SWISSLEX User-ID: clara.wack@unifr.ch, 06.05.2024 18:33:24

Document	**SJ 2022 p. 427**
Date de l'arrêt	**12.01.2022**
Tribunal	**Tribunal fédéral**
Publication	**La Semaine judiciaire**
Domaines du droit	**Droit de la filiation / Autorité parentale / Adoption**
Pages	**427-434**

Droit civil

Famille

Légitimation passive de la collectivité publique qui avance une contribution lorsque le débiteur d'entretien agit en modification

Changement de jurisprudence; Entretien de l'enfant; Contributions d'entretien; Avances; Collectivité publique; Subrogation légale; Action en modification; Légitimation passive

Tribunal fédéral

II^e^ Cour de droit civil

Présidence: M. Herrmann

12 janvier 2022

5A_75/2020

A. contre B.

Arrêt destiné à la publication au recueil officiel

Traduit de l'allemand par Chloé Varrin

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

En cas d'action en modification (réduction ou suppression) des contributions d'entretien dues à un enfant, qui sont avancées par la collectivité publique, celle-ci n'a pas la légitimation passive, quelles que soient l'ampleur et la période pour laquelle les contributions ont été avancées. L'action peut être intentée contre l'enfant seul, le cas échéant représenté par son représentant légal en qualité de «Prozessstandschafter» ou de son curateur de représentation. Il revient au droit public cantonal de régler la possibilité et les modalités d'une éventuelle prétention en remboursement contre l'enfant crédirentier (c. 6).

Faits (résumé)

Un père a été condamné à verser une contribution de 850 francs par mois pour l'entretien de son fils. Il a agi uniquement contre celui-ci en suppression de la contribution d'entretien. Le montant de la contribution a été réduit à 550 francs par mois par le juge de district, puis à 520 francs, par le Tribunal cantonal de Lucerne. Le fils a recouru contre cette décision devant le Tribunal fédéral. Il a fait valoir que le père aurait également dû

agir contre la commune qui avait avancé les contributions d'entretien. Modifiant sa jurisprudence, le Tribunal fédéral a rejeté le recours.

Droit (extraits)

6.3[…L'] ATF 137 III 193[1] partait, aux c. 3.2 et 3.3, de la prémisse selon laquelle la collectivité publique octroyant l'avance doit avoir, sur la base des déclarations faites dans le message concernant la révision du droit de la filiation (FF 1974 II 64[2]) et de la doctrine majoritaire, la possibilité de requérir l'avis aux débiteurs, et il tentait de justifier cela sur le plan dogmatique au c. 3.8 par le fait que la collectivité publique est subrogée non seulement dans les créances effectivement avancées, mais aussi dans le droit de base à l'entretien en tant que tel, qui lui est transféré. La jurisprudence ultérieure du Tribunal fédéral mentionnée ci-dessus traduit la tentative de faire face aux conséquences et aux problèmes de légitimation qui en découlent pour l'action en modification. La difficulté réside en ceci que le législateur, comme il apparaît dans la FF 1974 II 64 ss, a poursuivi des objectifs clairs en relation avec l'art. 289 al. 2 CC, mais pas nécessairement une logique juridique cohérente, et qu'il ne s'est pas exprimé sur le contexte dogmatique de la mise en œuvre des objectifs poursuivis.

Il ressort d'une interprétation téléologique de l'art. 289 al. 2 CC, telle que celle déjà effectuée dans l'ATF 137 III 193 c. 3.2 et 3.4, que le législateur n'a pas seulement voulu faire de la collectivité publique la créancière des contributions d'entretien avancées, mais aussi la faire bénéficier de divers privilèges et possibilités qui sont généralement liés à l'entretien de l'enfant (notamment faire valoir en justice les contributions d'entretien avancées ainsi que requérir l'avis aux débiteurs ou des sûretés, cf. FF 1974 II 64). Rien n'indique cependant que le législateur soit parti du principe qu'il fallût un transfert du droit de base à l'entretien pour que la collectivité publique octroyant l'avance fût en mesure de requérir un avis aux débiteurs. Cette idée apparaît visiblement pour la première fois — elle est citée comme point d'appui dans l'ATF 137 III 193 c. 3.8 — chez Haffter (Der Unterhalt des Kindes als Aufgabe von Privatrecht und öffentlichem Recht, 1984, p. 213), même cet auteur considérant, d'ailleurs sans aucune déduction ou explication, que le droit de base à l'entretien ne fait l'objet de la subrogation que si le montant de la prétention d'entretien n'a pas encore été fixé. On trouve également des déclarations sibyllines chez Mani (Inkassohilfe und Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen, thèse Zurich 2016), qui affirme d'une part que le droit de base à l'entretien est indispensable, incessible et insaisissable (p. 69 N. 124), mais qui désigne d'autre part ce droit comme l'objet de la subrogation tout en affirmant derechef que, du fait que l'avance de la pension alimentaire présuppose un titre juridique, la créance de contribution qui y est fixée est en fin de compte transférée (p. 69 N. 124).

