

AUFsätze ARTICLES ARTICOLI

- 527 *Claudia M. Mordasini/Diego Stoll*: Die Praxisänderungen im (nach-)ehelichen Unterhaltsrecht auf dem Prüfstand
- 569 *Annette Spycher/Moreno Maier*: Irrungen Wirrungen um den Betreuungsunterhalt
- 583 *Philipp Maier*: Die Berücksichtigung von bereits geleistetem Unterhalt im gerichtlichen Entscheid
- 638 *François Bohnet/Marie-Laure Percassi*: La qualité du parent pour affirmer en son propre nom le droit à l'entretien de l'enfant (*Prozessstandschaft*) dans les procédures du droit de la famille
- 656 *Cordula Lötscher*: Abstammungsrecht im Wandel: Die Elternschaftsvermutung der Ehefrau gemäss der Vorlage «Ehe für alle»
- 675 *Patrick Fassbind/Joachim Schreiner/Jonas Schweighauser*: Kontaktverweigerung, Kontaktabbruch und Kontaktabahnung bei hochkonflikthaften Trennungen und Scheidungen sowie Elternbeziehungen
- 692 *Daniel Rosch*: Die Vertretungsbeistandschaft nach Art. 394 Abs. 2 ZGB gehört *de lege ferenda* abgeschafft!? – ein Zwischenruf
- 701 *Johanna Dormann*: Die familienbezogene Rechtsprechung der sozialrechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts im Jahr 2020

DOKUMENTATION DOCUMENTATION DOCUMENTAZIONI

- 721 Gesetzgebung – Législation – Legislazione
- 758 Rezensionen – Recensions – Recensioni

RECHTSPRECHUNG JURISPRUDENCE GIURISPRUDENZA

online+

Ihre Vorteile auf
einen Blick: Seite 720

en ligne+

Vos avantages en un
coup d'œil: Page 720

Stämpfli Verlag

HERAUSGEBERINNEN

INGEBORG SCHWENZER
ANDREA BÜCHLER
MICHELLE COTTIER

Schriftleitung

Sabine Aeschlimann

Redaktionsmitglieder

Christine Arndt
Margareta Baddeley
Linus Cantieni
Jeanne DuBois
Roland Fankhauser
Christiana Fountoulakis
Thomas Geiser
Urs Gloor
Marianne Hammer-Feldges
Alexandra Jungo
Daniel Rosch
David Rüetschi
Joachim Schreiner
Jonas Schweighauser
Rolf Vetterli

www.famptra.ch

IMPRESSUM

22. Jahrgang – Année – Anno; August – Août – Agosto
Erscheint vierteljährlich – Parution trimestrielle – Pubblicazione trimestrale
Zitiervorschlag – Citation proposée – Citazione consigliata: FamPra.ch
ISSN 1424-1811 (Print), e-ISSN 2504-1460 (Online)

Herausgeberinnen Prof. Dr. iur. Ingeborg Schwenzer, LL.M., Leimenstrasse 42, CH-4051 Basel, E-Mail: ingeborg.schwenzer@unibas.ch
Editrices
Edatrici

Prof. Dr. iur. Andrea Büchler, Universität Zürich, Rämistrasse 74, CH-8001 Zürich, E-Mail: lst.buechler@rwi.uzh.ch

Prof. Dr. iur. Michelle Cottier, MA, Université de Genève, Uni Mail, Boulevard du Pont-d'Arve 40, CH-1211 Genève 4, E-Mail: Michelle.Cottier@unige.ch

Schriftleitung Dr. Sabine Aeschlimann, LL.M., Advokatin, Hauptstrasse 104, CH-4102 Binningen
Telefon: ++41 61 421 05 95, Telefax: ++41 61 421 25 60, E-Mail: aeschlimann@svwam.ch, fampra-ius@unibas.ch

Redaktion lic. iur. Christine Arndt, Rechtsanwältin; Prof. Dr. iur. Margareta Baddeley; Dr. iur. Linus Cantieni, Rechtsanwalt; lic. iur. Jeanne DuBois, Rechtsanwältin; Prof. Dr. iur. Roland Fankhauser, LL.M., Advokat; Prof. Dr. iur. Christiana Fountoulakis; Prof. Dr. iur. Thomas Geiser; Dr. iur. Urs Gloor, Rechtsanwalt, Mediator; lic. iur. Marianne Hammer-Feldges, Fürsprecherin und Notarin; Prof. Dr. iur. Alexandra Jungo; Prof. (FH) Dr. iur. Daniel Rosch, Sozialarbeiter FH, MAS Nonprofit-Management; Dr. iur. David Rüetschi, Leiter Fachbereich Zivilrecht und Zivilprozessrecht, Bundesamt für Justiz; Dr. phil. Joachim Schreiner; Dr. iur. Jonas Schweighauser, Advokat; Dr. iur. h.c. Rolf Vetterli, aKantonsrichter.

Verlag Stämpfli Verlag AG,
Editions Wölflistrasse 1, Postfach,
Edizioni CH-3001 Bern

Telefon: ++41 31 300 63 25
E-Mail: verlag@staempfli.com
Internet: www.staempfliverlag.ch

Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die von der Redaktion oder den Herausgebern redigierten Gerichtsentscheide und Regesten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ausserhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – sämtliche technische und digitale Verfahren eingeschlossen – reproduziert werden.

L'acceptation des contributions est soumise à la condition que le droit exclusif de reproduction et de distribution soit transféré à Stämpfli Editions SA. Toutes les contributions publiées dans cette revue sont protégées par le droit d'auteur. Cela vaut également pour les décisions judiciaires et les regestes rédigés par la rédaction ou les rédacteurs responsables. Aucune partie de cette revue ne peut être reproduite en dehors des limites du droit d'auteur sous quelque forme que ce soit, y compris par des procédés techniques et numériques, sans l'autorisation écrite de la maison d'édition.

Inserate Stämpfli AG,
Annonces Inseratemanagement, Wölflistrasse 1,
Inserti Postfach, CH-3001 Bern

Telefon: ++41 31 300 63 82
E-Mail: inserate@staempfli.com

Abonnemente Stämpfli Verlag AG,
Abonnements Periodika, Wölflistrasse 1,
Abbonamenti Postfach, CH-3001 Bern

Telefon: ++41 31 300 63 25
E-Mail: zeitschriften@staempfli.com

Jährlich – Annuel – Annuale: AboPlus Sfr. 452.– (Print und Online), Online Sfr. 418.–
Einzelheft – Numéro séparé – Numero singolo: Sfr. 110.– (exkl. Porto)
Ausland – Etranger – Estero: AboPlus € 476.–, Online € 418.–

Die Preise verstehen sich inkl. Versandkosten und 2,5% MWST.

Schriftliche Kündigung bis 3 Monate vor Ende der Laufzeit möglich.

Résiliation de l'abonnement possible par écrit jusqu'à 3 mois avant la fin de l'abonnement.

La qualité du parent pour affirmer en son propre nom le droit à l'entretien de l'enfant (*Prozessstandschaft*) dans les procédures du droit de la famille

François Bohnet, Dr en droit, professeur à l'Université de Neuchâtel, avocat
Marie-Laure Percassi, doctorante en droit, collaboratrice scientifique
à l'Université de Neuchâtel, titulaire du brevet d'avocate

Mots-clés : *Faculté de poursuivre en justice en son propre nom le droit d'un tiers (Prozessstandschaft), procédure de droit matrimonial, procédures indépendantes concernant l'entretien de l'enfant, exécution.*

Stichwörter: *Prozessstandschaft, eherechtliche Verfahren, selbstständige Kindesunterhaltsverfahren, Vollstreckung.*

I. Introduction

Le procès civil oppose deux parties qui requièrent la protection juridique eu égard au litige qui les oppose (*streitige Zivilsache*; art. 1 let. a CPC). Dans les procédures de droit de la famille, l'enfant mineur se retrouve souvent impliqué dans le conflit, et s'il n'est pas toujours partie au procès, en particulier en matière matrimoniale, son droit à l'entretien est quoi qu'il en soit fixé à cette occasion. Il n'est donc pas toujours évident de déterminer qui est formellement partie à la procédure, qui est le titulaire du droit qui est affirmé et qui a qualité pour agir.

Le but de la présente contribution est de faire le point sur les diverses hypothèses dans lesquelles un parent a qualité pour faire valoir en son propre nom le droit à l'entretien de son enfant dans les procédures du droit de la famille. Cette construction juridique s'appelle en allemand la *Prozessstandschaft*. Elle est l'objet de diverses controverses. Après avoir posé les fondements théoriques (II.), nous nous intéresserons aux différents cas de figure retenus en droit de la famille (III.), puis proposerons une synthèse (IV.).

