

Genève, le 16 octobre 2012

Procédure de consultation relative à une modification du code civil (entretien de l'enfant), du code de procédure civile (art. 296a) et de la loi fédérale en matière d'assistance (art.7)

Prise de position du Département de droit civil de la Faculté de droit

A. Remarques générales

Le refus de coupler l'entrée en vigueur de la révision relative à l'autorité parentale avec celle des pensions alimentaires rend urgent l'aboutissement aussi de cette dernière. L'autorité parentale commune peine à assurer le bien de l'enfant si le droit à l'entretien n'est pas amélioré, alors qu'un tiers des familles monoparentales est exposé au risque de pauvreté et que l'entretien est une part importante de la responsabilité parentale commune. La nécessité de réviser le droit régissant les questions d'entretien est avérée et l'avant-projet est donc déjà à ce titre à saluer.

Au niveau des principes fondamentaux à atteindre, il y a lieu d'assurer le droit de l'enfant à son entretien, quel que soit l'état civil de ses parents, l'enfant devant être protégé contre toute forme de discrimination motivée par la situation juridique de ses parents conformément à l'art. 2 de la Convention sur les droits de l'enfant (CDE). L'avant-projet (AP) maintient le cap sur une loi qui détache la relation parents - enfant de la relation entre les parents et tend à mettre l'intérêt de l'enfant au centre des considérations, conformément à ce qui lui impose la CDE, dont l'art. 27 ch. 1 indique que l'entretien convenable de l'enfant relève de ses droits fondamentaux. En ce sens, l'État a l'obligation positive de garantir à l'enfant la couverture de ses besoins, en priorité en édictant des règles de droit privé dirigées vers les père et mère, voir l'enfant lui-même, et, lorsque les parents n'ont pas les ressources suffisantes, l'État doit veiller à ce que la collectivité publique subvienne à l'entretien de l'enfant. Un équilibre juste entre les deux parents doit en outre être promu. C'est à la lumière de ces principes que la révision doit être analysée.

Nous tenons à souligner toutefois parallèlement aux efforts promouvant à juste titre l'intérêt supérieur de l'enfant (*cf.* art. 3 CDE), un effet de soumission de l'intérêt de la mère à celui de l'enfant, soumission déjà intégrée dans la révision en cours de l'autorité parentale. Il conviendra d'en délimiter la portée et la justification en matière d'obligations d'entretien.

Enfin, une remarque générale importante clôt la présente partie. Nous avons en effet relevé que l'avant-projet portant sur l'entretien ne fait pas de lien avec le projet de loi sur l'autorité parentale : la concrétisation de l'autorité parentale commune qui subsiste au-delà de la dissolution du couple parental ne se retrouve pas reflétée dans l'avant-projet sur l'entretien. Or, même si l'autorité parentale continue à être exercée en commun, la répartition de la garde de l'enfant, plus largement des tâches au sein du couple parental, sera différente suite à la dissolution du couple et entraînera une nécessaire révision de la répartition des charges d'entretien.

Un des buts affirmé de l'avant-projet est de proposer une réglementation convenable pour les situations où une participation paritaire à la prise en charge de l'enfant n'est pas appliquée. Le Rapport part du principe que la mise en place d'une garde alternée exclut le versement d'une contribution liée à la prise en charge de l'enfant, dès lors que chaque parent participe dans la même mesure à l'entretien *in natura* de ce dernier. Il convient à notre sens de garder à l'esprit que même dans l'hypothèse où les moyens des deux parents sont relativement équivalents, l'un d'eux peut contribuer davantage à l'entretien de l'enfant ; par ailleurs, dans l'hypothèse de ressources financières différentes de chaque parent, une pension en faveur de l'enfant de la part du parent plus à l'aise financièrement peut être justifiée. Il s'ajoute aux hypothèses évoquées celle où des besoins spécifiques de l'enfant, qui doivent être couverts en vertu de l'art. 285 CC, dépassent ce que peut fournir l'un des parents, mais peuvent légitimement être mis à la charge de l'autre parent plus aisé. Ainsi, le principe doit rester également en présence d'une garde alternée que la répartition de la charge financière se fait sous forme pécuniaire en fonction des ressources financières de chacun.

De surcroît, l'art. 276 al. 2 AP-CC crée une insécurité juridique car il est nettement trop vague. Il prévoit que « l'entretien est assuré par les soins et l'éducation, aussi longtemps que le bien de l'enfant le commande. Lorsque l'enfant n'est pas sous la garde de ses père et mère, son entretien est assuré par des prestations pécuniaires. » Or, même en cas de garde alternée paritaire, la prise en charge de l'entretien doit être réglée car, en sus des frais en nature tels que la nourriture, supportés alternativement par chaque parent avec lequel l'enfant vit, il y a des frais constants qui n'ont pas de lien avec la garde, à l'instar des frais scolaires, des primes de l'assurance-maladie. Les parents devront s'entendre sur cette répartition et des règles doivent veiller à cet accord et à un juste équilibre entre les parents garant du bien de l'enfant.