Rien ne permet de supposer que le législateur historique ait pensé à un transfert du droit de base à l'entretien à la collectivité publique. Au contraire, l'étendue de la subrogation (correspondant du reste à une interprétation classique) s'exprime clairement dans des normes plus récentes. Ainsi, l'ancien art. 131 al. 3 CC édicté dans le cadre de la révision du droit du divorce, entrée en vigueur le 1er janvier 2000, constitue une disposition analogue à celle de l'article l'art. 289 al. 2 CC, qui nous intéresse en l'espèce, et ses versions en allemand et en italien du moins ne laissent aucun doute sur le fait qu'en cas de subrogation, ce sont les créances d'entretien qui ont effectivement été avancées qui sont transférées (*Soweit das Gemeinwesen für den Unterhalt der berechtigten Person aufkommt, geht der Unterhaltsanspruch mit allen Rechten auf das Gemeinwesen über/La pretesa di mantenimento passa, con i diritti ad essa connessi, all'ente pubblico nella misura in cui quest'ultimo assuma il mantenimento dell'avente diritto*).

SJ 2022 p. 427, 429

Le message y relatif précise également que le transfert de la créance a lieu dans la mesure où une avance a été effectuée (cf. FF 1995[3] I 122[4]) et, au surplus, le message renvoie à l'endroit concerné à l'art. 110 CO. Dans les trois versions linguistiques, cet article indique lui aussi sans aucune ambiguïté que la cession légale n'a lieu que dans le cadre du paiement effectif (*Soweit ein Dritter den Gläubiger befriedigt, gehen dessen Rechte von Gesetzes wegen auf ihn über*/Le tiers qui paie le créancier est légalement subrogé, jusqu'à due concurrence, aux droits de ce dernier/*Il terzo che soddisfa il creditore è per legge surrogato nei diritti di questo fino a concorrenza della somma pagata*).

---

1 SJ 2012 I 68.

2 Il s'agit de la référence au texte allemand du message. Les passages topiques du message en français se trouvent à la FF 1974 II 65 ss.

3 *Recte*: 1996.

4 Le passage topique du message en français se trouve à la FF 1996 I 125.

Dans le cadre de la révision du droit de l'entretien de l'enfant, entrée en vigueur le 1er juillet 2017, les termes de l'ancien art. 131 al. 3 CC ont été repris dans le nouvel art. 131a al. 2 CC. Le message affirme que la révision n'entraîne aucun changement sur le plan matériel (FF 2014 583[5]). Certes, il indique par la suite que c'est le droit même à l'entretien qui est subrogé (FF 2014 584). Cependant, il s'agit là simplement d'une citation de l'ATF 137 III 193 (cf. p. 584 N. 113), dénuée de commentaire ou d'éclairage supplémentaire, et l'affirmation ne peut précisément pas être conciliée avec les termes — plus clairement formulés qu'à l'art. 289 al. 2 CC — de l'art. 131a al. 2 CC. Les autres explications du message montrent aussi clairement que le législateur ne se préoccupait pas, encore une fois, de dogmatique, mais uniquement de politique juridique en voulant que la collectivité publique octroyant l'avance bénéficie de divers privilèges liés à l'entretien de l'enfant et favorisant sa mise en œuvre, l'avis aux débiteurs étant une nouvelle fois spécifiquement mentionné (sur le fait qu'il s'agit davantage de politique juridique que de dogmatique, Rüetschi, Prozessuale Fragen im Kontext der Schuldneranweisung, *in* FamPra.ch 2012, p. 660, qui avait du reste prévu les problèmes qui découleraient de l'ATF 137 III 193 en lien avec l'action en modification, cf. p. 662 s.).