II. Principes fondamentaux

1. Parties au procès, qualité pour agir et légitimation

Les procès du droit de la famille sont construits sur le modèle classique du *Zwei-parteienprinzip*¹ qui implique l'opposition de deux ou plusieurs parties et un objet du litige. Le demandeur affirme un droit à la protection juridique (*Rechtsschutzanspruchbeauptung*),² que nie le défendeur.

Est partie celui qui agit en cette qualité, contre la personne atraite en justice. On parle de *parties formelles*³ au procès. Avoir la capacité d'être partie – ce qui est le cas de tout personne (art. 11 CC en lien avec 66 CPC) – ne signifie pas encore avoir la qualité pour agir (*Prozessführungsrecht* ou *Prozessführungsbefugnis* en allemand),⁴ qui suppose en principe l'affirmation d'un droit propre. Faute de qualité pour agir du demandeur ou de qualité pour défendre, le tribunal n'entre pas en matière, faute d'une condition de recevabilité.⁵ Ainsi, le père biologique de l'enfant n'a pas dans l'état actuel du droit suisse le droit de remettre en cause le lien de filiation, si bien que la qualité pour agir en désaveu lui fait défaut, faute de titularité du droit affirmé.⁶ Si par hypothèse il déposait une telle demande, il aurait certes qualité de partie, mais son acte devrait être déclaré irrecevable. De même, un enfant majeur ne peut pas agir en divorce de ses parents, car il n'est pas titulaire de la relation juridique en cause (art. 114-115 CC, a contrario). S'il lui venait à l'esprit d'agir en ce sens, sa demande devait être déclarée irrecevable. En revanche celui qui prétend, de manière non frivole (art. 52 CPC), être le conjoint d'une certaine personne affirme un droit propre et peut donc agir en divorce au for ouvert à cette fin.⁷

La qualité pour agir représente la titularité du droit d'action, que l'on peut définir comme le droit à l'obtention d'un jugement au fond.⁸ Ce droit suppose l'affirmation d'un droit à la protection juridique (*Rechtsschutzanspruchbeauptung*), af-

1 BOHNET, Les parties et leur capacité (d'être partie, d'ester et de postuler) en procédure civile suisse, RSPC 2018 69, 72.

2 Comp. DROESE, Res Judicata Ius Facit, Berne 2015, 81 ss.

3 BOHNET, RSPC 2018, 69, 73.

4 BOHNET, Prozessführungsrecht, Prozessführungsbefugnis, Prozessstandschaft, Sachlegitimation et qualité pour agir: Plaidoyer pour un réexamen conceptuel et terminologique, RSPC 2017, 465, 479 ss; voir également BOHNET, Procédure civile, 2^e éd., Bâle 2014, n. 390.

5 BOHNET, RSPC 2017, 465, 476; LÖTSCHER, Die Prozessstandschaft im schweizerischen Zivilprozess, Bâle 2016, n. 51 et les réf.

6 ATF 144 III 1 = FamPra.ch 2018, 534, qui parle d'absence de *Klagerecht*, mais utilise l'expression dans un sens matériel.

7 BOHNET, RSPC 2017, 465, 481.

8 BOHNET, RSPC 2017, 465, 480 s.; voir également LÖTSCHER (n. 5), n. 63.

firmation jugée digne de protection. Il est exprimé à l'art. 59 al. 2 let. a CPC qui pose comme condition à l'entrée en matière sur le fond l'existence d'un intérêt digne de protection.⁹

La qualité pour agir doit être bien distinguée de la légitimation (*Sachlegitimation*), qui consiste en la titularité (matérielle) d'un droit ou d'un rapport juridique.¹⁰ Est donc légitimée toute personne titulaire d'un droit. Savoir si une personne est légitimée est une problématique de droit matériel.¹¹ Dans un procès, cette question se résout lors de l'examen sur le fond de l'affaire, et non au stade de la recevabilité.¹²

Une certaine confusion règne cependant sur les notions de qualité pour agir et de légitimation. Les arrêts du Tribunal fédéral rendus en français indiquent généralement que légitimation et qualité pour agir sont des synonymes.¹³ Or les deux notions doivent être bien distinguées, car la personne titulaire du droit n'a pas forcément qualité pour agir, et vice-versa. Il arrive en effet que l'ordre juridique accorde à une personne la faculté d'affirmer en son propre nom le droit d'un tiers et retire même la qualité pour agir au titulaire du droit. On parle dans ce cas de *Prozessstandschaft*, à savoir de qualité pour affirmer en son propre nom le droit d'un tiers, institution reconnue en droit suisse.¹⁴

En bref, il faut retenir que la légitimation correspond à la titularité du *droit*, alors que la qualité pour agir correspond à la titularité du *droit d'action*.

2. *Qualité pour affirmer le droit d'autrui (Prozessstandschaft)*

En principe, la qualité pour agir appartient à la personne qui prétend être légitimée.¹⁵ Celle-ci peut donc affirmer en son propre nom, c'est-à-dire en tant que partie, un droit dont elle déclare être personnellement titulaire.

-
- 9 Commromand/BOHNET, Intro art. 84-90 CPC, n. 6.
 10 BOHNET, RSPC 2017, 465, 467, 471 et 484; Commromand/BOHNET, art. 59 CPC, n. 94.
 11 Commromand/BOHNET, art. 59 CPC, n. 94; HABSCHIED, *Droit judiciaire privé suisse*, 2^e éd., Genève 1981, 188 s.; LÖTSCHER (n. 5), n. 66 et 72; SUTTER-SOMM, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 3^e éd., Zurich 2017, n. 191.
 12 BOHNET, RSPC 2017, 465, 483; HABSCHIED (n. 11), 188 s.; SUTTER-SOMM (n. 11), n. 191.
 13 Voir notamment ATF 142 III 782, consid. 3.1.3.2; TF, 5.9.2019, 4A_397/2018, consid. 3.1; au sujet de la confusion entre légitimation et qualité pour agir dans la jurisprudence fédérale, voir Commromand/BOHNET, art. 59 CPC, n. 95; LÖTSCHER (n. 5), n. 75 ss.
 14 BOHNET, RSPC 2017, 465, 475 s.; Commromand/BOHNET, art. 59 CPC, n. 97 s. et Intro art. 84-90 CPC, n. 9.
 15 BOHNET, RSPC 2017, 465, 472; BOHNET (n. 4), n. 391; KuKo/DOMEJ, art. 67 CPC, n. 21; HABSCHIED, *Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht: Ein Lehrbuch seiner Grundlagen*, 2^e éd., Bâle 1990, 149; LÖTSCHER (n. 5), n. 47 et 61.

Exemple : A prétend être marié à B. A a donc la qualité pour agir en divorce contre B (art. 114 et 115 CC).

Par exception à cette règle, la qualité pour agir est parfois reconnue à une personne qui n'est pas légitimée et qui ne prétend pas l'être.¹⁶ Dans ce cas, celui qui a la qualité pour agir n'affirme pas un droit propre en justice, mais le droit d'un autre.¹⁷ Cette faculté, connue sous le nom de « *Prozessstandschaft* »,¹⁸ peut être désignée en français par l'expression « qualité pour affirmer en son propre nom le droit d'autrui ». ¹⁹ Par ces caractéristiques, la *Prozessstandschaft* est considérée comme une sous-catégorie de la qualité pour agir.²⁰

Exemple : En procédure de divorce, A prétend que son enfant X a une créance en entretien contre B. A n'est pas titulaire du droit à cet entretien ; il a cependant la qualité pour agir, car la loi lui reconnaît la qualité pour affirmer en son propre nom le droit de X.

Le *Prozessstandschafter* – c'est-à-dire la personne qui affirme en justice le droit d'un tiers – agit en son propre nom, en tant que partie à la procédure.²¹ En revanche, le tiers (prétendument) titulaire du droit n'est pas partie à la procédure.²²

Selon le Tribunal fédéral²³ et la doctrine majoritaire,²⁴ la *Prozessstandschaft* ne peut pas être créée sur une base volontaire en droit suisse (rejet de la possibilité d'une

16 HABSCHIED (n. 11), 188 ; LÖTSCHER (n. 5), n. 62 ; SUTTER-SOMM (n. 11), n. 192.

17 BEINERT, *Die Prozessstandschaft im schweizerischen Recht*, Bâle 1963, 15 ; HABSCHIED (n. 11), 188.

18 BEINERT (n. 17), 15 ; HABSCHIED (n. 15), 149.

19 BOHNET, RSPC 2017, 465, 484.

20 BEINERT (n. 17), 15 ; BOHNET, RSPC 2017, 465, 483 ; LÖTSCHER (n. 5), n. 85 ; HABSCHIED (n. 15), 149.

21 Voir ATF 144 III 552, consid. 4.1.2 ; 129 III 55, consid. 3.1.3 = FamPra.ch 2003, 421 ; 116 II 131, consid. 3a ; LÖTSCHER (n. 5), n. 111 et 123.