Certains événements dans la vie familiale peuvent aussi entraîner des changements importants quant à la répartition des frais d'entretien. Nous pensons en particulier aux situations visées par l'art. 301a al. 2 P-CC, comme un déménagement. L'entretien de l'enfant devra être impérativement revu dans ces situations, même si la garde alternée devait rester en place, et une règle devrait le prévoir dans le Code civil.

L'avant-projet ne tient en conclusion pas compte du fait qu'un maintien de l'autorité parentale conjointe de principe suite à la dissolution du couple parental implique de revoir la prise en charge de l'entretien et de prévoir des règles à cet effet. Ceci s'impose quelle que soit la situation financière de la cellule familiale.

B. Problématiques traitées dans l'avant-projet

Nous traiterons dans la présente partie de ce que prévoit l'avant-projet, avant de relever des problématiques non traitées (*cf. infra* partie C).

1. Le principe de l'intangibilité du minimal vital et ses conséquences

L'AP traite très en détail le cas des couples dont les ressources ne suffisent pas pour couvrir le minimum vital de tous les membres de la famille (éclatée) et l'éventuel partage du déficit dans l'entretien, mais en réfutant ce partage. Ce refus ne paraît pourtant pas défendable.

Au contraire, le principe de l'intangibilité du minimal vital doit être revu, ce qui est admis par une grande partie de la doctrine qui préconise le partage du déficit, le

minimal vital du parent débiteur étant suffisamment protégé au moment de l'exécution forcée de la décision en matière d'entretien par les art. 92 et 93 LP.

Il est en effet injustifiable du point de vue de l'égalité entre hommes et femmes que les parents créanciers, soit le plus souvent la mère (95,4 % des ménages monoparentaux qui sollicitent l'aide sociale sont ceux composés de femmes avec enfants), et les enfants doivent recourir à l'aide sociale. De surcroît, si le droit cantonal en matière d'aide sociale le prévoit, seul le parent créancier de cette aide contracte une dette qu'il devra rembourser en cas d'amélioration de sa situation financière, ses proches parents pouvant être également appelés à participer au remboursement des prestations perçues en vertu de l'obligation d'assistance (*cf.* art. 328 s CC). Le parent débiteur peut au contraire continuer à disposer de son minimum vital, sans courir le risque, pas davantage assumé par ses proches parents, d'être ultérieurement appelé à participer au remboursement des prestations d'aide sociale versées à son enfant et à l'autre parent en raison de la situation déficitaire suite à la séparation ou au divorce. De surcroît, même si sa situation financière venait à s'améliorer notablement, par exemple suite à un héritage, il ne serait pas davantage recherché.

Le Tribunal fédéral lui-même a formulé des critiques à l'encontre du principe de l'intangibilité du minimum vital du parent débiteur faisant un appel urgent au législateur afin que celui-ci ancre dans la loi la règle selon laquelle, en l'absence de moyens permettant de fixer le montant nécessaire pour garantir le minimum vital de la famille, le déficit soit réparti entre les parents. Seul un partage du déficit permet de répartir équitablement entre les deux parents les conséquences économiques de la désintégration du couple parental.

L'art. 285 al. 1 CC ne privilégie en outre aucun critère aux fins de fixer la contribution d'entretien en faveur de l'enfant. La jurisprudence précitée du Tribunal fédéral accorde néanmoins une importance cardinale à la capacité contributive du débiteur de l'entretien lorsque ses ressources financières sont limitées, conséquence de l'application du principe de l'intangibilité du minimum vital, alors que les besoins de l'enfant ne sont nullement pris en compte. Cela a pour conséquence le cas échéant que le juge n'octroie aucune contribution d'entretien, étant donné que le parent débiteur devrait entamer son minimum vital, ou fixe une contribution nettement inférieure aux besoins effectifs de l'enfant. Cette façon de faire n'est pas conforme à la loi, la capacité contributive du parent débiteur ne pouvant devenir le seul critère pertinent du simple fait qu'elle est faible. Les rentes fixées ne devraient de surcroît jamais être inférieures à la rente d'orphelin simple (*cf. infra* 1.2). Il appartient aux règles du droit civil de l'assurer.

Le partage du déficit permettrait au parent créancier et à l'enfant d'obtenir une contribution d'entretien plus élevée, dès lors que celle-ci correspondrait au montant pouvant être payé par le débiteur, compte tenu de sa capacité économique *plus* la moitié du déficit, et leur dépendance de l'aide sociale diminuerait d'autant.

La compétence de légiférer dans le domaine de l'aide sociale et dans celui des avances des pensions alimentaires appartient certes aux cantons, car il s'agit de deux domaines du droit public, dans lequel la Confédération n'a donc pas la compétence de légiférer (*cf.* art. 115 Cst.). C'est pour cette raison que l'avant-projet renonce à modifier les règles en matière de détermination des contributions d'entretien en droit civil et propose au contraire des modifications ponctuelles du Code civil, de la Loi fédérale en matière d'assistance (*cf. infra*

2.2) et du Code de procédure civile (*cf. infra* 2.3) aux fins de tenter d'atténuer les conséquences inéquitables de l'application du principe de l'intangibilité du minimum vital pour l'enfant et le parent créancier. Cette approche ne nous apparaît pas suffisante et partant insatisfaisante, ce que nous allons démontrer sous 1.1. et 1.2 *infra*.