Les réflexions qui viennent d'être formulées à propos des termes de l'ancien art. 131 al. 3 CC et de l'art. 131a al. 2 CC doivent aussi valoir pour la règle de l'art. 289 al. 2 CC, qui a un contenu identique et poursuit le même objectif. Il est en effet conforme à l'essence de la cession légale que seules les créances effectivement payées ou avancées puissent être transférées, mais non les créances futures, car les points essentiels du transfert des créances *ex lege* sont la satisfaction effective du créancier ainsi que l'intérêt considéré comme digne de protection par la loi à l'intervention du tiers (cf. Zellweger-Gutknecht, *in* Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7e éd. 2020, N. 18 ad art. 110 CO). Dans cette mesure, le débiteur ne doit jamais payer au second créancier agissant par subrogation davantage que ce qu'il devait au créancier d'origine (*Bucher,* Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2e éd. 1988, p. 576), et en cas de satisfaction pour une partie seulement de la créance — ce qui se produit régulièrement dans le cadre de l'avance, lorsque l'entretien dû en droit civil est plus élevé que la limite du montant de l'avance prévue par le droit public cantonal —, le fournisseur de prestations n'est également subrogé que dans la mesure concernée (Weber, *in* Berner Kommentar, vol. VI/1, 2002, N. 74 ad art. 110 CO; Haffter, op. cit., p. 212).

Il est vrai que le droit suisse de la cession admet que des créances futures puissent aussi être cédées, notamment dans le cadre d'une cession globale, dans la mesure où elles sont déterminables au moment de leur naissance (ATF 113 II 163[6] c. 2b; arrêt 4A_302/2016 du 16 novembre 2016 c. 2.1.1). Cependant, cela repose sur la déclaration de droit privé correspondante du cédant. C'est précisément une telle déclaration qui fait défaut dans le cas de la cession légale et, dans cette mesure, l'affirmation de l'ATF 137 III 193 c. 3.8, «de même que des créances futures peuvent être cédées par acte juridique, elles peuvent aussi faire l'objet d'une cession légale» (*so wie künftige Forderungen rechtsgeschäftlich abgetreten werden können, können sie auch Gegenstand einer Legalzession sein*), ne peut pas être maintenue après un nouvel examen. En cas de cession légale, le transfert de la créance se mesure plutôt selon le cadre légal qui a été présenté ci-dessus à ce sujet, en ce sens que ce sont les contributions d'entretien effectivement avancées qui sont transférées.

SJ 2022 p. 427, 430

6.4Outre l'objectif d'habiliter la collectivité publique à requérir l'avis aux débiteurs dans le cadre de la subrogation, la jurisprudence ultérieure, notamment l'ATF 143 III 177, traduit l'inquiétude que la collectivité publique doive possiblement avancer des contributions d'entretien incorrectement fixées sur le plan matériel si elle n'est pas impliquée dans le procès civil, et en particulier la crainte qu'en cas de réduction au moment de l'introduction de l'action, le fondement juridique des contributions d'entretien déjà avancées ne disparaisse ultérieurement, avec pour conséquence que la collectivité publique puisse ne pas recouvrer une partie des montants avancés. Le souci que de «fausses» contributions d'entretien puissent être fixées ou convenues au détriment de la collectivité publique semble toutefois — abstraction faite qu'en cas d'abus, la collectivité publique pourrait, conformément au droit public cantonal, examiner la légalité des contributions d'entretien fixées et, le cas échéant, suspendre l'avance (cf. Fountoulakis/Breitschmid, *in* Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 6e éd. 2018, N. 5 ad art. 293 CC; Vollenweider, Alimentenbevorschussung bei Uneinbringlichkeit der Unterhaltsbeiträge, *in* FamPra.ch 2006, p. 7 s.; Bastons Bulletti/Farine, Les avances de contributions d'entretien en cas d'impossibilité de recouvrer lesdites contributions auprès de leur débiteur, *in* RDT 2008, p. 40) — peu fondé à y regarder de plus près:

Il convient tout d'abord de constater que — contrairement à l'idée dont le législateur de l'époque est probablement parti en précisant dans le message que, dans le cadre de la subrogation, l'action prévue aux art. 279 à 286 CC, notamment, passait également à la collectivité publique (FF 1974 II 64) —, dans la