22 LÖTSCHER (n. 5), n. 90.

23 ATF 137 III 293, consid. 3.2 ; 130 III 417, consid. 3.4 ; 78 II 265 consid. 3a (« [d]'une façon générale, la créance ne peut pas être scindée en une prétention de fond et un droit d'action [*Klagerecht*]. Le droit suisse ne connaît pas une cession portant sur la seule faculté de déduire une créance en justice ; il connaît seulement la cession de la créance comme telle, qui fait passer au concessionnaire la qualité pour intenter action »).

24 BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, *Schweizerisches Zivilprozessrecht und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts*, 10^e éd., Berne 2018, § 19 n. 37 ; BOHNET (n. 4), n. 398 ; KuKo/DOMEJ, art. 67 CPC, n. 29 ; Commentario pratico/TREZZINI, art. 66 CPC, n. 24 ; VOGEL, *Grundriss des Zivilprozessrechts*, Berne 1984, chap. 5 n. 41.

gewillkürte Prozessstandschaft).²⁵ Elle se fonde nécessairement sur une disposition légale.²⁶

3. Sanction de l'absence de qualité pour agir

La qualité pour agir est une condition de recevabilité.²⁷ Ainsi, la demande en justice déposée par une personne qui n'a pas la qualité pour agir doit être déclarée irrecevable par le tribunal.²⁸ La *Prozessstandschaft* étant une sous-catégorie de la qualité pour agir,²⁹ son défaut entraîne également l'irrecevabilité de l'acte.³⁰

En tant que condition de recevabilité, la qualité pour agir doit être examinée d'office par le juge.³¹

III. Qualité pour affirmer le droit d'autrui en droit de la famille

1. Origine

La notion de *Prozessstandschaft* remonte à la doctrine allemande constructiviste de la fin du XIX^e siècle.³² Le Tribunal fédéral en a très tôt fait usage, mais toujours dans des cas bien spécifiques, d'abord en matière de cession des droits au sens

25 Pour un examen détaillé de la *Prozessstandschaft* volontaire (*gewillkürte Prozessstandschaft*) en droit suisse, voir LÖTSCHER (n. 5), n. 606 ss et SUNARIC, Die richtige Partei im zivilprozessualen Erkenntnisverfahren, Tübingen 2018, 129 ss. Au terme de son analyse, LÖTSCHER arrive à la conclusion qu'il existe quelques cas dans lesquels la *Prozessstandschaft* résulte de la volonté d'une personne (LÖTSCHER [n. 5], n. 655 ; du même avis : SUTTER-SOMM [n. 11], n. 193), par exemple lorsqu'un parent obtient l'accord d'un enfant devenu majeur en cours de procédure de divorce pour demeurer son *Prozessstandschafter* (LÖTSCHER [n. 5], n. 650 ss, 954 et 964, qui nuance toutefois son affirmation au n. 737 ; voir infra, 6 s). C'est aussi le cas, dans un cadre procédural bien défini, en matière de dénonciation d'instance, lorsque le dénoncé conduit le procès pour le compte du dénonçant (art. 79 al. 1 let. b CPC).

26 HABSCHIED (n. 11), 188 ; HERZIG, Prozessstandschaft im Kindesunterhaltsrecht – quo vadis ?, in : EITEL/ZEITER (éd.), Kaleidoskop des Familien- und Erbrechts: Liber amicorum für Alexandra Rumo-Jungo, Zurich 2014, 147, 150.

27 Commromand/BOHNET, art. 59 CPC, n. 94 ss. ; KuKo/DOMEJ, art. 67 CPC, n. 20 ; LÖTSCHER (n. 5), n. 51 et 70 ; SUNARIC (n. 25), 5 s., 103 s. ; Commbernois/ZINGG, art. 59 CPC, n. 60.

28 BOHNET (n. 4), n. 402 ; HABSCHIED (n. 11), 188 ; LÖTSCHER (n. 5), n. 51 et 70.

29 Voir *supra*, 4.

30 HABSCHIED (n. 15), 149 ; LÖTSCHER (n. 5), n. 95. Bien que le Tribunal fédéral considère que la qualité pour agir est une question de fond, dont l'absence conduit au rejet de la demande (voir par exemple ATF 126 III 59, 63 s., consid. 1a), il conçoit la *Prozessstandschaft* comme une condition de recevabilité de la demande (ATF 145 III 101, consid. 4.1.3 ; 144 III 552, consid. 4.1.2).

31 Art. 60 CPC.

32 Pour des développements, voir BOHNET, RSPC 2017, 465, 472 ss.

de l'art. 260 LP.³³ En droit de la famille, le Tribunal fédéral mentionne pour la première fois la qualité pour affirmer le droit d'autrui en 1957, dans l'ATF 83 II 263.³⁴ Il admet alors la qualité pour agir d'une mère en entretien de ses enfants. Un an plus tard, dans l'ATF 84 II 241, il reconnaît la qualité pour agir à une mère ayant introduit des poursuites pour ses enfants mineurs dans le but de recouvrer une créance successorale.³⁵ Ces jurisprudences seront par la suite confirmées à plusieurs reprises.³⁶ Le Tribunal fédéral n'utilise formellement la notion de *Prozessstandschaft* que depuis 2002.³⁷

2. Cas d'application

Le Tribunal fédéral a reconnu la possibilité d'une *Prozessstandschaft* dans diverses situations en droit de la famille, présentées ci-dessous. Dans ces hypothèses, le parent détenteur de l'autorité parentale se voit reconnaître la qualité pour affirmer en son propre nom le droit à l'entretien de son enfant mineur.

a) Procédure en divorce concernant l'entretien d'un enfant mineur

Le parent détenteur de l'autorité parentale peut agir en son propre nom, c'est-à-dire en tant que *Prozessstandschafter*, pour réclamer des contributions d'entretien pour son enfant mineur dans la procédure en divorce.³⁸ La *Prozessstandschaft* est également envisageable pour l'entretien de l'enfant mineur dans les procédures de modification du jugement de divorce,³⁹ de mesures provisionnelles dans le cadre de la procédure de divorce⁴⁰ et de mesures protectrices de l'union conjugale.⁴¹

La *Prozessstandschaft* étant liée à l'autorité parentale, elle n'est possible que si l'enfant est mineur durant la procédure de divorce.⁴² Le Tribunal fédéral admet toutefois une exception à cette règle, déduite de l'art. 133 al. 3 CC⁴³: lorsque l'enfant de-

33 ATF 27 II 123; BOHNET, RSPC 2017, 465, 473 s.

34 Consid. 1, qui parlait de *Klagelegitimation* de la mère. Voir BOHNET, RSPC 2017, 465, 475.

35 Au sujet de cet arrêt, voir *infra*, 11.

36 ATF 90 II 351, consid. 3; 106 II 283, consid. 2; 107 II 465, consid. 6b.

37 ATF 129 III 55, consid. 3.1.3 = FamPra.ch 2003, 421.

38 ATF 129 III 55, consid. 3.1.3 = FamPra.ch 2003, 421; TF, 9.12.2020, 5A_600/2019, consid. 8.2.

39 TF, 31.1.2020, 5A_230/2019, consid. 3.1, FamPra.ch 2020, 497, 499; TF, 19.12.2002, 5C.277/2001, consid. 1.3, FamPra.ch 2003, 479; voir également ATF 136 III 365, consid. 2.2 = FamPra.ch 2010, 741, 743 s.; LÖTSCHER (n. 5), n. 936.

40 TF, 19.3.2009, 5A_104/2009, consid. 2.2, FamPra.ch 2009, 799, 800 s.

41 TF, 9.12.2020, 5A_600/2019, consid. 8.2; TF, 1.10.2014, 5A_959/2013, consid. 7.2, FamPra.ch 2015, 264, 265 s.; TF, 19.3.2009, 5A_104/2009, cons. 2.2, FamPra.ch 2009, 799, 800 s.

42 ATF 142 III 78, consid. 3.2, JdT 2020 II 241, FamPra.ch 2016, 799, 800 ss.; 129 III 55, consid. 3.1.4, FamPra.ch 2003, 421.