1.1 De l'impact des règles en matière d'aide sociale

Sans un changement des règles en matière d'aide sociale – ou/et d'avance des pensions alimentaires *cf. infra* 1.2 - , il est avancé dans le Rapport que l'abrogation du principe de l'intangibilité du minimum vital ne permet pas d'atteindre l'objectif espéré étant donné que l'enfant et le parent créancier restent néanmoins obligés de solliciter l'aide sociale pour subvenir à leur entretien. En effet, le parent débiteur qui, suite au partage du déficit se voit contraint de solliciter l'aide sociale, n'obtiendrait pas le soutien financier nécessaire pour pouvoir remplir son obligation, dès lors que les contributions d'entretien dues aux enfants ne vivant pas dans le même ménage ne sont pas reconnues dans le minimum vital social de la personne assistée (*cf. norme CSIAS F.3.1, suivies par plusieurs cantons*).

Il ressort du Rapport que c'est en priorité cette norme CSIAS qui bloque le législateur civil dans sa vocation de réforme. Or, il appartient d'une part, aux dispositions du droit civil d'ériger les principes de base de l'entretien et, d'autre part, aux normes du droit public de prévoir le cas échéant la mise en œuvre du partage du déficit en coordonnant les conditions d'octroi de l'aide sociale. Si seule une coordination efficace entre les normes de droit privé sur l'entretien et celles réglant le soutien financier fourni par la collectivité publique permet de garantir l'entretien convenable dû à l'enfant au titre de ses droits fondamentaux, cette coordination doit à notre sens être initiée par les règles de droit civil. Il y a un cercle vicieux d'inaction si le législateur civil se retire aux noms des règles de droit public, lesquelles n'ont pas de raison d'évoluer si les premières ne les y incitent pas. Nous restons ainsi convaincues que le Code civil doit introduire le principe du partage du déficit lors de la détermination des contributions d'entretien du droit de la famille. Une position tranchée du législateur civil influencera les règles de la CSIAS, plus aisées à modifier que le Code civil, et le cas échéant celles des cantons.

1.2 De l'impact des règles en matière d'avance des pensions alimentaires

Le Rapport constate une qualité très disparate des prestations fournies par les cantons en matière d'aide au recouvrement, les dispositions sur cette aide étant formulées de manière très générale aux art. 131 al. 1 et 290 CC. On relève en conséquence que des dispositions trop générales dans le Code civil entraînent une exécution très variable d'un canton à l'autre, laquelle met en péril le droit fondamental de l'enfant à une contribution d'entretien.

Tous les cantons prévoient la possibilité d'accorder des avances et ont fixé un montant maximum, la somme avancée ne devant en aucun cas excéder la contribution d'entretien décidée par le tribunal. Il faut partant veiller à ce que cette dernière ne soit pas inférieure au montant limite figurant dans les règlements cantonaux en matière d'avancement et de recouvrement des pensions alimentaires. Or, un partage du déficit permet de fixer les montants des pensions alimentaires destinées aux enfants en tirant parti des limites fixées en matière d'avances, au besoin en portant atteinte au minimum vital du débiteur. Seule cette approche permet que les pensions fixées ne soient en aucun cas inférieures à la rente d'orphelin simple, qui représente le minimum.

Dans l'hypothèse d'un partage du déficit imposé par le droit civil, le Rapport fait valoir que l'enfant ne pourrait pas davantage demander à la collectivité publique d'avancer entièrement la contribution fixée dans le titre d'entretien car, dans sa conception actuelle, l'avance des pensions alimentaires intervient seulement parce que les parents négligent leur obligation d'entretien et non lorsqu'ils n'ont pas les moyens de satisfaire à cette obligation. Cette règle n'est pas défendable ; pour garantir à chaque enfant le droit à une contribution d'entretien minimale, il faut renoncer à la règle voulant que l'avance des pensions alimentaires n'intervient pas pour pallier l'insolvabilité du parent débiteur. Cette règle, et partant la conception actuelle dénoncée, trouvent sa source en particulier dans l'art. 290 al. 1 CC qui spécifie qu'une aide appropriée pour obtenir l'exécution des prestations d'entretien doit être mise en place lorsque le père ou la mère néglige son obligation d'entretien (voir également l'art. 131 al. 1 CC). L'avant-projet est l'occasion de changer cette disposition et la conception y relative, ce que ne fait pas l'art. 290 al. 1 AP-CC.

Il est en conclusion impératif d'améliorer et d'unifier l'aide au recouvrement. La solution proposée consiste à introduire une délégation de compétence en faveur du Conseil fédéral (art. 290 al. 2 AP-CC), pour qu'il puisse édicter une ordonnance à ce sujet, ce qui est à saluer. Dans cette ordonnance, le Conseil fédéral procédera à l'élaboration d'un catalogue des prestations devant être fournies par les services de recouvrement. Il est prévu que le Conseil fédéral s'engage à faire en sorte que les cantons confient cette tâche à des offices spécialisés, ce qui démontre que le Conseil fédéral est apte à exercer une influence sur le droit public cantonal. L'aide à l'exécution du droit d'entretien des enfants est au demeurant toujours gratuite et doit le rester (*cf.* art. 131 al. 1 AP-CC, le « en règle générale » ne pouvant s'appliquer à la pension due à l'enfant).