---

5 Le passage topique du message en français se trouve à la FF 2014 564.

6 SJ 1987 598.

plupart des cantons, ce n'est pas l'entretien donné ex lege (Aebi-Müller/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. 12) mais dont le montant n'a pas encore été fixé dans un titre juridique qui est avancé, l'avance nécessitant plutôt un titre, à savoir une décision judiciaire ou une convention d'entretien approuvée par un juge ou par l'autorité de protection de l'enfant, ce qui ne signifie rien d'autre que le canton renonce précisément à être présent lors de l'obtention du titre d'entretien (en l'espèce: § 46 al. 1 de la Sozialhilfegesetz du canton de Lucerne; de même, à titre d'exemples: § 23 al. 1 de la Kinder- und Jugendhilfegesetz du canton de Zurich et § 34 al. 1 de la Verordnung über die Alimentenhilfe du canton de Zurich; art. 6 al. 1 de la loi sur l'aide au recouvrement et les avances de contributions d'entretien du canton de Berne; § 33 al. 1 let. b de la Sozialhilfe- und Präventionsgesetz du canton d'Argovie; art. 2 al. 1 let. a de la Gesetz über Inkassohilfe und Vorschüsse für Unterhaltsbeiträge du canton de Saint-Gall; § 3 de l'Alimentenbevorschussungsverordnung du canton de Bâle-Ville; art. 9 de la loi sur le recouvrement et les avances sur pensions alimentaires du canton de Vaud; art. 6 de la loi sur l'avance et le recouvrement des pensions alimentaires et spécifiquement l'art. 3 du règlement d'application de la loi sur l'avance et le recouvrement des pensions alimentaires du canton de Genève; art. 6 al. 1 let. b de la loi sur le recouvrement des pensions alimentaires et le versement d'avances du canton du Valais; art. 2 al. 1 de l'arrêté fixant les modalités du recouvrement des créances d'entretien et du versement d'avances pour l'entretien des enfants, des conjoints ou des ex-conjoints du canton de Fribourg). L'ordonnance sur l'aide au recouvrement (OAiR[7]), qui entrera en vigueur le 1er janvier 2022, ne changera du reste rien à la souveraineté cantonale en matière de réglementation, car elle ne porte que sur l'aide au recouvrement des créances d'entretien fondées sur le droit de la famille, tandis que l'avance des pensions alimentaires continuera de relever exclusivement du droit public cantonal (art. 293 al. 2 CC) et que les cantons sont libres de décider s'ils souhaitent avancer des pensions alimentaires, à quelle hauteur et à quelles conditions (Bastons Bulletti, Commentaire Romand, Code civil I, N. 8 ad art. 131/132 CC; Fountoulakis/Breitschmid, op. cit., N. 4 ad art. 293 CC). Cela signifie que, contrairement à l'idée du législateur, dans la pratique juridique effective, l'acte fixant pour la première fois l'entretien — sous réserve de l'action introduite par un curateur désigné à cet effet (art. 308 al. 2 CC) — n'émane jamais de la collectivité publique et que celle-ci ne participe pas non plus à l'élaboration de cet acte, quelle que soit sa position procédurale.

SJ 2022 p. 427, 431

Compte tenu de ce qui précède, on ne voit pas pourquoi la collectivité publique devrait obligatoirement participer à l'action en modification. Il est vrai qu'une réduction ou une suppression de la contribution d'entretien au moment de la litispendance — ce qui correspond aux principes ordinaires de l'action en modification (cf. ATF 127 III 503[8] c. 3b/aa; 128 III 305 c. 6a; arrêts 5A_506/2011 du 4 janvier 2012 c. 5.1; 5A_512/2020 du 7 décembre 2020 c. 3.3.3) — a pour conséquence que la collectivité publique qui a avancé des contributions plus élevées pendant la durée du procès ne peut plus exiger la différence à l'ancien débiteur d'entretien par subrogation, mais qu'elle dépend à cet égard d'autres figures juridiques pour la restitution (cf. c. 6.7). Toutefois, après un nouvel examen de la problématique, on ne peut pas accorder plus de poids à l'intérêt de la collectivité publique à recouvrer aussi simplement que possible les contributions avancées qu'à la protection du minimum vital du débiteur d'entretien: l'avance des pensions alimentaires relève de la souveraineté des cantons, et ceux-ci endossent le risque de recouvrement lié aux fonds avancés en mettant en place l'institution concernée. D'autre part, la doctrine (cf. c. 3) a fait remarquer à juste titre qu'un débiteur d'entretien qui perd tout ou partie de sa capacité contributive pendant la durée du procès en modification doit néanmoins continuer à verser l'intégralité des contributions d'entretien dépassant sa capacité contributive, uniquement pour pouvoir les faire réduire au moment de la litispendance de l'action en modification, tandis que, selon les affirmations faites dans l'ATF 143 III 177 c. 6.3.5 et c. 6.4, cela reste refusé au débiteur d'entretien qui adapte de son propre chef les contributions d'entretien effectivement versées aux nouvelles circonstances et déclenche ainsi le paiement d'une avance. Ce résultat ne tient compte ni de la fonction auxiliaire des différents instruments d'exécution de l'obligation d'entretien mentionnée au c. 6.2, ni du principe — également applicable pour la cession légale (cf. Roos, Über die Subrogation nach schweizerischem Recht, thèse Berne, 1928, p. 103) — selon lequel le débiteur ne doit pas subir de préjudice du fait du transfert de la créance (par exemple Bucher, op. cit., p. 560).