43 ATF 142 III 78, consid. 3.2, JdT 2020 II 241, FamPra.ch 2016, 799, 800 ss.; LÖTSCHER (n. 5), n. 954. L'art. 133 al. 3 CC permet au juge de fixer la contribution d'entretien pour une période allant au-delà de l'accès à la majorité.

vient majeur en cours de procédure de divorce (y compris devant les instances de recours cantonale et fédérale⁴⁴), le parent détenteur de l'autorité parentale conserve la qualité pour agir⁴⁵. L'enfant doit cependant être consulté et consentir (expressément ou tacitement⁴⁶) à cette démarche pour les contributions réclamées pour la période postérieure à sa majorité.⁴⁷ A défaut, le tribunal devra nier la qualité pour agir du parent et déclarer irrecevables les conclusions portant sur l'entretien de l'enfant après sa majorité.⁴⁸ Cette règle est également valable dans les autres procédures matrimoniales.⁴⁹ S'agissant en particulier de la procédure de mesures provisionnelles, l'enfant, même majeur au moment du dépôt de la requête, peut, comme le retient la jurisprudence vaudoise,⁵⁰ consentir à ce que son parent agisse en tant que *Prozessstandschafter* s'il était mineur au moment de l'introduction de la procédure de divorce.

b) Procédure indépendante concernant l'entretien d'un enfant mineur

Le parent détenteur de l'autorité parentale détient également la qualité pour agir en son propre nom *hors de toute procédure matrimoniale* pour réclamer des contributions d'entretien pour son enfant mineur.⁵¹ Cette faculté existe aussi dans les procédures de modification des contributions d'entretien,⁵² de même que dans le cas où l'action en entretien est cumulée⁵³ avec une action en paternité (art. 261 ss CC).

Ce cas de *Prozessstandschaft* a fait l'objet de critiques dans la doctrine, qui a déploré le manque de cohérence de la jurisprudence fédérale.⁵⁴ Dans l'arrêt 5A_104/2009, rendu en 2009 par la II^e Cour de droit civil composée de trois juges, le Tribunal fédéral retenait péremptoirement qu'il n'existait aucune base légale pour fonder une

44 TF, 8.5.2015, 5A_874/2014, consid. 1.2, FamPra.ch 2015, 760; TF, 16.8.2007, 5A_57/2007, consid. 1.2.

45 ATF 142 III 78, consid. 3.2, JdT 2020 II 241, FamPra.ch 2016, 799, 800 ss.; 129 III 55, consid. 3.1.5, FamPra.ch 2003, 421; TF, 9.12.2020, 5A_600/2019, consid. 8.2; voir également ZOGG, Das Kind im familienrechtlichen Zivilprozess, FamPra.ch 2017, 404, 439.

46 TF, 8.5.2015, 5A_874/2014, cons. 1.2, FamPra.ch 2015, 760; TF, 1.10.2014, 5A_959/2013, consid. 7.2 et 7.3, FamPra.ch 2015, 264, 265 s.; LÖTSCHER (n. 5), n. 954.

47 ATF 142 III 78, consid. 3.2, JdT 2020 II 241, FamPra.ch 2016, 799, 800 ss.; 129 III 55, consid. 3.1.5, FamPra.ch 2003, 421; TF, 9.12.2020, 5A_600/2019, consid. 8.2; voir également ZOGG, FamPra.ch 2017, 404, 439. Comme il est nécessaire d'obtenir le consentement de l'enfant, LÖTSCHER considère qu'il s'agit d'un cas de *Prozessstandschaft* volontaire (*gewillkürte Prozessstandschaft*; *supra*, 4 s.; LÖTSCHER [n. 5], n. 650 ss., 954 et 964; à noter que LÖTSCHER nuance toutefois son affirmation à la n. 737).

48 Comme indiqué ci-dessus (4), l'absence de qualité pour agir entraîne l'irrecevabilité de la demande.

49 Voir TF, 19.12.2002, 5C.277/2001, consid. 1.4.2, FamPra.ch 2003, 479 pour la procédure en modification du jugement de divorce.

50 TC VD, 6.2.2019, CACI 2019/67, consid. 3.3.

51 ATF 136 III 365, consid. 2.2, FamPra.ch 2010, 741, 743 s.; TF, 26.11.2019, 5A_459/2019, cons. 5.4, FamPra.ch 2020, 526; LÖTSCHER (n. 5), n. 924.

52 ATF 136 III 365, consid. 2.2, FamPra.ch 2010, 741, 743 s.

53 Voir MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, 6^e éd., Zurich 2019, n. 163, et CPra Actions/BOHNET, vol. 1 § 24 n. 2.

54 HERZIG (n. 26), 147, 161 ss.; LÖTSCHER (n. 5), n. 925 ss.; ZOGG (n. 45), FamPra.ch 2017, 404, 407 ss.

Prozessstandschaft dans les procédures indépendantes en entretien d'un enfant mineur.⁵⁵ Un an plus tard, dans l'ATF 136 III 365, le Tribunal fédéral change d'avis, considère qu'il y a bien une base légale, et écarte sans plus de commentaires l'arrêt 5A_104/2009.⁵⁶ L'ATF 136 III 365 a également été rendu par la II^e Cour de droit civil ; celle-ci était composée de cinq juges, dont les trois juges ayant statué dans l'arrêt 5A_104/2009.

Une partie de la doctrine considère l'ATF 136 III 365, qui est brièvement motivé, comme peu convaincant et difficilement conciliable avec les arrêts précédents sur la question.⁵⁷ A noter que dans l'ATF 142 III 78, le Tribunal fédéral a relevé que sa jurisprudence avait fait l'objet de critiques de la doctrine, mais ne les a pas commentées (cons. 3.2 *in fine*). Ces critiques ne nous semblent pas justifiées. Comme on le verra, l'ATF 136 III 365 paraît au contraire cohérent avec la jurisprudence rendue précédemment par le Tribunal fédéral, qui admet la *Prozessstandschaft* du parent détenteur de l'autorité parentale de manière large (*infra*, 11 ss).

La *Prozessstandschaft* n'est possible que si l'enfant est mineur durant la procédure. Toutefois, l'exception reconnue en matière de divorce⁵⁸ devrait à notre sens également s'appliquer dans les procédures en entretien indépendantes.⁵⁹ Ainsi, lorsque l'enfant devient majeur en cours de procédure, le parent détenteur de l'autorité parentale conserve la *Prozessstandschaft*, le consentement de l'enfant étant toutefois nécessaire s'agissant des contributions d'entretien réclamées pour la période postérieure à la majorité de l'enfant.⁶⁰

c) Procédure de poursuites pour recouvrer les contributions d'entretien d'un enfant mineur

Le parent détenteur de l'autorité parentale a la qualité pour agir en son propre nom pour recouvrer les créances d'entretien de son enfant mineur.⁶¹

55 TF, 19.3.2009, 5A_104/2009, consid. 2.2, FamPra.ch 2009, 799, 800 s. ; voir également HERZIG (n. 26), 147, 162 ; LÖTSCHER (n. 5), n. 921.

56 ATF 136 III 365, consid. 2.2, FamPra.ch 2010, 741, 743 s. : « [d]ès lors, la jurisprudence contraire de l'arrêt 5A_104/2009 du 19 mars 2009 ne saurait être maintenue » ; voir également HERZIG (n. 26), 147, 162 ; LÖTSCHER (n. 5), n. 923.

57 HERZIG (n. 26), 147, 162 ss ; LÖTSCHER (n. 5), n. 925, 932 et 935.

58 Voir *supra*, 6 s.

59 De cet avis également : CHABLOZ, La position procédurale de l'enfant en droit de la famille : modifications au 1^{er} janvier 2017, RSPC 2017, 81, 88 ; ZOGG, FamPra.ch 2017, 404, 408 n^op. 23. L'art. 133 al. 3 CC, sur lequel est fondée cette exception en droit du divorce, prévoit que le juge peut fixer la contribution d'entretien pour une période allant au-delà de l'accès à la majorité. Cette faculté n'est pas prévue par une disposition légale dans les procédures d'entretien indépendantes. Elle découle toutefois de la jurisprudence, le Tribunal fédéral admettant que le juge puisse fixer des contributions d'entretien allant au-delà de la majorité de l'enfant sur la base de l'art. 277 al. 2 CC (TF, 30.10.2014, 5A_330/2014, cons. 8.2.2 ; voir également CHABLOZ, RSPC 2017, 81, 88).