L'édition d'une ordonnance ne doit toutefois pas conduire à renoncer à imposer le partage du déficit par le biais des règles du droit civil, ce d'autant que le législateur civil est compétent pour changer la conception d'un droit à des avances et l'étendre au cas d'insolvabilité du débiteur. L'art. 290 al. 1 CC doit selon nous être modifié dans ce sens.

1.3 Scission proposée entre l'aide au recouvrement et l'avance des pensions alimentaires

L'avant-projet propose de régler l'aide au recouvrement (art. 131 AP-CC) et l'avance des pensions alimentaires (art. 131a AP-CC) dans deux dispositions séparées.

Le nouvel art. 176a AP-CC prévoit en outre explicitement le renvoi aux normes sur l'aide au recouvrement et les avances en cas de divorce. Il n'y a ainsi plus aucun doute sur la possibilité de recourir à l'aide en matière de prestations d'entretien pour les contributions allouées dans le cadre de la procédure de protection de l'union conjugale, ce qui est à saluer.

Cette solution a le mérite d'obliger le juge à distinguer, dans le dispositif de sa décision, la contribution due à l'époux de celle due à l'enfant. L'indication claire du montant de la contribution destinée à l'enfant permet la mise en œuvre d'un système efficace d'avance des pensions alimentaires en cas de défaut du parent débiteur.

1.4 Conclusion sur le principe de l'intangibilité du minimal vital

Il revient notre sens où législateur civil d'ériger le principe du partage du minimum vital du parent débiteur lors de la détermination de la contribution d'entretien due à l'enfant. Le Code civil doit introduire par ce biais le principe d'une contribution d'entretien minimale en faveur de l'enfant ; il en va du respect de nos obligations internationales, en particulier celles découlant de la CDE.

2. Des mesures ponctuelles proposées par l'avant-projet

À défaut de prévoir un partage du déficit imposé par les règles de droit civil, l'avant-projet propose des mesures ponctuelles visant à renforcer le droit d'entretien de l'enfant et à rééquilibrer la situation entre les deux parents.

2.1 Abrogation de l'obligation d'assistance des parents proches

La CSIAS a publié une nouvelle directive limitant l'obligation d'entretenir les proches parents aux personnes ayant un revenu important (revenu imposable de plus de fr. 120'000.– pour les personnes seules et de fr. 180'000.– pour les couples) et aux gens fortunés. L'avant-projet propose néanmoins de supprimer complètement la dette alimentaire lorsque la situation de besoin intervient à la suite d'une séparation ou d'un divorce et que la personne nécessiteuse se trouve dans l'impossibilité d'exercer ou d'élargir son activité professionnelle en raison de la prise en charge de ses propres enfants (art. 329 al. 1bis AP-CC).

Cette abrogation est justifiée par le fait qu'il est profondément inéquitable d'imposer aux proches de la personne qui supporte seule le déficit l'obligation de la soutenir alors que ni le parent dont le minimum vital est protégé ni ses parents proches ne sont jamais appelés à fournir une telle aide financière.

Selon nous, dans la mesure où les règles du droit civil imposent un partage du déficit, l'obligation d'assistance des parents proches, répartie équitablement entre les parents des deux parents, n'apparaît pas insoutenable, ce d'autant que la directive susmentionnée a notablement limité l'application pratique de cette obligation.

2.2 Ouverture d'un dossier d'aide sociale séparé pour l'enfant

Afin de renforcer le droit à l'entretien de l'enfant et de rendre les deux parents également responsables de cet entretien, l'avant-projet propose de modifier l'art. 7 LAS de manière à reconnaître à l'enfant mineur un domicile d'assistance indépendant de celui de ses parents en l'absence de communauté familiale. L'enfant est partant considéré comme une entité d'assistance indépendante, l'autorité d'aide sociale compétente étant alors obligée d'ouvrir un dossier à son nom. La situation de l'enfant mineur diffère ici selon que ses parents vivent ensemble ou non. Dans la mesure où l'enfant fait partie d'une communauté familiale unie au bénéfice de l'aide sociale, il n'aura pas un dossier à son nom propre.

En ouvrant un dossier concernant l'enfant, séparé de celui du parent avec lequel il vit, le budget d'aide sociale de l'enfant est clairement distingué de celui du parent, et il en va de même pour les prestations qui lui sont allouées à titre personnel de celles dont bénéficie ledit parent. Le but est d'éviter au parent titulaire de la garde de se voir obligé de rembourser, en sus des siennes propres, les prestations d'aide sociale reçues pour l'enfant.

L'enfant ne saurait être tenu de rembourser les prestations qui lui ont été accordées, le droit fondamental à un niveau de vie suffisant au sens de l'art. 27

CDE l'interdisant. Dans la mesure où la collectivité publique alloue à l'enfant des prestations d'aide sociale, la possibilité de procéder contre le parent débiteur en qualité de cessionnaire de la contribution l'entretien due à l'enfant lui est en revanche accordée par l'art. 289 al. 2 CC. Selon l'avant-projet, la collectivité publique pourra également faire valoir des droits dans les cas de déficit, lorsque la situation patrimoniale du parent débiteur s'est améliorée de manière exceptionnelle, par exemple à la suite d'un héritage ou d'un gain de loterie (art. 286a al. 2 AP-CC, cf. *infra* 2.3).