Par ailleurs, outre la maxime d'office (art. 296 al. 3 CPC), la maxime inquisitoire illimitée s'applique toujours (art. 296 al. 1 CPC) lors de la fixation de l'entretien de l'enfant, et ce, même en cas d'homologation de conventions d'entretien (Fountoulakis/Breitschmid, op. cit., N. 14 ad art. 287 CC), même en faveur du débiteur d'entretien (ATF 128 III 411

---

7 RS 211.214.32

8 SJ 2002 I 79.

[9] c. 3.2.1; arrêts 5A_745/2014 du 16 mars 2015 c. 2.3; 5A_899/2019 du 17 juin 2020 c. 3.2.2), même en procédure de deuxième instance sans aucune limitation des *nova* (ATF 144 III 349 c. 4.2.1; 147 III 301 c. 2.2) et, en raison de l'interdépendance entre l'entretien du conjoint et celui de l'enfant, même lorsque seul l'entretien du conjoint est encore litigieux en deuxième instance (arrêt 5A_119/2021 du 14 septembre 2021 c. 6.2 avec d'autres références). Ainsi, un juge (ou exceptionnellement l'autorité de protection de l'enfant en cas d'homologation d'une convention d'entretien, cf. art. 287 al. 1 CC) détermine les facteurs pertinents pour le montant de l'entretien, ce qui offre une garantie suffisante que la pension alimentaire concrètement fixée correspond à la situation juridique matérielle, en tout cas lorsqu'elle est fixée par un juge, mais aussi, en principe, lors d'une convention entre les parties (Bachofner, Wie komme ich zu meinem Geld?, Zur Durchsetzung von familienrechtlichen Unterhaltsansprüchen, *in* Der Familienprozess, Symposium zum Familienrecht 2020, p. 167 s.; Bastons Bulletti/Farine, op. cit., p. 40; Hegnauer, Genehmigung von Unterhaltsverträgen (art. 287 CC) und Alimentenbevorschussung, *in* RDT 1987, p. 96).

6.5Ce qui vient d'être dit suggère de ramener l'art. 289 al. 2 CC, dans le cadre d'une interprétation téléologique, à l'intention que le législateur avait en l'édictant: l'enfant ne doit pas être tributaire de prestations d'aide sociale s'il peut prétendre à une contribution d'entretien en vertu du droit civil, et c'est précisément cette prétention qui doit être transférée à la collectivité publique en tant que droit civil dans le cas où elle assume l'entretien de l'enfant à la place du débiteur d'entretien par une avance (message, FF 1974 II 64 et 66). Il suffit pour cela que la collectivité publique soit subrogée dans les créances individuelles périodiques découlant du droit de base à l'entretien (dans ce sens déjà Hegnauer, Zum Umfang der Subrogation des Gemeinwesens nach Art. 289 Abs. 2 ZGB, *in* RDT 1999, p. 19 en haut; Bastons Bulletti/Farine, op. cit., p. 45).

SJ 2022 p. 427, 432

La *ratio legis* de la norme et la finalité de la cession légale qu'elle prévoit est que le débiteur d'entretien ne doit pas profiter de sa négligence lorsque la collectivité publique assume l'entretien de l'enfant à sa place par une avance (ATF 138 III 145 c. 3.3.1 et 3.3.2). Pour cette raison, c'est le débiteur d'entretien qui doit continuer d'être obligé de payer, et non le destinataire de l'entretien qui devra être obligé de rembourser la collectivité publique. C'est dans ce but que le législateur, comme indiqué, fait passer les créances avancées à la collectivité publique dans le cadre d'une cession légale, de manière à ce que la collectivité publique puisse les faire valoir inchangées contre le débiteur d'entretien matériel, en tant que créances d'entretien de droit civil (Mani, Inkassohilfe, p. 68 N. 121), avec pour conséquence que la collectivité publique peut également invoquer, notamment dans la procédure de mainlevée, le titre juridique dans lequel les contributions d'entretien ont été fixées (ATF 140 III 372 c. 3).