60 CHABLOZ, RSPC 2017, 81, 88.

61 ATF 142 III 78, JdT 2020 II 241, FamPra.ch 2016, 799.

Selon le Tribunal fédéral, cette faculté n'existe que durant la minorité de l'enfant.⁶² Dès qu'il est majeur, le parent détenteur de l'autorité parentale ne peut plus introduire en son propre nom des poursuites pour les créances d'entretien de l'enfant.⁶³ Le fait que les contributions d'entretien auraient dû être versées durant la minorité de l'enfant est sans importance ; seul compte l'âge de l'enfant au moment d'introduire les poursuites.⁶⁴

Par analogie avec la jurisprudence rendue en matière de divorce,⁶⁵ l'enfant devenu majeur en cours de procédure pourrait-il consentir aux démarches faites en son propre nom par son parent et ainsi permettre la continuation de la procédure ? La doctrine approuve cette solution,⁶⁶ mais le Tribunal fédéral a pour l'heure laissé la question ouverte.⁶⁷ Cette solution permettrait d'avoir une règle uniforme ; toutefois, la situation se distingue quelque peu de celle en matière de fixation de pension, où la loi, respectivement la jurisprudence, admet que le parent détenteur de l'autorité parentale puisse (avant la majorité de l'enfant) demander des contributions d'entretien pour la période après la majorité de l'enfant. En matière de poursuites, lorsque l'enfant est mineur, le parent ne peut pas réclamer le paiement de contributions d'entretien à payer durant la majorité de l'enfant, celles-ci n'étant encore pas dues.

En outre, LÖTSCHER considère que la règle posée par le Tribunal fédéral dans l'ATF 142 III 78 (*Prozessstandschaft* possible uniquement lorsque l'enfant est mineur) n'est pas satisfaisante ; selon cette auteure, le parent qui détenait l'autorité parentale devrait également pouvoir agir en tant que *Prozessstandschafter* pour recouvrer les contributions d'entretien de son enfant majeur, même si celui-ci est déjà majeur au moment de l'introduction de la procédure.⁶⁸ Une telle solution est souhaitable, mais peut difficilement être suivie en l'état de la législation, la *Prozessstandschaft* en droit de la famille étant conditionnée à l'existence de l'autorité parentale (voir *infra*, 14).

3. Justification

Selon le Tribunal fédéral, en droit matrimonial, la *Prozessstandschaft* se justifie par la position de l'enfant dans la procédure en divorce de ses parents. Dans l'arrêt de principe ATF 129 III 55, il expose que, dans une procédure en entretien indépen-

62 ATF 142 III 78, consid. 3.3, JdT 2020 II 241, FamPra.ch 2016, 799, 802 s.

63 ATF 142 III 78, consid. 3.3, JdT 2020 II 241, FamPra.ch 2016, 799, 802 s.

64 ATF 142 III 78, cons. 3.3, JdT 2020 II 241, FamPra.ch 2016, 799, 802 s.

65 Voir *supra*, 6 s.

66 LÖTSCHER, *Prozessführung und Vollstreckung durch die Eltern im Lichte des Betreuungsunterhalts*, FamPra.ch 2017, 621, 642 ; MEIER, *Entretien de l'enfant majeur – Un état des lieux (2/2)*, JdT 2019 II 32, n. 99.

67 ATF 142 III 78, consid. 3.3, JdT 2020 II 241, FamPra.ch 2016, 799, 802 s.

68 LÖTSCHER, FamPra.ch 2017, 621, 644 s.

dante, l'enfant mineur est en principe partie à la procédure et agit par l'intermédiaire de son représentant légal.⁶⁹ Or dans la procédure matrimoniale de ses parents, l'enfant n'est pas une partie ;⁷⁰ bien que ses droits soient directement touchés, la procédure oppose son père et sa mère.⁷¹ A défaut de pouvoir agir par l'intermédiaire de son représentant légal, l'enfant fait ainsi valoir ses droits par le biais de la *Prozessstandschaft*.⁷²

Cette explication a été critiquée par HERZIG.⁷³ Cet auteur soutient qu'il faudrait désormais reconnaître à l'enfant en procédure matrimoniale une position de partie,⁷⁴ de sorte que la justification du Tribunal fédéral serait dépassée. Cette vision trouve difficilement assise dans la loi. L'approche du Tribunal fédéral, selon laquelle l'enfant n'est pas véritablement une partie dans la procédure matrimoniale, a été confirmée récemment⁷⁵ et doit être approuvée.

La justification de la *Prozessstandschaft* dans le cadre d'une procédure matrimoniale ne vaut pas dans les procédures en entretien indépendantes. En effet, la *Prozessstandschaft* est dite alors « parallèle » : le détenteur de l'autorité parentale et l'enfant mineur ont la qualité pour agir.⁷⁶ ZOGG est d'avis que la *Prozessstandschaft* n'a aucune raison d'être dans de telles procédures, notamment parce qu'il considère qu'elle complique la procédure.⁷⁷

Il existe toutefois des motifs qui justifient ce cas de *Prozessstandschaft*. Premièrement, il permet à l'enfant de ne pas apparaître en tant que partie dans le procès, ce qui atténue les difficultés que peut avoir l'enfant qui doit agir en son propre nom

69 ATF 129 III 55, consid. 3.1.2, FamPra.ch 2003, 421.

70 En ce sens qu'il n'a pas qualité pour agir ou pour défendre. Voir *supra*, 2 ss.

71 ATF 129 III 55, consid. 3.1.2, FamPra.ch 2003, 421 ; TF, 19.3.2009, 5A_104/2009, cons. 2.2, FamPra.ch 2009, 799, 800 s. ; ZOGG, FamPra.ch 2017, 404, 439.

72 ATF 129 III 55, consid. 3.1.2, FamPra.ch 2003, 421 ; TF, 19.3.2009, 5A_104/2009, cons. 2.2, FamPra.ch 2009, 799, 800 s. ; LÖTSCHER, Das Kind im Unterhaltsprozess, in : JUNGO/FOUNTOULAKIS (éd.), Der Familienprozess : Beweis – Strategien – Durchsetzung, Zurich 2020, 103, 109 ; ZOGG, FamPra.ch 2017, 404, 439.

73 HERZIG (n. 26), 147, 158.

74 De cet avis, par exemple : STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 3^e éd., Zurich 2019, § 13 n. 53. Contra : DIGGELMANN/ISLER, Vertretung und prozessuale Stellung des Kindes im Zivilprozess, RSJ 111/2015 141, 143 ; LÖTSCHER (n. 5), n. 938 ss ; SK ZPO/SCHWEIGHAUSER, in : SUTTER-SOMM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3^e éd., Zurich 2019, art. 299 CPC, n. 36 ; ZOGG, FamPra.ch 2017, 404, 436.

75 ATF 145 III 393, consid. 2.7.2, JdT 2019 II 377, FamPra.ch 2019, 1257, 1261 s. ; 142 III 153, consid. 5.2.2, JdT 2017 II 202.

76 LÖTSCHER (n. 5), n. 932 et 961 ; LÖTSCHER, FamPra.ch 2017, 621, 625 s. Si le détenteur de l'autorité parentale agit en son propre nom, il est partie (mais pas l'enfant) et *Prozessstandschaftler* ; si l'enfant agit en son propre nom, il est partie et est représenté légalement par le détenteur de l'autorité parentale (CHABLOZ, RSPC 2017, 81, 88 ; LÖTSCHER [n. 72], 103, 113 et 118).

77 ZOGG, FamPra.ch 2017, 404, 409 ; ZOGG, Selbständige Unterhaltsklagen mit Annexentscheid über die weiteren Kinderbelange – verfahrensrechtliche Fragen, FamPra.ch 2019, 1, 20.

contre l'un de ses parents.⁷⁸ Deuxièmement, elle uniformise la situation procédurale concernant les contributions d'entretien pour les enfants mineurs : que celles-ci soient réclamées en ou hors procédure matrimoniale, la *Prozessstandschaft* est possible dans les deux cas. Elle instaure ainsi une égalité de traitement entre enfants de parents mariés et non mariés.⁷⁹ Dans ce domaine où les enjeux sont importants et où les parties agissent parfois sans être représentées par un professionnel, reconnaître la qualité pour agir au détenteur de l'autorité parentale élimine également le risque qu'une demande soit déclarée irrecevable parce que la mauvaise personne a agi.⁸⁰

Ce qui précède est également pertinent en matière de poursuites, dans la mesure où il s'agit également d'un cas de *Prozessstandschaft* « parallèle » : le détenteur de l'autorité parentale et l'enfant mineur ont la qualité pour agir.⁸¹