Nous nous demandons si l'ensemble de ces buts ne peut pas être atteint sans que l'enfant débute sa vie avec un dossier indépendant d'aide sociale à son nom.

2.3 Droit de l'enfant au versement du déficit en cas d'amélioration exceptionnelle de la situation du parent débiteur (art. 286a AP-CC et 296a AP-CPC)

Selon l'art. 286 al. 2 CC, l'enfant ne peut pas faire valoir un droit par rapport au passé en cas d'amélioration exceptionnelle des ressources du débiteur, et ce même s'il n'a pas été possible de garantir son entretien convenable dans le cadre de la décision sur la contribution d'entretien, en particulier en cas de déficit. Cette situation apparaît profondément inéquitable pour l'enfant.

L'avant-projet propose en conséquence d'introduire une nouvelle disposition afin que l'enfant puisse demander le versement du montant qui aurait été nécessaire à son entretien convenable. La procédure judiciaire sera régie par les maximes inquisitoire et d'office (art. 296 CPC). Ce droit est néanmoins soumis à une limitation temporelle, circonscrivant la demande aux cinq années maximum précédant l'amélioration de la situation patrimoniale du parent débiteur (art. 286a al. 1 AP-CC). Ce droit passe en outre à la collectivité publique, à concurrence du montant versé, si celle-ci a assumé l'entretien de l'enfant (art. 286a al. 2 AP-CC), ce qui correspond à un élargissement des droits de la collectivité publique.

Afin que certains éléments figurent nécessairement dans la convention ou la décision sur la contribution d'entretien due à l'enfant, l'avant-projet propose d'introduire dans le Code de procédure civile une norme analogue à l'art. 282 CPC, mais qui vise exclusivement la contribution d'entretien destinée à l'enfant (art. 296a AP-CPC). La décision sur la contribution d'entretien doit indiquer les éléments du revenu, effectif ou hypothétique, et de la fortune de chaque parent et de l'enfant pris en compte dans le calcul. Dans le cas de déficit, elle doit également indiquer le montant qui aurait été nécessaire pour assurer l'entretien convenable de l'enfant, le juge n'étant donc plus dispensé d'examiner cette question. Cette nouvelle disposition vise les décisions sur l'entretien de l'enfant dans toutes les procédures. Nous n'avons pas d'objection à une telle démarche. Nous regrettons à nouveau que la capacité contributive du parent débiteur joue encore un rôle pour la fixation de la contribution qui peut être mise à sa charge, étant donné que son minimum vital du droit des poursuites demeure protégé.

Nous ne comprenons en outre pas la raison pour laquelle le droit de l'enfant à un entretien convenable se voit limité à cinq ans, selon l'art. 286a AP-CC, depuis l'amélioration exceptionnelle de la situation du débiteur. Il ne s'agit pas ici de garantir la sécurité juridique ni des droits acquis. Il n'y a pas d'obstacle à notre sens à ce que ce droit soit accordé sans limitation dans le temps. Les circonstances permettant l'ouverture du droit de l'enfant apparaissant

suffisamment étroites et exceptionnelles pour ne pas encore en limiter la portée dans le temps.

2.4 Hiérarchie entre les différentes contributions d'entretien

À l'instar d'une grande partie de la doctrine, nous sommes favorables à ce que la loi énonce clairement la priorité de l'obligation d'entretien en faveur de l'enfant mineur (art. 276a AP-CC). Le montant de la pension en faveur du conjoint sera partant fixée en fonction du solde disponible des époux une fois défini le montant de l'entretien convenable dû à l'enfant, ce qui renforce la position de celui-ci dans les situations de déficit.

2.5 Coût indirect lié à la prise en charge de l'enfant

L'art. 125 al. 2 ch. 6 CC reconnaît comme critère permettant une contribution d'entretien aux parents divorcés l'ampleur et la durée de la prise en charge des enfants. Aucune contribution d'entretien n'est en revanche prévue pour les parents non mariés en cas de séparation, sous réserve de l'art. 295 al. 1 ch. 2 CC en faveur des mères non mariées. Or, le parent qui apporte en nature sa contribution à l'entretien de l'enfant fournit une prestation supplémentaire ; il s'agit de coûts indirects causés par la diminution ou une interruption de l'activité professionnelle, en principe fondés de surcroît sur un accord des parents, à tout le moins dans les temps heureux.

Il est impératif d'éliminer cette inégalité de traitement. L'avant-projet ne propose pas, en cas de rupture du concubinage, d'introduire en droit suisse une rente en faveur de l'ex-concubin qui a la charge de l'éducation des enfants communs, à l'instar de certaines propositions soutenues en doctrine, par exemple pendant les trois années suivant la naissance au moins. C'est par le biais de l'enfant que le besoin financier accru du détenteur de la garde est pris en compte, l'art. 285 al. 2 AP-CC y étant spécifiquement consacré.