Cependant, l'idée selon laquelle, au-delà des créances d'entretien périodiques effectivement avancées, le droit de base à l'entretien et/ou les créances individuelles périodiques futures seraient transférés à la collectivité publique ne se justifie pas après un nouvel examen de la problématique. Cela entraînerait en fin de compte une communauté de sort durable sous la responsabilité de la collectivité publique en lien avec la fixation du montant de l'entretien et de l'exécution du titre d'entretien, dans la mesure où la collectivité publique agirait par subrogation dans le droit de base à l'entretien même lorsqu'elle n'aurait effectué qu'une avance temporaire, et où elle pourrait, par conséquent, obtenir l'entretien de l'enfant jusqu'à la majorité de celui-ci (Aebi-Müller/Droese, op. cit., p. 20 en haut) et, en vertu de son propre droit, à savoir dans sa position de créancière d'entretien, faire du droit même à l'entretien l'objet du procès en demande d'entretien.

6.6En même temps, pour revenir au point de départ mentionné au début du c. 6.3, le législateur a indiqué qu'avec la subrogation, le droit à requérir l'avis aux débiteurs, entre autres, devait aussi être transféré en tant que «droit accessoire» à la collectivité publique octroyant l'avance. Dans ce contexte se pose le problème déjà identifié dans l'ATF 137 III 193 c. 3.6 à 3.8, à savoir que l'avance concerne une période de temps passée, tandis que l'avis aux débiteurs ne peut être ordonné, par définition, que pour l'avenir. Contrairement à ce qui est affirmé dans l'ATF 137 III 193 c. 3.8, cela n'implique toutefois pas que le droit de base à l'entretien doive être transféré en cas de subrogation:

L'avis aux débiteurs repose toujours sur un constat du passé pour l'avenir, ce que les termes de l'art. 291 al. 1 CC expriment également («lorsque les père et mère négligent de prendre soin de l'enfant»). Il n'existe jamais de certitude absolue quant au fait que le débiteur d'entretien continuera à ne pas verser sa contribution à l'avenir, mais il y a plutôt émission d'un pronostic négatif fondé sur le fait qu'il ne l'a pas versée par le passé. Dès lors, il n'est donc pas nécessaire de partir du principe qu'avec l'avance de contributions d'entretien individuelles, le droit de base à l'entretien soit transféré à la collectivité publique. En raison de la réticence du débiteur d'entretien à verser sa contribution — que révèle directement l'avance passée —, on peut plutôt, pour des raisons de politique juridique (à ce sujet, Rüetschi, cité au c. 6.3), habiliter la collectivité

---

9 SJ 2003 I 121.

publique, dans les cas où elle continuera d'avancer des fonds à l'avenir, à requérir un avis aux débiteurs à hauteur des montants concernés en vertu de la subrogation légale. Telle était du moins la volonté manifeste du législateur, qui n'est d'ailleurs pas lié par la dogmatique. Une autre question est celle de savoir si le concept légal prévoyant le transfert de l'avis aux débiteurs en tant que «droit accessoire» des créances avancées (non du droit de base à l'entretien, comme indiqué) est réellement pertinent, puisque ledit avis pourrait justement servir à l'enfant à se libérer de sa dépendance vis-à-vis de l'avance de la collectivité. Toutefois, le message fait clairement apparaître les intentions du législateur (cf. c. 6.3) et il n'y a pas lieu de revenir à cet égard sur le résultat de l'ATF 137 III 193.

SJ 2022 p. 427, 433

6.7Si la collectivité publique est subrogée, selon ce qui a été dit au c. 6.5, dans les contributions d'entretien effectivement avancées et non dans le droit de base à l'entretien, il ne peut pas y avoir non plus de «partage du droit de base à l'entretien» (évoqué par analogie dans l'arrêt 5A_634/2013[10] du 12 mars 2014 c. 4.1), ce qui engendrerait des difficultés insolubles lors de la création du titre d'entretien et aussi, en particulier, de son exécution, si seule une partie de l'entretien est avancée. Tel est fréquemment le cas dans la pratique, car le droit public cantonal limite régulièrement l'avance à un montant déterminé, tandis que la prétention matérielle de l'enfant, mesurée à l'aune de l'art. 285 CC, peut être quantitativement bien plus élevée.