4. Base légale

L'examen de la jurisprudence conduit à retenir que le Tribunal fédéral, quel que soit le contexte, base la *Prozessstandschaft* du parent détenteur de l'autorité parentale sur l'art. 318 al. 1 CC (« [I]es père et mère administrent les biens de l'enfant aussi longtemps qu'ils ont l'autorité parentale »).⁸² Dans l'ATF 84 II 241, le Tribunal fédéral admet que « le détenteur de la puissance paternelle, qui a l'administration et la jouissance des biens de l'enfant mineur en vertu d'un droit propre, peut exercer en son nom les droits de l'enfant et les faire valoir en justice en agissant personnellement comme partie » en se fondant sur le commentaire de l'art. 290 aCC de SILBERNAGEL/WÄBER, disposition qui correspond aujourd'hui à l'art. 318 al. 1 CC.⁸³ Il s'appuiera par la suite à plusieurs reprises sur cet arrêt et sur l'art. 318 al. 1 CC pour admettre la *Prozessstandschaft* du parent détenteur de l'autorité parentale, que ce soit dans une procédure en modification du jugement de divorce,⁸⁴ une procédure indépendante en entretien⁸⁵ ou une procédure de poursuites.⁸⁶ Cette approche est suivie par le Tribunal cantonal vaudois.⁸⁷

78 LÖTSCHER (n. 5), n. 932 ; LÖTSCHER, FamPra.ch 2017, 621, 625.

79 MEIER (n. 66), n. 60.

80 LÖTSCHER (n. 5), n. 932 ; LÖTSCHER, FamPra.ch 2017, 621, 625.

81 Commbâlois/STAEHELIN (Ergänzungsband zur zweiten Auflage), art. 80 LP, ad n. 36 let. a.

82 Dans ce sens également CHABLOZ, RSPC 2017, 81, 88, 90 et les réf.

83 ATF 136 III 365, consid. 2.2, FamPra.ch 2010, 741, 743 s. ; TF, 19.12.2002, 5C.277/2001, consid. 1.2, FamPra.ch 2003, 479.

84 TF, 19.12.2002, 5C.277/2001, consid. 1.2, FamPra.ch 2003, 479 ; TF, 20.6.2002, 5C.314/2001, consid. 7d, non publié in : ATF 128 III 305, FamPra.ch 2002, 858.

85 ATF 136 III 365, consid. 2.2, FamPra.ch 2010, 741, 743 s. ; TF, 26.11.2019, 5A_459/2019, cons. 5.4, FamPra.ch 2020, 526.

86 ATF 142 III 78, consid. 3.2, JdT 2020 II 241, FamPra.ch 2016, 799, 800 ; TF, 17.1.2013, 5A_661/2012, consid. 4.2.1 ; voir également ATF 129 III 55, 58 consid. 3.1.3, FamPra.ch 2003, 421.

87 TC VD, 16.11.2020, CACI 2020/694, cons. 3.2.

Dans l'arrêt 5A_104/2009, le Tribunal fédéral adopte une position contraire. Il expose que la *Prozessstandschaft* du parent détenteur de l'autorité parentale se fonde sur les art. 133 al. 1 aCC (correspondant aujourd'hui à l'art. 133 al. 1 ch. 4 CC) et 176 al. 3 CC en procédure matrimoniale et sur l'art. 289 CC en matière de poursuites, et qu'il n'existe pas de disposition pour admettre cette institution dans les procédures indépendantes en entretien de l'enfant. Toutefois, cet arrêt est le seul à mentionner les art. 133 al. 1 aCC et 176 al. 3 CC comme fondement de la *Prozessstandschaft*.⁸⁸ En outre, il n'évoque pas la possibilité de déduire la *Prozessstandschaft* de l'art. 318 al. 1 CC. Dans ces circonstances, cette décision apparaît comme une exception dans la jurisprudence fédérale, qui tend plutôt à concevoir la *Prozessstandschaft* du détenteur de l'autorité parentale de manière large sur le fondement – unique – de l'art. 318 al. 1 CC.

Une partie de la doctrine considère elle aussi que la *Prozessstandschaft* du parent détenteur de l'autorité parentale ne résulte pas de l'art. 318 al. 1 CC. Ces auteurs proposent les mêmes bases légales que celles mentionnées dans l'arrêt 5A_104/2009, et sont d'avis qu'aucune disposition ne permet de retenir la *Prozessstandschaft* dans les procédures en entretien non matrimoniales.⁸⁹ L'*Obergericht* zurichois refuse également d'admettre que l'art. 318 al. 1 CC permet au parent détenteur de l'autorité parentale d'agir en tant que *Prozessstandschafter* dans des procédures indépendantes.⁹⁰ Le Tribunal fédéral a souligné dans un arrêt de 2019 que cette approche était contraire à la jurisprudence fédérale.⁹¹

HERZIG et LÖTSCHER relèvent que l'art. 279 CC, intitulé « qualité pour agir », dispose clairement que seul l'enfant a qualité pour agir en entretien dans les procédures non matrimoniales,⁹² ce qui avait d'ailleurs été souligné dans l'arrêt 5A_104/2009 précité.⁹³ Ces deux auteurs examinent en outre la pertinence de l'art. 318 al. 1 CC comme base légale à la *Prozessstandschaft* en lien avec les principes énoncés par KOHLER, auteur considéré comme étant à l'origine de ce concept.⁹⁴ Les deux auteurs précités rappellent tout d'abord que KOHLER considérait qu'un droit de disposition (*Verfügungsrecht*) sur des biens permettait de fonder un cas de *Prozessstandschaft*,⁹⁵

88 L'art. 289 CC a été mentionné dans l'ATF 109 II 371 comme permettant la *Prozessstandschaft* du parent détenteur de l'autorité parentale, mais pour réclamer des contributions d'entretien en droit du divorce (en non pour requérir des poursuites).

89 HERZIG (n. 26), 147, 161 et 163 ss (qui n'admet toutefois pas la *Prozessstandschaft* sur la base de l'art. 289 CC); LÖTSCHER (n. 5), n. 931 et 935; LÖTSCHER (n. 72), 103, 112; ZOGG, FamPra.ch 2017, 404, 408 s., 414 et 439.

90 OGer ZH, 10.7.2019, RU190036-O/U, consid. 3.4.

91 TF, 26.11.2019, 5A_459/2019, consid. 5.4, FamPra.ch 2020, 526.

92 HERZIG (n. 26), 147, 156 s. et 162; LÖTSCHER (n. 5), n. 931.

93 TF, 19.3.2009, 5A_104/2009, cons. 2.2, FamPra.ch 2009, 799, 800 s.

94 BEINERT (n. 17), 15; BOHNET, RSPC 2017, 465, 473.

95 BEINERT (n. 17), 16.

a fortiori, il en allait de même pour un droit d'administration.⁹⁶ Ensuite, les explications divergent. HERZIG expose que l'art. 318 al. 1 CC donne aux parents la faculté d'administrer les biens de leur enfant mineur.⁹⁷ Toutefois, ce principe comporte des exceptions et certains biens sont soustraits à l'administration des parents (par exemple le produit du travail de l'enfant, art. 323 al. 1 CC).⁹⁸ HERZIG estime qu'il s'agit d'exceptions considérables (*erhebliche Einschränkungen*), raison pour laquelle on ne peut pas déduire de l'art. 318 al. 1 CC un véritable droit d'administration, respectivement de disposition; dès lors, cette disposition ne peut servir de base à un cas de *Prozessstandschaft*.⁹⁹ Quant à LÖTSCHER, elle considère que l'art. 318 al. 1 CC confère bien un droit d'administration aux parents sur les biens de leur enfant mineur.¹⁰⁰ Toutefois, elle est d'avis que la théorie de KOHLER est dépassée; aujourd'hui en Suisse, elle considère que la doctrine majoritaire ne conçoit plus qu'un droit de disposition, respectivement d'administration, suffise à créer un cas de *Prozessstandschaft*.¹⁰¹

S'agissant des arguments avancés par HERZIG et LÖTSCHER, ils peinent à convaincre. Contrairement à l'opinion de HERZIG, nous sommes d'avis que l'art. 318 al. 1 CC octroie bien aux parents détenteurs de l'autorité parentale un droit d'administration des biens de l'enfant. Le fait qu'il existe des exceptions à ce droit n'y change rien. Quant à LÖTSCHER, si l'on devait suivre son argumentation et nier que la *Prozessstandschaft* puisse résulter d'un droit d'administration, c'est l'ensemble de la *Prozessstandschaft* en matière d'entretien de l'enfant que l'on devrait repenser (étant donné que le Tribunal fédéral se fonde de manière générale sur l'art. 318 al. 1 CC, et pas uniquement lorsque l'enfant est né hors mariage). En outre, il faudrait également remettre en question des cas de *Prozessstandschaft* reconnus par le Tribunal fédéral en vertu d'un droit d'administration dans d'autres domaines.¹⁰²

Comme on l'a vu, il existe des motifs d'autoriser le parent détenteur de l'autorité parentale à agir en son propre nom dans toutes les affaires relatives à l'entretien de l'enfant mineur (*supra*, 10 s.). De ce fait, et vu les développements qui précèdent, la position du Tribunal fédéral – qui permet d'admettre la *Prozessstandschaft* quelle que soit la procédure concernée – doit être approuvée. Il faut donc retenir que la *Prozessstandschaft* du parent détenteur de l'autorité parentale résulte de l'art. 318 al. 1 CC.