Ici, nous constatons une soumission nette de l'intérêt de la mère à celui de l'enfant, dans la mesure où le coût lié à l'investissement temporel consacré aux soins et à l'éducation de l'enfant par le parent, lequel est encore souvent en pratique la mère, est dû à l'enfant et non pas au parent, qui pourtant paie de sa personne.

La question est aussi de savoir si cette modification n'entraînera pas une réduction importante du nombre de rentes allouées. Or, ce constat est préoccupant, car récemment le Tribunal fédéral (ATF 137 V 373) a éclairci l'une des conditions de l'obtention, pour une veuve divorcée, d'une rente survivant liée à la prévoyance professionnelle. Outre un mariage de près de dix ans, une rente d'entretien de durée déterminée justifie en principe la demande. A défaut, la veuve divorcée n'a pas droit à une rente survivant liée à la prévoyance professionnelle.

La modification de l'art. 285 CC, qui entraîne la suppression de l'art. 125 al. 2 ch. 6 CC, nous semble en conclusion dangereuse pour la position de la femme divorcée qui pourrait le cas échéant ne pas se voir allouer de pension en sa faveur.

2.6 Abrogation partielle de l'art. 295 al. 1 ch. 2 CC

Le fondement des droits reconnus à la mère non mariée sur la base de l'art. 295 CC a donné lieu à des discussions en doctrine. Il appert que la solidarité des

partenaires, à l'instar de celle entre époux, constitue le fondement des droits reconnus à la mère non mariée. L'al. 2 de l'art. 295 CC permet d'ailleurs l'action en indemnisation même si la grossesse a pris fin prématurément, voire par la naissance d'un enfant mort-né ou le décès de l'enfant peu après sa naissance. Le plein entretien de la mère, indépendamment donc de sa capacité de gain est ici visé, et non pas sa seule perte de gain, et ce indépendamment de l'issue de la grossesse. Les dépenses courantes sont celles qui assurent l'alimentation, les soins personnels, le logement et les déplacements de la mère. La doctrine admet que les périodes indiquées dans la loi sont des minima que le juge peut étendre en fonction des circonstances, telles qu'une convalescence prolongée en raison de complications post natales. Il s'agit en outre des dépenses en lien avec la naissance et non d'un droit à l'entretien de la mère, bien que le pouvoir du juge soit important en cas de capacité financière largement supérieure du père par rapport à celle de la mère.

L'AP-CC propose de supprimer l'al. 1 ch. 2 de l'art. 295 CC jugé superflu. Or, nous en doutons. L'objet visé n'est pas le même entre l'octroi d'une contribution pour le coût lié à la prise en charge de l'enfant dès sa naissance consacré dans l'avant-projet et l'actuel art. 295 al. 1 ch. 2 CC. De surcroît, l'enfant peut être mort-né ou décéder et la mère perdre alors la possibilité de fonder son droit à l'entretien sur le droit de l'enfant, autre exemple de ce que nous avons qualifié de soumission des intérêts de la mère à celui de l'enfant. Nous ne soutenons en conséquence pas la suppression de cette disposition, même si son application apparaît marginale en pratique, probablement en raison d'une méconnaissance de cette disposition.

3. Aspects relevant du droit international privé

Le Rapport évoque brièvement la matière du droit international privé. Il n'est pas fait mention du sort donné au mandat conféré au Conseil fédéral de parvenir à un Protocole additionnel à la Convention de Lugano, afin de prévoir un alignement sur le Règlement européen en matière d'obligations alimentaires (AF du 11 décembre 2009 (RO 2010 p. 5601)). Il est étonnant également que ni la Convention de La Haye du 23 novembre 2007 sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille, ni le Protocole de la même date sur la loi applicable aux obligations alimentaires ne soient mentionnés.

C. Problématiques non traitées dans l'avant-projet

Certaines préoccupations n'ont pas été abordées alors qu'à notre sens elles le mériteraient.

1. La méthode de calcul de la contribution d'entretien de l'enfant

L'art. 285 al. 1 CC ne privilégie aucun critère aux fins de fixer la contribution d'entretien en faveur de l'enfant, étant suffisamment large pour permettre le développement de méthodes de calculs diverses, n'imposant en aucune manière une méthode spécifique ; il laisse au juge un large pouvoir d'appréciation dans la détermination de la contribution d'entretien en fonction des circonstances particulières du cas. Le Tribunal fédéral exerce de surcroît une grande retenue dans l'examen des contributions d'entretien fixées par les instances cantonales, ayant au demeurant admis que les méthodes de calcul puissent varier.