Pour l'action en modification, il résulte de ce qui précède qu'indépendamment du fait qu'une avance ait été versée ou non et quelles que soient sa date de début et sa durée, les parties au procès sont toujours uniquement le débiteur d'entretien et l'enfant (ou son représentant légal pouvant agir en justice pour ses droits (*Prozessstandschafter*), mais jamais la collectivité publique octroyant l'avance. Cela résulte moins du fait que l'avance concerne des contributions d'entretien échues alors que l'action en modification concerne au plus tôt la période à partir de la litispendance de l'action en modification au sens de l'art. 62 al. 1 CPC que du fait que l'obligation d'entretien en tant que telle — c'est-à-dire le droit de base à l'entretien du point de vue de l'enfant — découle immédiatement du lien de filiation et existe dès la naissance (cf. ATF 129 III 646[11] c. 4.3), l'art. 276 CC constituant la base légale à cet égard. Cette obligation d'entretien est concrétisée dans le titre d'entretien conformément aux critères applicables à cet effet, en ce sens que le droit de base à l'entretien pour la filiation individuelle est fixé de manière juridiquement contraignante dans son étendue (par exemple Fountoulakis/Breitschmid, op. cit., N. 1a ad art. 276 CC). Selon le principe de la périodicité des contributions d'entretien (ATF 132 III 593 c. 7.3; 133 III 57[12] c. 3; 145 III 169 c. 3.6), le dispositif d'un jugement fixe toujours obligatoirement le montant à verser chaque mois, d'autant plus que, contrairement à l'entretien après le divorce (cf. art. 126 al. 2 CC) un règlement définitif en capital n'est en principe pas prévu (cf. néanmoins art. 288 CC). Toutefois, il ne faut pas oublier que c'est le droit de base même à l'entretien qui est en jeu, quantifié dans le jugement ou dans une convention d'entretien. Étant donné que, comme indiqué, le droit de base à l'entretien découlant directement de la filiation personnelle reste à l'enfant et ne passe pas à la collectivité publique même lorsque les contributions d'entretien périodiques qui en découlent ont été avancées, la question de savoir sous quelle forme procédurale ladite collectivité devrait participer à une procédure de modification dirigée contre l'enfant ou même à une procédure de modification se jouant entre les parents (concernant un prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale ou un jugement de divorce dans lequel l'entretien de l'enfant a été fixé) est obsolète.

La question de savoir si la collectivité publique réagit à l'action en modification en cessant de verser l'avance (comme c'est visiblement le cas dans plusieurs cantons (cf. Aebi-Müller/Droese, op. cit., p. 22 N. 72; Mani, Die Subrogation des Unterhaltsanspruchs infolge öffentlicher Unterstützung, *in* RMA 2017, p. 285) relève du droit public cantonal. Dans la mesure où elle continue de verser l'avance, elle continue certes d'être subrogée dans les créances d'entretien périodiques individuelles; leur montant est toutefois en suspens jusqu'à la nouvelle quantification du droit de base à l'entretien dont elles découlent, qui n'intervient qu'avec le jugement en modification (cf. Mani, Inkassohilfe, p. 60 N. 102). Si les contributions avancées pendant la durée du procès ont été plus élevées que celles fixées pour la période concernée dans le jugement en modification, le fondement matériel ou l'objet de la subrogation fait défaut dans la mesure correspondante. La question de savoir si la collectivité publique exige le remboursement de la différence par l'enfant ou y renonce (demande de restitution, par exemple § 27 de la Kinder- und Jugendhilfegesetz du canton de Zurich; pas de demande de restitution, par exemple art. 9 al. 4 de la loi sur le recouvrement et les avances sur pensions alimentaires du canton de Vaud) relève du droit public cantonal.

---

10 SJ 2014 I 389.

11 SJ 2004 I 114.

12 SJ 2007 I 181.

6.8Enfin, il convient de noter la chose suivante par souci de clarté: dans le message concernant la révision du droit de la filiation, il a non seulement été précisé, en lien avec l'art. 289 al. 2 CC, qu'il faut habiliter la collectivité publique qui avance les contributions d'entretien à requérir l'avis aux débiteurs (cf. c. 6.6), mais également que la possibilité d'intenter une action en entretien conformément aux art. 279 ss CC passe à la collectivité publique en tant

SJ 2022 p. 427, 434

que droit accessoire (FF 1974 II 64; de même, le message relatif au nouveau droit d'entretien de l'enfant, FF 2014 584).