96 HERZIG (n. 26), 147, 163 ss; LÖTSCHER (n. 5), n. 930.

97 HERZIG (n. 26), 147, 163 s.

98 HERZIG (n. 26), 147, 164 s.

99 HERZIG (n. 26), 147, 164 ss.

100 LÖTSCHER (n. 5), n. 930.

101 LÖTSCHER (n. 5), n. 930.

102 Par exemple la *Prozessstandschaft* de l'exécuteur testamentaire, qui découle, selon le Tribunal fédéral, de son droit d'administrer la succession (art. 518 CC; ATF 129 V 113, consid. 4.2).

5. *Qualité de Prozessstandschafter*

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la *Prozessstandschaft* découle du droit des parents d'administrer les biens de l'enfant, qui résulte de l'autorité parentale (art. 318 al. 1 CC).¹⁰³ La *Prozessstandschaft* en matière d'entretien de l'enfant appartient de ce fait au parent détenteur de l'autorité parentale.¹⁰⁴

Depuis le 1^{er} juillet 2014, l'autorité parentale conjointe est la règle (art. 296 al. 2 CC). Se pose dès lors la question de savoir si seul le parent ayant la garde ou la garde partagée de l'enfant peut désormais agir en tant que *Prozessstandschafter*.¹⁰⁵ Tel n'est pas le cas à notre avis. D'une part, l'art. 318 al. 1 CC rattache le droit d'administration des parents à l'autorité parentale, et non à la garde. Reconnaître la *Prozessstandschaft* uniquement au parent gardien irait à l'encontre du texte clair de la loi. D'autre part, il n'est pas rare qu'un parent qui a l'autorité parentale mais pas la garde ouvre action pour obtenir la garde de l'enfant et des contributions d'entretien pour ce dernier. Dans cette hypothèse, il doit pouvoir agir en tant que *Prozessstandschafter*.

LÖTSCHER et ZOGG suggèrent d'autoriser le parent détenteur de l'autorité parentale à agir en tant que *Prozessstandschafter* uniquement s'il ne se trouve pas dans un conflit d'intérêts.¹⁰⁶ Leur raisonnement se base sur l'art. 306 al. 3 CC, qui prévoit que les pouvoirs de représentation légale des parents s'éteignent de plein droit en cas de conflit d'intérêts. Dans ce cas, le parent ne peut plus agir en procédure en tant que représentant légal de l'enfant ; un représentant doit être nommé à ce dernier (art. 306 al. 2 CC). Les deux auteurs précités sont d'avis que cette disposition s'applique également en matière de *Prozessstandschaft*.¹⁰⁷

L'art. 306 al. 3 CC offre une solution adaptée au cas où le parent ne peut pas (ou plus) représenter légalement l'enfant. Dans ce cas, le représentant nommé à l'enfant remplace le parent dans la procédure ; l'enfant est une partie depuis le début et le demeure. En revanche, l'application de cette disposition nous paraît peu adéquate lorsque le parent agit en tant que *Prozessstandschafter*. L'existence d'un conflit d'intérêts entre un parent et son enfant est souvent constatée après l'introduction de l'action en entretien. Lorsque le parent agit en tant que partie et qu'un représentant est désigné en raison d'un conflit d'intérêts, le représentant ne peut pas remplacer le pa-

103 *Supra*, 11 ss.

104 ATF 142 III 78, consid. 3.2, JdT 2020 II 241, FamPra.ch 2016, 799, 800 ; ATF 136 III 365, consid. 2.2, FamPra.ch 2010, 741, 743 s. ; TF, 26. 11. 2019, 5A_459/2019, consid. 5.4, FamPra.ch 2020, 526.

105 Propose de retenir cette solution : LÖTSCHER, FamPra.ch 2017, 621, 627.

106 LÖTSCHER (n. 5), n. 933 ; LÖTSCHER, FamPra.ch 2017, 621, 627 s., 634 ss. ; LÖTSCHER (n. 72), 103, 110 ; ZOGG, FamPra.ch 2017, 404, 408 ; ZOGG, FamPra.ch 2019, 1, 20.

107 LÖTSCHER (n. 5), n. 933 ; LÖTSCHER, FamPra.ch 2017, 621, 627 s., 634 ss. ; LÖTSCHER (n. 72), 103, 110 ; ZOGG, FamPra.ch 2017, 404, 408 ; ZOGG, FamPra.ch 2019, 1, 20.

rent dans la procédure. Ce dernier reste une partie. Si la *Prozessstandschaft* n'était pas admise dans un tel cas, la seule issue serait que le tribunal constate l'absence de qualité pour agir du parent et déclare la demande irrecevable. Il serait alors nécessaire qu'une nouvelle demande soit déposée par l'enfant agissant comme partie et représenté par un curateur. Cette approche obligerait l'enfant à agir en son propre nom, ferait perdre un temps certain et engendrerait des frais supplémentaires. Soulignons également que la représentation de l'enfant, combinée avec l'application des maximes inquisitoire (art. 296 al. 1 CPC) et d'office (art. 296 al. 3 CPC), offrent des garanties étendues contre l'ingérence du parent *Prozessstandschaftler* dans la procédure.

6. *Prozessstandschaft et représentation de l'enfant*

Dans le cadre de procédures en entretien (en matière matrimoniale ou non),¹⁰⁸ la représentation de l'enfant par un curateur peut être ordonnée (sur la base de l'art. 306 al. 2 CC ou 299 CPC ; les mêmes principes s'appliquent dans les deux cas¹⁰⁹). La représentation de l'enfant est en particulier indiquée lorsqu'il existe un conflit d'intérêts entre un parent détenteur de l'autorité parentale et l'enfant.¹¹⁰

Le Tribunal fédéral a précisé à cet égard qu'en cas d'autorité parentale conjointe, le fait que l'un des parents réclame une contribution d'entretien pour son enfant n'entraîne pas de conflit d'intérêts.¹¹¹ Il en va de même si le parent demande que l'entretien comprenne une contribution de prise en charge.¹¹² Cette conclusion se justifie tout particulièrement par le fait que les maximes inquisitoire (art. 296 al. 1 CPC) et d'office (art. 296 al. 3 CPC) s'applique en matière d'entretien de l'enfant mineur, si bien que le jugement du tribunal ne dépend ni des allégations de fait des parties, ni de leurs conclusions, et le tribunal peut réagir à des allégués ou des conclusions inadaptés.¹¹³

Une partie de la doctrine est d'avis que la représentation de l'enfant entraîne une modification de sa position procédurale. Ainsi selon CHABLOZ, lorsque le parent détenteur de l'autorité parentale agit en tant que *Prozessstandschaftler* et qu'un représentant est nommé à l'enfant, ce dernier devient intervenant accessoire indépendant dans la procédure.¹¹⁴ L'intervention accessoire indépendante, reconnue par la juris-

108 Une représentation pourrait également être mise en place dans une procédure de poursuites portant sur des contributions non payées ; cette hypothèse reste cependant très théorique, dans la mesure où il n'y aura généralement pas de conflits d'intérêts entre le parent et l'enfant dans ce cas.

109 ATF 145 III 393, consid. 2.7.4, JdT 2019 II 377, FamPra.ch 2019, 1257, 1263.

110 ATF 145 III 393, consid. 2.7.3, JdT 2019 II 377, FamPra.ch 2019, 1257, 1262 s.

111 ATF 145 III 393, consid. 2.7.3, JdT 2019 II 377, FamPra.ch 2019, 1257, 1262 s.

112 ATF 145 III 393, consid. 2.7.3, JdT 2019 II 377, FamPra.ch 2019, 1257, 1262 s. Contra : LÖTSCHER, FamPra.ch 2017, 621, 632 ss., qui a toutefois nuancé sa position suite à la publication de l'ATF 145 III 393 (voir LÖTSCHER [n. 72], 103, 136 ss.).

