunal fédéral insistant sur le fait que l'enfant pouvait continuer à exercer seul·e ses droits formateurs et ses compétences procédurales concernant le droit à l'entretien comme tel (ATF 143 III 177, consid. 6.3.3) et les conditions de la consorité simple ne semblaient pas plus réunies, seul un prononcé unique étant envisageable. Pour notre part, nous avons soutenu (FRANÇOIS BOHNET et ALLEGRA SCHAER, *Qualité pour défendre de la collectivité publique à l'action en modification de l'entretien de l'enfant : le Tribunal fédéral se met aux cadavres exquis – analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_399/2016 et 5A_400/2016*, Newsletter Droit Matrimonial.ch avril 2017) que c'est plutôt une intervention au sens de l'art. 74 CPC qui aurait dû être envisagée du côté de la collectivité publique, ce qui aurait évité les sinueuses réflexions du Tribunal fédéral quant aux intérêts en jeu et les limites nécessairement posées aux possibilités procédurales de la collectivité défenderesse, esquissées au consid. 6.3.4 et 6.3.5 de l'ATF 143 III 117.

Dans l'arrêt commenté, le Tribunal fédéral revient donc sur sa jurisprudence et considère que seul l'enfant doit être attiré·e dans le cadre d'une demande en modification de l'entretien. Il le justifie en relevant que le droit à l'entretien comme tel – le « droit de base » – n'est pas l'objet de la subrogation légale, qui ne concerne que les contributions avancées par la collectivité. Notre Haute Cour doit cependant justifier sa position en raison du fait que la collectivité publique est légitimée à demander l'avis au débiteur, qui porte nécessairement sur des contributions futures, mais qui repose sur un pronostic lié au non-paiement des contributions passées. Le Tribunal fédéral relève que ce droit est ancré dans la loi et que le législateur n'a pas forcément une approche dogmatique qui imposerait nécessairement de construire également la légitimation de la collectivité publique dans le cadre d'une demande en modification de l'entretien.

Reste la question de savoir si la collectivité publique peut toujours agir en modification de la contribution d'entretien comme le retenait l'ATF 137 III 193, consid. 3.3. et 3.8. Tel ne peut pas (plus) être le cas : à défaut de titularité du droit à l'entretien comme tel, une demande en

modification introduite par la collectivité publique devrait être déclarée irrecevable faute de droit d'agir, la collectivité publique affirmant un droit dont elle n'est pas titulaire. Le Tribunal fédéral retient que la collectivité publique ne dispose pas du *Klagerecht* (consid. 6.8), qu'il décrit comme un droit accessoire au droit matériel. Le droit d'action consiste en réalité *dans la seule affirmation* du droit à la protection juridique et suppose la titularité du droit matériel affirmé (voir FRANÇOIS BOHNET, Prozessführungsrecht, Prozessführungsbefugnis, Prozesstandschaft, Sachlegitimation et qualité pour agir ; plaider pour un réexamen conceptuel et terminologique, RSPC 2017 465, p. 475 ss). L'absence de droit d'action de la collectivité publique explique pourquoi le Tribunal fédéral retient que la collectivité publique peut instaurer une curatelle de représentation au sens de l'art. 308 al. 2 CC afin que le curateur ou la curatrice agisse le cas échéant en entretien ou en modification de la contribution d'entretien (consid. 6.8).