La grande disparité des méthodes utilisées dans la pratique et des résultats auxquels elles aboutissent laissent néanmoins perplexes sur le sort réservé aux enfants selon les cantons. La doctrine a démontré que le for de l'action en divorce peut être distant de quelques kilomètres et produire des résultats très contrastés, ce qui entraîne une discrimination qui n'est pas fondée sur des critères objectifs et est partant contraire à l'art. 2 al. 1 CDE. En fonction des cas, il peut s'agir d'une atteinte aux droits de l'enfant de disposer d'un niveau de vie suffisant. Cette situation ne saurait être conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant, qui doit guider toute décision le concernant conformément à l'art. 3 CDE. Il est en conséquence nécessaire de trouver un moyen d'unifier les méthodes de calcul des contributions d'entretien afin de respecter nos obligations internationales. S'il faut certes préserver une part d'appréciation du juge, chaque cas nécessitant une analyse précise des capacités contributives des parents et des besoins de l'enfant, il est également de notre devoir de fixer des limites à ce pouvoir, par exemple avec un renvoi à des labels déterminant la contribution minimale d'entretien par enfant selon la catégorie de revenus des parents à l'image de ce dont dispose l'Allemagne. Alors que le Tribunal fédéral ne semble pas vouloir mettre un terme à la multiplicité des méthodes entraînant des résultats incompatibles, il appartient au législateur de se saisir du problème. L'art. 285 al. 1 CC devrait ainsi être réformé de sorte à circonscrire le pouvoir d'appréciation du juge et à uniformiser les résultats.

Or, l'art. 285 al. 1 AP-CC correspond fondamentalement au droit en vigueur. Il énonce les critères dont il y a lieu de tenir compte dans le calcul de la contribution d'entretien due à l'enfant sans prescrire une méthode de calcul spécifique ni établir une hiérarchie entre les différents critères. Ceci signifie que le critère des besoins de l'enfant n'est pas privilégié par rapport aux autres. Selon l'art. 296a AP-CPC, la décision sur la contribution d'entretien devra indiquer le montant qui serait nécessaire pour garantir l'entretien convenable de l'enfant, ce également dans les cas de déficit (*cf. supra* 2.3). Dans cette mince mesure, le juge ne pourra plus prendre en considération uniquement la capacité contributive du parent, sans tenir compte des besoins de l'enfant.

Il convient aussi de souligner que la possibilité de demander au juge la modification de la contribution d'entretien, si elle reste réservée à l'art. 286 al. 1 et 2 CC, est appliquée avec retenue par la jurisprudence. La survenance d'un fait nouveau, bien qu'important et durable, n'entraîne pas automatiquement une modification de la contribution d'entretien de l'enfant ; ce n'est que si la charge d'entretien devient déséquilibrée entre les deux parents, au vu des circonstances prises en compte dans le jugement précédent, qu'il sera apte à entraîner une telle modification (ATF 137 III 604). On ne peut ainsi fonder son raisonnement en s'appuyant trop facilement sur cette possibilité (*cf. p. 8 du Rapport*).

Il appartient également à la révision du droit à l'entretien d'assurer qu'un changement dans la garde effective de l'enfant sera répercuté dans la prise en charge de l'entretien entre les parents, ce qui est d'autant plus important depuis la révision de la conception sur le partage de l'autorité parentale (*cf. supra* A. remarques générales *in fine* et *infra* 4).

2. L'obligation d'entretien en faveur de l'enfant majeur

L'avant-projet ne modifie pas l'obligation d'entretien en faveur de l'enfant majeur. À cet effet, nous tenons à souligner que l'art. 277 al. 2 CC ne peut plus être considéré comme une disposition exceptionnelle à interpréter restrictivement

depuis l'abaissement de l'âge de la majorité de 20 à 18 ans. Il convient à notre sens que les tribunaux tiennent compte de cette relativisation et fixent, alors même que l'enfant est très jeune, le droit conditionnel à l'entretien au-delà de 18 ans. Cela permettrait à l'enfant de ne pas devoir agir contre le parent débiteur dès ses 18 ans. Il serait souhaitable que cela soit prévu expressément par le droit nouveau. L'art. 133 al. 3 P-CC est à cet effet peu incitatif.

3. L'entretien complémentaire par les beaux-parents

L'avant-projet ne règle pas la question qui concerne l'obligation d'entretien du beau-parent à l'égard du bel enfant, soit en particulier l'art. 278 al. 2 CC selon lequel, chaque époux est tenu d'assister son conjoint de façon appropriée dans l'accomplissement de son obligation d'entretien envers les enfants nés avant le mariage. Cette disposition ne traite pas des enfants adultérins, soit ceux qui sont nés durant le mariage. Le Tribunal fédéral, en harmonie avec la doctrine, a fondé un devoir d'assistance pour les enfants adultérins directement sur l'art. 159 al. 3 CC, que cet enfant vive ou non dans la famille de son parent de sang. Les titulaires de l'obligation d'assistance sont les conjoints (ou les partenaires enregistrés *cf.* art. 27 LPart), puisqu'il s'agit d'une concrétisation du devoir général d'assistance entre époux, lequel ne crée aucun droit direct de l'enfant à l'égard du beau-parent pour son entretien. Cette disposition ne joue de rôle qu'en présence d'une seconde famille fondée par un couple marié. Elle pose la question de l'absence d'une obligation d'assistance déduite de la loi en cas de concubinage.

Toutefois, le Tribunal fédéral a admis qu'il n'est pas arbitraire, en matière d'avance de pensions alimentaires, d'assimiler le concubin stable au beau-parent lorsque il s'agit de déterminer les ressources de la débirentière et le montant de l'avance à laquelle elle a droit. Il est toutefois soutenu qu'il faut distinguer l'entretien effectif par le concubin de l'enfant de sa partenaire, dont il pourrait éventuellement être tenu compte pour fixer le montant de l'avance des pensions alimentaires, de l'obligation d'assistance par les concubins qui ne peut exister en l'absence de mariage ou de règles conventionnelles entre les concubins. À défaut, on admet que les concubins stables se voient imposer des obligations positives d'un époux sans la formalité du mariage, belle illustration du mouvement d'osmose des modèles familiaux caractérisant la société actuelle.