113 ATF 145 III 393, consid. 2.7.3, JdT 2019 II 377, FamPra.ch 2019, 1257, 1262 s.

114 CHABLOZ (n. 59), 81, 89 et 91.

prudence fédérale, se présente lorsqu'un jugement à rendre déploiera des effets directs à l'égard de l'intervenant accessoire.¹¹⁵ Dans ce cas, l'intervenant accessoire peut faire des actes de procédure contraires à la position de la partie principale (ce qu'il ne peut pas faire en cas d'intervention accessoire « ordinaire »).¹¹⁶ Quant à LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, ils soutiennent qu'en procédure matrimoniale, l'enfant représenté est une troisième partie principale.¹¹⁷

A notre avis, le fait que l'enfant soit représenté dans la procédure, y compris en matière d'entretien (art. 299 al. 2 let. a ch. 4 et 5 CPC), ne remet pas en cause les règles sur la *Prozessstandschaft*; l'enfant ne devient pas partie à la procédure. Sa position est proche de celle d'un intervenant accessoire indépendant. L'intervention suppose cependant que la personne souhaitant agir comme intervenant accessoire dépose une requête au tribunal dans ce sens (art. 75 CPC, qui s'applique si l'intervention accessoire est ordinaire ou indépendante). Or un représentant peut être désigné à l'enfant d'office, même en l'absence de requête en ce sens (art. 299 al. 1 CPC).

7. *De lege ferenda*: Prozessstandschaft si l'enfant est majeur

Comme exposé ci-dessus, une fois l'enfant devenu majeur, la *Prozessstandschaft* n'est possible que si l'enfant était mineur au moment de la litispendance et qu'il a donné son consentement à ce que le parent continue la procédure en son propre nom. A ce jour, cette faculté a été admise uniquement en procédure matrimoniale par la jurisprudence.

On peut toutefois se demander si, lorsque l'enfant est majeur, la *Prozessstandschaft* ne devrait pas être reconnue de manière plus large. Actuellement, un enfant majeur ne peut pas réclamer de contributions d'entretien dans le cadre de la procédure matrimoniale opposant ses parents; il doit agir seul dans une procédure séparée.¹¹⁸ Cette solution n'est pas idéale. Il est fréquent qu'après avoir atteint la majorité, l'enfant continue à vivre chez l'un de ses parents pendant un certain temps.¹¹⁹ Il serait à notre avis opportun de modifier la loi pour autoriser l'enfant majeur à réclamer des contributions d'entretien dans ce cadre. Le parent qui détenait l'autorité parentale agirait alors comme *Prozessstandschafter* avec le consentement de l'enfant. Cette solution permettrait au tribunal de fixer toutes les contributions d'entretien dans la même procédure et servirait ainsi le principe d'économie de procédure. En outre, cela éviterait à l'enfant majeur d'être mis dans la situation inconfortable de devoir agir contre l'un de ses parents. Pour qu'une telle *Prozessstandschaft* soit possible, des disposi-

115 ATF 142 III 629, consid. 2.3.6, JdT 2020 II 116.

116 ATF 142 III 629, consid. 2.3.6, JdT 2020 II 116.

117 LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 2^e éd., Berne 2016, n. 11.263.

118 CPra Matrimonial/HELLE, art. 133 CC, n. 78.

119 LÖTSCHER, FamPra.ch 2017, 621, 644 s.; LÖTSCHER (n. 72), 103, 151 (qui est d'avis qu'une telle solution ne nécessiterait pas de modification législative).

tions spécifiques devraient toutefois être introduites dans la loi. Les art. 133 al. 1 ch. 4 et 176 al. 3 CC ne permettent pas au tribunal saisi d'une demande en divorce de se prononcer sur l'entretien de l'enfant majeur. De plus, l'art. 318 al. 1 CPC – qui fait dépendre la *Prozessstandschaft* du droit d'administrer les biens de l'enfant, et donc de l'autorité parentale – ne saurait servir de base légale à la *Prozessstandschaft* si l'enfant est majeur.

Si la *Prozessstandschaft* devait être reconnue pour le cas de l'enfant majeur réclamant des contributions d'entretien dans le cadre d'une procédure matrimoniale, elle devrait également être prévue pour les procédures en entretien indépendantes. A défaut, l'enfant né hors mariage ne serait pas traité de la même façon que l'enfant né de parents mariés. Il se justifierait de même d'autoriser la *Prozessstandschaft* dans les procédures de recouvrement, dans lesquelles l'enfant peut aussi éprouver des difficultés à agir contre son père ou sa mère.¹²⁰ La solution serait ainsi uniforme pour toutes les procédures relatives à l'entretien de l'enfant, qu'il soit majeur ou mineur. Cela aurait pour effet de diminuer fortement le risque qu'une demande ou une requête soit déclarée irrecevable parce que la personne qui procède n'a pas la qualité pour agir. Dans tous les cas, le consentement de l'enfant serait nécessaire.

IV. Synthèse

Le droit de l'enfant mineur à son entretien (art. 276 CC) peut être affirmé en son propre nom par le détenteur de l'autorité parentale dans les diverses procédures du droit de la famille. Sous réserve d'un arrêt isolé,¹²¹ ces cas de *Prozessstandschaft* sont déduits depuis fort longtemps par le Tribunal fédéral de l'art. 318 al. 1 CC¹²² selon lequel les père et mère administrent les biens de l'enfant aussi longtemps qu'ils ont l'autorité parentale. Ce fondement commun permet d'assurer une solution uniforme à la question de savoir qui peut réclamer l'entretien de l'enfant en procédure, ce qui instaure une égalité de traitement entre enfants de parents mariés et non mariés. Il évite également à l'enfant de se retrouver « en première ligne », ce qui atténue les difficultés que peut avoir l'enfant qui doit agir en son propre nom contre l'un de ses parents. Dans ce domaine où les enjeux sont importants et où les parties agissent parfois sans être représentées par un professionnel, reconnaître la qualité pour agir au détenteur

120 LÖTSCHER, FamPra.ch 2017, 621, 644 s. ; LÖTSCHER (n. 72), 103, 151 (qui est d'avis qu'une telle solution ne nécessiterait pas de modification législative).

121 TF, 19.3.2009, 5A_104/2009., consid. 2.2, FamPra.ch 2009, 799, 800.

122 ATF 142 III 78, consid. 3.2, JdT 2020 II 241, FamPra.ch 2016, 799, 800 ; 136 III 365, consid. 2.2, FamPra.ch 2010, 741, 743 s. ; 84 II 241 ; TF, 26.11.2019, 5A_459/2019, consid. 5.4, FamPra.ch 2020, 526 ; TF, 17.1.2013, 5A_661/2012, consid. 4.2.1 ; TF, 20.6.2002, 5C.314/2001, consid. 7d, non publié in : ATF 128 III 305, FamPra.ch 2002, 858 ; TF, 19.12.2002, 5C.277/2001, consid. 1.2, FamPra.ch 2003, 479.

de l'autorité parentale élimine également le risque qu'une demande soit déclarée irrecevable parce que la mauvaise personne a agi.

A notre sens, la solution prétorienne concernant la poursuite de la *Prozessstandschaft* en cas de majorité de l'enfant en cours de procédure lorsque celui-ci y consent devrait être élargie, par voie législative, à toute procédure portant sur l'entretien de l'enfant majeur, si celui-ci le souhaite. Il est en effet fréquent que l'enfant demeure dépendant de l'entretien de ses parents à sa majorité, et agir en justice contre un parent représente souvent un handicap psychologique difficile à surmonter.

Résumé: *Dans diverses situations, la loi reconnaît à une personne la qualité pour affirmer en son propre nom le droit d'autrui ; cette institution est connue sous le nom de « Prozessstandschaft ». Les auteurs présentent ce concept en examinant les notions qui y sont liées (qualité de partie, qualité pour agir, légitimation). Ils examinent ensuite les cas de Prozessstandschaft existant en droit de la famille, puis abordent plusieurs thèmes en lien avec ces situations, tels que la base légale sur laquelle se fonde la Prozessstandschaft ou les raisons justifiant cette institution en droit de la famille.*

Zusammenfassung: *In verschiedenen Situationen erkennt das Gesetz die Befugnis einer Person an, die Rechte anderer in ihrem eigenen Namen geltend zu machen; diese Institution wird als « Prozessstandschaft » bezeichnet. Die Autoren stellen dieses Konzept vor und untersuchen die damit verbundenen Begriffe (Parteistellung, Prozessführungsrecht bzw. Prozessführungsbefugnis, Sachlegitimation). Anschliessend beleuchten sie die bestehenden Fälle von Prozessstandschaft im Familienrecht und erörtern verschiedene Themen, die mit diesen Situationen zusammenhängen, wie die Rechtsgrundlage für die Prozessstandschaft oder die Gründe, welche diese Institution im Familienrecht rechtfertigen.*