Si, vu ce qui précède, ce n'est pas le droit de base à l'entretien qui passe à la collectivité publique, mais plutôt les contributions d'entretien individuelles effectivement avancées, la collectivité publique ne peut poursuivre le débiteur d'entretien que pour le paiement de ces contributions d'entretien individuelles. En ce sens — par analogie à l'avis aux débiteurs en tant que «droit accessoire» transféré des contributions d'entretien périodiques avancées jusque-là (cf. c. 6.5) —, le droit d'intenter une action est un «droit accessoire» des contributions d'entretien effectivement avancées et non du droit de base à l'entretien. Toute autre interprétation irait au-delà du sens et de la finalité de la subrogation décrits au c. 6.5 et ne résisterait pas à une interprétation téléologique de l'art. 289 al. 2 CC.

Il peut cependant être nécessaire que la collectivité publique ne se contente pas de réclamer le recouvrement des contributions d'entretien effectivement avancées pour être remboursée de cette avance par le débiteur d'entretien matériel, mais qu'elle se charge d'une action axée sur la durée, notamment lorsque l'enfant ou son représentant légal restent inactifs et n'intentent pas d'action en entretien ou d'action en modification visant à augmenter les contributions d'entretien malgré le changement des circonstances concernées. Dans ce cas, la collectivité publique peut nommer un curateur à l'enfant au sens de l'art. 308 al. 2 CC, lequel fait valoir en justice les droits de l'enfant, ce qui a pour conséquence que le droit de base à l'entretien en tant que tel devient l'objet du litige. C'est dans ce contexte que s'inscrivent les affirmations de Mani (Subrogation, p. 281 ss), selon lesquelles, du fait de la jurisprudence actuelle, la collectivité qui supporte les coûts aurait en fait toujours dû agir en son propre nom au lieu de nommer un curateur à l'enfant, comme c'est habituellement le cas dans la pratique.

7Il reste à examiner si le nouvel examen de la problématique effectué au c. 6 et les déductions qui y ont été faites justifient un changement de la jurisprudence actuelle.

7.1Un changement de jurisprudence ne se justifie que lorsque la nouvelle solution correspond à une meilleure compréhension de la *ratio legis*, à une modification des circonstances externes ou à une évolution de la conception du droit. Il doit par conséquent pouvoir s'appuyer sur des motifs objectifs, qui — surtout dans l'intérêt de la sécurité du droit — doivent être d'autant plus sérieux que l'application du droit considérée comme fausse ou obsolète est ancienne (ATF 137 III 352 c. 4.6; 141 II 297 c. 5.5.1; 145 V 304 c. 4.4).

7.2En l'occurrence, aucune modification des circonstances n'est en cause, mais il y a lieu de clarifier des questions juridiques (question de l'objet de la subrogation légale et, en fonction de la réponse, question subséquente de la légitimation passive dans l'action en modification). À cet égard, il n'existe pas à proprement parler de pratique établie de longue date, mais une jurisprudence du Tribunal fédéral qui date d'une époque récente et tente de différentes manières de faire face aux conséquences de l'affirmation de l'ATF 137 III 193, selon laquelle le droit de base à l'entretien fait l'objet de la subrogation (cf. c. 2). Les décisions en question ne sont parfois pas du tout prises en compte par les parties et les tribunaux (cf. Mani, Subrogation, p. 282 s.) et elles ont par ailleurs entraîné une certaine confusion, avec pour conséquence que des recours sont régulièrement portés devant le Tribunal fédéral et que les juges tentent, de manières très diverses, d'impliquer d'une façon ou d'une autre la collectivité publique dans le procès en modification (cf. Mani, Praxisprobleme bei der Alimentenbevorschussung und bei der Vollstreckung von Unterhaltsbeiträgen, *in* FamPra 2018, p. 940 s.), ce pour quoi, en fin de compte, aucune institution procédurale ne convient (cf. c. 3.3), surtout lorsque l'entretien de l'enfant est fixé ou modifié dans le cadre d'une procédure se jouant entre les parents. Dans ce contexte, le Tribunal cantonal de Lucerne, notamment, applique ouvertement une pratique divergente, a publié la décision attaquée (cf. LGVE 2020 II N. 4) et s'y conforme depuis lors (cf. LGVE 2020 II N. 9; LGVE 2021 II N. 2).

7.3Globalement, il existe des motifs sérieux et objectifs de suivre la meilleure compréhension de la *ratio legis* de l'art. 289 al. 2 CC exposée au c. 6 et de modifier la jurisprudence, d'autant plus que de cette manière, en raison de ce qui vient d'être dit, on ne met pas en danger la sécurité du droit, mais on écarte plutôt l'incertitude juridique existante et l'on crée une sécurité juridique pour l'avenir.