Selon la jurisprudence, le devoir d'assistance du beau-parent est subsidiaire par rapport à l'obligation d'entretien des père et mère. Cette assistance se résume, d'une part, à compenser une éventuelle différence entre la contribution d'entretien insuffisante de la première famille et les besoins de l'enfant et, d'autre part, à supporter le risque lié à l'encaissement des contributions d'entretien, qu'il s'agisse d'un retard dans le versement ou d'une suspension injustifiée du débirentier. Ce devoir d'assistance ne justifie pas une réduction de la contribution d'entretien due par le parent gardien.

En revanche, selon la jurisprudence, le beau-parent peut devoir permettre au débirentier de consacrer une plus grande partie de ses revenus à son obligation d'entretien à l'égard d'un enfant non commun. Indirectement, par le biais de l'art. 278 al. 2 CC, le beau-parent participe ainsi à l'entretien de l'enfant de son conjoint.

Le beau-parent marié qui vit avec un bel enfant dans son foyer a l'obligation d'en assumer les frais dans la même proportion que ce qu'il assume pour les frais touchant au ménage commun selon l'art. 163 CC. Il a ainsi un devoir

d'assistance indirect à l'égard de cet enfant. Ce devoir s'accroît même lorsque le niveau de vie de la seconde famille est plus élevé que celui de la première famille, étant donné que l'enfant non commun a droit au même niveau de vie que les enfants communs. Selon les circonstances, ce devoir d'assistance pourrait être plus élevé que la contribution d'entretien du parent non gardien si la différence de niveau de vie entre les deux familles est importante. Le principe d'égalité entre les enfants communs et non communs prévaut ainsi à juste titre. En sens inverse, l'enfant dont le parent non gardien a des moyens financiers élevés, mais qui vit en grande partie dans une seconde famille aux revenus plus modestes, verrait le montant auquel il pourrait prétendre réduit.

Dans le cas du parent non gardien qui s'est remarié et qui doit assumer de nouvelles obligations d'entretien, le juge peut être amené à réduire l'obligation d'entretien en faveur de l'enfant issu du premier lit. L'égalité entre tous les enfants de ce parent sera garantie, mais le beau-parent pourra devoir assumer une part d'entretien plus importante en vertu de son obligation subsidiaire.

L'égalité entre les enfants signifie en définitive que les enfants communs et non communs doivent être traités de manière identique dans la communauté familiale dans laquelle ils vivent.

Toutefois, c'est la consécration du mariage formel qui permet d'exiger la réalisation de ce principe. Il convient aussi dans ces situations de veiller à assurer l'égalité de l'enfant intégré dans des secondes familles informelles. Pour ce faire, une reconnaissance du concubinage est nécessaire afin d'imposer des devoirs au partenaire vis-à-vis de l'enfant non commun.

4. La coordination entre le projet relatif à l'autorité parentale et l'avant-projet sur l'entretien

Comme relevé précédemment au terme des remarques générales (partie A *in fine*) et partie C.1 *in fine*, l'avant-projet sur l'entretien doit prendre en compte le changement de conception sur l'exercice de l'autorité parentale. L'exercice en commun qu'elle que soit la situation du couple parental implique que l'entretien doit être revu lors des changements qui interviennent dans l'exercice de la garde effective de l'enfant. L'autorité parentale commune peine à assurer le bien de l'enfant si le droit à l'entretien n'est pas amélioré et c'est le but fondamental de la présente révision. Toutefois, l'avant-projet ne prévoit pas de règles permettant dans tous les cas d'assurer l'entretien convenable de l'enfant selon l'exercice effectif de la garde *in casu*.

Nous nous demandons si une solution inspirée des art. 298a al. 1 CC et 133 al. 3 CC qui exige une convention de la part des parents, laquelle détermine leur participation à la prise en charge de l'enfant et la répartition des frais d'entretien de celui-ci serait à développer. D'ailleurs, l'art. 298a al. 2 ch. 2 P-CC prévoit que les parents non mariés dans leur déclaration commune en vue d'obtenir l'autorité parentale conjointe se sont entendus sur le mode de prise en charge et sur la contribution d'entretien. Un tel accord exigé de parents non mariés, vivant potentiellement ensemble, s'impose *a fortiori* pour les parents séparés (mariés ou non) et divorcés.

En conclusion finale, nous soutenons qu'il convient de revoir l'avant-projet de modification du Code civil relatif à l'entretien de l'enfant, prioritairement en lien avec le principe d'une autorité parentale conjointe qu'elle que soit la situation du couple parental. La révision de la réglementation sur l'autorité parentale implique que le droit à l'entretien de l'enfant soit revu en tenant compte de ce changement radical de paradigme. L'avant-projet devrait être analysé en lien avec des experts extérieurs, spécialistes du droit de la famille.

Marie-Laure Papaux van Delden
Professeure

Margareta Baddeley
Professeure et Vice-rectrice